الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

مخبر الجنوب الجزائري للبحث
في التّاريخ والحضارة الإسلامية

عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي– دراسة تأصيليّة تطبيقيّة –

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب:
حجاج خالد

تحت إشراف:
أ.د/مونة عمر

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	رفيس باحمد	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسًا
02	مونة عمر	أستاذ	جامعة غرداية	مشرفًا ومقرّرًا
03	بن قومار لخضر	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنًا
04	جعفر عبد القادر	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنًا
05	بوقلقولة عاشور	أستاذ محاضر–أ–	جامعة أدرار	ممتحنًا
06	بوقنادل عبد اللّطيف	أستاذ محاضر–أ–	جامعة وهران	ممتحنًا

السنة الجامعية: 1443هـ/2021م/2022م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

مخبر الجنوب الجزائري للبحث
في التّاريخ والحضارة الإسلامية

عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي– دراسة تأصيليّة تطبيقيّة –

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله

إعداد الطالب:
حجاج خالد

تحت إشراف:
أ.د/مونة عمر

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	رفيس باحمد	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسًا
02	مونة عمر	أستاذ	جامعة غرداية	مشرفًا ومقرّرًا
03	بن قومار لخضر	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنًا
04	جعفر عبد القادر	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنًا
05	بوقلقولة عاشور	أستاذ محاضر–أ–	جامعة أدرار	ممتحنًا
06	بوقنادل عبد اللّطيف	أستاذ محاضر–أ–	جامعة وهران	ممتحنًا

السنة الجامعية: 1443هـ/2021م/2022م

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

- إلى سيدي وحبيبي وقُرّة عيني محمّد رسول الله ﷺ.

- إلى الوالدين الكريمين- حفظهما الله-.

ـ إلى مشايخي الأعلام، وأساتذتي الكرام، جزاهم عنّا جميعًا خير الجزاء.

ـ إلى زوجتي الفاضلة، وأبنائي الأعزّاء: يونس ومعاذ ومحمد سفيان، وفارس، حفظهم الله ورعاهم وجعلهم قرّة عين لي، ولأمّتهم.

خالد

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصّالحات، وبتوفيقه تتحقّق المقاصد والغايات، وبفضله تتنزّل الخيرات والبركات، والصّلاة والسّلام على سيّدنا محمّد وعلى آله وأصحابه الأعلام الثّقات.

أتقدّم أولاً بالشّكر الجزيل إلى كل أساتذتي الأفاضل الأجلاّء، في قسم العلوم الإسلامية، الذين أكرمني الله عز وجل بالاستفادة من علمهم وأخلاقهم الكريمة، والذين لم يدّخروا جهدًا في النّصح والتّسديد.

كما أتقدّم بالشّكر الخاصّ والجزيل إلى أستاذي الجليل الأستاذ الدّكتور: عمر مونة حفظه الله، والذي تكرّم عليّ بقبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة، حيث أنار لي الدّرب وأوضح لي المعالم في هذه الدّراسة بتوجيهاته العلميّة الدّقيقة، وملاحظاته القيّمة، فجزاه الله عنّي خير الجزاء، وبارك له في علمه و عمره، وأكرمه بدار كرامته.

وأخصّ بالشّكر أيضًا أستاذي الفاضل الأستاذ الدّكتور باحمد رفيس رئيس مشروع قسم الدّكتوراه لدفعتنا، والذي أمدّنا بتوجيهاته النّفيسة في جميع مسار مرحلة التّكوين في الدّكتوراه، وذلك بصدر رحبٍ وخُلُقٍ كريم، كما أشكر أساتذتنا الكرام في لجنة التّكوين على نصائحهم القيّمة.

وأتوجّه بالشّكر الجزيل أيضًا إلى السّيد الفاضل عميد الكليّة الأستاذ الدّكتور: صالح بوسليم على دعمه لي و لجميع الطّلبة الباحثين في الكلّيّة، وإلى إدارة قسم العلوم الإسلاميّة على تشجيعها على البحث العلمي، دون أن أنسى عمّال المكتبة الذين يبذلون جهودًا مشكورة في هذا الصّدد.

كما أشكر اللّجنة المناقشة الموقّرة على جميع ما تقدّمه لي من تصويباتٍ وملاحظاتٍ تخدُم هذه الدّراسة وتزيد في إثرائها واكتمال بنيانها فجزاهم الله عني خيرًا.

خالد

مقدّمة:

الحمد لله الذي أسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة، وجعل دين الإسلام سمحًا ميسّرًا، ليس فيه حرجٌ أو مشقّة، لمن تمسّك به وعمِل بأحكامه، والصّلاة والسّلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه الهداة المهتدين.

أمّا بعد: فإنّ شريعة الإسلام الخالدة قد جاءت لرعاية مصالح النّاس الدّينية والدّنيوية ولرفع الحرج والعنت عنهم من خلال أحكامِها المتّسمة بالسّماحة والتّيسير، وبالمرونة التي تجعل أحكامها تواكب التطوّر الحاصل في كّل المجتمعات وفي كلّ الأعصار، فبعض الأحكام الاجتهاديّة فيها مبنيّةٌ على المصلحة أو العرف يجعلها تتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان والأحوال والأعراف، كلّ ذلك مراعاة لأحوال النّاس وعاداتهم ومصالحهم، فنتج عن ذلك لزامًا وجود خلاف بين أقوال المجتهدين، إذ إنّ خلاف العلماء رحمة لهذه الأمّة.

ويُعَدُّ الفقه المالكي ذخيرة كبيرةً وثروةً هامّةً يزخر بها التّشريع الإسلاميّ، لاشتماله على الكثير من الآراء الاجتهاديّة على اختلافها وتنوّعها، إذ يبذل المجتهد في المذهب المالكي كلّ ما وسعه للوصول إلى الحكم الشّرعيّ عن طريق قواعد الاستنباط، وذلك في ضوء أصول إمام مذهبه، كما يقوم بالتّرجيح بين الأدلّة المتعارضة للوصول إلى القول الرّاجح من تلك الأقوال، وبالرّغم من ذلك فقد وُجِدتْ بعض المسائل الفقهيّة، والتي عدَل فيها بعض فقهاء المالكيّة عن الأقوال الرّاجحة إلى أقوال مرجوحة في المذهب المالكي، كما هو الحال في بعض نوازل الحج والبيوع والأنكحة والأوقاف، وغيرها من الأحكام الفقهيّة.

أولا : أسباب اختيار الموضوع:

وقع اختياري على هذا الموضوع لجملة من الأسباب والذّاتيّة والموضوعية، أذكرُها تِباعًا فيما يأتي:

1- اهتمامي الخاص بالبحث في أصول المذهب المالكي والدّعوة إلى ربط الفقه المالكي بأصوله وأدلّته وبمقاصد الشّريعة الإسلاميّة.

2- أنّ لهذا الموضوع صلة بتخصّصي في قسم العلوم الإسلاميّة، وهو الفقه وأصوله، فهو بحث أصوليّ هامٌّ، يخدم الفقه الإسلامي و يُنمّيه ويربط فروعه بأصوله.

3-رغبة منّي في إحياء تراث وفتاوى علماء المذهب المالكي والاستفادة منها في معالجة النّوازل المعاصرة.

4- أنّ هذا البحث يُعدّ من المواضيع الهامّة والتي لم تنل حظّها الكافي من الدّراسة والبحث المعمّق، فالدّراسات في هذا الموضوع قليلة وحديثة رغم أهميتها في خدمة الفقه الإسلامي وأصوله.

ثانيا: أهميّة الموضوع

تكمن أهميّة هذا الموضوع فيما يأتي:

2-قد تطرأ على الناس مستجدّات وضرورات تجعل العمل بالقول الرّاجح فيه مشقّة على النّاس تستلزم عدول المجتهد إلى القول المرجوح دفعاً لتلك المشقّة و الحرج عن النّاس.

3- إنّ عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، قد يكون لتحقيق مصلحةٍ شرعيّةٍ أو دفع مفسدةٍ عن النّاس، وفي ذلك مراعاةٌ لمقاصد الشّارع الحكيمة، إذ لا يُعدُّ ذلك اتّباعا للهوى أو عملًا بالتّشهي.

4- إنّ عدول المجتهد إلى قول المرجوح عند الاقتضاء يجعل فيه خَلاصًا للمكلَّف فيما يقع فيه من ورطةٍ، أو ضيقٍ، أو مفسدةٍ، وفي ذلك إلزامٌ للنّاس باتّباع أحكام الشّرع في جميع الأحوال ولو بقول مرجوحٍ، وذلك لإخراج المكلَّف من أن يكون متّبعًا لداعية هواه.

ثالثًا: إشكالية البحث:

تتمثّل الإشكاليّة الرّئيسية في هذا البحث فيما يأتي:

إذا كان الأصل هو الأخذ بالقول الرّاجح والعمل به، فمتى يجوز للمجتهد أن يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، وما تجلّيات ذلك في المذهب المالكي ؟

ويتفرّع عن هذه الإشكاليّة الرّئيسية إشكاليّاتٌ فرعيّة هي كالآتي:

1_ ماهي حقيقة القول الرّاجح والقول المرجوح عند المالكيّة؟

2_ ما معنى عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة ؟ وما هي ضوابطه؟ وما الأصول التّشريعيّة المنتهضة به؟

3- ماهي أهمّ أسباب هذا العدول وتطبيقاتها في المذهب المالكي؟

رابعًا: أهداف الدّراسة:

1-إبراز دور الفقه الإسلامي عمومًا والفقه المالكي خصوصًا في معالجة النّوازل والمستجدّات ومراعاته لأعراف الناس ومصالحهم والتّيسير عليهم من خلال الإفتاء ببعض الأقوال المرجوحة عند الاقتضاء.

2-بيان حقيقة القول الرّاجح والقول المرجوح في المذهب المالكي وأحكامهما.

3- التّعرّف على حقيقة عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وضوابطه وعلاقته ببعض الأصول التّشريعيّة عند المالكيّة.

4-إبراز أهمّ أسباب عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح وتطبيقاتها في المذهب المالكي.

خامسا: خطة البحث

1-منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي التّحليلي، لتوضيح معنى القول الرّاجح والقول المرجوح وحقيقة عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وضوابطه، و بيان أهمّ أسباب ذلك العدول، كما اعتمدتُ على المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال تتبّع المسائل والنّوازل الفقهية عند فقهاء المالكيّة لمعرفة أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

2_ منهجيّتي في البحث

سار الباحث في هذه الدّراسة على وفق المنهجيّة الآتية:

أ- بيان مواضع الآيات القرآنيّة من المصحف الشّريف، وذلك بذكر اسم السورة، ورقم الآية بما يتوافق ورواية ورش عن الإمام نافع.

ب- اعتنيت بتخريج الأحاديث النّبوية بعزوها إلى مظانّها ، فإن كانت في الصّحيحَيْن أو أحدِهما، اكتفيتُ بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث والجزء والصّفحة، وأمّا إذا رواها غيرهم من أهل الحديث، فإنّني أذكر من خرّجه منهم ودرجة ذلك الحديث عند علماء التّخريج.

ج- توثيق المعاني اللّغوية من معاجم اللّغة المعتمدة.

د- قمتُ بشرح بعض المصطلحات العلميّة والألفاظ الغامضة في الهامش.

هـ- اعتمدتُ على الطّريقة الآتية في توثيق المعلومة:

- عند الإشارة إلى المصدر أو المرجع: أذكر اسم المؤلِّف، ثمّ اسم المصدر او المرجع، ثمّ الجزء والصّفحة، وأمّا معلومات الطّبع الكاملة فأذكرها في قائمة المصادر والمراجع.
- أضيف كلمة: (ينظر) في الهامش: عند التصرّف في النّص، أما إذا كان مقتبسا بحرفه، فإني أضعها بين مزدوجتين في المتن، ولا أذكر كلمة (ينظر)في الهامش.

3.التّعريف بالأعلام: قمتُ بترجمة موجزة للأعلام الواردة أسماؤهم في المتن في هذه الأطروحة إلاّ الصّحابة ﷺ وأئمة المذاهب المشتهرة، وكذا الباحثين المعاصرين.

4.الرّموز: استعملت بعض الحروف كاختصارات أشرت من خلالها إلى معان:

ت: تاريخ الوفاة ، ص: الصفحة، ح: رقم الحديث، تح: تحقيق ، ط: الطّبعة ، (د- ط): بدون ذكر الطّبعة، (د- ت) بدون ذكر تاريخ الطّبعة.

5.الفهارس:قمتُ بوضع فهارسَ علميّةٍ في آخر الأطروحة، لتسهّل الاستفادة منها، وهي كالآتي:

أ- فهرس الآيات القرآنيّة.

ب- فهرس أطراف الأحاديث النبويّة.

ج-فهرس الآثار.

د- فهرس الأعلام المترجم لهم، مع ذكر صفحة التّرجمة فقط.

هـ- فهرس المصادر و المراجع.

و- فهرس المحتويات.

6.أردت بعبارة: «في المذهب المالكي» في العنوان تحديد الإطار المذهبيً للبحث، تضييقاً للمجال، وضبطًا للمعالجة.

7.خطّة البحث:

قمتُ بتقسيم موضوع هذا البحث إلى مقدّمة وأربعة فصول، ثمّ قسّمت كلّ فصل إلى عدّة مباحث، وقسّمت كل مبحث إلى عدّة مطالب، ثمّ خاتمة تتضمّن أهمّ النّتائج والتّوصيات.

أمّا المقدّمة: فتطرّقت فيها إلى أسباب اختياري لهذا الموضوع ، وبيان أهميّته، والإشكاليّة التي يعالجها هذا البحث، مع تحديد أهداف الدّراسة، ثمّ أوضحت المنهج المتّبع فيها، وخطة البحث، وأشرت إلى الدّراسات السّابقة، وفي الأخير ذكرتُ أهم الصّعوبات التي اعترضتْ مسارَ هذا البحث.

الفصل الأول: تعرّضتُ فيه إلى حقيقة القول الرّاجح والقول المرجوح في المذهب المالكي وأحكامهما و قد تضمّن خمسة مباحث:

وفي **المبحث الأول**: تطرّقت إلى طرق التّرجيح بين الأقوال والرّوايات في المذهب المالكي.

وفي **المبحث الثاني**: تعرّضتُ إلى حقيقة القول الرّاجح والألفاظ ذات الصّلة به عند المالكيّة

أمّا **المبحث الثالث**: فبيّنتُ فيه حُكْمَ العمل بالقول الرّاجح والمشهور عند المالكيّة.

وبالنّسبة **للمبحث الرابع**: تناولتُ فيه حقيقة القول المرجوح وأقسامه عند المالكيّة.

وفي **المبحث الخامس**: أوضحتُ فيه حُكمَ العمل بالقول المرجوح وفوائد ذكره في كتب الفقه والفتاوى عند فقهاء المالكيّة

أمّا **الفصل الثاني**: فقد تطرّقت فيه إلى مفهوم عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وأنواعه والأصول الشّرعيّة المنتهضة بهذا العدول في المذهب المالكي .

وقد تضمّن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيّنت فيه مفهوم عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وضوابطه.

أمّا **المبحث الثاني**: فذكرت فيه أنواع عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.

وأمّا **المبحث الثالث**: فأوضحت فيه الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

الفصل الثالث: وتعرّضت فيه إلى بيان أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، وقد تضمّن هذا الفصل ستّة مباحث:

المبحث الأول: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف

المبحث الثاني: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة

المبحث الثالث: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة

المبحث الرابع: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة

المبحث الخامس: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

المبحث السادس: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال.

وأمّا **الفصل الرّابع**: فتناولت فيه بعض النّماذج التّطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، ويتضمن ستّة مباحث:

المبحث الأول: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيُّر العرف

المبحث الثاني: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة.

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة.

المبحث الرّابع: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة.

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج.

المبحث السادس: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيُّر الأحوال.

وختمت الموضوع **بخاتمة** تضمّنت أهمّ النّتائج التي تمّ التّوصّل إليها، وكذا أهم التّوصيّات والمقترحات في آفاق البحث المستقبليّة.

ثامنا: الدّراسات السّابقة:

لا يوجد –حسب علمي– دراسة خاصّة في هذا الموضوع، إذ لم أجد من خصّص دراسة تأصيليّة وتطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، ولذلك أردت القيام بهذه الدّراسة، وذلك بربط الجانب التّأصيلي بالجانب التّطبيقي.

ورغم ذلك، توجد بعض الدّراسات السّابقة، التي تعرّضت لموضوع العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، في نواحٍ أخرى، وهي كالآتي:

1-**العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح– دراسة نظريّة تطبيقيّة–** للباحثة حفيظة ربيع، وهي عبارة عن مذكرة ماجستير من الجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا، تحت إشراف: الدّكتور نادي قصيبي السّرحان، نوقشت سنة: 1436هـ/2015م. وقد تعرّضت في الفصل الأول من هذه الدّراسة إلى بيان معنى القول المرجوح وأقسامه وشروطه، وفي الفصل الثّاني تطرّقت إلى بيان أسباب العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بصفة عامّة عند فقهاء المذاهب، ولكنّها لم تبيّن موقف فقهاء المالكيّة من العمل الأخذ يالقول المرجوح، كما لم تتعرّض إلى بعض أسباب العدول عن القول الرّاجح الخاصّة بفقهاء المالكيّة، وفي الفصل الثالث قامت بتتبُع القول المرجوح وعلاقته ببعض بالقواعد الشّرعيّة، وأمّا الفصل الرّابع فتناولت بعض التّطبيقات المعاصرة للإفتاء بالأقوال المرجوحة من خلال فقه الأقليّات المسلمة في أروبا.

2-**العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند متأخّري الحنابلة**، وهي عبارة عن مذكّرة ماجستير للباحثة: وضحى بنت علي القحطاني، تحت إشراف الدكتور: عمر بن شريف السّلمي،

تناولت فيها مصطلح العدول عن القول الرّاجح وأسبابه عند متأخّري فقهاء الحنابلة وتطبيقاته في باب العبادات.

3- **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكيّة الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة– أبو العبّاس أحمد بن يحي الونشريسي أنموذجًا–**، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه للباحث: زكريا التّهامي، تحت إشراف الدّكتور:عبد الحقّ يدير، بكليّة الآداب–سايس– فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، بالمملكة المغربية، بتاريخ: 2017/12/06م، حيث تعرّض فيها الباحث إلى اختلاف العلماء حول الإفتاء بالأقوال المرجوحة، وعلاقته بالمصلحة، وذلك من خلال استعراضه لبعض النّماذج الفقهيّة من كتاب المعيار للإمام الونشريسي، إلاّ أنّ محور هذه الدّراسة يتركّز على سبب واحد من أسباب العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند مالكيّة الغرب الإسلامي، وهو المصلحة، وإعطاء تطبيقات لها في العبادات والمعاملات من خلال كتاب المعيار للإمام الونشريسي، وسوف أتعرّض في هذا البحث إلى مفهوم العدول عن القول الرّاجح وأنواعه، وإلى الأصول التّشريعيّة التي يتنهض بها هذا العدول عند المالكيّة، كما سأتعرّض إلى بيان أهمّ أسباب ذلك العدول وتطبيقاتها في المذهب المالكي .

4- **أسباب عدول الحنفيّة عن ظاهر الرّواية**، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه للباحث: الخليلي لؤي عبد الرؤوف خليل، حيث تطرّق فيها إلى العدول عن ظاهر الرّواية عند فقهاء الحنفيّة كما تطرّق إلى أهمّ أسباب عدولهم عن ظاهر الرّواية إلى أقوال مرجوحة في المذهب، فقد كانت هذه الدّراسة مرتكزة على أسباب العدول عن ظاهر الرّواية في المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب الأخرى.

5– العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء (دراسة تأصيلية تطبيقية)، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه للباحث: عاصم بن عبد الله المطوع، تحت إشراف الدّكتور: عبد الله بن محمد بن خنين، بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة، الرّياض، المملكة العربيّة السّعودية سنة 2018م، وقد طُبعت هذه الأطروحة بدار الميمان، الرّياض، السعودية ،ط/1، 1439هـ/2018م، وقد تطرّق فيها الباحث إلى حكم العدول عن القول الرّاجح وأسبابه بصفة عامّة عند جميع الفقهاء دون التّقيُّد بمذهب معيّن، ثمّ تعرّض إلى آثار هذا العدول في الفتيا والقضاء، وختمها بدراسة تطبيقيّة للعدول عن القول الرّاجح في الفتيا و في القضاء، وكانت الأمثلة التّطبيقيّة مرتكزة على القضاء السّعودي.

6– أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي(دراسة تأصيلية تطبيقية)، للباحث الدكتور: فراس الشّايب، وهو عبارة عن مقال نشر في المجلة الأردنية في

الدّراسات الإسلاميّة، مج:14، العدد:01، 1439هـ/2018م، حيث تعرّض فيه إلى بيان أثر المصلحة في العدول عن القول الرّاجح واختيار القول المرجوح، ولكنّه اقتصر على سببٍ واحدٍ من أسباب العدول عن القول الرّاجح وهو المصلحة، ولكنّه لم يتطرّق إلى أحكام هذا العدول وأسبابه عند فقهاء المالكيّة، وذكر في توصياته الحث على البحث في بقيّة أسباب العدول الأخرى، وهذا ما سأحاول التطرّق إليه في هذه الدّراسة التّأصيليّة التّطبيقيّة في المذهب المالكي.

تـاسعا: الصّعوبات

تتمثّل الصّعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الأطروحة في عدم القدرة على الحصول على بعض المصادر النّادرة وكذلك بعض الدّراسات غير المطبوعة أو غير الموجودة في مكتباتنا، مع صعوبة التّنقل إلى بعض الجامعات في الدّول المجاورة بسبب ظهور جائحة الوباء وغلق الحدود، كما أنّ الظّروف التي مرّت بها بلادنا من خلال تفشّي وباء (كوفيد-19) جعلت جميع المكتبات الوطنيّة والمحلية والجامعيّة والخاصّة مغلقة أمام الباحثين طيلة السّنة الماضية، ممّا جعلني أقتصر على مكتبتي الخاصة، وعلى ما اقتنيته من مراجع من المعرض الدّولي السّابق للكتاب بالجزائر سنة 2019م، وما أمكنني الحصول عليه أيضًا من مراجع من شبكة الأنترنت.

توجد هناك صعوبة أخرى تتمثّل في التّعامل مع هذا الموضوع الحسّاس الذي يحتاج إلى دراسة متأنّية مع وضعه في إطاره الصّحيح، بالإضافة إلى صعوبة تقصّي وتتبُّع الفتاوى في جميع كتب الفتاوى والنّوازل عند فقهاء المالكيّة لاستخراج المسائل التطبيقيّة، والتي لها صلة بموضوع الدّراسة، ولذلك اقتصرتُ على ذكر بعض أهّمّ النّماذج التطبيقيّة في العبادات والأحوال الشّخصيّة والمعاملات، وذلك في كلّ سببٍ من أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، بالإضافة إلى صعوبة أخرى تتمثّل في البحث عن تراجم العلماء المذكورين في هذه الدّراسة، إذ يوجد تشابهٌ كبير في أسماء كثير من فقهاء المالكيّة ممّا تطلّب منّي الدّقّة والتّحرّي في الحصول على التّرجمة الصّحيحة لكلّ علمٍ من هؤلاء الأعلام، واستغرق ذلك وقتًا طويلاً وجهدًا كبيرًا.

ورغم كثرة الصّعوبات والتّحدّيات في هذا الموضوع الشّائك، فإنّني لم آلُ جهدًا في البحث عن تلك الأحكام المتعلّقة بالعدول عن الرّاجح إلى القول المرجوح، وتتبُّع أسبابه، وتوضيحها مع استخراج الكثير من المسائل التّطبيقيّة المتعلّقة بها من كتب النّوازل والفتاوى عند المالكيّة، ليتميّز هذا البحث بالجدّة والإفادة، والحمد لله تعالى أولاً وآخرًا على بلوغ مرحلة تمام البحث، واللهَ جلَّ وعلا أسألُ أن يجعل

هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم، وأن ينفع به النّفع العميم، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم الدّين، فإن أصبتُ فمن الله وحده، وإن أخطأتُ من نفسي، ويبقى عملُ الإنسان دائمًا متّسمًا بالنّقصان والقصور، واللهُ تعالى وحده الموفّقُ والهادي إلى سواء السّبيل، وما توفيقي إلاّ بالله، عليه توكّلتُ وإليه أُنيب، وصلى الله على سيّدنا ونبيّنا وحبيبنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفصل الأول

حقيقة القول الرّاجح والقول المرجوح في المذهب المالكي وأحكامهما

ويتضمّن خمسة مباحث:

المبحث الأول: التّرجيح بين الأقوال والرّوايات في المذهب المالكي

المبحث الثاني: حقيقة القول الرّاجح والألفاظ ذات الصّلة به عند المالكيّة

المبحث الثالث: حكم العمل بالقول الرّاجح والقول المشهور عند المالكيّة

المبحث الرابع: حقيقة القول المرجوح وأقسامه عند المالكيّة

المبحث الخامس: حكم العمل بالقول المرجوح وفوائد ذكره في كتب الفقه والفتاوى عند فقهاء المالكيّة

تمهيد:

إنّ مفهوم القول الرّاجح والقول المرجوح قد يختلف معناه حسب اصطلاح فقهاء كل مذهب من المذاهب الفقهيّة، كما أنّ طرق التّرجيح بين الأقوال في المذهب الواحد تختلف كذلك من مذهب لآخر، ولذلك سيتطرّق الباحث في هذا الفصل إلى بيان كيفيّة التّرجيح بين الرّوايات والأقوال في المذهب المالكي ثمّ إلى تحديد معنى القول الرّاجح والألفاظ ذات الصّلة به عند المالكيّة، مع بيان حُكم العمل به، وكذلك حكم العمل عند التّعارض بين القول الرّاجح والقول المشهور في المذهب المالكي، كما سيتمّ توضيح معنى القول المرجوح وأقسامه، وبيان حُكم العمل به عند فقهاء المالكيّة.

المبحث الأول:

التّرجيح بين الأقوال والرّوايات في المذهب المالكي

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التّرجيح لغة و اصطلاحا

المطلب الثاني: أسباب تعدّد الأقوال في المذهب المالكي

المطلب الثالث: طرق التّرجيح بين الأقوال والرّوايات في المذهب المالكي

المطلب الأول: تعريف التّرجيح لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف التّرجيح لغة

التَّـرْجِيحُ مَصْـدَرٌ مِـنْ رَجَّـحَ يُـرَجِّحُ تَرْجِيحًـا، والـرَّاءُ والجِـيمُ والحَـاءُ أَصْـلٌ وَاحـدٌ يـدلُّ عَلَـى رَزَانَـةٍ وزِيـادَةٍ،([1]) ورَجَّحْـتُ الشَّـيْءَ بِالتَّثْقِيـلِ فَضَّـلْتُهُ وَقَوَّيْتُـهُ، ورَجَـحَ الِميـزَانُ يَـرْجَحُ ويـرجُحُ إذا ثَقُلَـتْ كفَّتُـهُ بالمِوْزُونِ، والإسْمُ الرُّجْحَان إذا زَادَ وَزْنُهُ،([2]) ورَجَحَ الشَّيْءَ بِيَدِهِ: رَزَنَهُ ونَظَرَ مَا ثِقَلُه، ويُقالُ: زِنْ وأَرْجِحْ، وأَعْطِ رَاجِحًا، ورَاجَحْتُهُ فَرَجَحْتُهُ أي كُنْتُ أَرْزَنَ مِنْهُ، وتَرَجَّحَتِ الأُرْجُوحَةُ بِالغُلاَمِ: أي مَالَتْ.([3])

فكُلُّ معَاني التَّرجِيحِ في اللُّغة تدُلُّ على الثِّقَلِ وَالمِيَلاَنِ وَ الزِّيَادَةِ، وبالتَّالي فإنَّ التَّرجِيحَ لغةً:«جعلُ الشَّيْءِ راجِحًا أَيْ غَالباً زائِدًا، أو هو زِيَادَةُ أحدِ المِثْلَيْنِ المتعارِضَيْن على الآخر أو إثباتُ الفَضْلِ في أَحَدِ جانِبَي المتَقَابِلَيْنِ».([4])

الفرع الثاني: تعريف التّرجيح اصطلاحا عند المالكية

يُقْصَدُ بالتّرجيح عند علماء الأصول هو: تقويةُ أحَدِ الدَّلِيلَيْنِ المتعارِضَيْن، بوجهٍ من وجوه المرجِّحات، بشرط أن يكون هذان الدّليلان ظَنِّيَيْنِ؛ إذ لا يُتصوَّرُ وجودُ تعارضٍ بين قَطْعِيَيْن، ولا بين قطعيٍّ وظنّي.([5])

وقد عرّفه علماء المذهب المالكيّ بتعاريف متقاربةٍ، ومن أهمّها: تعريف الباجي([6])، والذي عرّفه بقوله:«التّرجيحُ بيانُ مزيّةِ أحدِ الدّليليْنِ على الآخر.» ([7])

والتّعريف المختار عند الباحث هو تعريف محمد الحفناوي والذي عرّفه بأنّه:« تقديمُ المجتهدِ أحدَ الطّرَفَيْن المتعارضَيْن لما فيه من مَزيّةٍ مُعتبرةٍ تجعل العملَ به أَوْلَى من الآخر».([8])

([1])ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، (مادة رجح)، (489/2).

([2])ينظر: الفيّومي، **المصباح المنير**، (مادة رجح)، (ص83).

([3]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (رجح)، (445/2).

([4]) النّابغة الغلاوي، **بوطليحية** ، الهامش، (ص57).

([5]) ينظر: عبد الله بن إبراهيم الشّنقيطي، **نشر البنود على مراقي السعود**(ص278،279) .

([6]) هو سليمان بن خلف بن سعد المالكي الأندلسي الباجي، أبو الوليد، العلامة الفقيه المحدّث، له مؤلفات نفيسة ومنها: المنتقى في شرح الموطأ، الحدود في أصول الفقه، وغيرها، توفّي سنة:474هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب** (ص197).

([7]) الباجي أبو الوليد ،**الحدود في الأصول**(ص79).

([8])محمد الحفناوي، **التّعارض والتّرجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي**، (ص282).

وألفاظ التّرجيح كثيرةٌ في المذهب المالكيّ، فقد يرد بلفظ التّشهير أو بما يدلّ عليه كقولهم المذهب كذا أو الظّاهر أو الرّاجح أو المفتى به كذا أو الذي عليه العملُ أو الأصحّ أو المختار كذا.([1])

المطلب الثاني: أسباب تعدّد الأقوال في المذهب المالكي

المراد ب" الأقوال" في اصطلاح المالكيّة هي أقوالُ أصحابِ الإمام مالكٍ- رحمه الله- ومَنْ بعدهم من المتأخّرين كابن رشد([2]) والمازري([3]) وغيرهما، وقد يُقصَدُ به قولُ الإمام مالكٍ أحيانًا([4])، وهذا ما أشار إليه الشّيخ محمّد الحطّاب([5]) بقوله: «غالباً أنّ المرادَ بالرّوايات أقوالُ مالكٍ، وأنّ المراد بالأقوال أقوالُ أصحابه ومَنْ بعدهم من المتأخّرين، كابنِ رشد والمازري ونحوِهم، وقد يقع بخلاف ذلك».([6])

وأمّا الشّيخ خليلٌ([7]) في مختصره فإنّه يقصد بذكره "الأقوال" أنّه لم تظهر له أرجحيّةُ قولٍ على آخر، وفي ذلك يقول:« وحيثُ ذكَرْتُ قَوْلَيْنِ أو أقوالاً فذلك لعدم اطّلاعي في الفرع على أرجحيّةٍ منصُوصةٍ».([8])

ويرجع تعدّد الأقوال في المذهب المالكي إلى عدّة أسباب نجملها فيما يأتي([9]):

([1]) الغلاوي، **بوطليحية** ، الهامش، (ص57).

([2]) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، أبو الوليد، المالكي القرطبي، زعيم فقهاء الأندلس والمغرب، من مؤلفاته: المقدمات، البيان والتّحصيل، وغيرها ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكية**، (190/1)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**،(ص373، 374).

([3]) هو محمد بن علي بن عمر التّميمي المازري، أبو عبد الله، الفقيه المالكي، ويُعرف ب(الإمام) له: شرح البرهان للجويني، المعلم في شرح صحيح مسلم، توفّي سنة: 536هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص374)، الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (258/4).

([4]) ينظر: عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه**، (ص237)، مريم الظفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والتّرجيحات**، (ص170).

([5]) هو محمد بن محمد الرّعيني ، أبو عبد الله، المعروف بالحطّاب، فقيه مالكي، من مؤلفاته: مواهب الجليل في شرح مختصر سيدي خليل، توفي سنة 945هـ، ينظر: مخلوف، **المصدر السّابق**، (389/1)، التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص592).

([6]) الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل** (55/1).

([7])هو خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، الفقيه المالكي المصري، له: كتاب التّوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، والمختصر في المذهب المالكي، توفّي سنة769هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**،(ص186)، الحجوي، **المصدر السّابق**، (286/4).

([8])خليل بن إسحاق، **مختصر خليل**، (ص8).

([9]) ينظر: عبد السّلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص25).

1- هو نتيجة حتميّة لوجود الاجتهاد المذهبيّ، فقد أُضِيفت تلك الأقوال التي خالفَ فيها فقهاءُ المذهبِ الإمامَ مالكاً- رحمه الله – أو التي لم يُعرَف للإمام فيها رأي في المذهب المالكيّ.

2- يرجع أيضًا إلى اختلاف شرّاح المدوّنة في فهم ألفاظ مسائلها، إذ تُعدُّ مصدرًا أساسيًّا في الفقه المالكي.

3- يعود ذلك أحيانًا إلى مراعاة مصالح النّاس واختلاف الأعراف من مجتمعٍ لآخر، إذ إنّ التّعدّد والاختلاف في الأقوال أمرٌ لابدّ منه في كلّ مذهبٍ حيٍّ ومتجدّدٍ يراعي مصالح النّاس وأعرافهم المختلفة.

4- قد يُغَيِّرُ المجتهدُ رأيه في المسألة الواحدة لاطّلاعه على دليلٍ جديدٍ لم يكن قد اطّلع عليه من قبل أو لأنّه رأى من خلال الاختبار والمعرفة بأحوال النّاس ما يثبت خطأه في اجتهاده الأوّل أو أن يكون قد تنبّه إلى أمرٍ في الدّليل الذي بنى عليه اجتهادَه فيؤدّي به ذلك إلى العدول عن قوله الأوّل.

5- يرجع ذلك أيضا إلى عمل فقهاءِ التّخريج، إذ تختلف نتائجُهم في تخريجهم في المذهب وفي أقيستهم على المسائل المنصوص عليها، كما قد تختلف أنظارُهم في إدراك وجوه المصالح التي أفتوا بناءً على أساسها، حيث إنّ هذه المصالح تختلف باختلاف البيئات والأعراف والأفراد والجماعات، وخصوصًا أنّ علماء المذهب كانوا يعيشون في مناطق مختلفةٍ من هذه المعمورة، فمنهم المدنيُّون ومنهم المصريُّون ومنهم العراقيُّون ومنهم المغاربة.([1])

المطلب الثالث: طرق التّرجيح بين الرّوايات والأقوال في المذهب المالكيّ.

الفرع الأول: طرق التّرجيح بين الرّوايات

المقصود بالرّوايات في المذهب المالكي غالباً هي أقوال الإمام مالك التي رُوِيَتْ عنه ([2])، فإذا نُقِل عن الإمام مالك قولان مُتعارضان فإنّه يتعيّن دفع هذا التّعارض بما هو مقرّر عند علماء المالكيّة وذلك بأنْ يُصارَ إلى الجمع بينهما إن أمكن، فإذا تعذّر ذلك وعُلِمَ المتقدِّمُ منهما والمتأخِّر فإنّ المتأخِّر هو قول

([1]) ينظر: عبد السّلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**،(ص25)، محمد إبراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة**، (ص389، 390)..

([2]) ينظر: مريم الظفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهية**، مرجع سابق (ص170).

الإمام المعتمد، وأمّا القولُ المتقدِّم فيُعْدَلُ عنه إلا ما رجّحه أصحابُه، فإذا تعذّر ذلك فيُصار حينئذ إلى التّرجيح بين أقوال الإمام بالطرق الآتية:

1- أن يحصل الاتّفاق بين الإمام مالك وابن القاسم([1]) على نفس القول.

2- أن يُعتَدَّ بقول ابنِ القاسم لكونه أعلمَ بالمتقدِّم والمتأخّر من أقوال الإمام مالك.

3- أن يحتكم المجتهدُ إلى أصول الإمام وقواعده، فأيّ القولين جرى على أصوله فيحكُم برجحانه على الآخر. ([2])

الفرع الثاني: طرق التّرجيح بين الأقوال في المدوّنة.

إذا وُجِد تعارض بين الأقوال في المدوّنة فإنّ فقهاء المالكيّة يرتّبون الأقوال حسب الآتي:

1- يُقدَّم قولُ الإمام مالك على قول غيره فيها، فقولُ الإمام مالك في المدوّنة أَوْلَى من قول ابنِ القاسم فيها لأنّه الإمام الأعظم و المؤسِّسُ للمذهب.

2- يُقدَّم قولُ ابنِ القاسم في المدوّنة على قول غيره فيها لأنّه أعلمُ بمذهب الإمام مالكٍ، فإنّه قد صحب مالكًا أزيد من عشرين سنةً، ولم يفارقه حتى توفّي- رحمه الله-، وكان لا يغيبُ عن مجلسه إلّا لعُذر، وكان عالمًا بالمتقدّم والمتأخّر من أقواله، ولذلك صار قول ابن القاسم في المدوّنة هو المشهور ما لم يخالف قول الإمام مالك- رحمه الله-.

3- قولُ غيرِ ابنِ القاسم في المدوّنة أَوْلَى من قول ابنِ القاسم في غير المدوّنة لأنّها أصحُّ الدّواوين ولثبوتها ثبوتًا صحيحًا.([3])

([1]) هو عبد الرحمن بن القاسم العُتَقي، أبو عبد الله، من أصحاب مالك وأثبت النّاس فيه، وأحفظهم لأقواله، وعنه روى سحنون المدوّنة، توفّي سنة:191هـ، ينظر: محمّد مخلوف، **شجرة النّور الزكية**، (88/1)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب** (ص239).

([2]) ينظر: قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**،(ص25، 26)، الظّفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والتّرجيحات**، مرجع سابق، (ص217).

([3]) ينظر: ابن فرحون، **تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، (56/1)، التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (40/1)، الظفيري، **المرجع السّابق** ، (ص 216)، محمد إبراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة**، (ص386، 387).

الفرع الثالث: طرق التّرجيح بين الأقوال عند الاختلاف في التّشهير عند المالكيّة

قد جرى في اصطلاح فقهاء المالكيّة على أنّه إذا اختُلِف في تشهير قولٍ من الأقوال في المذهب، فيكون التّقديم في التّشهير بين العراقيّين والمغاربة وبين المصريّين والمدنيّين([1])، وكذا بين المدنيّين والمغاربة على النّحو الآتي:

1- إذا اختلف العراقيّون والمغاربة، فإنّه يُقَدَّمُ في الأكثر تشهيرُ ما شهَّره المغاربة([2])، لأنّ منهم الشّيخين.([3])

2- إذا اختلف المصريُّون والمدنيّون فإنّه يُقَدَّم قولُ المصريّين غالبًا، ، لأنّ منهم أعلام المذهب كابن القاسم وأشهب([4]) وابنِ وهب([5]).([6])

3- إذا اختلف المدنيّون والمغاربة فإنّه يُقَدَّم قول المدنيّين([7])، وتقديمُ المدنيّين على المغاربة فلأنّ منهم الأَخَوَيْنِ.([8])

([1]) **العراقيون:** ويشار بهم إلى القاضي عبد الوهاب والقاضي إسماعيل وابن القصار والأبهري وابن الجلاّب ونظرائهم، وأمّا **المغاربة:** فيشار بهم إلى ابن أبي زيد، وابن محرز، وابن رشد، و واللّخمي، وابن العربي، والباجي، والقابسي، ونظرائهم، وبالنّسبة **للمصريّين:** فيشار بهم إلى ابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، وابن الفرج، وابن عبد الحكم، ونظرائهم، أمّا **المدنيّون:** فيشار بهم إلى ابن الماجشون، وابن كنانة، ومطرف، وابن نافع، ومحمد بن مسلمة، ونظرائهم، ينظر: الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، (1/ 48، 49)، عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي**، (ص167).

([2]) ينظر: العدوي، **حاشية العدوي على شرح الخرشي**، (1/ 49).

([3]) يقصد ب(**الشّيخين**) في اصطلاح المالكيّة هما: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، وأبو الحسن علي بن محمد المعروف بابن القابسي، ينظر: الزّرقاني، **شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، (287/4)، الظّفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهيّة**، (ص155).

([4]) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود، أبو عمر الجعدي، روى عن مالك و به تفقّه، وانتهت إليه رياسة المالكيّة بمصر بعد ابن القاسم، توفّي بمصر سنة 204هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهّب**، (ص162)، مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (89/1).

([5]) هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، أبو محمد، الفقيه المصري، تفقّه بمالك واللّيث وغيرهما، له: "موطؤه الكبير"، وجامعه الكبير، وغيرهما، توفّي سنة 197هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص217)، مخلوف، **المصدر السّابق**، (89/1).

([6]) ينظر: ينظر: العدوي، **المصدر السّابق**، (1/ 49). عبد العزيز الخليفي، **المرجع السّابق**، (ص257).

([7]) ينظر: العدوي، المصدر السّابق، **المكان نفسه**، عبد العزيز الخليفي، **المرجع السّابق، المكان نفسه.**

([8]) يقصد ب(الأخوين) في اصطلاح المالكيّة هما: مطرف بن عبد الله، وعبد المالك بن الماجشون، ينظر: مريم الظفيري، **المرجع السّابق**، (ص154)، الخليفي، **المرجع السّابق**، (ص166).

الفرع الرّابع: طرق التّرجيح عند اختلاف أقوال المجتهدين من المالكيّة

إذا وُجِد في المسألة الواحدة أقوالٌ متعدّدة واختلافٌ بين أئمّة المذهب المالكي في تعيين الأصحّ من الأقوال، فيتعيّن التّرجيح بين هذه الأقوال بالطّرق الآتية:

1- من كان أهلًا للتّرجيح بين أقوالهم بالدّليل، فإنّه يجتهد في ذلك حسب قواعد المذهب وأصوله،«قال مالكٌ في اختلاف أصحاب رسول اللهﷺ مخطئ ومصيبٌ، فعليك بالاجتهاد، يعني أنّ للاجتهاد مجالًا فيما بينهم» .([1])

2- أمّا إذا لم يكن من أهل التّرجيح بالدّليل، فإنّه يلجأ إلى التّرجيح عن طريق صفاتِ أصحابِ هذه الأقوال المختلفة، والتي تُوجب زيادةَ الثّقة بهم وبرأيهم، فيأخذ بقول الأكثر والأوْرَع والأعلم، فإذا اختصَّ أحدُهم بصفةٍ زائدةٍ فإنّه يُقَدَّمُ مَنْ كان منهما أقربَ إلى الصَّواب، فيُقَدَّمُ مثلًا الأعلم الوَرِعُ على الأوْرَع العالم.([2])

3- التّرجيح بين أقوالهم لوجود سببٍ خاصٍّ أو معنى خاصٍّ في أحد هذه الاقوال، كأن تكون فيه مراعاة للعُرف والعادات أو يكون ذلك القول أرفق بالنّاس([3])، أو لوجود مصلحة شرعيّة تقتضي ترجيح ذلك القول على غيره، وهو ما أشار إليه ابن فرحون([4]) بقوله:« أنّ لشيوخ المذهب المتأخّرين... اختيارات وتصحيحٌ لبعض الرّوايات والأقوال، عَدَلُوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عمل الحُكّام والفُتْيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف»([5])، ويقول ابن فرحون أيضًا:«كلُّ قولٍ كان معناه أرجحَ فذلك أَوْلى أن يُفْتى به».([6])

([1]) ينظر: ابن فرحون، **كشف النّقاب الحاجب**، (ص70)، مريم الظفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهيّة**، مرجع سابق، (ص218).

([2]) ينظر: ابن فرحون، **المصدر نفسه**، (ص69، 70)، التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (40/1).

([3]) ينظر: مريم الظفيري، **المرجع السّابق**، (ص218).

([4]) هو إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون الأندلسي المالكي، أبو إسحاق، فقيه أصولي ونحوي، ، من مؤلفاته: تبصرة الحكام، والدّيباج المذهب، وغيرها، توفّي سنة:799هـ ،ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (321/4)، التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص33).

([5]) ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص65، 66).

([6]) **المصدر نفسه**، (ص71).

4- يُرَجّحُ أحدُ هذه الأقوال المتعارضة إذا كان موافقًا لمذهبٍ آخرَ، وكان هذا القول معمولًا به عندهم، فيكون مقدَّما على الأقوال الأخرى.([1])

5- إذا كان غيرَ قادرٍ على التّرجيح بأحد الوجوه السّابقة، فإنّ له أن يأخذ بقول أحدٍ من العلماء النُّقَّاد من فقهاء المذهب، وذلك إذا تساوى المشهِّرون في الرُّتبة، أمّا إذا لم يتساوَوْا في الرُّتبة، فإنّه يأخذ بقول أعلاهم رتبةً، على أن لا يكون هذا الاختيار مبنيًّا على مجرّد التّشهي والهوى فإنّ ذلك غير جائز([2])، وفي ذلك يقول ابن أبي زيد([3]) في كتابه النّوادر والزّيادات:« لأنّه يشتمل على كثير من اختلاف علماء المالكيّين، ولا يسَعُ الاختيارُ من الاختلاف للمتعلِّم ولا للمُقَصِّر، ومَن لم يكن فيه محملُ الاختيار للقول لتقصيره، فله في اختيار المتعقِّبين من أصحابنا من نُقّادهم مَقْنَعٌ مثل سحنون([4])، وأصبغ([5])، وعيسى بن دينار([6])، ومن بعدهم».([7])

([1]) ينظر: ابن فرحون، **كشف النقاب الحاجب، مصدر سابق،** (ص71) ، وينظر: مريم الظّفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهيّة، مرجع سابق،** (ص219).

([2]) ينظر: ابن فرحون، **المصدر نفسه،** (ص71، 72)، مريم الظّفيري، **المرجع السّابق،** (ص219).

([3]) هو عبد الله بن أبي زيد النّفزي أبو محمد القيرواني، إمام المالكيّة في وقته، حتّى قيل فيه: مالك الصّغير، له كتاب الرّسالة في الفقه، والنّوادر والزّيادات على المدوّنة، توفّي سنة: 386هـ، الحجوي، **الفكر السّامي،** (140/4).

([4]) هو عبد السّلام بن سعيد بن حبيب سحنون التّنوخي القيرواني، أبو سعيد الفقيه المالكي، أخذ عن ابن القاسم، وهو صاحب المدوّنة، توفّي سنة 240هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب،** (ص263)

([5]) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع أبوعبد الله فقيه مالكي، له:تفسير غريب الموطأ، وآداب القضاء، توفّي سنة225هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق،** (ص158).

([6]) هو عيسى بن دينار أبو محمد ، الفقيه المالكي، به انتشر علم مالك بالأندلس، سمع من ابن القاسم وصحبه، له عشرون كتابا في السّماع عنه ، وألّف كتاب الهداية، توفي سنة 212هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق** ،(ص279)

([7]) ابن أبي زيد ،**النّوادر والزّيادات،** (11/1، 12).

المبحث الثاني:

حقيقة القول الرّاجح والألفاظ ذات الصّلة به عند المالكيّة

ويتضمّن مطلبين:

المطلب الأول: تعريف القول الرّاجح لغةً واصطلاحًا عند المالكيّة

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصّلة

المطلب الأول: تعريف القول الرّاجح لغة واصطلاحا عند المالكيّة باعتباره لقبًا

الفرع الأول: تعريف الرّاجح لغة

الرَّاجِحُ لغةً: الوازِنُ، ورَجَحَ الشَّيْءُ يرْجَحُ و يَرْجِحُ و يرْجُحُ رُجُوحًا ورَجَحَانًا و رُجَحَانًا، وأرْجَحَ الميزان: أَيْ أَثْقَلَهُ حَتَّى مَالَ، ورجَحَ في مجلسه يرْجُحُ: أي ثَقُلَ فلم يَخِفَّ، والرَّجاحَةُ أيضًا هِيَ الحِلْمُ، فهم يصفون الحِلْمَ بالثِّقَل كما يصفُون ضدَّهُ بالخِفَّة والعَجَل([1])،كما تعني كلمة الرّاجح في اللُّغَة: القَوِيُّ، تقُول رَجَّحْتُ الشَّيْءَ بالتَّثْقِيل: فضَّلْتُهُ وقَوَّيْتُهُ،([2]) وهي كلُّها معانٍ تدلُّ على الثِّقَلِ والمَيْلِ والقُوَّة، و المعنى الاصطلاحي للرّاجح يتناسب مع هذه المعاني اللّغويّة كلِّها، لأنّها تدلّ على قُوَّته و ومَيْلِه وثِقَلِه في مقابل غَيرِه.

الفرع الثاني: تعريف القول الرّاجح اصطلاحًا عند المالكيّة

اختلف فقهاء المذهب المالكي في تعريف القول الرّاجح وبيان معناه على قولين:

أولا: القول بأنّ: الرّاجح هو ما قوي دليله، أي هو القول الذي يستند إلى دليل قويٍّ أو إلى دليلٍ أقوى من غيره، وقد ذهب إلى هذا القول جماهيرُ فقهاء المالكيّة([3])، وهذا القول هو الصّواب كما صرّح بذلك محمد بن قاسم القادري([4])، وذلك لأنّه يتناسب مع المعنى اللّغوي الذي سبق بيانه، كما أنّ التّرجيح في الشّرع لا يكون بكثرة القائلين ، وإنّما بقوّة الدّليل([5]).

ثانيًا: القول بأنّ: الرّاجحُ هو ما كثُر قائلُه، وبالتّالي فهو مرادفٌ للمشهور أو أحد أفرادِه، وقد اعتبر الإمام الحطّابُ في شرحه على مختصر خليل أنّ الرّاجح من أفراد المشهور، وجعل أمثلةَ الرّاجح من أمثلة المشهور، فيكون المشهور بهذا الاعتبار أعمّ من الرّاجح.([6])

([1]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب** (445/2).

([2]) الفيّومي، **المصباح المنير**، (ص219).

([3]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشرح الكبير**(20/1) ، ومحمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام** ، (ص19) ، والظفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهيّة**،(ص204).

([4]) هو محمد بن قاسم بن محمد القادري الحسني الفاسي المالكي، أبو عبد الله، الفقيه الأصولي، من مؤلفاته: رفع العتاب والملام، حاشية على الأربعين النّووية، توفّي سنة:1331هـ، ينظر: محمد الحجوي، **الفكر السّامي** (378/4).

([5]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **المصدر السّابق**، (ص19).

([6]) ينظر: **المصدر نفسه**، (ص20).

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

القول الرّاجح له ارتباطٌ وطيدٌ ببعض المصطلحات الفقهيّة المعتمدة في الإفتاء عند المالكيّة، فقد صرّح أبو العباس الهلالي([1]) بأنّ الذي تجوز به الفتوى أربعة أشياء: أحدُها: القولُ المتَّفق عليه في المذهب، ثانيها: القولُ الرّاجح ، ثالثها: المشهورُ، رابعُها: القولُ المساوي لمقابله، حيث لا يوجد في المسألة رُجحان([2]).

وبيان هذه الألفاظ ذات الصّلة بالقول الرّاجح هو كالآتي:

الفرع الأول : القول المتّفق عليه

أولا: تعريف القول المتّفق عليه لغة: المتّفق لغة: اسْمُ مَفْعُول مِنَ الفِعْلِ اتّفَقَ، ومادُّتُه وِفْقَ، وهِيَ تَدُلُّ عَلَى الاجْتِماَع عَلَى أَمْرٍ واحِدٍ.([3])

ثانيا: تعريف القول المتّفق عليه في اصطلاح المالكيّة: هو الذي اتّفق على القول به جميعُ فقهاءِ المذهب المالكيّ المعتدّ بهم دون غيرِهم من المذاهب الفقهيّة الأخرى.([4])

وعليه فالمرادُ بالاتّفاق: اتّفاقُ أهلِ المذهب المالكيّ، وبالإجماع: إجماعُ جميعِ العلماء.([5])

والأقوالُ المتّفقُ عليها قليلةٌ وذلك بالنّظر إلى غيرها من الأقوال، وذلك لتعدّد الرّوايات والأقوال في المذهب، وهذا يتطلّبُ التّحرّيَ في النّقل وإطلاق الاتّفاق، فقد تساهل بعضُ نَقَلَةِ المذهب في بعض المسائل التي ذكروها في مصنّفاتهم فحَكَوْا الاتّفاقَ فيما فيه خلاف دون تحقيقٍ أو تدقيقٍ.([6]).

فالقولُ المتّفقُ عليه في المذهب المالكي هو الذي يُفتَى به ويُقدَّمُ على غيره من الأقوال، وفي ذلك يقول ناظم المعتمد:

([1]) هو أحمد بن عبد العزيز أبو العباس الهلالي ، الفقيه المالكي، له شرح على المختصر لم يكمل، وله رسائل في مسائل علميّة، ومن أجلّ تآليفه شرحه لمنظومة القادري في المنطق، توفي سنة1175هـ، ينظر: محمد الحجوي، **الفكر السّامي**، (345/4).

([2]) الهلالي أبو العباس، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص125، 126).

([3])ينظر: إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط** (ص1090)، الفيّومي، **المصباح المنير**(ص419).

([4]) ينظر: ابن فرحون، **كشف النقاب الحاجب**، (ص114) .

([5]) اللّقاني، إبراهيم، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، (ص347).

([6]) حذّر فقهاء المالكيّة من اتّفاقات ابنِ رشد، وإجماعاتِ ابنِ عبدِ البر، واحتمالاتِ الباجي، واختلافاتِ اللّخمي، وقد قيل كان مذهبُ مالكٍ مستقيمًا حتّى أدخل فيه الباجي يحتمل ويحتمل، ثم جاء اللّخمي فعدّ جميعَ ذلك خلافًا ينظر: عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه**، (ص170).

فمَا بِهِ الفتْوى تَجُوزُ المُتَّفَقْ ۞ عَلَيْهِ، فالرّاجحُ سوقُهُ نَفَـــقْ
فبَعْدَهُ المشْهُورُ، فَالمُسَاوي ۞ إِنْ عُدِمَ التّرجيحُ في التّسَاوي([1])

الفرع الثّاني: القول المشهور

أولا– تعريف المشهور لغة

المشْهُور مُشتقٌّ من الشُّهْرَةِ، والشُّهْرَةُ ظُهُورُ الشَّيْءِ فِي شُنْعَة حَتَّى يَشْهَرَهُ النَّاسُ، فالمشْهُورُ هُوَ الوَاضِحُ الذَّائِعُ بَيْنَ النَّاسِ، قال الجوهري: الشُّهْرةُ وُضُوحُ الأَمْرِ، والشَّهْرُ: القَمَرُ، سُمِّيَ بذلك لشُهْرَتِهِ وَظُهُورِهِ([2])، قال ابن فارس:«الشِّينُ والهَاءُ والرَّاءُ أَصْلٌ صَحِيحٌ يَدلُّ عَلَى وُضُوحٍ فِي الأَمْرِ وَإِضَاءَةٍ».([3])

ثانيا: تعريف المشهور اصطلاحًا عند المالكيّة

اختلف فقهاء المالكيّة في تعريف المشهور وتعيين المراد منه على ثلاثة أقوال:

1_ **القول الأول: المشهورُ ما قَوِيَ دليلُه**، وذلك دون النّظر إلى كثرة القائلين به، فهو بهذا المعنى مرادفٌ للرّاجح، وممّن شهّر هذا المعنى الونشريسي([4])في المعيار المعرب فقال:«والمشهور اختلفوا فيه، فقيل: هو ما قَوِيَ دليلُه، وهو المشهورُ في المشهور»([5])، وصحّحه ابنُ بشيرٍ([6]) حيث قال:« اختُلِف في المشهور على قولين: أحدُهما أنّه ما قَوِيَ دليلُه، والآخرُ ما كثُرَ قائلُه، والصّحيحُ أنّهُ ما قَوِيَ دَلِيلُه».([7])

كما ذهب إلى صحّةِ هذا القول ابنُ عبد السّلام التّسُولي([8]) فقال:«إنّ المشهور ما قَوِيَ دليلُه وقيل:

([1]) **النّابغة الغلاوي، نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي**، تح: أ/د: لخضر بن قومار، (ص113، 114).

([2]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب** ، (4/ 431، 432).

([3]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**،(222/3).

([4]) هو أحمد بن يحي بن محمد أبو العبّاس الونشريسي التّلمساني الأصل، الفاسي الدّار، من مؤلفاته: المعيار المعرب(في فتاوى المالكيّة)، وإيضاح المسالك إلى قواعد مذهب الإمام مالك وغيرها، توفّي سنة:914هـ،ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي** (313/4).

([5]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (37/12).

([6]) هو إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التّنوخي، أبو الطّاهر، فقيه مالكي من المبرّزين في المذهب، له: المختصر، التّنبيه، جامع الأمّهات وغيرها، توفّي سنة 526هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (120/3)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص142).

([7]) ابن فرحون ، **تبصرة الحكّام**، (56/1).

([8]) هو علي بن عبدالسّلام بن علي، أبو الحسن التّسولي، فقيه مالكي، نشأ بفاس، وولي القضاء بها، له: البهجة في شرح التّحفة، وحاشية على شرح التّاودي للاميّة الزّقّاق، وغيرها، توفّي سنة:1258هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (132/4).

ما كثُر قائلُه ، والصّحيحُ الأوّل».([1])، وأيّد هذا التّفسير للمشهور ابن خويز منداد([2]) فقال:« مسائلُ المذهب تدلُّ على أنّ المشهور ما قَوِيَ دليلُه، وأنّ مالكًا كان يُراعي من الخلاف ما قَوِيَ دليلُه لا ما كثُر قائلُه، فقد أجاز الصّلاة على جلود السّباع إذا ذُكِّيَتْ، وأكثرُهم على خلافه، وأباح بيعَ ما فيه حقّ توفية من غير الطّعام قبل قبضه، وأجازَ أكلَ الصّيدِ إذا أَكلَ منه الكلبُ، ولم يُراعِ في ذلك خلافَ الجمهور».([3])

وقد انتقد ابن راشد([4]) هذا التّفسير للمشهور بأنّ المشهور قد يقابله قولٌ آخر يكون صحيحًا وأقوى دليلاً منه، فقال:« ويعكّر على قولهم المشهور ما قَوِيَ دليلُهُ، أنّ الأشياخ ربما ذكروا في قول أنّه المشهور، ويقولون إنّ القول الآخر هو الصّحيح. قال ابن فرحون: لا إشكال في هذا لأنّ المشهور هو مذهب المدوّنة، وقد يعضّد الآخر حديثٌ صحيحٌ، وربما رواه مالكٌ ولا يقول به لعارضٍ قام عنده لا يتحقَّقُه هذا المقلِّدُ ولا يظهر له وجه العدول عنه فيقول: والصّحيح كذا لقيام الدّليل وصحّة الحديث».([5])

2_ القول الثاني: المشهور قول ابن القاسم في المدوّنة([6])، أي ما رواه ابنُ القاسم عن مالكٍ في المدوَّنة، وذلك لطول صُحبته، وتأخير زمانه عن صُحبة غيره، فتعدُّ روايته كأنّها ناسخةٌ لما روى غيرُه عن الإمام مالكٍ من الأقوال، وهذا هو الذي جعل المغاربةَ يعتمدون مذهبَ المدوّنة ويشهِّرون الأقوالَ التي وردتْ فيها ويقدّمونها على غيرها من الأقوال، ولكونها أصحّ الدّواوين في المذهب المالكي، ويرى ابن فرحون بأنّ المشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدوّنة، وأنّ العراقيين كثيرًا ما يخالفون

([1]) التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (40/1).

([2]) هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد ، أبو عبد الله، الفقيه المالكي العراقي، له :كتاب في أصول الفقه، وكتاب في الخلاف، توفّي سنة:390هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السامي**، (139/3)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص363).

([3]) ابن فرحون، **كشف النّقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب**،(ص63)، التّسولي، **المصدر السّابق**، (40/1).

([4]) هو محمد بن عبد الله بن راشد أبو عبد الله القفصي، الفقيه المالكي، له: المذهب في ضبط مسائل المذهب، الشّهاب الثّاقب في شرح مختصر ابن الحاجب، وغيرها، توفّي سنة: 736 هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص417)، مخلوف، **شجرة النّور**، (297/1)

([5]) التّسولي، **المصدر السّابق**، (40/1).

([6]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (20/1).

المغاربة في تعيين القولِ المشهور، ويُشهّرون بعض الرّوايات، ولكنّ الذي جرى به عملُ أكثر المتأخّرين واستمرّ هو تشهيرُ ما شهَّره المصريّون والمغاربة.([1])

3-القول الثالث: المشهور ما كثر قائلُه

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنّ المشهور هو ما كثُر قائلُه، واشترط الونشريسي أن يزيد نَقَلَتُهُ عن ثلاثةٍ([2])، وقد رجَّح هذا القولَ أكثرُ متأخّري المالكيّة كابنِ عرفةَ([3]) والدَّسوقي([4]) بقوله: «وقيل ما كثُر قائلُه، وهو المعتمد».([5]) والشّيخ عليّش([6]) وكذا العدوي([7]) في حاشيّته على الخُرشي([8])حيث قال:«أو ما كثُرَ قائلُه هذا هو المشهور»([9])، وصوَّب هذا القولَ محمّد بن قاسم القادري فقال:«الصّوابُ أنّه ما كثُر قائلُه».([10])

ثالثا: القول المختار في تعريف المشهور:

الذي يميل إليه الباحث في تعريف المشهور بعد استعراضه للأقوال الثّلاثة آنفًا هو القول الثالث حيث أخذ به أكثرُ فقهاء المالكيّة، والذي يفسِّرُ المشهور بأنّه ما كَثُرَ قائلُه، إذ إنّ هذا التّفسير هو

([1]) ينظر: ابن فرحون، **كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب**، (ص67)،وابن فرحون ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام**،(56/1)..

([2]) ينظر: الونشريسي، **المعيار المعرب**، (37/12).

([3]) هو محمد بن محمد بن عرفة التونسي الورغمي من كبار الفقهاء المالكية في تونس له مؤلفات عديدة ومنها "تقييده الكبير في المذهب"، توفّي سنة 803هـ ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (293/4)،ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص419).

([4]) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدّسوقي، أبو عبد الله، الفقيه المالكي، له: حاشية على الشّرح الكبير للدّردير على مختصر خليل وغيرها، توفّي سنة 1230هـ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (520/1).

([5]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (1/ 36).

([6])هو محمد بن محمد عليّش المصري، فقيه مالكي، له منح الجليل في شرح مختصر خليل وفتح العلي المالك، وغيرها، توفّي سنة1881هـ، ينظر: مخلوف، **المصدر السّابق**، (551/1).

([7]) هو علي العدوي الصّعيدي، المصري، فقيه مالكي، له حواش كثيرة على الخرشي، وأبي الحسن المصري المنوفي على الرّسالة، توفّي سنة 1189هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (374/4).

([8]) هو محمد بن عبد الله الخرشي المصري، أبو عبد الله، فقيه مالكي، له: شرح على مختصر خليل، وغيرها، توفّي سنة 1101هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق** ، (117/4)، مخلوف، **المصدر السّابق**، (459/1).

([9]) العدوي، **حاشية العدوي على شرح الخرشي على خليل**، (36/1).

([10]) محمد القادري، **رفع العتاب والملام**، (ص17).

المعتمد عليه عند أكثر المتأخّرين من فقهاء المالكيّة([1])، وقد صوّب هذا القول العلاّمة أبو العباس الهلالي في كتابه:" نور البصر في شرح المختصر" و أيّده بأمورٍ ثلاثةٍ وهي:

1- أنّ هذا التّفسير هو الموافقُ والمناسب للتّعريف اللّغوي في لفظ المشهور، إذ إنّ الشُّهرة تعني الظُّهور، ولا شكّ أنّ الحكمَ الصّادرَ عن جماعةٍ أكثر من ثلاثة ظاهر.

2- لو لم يُفسَّر المشهور بما كَثُر قائلُه وفسّرناه بما قَوِيَ دليلُه، لكان مرادفًا للرّاجح، وبالتّالي فإنّه لا يُتصوّرُ وجودُ المعارضة بينهما مع أنّها ثابتةٌ عند جمهور الفقهاء والأصوليّين.

3- لو فسّرنا المشهور بما قَوِيَ دليلُه، لم يتأتَّ في القول الواحد أن يكون مشهورًا وراجحًا باعتبارين مُختلِفَيْن، أي أن يكون مشهورًا باعتبار كثرةِ قائلِه، وراجحًا باعتبار قوّةِ مدركِه، مع أنّ ذلك ثابتٌ عند الفقهاء في كثير من فروع الفقه.([2])

وقد اعترض أبو العباس الهلالي على من فسّر المشهور بقول ابن القاسم في المدوّنة واستبعد هذا التّفسيرَ وردَّه لأنّه تفسيرٌ قاصرٌ، إذ لا معنى لانحسار المشهور في قولِ ابنِ القاسم، فإنّ في ذلك تضييقًا وتحجيرًا لمفهوم المشهور، إلاّ إذا كان قصدُهم من ذلك أنّ قولَ ابنِ القاسم هو فردٌ من أفراد المشهور فيكون المراد من المشهور هو ما كثُر قائلُه حقيقةً أو حُكْماً، فإنّ ابنَ القاسمِ وإن كان واحدًا فهو بالنّظر لكثرة ملازمته للإمام مالك حتى توفّي، ونظراً لرواية المدوّنة عنه يُعدُّ أكثرَ من ثلاثةٍ حُكْماً، ومع ذلك لا يمكن حصرُ المشهور في قول ابن القاسم في المدوّنة دون غيرِه، وفي ذلك يقول أبو العباس الهلالي:«وقيل: إنّ المشهورَ هو قولُ ابن القاسم في المدوّنة، قُلتُ: ولا يخفى قُصورُ هذا التّفسير الأخير للمشهور لاقتضائه أنّه إذا لم يكن الحُكمُ مذكورًا في المدوّنة، وكان مذكورًا في غيرها، وقال فيه الإمامُ وأصحابُه قولاً، وشذّ بعضُهم فقال مُقابله فلا يُسمّى الأوّل مشهورًا، ولا أظن أحدًا ينفي عنه اسم المشهور، ولعلّ قائلَه قصَد التّعريف بالأخصّ على مذهبِ من جوّزه، وكأنّه على وجه التّمثيل للمشهور، ولم يقصد قَصْرَهُ عليه».([3])

([1]) ينظر: محمد إبراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة**، (ص391).

([2]) ينظر: محمد القادري، **رفع العتاب والملام**، (ص 18)، أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص125)، قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص20،21).

([3]) أبو العباس الهلالي، **المصدر السّابق** (ص125).

وبهذا الاعتراض على هذا التّفسير للمشهور يكون العلاّمة الهلالي قد فسح المجال للمجتهدين أن يأخذوا بالأقوال المهملة والتي لم تُشهَّر في المذهب المالكيّ، رغم رُجحانها وروايتها عن إمام المذهب نفسِه من طُرقٍ أخرى غيرِ روايةِ ابنِ القاسم في المدوّنة ممّا يجعلهم يستفيدون من جميع الرّوايات المتعدّدة عن الإمام مالك، وهذا ما يزيدُ الفقهَ المالكيَّ ثراءً ونماءً وتوسّعًا.([1])

الفرع الثالث: القول المساوي لمقابله

القول المساوي لمقابله: هو الذي لا يظهر للمجتهد فيه أي سببٍ يرجّحه على ما يقابله من قولٍ أو أقوالٍ ، فيكون عند عدم إمكانيّة التّرجيح بين القولين، وذلك بأن يكونا في مرتبةٍ واحدةٍ من جهة الدّليل أو من جهة القائلين بهما، أو أن يجد المقلِّد قولين ولم يبلُغْهُ عن أحدٍ من فقهاء المذهب بيانُ الأصحِّ منهما إمّا بصيغة التّرجيح أو التّشهير. ولذلك نجد في مصطلح مختصر خليل أنه إذا ذكر قولين أو أقوالاً فذلك لعدم اطّلاعه في تلك المسألة على أَرجحيّةٍ منصوصةٍ، وكذلك الأمر بالنّسبة إليه إذا اختلف العلماء في التّشهير، فإنّه يأتي بلفظة "خلاف".([2])

وبالتّالي يمكن أن يُتصوَّرَ القولُ المساوي لمقابله إمّا في قولين راجِحَيْنِ أو قَوْلَيْنِ مشهُورَيْن، أو أن يكون كلٌّ من القوليْنِ راجحًا و مشهورًا ، ويكون كِلاَ القولين متعارضين في الحكم كأن ينُصَّ أحدُهما على الوجوب والآخر على النّدب، أو أحدُهما بالحِلِّيّة والآخر بالحرمة.

([1]) ينظر: قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص16).

([2]) ينظر: محمد المصلح، **كشف المصطلحات الفقهيّة من خلال مختصر خليل بن لإسحاق المالكي**، (ص72)، عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي**، مرجع سابق (ص186) .

المبحث الثالث:

حكم العمل بالقول الرّاجح والقول المشهور عند المالكيّة

ويتضمن خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم العمل بالقول الرّاجح عند المالكيّة.

المطلب الثاني: الأدلّة على وجوب العمل والإفتاء بالقول الرّاجح.

المطلب الثالث: حكم العمل بالقول المشهور عند المالكيّة.

المطلب الرابع: حكم العمل عند التّعارض بين القول الرّاجح والقول المشهور.

المطلب الخامس: أمثلة تطبيقيّة عن التّعارض بين القول الرّاجح و القول المشهور في المذهب المالكي.

المطلب الأول: حكم العمل بالقول الرّاجح عند المالكيّة

الأصلُ في المجتهد أنّه إذا تعارض عنده دليلان ولم يتمكّن من الجمع بينهما فإنّه ينظر في هذين الدّليلين بما يقتضي ترجيحَ أحدِهِما على الآخَرِ، ثمّ إذا ترجّحَ لديه أحدُهما بمزيّةٍ اختصَّ بها فيجب عليه أن يعمل بالرّاجح ويعدل عن المرجوح([1])، وبناءً على ذلك فقد اتّفق الفقهاء على وجوب تقديم القول الرّاجح على القول المرجوح، وأنّ الذي يُفتَى به بعد المتّفق عليه هو الرّاجحُ، وأنّ العمل بالرّاجح واجبٌ، كما صرّح بذلك الإمام اللّقاني([2]) فقال:«اعلم أنّ كلمتهم قامَتْ على تعيُّن الإفتاء والعمل بالرّاجح».([3])

وقد وقع على ذلك الإجماعُ وممّن حكى الإجماعَ في وجوب العمل بالرّاجح الباجي والقرافي وابن الصّلاح وغيرهم.([4])

قال الباجي:«وهذا ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين ممّن يعتدّ به في الإجماع أنّه لا يجوز».([5])

وأمّا العمل بالدّليل المرجوح وترك الراجح فغير جائز شرعًا، وقد أكّد علماء المالكيّة على أنّ الفتوى لا تجوز إلا بالقول الرّاجح، وهو يشمل المراتب السّابقة التي ذكرتها ءانفا وهي: القول المتّفق عليه، والقول الرّاجح، والقول المشهور، والقول المساوي لمقابله، مع مراعاة مقتضيات قواعد التّرجيح بينها عند التعارض أو التّساوي.([6])

وقد صرّح بوجوب العمل بالرّاجح طائفةٌ من الفقهاء الأجلاّء ومنهم: الإمام مالك وابن القاسم

([1]) ينظر: العربي علي اللّوه، **أصول الفقه**، (ص378).

([2]) هو برهان الدّين إبراهيم بن حسن اللّقاني، أبو الأمداد الفقيه المالكي المصري، له عدّة تآليف مفيدة ومنها: حاشية على مختصر خليل، ومنار أصول الفتوى و قواعد الإفتاء بالأقوى، توفّي سنة:1041هـ ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (329/4).

([3]) اللّقاني إبراهيم، **منار أصول الفتوى والإفتاء بالأقوى**، (ص274).

([4]) ينظر: ابن الصلاح، **أدب المفتي والمستفتي**، (ص125)، عبد العزيز الخليفي ، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي** ، (ص189).

([5])ينظر: عبد العزيز الخليفي، **المرجع نفسه، المكان نفسه**.

([6]) ينظر: أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر**، (ص125).

وعيسى بن دينار، وابن مزين([1])، ومنهم: ابن أبي جمرة([2]) وشيوخه.([3])

وذكر الإمام ابن عرفة في مختصره الفقهي في كتاب الزّكاة أنّ :«العمل بالرّاجح واجبٌ لا راجحٌ »([4])، كما أكّد الإمام أبو العبّاس الهلالي على أنّ العمل بالرّاجح واجبٌ عند جماهير العلماء حيث قال في كتابه نور البصر:« فمُقتضى نصوصِ الفقهاءِ والأصوليّين أنّ العملَ بالرّاجح واجبٌ».([5])

ويقول الإمام اللّقاني أيضًا:«فالذي يُفتى به هو المشهورُ أو الرّاجحُ، ولا تجوزُ الفتوى ولا الحُكمُ بغير المشهور ولا بغيرِ الرّاجح». ([6])

وبيّن العلاّمة الونشريسي بأنّ العمل بغير الرّاجح لا يجوز، فقال في كتابه المعيار المعرب:«وأمّا أن يعمل أو يُفتى أو يحكم من الأقوال والوجوه من غير نظرٍ في التّرجيح، ولا تقييدٍ بالمشهور والصّحيح فإنّه لا يحلُّ ولا يجوز، فإن فَعَل فقد أَثِمَ بلا نزاعٍ، وجَهِلَ وخَرَقَ سبيلَ الإجماع».([7])

وذكر الإمام القرافي([8]) أنّ الحاكم إن كان مجتهدًا فلا يحكم أو يفتي إلا بالرّاجح عنده، وأمّا إذا كان مقلِّدًا فيجوز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحًا عنده، مقلِّدًا في رُجحان ذلك القول إمامَ مذهبه، وأمّا اتّباعُ الهوى في الحُكْمِ والإفتاءِ فهو حرامٌ بإجماع العلماء.([9])

المطلب الثاني: الأدلّة على وجوب العمل والإفتاء بالقول الرّاجح

استدلّ الفقهاء على وجوب الأخذ بالقول الرّاجح وترك القول المرجوح بما يأتي:

([1]) هو أحمد بن عمر بن إبراهيم، أبو العبّاس القرطبي، المعروف بابن المزين، كان عارفا بعلم الحديث والفقه والعربية، له كتاب: المفهم على شرح صحيح مسلم، توفّي سنة 626هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص436).

([2]) هو عبد الله بن أبي جمرة، أبو محمد، الشّهير بالعارف، إمام مالكي، كان بارعًا في الفقه والحديث، له حواش على صحيح البخاري، توفّي شهيدًا بالأندلس سنة 695هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (275/4).

([3]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام** ،(ص27، 28).

([4]) ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (493/1).

([5]) أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر، مصدر سابق**، (ص125).

([6]) اللّقاني ابراهيم، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، (269).

([7]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (12/12).

([8]) أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن الصّنهاجي، شهاب الدّين القرافي، الفقيه الأصولي المالكي، له: كتاب الفروق والذخيرة وغيرها. توفّي سنة684هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص128).

([9]) ينظر: القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام**، (ص92).

1_ قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم﴾ [الزمر: 52]، ووجه الدّلالة من هذه الآية: «أنّه إذا كان أحد الدّليلين هو الرّاجح فاتّباعه هو الأحسن، لأنّ الواجب على المجتهد أن يعمل بأرجح الدّليلين المتعارضين».([1])

2_ قوله تعالى:﴿ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ﴾ [الأنبياء:78]، يقول الإمام الطّاهر ابن عاشور:« وفي هذه الآية أصلٌ في اختلاف الاجتهاد، وفي العمل بالرّاجح، وفي مراتب التّرجيح، وفي عذر المجتهد إذا أخطأ الاجتهاد، أو لم يهتد إلى المُعارض».([2])

3_ قوله تعالى : ﴿فَبَشِّرۡ عِبَادِ ١٧ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥۚ﴾ [الزّمر:16، 17]، ووجه الدّلالة من هذه الآية: أنّ اتّباع أحسن الأقوال سببٌ في حصول الهداية والبِشارة لهم، فكذلك اتّباعُ الرّاجح من الأقوال هو اتّباعٌ للأحسن منها، وذلك لأنّ الرّاجح أحسنُ من المرجوح.([3])

وذكر ابن مزين عن عيسى بن دينار عن ابن القاسم عن مالك أنّه قال: ليس كلُّ ما قال رجلٌ قولًا وإن كان له فضل يُتَّبع عليه لقوله تعالى: ﴿فَبَشِّرۡ عِبَادِ ١٧ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥۚ﴾ [الزّمر:16، 17]([4])، فالإمام مالك –رحمه الله– قد استدلّ بهذه الآية الكريمة على أنّه ليس كلّ قول صادرٍ من فقيهٍ أو عالِمٍ فاضلٍ يُعتَبر ويُؤخَذ به، وإنّما يُعتَدُّ بالقول الذي يكون له حظٌّ من النّظر، وهو القول الرّاجح من حيث الدّليل.([5])

([1]) عياض بن نامي السّلمي ، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، (ص430)، ابن تيميّة، **مجموع الفتاوى**، (114/13، 115)، فراس الشّايب، **أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي**،(ص30).

([2]) ينظر: ابن عاشور: **تفسير التّحرير والتّنوير**، (118/17).

([3]) ينظر: ابن عاشور: **المصدر السّابق** ،(366/23)، عياض بن نامي، **المرجع السّابق**، (ص 430).

([4]) ينظر: الونشريسي، **المعيار المعرب**، (28/12).

([5]) ينظر: زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكيّة الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي أنموذجا**، (ص68).

4-إجماع الصّحابة والسّلف الصّالح ﷺ في الوقائع المختلفة على وجوب تقديم الرّاجح من الظنّيين على المرجوح، فقد كانوا لا يعدلون إلى الآراء والأقيسة إلّا بعد البحث في النّصوص واليأس منها، وكانوا يوجبون العمل بالرّاجح القويّ من الظّنّيين دون أضعفهما.([1])

و هنا تجدر الإشارة إلى أنّ أقوال المجتهدين في حق المقلّد كالأدلة في حقّ المجتهد، فكما يجب على المجتهد العمل والإفتاء بالدّليل الرّاجح، فإنّه يجب على المقلّد العملُ بالقول الرّاجح من أقوال العلماء.

كما ينبغي أن أنبّه أيضًا على أنّ اتّفاق العلماء على وجوب العمل والإفتاء بالراجح هو الأصل و أنّه هو القاعدة العامة التي ينبغي أن يسير عليها جميع المجتهدين والقضاة والمفتين، ولكنّ هذه القاعدة العامّة لها استثناءات تجعل المجتهد يعدل عن القول الرّاجح ويأخذ بالقول المرجوح، وهذا ما سأوضّحه في الفصول الآتية من هذا البحث.

المطلب الثالث: حكم العمل بالقول المشهور عند المالكيّة

ينبغي تقديم القول المشهور على القول الشاذّ والضّعيف وذلك كقاعدةٍ عامّة في العمل و الإفتاء والقضاء عند المالكيّة، فإذا لم يكن في المسألة قولٌ راجحٌ ووُجِد قولٌ مشهورٌ فإنّ المقلِّد ملزمٌ باتّباع المشهور والعمل به، وأشهرُ من نُسِبَ إليه القولُ بتقديم المشهور على الشاذّ في الأحوال العاديّة هو الإمام المازري إذ نُقِل عنه أنّه قال: «لا أُفتي بغير المشهور، ولا أحمل النّاس على غير المشهور من مذهب مالكٍ وأصحابِه لأنّ الورع قد قلّ، بل كاد يُعدَمُ، والتحفُّظ على الدّيانات كذلك، وقد كثُرت الشّهوات، وكَثُر من يدَّعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه بغير بصيرةٍ، فلو فُتِح لهم بابُ مخالفةِ المذهب لاتّسع الخَرْق على الرّاقع وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها».([2])

وقد علّق الإمام الشّاطبي([3]) على ما ذكره الإمام المازري قائلاً: « فانظُرْ كيف لم يَسْتَجِزْ هذا الإمامُ وهو- المتَّفَقُ على إمامته وجلالته- الفتوى بغير مشهورِ المذهب، ولا بغير ما عُرِفَ منه، بناءً على قاعدةٍ

([1]) ينظر: العربي علي اللّوه، **أصول الفقه**، مرجع سابق، (ص378)، فراس الشّايب، **أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي**، (ص30) ، عياض بن نامي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، (ص431).

([2]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (25/12)، وينظر: عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي**، (ص192).

([3]) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي، أبو إسحاق الغرناطي، المعروف بالشّاطبي، الفقيه الأصولي، من أفراد العلماء المحقّقين، له: الموافقات في أصول الشّريعة، وكتاب الاعتصام، وغيرهما، توفّي سنة 790هـ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص48)، الزّركلي، **الأعلام**، (71/1).

مصلحيّةٍ ضروريّةٍ إِذْ قلَّ الوَرَعُ والدّيانةُ في كثيرٍ ممّن يَنْتَصِبُ لِبَثِّ العلم والفتوى كما تقدّم تمثيلُه، فلو فُتِحَ هذا البابُ لانحلّت عُرَى المذهب بل جميع المذاهب، لأنّ ما وجب للشّيء وجب لمماثله».([1])

وقد بيّن كثيرٌ من فقهاء المالكيّة المشهودِ لهم بالاجتهاد أنّهم كانوا ملتزمين بالعمل بالمشهور في المذهب وكانوا يعتمدون عليه في فتاويهم ومنهم الإمام الشّاطبي حيث قال:«أتحرّى ما هو المشهور والمعمول به، فهو الذي أذكره للمستفتي.» ([2])

المطلب الرابع: حكم العمل عند التّعارض بين الرّاجح و المشهور

من المسائل التي وقع فيها إشكالٌ في المذهب المالكي هي مسألةُ التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب، فقد اختلف فقهاء المالكيّة فيما إذا اجتمع في المسألة الواحدة قولان، وكان أحدُ هذين القولين مشهوراً ومقابلُهُ راجحًا، فذهب بعض المالكيّة إلى تقديم المشهور على الرّاجح، وذهب الآخرون إلى تقديم الرّاجح على المشهور.([3])

الفرع الأول: القول بتقديم القول المشهور على القول الرّاجح

ذهب أصحاب هذا الرّأي إلى تقديم المشهور على الرّاجح، فيلزم القاضي المقلّد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وممّن ذهب إلى هذا القول الإمام العدوي في حاشيّته على الخرشي، حيث قال:« إذا تعارض المشهورُ والرّاجحُ بناءً على اختلافهما، فما المقدَّمُ؟ قلتُ على ما تقدَّم في مسألة الدَّلك: يُقَدَّم المشهور على الرّاجح» ([4])، وقال أيضا:« (وهو الذي يُفتى به) أي الذي هو المشهور أو المرجَّح، ثم هذا ظاهرٌ إذا كان هناك راجحٌ فقط أو مشهورٌ فقط، فلو وُجِدَ الأمران، وكان بينهما تنافٍ، فيقدّم المشهور». ([5])

وذكروا عن الإمام المازري أنه بلغ درجةَ الاجتهاد وما أفتى قطّ بغير المشهور، وقد عاش نيفا وثمانين سَنةً وأنّه كفى به قدوة في هذا المنهج الذي سار عليه.([6])

([1]) تعليق الشاطبي على كلام المازري نقله الونشريسي في **المعيار المعرب** (25/12).

([2]) المهدي الوزّاني، **المعيار الجديد**، (168/9).

([3]) ينظر: قطب الرّيسوني ، **التّعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص26، 27).

([4]) العدوي، **حاشية العدوي على الخرشي في شرح مختصر خليل**(140/7).

([5]) العدوي، **المصدر نفسه**، (36/1).

([6]) ينظر: ابن فرحون، **تبصرة الحكّام** (57/1).

كما نُقِل عن الشّاطبي أنّه قال:« ومراعاةُ الدّليل أو عدم مراعاتِه ليس إلينا معشرَ المقلِّدين، فحسبنا فَهْمُ أقوالِ العلماء، والفُتيا بالمشهور منها، وليتنا ننجو مع ذلك رأسًا برأسٍ، لا لنا ولا علينا».([1])

وممن أيّد هذا الرّأي أيضا الإمام الزّرقاني([2]) في شرحه على مختصر خليل، إذ يدلُّ كلامه على تقديم المشهور وإن كان مُدركه ضعيفًا، وذلك من خلال ردّه على القرافي الذي قال:« يجب العمل بما قَوِيَ مُدرَكُه»، فقال الزّرقاني معقبًا عليه:« إنّ قول القرافي هذا لعلّه مبنيّ على تفسير المشهور بما قَوِيَ دليلُه، لا بقول ابن القاسم في المدوّنة ولا بما كثُر قائلُه، ولا يُعْدَلُ عن هذين وإن ظننّا ضُعف مُدرك الإمام بحسب زعمنا، وضعف المدرك لا يلزم منه ضعف القول نفسِه»([3])، وبه جرى صنيعُ بعضِ الفقهاء من المالكيّة كالإمام التّسولي والمهدي الوزّاني([4])، وغيرهم.([5])

وقد بالغ الإمام أبو الحسن علي التّسولي في الانتصار للمذهب والجمود عليه وذلك من خلال تشدُّده في نُصرة القول المشهور وتقديمه على القول الرّاجح وإن كان مستنده حديثًا صحيحًا بحجّة ادّعاء النّسخ، أو الخُصوصيّة، أو أنّ إمام المذهب قد اطّلع على هذا الحديث وتركَ العمل به لمعارضٍ لَاحَ له أو غيرِها من المحامل التي يُدفع بها في وجه الدّليل، فذهب إلى أنّ«المقلد لا يعدل عن المشهور، وإن صحَّ مقابلُهُ، وأنّه لا يطرح نصَّ إمامِه للحديث، وإن قال إمامُه وغيرُه بصحّته».([6])

وحجّة القائلين بهذا الرّأي تتمثّل فيما يأتي:

([1]) ينظر: **فتاوى الإمام الشّاطبي**، تح: الدكتور: محمد أبو الأجفان، (ص119)، الونشريسي، **المعيار المعرب**، (103/11)، عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي**، (ص206).

([2]) هو عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني، فقيه مالكيّ، له تآليف مفيدة ومن أجلّها :شرحه على مختصر خليل، توفّي سنة1099هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**،(337/4).

([3]) ينظر: عبد العزيز الخليفي **المرجع السّابق**، (ص207). الزرقاني، **شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، (101/1).

([4]) هو المهدي بن محمد بن محمد الوزّاني ، مفتي فاس وفقيهها ، له: النّوازل الجديدة الكبرى، تحفة الأكياس بشرح عمليّات فاس، وغيرها، توفّي سنة1342هـ/1923م، ينظر: الزّركلي، **الأعلام**:(114/7).

([5]) ينظر: قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص26،27).

([6]) التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (40/1)، وقد أنكر بعض فقهاء المالكيّة مقولة أبي الحسن التّسولي، وردُّوا عليها، وممّن انتقد هذه المقولة من الباحثين أيضا الدّكتور قطب الرّيسوني و قد بيّن وهاءها وعدم صحّتها من عدّة وجوه ومستويات، ينظر: قطب الرّيسوني ، **المرجع السّابق**، (من ص30 إلى ص63).

1-إنّ كثرة القائلين بالمشهور تدلّ على أنّ له دليلاً قويًّا لم نطّلع عليه فيكون مشهورًا باعتبار القائلين به من جهة، ويكون راجحًا أيضا من جهة دليله القويّ الذي لم نطّلع عليه.([1])

2-عدم الالتزام بالمشهور من مذهب مالك يؤدّي إلى الاضطراب في الأحكام وفسادها وعدم الانضباط فيها، فقد يحكُم قاضٍ بجواز عَقْدٍ قد أبطله قاضٍ آخر، وبالتّالي فإنّه يُمتَنع الإفتاء بغير المشهور سدًّا للذريعة، ولا سيما في حقّ الحاكم، لتطرُّق التّهمة إليه.([2])

3-إذا فُتِح بابُ مخالفةِ المشهور فإنّ ذلك يؤدي إلى مفاسدَ عديدةٍ، وهي اتّباعُ الهوى وتحكيمُه في المسائل المختلَف فيها، كما أنّه يؤدّي أيضًا إلى هَتْك حجاب المذهب.([3])

الفرع الثاني: القول بتقديم القول الرّاجح على القول المشهور.

ذهب أصحاب هذا الرّأي إلى تقديم الرّاجح على المشهور، وهم جمهور متأخّري فقهاء المالكيّة كالإمام القرافي، وابن العربي([4])، وابن عبد البر، وابن حبيب([5])، وغيرهم.([6])

وممن ذهب إلى تقديم الرّاجح على المشهور أبو العباس الهلالي في كتابه نور البصر، حيث قال:«فإنْ تعارضا: بأنْ كان في المسألة قولان، أحدُهما راجحٌ والآخر مشهورٌ فمقتضى نصوص الفقهاء والأصوليّين أنّ العملَ بالرّاجح واجبٌ».([7])

كما أيّد هذا الرّأي أيضًا محمد بن قاسم القادري فقال:« إذا تعارض المشهور والرّاجح، هل يُقَدَّمُ في العمل والفتوى والحُكم المشهور أو الرّاجح؟ الجواب أنّه يُقَدَّمُ الرّاجحُ»([8])، وقال

([1]) ينظر: عبد الحميد بوخشبة، **المقارنة بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**،(ص63).

([2]) ينظر: الشّاطبي، **الموافقات**،(106/4)، الونشريسي، **المعيار المعرب**، (101/11)، **المصدر نفسه**، (332/3).

([3]) ينظر: الشّاطبي، **المصدر السّابق**، (106/4).

([4]) هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي، أبو بكر، المعروف بان العربي، الفقيه المالكي، له: أحكام القرآن، القبس في شرح الموطأ، المحصول في أصول الفقه، وغيرها، توفّي سنة: 543هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص376).

([5]) عبد الملك بن حبيب بن سليمان السّلمي القرطبي المالكي، أبو مروان، فقيه وأديب لغوي، توفّي سنة239هـ، من مؤلفاته: الواضحة في السّنن والفقه، وغيرها، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص252).

([6]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام** ،(ص 21)، محمد الحسن الحضيري، **منهج التقديم للقول المشهور والرّاجح عند التعارض في المذهب المالكي وتطبيقاته في كتاب الصلاة**، (ص213).

([7]) الهلالي أبو العباس أحمد بن عبد العزيز، **نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل** (ص125).

([8])محمد بن قاسم القادري، **المصدر السّابق**، (ص15).

أيضا:«اعلم أنّ تقديمَ الرّاجح على المشهور عند معارضتهما هو مذهبُ جمهور الفقهاء والأصوليّين».([1])

وانتصر لتقديم الرّاجح على المشهور أيضا: علي الأجهوري([2])، حيث قال العدوي في حاشيته على خليل:«وعلى ما قاله علي الأجهوري فيها، يُقدَّمُ الرّاجح الذي هو ما قَوِيَ دليلُه. قلتُ : ويُقوِّيه ما نُقل عن معن بن عيسى([3]) فإنه قال : سمعت مالكاً يقول : إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فانظروا في رأيي، فإن وافق الكتاب والسُّنة فخذوه، وما لم يوافقهما فاتركوه». ([4])

وذكر الدّكتور محمد ابراهيم علي بأنّ الأمر قد استقرّ عند متأخّري فقهاء المالكيّة على تقديم القول الرّاجح أيًّا كان قائله على القول المشهور، وذلك بالنّظر إلى قوّة الدّليل.([5])

الفرع الثالث: القول المختار:

والذي يميل إليه الباحث هو القول الثاني ويرى بأنّه هو الصّواب، فقد استند أصحاب هذا القول إلى أدلّة قويّةٍ هي في حدّ ذاتها مفنّدةٌ لأدلّة أصحابِ القولِ الأول وهي كالآتي:

1- إذا كان المشهورُ قد تقوّى بكثرة القائلين به فإنّ هذه الكثرةَ لا تفيدُ شيئًا في بيان الحقّ من الباطل أو تمييز الصّواب من الخطأ، إذ من الممكن أن يكون ما ذهب إليه القليلُ هو القولُ الصّحيح، وما ذهب إليه الكثير هو الخطأ إذا كان دليلُه ضعيفًا.([6])

2- ليس هناك برهانٌ عقليٌّ أو نقليٌّ يدلّ على أنّ الصّوابَ هو ما قال به الكثيرُ، وأنّ الخطأ هو ما قال به القليلُ من الفقهاء، وإنّما السّبيل الوحيد إلى معرفة الصّوابِ من الخطأ عند التّعارض بين الأقوال هو الدّليلُ الذي يترجّحُ به هذا القولُ أو ذاك، لقوله تعالى:﴿قُلْ هَاتُواْ بُرْهَـٰنَكُمْ إِن

([1]) محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام، مصدر سابق،** (ص21).

([2]) هو علي بن زين العابدين بن محمد أبو الحسن الأجهوري المصري، محدّث وفقيه مالكي، له مؤلفات عديدة ومنها : شرح على الرسالة، شرح على مختصر خليل، وغيرها، توفّي سنة:1066هـ بمصر، ينظر: الحجوي، **الفكر السامي** (331/4).

([3]) هو معن بن عيسى أبو يحي القزاز المدني، من كبار أصحاب مالك، توفّي سنة 198هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج،** (ص326).

([4]) العدوي، أحمد بن علي، **حاشية العدوي على شرح الخرشي،** (140/7).

([5]) ينظر: محمد ابراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة،** (ص392).

([6]) ينظر: العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي،** (ص59)، عبد الحي بن الصديق، **تبيين المدارك لرجحان سنّيّة تحيّة المسجد وقت خطبة الجمعة في مذهب مالك،** (ص26).

كُنتُمْ صَـٰدِقِينَ﴾ [البقرة:110]، فقد دلّت هذه الآية الكريمة على أنّ صدق الدّعوى منوطٌ بقوّة الحجّة والبرهان، و أنّه لا عبرة بقائلها من جهة الكثرة، فإنّ ما قام البرهان عليه هو الصِّدقُ والحقُّ وإن قلَّ قائلُه.([1])

4- إنّ تقديم المشهور الذي ضَعُفَ دليلُه أو مُدْرَكُهُ على الرّاجح الذي قَوِيَ دليله، يُعَدُّ تقديماً للمرجوح على الرّاجح، وهذا ممتنعٌ عقلاً وغيرُ جائزٍ شرعاً.([2])

5- إجماع الصحابة ﷺ على العمل بالرّاجح ، وتقديمِه على غيره، كما دلّ على ذلك تصرُّفهم في كثيرٍ من القضايا التي وقعت لهم، فهذا الإجماع دليلٌ قطعيٌّ يوجب الأخذ بالقول الرّاجح وترك المرجوح المعارِض له ولو كان مشهوراً.([3])

المطلب الخامس: أمثلة تطبيقيّة عن التّعارض بين القول الرّاجح و القول المشهور في المذهب المالكي([4])

الفرع الأول: مسألة القراءة في رغيبة الفجر:

في هذه المسألة يُوجَد قولان متعارضان، قولٌ مشهورٌ في المذهب المالكي، والقول الآخر هو قولٌ راجحٌ من حيثُ الدّليل.

أولاً: القول الأول: وهو المشهور في المذهب المالكي أنّ القراءة في ركعتي الفجر تكون بالفاتحة سرًّا فقط دون قراءةِ سُورَةٍ بعدها، فقد جاء في المدوّنة أنّ الإمامَ ابنَ القاسمِ سأل الإمامَ مالكًا رحمه- الله- عمّا يُقرأُ في ركعتي الفجر؟ فقال الإمامُ مالكً:« الذي أفعلُ أنا لا أزيدُ على أمّ القرآن وحدَها ».([5])

([1]) ينظر: عبد الحي بن الصديق، **تبيين المدارك لرجحان سنّيّة تحيّة المسجد وقت خطبة الجمعة في مذهب مالك،، مصدر سابق،** (ص27)، قطب الرّيسوني ، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص28).

([2])ينظر: عبد الحي بن الصّدّيق، **المرجع السّابق،** (ص27)، عبد السّلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، مرجع سابق (ص59).

([3])ينظر:عبد العزيز الخليفي، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه** مرجع سابق ، (ص208-209)، ، قطب الرّيسوني، **المرجع السّابق،**(ص29).

([4]) سيقتصر الباحث في هذا المطلب على ذكر مثالين تطبيقيين للتّوضيح وهناك أمثلة أخرى كثيرة في المذهب المالكي، فمن أراد الاطّلاع عليها ينظر: قطب الرّيسوني، **المرجع السّابق،(من** ص 64 إلى 91) ، عبد الحميد بوخشبة، **المقارنة بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص193 ومابعدها) .

([5]) ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى،** (211/1).

ونصَّ على ذلك الشّيخ خليلٌ-رحمه الله- في مختصره فقال:« ونُدِبَ الاقتصارُ على الفاتحة»أي في ركعتي الفجر.([1])

ودليلُ الإمام مالكٍ-رحمه الله-في الرّواية المشهورة عنه حديثُ عائشةَ-رضي الله عنها- قالت:«كان النّبيُّ ﷺ يخفِّفُ الرّكعتين اللّتين قبل صلاة الصُّبح حتّى إنّي لأقول: هل قرأ فيهما بأمّ القرآن؟».([2])

ثانياً: القول الثاني: وهو القول الرّاجح، فقد ذهب بعض المالكيّة كابن عبد البر وابن العربي وغيرهما إلى تقديم القول الرّاجح في هذه المسألة وهو القراءة فيهما بسورتي﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ و(الإخلاص) -رغم أنّه قول شاذٌّ عند المتقدّمين من المالكيّة- على القول المشهور في المذهب من الاقتصار على الفاتحة .([3])

واستندوا في ذلك لما رواه وهبٌ عن الإمام مالكٍ أنّه أعجبه قراءتهما ب﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ والإخلاص للحديث الوارد في ذلك([4])، وأنّ روايته أرجحُ لحديث أبي هريرة ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قرأ في ركعتي الفجر ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾و﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ﴾([5]).([6])

وردّ القائلون بتقديم القول الرّاجح على القائلين بتقديم القول المشهور في هذه المسألة بما يأتي:

أ- قالوا: إنّ حديث عائشة-رضي الله عنها- لا ينهض للاحتجاج ولا يقوى على معارضة الأحاديث الصّحيحة الصّريحة والمرويّة من طرق متعدّدة، ومن ذلك ما رواه ابن ماجه أنّ عائشة- رضي الله عنها – نفسها قالت: «كان رسول الله ﷺ يُصلِّي ركعتي الفجر، فكان يقول: نِعْمَ السُّورتان هما

([1]) خليل، **مختصر** العلاّمة **خليل**، (ص34).

([2]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب: الكسوف، أبواب: التّطوع، باب: ما يُقرأُ في ركعتي الفجر،ح:1118 ، (393/1)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: استحباب ركعتي سنّة الفجر ، والحث عليهما وتخفيفهما، والمحافظة عليهما، وبيان ما يُستَحبّ أن يُقرَأَ فيهما،ح:724، (ص203).

([3]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام عمن قال: «العمل بالضعيف اختيارا حرام"**، (ص21-22).

([4]) ينظر: ابن عبد البر، ، التّمهيد، (40/24)، المواق، **التّاج والإكليل بهامش مواهب الجليل للحطّاب**، (79/2).

([5]) مسلم، **المصدر السّابق**، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، بال: استحباب ركعتي سنّة الفجر ، والحث عليهما وتخفيفهما، والمحافظة عليهما، وبيان ما يُستَحبّ أن يُقرَأَ فيهما،ح:726، (ص204)، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، أبواب صلاة التّطوّع، باب ما ما جاء فيما يُقرأ في الرّكعتين قبل الفجر، ح:1116، (30/2).

([6]) ينظر: قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص73-74).

يُقرَأُ بهما في ركعتي الفجر ب﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾و﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ﴾» ([1])، وما رواه التّرمذي عن ابن عمرﷺ قال:« رمقتُ النّبيَّ ﷺ شهرًا، فكان يقرأُ في الرّكعتين قبل الفجر ب﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾و﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ﴾».([2])

ب- أنّ تخفيف القراءة لا يدلُّ على ترك القراءة بالسّورتين المذكورتين.([3])

ومن خلال مناقشة أدلّة القول الأول وسلامة أدلّة القول الثاني من الاعتراضات يميل الباحث إلى تقديم القول الثّاني لرُجحانه، وذلك لأنّ منطوقَ حديثِ أبي هريرةﷺ مُقدَّمٌ على مفهوم حديثِ عائشة المرويّ في صحيح البخاري، كما أنّه صريحٌ في الباب، ولأنّ تخفيف القراءة في ركعتي الفجر لا يستلزمُ منه تركُ السُّورتين بعد الفاتحة، وفي ذلك يقول الإمام الشّوكاني:« ولا ملازمةَ بين التّخفيف والاقتصار على الفاتحة لأنّه من الأُمور النِّسبيّة ».([4])

الفرع الثاني: مسألة الوقت الاختياري لصلاة المغرب

المشهور في المذهب المالكي أنّ وقت المغرب مضيّق بقدر تحصيل شروط الصّلاة وزمن أدائها، وهو ظاهر المدوّنة، ورواية البغداديين عن مالكٍ، ونصّ عليه الشّيخ خليل بقوله:«وَلِلْمَغْرِبِ غُروبُ الشّمْسِ يُقَدَّرُ بِفِعْلِهَا بَعْدَ شُرُوطِهَا».([5])

ويستند أصحابُ هذا القول إلى حديث جبريل -عليه السّلام-([6]) إِذْ صلّى بالنّبي ﷺ المغرب في

([1]) ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، أبواب صلاة التّطوّع، باب ما ما جاء فيما يُقرأ في الرّكعتين قبل الفجر، ح:1118 ، (30/2) ، قال عنه الحافظ ابن حجر: إسناده قويٌّ، ينظر: ابن حجر، **فتح الباري**، (61/3).

([2]) التّرمذي، **سنن الترمذي**، كتاب الصلاة، أبواب الوتر، باب: ما جاء في تخفيف ركعتي الفجر، وما كان النّبيّ ﷺ يُقرَأ فيهما، ح:417، (276/2)، قال: التّرمذي: وفي الباب عن ابن مسعود وأنس وأبي هريرة وابن عباس، وعائشة وحفصة، قال أبو عيسى: حديث حسن، قال المحقّق أحمد محمد شاكر: وحديث ابن عمر صحيحٌ ليس له علّة، ينظر: التّرمذي، **سنن الترمذي**، تح: أحمد محمد شاكر، (276/2)، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، أبواب صلاة التّطوّع، باب ما جاء فيما يُقرأ في الرّكعتين قبل الفجر، ح:1117، (2/ 29، 30).

([3]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام عمن قال: «العمل بالضّعيف اختيارا حرام"**، (ص22).

([4]) الشّوكاني، **نيل الأوطار**، (21/3).

([5]) خليل، **مختصر العلاّمة خليل**، (ص20).

([6]) أحمد، **مسند الإمام أحمد**، (333/1، 354)،أبو داود، **سنن أبي داود**، كتاب الصلاة، ، باب في المواقيت، ح: 393، (107/1)، التّرمذي، **سنن التّرمذي**، أبواب الصّلاة، ، باب ماء في مواقيت الصّلاة، ح:149، (278/1، 279)، وقال حديث حسن

يومَيْن في وقتٍ واحدٍ.([1])

وذهب بعضُ المالكيّة إلى أنّ الرّاجح هو أنّ وقتَ صلاةِ المغرب يمتدُّ إلى غياب الشّفق الأحمر، وقد رجّح هذا القول الإمام ابن العربي، وابن عبد البر، والمازري، وأشهب، والباجي، وابن رشد واللّخمي وغيرُهم، وهو القول الرّاجح من حيث الدّليل.([2])

واستندوا في ذلك إلى ما يأتي:

1-حديث عبد الله بنِ عَمْروﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال:«...وَوَقْتُ صَلاَةِ المغْرِبِ مَا لَمْ يَغِبِ الشَّفَقُ».([3])

2-جاء في الموطأ:«وقال مالكٌ: الشَّفَقُ الحُمْرَةُ التي في المغْرِبِ، فإذا ذهبت الحُمْرَةُ فقد وجبتْ صلاةُ العشاء، وخرجَتْ من وقت صلاة المغرب».([4])

صحيح،، ابن خزيمة، **صحيح ابن خزيمة**، ح:325، (168/1)، الدّارقطني، **سنن الدّارقطني**، (258/1)، الحاكم، **مستدرك الحاكم**، (1931)، وقال: صحيح، ووافقه الذّهبي، وصحّحه ابن العربي وابن عبد البر، ينظر: ابن حجر، **تلخيص الحبير**، (307/1).

([1]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**، (25/2).

([2]) ينظر: الحطّاب، **المصدر نفسه**،(26/2)، محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (563، 564)، قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (76، 77).

([3]) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: المساجد ومواضع الصّلاة، باب: أوقات الصّلوات الخمس، ح:612، (ص172).

([4]) مالك، **الموطأ**، باب: جامع الوقوت، (ص45).

المبحث الرابع:

حقيقة القول المرجوح عند المالكيّة وأقسامه

ويتضمّن مطلبين:

المطلب الأول: تعريف القول المرجوح

المطلب الثاني: أقسام القول المرجوح عند المالكيّة

سأتطرّق في هذا المبحث إلى بيان حقيقة القول المرجوح لغة واصطلاحًا، وإلى أقسامه عند المالكيّة.

المطلب الأول: تعريف القول المرجوح

الفرع الأول: تعريف القول المرجوح لغة

المرجوح لغةً على وزن مَفْعُول، وهو يُقابل الرّاجح ويجتمع معه في أصل مادّته (رَجَحَ) وقد سبق في الفصل السّابق أنّ الرّاجِحَ يُطلَقُ على عدَّةِ معانٍ:

- التَّثْقِيلُ: يُقال أرْجحَ الميزانَ أثْقَلَهُ حتَّى مَال.([1])
- القُوّة: يُقال رجَّحه: أرْجَحَهُ وفضّله وقوَّاه.([2])
- التَّمْيِيل: يُقال ترجَّحَت المرجُوحَةُ بالغُلام أَيْ مَالتْ، وَرجَحَ الميزانُ أي مَالَ.([3])

« كأنّ القول المرجوح متأرجِحٌ غيرُ ثابت على جهةٍ فليس كالرّاجح الذي مال إلى جهة، أي أنّ المرجوح قد يعضّده ما يقوّيه فيصير راجحاً، وقد يعرّيه فيصير ضعيفًا لا يستدلّ به».([4])

ولا خلاف بين تلك المعاني لأنّ الرّاجح جانبُه أثقلُ من المرجوح ويتمّ تمييل كفّته عليه، وبالتّالي يكون المرجوح هو الجانب الضّعيف في المقارنة بين شيئين.([5])

الفرع الثاني: تعريف القول المرجوح اصطلاحًا

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللّغوي، فالقول المرجوح هو الجانب الأضعف في مقابلة الرّاجح، فما كان دليله أو مدركه أضعف من مقابله يسمى مرجوحاً، والأقوى راجحاً.([6])

وقد عرّف فراس الشّايب القول المرجوح بقوله: «المرجوح من الأقوال هو: ما ضعُف مُدْرَكُه أو كان دليلُه ضعيفًا ولم يُخالف دليلاً من الكتاب و السُّنّة أو الإجماع».([7])

([1])الزّبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس**، (384/6).

([2]) ينظر: **المعجم الوسيط**، مادة (رجح)، (ص329).

([3]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، (489/2).

([4]) زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا** ، (ص63).

([5]) ينظر: عبد الكريم الماضي، **العمل بالقول المرجوح في المعاملات المالية المعاصرة**، (ص184).

([6])الزّركشي، **البحر المحيط**، (4/ 425).

([7]) فراس الشايب، **أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي**، (ص29).

وقريبٌ من هذا التّعريف فقد عرّفه زكريا التّهامي بقوله: «المرجوح هو: ما لم يَقْوَ دليلُه أو ضَعُفَ مُدْرَكُهُ».([1])

وهذا التّعريف يُعتبر قاصرًا وغيرَ جامعٍ لأنواع القول المرجوح لأنّه قَصَرَ المرجوحَ على القول الضّعيف فقط، بينما يُعَدُّ القول الشّاذّ أيضًا من قبيل القول المرجوح، وإن كان الشّاذّ عندهم يُطلَق على ما يُقابل القول المشهور.

والتّعريف المختار عند الباحث هو تعريف حفيظة ربيع والتي عرّفته بقولها: «القول المرجوح هو كلّ قولٍ فقَد قوّته لقوة مُعارضِه؛ وإن كان له قوّةٌ في نفسه أو فقَد قوّتَه لضُعف دليله أو فقَد اعتبارَه لقلّة القائلين به».([2])

فهذا التّعريف مبيّنٌ لحقيقة القول المرجوح كما أنّه يشمل جميع أنواعه، وذلك لأنّ المرجوح يتقابل مع الرّاجح كما أنّ الشّاذ يتقابل مع المشهور، ومع ذلك فإنّ المرجوح غالبًا ما يشمل الضّعيف والشّاذ، كما صرّح بذلك العلاّمة أبو العباس الهلالي-رحمه الله- بقوله:«فاعلم أنه لا تجوز الفتوى ولا الحُكم بالمرجوح، وهو شاملٌ للشّاذ والضّعيف بالإجماع حكاه القرافي في غير موضع».([3])

المطلب الثاني: أقسام القول المرجوح عند المالكيّة

وفي هذا المطلب سأتعرّض إلى بيان أقسام القول المرجوح عند فقهاء المالكيّة، وهما: القول الضّعيف والقول الشّاذ.

الفرع الأول: القسم الأول: القول الضّعيف

أولا: تعريف القول الضّعيف لغةً واصطلاحًا

1-تعريف القول الضّعيف لغة

الضَّعِيفُ لغةً: على وزن فَعِيل مِنْ ضَعُفَ يَضْعُفُ ضَعْفًا، ويُقَالُ:الضَّعْفُ في العَقْل والرَّأْي، والضُّعْفُ في الجَسَدِ، ويُقال: هما لغتان جائزتان في كُلِّ وَجْهٍ، والضَّعْفُ بفتح الضَّاد من ضَعَفَ يَضْعَفُ ضُعْفاً لغةُ تميمٍ وبِضَمِّها مِنْ ضَعُفَ يَضْعُفُ ضُعْفاً لغةُ قُرَيْشٍ ، والضَّعْفُ والضُّعْفُ خِلاَفُ القُوَّة والصِّحَّةِ.([4])

([1]) زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة** ، (ص64).

([2]) حفيظة ربيع، **العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح- دراسة نظرية تطبيقيّة**، (ص37).

([3]) أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص134).

([4]) الفيّومي، **المصباح المنير**، (ص137)، الرّازي، **مختار الصّحاح**، (مادة ضعف)، (ص381)،

ويُقال: فُلانٌ ضَعِيفٌ، وقَوْمٌ ضِعَافٌ، وضُعَفَاءُ، وضَعَفَةٌ.([1])

يقول ابن فارس:«الضَّادُ والعَيْنُ والفَاءُ أَصْلَانِ مُتبَايِنَانِ، يَدُلُّ أحَدُهُمَا عَلَى خِلَافِ القُوَّةِ، ويدُلُّ الآخَرُ عَلَى أَنْ يُزَادَ الشَّيءُ مِثْله».([2])

2-تعريف القول الضّعيف اصطلاحًا

القول الضّعيفُ اصطلاحًا عند المالكيّة هو:«هو ما لم يَقْوَ دليلُهُ»([3])، فهو بذلك يُقابل القول الرّاجحَ من المذهب.

فالقول الضّعيف بالنّظر إلى قسميه الآتي ذكرهما هو:" ما لم يَقْوَ دليلُهُ أو ضَعُفَ مَدْرَكُهُ".([4])

الفرع الثاني: أقسام القول الضّعيف

ينقسم القول الضّعيف في المذهب المالكي إلى قسمين:

أ- ضعيفُ النّسبة: وهو ما لم يَقْوَ دليلُه بأن عارضه ما هو أقوى منه دليلاً، فيكون ضعفه نسبيًّا أي: هو ضعيفٌ بالنّسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوّةٌ في نفسه.([5])

ب- ضعيفُ المَدْرَك([6]): وهو الذي خالفَ الإجماعَ أو القواعدَ الشرعيّةَ أو النّصَ أو القياسَ الجليَّ، فيكون القول ضعيفًا في نفسه.([7])

ومثال القول الضّعيف في المذهب المالكي: الحُكم بنجاسة ميتة الآدمي، فقد ذكر الشّيخ خليل في مختصره قولاً بنجاسة ميتة الآدمي وبيّن بأنّ القول بطهارته هو الأظهر، فقال عند ذكره للأعيان النّجسة:« وميْتُ غيرِ ما ذُكِرَ ولو قَمْلَةً أو آدميًّا والأظهرُ طهارتُه».([8])

([1]) ينظر: الرّازي، **مختار الصّحاح**، (مادة ضعف)، (ص381).

([2]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**،(مادة ضعف)، (362/3).

([3]) ينظر: محمد القادري، **رفع العتاب والملام**، (ص20)، الظفيري ، **مصطلحات المذاهب الفقهية**، مرجع سابق، (ص204).

([4]) زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص64).

([5]) محمد القادري، **المصدر السّابق**، (ص20).

([6]) **المَدْرَك** بفتح الميم عند الفقهاء: جمعها مدارك، ومدارك الشّرع هي: "مواضع طلب الأحكام، وهي حيث يُستدلُّ بالنّصوص والاجتهاد من مَدارك الشّرع"، ينظر: الفيّومي، **المصباح المنير**، (ص72).

([7])محمد القادري **المصدر السّابق**، المكان نفسه.

([8]) خليل، **مختصر** العلّامة **خليل**، (ص10).

وقد بيّن الشّيخ الدّردير في شرحه على المختصر بأن ما ذكره الشّيخ خليل من نجاسة ميتة الآدميّ هو قولٌ ضعيفٌ في المذهب فقال:« وهذا قولُ ابن القاسم وابن شعبان([1])، وابن عبد الحكم([2])، فكلّهم يقول بنجاسة ميتته-أي الآدميّ- وهو قول ضعيفٌ، (والأظهر طهارتُه) ولو كان كافرًا، وهو قول سحنون وابن القصّار ».([3])، وهو ما بيّنه أيضًا الشّيخ الدّسوقي في حاشيّته بقوله: «(أو آدميًّا) ضعيفٌ، والأظهرُ عند ابن رشدٍ وغيره كاللّخمي والمازري وعياض وغيرِهم، وهو المعتمدُ الذي تجبُ به الفتوى (طهارتُه) ولو كان كافرًا على التّحقيق».([4])

ومثالهُ أيضًا: الحكم بتنجُّس الماء القليل بالنّجاسة القليلة دون تغيُّر أوصافه، وفي ذلك يقول الشّيخ الدّردير- رحمه الله-:« قولُ صاحبِ الرّسالة: وقليلُ الماءِ يُنَجِّسُه قليلُ النّجاسةِ وإن لم تُغيِّره، ضعيفٌ، وإن كان هو قولَ ابنِ القاسم».([5])

الفرع الثاني: القسم الثّاني: القول الشّاذّ

أولاً: تعريف القول الشّاذّ لغةً واصطلاحًا

1- تعريف القول الشّاذّ لغة

الشَّاذُّ لغةً: اسْمُ فاعلٍ مِن شَذَّ، يُقالُ: شَذَّ يَشِذُّ ويَشُذُّ شَذًّا وشُذُوذاً.([6])

شَذَّ عَنْهُ: انْفَرَدَ عَنِ الجُمْهُورِ.([7])

يقول ابنُ فارس:« الشِّين والذَّالُ يَدُلُّ عَلَى الانْفِرادِ والـمُفَارَقَة».([8])

يُقالُ: أَشَذَّ فلانٌ وأَشْذَذَ إذا جَاء بقولٍ شاذٍّ، وشُذَّاذُ النَّاسِ: الذينَ لَيْسُوا في قَبائِلِهِمْ، ولا مَنازِلِهم.([9])

([1]) هو محمد بن القاسم بن شعبان، أبو إسحاق المصري ، فقيه مالكي، له :كتاب"النّوادر، والمناسك، وغيرها، توفّي سنة 355هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص345).

([2]) هو عبد الله بن عبد الحكم المصري، أبو عبد الله، فقيه مالكي، توفّي سنة214هـ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر نفسه**، (ص217).

([3]) الدّسوقي، **حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير** للدّردير، (53/1).

([4]) الدّسوقي، **المصدر نفسه، المكان نفسه**.

([5]) الدّردير، **الشّرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، تح: السّيّد علي السّيّد الهاشم،(92/1).

([6]) الفيّومي، **المصباح المنير**، (مادة شذذ)، (ص252)، الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، (مادة شذذ)،(ص427).

([7]) ينظر: الرّازي ، **مختار الصّحاح**، (ص332،333)، الفيروز آبادي، **المصدر السّابق** ،(مادة شذذ)، (ص334).

([8]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**،(مادة شذّ)، (180/3) .

([9])الفيروز آبادي، **المصدر السّابق** ،(مادة شذذ)، (ص334)، ابن منظور، **لسان العرب**،(مادة شذذ)، (3 / 494).

2- تعريف القول الشّاذّ اصطلاحًا عند المالكيّة

الشّاذّ عند فقهاء المالكيّة هو القول الذي يُقابِل المشهور.

وعرّفه القادري بقوله:«الشّاذّ هو القولُ الذي لم يصدُر عن جماعة»([1])، فهو يقابل القولَ المشهورَ الذي يصدر عن الكثرة، فالفرق بينهما في قلّة القائلين بذلك القول أو كثرتهم، ومثال القول الشّاذ في المذهب المالكي: جواز تأجير الإنسان نفسه في طاعة من الطّاعات، وفي ذلك يقول الإمام الدّسوقي- رحمه الله-:« يُكْرَه للإنسان أن يؤَجِّرَ نفسه في عمل طاعةٍ من الطّاعات سواء كان حجًّا أو غيره... والقولُ الشّاذُّ جوازُ ذلك».([2])

ومثاله أيضًا: القولُ بجواز إخراج زكاة الفطر أوّلَ شهرِ رمضانَ، فقد ذكر الإمام الونشريسي هذا القول الشّاذَّ في كتابه المعيار المعرب فقال :«... قيل كان الشّيخ الإمام ابن عرفة —رحمه الله- يجيز تقديمها أوّلَ رمضان، ويُفتي أهل البلاد إذا أخذها منهم العمّال أوّل الشّهر قيمةً أنّها تُجزئ، فخالف في الأَمريْنِ جميعًا للضّرورة إلى ذلك».([3])

وهنا ينبغي التّنبيه إلى أنّ القول الشّاذ قد يكون ضعيفًا باعتبار انفراد قائله عن الجماعة أو انفراده في المذهب، لا من حيث دليلُه، وقد يكون دليلُه قويًّا وموافقًا لمذهبٍ آخر، فهذا النّوع من الأقوال الشّاذّة ينبغي للمجتهدين في المذهب المالكي إعادة النّظر فيها لأنّه إذا كان دليلُه قويًّا فإنّه يجب العمل به([4])، ولذلك فإنّ بعض فقهاء المالكيّة قد خالفوا المشهور من مذهب الإمام مالك-رحمه الله-وأفتوا بأقوال شاذّةٍ وذلك بالنّظر إلى قوّة الدّليل الذي تستند إليه، كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الثاني من هذا البحث.

([1]) القادري، **رفع العتاب والملام**، مرجع سابق ، (ص20).

([2]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير**، (18/2).

([3]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (373/1).

([4]) ينظر: زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص66).

المبحث الخامس:

حكم العمل بالقول المرجوح وفوائد ذكره في كتب الفقه والفتاوى عند المالكيّة

ويتضمّن مطلبين:

المطلب الأول: حكم العمل بالقول المرجوح عند المالكيّة.

المطلب الثاني: فوائد ذكر الأقوال المرجوحة في كتب الفقه والفتاوى عند المالكيّة.

في هذا المبحث سوف أتعرّض إلى بيان حكم العمل بالقول المرجوح وفوائد ذكره في كتب الفقه والفتاوى وضوابط العمل به عند فقهاء المالكيّة.

المطلب الأول: حكم العمل بالقول المرجوح عند المالكيّة

القاعدة العامّة عند جميع الفقهاء والأصوليين تقتضي أنّ المجتهد إذا ترجّح لديه أحَدُ الدّليلَيْن أو أحدُ القوليْن في المذهب أن يأخذ بالدّليل الرّاجح أو بالقول الرّاجح ويتركَ الدّليلَ المرجوحَ أو القولَ المرجوح، وذلك لأنّ«العلماء متّفقُون على أنّ العملَ بالدّليل المرجوح وترك الرّاجح باطلٌ... وقد نقل هذا الاتّفاق غيرُ واحد من العلماء»، ([1]) وقد حكى بعض العلماء الإجماع على عدم جواز الإفتاء والعمل بالقول المرجوح، ومنهم العلامة الهلالي حيث قال: «فاعلم أنّه لا يجوز الفتوى ولا الحُكمُ بالقول المرجوح وهو شاملٌ للشّاذّ والضّعيف بالإجماع حكاه القرافي في غير موضع». ([2])

كما صرّح الفقيه المالكي إبراهيم اللّقاني بعدم جواز الإفتاء والحُكم والعمل بالقول المرجوح وذلك كقاعدة عامّة في المذهب المالكي فقال: « اعلم أنّ كلمتهم قامَتْ على تعيُّن الإفتاء والعمل بالرّاجح، وعبارة ابن عرفة: العمل بالرّاجح واجبٌ لا راجحٌ، فالذي يُفتى به هو المشهور أو الرّاجح، ولا تجوز الفتوى بغير المشهور ولا بغير الرّاجح ، وذُكِرَ عن المازري: أنه بلغ درجة الاجتهاد وما أفتى بغير المشهور».([3])

وعليه فإنّ أكثرَ فقهاءِ المالكيّة متّفقون على منع العمل والفتوى والحكم بالقول المرجوح في الأحوال العاديّة ولكنّ هذه القاعدة العامّة التي قرّرها الفقهاء واتّفقوا عليها لها أحوال استثنائية يجوز فيها الحُكم والعمل بالقول المرجوح في المذهب المالكي([4])، وهذا موضعُ خلافٍ بين علماء المالكيّة حيث إنّهم اختلفوا في العمل بالقول الضّعيف أو الشاذّ بالنّسبة إلى المجتهد في خاصّة نفسه أو بالنّسبة للإفتاء به لغيره في حالات الاضطرار أو الحاجة، وذلك على ثلاثة أقوال هي كالآتي:

([1]) فراس عبد الحميد الشّايب، **أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي**، المجلّة الأردنية في الدّراسات الإسلامية، مج (14)، ع(1)، 1439هـ/2018م، (ص29).

([2])أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر، مصدر سابق**، (ص134).

([3]) اللّقاني إبراهيم، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، (ص269).

([4]) ينظر: عبد السلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص53)، و ذكر محمد إبراهيم أنّه: "لا يجوز العدول عن القول الرّاجح أو المشهور إلى القول المرجوح إلّا إذا كان عليه العمل"، محمد إبراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة**، (ص391).

الفرع الأول: القائلون بعدم جواز الحكم أو العمل بالقول المرجوح مطلقًا

ذهب أصحاب هذا الرّأي إلى عدم جواز الحكم والعمل والإفتاء بالقول المرجوح مطلقًا بالنّسبة للمجتهد ولو في خاصّة النّفس، فيقدَّم القولُ الرّاجح في مذهب الغير على العمل بالضّعيف أو الشاذّ في المذهب المالكي، وإلى هذا الرّأي ذهب متأخرو فقهاء المالكيّة من المصريّين كما صرّح بذلك علّيش في منح الجليل فقال:«فتحرُمُ الفتوى والقضاء والعمل بالشاذّ والضّعيف ويقدَّمُ تقليدُ نحو أبي حنيفة والشّافعي وأحمد على العمل بالشاذّ والضّعيف عند الضّرورة، قاله متأخّرُو المصريين».([1])

وهو ما أكّده أيضا الإمام الدّسوقي بقوله:«وأمّا القول الشّاذ والمرجوح أي الضّعيف فلا يُفتى بهما وهو كذلك، فلا يجوز الإفتاء بواحد منهما ولا الحُكم به، ولا يجوز العمل به في خاصّة النّفس، بل يُقدَّم العملُ بقول الغيرِ عليه، لأنّ قولَ الغير قويٌّ في مذهبه كذا قال الأشياخ...هو اختيارُ المصريّين ».([2])

وعليه فقد منع فقهاءُ المالكيّة المصريّون الحكمَ والعمل بالقول المرجوح مطلقًا، وقدَّموا العملَ بالقول الرّاجح في المذاهب الأخرى على القول المرجوح في المذهب المالكي، فأصحاب هذا الرّأي يُقدِّمون ما قَوِيَ دليلُه من مذهب غير المالكيّة، للإفتاء به عند الضّرورة دون النّظر إلى المحافظة على حُرمة المذهب والتّمسك به. ([3])

وقد ذكر الإمام الونشريسي في المعيار أنّ الفقيهَ أبا العباس سيّدي أحمد بن زكري([4]) قد أجاب بعدم جواز الإفتاء أو العمل بالقول المرجوح فقال:«قد تضافرت نصوص الأئمّة من الأصوليّين والفروعيّين على امتناع الفتوى والقضاء بالقول المرجوح عند المفتي أو القاضي فيتعيّن الرّاجح، فإن كان القاضي أو المفتي من أهل الاجتهاد بالإطلاق أو التقييد فظاهرٌ، فإنّ العدول عن الرّاجح إلى المرجوح إذ ذاك من اتّباع الهوى المنهيّ عنه بالإجماع، وإن كان ممّن ذكر من أهل التقليد كما هو الغالب من حال أهل العصر وجب عليه اتّباع ما رجّحه أهل المذهب المقَلَّد ، فلا يجوز عنه العدول عنه إلى المرجوح».([5])

([1]) علّيش، **شرح منح الجليل على مختصر العلّامة خليل**، (20/1).

([2]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (20/1)

([3]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص546)، التّهامي زكريا، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص70).

([4]) هو أحمد بن محمد بن زكري المانوي التّلمساني ، علامتها ومفتيها له تأليف في مسائل القضاء والفتيا، وشرح عقيدة ابن الحاجب، وفتاوى منقولة في المعيار، توفّي سنة899هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (312/4).

([5]) الونشريسي، **المعيار المعرب**: (8/12).

و بيّن الشّيخ عبد الرّحمان الفاسي ([1]) أيضا في نظم العمل بأنّ قُضاةَ الوقت لا يجوز لهم الحُكْمُ بالشّاذ، فإذا حكموا به فإنّ حُكمهم يُنقَض حيث قال:

حُكم قُضاةِ الوقت بالشُّذُوذِ ❁ يُنْقَضُ لا يتمّ بـالنُّفـــــوذِ

وَمِنْ عَوامٍ لا تُجِــزْ مـا وافقـا ❁ قولاً فلا اختيارَ منهم مطلقا([2])

أي لا تُجِزْ أحكامَ العوام أي المقلّدين بغير المشهور من المذهب المالكي، ولو وافقت بعضَ الأقوال، لأنّ اختياراتهم لمقابل المشهور غير معتبرة.([3])

يقول الشّيخ علّيش-رحمه الله-:"الحُكم الذي تجب به الفتوى... وهو المشهور الذي كثر قائلوه، والرّاجح الذي قوي دليله، فتحرُم الفتوى والقضاء والعمل بالشاذّ والضّعيف"([4])

الفرع الثاني: القائلون بجواز العمل بالقول المرجوح بالنسبة للمفتي في خاصّة النّفس إذا تحقّقت الضّرورة في نفسه

ذهب أصحاب هذا الرّأي إلى جواز العمل بالقول المرجوح في المذهب المالكي في خاصّة النّفس إذا تحقّقت الضّرورةُ في نفسه فقط دون القضاءِ أو الإفتاءِ به([5])، فَهُمْ بذلك يُقدِّمون العملَ بالقول الشّاذّ والضّعيف من المذهب المالكي على العمل بمذهب الغير وذلك اقتصارًا منهم على المذهب المالكي والتمسُّك به ما أمكنهم ذلك، وإلى هذا القول ذهب أكثر شيوخ المذهب المالكي كالإمام أصبغ([6]) وابن حبيب من المتقدّمين، وهو ما ذهب إليه متأخرو المذهب من المغاربة، والإمام المازري ([7]).

([1]) هو عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي ، فقيه مالكي، له نظم العمل الفاسي، واختصار الأشباه والنّظائر، توفّي سنة: 1096هـ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (456/1، 457).

([2]) ينظر: التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (41/1)، العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي**، (ص52).

([3]) ينظر: التّسولي ،**المصدر السّابق**، (41/1).

([4]) علّيش ،**شرح منح الجليل على مختصر العلّامة خليل**، (20/1).

([5]) أي يعمل به إذا تحقّقت الضّرورة في نفسه ولكنّه لا يفتي به غيره.

([6]) نقل القادري عن الإمام أصبغ أنه قال: "ينظر إلى أمر الناس فما اضطُروا إليه مما لابدّ لهم منه ولا يجدون العمل إلا به فأرجوا أن لا يكون به بأس إذا عمّ" اهـ ، وذكر القادري نَقْلَهُ عنه في المعيار ونَقَلَهُ عنه بواسطة المعيار الإمام التّسولي، ينظر: محمد بن قاسم القادري، **رفع العتاب والملام عمن قال: "العمل بالضعيف اختيارا حرام"**، مصدر سابق، (ص63).

([7]) ينظر: محمد بن قاسم القادري، **المكان نفسه**،، ومحمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص546)

ونقل الدّسوقي عن الحطّاب أنّ يوسف بن عمر([1]) أجاز العمل بالقول الشّاذ في خاصّة النّفس وأنّه يُقَدَّمُ على العمل بمذهب الغير، لأنّه قولٌ في المذهب.([2])

فهؤلاء الفقهاء يرون جواز العمل بالقول المرجوح بالنّسبة للمفتي في خاصّة نفسه إذا تحقّقت الضّرورة، لأنّ المفتي لا يتحقّق الضّرورة بالنّسبة إلى غيره كما يتحقّقها من نفسه، فالمنع من الإفتاء بالقول الضّعيف للغير خشية الّا تكون الضّرورة محقّقة عنده.([3])

فأصحابُ هذا الرّأي يُراعُون حُرمةَ المذهب والمحافظة عليه، وهو ما درج عليه الفقهاء المغاربة إذ إنّ الذي حملهم على ذلك هو تمسُّكهم بمذهب الإمام مالك – رحمه الله تعالى-. ([4])

الفرع الثالث: القائلون بجواز العمل بالقول المرجوح عند الاقتضاء سواء في خاصّة النّفس أو في الإفتاء به

ويرى أصحاب هذا الرّأي جواز الأخذ بالقول المرجوح عند الاقتضاء، كما في حالة الضّرورة أو الحاجة وهو قولٌ للشّاطبي، ([5])، وأجاز بعض العلماء المعاصرين العمل بالقول المرجوح في خاصّة النّفسِ

([1]) هو يوسف بن عمر أبو الحجاج الأنفاسي، فقيه مالكي، وكان إمام جامع القرويين و مفتيا لمدينة فاس، له تقييد على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، توفّي سنة 761هـ ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزكية** ، (1/ 335)، التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص627).

([2]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (20/1)، اللّقاني إبراهيم، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، مصدر سابق، (ص253).

([3]) ينظر: عبد الله آل خنين، **الفتوى في الشّريعة الإسلاميّة**، (328/1)، المهدي الوزّاني، **المعيار الجديد**، (536/2).

([4]) ينظر: محمد رياض، **المرجع السّابق**، (ص547).

([5]) ينظر: **فتاوى الإمام الشّاطبي**، تح: محمد ابو الأجفان ،(ص150) ونُقل عن بعض المجيزين للعمل أ والإفتاء بالقول المرجوح أنّه أجاز العمل بالقول الضّعيف في بعض أبواب الفقه دون بعض، ولكنّ هذا الرّأي غيرُ صحيح عند جميع المالكيّة إذْ ما الدّاعي لأن نُجيزه في أبوابٍ من الفقه ونمنعه في أبوابٍ أخرى، وقد ردّ العلاّمة النّابغة الغلاوي على هذا القول وبيّن بطلانه وأنّه قولٌ غيرُ معتبرٍ في المذهب فقال:

وقولهم ثلاثةٌ قد يُعمَـلُ ... فيهنّ بالقول الضّعيفِ مُهْمَـلُ
وهي نكاحٌ وذكاةٌ وحجُّ ... ومَنْ يقُلـه العلماء حـجـــو
بأنّها قُوَيْلَةٌ ضَعيـــفة ... زيّـفها المعيارُ في صَـــحيفة
لذلك القولُ به قد انتُقِد ... في النّظم فاشيًا وضُعفه اعتـقـد

وقد أشار سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم في أجوبته إلى هذا القول الذي أورده صاحب المعيار فقال:" وقول الدّاودي أنّه يجوز العمل بالضّعيف في الطّلاق والذّكاة والحج ضعيفٌ أيضا لا يُعتمَد عليه"، ينظر: النّابغة الغلاوي، **بوطليحة**، تح: يحي بن البراء (ص114، 115، 116).

والإفتاءَ به للغير عند تحقّق الضّرورة، ومن هؤلاء أبو القاسم بن محمد التّواتي اللّيبي، والذي يرى أنّ من شروط العمل أو الإفتاء بالمرجوح« أن يتحقّق الضّرر فيمن استفتاه أو في نفسه خلافًا لما في فتح الودود على مراقي السّعود من أنّه إذا تحقّق الضّرر في نفسه جاز له العمل به، ولا يجوز أن يفتي به لغيره، ولو تحقّق ضرره، إذ لا يتحقّق الضّرورة في غيره كما يتحقّقها في نفسه»([1])، و أيّد هذا الرّأي من العلماء المعاصرين أيضًا الأستاذ الدّكتور وهبة الزّحيلي- رحمه الله- فقد ذهب إلى جواز الأخذ بالقول المرجوح إذا اقتضت الضّرورة أو المصلحةُ العامّةُ ذلك، كما نفى وجود إجماعٍ من العلماء على المنع من ذلك فقال:« إذا وُجِدَتْ ضرورةٌ أو حاجةٌ أو مصلحةٌ عامّةٌ للعمل بالقول المرجوح "الضعيف أو الشاذ"، أو اعتمد الحاكم قولا مرجوحًا جاز الأخذُ به كما بيّنتُ سابقًا، ولا إجماعَ في الحقيقة على منع الأخذ بالقول المرجوح بدليل وجودِ الاختلاف بين العلماء فيما يأخذ به المقلّد من أقوال العلماء».([2])

الفرع الرّابع: الرّأي الرّاجح:

الذي يميل إليه الباحث هو الرأي الثّالث والذي يرى جواز العمل والإفتاء بالقول المرجوح عند الاقتضاء أي عند وجود سبب يقتضي ذلك كالضّرورة والمصلحة ودرء المفسدة وغيرها من الأسباب التي سيأتي بيانها في الفصل الثالث من هذا البحث، وذلك بالنّظر إلى أنّ هذا الرّأي يتوافق مع سماحة الشّريعة ويُسرها، ولذلك رجّح كثير من متأخّري مالكيّة الغرب الإسلامي العمل بالقول الضّعيف أو الشّاذ إذا تحقّقت الضّرورةُ أو المصلحةُ، وفي ذلك يقول الإمام الحجوي:« نعم عند تحقُّق الضّرورة أو المصلحة تعيّنت الفتوى بقولٍ ولو ضعيفًا».([3])

وذهب الإمام المهدي الوزّاني إلى جواز الإفتاء بالقول الضّعيف عند تحقّق الضّرورة في الغير، وردَّ على من زعم أنّ الضّرورة لا تتحقّق في الغير كما تتحقّق في النّفس فقال في كتابه المعيار الجديد:«القول الضّعيفُ يُفتى به عند تحقّق الضّرورة، وهو كذلك، وزعم بعضُ أهل العصر أنّ القول الضّعيفَ لا يُفتى به أصلاً، وهو غيرُ صحيحٍ، و وزعم أنّ الضّرورة لا تتحقّق في الغير، وإنّما تتحقّق في نفسه، مُحتجًّا في

([1]) أبو القاسم بن محمد التّواتي اللّيبي، **مرجع المشكلات في الاعتقادات والعبادات والمعاملات والجنايات على مذهب الإمام مالك**،(ص139)، وينظر: التّهامي زكريا ، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص72).

([2]) وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، (130/1).

([3]) الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (480/2).

ذلك بما نقله المحشّي بناني([1]) عن الشّيخ المسناوي([2]) في باب القضاء، واحتجاجُه باطلٌ، لأنّه لا يُفيدُ ما زعمه قطعًا، بل هو مُحتمل فلا يتمُّ به الاستدلال ».([3])

ونقل المهدي الوزّاني أيضًا جوابًا للقاضي سيّدي سعيد العميري([4]) يؤيّد ما ذهب إليه من جواز العمل بغير الرّاجح أو المشهور عند الاقتضاء ونصّه كالآتي:« شاع كثيرًا أنّ الفتوى بغير المشهور لا تجوزُ حتّى حُكِيَ الإجماعُ على ذلك، وعمومُ ما ذكرنا مُخالفٌ له، فالتّفصّي عنه ما قاله الشّيخ يحي السرّاج([5]) أحد أعلام فاس والمفتي بها في حينه، من أنّ الفتوى بغير المشهور بعد الورطة وتعاظم الأمر لا تُنكَرُ، ومَنْ طالعَ كلامَ الفقهاء وفتاوى المشايخ عَلِمَ ذلك، على أنّ ظاهر كلامِهم جوازُ ذلك ابتداءً».([6])

وقد انتصر لهذا الرّأي من المالكيّة أيضًا أبو العبّاس الهلالي حيث قال:« المفتي القادر على التّرجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رُجْحانه لا مطلقًا، قال ابن هلال:...غير أنّ المفتي المتأهّلُ له الفتوى بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النّوازل والأشخاص».([7])

ونُقل عن ابن أبي زيد أنّه قال:« أمّا من قلّد القولَ الشّاذّ لأنّه حقّ في حقّ مَنْ قال به وفي حقّ من قلّدَه ولم يحمله عليه مجرّدُ الهوى بل الحاجةُ والاستعانةُ على دفع ضررٍ دينيٍّ ودنيويٍّ إلى فتنة في الدّين، ثمّ شكر الله على كون ذلك القول وافقَ غرضَهُ وهواه، ولو لم يجد من الحقّ ما يُوافق هَوَاهُ لصبَرَ وخافَ اللهَ تعالى، فهذا تُرْجَى له السَّلامةُ في تقليده ذلك».([8])

([1]) هو محمد بن عبد السّلام بناني ، أبو عبد الله، مفتي فاس، توفّي سنة 1163هـ، ينظر، الحجوي، **المصدر السّابق**، (344/4).

([2])هو محمد بن أحمد المسناوي أبو عبد الله الفاسي، فقيه مالكي، توفّي سنة 1072م، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (481/1).

([3]) المهدي الوزّاني، **المعيار الجديد الجامع المعرب في فتاوى المتأخّرين من علماء المغرب**، (536/2).

([4]) هم سعيد بن أبي سعيد العميري التادلي الفاسي، القاضي، توفّي سنة 1178هـ، ينظر: ابن زيدان، إتحاف أعلام النّاس(527/5).

([5]) هو يحي بن أحمد بن حسن السّراج الحميري، أبو زكريا الفاسي، فقيه مالكي، انتهت إليه رياسة الرّواية والحديث بالمغرب، توفّي سنة805هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (294/4).

([6]) المهدي الوزّاني، **المصدر السّابق**، (537/2).

([7]) أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص134، 135).

([8]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، مصدر سابق، (46/12).

كما نقل الإمام الونشريسي أيضًا في كتابه المعيار المعرب أنّه يظهر من كلام الشّيخ ابن عبد السّلام التّونسي([1]) في كتاب النّكاح من شرح ابن الحاجب أنّه يجوز للعامّيّ أن يُقَلّد الشّاذ ويعمل به وذلك من خلال قوله:« القول الشاذُّ قد ينصرُه الفقيهُ، ويختارُه المجتهد، ويُقَلِّدُه العاميّ».([2])

وقد أفتى الإمام المازري بالقول الشّاذ وهي رواية الدّاودي عن الإمام مالك في مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب بعد الزّراعة وخروج الإبان، وخالف عادته في الالتزام بمشهور مذهب الإمام مالك-رحمه الله- ([3])

كما يجوز العمل بالقول الضّعيف إذا جرى به العمل فإنّه يتقوّى بذلك ويترجّحُ به ويُقَدَّمُ على المشهور، وذلك إذا توفّرت فيه شروطُ جريانِ العمل، والتي سيأتي بيانُها في الفصل الثاني من هذا البحث، وذلك مادامَ السّببُ الذي قام من أجله العملُ موجودًا، فإذا زال ذلك السّببُ عاد الحُكم إلى العمل بالرّاجح أو المشهور، وفي ذلك يقول صاحب مراقي السّعود:

وقُدِّمَ الضّعيفُ إِنْ جَرى العَمَلْ ۞ به لأجْلِ سَبَبٍ قَد اتّصَلْ ([4])

وأمّا العملُ بالقول المرجوح اختيارًا بالتّشهّي واتباع الهوى من غير ضرورةٍ أو سببٍ شرعيّ يقتضي ذلك، فإنّ الإجماع يدلُّ على تحريمه، يقول الإمام الحجوي:«والعمل بالضّعيف في الفتوى والأحكام حرامٌ إلّا لمجتهدٍ ظهرَ له رُجْحانُه، فلا يبقى ضعيفًا عنده ولا عند من قلّده، أو لضرورةٍ دعت المقلِّد للعمل به في نفسه يومًا ما».([5])

المطلب الثاني: فوائد ذكر الأقوال المرجوحة في كتب الفقه والفتاوى عند المالكيّة

إنّ ذكر الفقهاء للأقوال الضّعيفة والشاذّة بجانب الأقوال المعتمدة في كتب الفقه والنّوازل ليس للعمل بها إذ إنّ العلماء متّفقون على أنّ العمل بالمرجوح غير جائز شرعًا في الأحوال العاديّة، ولكن يرجع ذكرها إلى جملة من الأسباب والتي تحمل في طيّاتها عدّة فوائد هي كالآتي:

([1]) هو محمد بن عبد السّلام بن يوسف الهواري التّونسي ،أبو عبد الله، من أعلام المالكيّة، وقاضي الجماعة بتونس، من أشهر مؤلفاته: تنبيه الطّالب لفهم كلام ابن الحاجب، توفّي سنة749هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، مصدر سابق، (283/4).

([2]) الونشريسي، **المصدر السّابق**، (27/12، 28).

([3]) **المصدر نفسه**، (25/12).

([4])محمد الأمين الشّنقيطي، **نثر الورود (شرح مراقي السّعود)**، (661/2).

([5]) الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (465/4).

1ـ أنّه يمكن أن يُفتى بالقول الضّعيف أو القول الشاذّ في حالة الضّرورة أو الحاجة التي تنزّل منزلة الضّرورة، فقد تُلجئ الضّرورة إلى العمل بالقول الضّعيف ، فيجوز العمل به حينئذ إذا تحقّقت تلك الضّرورة، حيث يجد المفتي هذا القول موثّقًا في كتب الفقه المالكي منسوبًا إلى قائله فيصير إليه ويحكم به.([1])

ونُقل عن الإمام التّاودي بن سودة([2]) أنّ فائدة حكاية الأقوال الضّعيفة في كتب الفقهاء إنّما هي من أجل الرجوع إليها عند الحاجة، ومِنْ ثَمَّ العملُ بها عندما يعسُرُ على المكلَّف العملُ بالقول الرّاجح.([3])

2- التّرقّي في مدارج السَّنا والقُرْبُ من رتبة الاجتهاد، أي التّدرّب على الاجتهاد واكتساب مَلَكته، وذلك من خلال اتّساعِ النّظرِ والاطّلاعِ على ما بنى عليه الفقهاءُ أحكامَهُم، والعلمُ بأنّ القولَ الرّاجحَ المذكورَ ليس محلَّ اتّفاقٍ بين العلماء، وأيضًا ليُعلَم بأنّ هذا القولَ المرجوحَ قد صار إليه بعضُ المجتهدين من قبل، ولذا قال بالأقوال التي رجعَ عنها الإمامُ مالكٌ كثيرٌ من أصحابه ومَنْ بعدهم، وبالتّالي فإنّ التّمييز بين تلك الأقوال الرّاجحة والمرجوحة يساعد على تكوين مَلَكة الاجتهاد والتي تُمكِّن من الحُكم بتلك الأقوال.([4])

3- حِفْظُ مُدْرَك الحُكْمِ – أي الدّليل –الذي بُنيَ عليه الحُكمُ بالنّسبة لمن له اعتناءٌ بذلك وهو الفقيهُ المتبصِّر([5]) الذي له القدرة على التّرجيح ،وذلك بأن يرجِّح ما كان ضعيفًا في الأصل لقوّة المدْرَك عنده، أمّا غيرُ المتبصِّر فينبغي له أن يلتزم بالرّاجح والمشهور في المذهب.([6])

([1]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص542).

([2]) هو محمد التّاودي بن محمد الطّالب بن سودة، أبو عبد الله المري الفاسي الأندلسي، الفقيه المالكي، خاتمة المحقّقين الأعلام، له: حاشية على شرح الزرقاني، شرح على التّحفة، وغيرها، توفّي سنة 1209هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (350/4).

([3]) ينظر: محمد رياض، **المرجع السّابق**، (ص543).

([4]) ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، **نثر الورود، (شرح مراقي السعود)**،(591/2)، المهدي الوزّاني، **النّوازل الجديدة الكبرى المسمّاة: المعيار الجديد الجامع المعرب في فتاوى المتأخّرين من علماء المغرب**، مصدر سابق، (536/2)..

([5]) **التّبصُّر**: هو أخذ القول بدليله الخاص به من غير أن يستبد بنظره أو يهمل القائل به ، وهذه هي رتبة فقهاء المذهب وأجاويد طلبة العلم، ينظر: محمد الامين الشنقيطي، **نثر الورود، (شرح مراقي السعود)**، (591/2).

([6])ينظر: محمد الأمين الشّنقيطي، **المصدر السّابق**،(591/2)، و زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص81).

4- لمراعاة الخلاف، أي أنّ الأقوال المرجوحة في المذهب تُذكَر للعمل بها عند مراعاة دليلِ المخالف، إذ أنّ مراعاة الخلاف هي أصلٌ من أصول المذهب المالكي، وخاصّة في الخلاف الذي قَوِيَ دليلُه، وهذا ما أشار إليه الإمام الشّاطبي حينما سُئِلَ عن العمل بالقول الضّعيف فقال:« مراعاةُ الأقوال الضّعيفة أو غيرها شأنُ المجتهدين من الفقهاء ، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها مراعاةُ دليلِ المخالِف، حسبما فسّره لنا بعضُ شيوخِنا المغاربة».([1])

وقد أشار إلى هذه الأغراض والفوائد من ذكر الأقوال الضّعيفة والشّاذّة في كتب الفقه صاحبُ مراقي السّعود فقال:

وذِكْرُ ما ضُعِّفَ ليس للعمَلْ إذ ذاك عن وفاقهم قد انحظلْ
بل للترقّي لمدارج السَّنَـــــا ويحفَظُ المُدْرَكَ مَنْ له اعتنا
ولمراعاة الخلاف المُشْتَهِرْ أو المُراعاة لكل ما سُطِرْ
وكونُه يُلْجي إليه الضّـــرر .....([2])

وقد أكّد هذا الأمر أيضا الإمام المهدي الوزّاني حيث نقل عن البناني أنّه قال:«فائدةُ ذكرِ الأقوالِ مع امتناع الحُكم بغير المشهور أمران : اتّساعُ النّظَر، ومعرفةُ مَدارك الأقوال ، وليعمل بالضّعيف في نفسه إذا تحقَّق ضرورتَه ». ([3]).

([1]) ينظر: **فتاوى الإمام الشّاطبي**، تح: محمد ابو الأجفان ،(ص119)، الونشريسي، **المعيار المعرب**، (103/11).

([2])محمد الأمين الشّنقيطي ، **المصدر السّابق**،(590/2 ،591، 592).

([3]) المهدي الوزاني، **النّوازل الجديدة الكبرى**،(536/2).

خلاصة الفصل الأول:

وخلاصة هذا الفصل تتمثّل فيما يأتي:

1- بيّنت هذه الدّراسة حقيقة القول الرّاجح في المذهب المالكي بأنّه ما قَوِيَ دليلُه، وأنّ العمل به واجبٌ في الأحوال العاديّة باتّفاق الفقهاء، وأنّ الفتوى عند المالكيّة إنّما تكون على التّرتيب بأربعٍ: بالقول المتّفق عليه، ثمّ بالقول الرّاجح ثمّ بالقول المشهور، ثمّ بالقول المساوي لغيره، كما أنّ بعض المالكيّة جعلوا القول المشهور مرادفًا للقول الرّاجح إلاّ أنّ المعتمد عند أكثرِ متأخّري المالكيّةِ هو أنّ القول المشهورَ هو ماكثُرَ قائلُوه، وأنّ قول ابن القاسم في المدوّنة إنّما هو جزء من المشهور.

2- اتّفق فقهاء المالكيّة على وجوب تقديم القول الرّاجح على القول المرجوح، وعلى وجوب العمل والإفتاء بالقول الرّاجح، وأنّ الذي يُفتَى به بعد المتّفق عليه هو الرّاجحُ، وأنّ العمل بالرّاجح واجبٌ، وأمّا العمل بالدّليل المرجوح وترك الراجح فغير جائز شرعًا.

3-القول المرجوح هو كلّ قولٍ فقَد قُوّته لقوّة مُعارضِه؛ وإن كان له قوّةٌ في نفسه أو فقَد قوّتَه لضُعف دليله أو فقَد اعتبارَه لقلّة القائلين به، فهو يشمل بذلك القول الضّعيف الذي يَقْوَ دليلُه أو ضعُف مُدركه، وكذلك القول الشّاذ الذي انفرد به فقيهٌ عن الجمهور.

4- اختلف العلماء في العمل والإفتاء بالقول المرجوح إلى ثلاثة أقوال، وقد رجّح كثيرٌ من متأخّري فقهاء المالكيّة أنّ القول المرجوح يُعملُ به ويُفتى به عند تحقّق الضّرورة في النّفس أو عند الغير.

5-القول المرجوح لا يجوز العملُ ولا الإفتاء به إلاّ عند الاقتضاء أي في حالات استثنائية خاصّة.

الفصل الثاني:

مفهوم عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وأنواعه والأصول التّشريعيّة المنتهضة به في المذهب المالكي

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وضوابطه.

المبحث الثاني: أنواع عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.

المبحث الثالث: الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

المبحث الأول:

حقيقة عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وضوابطه.

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.

المطلب الثاني: الفرق بين عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وتتبُّع الرّخص الفقهيّة.

المطلب الثالث: ضوابط عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

في هذا المبحث سأتعرّض لبيان معنى عدول المجتهد في اللّغة والاصطلاح، وإلى توضيح الفرق بين عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وتتبّع الرّخص الفقهيّة.

المطلب الأول: معنى العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

الفرع الأول: تعريف العدول لغة

العُدُولُ مصدرٌ من الفعل عَدَلَ يَعْدِلُ عَدْلاً وعُدُولاً، بمعنى مَالَ وحَادَ، وعَدَلَ إليه عُدُولاً: أي رَجَعَ، وعَدَلَ عَنِ الطَّرِيق عُدُولاً: أي مَالَ عَنْهُ وَانْصَرَفَ، والعَدْلُ ضدُّ الجَوْرِ، وهُوَ مَا قامَ في النُّفوسِ أَنَّهُ مُسْتَقيمٌ، وَعَدَّلَ الحُكْمَ تَعْدِيلاً: أقَامَهُ، وتعديلُ الشَّيْءِ: تَقْوِيمُهُ، وكُلُّ مَا أقمْتَهُ فَقَدْ عَدَلْتَهُ و عَدَّلْتَهُ، وَأَصْلُ العَدْلِ أن تَعْدِلَ الشَّيْءَ عَنْ وَجْهِهِ، تَقُولُ عَدَلْتُ فلاناً عَنْ طَرِيقِهِ ، وعَدَلْتُ الدَّابَّة عن مَوْضِعِ كذا، والعَدْلُ: الميلُ، فإذا أراد الاعْوِجاجَ نَفْسَهُ قِيلَ هو يَنْعَدِلُ: أَيْ يَعْوَجُّ، وَانْعَدَلَ عَنْهُ وعَادَلَ: اعْوَجَّ([1])، قال ابن فارس:«العينُ والدّالُ واللّامُ أَصْلان صَحِيحَانِ، لكنَّهُما مُتقابِلاَن كالمتَضَادَّيْنِ: أَحَدُهُما يدُلُّ على اسْتِواءٍ والآخرُ يَدُلُّ عَلَى اعْوِجَاجٍ».([2])

فكلُّ هذه المعاني لكلمة العُدُولِ في اللّغة تدُلُّ عَلَى المَيْلِ والحَيْدِ والرُّجُوعِ، كما تدلُّ أيضًا على الاسْتِقَامَة أو الاعْوِجاج.

المطلب الثاني: تعريف عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح اصطلاحًا

لا يختلف معنى العدول في الاصطلاح عن معناه اللّغوي، وذلك لأنّه مصطلحٌ إضافيٌّ، إذ يُستعمَلُ هذا المصطلح عند أهل اللّغة، فمثلاً يقولون: العُدُول عن الحقيقة إلى المجاز إذا تعذّر العملُ بالمجاز، وفي أصول الفقه كما في تعريف قاعدة الاستحسان، أو في الفقه كما في العُدُول عن الخِطْبَة في الزّواج([3])، إلاّ أنّني لم أجد تعريفًا اصطلاحيًّا مستقلاً لكلمة العدول عند علماء الفقه والأصول، وأمّا تعريفات الباحثين المعاصرين فقد عرّفه الدّكتور عاصم المطّوع بقوله:« العُدول في الاصطلاح هو: الميْلُ عن الوسَط إلى أحدِ الجانبين، أو هو عَدْلُ الشَّيْءِ عَنْ وَجْهِهِ، وكلاهما لا يخرجُ عن المعنى اللّغوي».([4])

([1]) ينظر: الفيومي، **المصباح المنير**، مادة (عدل)، (ص150)، ابن منظور، **لسان العرب** (430/11).

([2]) ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، (246/4).

([3]) ينظر: لؤي عبد الرؤوف خليل الخليلي، **أسباب عدول الحنفيّة عن ظاهر الرّواية**، (ص41، 42، 43).

([4]) عاصم المطوع، **العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء(دراسة تأصيليّة تطبيقيّة)**، (ص32).

وقد ذهب بعضُ الباحثين إلى تعريف عدول المجتهد تعريفا عامّا غير مقيّد بالعدول عن اقول الرّاجح إلى القول المرجوح بقوله هو:« تغيير المجتهد وِجْهَةَ نَظَرِهِ في مسألةٍ اجتهاديَّةٍ لوجود ما يوجِبُ ذلك مع بقاء الحُكم الأصليّ»([1]).

وانطلاقًا من التّعريف اللّغوي لكلمة العُدول يمكن للباحث أن يصُوغ تعريفًا اصطلاحيًّا يتناسب مع المعنى الذي يقصده في بحثه هذا، فيعرّف العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بأنّه: ميلُ المجتهد إلى ترك العمل بالقول الرّاجح، والأخذ بالقول المرجوح، وذلك لوجود سبب يقتضي ذلك، ويمنع من العمل بالقول الرّاجح، تماشيًا مع روح الشّريعة و مقاصدها السَّامية.

المطلب الثاني: الفرق بين عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح وتتبّع الرّخص الفقهية.

إذا كان تتبّع الرّخص([2]) لمجرّد التّشهي واتّباع الهوى و التّحيُّل على الأحكام الشّرعيّة للانفلات منها فذلك غير سائغ شرعًا، أمّا إذا كان عدول المجتهد إلى قول مرجوحٍ فيه رخصةٌ لسبب شرعيّ يقتضي ذلك أو كان لرفع الحرج والمشقّة عن النّاس فلا مانع من هذا العُدول، وذلك لأنّ عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بقصد التّيسير على المكلَّف ورفع الحرج عنه هو في حقيقته ترخُّص بمسائل الخلاف، إذ إنّ الأخذ بالرّخص الفقهيّة إنّما هو العمل بأيسر أقوال الفقهاء، ومن ذلك الأخذ بالأقوال المرجوحة من مذاهبهم وفق ضوابط معيّنة.([3])

وممّا نقله صاحب المعيار في جواب للإمام محمد بن يوسف السّنوسي([4])أنّه قال:«والأصحّ أنّه يُمتنع تتبّع الرُّخص في المذاهب بأن يأخذ ما هو الأهونُ فيما يقع من المسائل ، وقيل: لا يُمتنع، وصرّح

([1]) حفيظة ربيع، **العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح (دراسة نظريّة تطبيقيّة)**، (ص48).

([2]) يقصد الأصوليّون والفقهاء بتتبّع الرّخص:" أن يأخذ المكلَّف من جميع المذاهب الفقهية ما يراه أيسر عليه في كل مسألة فقهيّة تعرض له"، ينظر: الزّحيلي وهبة، **أصول الفقه الإسلامي**، (1153/2).

([3]) ينظر: حفيظة ربيع، **المرجع السّابق**، (ص89).

([4]) هو محمد بن يوسف بن عمر السّنوسي، التّلمساني، عالم تلمسان ولسان متكلّميها، له تآليف في العقائد كالكبرى والوسطى والصّغرى شروحها، وشرحٌ على فرعي ابن الحاجب، توفّي سنة 895هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (310/4).

بعضهم بتفسيق مُتَّبع الرّخص، أمّا من يُقلّد في الرُّخصة من غير تتبُّع، بل عند الحاجة إليها في بعض الأحوال، لخوف فتنة أو نحوها فله ذلك. » ([1])

أمّا لجوء المجتهد إلى الأقوال المرجوحة بدعوى الترخُّص في الفتوى من دون مسوّغ شرعيّ فذلك غيرُ جائز عند العلماء، لأنّه يفضي إلى الانحلال من الأحكام الشرعيّة وإهدارها. ([2])

ويوضّح ذلك العلاّمة ابن قيّم الجوزية([3]) في كتابه :إعلام الموقعين فيقول:« لا يجوز للمفتي تتبُّع الحِيَل المحرّمة والمكروهة، ولا تتبُّع الرُّخص لمن أراد نفعَه، فإن تتبّع ذلك فسق، وحَرُم استفتاؤه، فإنْ حَسُن قَصْدُه في حِيلةٍ جائزةٍ لا شُبهةَ فيها ولا مفسدةَ لتخليص المستفتي من حرجٍ، جازَ ذلك، بل استُحِبَّ، وقد أرشد اللهُ تعالى نبيَّهُ أيوبَ عليه السلام إلى التّخلُّص من الحِنْث بأن يأخذ بيده ضِغْثًا([4]) فيضربَ به المرأةَ ضربةً واحدةً، وأرشد النّبيُّ ﷺ بلالاً إلى بيع التَّمْر بدراهم ثمّ يشتري بالدّراهم تمرًا آخر([5]) فيتخلّصَ من الرّبا، فأحسنُ المخارج ما خلص من المآثم، وأقبحُ الحِيَل ما أوقع في المحارم، أو أسقط ما أوجبه اللهُ ورسولُهُ من الحقِّ اللاَّزِم».([6])

المطلب الثالث: ضوابط عدول المجتهد عن القول عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

العمل بالقول المرجوح يُعدُّ استثناءً من القاعدة العامّة، ولذلك اشترط العلماءُ عدول المجتهد عن القول عن القول الراجح إلى القول المرجوح عدّةَ شروطٍ وهي كالآتي:([7])

([1]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (44/12).

([2]) ينظر:حفيظة ربيع، **العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح (دراسة نظريّة تطبيقيّة)**، مرجع سابق، (ص87).

([3]) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الدّمشقي، شمس الدّين أبو عبد الله بن قيّم الجوزية، له: إعلام الموقعين، وإغاثة اللّهفان وغيرهما، توفّي سنة751هـ، ينظر: ابن عماد، **شذرات الذّهب**، (168/6).

([4])**الضِّغْثُ**: هو "قبضةُ حشيشٍ مختلطةُ الرَّطْبِ باليابس"، الرّازي، **مختار الصّحاح**، (ص160).

([5]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمرٍ خيرٍ منه، رقم ح:(2089)، (767/2)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب المساقاة، باب بيع الطّعام مِثْلًا بِمِثْلٍ، رقم ح:(1594)، (ص479).

([6]) ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، تح: محمد عبد السّلام إبراهيم، (171،170/4).

([7]) ينظر: عبد الله بن إبراهيم الشّنقيطي، **نشر البنود على مراقي السعود**،(276/2)، محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**،(ص 547)، عبد الله بن محمد آل خنين، **الفتوى في الشريعة الإسلامية**،(335/1، 336).

1-أن لا يؤدّي العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح إلى مُخالفَة دليلٍ صريحٍ من القرآن أو السُّنة، بحيث تكون أدلّة القولِ المعدولِ إليه هي الرّاجحة في هذه النّازلة أي في حالة الضّرورة أو الحاجة،«إذ إنّ النّازلة قد زادت أو نقصتْ وصفًا أو قيْدًا مؤثّرًا سوّغَ العدولَ عن هذا القولِ للقول الآخَر»،([1]) كما قرّر الإمامُ الشّاطبي ذلك في صدد حديثه عن حقيقة مراعاة الخلاف حيث قال:« فيرجعُ الأمرُ إلى أنّ النّهيَ كان دليلُه أقوى قبلَ الوقوع، ودليلُ الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرَجِّحَة»،([2]) فينبغي أن لا يؤدّي ذلك العدول إلى التّعارض مع نصٍّ صريح من الكتاب أو السُّنّة، وإنّما يكون العدول في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد([3])، قال القرافي:«كلُّ شيء أفتى فيه المجتهدُ فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع، أو القواعد أو النّص أو القياس الجليّ السّالم عن المعارض الرّاجح لا يجوز لمقلّده أن ينقله للنّاس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإنّ هذا الحُكْمَ لو حَكَمَ به حاكِمٌ لنقضناه، وما لا نقرُّه شرعًا بعد تقرّره بحُكم الحاكم أَوْلَى أن لا نُقرَّه شرعًا إذا لم يتأكّد، وهذا لم يتأكّد، فلا نقرّه شرعًا والفتيا بغير شرعٍ حرامٌ.»([4]).

2-أن يكون العدول عن القول الرّاجح مبنيًّا على أصلٍ شرعيٍّ، وهذا الأصلُ إمّا أن يكون دليلًا شرعيّا أو قاعدة كلّيّةً من قواعد الشّريعة العامّة، أو سببًا من أسباب العدول عن القول الرّاجح كجلبِ مصلحةٍ أو درأ مفسدةٍ أو مُراعاةِ عُرفٍ أو ضرورةٍ.([5])

3- أن يقصد المجتهدُ بعدوله عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح تحقيقَ مصلحةٍ شرعيّةٍ راجحةٍ، قال أبو العبّاس الهلالي:«المفتي القادر على التّرجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رُجْحانه لا مطلقًا، قال ابن هلال:...غير أنّ المفتي المتأهّلُ له الفتوى بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النّوازل والأشخاص».([6])

([1]) عبد الله بن سعد آل خنين، **الفتوى في الشّريعة الإسلامية**، (335/1، 336).

([2]) الشّاطبي، **الموافقات**، (204/4).

([3]) ينظر: حفيظة ربيع، **العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح**، دراسة نظرية تطبيقية، (ص 43).

([4]) القرافي، ، **الفروق**، الفرق الثامن والسّبعون، ط/ دار الكتب العلميّة، (197/2، 198)

([5]) ينظر: عاصم المطوع، **العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء، دراسة تأصيليّة تطبيقيّة**، (ص44).

([6]) أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص134، 135).

4-أن يترتّب على الإفتاء بالقول الرّاجح مفسدةٌ ظاهرةٌ، فيعدل المجتهد حينئذ إلى قول مرجوح لدرء تلك المفسدة الغالبة، وفي ذلك يقول أبو العبّاس الهلالي:« الأمورُ التي تُوجبُ ترجيحَ غيرِ المشهور كونُهُ طريقًا لدرء المفسدة»([1])، وذلك لأنّ العمل بالقول المرجوح إذا كان لدرء مفسدةٍ فهو على أصل الإمام مالكٍ في سدّ الذّريعة.([2])

وقد ترك النبيُّ ﷺ بناءَ البيت على قواعد إبراهيم، وقال لعائشة- رضي الله عنها-:«لَوْلاَ حَداثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بالكُفْرِ لنقضت الكعبة، ولجعلتها على أساس إبراهيم، فإنّ قريشًا حين بنت البيت استقصرت، ولجعلت لها خلفًا»([3])، فلمّا كانت تلك المفسدة المترتّبة على هدم الكعبة -وهي افتتان قريش وارتدادهم عن الإسلام- أعظم من المصلحة، امتنع النبيُّﷺ عن هدمها، فيكون بذلك قد عدل عن القول الرّاجح الذي هو جواز إعادة بنائها إلى القول المرجوح الذي هو الامتناع عن ذلك اتّقاءً لوقوع تلك المفسدة.([4])

5-أن يبيّن المجتهد سبب عدوله عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح ومستنده في هذا العدول، لئلّا تتطرّق إليه التّهمة.([5])

6-أن يقتَصر المجتهدُ في عدوله عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح على محلّ الفتوى التي أفتى فيها بقولٍ مرجوحٍ ، وذلك لأنّ هذه الفتوى قد راعى فيها المفتي أو المجتهد وضعًا خاصًّا كما أنّها تُعدُّ استثناءً من أصلٍ عامٍّ، وحتّى لا يُتّخذ ذلك سببًا لتسيُّب الأحكام واتّباع الأهواء.([6])

7-أن لا يكون القولُ المرجوحُ شديدَ الضَّعْفِ، وذلك من جهة الدّليل، وإلّا فإنّ بعض الأقوال المرجوحةَ

([1]) أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر**، (ص142).

([2]) ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (465/4).

([3]) مسلم ، **صحيح مسلم**، كتاب الحج، بَاب نَقْضِ الْكَعْبَةِ وَبِنَائِهَا، ، رقم الحديث:1330، (970/2).

([4]) ينظر: بلخير عثمان، **البعد التّنزيلي في التّنظير الأصولي عند الإمام الشّاطبي**،(ص205).

([5]) ينظر: ميارة، **الإتقان والإحكام على تحفة الحكام**، (80/1)، أبو العبّاس الهلالي، **المصدر السّابق**، (ص138).

([6]) ينظر: عاصم المطوّع، **العدول عن القول الرّاجح، دراسة تأصيلية تطبيقية**، (ص143)، حفيظة ربيع، **العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح**، مرجع سابق، (ص45).

هي ضعيفةٌ بالنّظر إلى المذهب ولكنّها راجحةٌ بالنّسبة إلى مذهبٍ آخر.([1])

8-أن تثبُت نسبة القول المرجوح إلى قائله وذلك خشية أن يكون ممن لا يُقتدى به، إذ لا بد أن يكون قائلُه ممّن يُقْتَدى به في الدّين لعلمه وشدّة ورعه([2]).

9-أن تُلْجِئ إلى العمل بالقول المرجوح الضّرورةُ أو الحاجةُ التي تُنزّل منزلة الضّرورة، فلا يعدل المجتهد إلى الأقوال المرجوحة إلاّ للضّرورة، وذهب أبو القاسم بن محمد التّواتي اللّيبي إلى أنّ من شروط العمل أو الإفتاء بالمرجوح« أَنْ يتحقّقَ الضّررَ فيمن استفتاه أو في نفسه خلافًا لما في فتح الودود على مراقي السّعود من أنّه إذا تحقّق الضّرر في نفسه جاز له العمل به، ولا يجوز أن يُفتي به لغيره، ولو تحقّق ضرره، إذ لا يتحقّق الضّرورة في غيره كما يتحقّقها في نفسه».([3])

وقد جمع هذه الشّروط التي تجيز للمجتهد العمل بالقول المرجوح في حالة الضّرورة صاحبُ مراقي السّعود فقال:

وكونه يُلْجِي إليه الضّرر ❁ إن كان لم يشتدّ فيه الخَوَر

وثبت العَزْوُ وقد تحقّقا ❁ ضرًّا مَنِ الضُّر به تعلَّقا([4])

وأشار إليها أيضًا الشّيخ محمد العاقب بن عبد الله الشّنقيطي بقوله:

وشَرْطُ فتوى المرْءِ بالضَّعِيفِ ❁ سلامَةٌ من شِدَّةِ التَّضْعِيفِ

وعَزْوُهُ بعد تحقُّقِ الضَّـــــرر ❁ لعَالِمٍ ما في اقتفائه ضَرَرْ([5])

10-أن يصدر ممّن هو أهل للاجتهاد ويترجّح عنده بأحد المرجّحات، يقول الإمام الدّردير-رحمه الله-: «فالمقلّد لا يحكمُ إلا بالرّاجح من مذهب إمامه لا بقول غيرِه ولا بالضّعيف من مذهبه وكذا المفتي، فإنْ

([1]) ينظر:أبو القاسم التّواتي اللّيبي، **مرجع المشكلات في الاعتقادات والعبادات والمعاملات والجنايات على مذهب الإمام مالك**،(ص139).

([2]) ينظر: أبو القاسم التّواتي اللّيبي، **المصدر السّابق، المكان نفسه**.

([3])ينظر: أبو القاسم بن محمد التّواتي اللّيبي، **المصدر السّابق**،(ص139)، وينظر: التّهامي زكريا، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكيّة الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (ص72).

([4]) عبد الله بن إبراهيم الشّنقيطي، **نشر البنود على مراقي السّعود**،(276/2).

([5]) أبو القاسم التّواتي، **مرجع المشكلات في الاعتقادات والعبادات والمعاملات والجنايات على مذهب الإمام مالك**، (ص139).

حَكَمَ بالضَّعيف، نُقِضَ حُكْمُه، إلّا إذا لم يشتدّ ضعفه، وكان الحاكم من أهل التّرجيح، وترجّح عنده ذلك الحُكم بمرجّحٍ من المرجّحات المعتبرة، فلا يُنقَضُ كما لو قاسَ عند عدم النّص وهو أهلُه».([1])

([1]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (130/4).

المبحث الثاني:

أنواع عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: عدول المجتهد عن القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء إلى القول المشهور في المذهب المالكي.

المطلب الثاني: عدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب المالكي إلى قول آخر خارج المذهب.

المطلب الثالث: عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

هناك أنواع متعدّدة من عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة، وسوف يتعرّض الباحث فيما يأتي إلى بيان تلك الأنواع مع ذكر بعض أمثلة تطبيقيّة لكلّ نوعٍ منها.

المطلب الأول: عدول المجتهد عن القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء إلى القول المشهور في المذهب المالكي

سبق الحديث في الفصل الأول من هذه الدّراسة عن رأي بعض المالكيّة الذين يرون تقديم القول المشهور على القول الرّاجح، وأنّ الذي حملهم على ذلك إنّما هو سدُّ الذّريعة وأنّه إذا فُتِح بابُ مخالفةِ المشهور فإنّ ذلك يؤدي إلى مفاسدَ عديدةٍ، وهي اتّباعُ الهوى وتحكيمُه في المسائل المختلَف فيها، كما أنّه يؤدّي أيضًا إلى هَتْك حجابِ المذهب، وتعرّضتُ في الفصل الأول أيضًا إلى بيان موقف الإمام التّسولي الذي بالغ في الانتصار للمذهب المالكي والجمود عليه وذلك من خلال تشدُّده في نُصرة القول المشهور وتقديمه على القول الرّاجح وإن كان مستنده حديثًا صحيحًا بحجّة ادّعاء النّسخ، أو الخُصوصيّة، أو أنّ إمام المذهب قد اطّلع على هذا الحديث وتركَ العمل به لمعارضٍ لَاحَ له أو غيرِها من المحامل التي يُدفع بها في وجه الدّليل، فذهب إلى أنّ«المقلد لا يعدل عن المشهور، وإن صحَّ مقابلُهُ، وأنه لا يطرح نصَّ إمامِه للحديث، وإن قال إمامُه وغيرُه بصحّته».([1])

وسأذكر بعض الأمثلة التطبيقيّة التي تبيّن عدول بعض المالكيّة عن القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء وتمسّكهم بالقول المشهور في المذهب المالكي وإن كان مدركُه ضعيفًا وهي كالآتي:

الفرع الأول: حُكم صيامِ ستّةِ أيامٍ من شوّال

القولُ الرّاجحُ عند جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة هو استحباب صيام ستّة أيام من شوّال ولو كان صيامُها متتابعًا ومتّصلاً برمضان بعد يوم عيد الفطر.([2]) ، وذلك لما جاء في حديث أبي أيّوب الأنصاري ﷺأنّ النّبيﷺقال: «مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ سِتًّا مِنْ شَوَّالٍ، فَكَأَنَّمَا صَامَ الدَّهْرَ كُلَّهُ».([3])

([1]) التّسولي، **البهجة** ، (40/1)، قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي** (ص30-63).

([2]) ينظر: ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**،(355/2)، النّووي، **المجموع**، (426/6)، ابن قدامة، **المغني**، (438/4).

([3]) مسلم ، **صحيح مسلم**، كتاب: الصّيام، باب: استحباب صيام ستة أيام من شوّال اتباعا لرمضان، ح:204، (ص331).

ولكنّ المالكيّة في المشهور من مذهبهم قد عدلُوا عن هذا القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء، وتمسّكوا بالقول المشهور من مذهب الإمام مالك، فقالوا بكراهة صيام السّتّ من شوّالٍ متتابعةً ومتّصلةً برمضان، وذلك لمعارضة عمل أهل المدينة لهذا الحديث، فإنّ الإمام مالكًا ذكر بأنّه لم يرَ أحدًا من أهل الفقه والدّين في المدينة يصومُهنّ، كما أنّه قد ذهب إلى كراهة صومها مخافةَ أن يعتقد أهلُ الجهالة وجوبها وإلحاقها برمضان، وذلك سدّا للذّريعة.([1])

الفرع الثاني: مسألة القبض في الصّلاة

القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة وعند بعض المالكيّة هو استحباب وضع اليد اليمنى على اليد اليُسرى في الصّلاة، وذلك لما ورد من أحاديث في الصّحيحين تبيّن مشروعيّة ذلك في الصّلاة([2])، كما ورد في موطأ الإمام مالك أيضًا أحاديثُ صحيحة تدلّ على استحبابه.([3])

ولكنّ المالكيّة في المشهور من مذهبهم قد عدلُوا عن هذا القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء، وتمسّكوا بالقول المشهور عن الإمام مالك رغم كونه قولًا مرجوحًا من حيث الدّليل، فقالوا بكراهة القبض في الفريضة دون النّافلة، و استندوا في ذلك إلى رواية ابن القاسم في المدوّنة عن الإمام مالك([4])، وعلّلوا كراهته في الفريضة بعدّة تأويلات ذكرها الشّيخ خليل –رحمه الله في مختصره فقال: «وهل الكراهةُ للاعتماد أو خيفةَ اعتقاد وجوبه، أو إظهار خشوعٍ تأويلاتٌ».([5])

المطلب الثاني: عدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب المالكي إلى قول آخر خارج المذهب

سبق وأن ذكر الباحث في الفصل الثاني أنّ مذهب متأخّري فقهاء المالكية المصريّين هو تقديم القول الرّاجح خارج المذهب على القول الضّعيف أو الشّاذ في المذهب ومنهم الإمام الدّسوقي الذي

([1]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**، (192/3)، ابن قدامة، **المغني**: (438/4)

([2])البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب صفة الصّلاة، باب وضع اليمنى على اليُسرى، ح:707، (259/1)، **مسلم**، **صحيح مسلم**، كتاب الصّلاة، باب وضع يده اليمنى على اليسرى بعد تكبيرة الإحرام تحت صدره فوق سرّته ووضعهما في السّجود على الأرض حذو منكبيه، ح:401، (ص120).

([3])ينظر: مالك، **الموطأ**، (ص225).

([4]) ينظر: ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى**، (189/1).

([5]) خليل، **مختصر خليل**، (ص27).

علّل ذلك بأنّ: « قول الغير قويٌّ في مذهبه».([1])، وقد انتصر لهذا الرّأي أيضاً الإمام العدوي في حاشيته على الخرشي فقال:« يجوز تقليدُ المذهب المخالِف في بعض النّوازل، ويُقَدَّمُ على العملِ بالضّعيف».([2])

وهذا بخلاف رأي متأخّري فقهاء المالكيّة المغاربة الذين يقدّمون القول الضّعيف والشّاذّ من المذهب المالكي على القول الرّاجح خارج المذهب، وذلك من باب التمسّك بالمذهب والاقتصار عليه، كما سبق بيانه في الفصل الأول من هذا البحث، ولكنّ المتتبّع للفروع الفقهيّة عند المالكيّة، يجد أنّ بعضهم يعدل أحيانًا عن القول الرّاجح في المذهب إلى قول آخر خارج المذهب، وذلك إمّا لقوّة دليل ذلك القول، أو للاحتياط أو مراعاةً للخلاف، وقد يكون في بعض الأحيان لرفع الحرج أو التّيسير على المكلّفين عند وجود مشقّة زائدة تلحق بهم، وذلك لتحقيق مقصد شرعيّ يتمثّل في السّماحة والتّيسير كما بيّن ذلك الشيخ العلاّمة الطّاهر ابن عاشور في كتابه النّفيس: "مقاصد الشريعة الإسلامية"، حيث يقول: «واستقراء الشّريعة دلَّ على أنّ السّماحة واليُسْرَ من مقاصد الدّين».([3])

وقد خالف فقهاء المالكيّة بالأندلس مذهب الإمام مالك–رحمه الله– رغم تمسّكهم بمذهبه وانتصارهم له، فقد صدرت منهم بعض الاجتهادات في مسائل فقهيّة خالفوا فيها الرّاجح من أقوال الإمام مالك.

وسيتعرّض الباحث فيما يأتي إلى أهمّ تلك المسائل التي خالفَ فيه فقهاءُ المالكيّة بالأندلس مذهب الإمام مالك– رحمه الله–.

الفرع الأول: أبرز المسائل التي عَدَل فيها فقهاء المالكيّة بالأندلس عن القول الرّاجح من مذهب الإمام مالك

اهتمّ العلماء بإحصاء المسائل الفقهيّة التي خالف فيه فقهاء المالكيّة بالأندلس القول الرّاجح من مذهب الإمام مالك–رحمه الله– في كُتُبهم ، فقد ذكر الإمام التّسُوليُّ في شرحه على التّحفة أهمّ

([1]) ينظر:الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير**، (20/1)، العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص55)

([2]) العدوي، **حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل**، (36/1).

([3]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تح: الطاهر الميساوي، (ص270).

تلك المسائل فقال:«أمّا المسائل التي خالفوا فيها مذهب مالك– رحمه الله تعالى–فهي ستٌّ: ألاّ يكتفي باليمين مع الشّاهد لظاهر القرآن،، وألاّ يحكموا بالخُلْطة، وهو مذهب اللّيث، وأجازوا كراء الأرض بما يخرُجُ منها كالمساقاة والقِراض، وهو مذهبُ اللّيث أيضًا، وأجازوا غرس الأشجار في المساجد، وهو مذهب الأوزاعي([1])، وقالوا برفع المؤذّن صوته في أوّل الأذان بالتّكبير، وجعلوا في الغنيمة للفارس سَهْمَيْنِ، وهو قولُ أبي حنيفة».([2])

وقد نظم الإمام محمد ابن غازي المكناسي([3])– رحمه الله– هذه المسائل الفقهيّة في أرجوزته الشّهيرة فقال:

قَدْ خُولِفَ المذْهَبُ بالأَنْدَلُسِ ۞ في سِتَّةٍ : مِنْهُنَّ سَهْمُ الفَرَسِ

وَغَرْسُ الأَشْجَارِ لَدَى المسَاجِدِ ۞ وَالحُكْمُ بِاليَمِينِ قُلْ وَالشَّاهِدِ

وخُلطةٌ والأرضُ بالجُزْءِ تلـــي ۞ ورفعُ تكبيرِ الآذانِ الأوَّلِ ([4])

وذكرها أيضًا الشّيخ ميّارة في شرحه على التّحفة .([5])

وممّن أحصى هذه المسائل من الباحثين المعاصرين الدّكتور أحمد يوسف من جامعة القاهرة في كتابه:"ما خالف الأندلسيّون فيه مذهب مالك"، ولكنّه قد جانبَ الصّوابَ في بيان بعضِها حيثُ اعتبرَ أنّ مسألة الخُلطة هي الخُلطة في زكاة الماشيّة، بينما المقصود بالخُلطة عند فقهاء الأندلس هي الخُلطة المعتبرة في اليمين، وكذلك في مسألة رفع تكبيرِ الآذان الأوّل ظنّ بأنّ المقصود بها هو عدمُ إسكان الرّاء والنّطق بها على الرّفع، بينما المقصود بها هو رفعُ الصّوت بالتّكبير في أوّل الآذان وعدمُ إخفائه كما سيأتي بيانه.([6])

([1]) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد أبو عمرو الأوزاعي، إمام أهل الشّام، من مؤلفاته :كتاب السّنن في الفقه، والمسائل، .توفي سنة 157 ه، ينظر: ابن خلكان، **وفيات الأعيان**، (127/3)

([2]) التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (316/1).

([3]) هو محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي الفاسي، أبو عبد الله، الإمام الحافظ، له تقييد على صحيح البخاري، وله شفاء الغليل في حلّ مقفل خليل وغيرها، توفّي سنة 919ه، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (314/4).

([4]) ينظر: مصطفى الهرّوس، **المدرسة المالكيّة الأندلسيّة إلى نهاية القرن الثالث الهجري، نشأة وخصائص**، (ص290).

([5]) ينظر:عبد السّلام العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص126).

([6]) ينظر: أحمد يوسف، **ما خالف الأندلسيّون فيه مذهب مالك**، مصطفى الهرّوس، **المرجع السّابق**،(ص 290، 291).

كما جمعها أيضًا الدّكتور: بشير عبد الله القلعي في مقال تحت عنوان: "أشهر المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك"، بمجلة الجامعة الأسمريّة.([1])

وقام بالتّحقيق في هذه المسائل الأستاذ: حمزة بونعاس في مقال تحت عنوان:" التّحقيق في المسائل التي خالف فيها الاندلسيّون قول مالكٍ في المدوّنة"([2])، ولتوضيح هذه المسائل سأتطرّق إلى بيانها بصورة موجزة فيما يأتي:

أ-المسألة الأولى: سَهْمُ الفَرَسِ

المشهورُ والرّاجحُ في مذهب الإمام مالك هو أن يُسْهَم للفرَس سهمان وللفارس سهمٌ، وهذا يقتضي أنّ يكون للفارس ثلاثةُ أسهُمٍ وللرّاجل سَهْمٌ واحدٌ.([3]) قال ابن عبد البر:«والقسمةُ للفارس ثلاثةُ أسهُمٍ، وللرّاجل سَهْمٌ».([4])

وقد خالف فقهاءُ الأندلسِ قولَ الإمامِ مالكٍ-رحمه الله- في ذلك، فأعْطَوْا للفارس سَهْمًا ولفَرَسَه سَهْمًا، فيكون للفارس سهمان.([5])

ب-المسألة الثانية :غرس الأشجار في المساجد:

مذهبُ الإمام مالكٍ هو المنعُ من غرس الأشجار بالمسجد، وإن غُرِسَ فيه شيءٌ قُلِعَ، ولكنّ فقهاء المالكيّة بالأندلس قد خالفوا مذهبَ الإمام في ذلك وأجازوا غرس الأشجار بالمساجد ([6])كما هو مذهبُ الأوزاعي، وقد جرى العمل عند فقهاء المغرب في هذه المسألة بما ذهب إليه فقهاء الأندلس من جواز غرس الشّجر في المسجد.([7])

([1])ينظر: بشير عبد الله القلعي، **أشهر المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك"**، مجلة (ص41 إلى ص111)

([2]) ينظر: حمزة بونعاس، **التّحقيق في المسائل التي خالف فيها الاندلسيّون قول مالكٍ في المدوّنة**، (ص170 إلى ص211).

([3]) ينظر: الإمام مالك، **الموطأ**، كتاب الجهاد، القسم للخيل في الغزو، ح:1316، (ص226).

([4]) ابن عبد البر، **الكافي في فقه المدينة**، (ص475).

([5]) ينظر: الباجي، **المنتقى**، تح: عبد القادر عطا، (391/4)، مصطفى الهرّوس، **المدرسة المالكيّة الأندلسيّة** ، (ص291، 292).

([6])ينظر: الونشريسي، **المعيار المعرب**، (12/11)، المهدي الوزّاني، **تحفة الأكياس بشرح عمليّات فاس**، (ص410)، وينظر: المهدي الوزّاني، **النّوازل الصّغرى المسمّاة" المنح السّامية في النّوازل الفقهيّة"**، (226/1).

([7]) ينظر: الونشريسي، **المصدر السّابق**، (12/11)، المهدي الوزّاني، **المصدر السّابق**، (ص410)، المهدي الوزّاني، **النّوازل الصّغرى المسمّاة" المنح السّامية في النّوازل الفقهيّة"**، (226/1).

ج- المسألة الثالثة: الحُكم باليمين مع الشاهد

أجاز الإمامُ مالكٌ-رحمه الله- وجميعُ أصحابه القضاءَ باليمين مع الشّاهد، فقد ذكر في موطئه أنّ السُّنّة قد مضت في القضاء باليمين مع الشّاهد الواحد في الأموال خاصّة، وأنّ ذلك لا يكون في الحدود والنّكاح والطّلاق والعتق ولا في السّرقة أو الفرية.([1])

وذكر ابن عبد البر أنّ علماء المالكيّة متّفقون في الحُكم باليمين مع الشّاهد غير أنّ بعض فقهاء المالكيّة بالأندلس كيحي بن يحي اللّيثي([2]) قد خالفوا قول الإمام مالك في هذه المسألة، ومنعُوا القضاء باليمين مع الشّاهد، تمسّكًا بظاهر الآية الكريمة ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:281]، وعملاً بمذهب اللّيث بن سعد([3]).([4])

د- المسألة الرّابعة: الخُلْطَة في اليمين

يرى الإمام مالك اشتراط الخُلطة في اليمين في القضاء بالنّسبة للمدَّعى عليه، فقد ذهب إلى عدم اعتبار يمين المدَّعَى عليه للمُدَّعِي بمجرّد الدّعوى، فلا تجب عليه اليمين إلاّ إذا كانت بينهما خُلطة بالبيع والشّراء، ([5]) ولكنّ فقهاء المالكيّة بالأندلس قد خالفوا مذهب الإمام مالك في ذلك، فلم يشترطوا الخُلْطة في اليمين، وأخذوا بقول اللّيث بن سعد في توجيه اليمين على المدَّعَى عليه سواء كانت بينهما خُلطة ببيعٍ أو شراء أم لا ([6])، وذلك عملاً بعموم حديث ابن عبّاسٍ أنّ النّبيّﷺ قضى باليمين على المدَّعى عليه.([7])

([1]) ينظر: الإمام مالك، **الموطأ**، كتاب الأقضية، القضاء بالمين مع الشّاهد، رقم: 2114، 2115، (ص372)، الزّرقاني، **شرح الزّرقاني على الموطأ**، (182/3)، الباجي، **المنتقى في شرح الموطأ**، (208/5، 209)..

([2]) هو يحي بن يحي بن كثير اللّيثي، أبو محمد القرطبي، سمع من مالك، وإليه انتهت رياسة العلم بالأندلس، توفّي سنة234هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهّب**، (ص431)، مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (95/1).

([3])هو اللّيث بن سعد بن عبد الرحمن، أبو الحارث، إمام أهل مصر في عصره، توفّي سنة175هـ، ينظر: الزّركلي، **الأعلام** (248/5).

([4]) ينظر: ابن عبد البر، **التّمهيد**، (154/2).

([5]) ينظر: الإمام مالك، **الموطّأ**، كتاب الأقضية، القضاء في الدعوى، ح: 2124، 2125، (ص374).

([6]) ينظر: عبد السّلام العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص126).

([7]) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدّعَى عليه، ح:1711، (ص528).

د–المسألة الخامسة: كراء الأرض بالجزء ممّا يخرج منها

ذهب الإمام مالك وسائر أصحابه إلى عدم جواز كراء الأرض بشيء ممّا يخرج منها([1])، وقد خالف فقهاء المالكيّة بالأندلس قول الإمام مالك في ذلك، و جرى العمل عندهم على جواز كراء الأرض بالجزء ممّا يخرج منها، وهو مذهب اللّيث، وذلك عملاً بحديث ابن عمر في إعطاءِ رسولِ اللهﷺ يهودَ خيبرَ النَّخْل والأرض أن يزرعوها بالشَّطْرِ ممّا يخرُجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ([2])، وقد تبعهم في هذه الفتوى عامّة فقهاء المغرب.([3])

هـ– المسألة السّادسة: رفع تكبير الأذان الأول:

ظاهر المدوّنة كما صرّح به الشّيخ خليل –رحمه الله–في التّوضيح أنّ التّكبير في أول الآذان يكون بغير رفع الصّوت، أي إخفاء الصّوت في أوّل الآذان والرّفع في التّرجيع، وهو ظاهر الرّسالة.([4])

ولكنّ فقهاء الأندلس خالفوا قول الإمام مالكٍ في هذه المسألة، فقد جرى العمل عندهم برفع صوت المؤذّن في التّكبير الأوّل([5]) ، وإلى هذا الرّأي مال الشّيخ الدّسوقي في حاشيّته على الشّرح الكبير للدّردير على مختصر خليل.([6])

تُعتبر هذه المسائل من أشهر الفتاوى التي خالفوا فيها مشهورَ مذهبِ الإمام مالكٍ–رحمه الله–، ولكن ينبغي التّنبيهُ إلى أنّها لا تنحصر في هذه المسائل فحسب، إذ إنّ المطّلع على كتب فقه النّوازل عند فقهاء الأندلس يُلاحظ أنّهم خالفُوا القول الرّاجح أو المشهور في المذهب في الكثير من المسائل الفقهيّة، والتي تطرّق علماء الأندلس إلى بيانها في مؤلّفاتهم، ومن ذلك كتاب: "اختلاف مالكٍ وأصحابه" للإمام

([1]) ينظر: الإمام مالك، **الموطّأ**، مصدر سابق، كتاب الكراء، ما جاء في كراء الأرض، (ص365)، الباجي، **المنتقى**، (149/5).

([2]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب: المزارعة، باب: المزارعة بالشّطر ونحوه، رقم ح:2203، 2204، عن ابن عمر، (820/2).

([3]) ينظر: مصطفى الهرّوس، **المدرسة المالكيّة الأندلسيّة**، (ص298، 299).

([4]) ينظر: خليل بن إسحاق، **التّوضيح شرح مختصر بن الحاجب**،(280/1، 281)، ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى**، (182/1)، ابن أبي زيد القيرواني، **الرّسالة**،(ص42)،، الحطّاب، **مواهب الجليل**، (75/2، 76)، القرافي، **الذّخيرة**، (45/2).

([5]) ينظر: **حاشية ابن حمدون على ميّارة**، (162/1)، مصطفى الهروي، **المدرسة المالكيّة الأندلسيّة**، (ص300)،

([6]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشرح الكبير للدّردير على مختصر خليل**، (193/1).

الحافظ ابن عبد البر القرطبي ([1])، وابن رشد القرطبي الحفيد([2]) في كتابه: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وابن العربي في كتُبه: "أحكام القرآن"، و" القبس"، و "عارضة الأحوذي في شرح سنن التّرمذي" وغيرها.

وتُعدُّ هذه الاجتهادات التي صدرتْ من فقهاء المالكيّة بالأندلس -رغم خروجهم أحيانًا عن المذهب- مظهرًا من مظاهر نُبوغهم الفقهيّ، فهي تُعبّر عن دقّةٍ في الرّأي وبُعْدٍ في النّظر وقوّةٍ في الاجتهاد، وفقه للواقع، وقد كان الباعث على ذلك هو مراعاة بيئة الأندلس التي كانت يعاني أهلها ظروفًا قاسيةً ومشكلاتٍ اجتماعيّةً واقتصاديةً عويصةً، كما أنّ هذه الحركيّة في الاجتهاد لدى فقهاء الأندلس تَنِمُّ عن ازدهار الفقه المالكيّ وتطوّره وقدرته على استيعاب النّوازل ومعالجة المستجدّات ومراعاة الأعراف وإيجاد حلولٍ للمعضلات، فقد استطاع فقهاء الأندلس من خلال هذا المنهج الصّحيح الذي طبّقوه في اجتهاداتهم وفتاويهم أن يراعُوا فقه الواقع الذي هو مستمدٌّ من فقه الظّروف الزّمانيّة للنّازلة التي هي محلّ الاجتهاد، فالتزامهم بالمرونة في فقه التّنزيل جعلهم يقومون بدراسةٍ دقيقةٍ لظروف النّازلة وتحقيقٍ للمناط الخاصّ دون تعصُّبٍ مذهبيٍّ أو جمودٍ على المشهور في المذهب.([3])

كما خالف فقهاء الأندلس قولَ الإمام ابنِ القاسم في ثماني عشرةَ مسألةً، ذكرها الإمام أبو عبد الله محمّد المكناسي([4]) في كتابه: "مجالس القضاة والحكّام والتّنبيه والإعلام"([5])، و سأقتصر على ذكر أبرز هذه المسائل بإيجاز وهي كالآتي:

1- وجوب الشّفعة فيما لا ينقسم (في الأموال الموظّفة) عملاً بما جرى به العمل، وهو مذهب اللّيث.

([1]) هو يوسف بن عمر بن عبد البر النّمري، أبو عمر القرطبي المالكي، الإمام الحافظ الفقيه والمحدّث، له: الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار، والتّمهيد ، والكافي في الفقه، وغيرها، توفّي سنة463هـ ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج**، (ص440).

([2]) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الشّهير بالحفيد، الغرناطي، قاضي الجماعة الفقيه مالكي، له: بداية المجتهد ونهاية المقتصد وغيره، توفّي سنة595هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (267/4)، ابن فرحون، **المصدر السّابق**، (ص378).

([3]) ينظر: مصطفى الصّمدي، **فقه النّوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا**، مرجع سابق، (ص82) ، بشير القلعي، مقال تحت عنوان: "**أشهر المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك**"، مجلة الجامعة الأسمريّة، العدد: 26، السّنة:13، جوان 2016م، مرجع سابق، (ص81،82) .

([4]) هو محمد بن عبد الله بن محمد المكناسي، أبو عبد الله ، قاضي الجماعة بفاس ومفتيها، من تآليفه: "مجالس القضاة والحكّام" ، و"التّنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام"، توفّي سنة:917هـ، ينظر: الكتّاني، **سلوة الأنفاس**، (91/2).

([5]) ينظر: محمد المكناسي، **مجالس القضاة والحكّام والتّنبيه والإعلام**، (856/2، 857)،

2- وجوب اليمين على الحالف قائما مستقبل القبلة.

3- عدم جواز قسمة الدّار إلا أن يصير منها لكلّ واحد من الشّركاء من البيوت والسّاحة ما ينتفع به، ويستتر فيه عن صاحبه.

4- جواز أفعال السّفيه غير المولى عليه وهو قولُ الإمام مالك –رحمه الله – .

5- مراعاة الكفاءة في النّكاح في المال و الحال.

6- عدم انعقاد المزارعة إلا بالشّروع في العمل، وهو قول ابن كنانة([1]).

7- جواز التّفاضل في المزارعة إذا سلمت من كراء الأرض بالطّعام، أو ببعض ما يخرجُ منها، وهو قول عيسى بن دينار.

8- إلزام المالكة من أمر نفسِها في الخُلع بما التزمت به من نفقة ولده بعد الحولين، وهو قول المغيرة.

9- جواز بيعِ كتبِ الفقه، وهو قول أكثر أصحاب الإمام مالك.

10- جواز أخذ الأجرة في الإمامة على الفريضة والنّافلة، وهو قول ابن عبد الحكم ([2]).

الفرع الثاني: أمثلة تطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب المالكي إلى قولٍ آخرَ خارج المذهب.

أولاً: المسألة الأولى: قراءة البسملة في صلاة الفريضة

القول الرّاجح في المذهب المالكي أنّه تُكرَه قراءة البسملة في الفريضة، وتجوز قراءتها في صلاة النّافلة([3])، وكان الإمام المازري –رغم التزامه بالمشهور في المذهب – إلاّ أنّه حَكَى عنه أبُو حفصٍ المَيَّانِشِي([4]) من علماء القرن السّادس الهجري أنّه صلّى خَلْفَهُ فسمعه يقرأ البسملةَ، ولمّا خلا به فاتَحَهُ في الموضوع قائلاً له: « يا سيّدي سمعتك تقرأ في صلاة الفريضة كذا، فقال: أو قد تفطّنتَ لذلك؟ قُلْتُ

([1]) هو عثمان بن عيسى بن كنانة، المدني، أخذ عن الإمام مالك، توفّي سنة 286هـ، ينظر: عياض، **ترتيب المدارك**، (292/1).

([2]) ينظر باقي المسائل وشرح هذه المسائل في: مصطفى الهروس، **المدرسة المالكيّة الأندلسيّة إلى نهاية القرن الثالث الهجري، نشأة وخصائص**، (من ص306 إلى 324)، عبد السّلام العسري، **نظرية ما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص127، 128).

([3]) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، **الرّسالة**، (ص44).

([4]) هو عمر بن عبد المجيد بن حسين القرشي، أبو حفص الميّانِشي، نسبة إلى "ميانش" قرية من قرى المهدية بأفريقية، شيخ الحرم بمكة، له: مالا يسع المحدّث جهله، والمجالس المكيّة، توفّي سنة 581هـ، ينظر: الزّركلي، **الأعلام**، (53/5).

له: يا سيّدي أنتَ اليومَ إمامٌ في مذهب مالكٍ، ولابدّ أن تُخبرني، فقال لي: اسمع يا عمر، قولٌ واحدٌ في مذهب مالكٍ أنّ من قرأ (بسم الله الرّحمن الرّحيم) لا تبطُلُ صلاتُه، وقولٌ واحدٌ في مذهبِ الشّافعيّ أنّ مَنْ لم يقرأ (بسم الله الرّحمن الرّحيم) بطلت صلاتُه، فأنا أفعلُ ما لا تبطلُ به صلاتي في مذهبِ إمامي، وتبطل بتركه في مذهب غيرِه لكي أخرُجَ من الخلاف».([1])

فالإمام المازري إنّما عَدَل عن القول الرّاجح و المشهور في المذهب لأجل الاحتياط في صحّة العبادة في جميع أقوال العلماء، ولأجل الخروج من الخلاف.

ثانيًا: المسألة الثانية : سجود الشّكر:

مذهب الإمام مالك-رحمه الله- هو عدم مشروعيّة سجود الشّكر عند سماع بشارة بمسرّة أو دفع مضرّة،([2]) وقد أشار إلى ذلك الشّيخ خليل-رحمه الله-في مختصره قائلاً: « وكُرِه سُجُود شُكرٍ». ([3])

وقد عدل بعض فقهاء المالكيّة كابن حبيبٍ وابن العربيّ عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي ورجّحوا قولاً خارج المذهب، فقالوا بجواز سجود الشّكر. ([4])

ثالثًا: المسألة الثالثة: الوضوء من أكل لحم الجزور

مشهور مذهب الإمام مالك أنّ أكل لحم الجزور أي الإبل لا ينتقض منه الوضوء،([5]) قال الحطّاب:«ولا ينتقض بأكل جزور خلافًا لأحمد»، ([6]) وقد عدل بعض فقهاء المالكيّة كابن العربيّ عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي ورجّحوا قولاً خارج المذهب([7])، فقالوا بانتقاض الوضوء

([1]) ينظر:الجيدي، **مباحث في المذهب المالكي**، (ص250)، رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص405).

([2]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير**، (308/1)، عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف**، (320/1).

([3])الدّسوقي، **المصدر السّابق**، المكان نفسه.

([4]) ينظر: الدّسوقي، **المصدر نفسه** ، المكان نفسه، ابن العربي، **عارضة الاحوذي بشرح صحيح التّرمذي**، (73/7).

([5]) ينظر: ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى**،(114/1، 115).

([6]) الحطّاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تح: زكريا عميرات، (438/1).

([7]) القول بانتقاض الوضوء من أكل لحم الإبل هو مذهب الإمام أحمد وإسحاق وابن المنذر، وابن خزيمة، ورجّحه البيهقي وحكاه عن أصحاب الحديث مطلقًا، ينظر: الشّوكاني، **نيل الأوطار**، (201/1).

من أكل لحوم الإبل، قال ابن العربي: «وحديثُ لحمِ الإبلِ صحيحٌ ظاهرٌ مشهورٌ، وليس يقوى عندي تركُ الوضوءِ منه».([1])

رابعًا: المسألة الرّبعة: تحيّة المسجد وقت خطبة الجمعة

القول المشهور والرّاجح في مذهب الإمام مالكٍ أنّ تحيّة المسجد لا تجوزُ وقتَ خطبة الجمعة، فقد جاء في المدوّنة قولُ الإمام مالك-رحمه الله-:«ومَنْ دخل بعد ما خرج الإمامُ فليجْلِسْ ولا يركع».([2])

ونصّ على ذلك الشّيخ خليل-رحمه الله- في مختصره مبيّنًا عدم جواز ذلك فقال:«وابتداءِ صلاةٍ بخروجه وإن لداخلٍ».([3])

ولكنّ بعض فقهاء المالكيّة قد عدلُوا عن هذا القول المشهور في المذهب ورجّحوا القول بجواز تحيّة المسجد وقتَ الخطبة ومنهم الإمام السّيوري([4])، يقول الإمام النّفراوي([5]) في شرحه على الرّسالة:« وما ذكرناه من حرمة الصّلاة بعد خروج الخطيب ولو للدّاخل وهو مشهور مذهب مالكٍ ومقابلُه جواز إحرامه ولو حال الخطبة، وعليه السّيوري من علمائنا، وهو مذهب الشّافعي»، ([6])

ونقل ابن شاس([7]) وأبو بكر بن العربي القول بجواز تحيّة المسجد وقت الخطبة عن الإمام محمد بن الحسن([8]) عن مالكٍ.([9])

([1]) ابن العربي، **عارضة الأحوذي**، (112/1).

([2]) ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى** ، (229/1)

([3]) خليل، **مختصر خليل**، (ص42).

([4]) هو عبد الخالق بن عبد الوارث، أبو القاسم السّيوري القيرواني، الفقيه المالكي، خاتمة علماء أفريقيّة، له: تعاليق على المدوّنة، توفّي سنة 460هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص259).

([5]) هو أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، شهاب الدّين النّفراوي، الأزهري المالكي، له: الفواكه الدّواني، وهو شرح لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، رسالة في التّعليق على البسملة، توفّي بالقاهرة سنة:1126هـ، ينظر: الزّركلي، **الأعلام**، (192/1).

([6]) النّفراوي، **الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، (412/1).

([7]) هو عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي السّعدي، أبو محمد الملقّب بالخلاّل، فقيه مالكي، له: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، توفّي سنة 610هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص229).

([8])هو محمد بن الحسن الشّيباني، أبو عبد الله الإمام، صاحب أبي حنيفة، ينظر: ابن قلطوبغا، **تاج التّراجم**،(ص237).

([9]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، تح: دار الرّضوان للنّشر،(462/2)، قطب الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، مرجع سابق، من (ص84).

كما انتصر لهذا الرّأي ورجّحه الإمام عبد الحي بن الصّديق في كتابه: "تبيين المدارك لرجحان سُنِّيَّةِ تحيّة المسجد وقتَ خطبةِ الجمعة في مذهب مالك"، وأورد أدلّةً كثيرةً تُرجِّحُ صحّةَ ما ذهب إليه، وردّ على أدلّة القول المشهور وبيّن ضعفها.([1])

المطلب الثالث: عدول المجتهد عن القول الراجح أو المشهور إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

الفرع الأول: عدول بعض فقهاء المالكية عن القول الرّاجح إلى القول الضّعيف في المذهب المالكي

في الكثير من كتب النّوازل الفقهيّة المالكيّة مثل كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي، نجد أنّ بعض فقهاء المالكيّة قد أفتوا في بعض المسائل الفقهيّة بآراء مرجوحةٍ وأقوال ضعيفةٍ في المذهب المالكي، وذلك مراعاةً منهم للأحوال والمآلات، وللبيئات والأعراف، وقد يكون مراعاةً لجلب مصلحة أو درْء مفسدة ممّا يدلّ على نبوغهم الفقهيّ في التّعامل مع محيطهم الاجتماعي، ممّا ساهم في إبقاء الفقه المالكي حيًّا نابضًا وكفيلًا بإيجاد الحلول لكلّ المستجدّات والحوادث.([2])

ف«كَمْ من قولٍ كان مهجورًا، جاء مَنْ أبرزه وشهَّره، و كَمْ من قولٍ كان مرجوحًا، ثمّ وُجِدتْ وقائعُ وأحوالٌ جعلتْ بعضَ العلماء يرجِّحُه ويُقوِّيهِ حتّى أصبح هو المعتمدُ والمفتى به».([3])

ويتمثّل هذا العدول عن القول الرّاجح أو المشهور إلى القول الضّعيف في المذهب المالكي في العمل بقاعدة ما جرى به العمل، وقد اشتهر ذلك عند متأخّري فقهاء الغرب الإسلامي من المالكيّة، وذلك لوجود مُوجب يقتضي ذلك العُدول، ووفق ضوابطَ معيّنةٍ، والأمثلةُ التّطبيقيّة لهذا العدول عن القول الرّاجح إلى القول الضّعيف كثيرةٌ في المذهب المالكي، وتتمثّل في المسائل التي جرى بها العمل عند المالكيّة كمسألة بيع الصّفقة، وبيع المضغوط، ومسألة تضمين الرّاعي المشترك، وشركة الخمّاس، ومراعاة القصد لا اللّفظ في الأحباس وغيرها من المسائل التي جرى فيها العمل بقولٍ ضعيفٍ في مقابل القول الرّاجح أو المشهور في المذهب والتي سيأتي بيانها في الفصل الرّابع من هذه الدّراسة.

([1])ينظر: ابن الصّدّيق، **تبيين المدارك لرجحان سُنّية تحية المسجد وقت خطبة الجمعة في مذهب مالك**، (ص36، 37).

([2]) ينظر: مصطفى الصّمدي، **فقه النّوازل عند المالكيّة تاريخا ومنهجًا**، (ص370).

([3]) أستاذنا يوسف القرضاوي، **الاجتهاد في الشّريعة الإسلاميّة**، (ص116، 117)

الفرع الثاني: عدول بعض فقهاء المالكية عن القول الرّاجح إلى القول الشّاذ في المذهب المالكي

لقد تضمّنت كتب النّوازل عند المالكيّة الكثير من المسائل والأقضية والتي عدَلَ فيها فقهاء المذهب المالكي عن القول الراجح إلى قول شاذٍّ في المذهب، فقد صرّح هؤلاء العلماء بأخذهم بهذه الأقوال الشاذّة والمرجوحة، وانتصارهم لها، كما بيّنوا سبب عدولهم إليها، لكونها تحقّق مصلحةً، أو تدفع مفسدةً، أو تراعي تغيُّر عُرفٍ([1]) أو غير ذلك من أسباب العدول والتي سيتطرّق إليها الباحث في الفصل الثّالث من هذه الدّراسة.

وقد صرّح الإمام أبو عبد الله محمد السّنوسي بأنّ:« خروج المقلّد من العمل بالمشهور إلى العمل بالشّاذ الذي فيه رُخصةٌ من غير تتبُّع الرُّخص عند كلّ من قال بعدم لزوم تقليد الأرجح، ويبيح للمقلّد أن يقلّد من شاء من أقوال المجتهدين، وأنّ نقل الإجماع في ذلك غير صحيح،...ولعلّ الإجماع على تقدير ثبوته إنّما يكون حيث يتّبع القاضي أو المفتي في تقليد الشاذّ هواه،.. ولا خفاء في تحريم هذا، وحكى ابن فرحون في تحريمه الإجماع، وذلك أنّ القول الشاذ وإن كان حقّاً مثلاً فلا يتّبعه هذا المقلِّد لأجل أحقيّته، بل لمجرّد هواه به، ...أمّا من قلَّد القول الشاذّ لأنّه حقٌّ في حقِّ مَنْ قال به ، وفي حقّ من قلّده، ولم يحمله عليه مجرّد الهوى، بل الحاجة والاستعانة على دفع ضررٍ دينيٍّ ودنيويٍّ، ثمّ شكر الله على كون ذلك القول وافق غرضَه وهواه، ولو لم يجد من الحقِّ ما يوافق هواه لصبر، وخاف الله تعالى، فهذا تُرجى له السّلامة في تقليده ذلك، والله تعالى أعلم». ([2])

وسيتعرّض الباحث فيما يأتي إلى ذكر بعض النّماذج التّطبيقيّة والتي توضّح عدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور إلى القول الشّاذ في المذهب المالكي وهي كالآتي:

أولاً: حكم زكاة الخضر والفواكه

نصّ فقهاء المالكيّة في القول الرّاجح والمشهور عندهم على أنّه لا تجب الزّكاة في الخضروات والفواكه([3])، ولكنّ الإمام أبا بكر ابنَ العربي المالكي قد عَدَلَ عن هذا القول الرّاجح والمشهور إلى قول

([1]) ينظر: مصطفى الصّمدي، **فقه النّوازل عند المالكيّة تاريخا ومنهجًا**، مرجع سابق، (ص377).

([2]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، مصدر سابق، (44/12، 45، 46).

([3]) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، **الرّسالة**، (ص91)، عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف لنكت مسائل الخلاف**، (154/2).

شاذّ في المذهب وهو قول ابن الماجشون([1]) القائل بوجوب الزّكاة فيها، وانتصر لرأي أبي حنيفة في القول بوجوب الزّكاة في الخُضَر والفواكه، فقال في كتابه أحكام القرآن:« فرُوِيَ عن مالكٍ وأصحابه : أنّ الزّكاة في كلّ مُقْتَاتٍ لا قولَ لَهُ سواه...وقال أبو حنيفة: تجب في كلّ ما تُنبته الأرضُ من المأكولات من القُوتِ والفاكهة والخُضَرِ، وبه قال ابن الماجشون في أصول الثّمار دون البقول».([2])

وقال أيضاً :« وأمّا المالكيةُ فتعلّقتْ بأنّ النّبيَّﷺ لم يأخذْ من خُضَرِ المدينة صدقةً. وأمّا أبو حنيفةَ فجعلَ الآيةَ مِرْآتَهُ فأَبْصَرَ الحقَّ، وقال: إنّ اللهَ أوجبَ الزّكاةَ في المأكول قُوتًا كان أو غيره».([3])

فقد بيّن الإمام أبوبكر ابن العربي سبب عدوله عن القول الرّاجح والمشهور إلى قول شاذٍّ في المذهب المالكي هو قول ابن الماجشون، والذي يوافق مذهبَ أبي حنيفةَ، وذلك من خلال ترجيحه للأدلّة التي استند إليها أبو حنيفة –رحمه الله– في إيجاب الزّكاة في كلّ ما تُخرجُه الأرضُ من زروعٍ وثمارٍ وخضرواتٍ وفواكهَ إلاّ الحطبَ والقَصَبَ والحشيشَ.([4])

ثانيا: حُكم تكرار العمرة في السَّنة الواحدة

القول المشهور في مذهب المالكيّة أنّه يُكرَهُ تَكرارُ العُمرة أكثرَ من مرّةٍ في السَّنة، فقد جاء في الموطأ أنّ الإمام مالكًا–رحمه الله– قال:« وَلَا أَرَى لأحَدٍ أَنْ يَعْتَمِرَ في السَّنَةِ مِرَارًا»([5]).

وجاء في المدوّنة:« قلتُ لابنِ القاسم: أرأيتَ مَن اعتمر في غير أشهرِ الحجّ لِمَ لا يكون له أن يعتمر بعد عمرته؟ قال: لأنّ مالكًا يقول: العُمرة في السَّنة إنّما هي مرّةٌ واحدةٌ».([6])، وقد نقل هذا القول المشهورُ القاضي عبد الوهاب البغدادي ([7]) في كتابه الإشراف فقال:« يُكرَه أن يعتمر في السَّنَة مرّتين،

([1]) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن أ بي سلمة الماجشون، أبو مروان، الفقيه المالكي المدني، من تلاميذ الإمام مالك، وكان مفتي المدينة في زمانه، ، توفّي سنة:212هـ، له:" رسالة في القضاء والقدر"، وغيرها ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (85/1).

([2]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، (ص 198).

([3]) ابن العربي، **المصدر السّابق**، (ص 199).

([4])ينظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير على الهداية**، (248/2، 249، 250)، وينظر: ينظر: ابن العربي، **المصدر السّابق**، (ص 199، 200، 201).

([5]) الباجي، **المنتقى**، (402/3).

([6]) ابن القاسم ، **المدوّنة**، (134/2).

([7]) هو عبد الوهاب بن نصر البغدادي، القاضي، الفقيه المالكي، له المعونة ، وغيرها، توفّي سنة 422هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج**، (ص261).

خلافًا لأبي حنيفة والشّافعي».([1]) وقال ابن جزي([2]):« ويُكرَهُ تكريرُها في سَنَةٍ واحدةٍ، واستحبَّهُ مطرف والشّافعي ».([3])، وذكر هذا القول أيضا الإمام ابنُ عبد البر في كتابه الكافي فقال:«وكَرِهَ مالكٌ العُمرةَ في السَّنَة مِرارًا».([4])

وقد استدلّ المالكيّة فيما ذهبوا إليه بأمرين:

الأول: أنّ النّبيَّ ﷺ اعتمر في حياته كلِّها ثلاث عُمَرٍ، ولم يثبت أنّه اعتمر في سنة أكثرَ من عمرةٍ واحدةٍ، ولو كان مستحبّاً لفعله وسبقنا إليه.

الثاني: أنّ العمرة عبادةٌ قد شُرِع لها الإحرامُ، والطوافُ والسّعيُ، فلم يُشرَع تكرارُها كالحجّ.([5])

غير أنّ بعض فقهاء المالكيّة لم يرتَضُوا هذا القول المشهور في المذهب وعدلُوا عنه إلى قول شاذّ في المذهب المالكي وهو قول مطرف وابن المواز القائلين بجواز تكرار العمرة في السَّنة الواحدة،([6]) فقد نقل الإمام الحطّاب قولاً آخرَ في المذهب يُجيز تَكرار العُمرة أكثرَ من مرّةٍ واحدةٍ في السَّنة، وهو قول مطرف وابن الماجشون وابن حبيبٍ، ونقَلَ عن الشّيخ خليل في التّوضيح أنّه ذكر أنّ المشهور في المذهب هو كراهة تَكرارها، وأمّا قول مطرف وابن المواز بالجواز ، فإنّه قولٌ شاذّ في المذهب المالكي.([7])

قال ابن الفرس الأندلسي([8]) في كتابه أحكام القرآن:« وذهب مالكٌ وجمهور أصحابه إلى أنّ الاعتمار في السّنَة لا يكون إلاّ مرّةً واحدةً، وذهب مطرّف([9]) إلى جوازه في السَّنَة مراراً وإلى نحوه ذهب

([1]) عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف في مسائل الخلاف**، (326/2).

([2]) هو محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، فقيه مالكي حافظ، له: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكيّة، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، وغيرها، توفّي سنة741هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (282/4).

([3]) ابن جزي، **القوانين الفقهيّة**، (ص255) .

([4]) ابن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، (ص417).

([5]) ينظر: عبد الوهاب البغدادي، **الإشراف**، (**223/1**)، ، (326/2)، الباجي، **المنتقى**، (402/3). .

([6])ينظر: الباجي، **المنتقى**، المصدر السّابق ، (402/3).

([7]) ينظر: الحطاب، **مواهب الجليل** ، (256/3، 257)، عبد المجيد محمود الصّلاحين، **مفردات المذهب المالكي**، (709/2).

([8]) هو محمد بن عبد الرّحيم الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الله الغرناطي، المعروف بابن فرس، كان عالما في القراءات والفقه، توفّي سنة567هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص286).

([9]) هو مطرّف بن عبد الله بن مطرف الهلالي اليساري أبو مصعب، المدني الفقيه، تفقّه على خاله الإمام مالك وعبيد الله بن عمر، روى عن مالك وعن كثير من علماء المدينة، ،توفّي سنة220هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**،(114/3).

ابن الموّاز([1]) والشّافعي... وظاهرُ قوله تعالى:﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[البقرة:195] حُجَّةٌ للقول الثّاني عندي، لأنّها عامّةٌ لجميع الأوقات».([2])

واستدلّ أصحاب هذا الرّأي فيما ذهبوا إليه بأمرين:

الأول: أنّ النّبيَّ ﷺ أقرّ عائشةَ -رضي الله عنها- أن تعتمر عمرتين عمرةَ القِران، ثُمّ العمرةَ التي أتَتْ بها من التَّنعيم([3]).([4])

الثاني: أنّه ثبت عن جماعة من الصّحابة ﷺ أنّهم اعتمروا في السَّنة أكثر من مرّةٍ واحدةٍ ومنهم عائشة وابن عمر رضي الله عنهما.([5])

ثالثا: مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب بعد الزّراعة

وهي أن يغتصب شخص الأرض من مالكها أو حائزها، ويزرعها، ولم تقع فيها مفاصلة حتّى فات الإبّان.([6])

القول المشهور في المذهب المالكي أنّ الزّرع يكون لزارعه، وعليه أن يدفع كراءَ المِثْلِ للأرض، ولكنّ الإمام المازري- الذي نُقل عنه أنّه ما أفتى بغير المشهور من مذهب مالك-، ورغم بلوغه درجةَ الاجتهاد، ومع ذلك فقد خالفَ المعهودَ من عادته من الالتزام بالمشهور من مذهب مالك، وأفتى بقولٍ شاذٍّ في المذهب وهو أنّ الزّرع لصاحب الأرض، وهي روايةُ الدّاوُدي([7]) عن الإمام مالك، مع اعترافه بضعفها وشذوذها. ([8])

([1]) هو محمد بن إبراهيم بن زياد، أبوعبد الله الإسكندري، المعروف بابن المواز، اشتهر بكتابه الموازية، وقد رجّحه القابسي على سائر الأمّهات، توفّي سنة 269هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (122/3)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص331).

([2]) ابن الفرس الأندلسي، أحكام القرآن، تح: د/ طه علي بوسريح، (234/1).

([3]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب: الحج، باب: عُمرة التّنعيم، ح:1692، 1693، (632/2)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: الحج، باب: وجوه الإحرام، ح:1211، 1212، (ص249).

([4]) ينظر: قطب الرّيسوني، **الّتعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص138).

([5]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، تح: دار الرّضوان، (256/3).

([6]) ينظر: عبد السلام العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب**، (ص51).

([7]) هو أحمد بن نصر الدّاودي الأسدي، أبو جعفر، فقيه مالكي، له شرح على الموطأ، توفّي 402هـ، ينظر: ، **الدّيباج**، (ص94).

([8]) ينظر: الونشريسي، **المعيار المعرب** (25/12).

وقد تَبِعَ المازريَّ في الأخذ بهذا القول الشاذّ في المذهب جماعةٌ من فقهاء المالكيّة، وذلك حينما رَأَوْ كثرة التّعدّي والغَصْب، إذ يتمكّن المتعدّي من الوصول إلى مُرادِهِ إذا لم يُرِدْ صاحبُ الأرض أن يَكْرِيَها له، فيقوم بحرثها دون إذن مالكها، ثمّ يُماطل بالمفاضلة، حتى يخرج الإبّان، فيحاكمه فيها بالقول المشهور في المذهب، فيكون بذلك قد توصّل إلى غرضه من حرثها بالكراء والحصول على الزّرع ودفع ثمن كراء المثل، ولو لم يرضَ صاحبُها بحرثها بأكثر من كراء المثل، فكأنّ صاحبَ الأرض صار مجبورًا على قبول الكراء دون رضاه، فلمّا رأى المتأخّرون من فقهاء المالكيّة كثرة هذا التّعدّي في ناحية من البلاد عدلُوا عن القول الرّاجح والمشهور إلى القول الشّاذ في هذه المسألة، إذ لو أدرك الإمام مالك- رحمه الله-هذا الواقع والمتمثّل في كثرة التّعدّي على الأرض والتّحيُّل على كرائها بكراء بغير رضى أصحابها، لرجع عن القول المشهور إلى القول الشّاذّ في ذلك.([1])

([1]) ينظر: أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر**، مصدر سابق، (ص144)، زكريا التّهامي، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجاً**، مرجع سابق، (ص83).

المبحث الثالث:

الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

ويتضمّن أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة ماجرى به العمل وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الرّاجح في المذهب المالكي

المطلب الثاني: قاعدة الاستحسان وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الرّاجح في المذهب المالكي

المطلب الثالث: قاعدة سدّ الذّرائع وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الرّاجح في المذهب المالكي

المطلب الرابع: قاعدة مراعاة الخلاف وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الرّاجح في المذهب المالكي

المطلب الأول: قاعدة ما جرى به العمل وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي

الفرع الأول: التّعريف بما جرى به العمل اصطلاحًا عند المالكية

يُعدُّ مصطلحُ "ما جرى به العمل" من المصطلحات الفقهيّة، المستعملة في الفقه المالكي([1])، وهي قاعدةٌ اعتمدها متأخّرُو المالكيّة في التّرجيح بين الأقوال المختلفة في الأحكام والقضاء ويُطْلَق عليها أيضًا مصطلح (فقه العمليّات) أو (فقه الماجريات)، وذلك أنّه لمّا أُغلق بابُ الاجتهاد سدّا لذريعة أن يَلِجَهُ مَنْ ليس أهلاً له، قام فقهاء المالكيّة بفتح بابٍ آخر من أبواب الاجتهاد المذهبي، عن طريق ما جرى به العمل لمواجهة ما استجدّ من النوازل والوقائع، وخوفا من جمود الفقه وعدم قدرته على معالجة تلك الأحداث والمستجدّات، وذلك من خلال إعادة النّظر في الأقوال الضعيفة أو المهجورة، ليصبح لها حظّ من النّظر بعد تقويتها بأدلّة وأصول أخرى، وبالتّالي فقد أصبح هذا المبدأ يُعدّ من العناصر التطبيقيّة في علم القضاء وفقه النّوازل، فلا تكاد تخلو كُتُب الأقضية والأحكام والنّوازل عند فقهاء المالكيّة من التّنصيص على مبدأ ما جرى به العمل،([2]) وقد عرّفوا هذا المصطلح بتعاريف متقاربة في المعنى ومنها

([1]) مصطلح (**ما جرى به العمل**) ليس خاصًّا بالمالكيّة وحدهم كما قد يتوهّم البعض، بل هو موجود في المذاهب الأخرى أيضًا، فالأحناف قد أخذوا بعمل أهل العراق وما اشتهر بينهم من فتوى أو قضاء، كما أنّ الشافعي كان يحتجّ بعمل أهل مكة، فالحنفيّة والشافعيّة والحنابلة قد أخذوا بما جرى به العمل واستعملوه، ولكنّ المدرسة الفقهية المالكية هي أمّ المدارس الفقهيّة وأشهرها في هذا المصطلح من حيث نشأته وتأصيله والتفريع عليه، فقد تميزوا بتحرير هذا المصطلح وبيان ضوابطه وأنواعه، والتفريع عليه في مسائل فقهيّة عديدة، وطبّقوه في النّوازل والفتاوى والقضاء واشتهر ذلك لدى المغاربة أكثر من المشارقة، وخاصّة عند علماء الأندلس والمغرب، ينظر: عاصم بن عبد الله بن إبراهيم المطوع، **العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، (ص387،388).

([2]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مرجع سابق،(ص514)، ومن أهمّ الكتب التي تناولت المسائل التي جرى بها العمل عند المالكيّة هي: فصول الأحكام ، وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء من الأحكام للإمام أبي الوليد الباجي (ت:474هـ)، نظم العمل الفاسي، عبد الرحمن الفاسي (ت:1097هـ)، نيل الأمل فيما به بين الأئمّة جرى العمل لأبي العبّاس أحمد بن القاضي (ت:1025)، البهجة في شرح التّحفة لإبي الحسن التّسولي(ت:1258)، جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، لأحمد بن محمد البرزلي (ت:844هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لابن فرحون(ت:799هـ) وغيرها من كتب النوازل والفتاوى.

قولهم:«هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رَعْيًا لمصلحة الأُمَّة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعية.»([1])

كما عُرِّف أيضا بأنّه:« اختيار قول ضعيف والحُكم والإفتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك.»([2])

وعرّفه الشّيخ بن بيّة بقوله: هو «الأخذُ بقولٍ ضعيفٍ في القضاء والفتوى من عالمٍ يوثَقُ به في زمنٍ من الأزمان، ومكانٍ من الأمكنة، لتحقيق مصلحةٍ أو لدرء مفسدةٍ ».([3])

و يؤخذ على تعريفه أنّه قَصَرَ الأسبابَ التي تُرجِّحُ ما جرى به العمل على المشهور في سَبَبَيْنِ فقط وهما درء مفسدةٍ أو جلبُ مصلحةٍ ولم يذكر بقيّة الأسباب التي يقوم عليها ما جرى به العمل كالعرف والضّرورة غيرهما، فيكون هذا التّعريف قاصرًا وغيرَ جامعٍ لمعنى ما جرى به العمل.

ومن خلال هذه التّعاريف السّابقة يتبين أنّ ما جرى به العمل هو أن يعمد بعض القضاة إلى الحُكْمِ – في المسائل الخلافية- بقولٍ يخالف المشهور لسببٍ من الأسباب، كدرْءِ مفسدة أو تحقيق مصلحةٍ، أو خوف فتنةٍ، أو جريان عُرْفٍ في الأحكام التي مستندها العُرف، فيأتي مَنْ بعده ويقتدي به في الأخذ بذلك الحُكم، مادام الموجب الذي من أجله خولف المشهور موجوداً، فإذا زال الموجب الذي كان سبباً لقيام العمل، عاد الحُكم للمشهور.([4])

الفرع الثاني: التّعريف المختار لما جرى به العمل

التّعريف المختار عند بعض الباحثين أنّ ما جرى به العمل هو:«تتابع المجتهدين من القضاة والمفتين وتواطؤهم على الأخذ بالقول المرجوح وترك الرّاجح لمقتضى شرعي معتبر».([5])

فقوله:(تتابع المجتهدين من القضاة والمفتين وتواطؤهم) قيدٌ هامٌّ، فلا نحكم على قولٍ مرجوحٍ أنّه جرى به العمل إلا إذا تتابع القضاةُ والمفتون على الأخذ به.

([1]) عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب**، (ص342).

([2]) **المصدر نفسه ، المكان نفسه.**

([3]) ابن بية عبد الله، **صناعة الفتوى**، (ص114).

([4]) ينظر: عمر الجيدي، ، **المرجع السّابق، المكان نفسه.**

([5]) عاصم المطوع، **العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء(دراسة تأصيلية تطبيقية)**، مرجع سابق، (ص415).

وقوله:(تتابع المجتهدين من القضاة والمفتين) قيد لإخراج غير المجتهدين، فلا عبرة بتتابع غيرهم وتواطئهم على الأخذ بالقول الضّعيف أو المرجوح.

وأمّا قوله:(لمقتضى شرعيٍّ معتبر) فهو قيدٌ لبيان أنّ أخذهم بالقول المرجوح ليس لمجرّد اتباع الهوى وإنّما هو لوجود سبب شرعيّ معتبرٍ يقتضي ذلك.([1])

ويمكن للباحث تعريف ما جرى به العمل في اصطلاح مالكيّة الغرب الإسلامي بأنّه: العدول عن القول الرّاجح إلى القول الضّعيف في المذهب المالكي، وذلك لسبب يقتضي ذلك كجلب مصلحة أو دفع مفسدةٍ، أو مراعاةً لعُرف جارٍ، أو ضرورةٍ، ويكون قد حكمَ به القضاةُ وتواطؤوا عليه.([2])

ويتبيّن من خلال هذا التّعريف أنّ ما جرى به العمل نوعٌ من أنواع الاجتهاد المذهبي، وذلك بأَنْ يصحّح بعضُ فقهاء المذهب المتأخّرين قولاً مرجوحًا أو ضعيفا، فيفتي به، أو يعمل به، ويتّبعه في ذلك باقي الفقهاء والقضاة في الحُكم والعمل به، حيث إنّ العمل بهذا القول الضعيف يكون أرفقَ بالناس ويدفع عنهم حرجًا أو مفسدةً، أو لكونه يحقّق لهم مصلحة معتبرةً شرعًا، ولا يُتصوَّرُ أن يصدر هذا العمل إلاّ من فقيهٍ مجتهدٍ يستطيع أن يُوازن بين المصالح والمفاسد، ويقدر على مقابلة القول الضعيف أو الشاذّ بالرّاجح أو المشهور، والنّظر إلى الأدلة التي يتقوّى بها ذلك القول المرجوح على غيره،([3]) وفي ذلك يقول الإمام محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي:«فالعمل لا يُعتمد إلا إذا جرى بقول راجحٍ، أو من قاضٍ مجتهد الفتوى بيّن وجهَ ترجيحِ ما عَمِل به، لأنّ المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحةٌ، وما هو مفسدةٌ أو ذريعةٌ إليها، ويميّز ما هو في رتبة الضروريّات، أو الحاجيّات، وما هو في رتبة التّحسينات...وعلى كلِّ حالٍ لا يقدر على نقدِ مثلِ هذا إلاّ من بلغ رُتبةَ الاجتهاد المذهبيّ، أمّا من يبلغها، فليس له رخصةٌ في أن يترك المشهورَ إلى الشّاذّ في الفتوى والحُكمِ أصلاً، فالبابُ دُونَهُ مَسْدُودٌ».([4])

([1]) ينظر: عاصم المطوّع، **العدول عن القول الرّاجح في الفتيا والقضاء(دراسة تأصيلية تطبيقية)**، مرجع سابق، (ص415).

([2]) ينظر: قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظريّة في الميزان–** (ص21).

([3]) ينظر: مريم الظّفيري ، **مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والتّرجيحات، مرجع سابق،** (ص210)، محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مرجع سابق،(ص513).

([4]) الحجوي ، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (466/4).

كما ينبغي التّنبيه أيضًا إلى أنّ الأخذ بما جرى به العمل ليس على إطلاقه، وإنما يستمرُّ العملُ به مادامتِ الأسبابُ قائمةً للعمل بذلك القول الضّعيف، فإذا زالت تلك الدّواعي والموجباتُ، فإنّه يجب الرُّجوع إلى العمل بالرّاجح أو المشهور وترك ما جرى به العمل([1])، وهو ما بيّنه الإمام الحجوي بقوله:« فعُلِمَ أنّ القاضي أو المفتي، لا يجوز له الاسترسالُ في الإفتاء بما جرى به العمل، ويظنّ أنّه حُكمٌ مؤبَّدٌ، بل هو مؤقَّتٌ، مادامتِ المصلحةُ أو المفسدةُ التي لأجلها خُولِفَ المشهورُ، فإذا ذهبتْ رجع الحُكْمُ بالمشهور».([2])

الفرع الثالث: أقسام ما جرى به العمل.

ينقسم ما جرى به العمل باعتبار الوضع إلى قسمين:

أولاً: القسم الأول: العمل الإقليمي: ويسمّيه البعض: العمل الخاص أو العمل المقيّد وهو العمل الذي له ارتباطٌ ببلدٍ معيّن، أي يجري في بلدٍ معيّن ولا يتعدّاه إلى بلدٍ آخر مثل: العمل الفاسي، أو العمل القرطبي أو العمل السُّوسي ([3])، وهذا النّوع من العمل لا يجوز الإفتاء به في غير هذه البلدان، وذلك لأنّه مرتبطٌ بعرفها الخاص بها دون غيرها، وفي ذلك يقول الإمام التّسولي:«إنّ العمل الجاري ببلدٍ لأجل عُرفها الخاص لا يعمُّ سائرَ البلدان، بل يقتصر على ذلك العرف في أي بلد لأنّ مبناه عليه».([4])

ثانيا: القسم الثاني: العمل المطلق: هو الذي يجري به العمل في جميع البلدان والأقطار، ولا يتقيّد ببلد أو قطر معيّن، كالعمل الأندلسي، والعمل الإفريقي والعمل المغربي.([5])

الفرع الرابع: موقف علماء المالكيّة من الحُكم والإفتاء بما جرى به العمل:

يستعمل مصطلح "ما جرى به العمل" عند فقهاء المالكيّة استعمالين، فأمّا الاستعمال الأول فيقصدون به أنّ "ما جرى به العمل" أو "ما به العمل" هو القول الرّاجح أو المشهور، وأمّا الاستعمال

([1]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص514).

([2]) الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، (469/4).

([3]) ينظر محمد رياض، **المرجع السّابق**، (ص516).

([4]) التّسولي علي بن عبد السّلام، **البهجة في شرح التحفة**، (22/1).

([5]) ينظر محمد رياض، **المرجع السّابق، المكان نفسه.** قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه المالكي**، (ص23).

الثاني فيقصدون به أنّ ما جرى به العمل هو العمل بالضّعيف في مقابل الرّاجح أو المشهور لموجب شرعيٍّ يقتضي ذلك، فأمّا النّوع الأولُ فلا إشكال عند العلماء في وجوب الأخذ به، وأمّا النوع الثاني فهو المقصودُ في هذا البحث، لأنّ الفقهاء غالبًا ما يقصدون بما جرى به العمل هو جريان العمل بالقول الضّعيف أو الشّاذ في مقابل الرّاجح أو المشهور، وهذا هو الذي وقع فيه الإشكال، هل يكون جريانُ العمل موجبًا لترجيح الضّعيف أو الشّاذ على مقابله أم لا؟([1])

وسأتعرّض فيما يأتي إلى مواقف فقهاء المالكيّة من الأخذ بما جرى به العمل والتّرجيح به على غيره.

اختلف فقهاء المالكية في الأخذ بما جرى به العمل إلى رأيين:

أولاً: الرّأي الأول: ذهب جمهور علماء المالكيّة إلى وجوب الأخذ بما جرى به العمل، واعتباره حجّة إذا استوفى شروطه، وأنّه يترجّحُ به القولُ الضّعيف، وذلك لأنّ العمل أيًّا كان مُوجِبُهُ، فهو مبنيٌّ على أصول مذهبِ الإمام مالكٍ–رحمه الله–، فإذا رُوعِيَ فيه العُرف فهو على أصله في مراعاة العُرف والعوائد، وإذا نُظِرَ فيه إلى درأ المفسدة فهو على أصله في سدّ الذّرائع، وإذا كان لجلب مصلحةٍ فهو على أصله في الاستصلاح.([2])

وعليه فقد ذهب كثيرٌ من متأخّري المالكيّة إلى أنّ القول الضّعيف أو الشّاذ إذا جرى به عملُ القُضاة والمجتهدين والمفتين، واستمرَّ الحُكْمُ به، فإنّه يُقَدَّمُ على المشهور، ويترجّح به القول الضّعيف، وأنّه يجب على الفقهاء والقضاة الأخذُ به، فإذا حَكَمَ به القاضي فإنّ حُكْمَهُ يُنَفَّذُ ولا يُنقَض، حتّى وإن كان هذا القول الذي جرى به العمل مخالفاً للمشهور.([3]) وقد نصَّ كثير من فقهاء المذهب في كتبهم على أنّ ما جرى به العمل يُرَجَّحُ به القولُ الضّعيفُ وأنّه يُقَدَّمُ على المشهور، ومن ذلك أنّ الإمام الونشريسي قد ذكر في كتابه: "المعيار المعرب" الكثير من النّوازل في الأقضية والشّهادات والتي تدلّ على أنّ جريان العمل ممّا يترجّحُ به القولُ الضّعيفُ أو الشّاذ، وبيّن بأنّ العمل إذا جرى يُلتمَسُ له المخرجُ الشّرعيُّ ما

([1]) ينظر:عبد السّلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص65، 66).

([2]) ينظر: الحجوي ، **الفكر السّامي**، (465/4)، قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي**، (ص20).

([3]) ينظر: عبد السّلام العسري، **المرجع السّابق**، (ص66).

أمكن([1])، كما بيّن الإمام الشّاطبي أنّه لا مانع من الأخذ بما جرى به العمل ولو كان هذا القول الذي جرى به العمل قولاً مرجوحاً فقال: «الأَوْلَى عندي في كل نازلةٍ يكون لعلماء المذهب فيها قولان، فيعمل النّاس على موافقة أحدِهما وإن كان مرجوحًا في النّظر، أن لا يُعرَضَ لهم، وأن يُجْرَوْا على أنّهم قلّدوه في الزّمان الأول وجرى به العمل فإنّهم إن حُمِلُوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامّة وفتحٌ لأبواب الخصام، ورُبَّما يُخالفني في ذلك غيري، وذلك لا يصدّني عن القول به ولي فيه إسوة».([2])، بل ذهب بعض المالكيّة إلى اعتبار الخروج عمّا جرى به العمل منقصةً ومجلبةً لإساءة الظّنّ بالقاضي أو المفتي، وفي ذلك يقول الشّيخ محمّد ميّارة الفاسي: «إنّ القاضي يلزمُه اتّباعُ عمَل بلده، وإنّ خروجه عنه مُوجِبٌ لإساءة الظّنّ به».([3])، وقد بلغ سلطانُ اتّباع ما جرى به العمل في نفوس فقهاء المالكيّة إلى عزل بعض من خالف ما جرى به العمل عن الوظيفة الشّرعيّة، كما حصل ذلك للإمام أبي عبد الله القَوْري([4]) حينما خالف ما جرى به العمل وأفتى بالقول المشهور وذلك بعدم لزوم بيع المضغوط، فكان ذلك سببًا في تأخيره عن مجلس الشّورى.([5])

وذهب صاحب مراقي السّعود إلى جواز تقديم العمل بالضّعيف، إذا جرى به عملُ القضاة أو الفقهاء وذلك لسببٍ يقتضي هذا العدول فقال:

وقُدِّمَ الضّعيفُ إِنْ جَرَى عَمَلْ ❁ به لأجل سببٍ قد اتّصل([6])

وقال ناظم العمل الفاسي:

وما به العملُ دونَ المشهور ❁ مُقَدَّمٌ في الأخذ غيرُ مهجور ([7])

([1]) ينظر هذه النّوازل في: الونشريسي، **المعيار المعرب**، (8/ 54، 85، 249) .

([2]) نقله عبد السّلام العسري في كتابه: **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص66) عن الوزاني ، في شرحه على العمل الفاسي وحاشيته على التاودي للزّقاق (ص385).

([3]) نقله عنه أبو العبّاس الهلالي في **نور البصر شرح مقدّمة المختصر**، (ص134).

([4]) هو محمد بن قاسم بن محمد القوري الفاسي، فقيه مالكي، له: شرح على مختصر خليل، توفّي سنة:872هـ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور**، (1/ 376).

([5]) ينظر: قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظريّة في الميزان–** ،(ص29).

([6]) محمد الأمين الشّنقيطي، **شرح مراقي السّعود المسمّى:(نثر الورود)**، تح: علي بن محمد العمران، (661/2).

([7]) ينظر: العسري، **المرجع السّابق**، (ص 66).

يقول العلاّمة أحمد السّباعي:«يُقدَّمُ ما جرى به العمل كالرّاجح، فإذا رجَّحَ بعضُ المتأخّرين المتأهّلين للتّرجيح قولاً مقابلاً للمشهور بمُوجبِ رُجحانه عندهم، وأَجْرَوْا به العملَ في الحُكْمِ تعيَّنَ اتّباعُهُ، فيُقَدَّمُ مقابلَ المشهور لرُجْحَانه على المشهور بموجبه لا بمجرَّد اتّباع الهوى».([1])

ثانيا: الرأي الثاني: انتقد بعض فقهاء المالكيّة الأخذ بما جرى به العمل وعدّوه بدعة منكرة، وأنّ فيه مخالفة للنّصوص، ومن هؤلاء الإمام المقّري، والإمام الطّرطوشي([2])، واعتبرا بأنّ الأخذ بما جرى به العمل يُعدُّ مَيلًا إلى الأخذ بالأقوال الضّعيفة والمرجوحة من غير مرجّحٍ، وأنّ فيه مجاراة للأعراف الصّالحة والفاسدة، كما اتخذ بعضُ الفقهاء المعاصرين موقفًا مُعاديًا لما جرى به العمل وانتقدوه بشدّةٍ، وحملوا عليه حملة شعواءَ، مُدّعين مُخالفته للنّصوص وللرّاجح من الأقوال، حتّى وصف بعضهم العمل الفاسي ب(العمل الفاسد)، وذلك بالنّظر إلى ما تضمّنته بعض المسائل فيه من مخالفات صريحة لنصوص القرآن والسُّنّة ،كترك اللّعان و ترك العمل بالقافة، والاعتداد بالأشهر عوض الأقراء بالنّسبة للمعتدة التي تحيض، ومن هؤلاء المنتقدين العلاّمة أحمد بن عبد الصّدّيق الغماري، والشّيخ محمد الدّين الهلالي الذي اعتبر أنّ العمل المطلَق مطلق عن كلّ ضابطٍ شرعيّ.([3])

ثالثا: التّرجيح

يمكن القول بأنّ مصطلح ما جرى به العمل ليس مُصادماً للنّصوص أو مغيّراً لها على الإطلاق، وإنّما يُعْتَبَرُ علاجاً تشريعيّاً لأحوال استثنائية وقعت في بلدٍ أو مجتمعٍ معيّنٍ، فقد استطاع فقهاء المالكيّة من خلال أخذهم بما جرى به العمل إيجادَ حلولٍ ناجعةٍ لكثيرٍ من النّوازل والمشكلات الاجتماعيّة التي وقعت في زمنٍ معيّنٍ ، كما أنّه ساعدهم على تنزيل الأحكام الشرعيّة وفق أحوال المكلَّفين بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال وفساد الذّمم، وذلك بقصد الإصلاح والتّخفيف عن النّاس ودفع المفاسد عنهم، فقد تحدث للنّاس في أقضيتهم بحسب ما أحدثوا من فُجور أو عصيان.

([1]) أحمد السّباعي، **منار السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، (ص47)، نقلاً عن مريم الظفيري، **مصطلحات المذاهب الفقهيّة وأسرار الفقه المرموز**، (ص210، 211).

([2]) هو محمد بن الوليد بن محمد الفهري، أبو بكر المعروف بالطّرطوشي، فقيه مالكي، له: تعليق في مسائل الخلاف، البدع والمحدثات، توفّي سنة520هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهّب**، (ص371).

([3]) ينظر: قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظريّة في الميزان–** ، (ص29).

ولعلّ المخالفين لما جرى به العمل من المالكيّة وهم قلّة، قد اعتبروه من قبيل الآراء المذمومة أو الحكم بالتّشهي والأهواء، وذلك بالنّظر إلى بعض المسائل التي خالفت النّصوص الشّرعيّة كترك اللّعان لفاسق، وترك العمل بالقافة والاعتداد بالأشهر بدل الأقراء في عدّة مَنْ تحيض، ولكن يبدو أنّهم في تصوّرهم قد غفلوا عن حقيقة ما جرى به العمل، وعن ضوابط العمل به عند متأخّري المالكيّة، إذ لو اتّضح لهم ذلك لما أنكروه و لوقفوا منه موقف الإنصاف والاعتراف.([1])

فالحقيقة أنّ الأخذ بما جرى به العمل لا يُعتَبر مُسايَرَةً لأهواء النّاس أو مُجاراةً لتصرُّفاتهم، وإنّما الغاية منه أن تكون الشّريعة مُطبّقةً في حياة النّاس، إذ إنّ الشّريعة إنّما جاءت مُراعية لمصالح النّاس وأعرافهم ودرأ المفاسد والمضار عنهم كما هو مقرّر في مقاصد الشّرع، وذلك بالنّظر إلى وجود موجبات تقتضي ذلك.

وبالتّالي فإنّ مصطلح (ما جرى به العمل) يُعَدُّ وسيلةً من وسائل الإصلاح العام في المجتمع الإسلامي في ظلّ سماحة الشّريعة الإسلاميّة، وهو مضبوط بضوابط شرعيّة بيّنها العلماء، سيأتي بيانها في الفرع الآتي، كما أنّ العمل به مُقَيَّدٌ بوجود مُوجِبِه أو سَبَبِه الذي من أجله عُدِلَ عن القول الرّاجح والمشهور، فإذا انتفى ذلك السَّبَبُ فيُرْجَعُ إلى العمل بالأصل من الرّاجح والمشهور، فهو إذن مرتبطٌ بسببه وُجوداً وعدماً وليس العمل به على وجه الإطلاق أو بصفة مستمرّة دون مراعاة موجباته.([2])

كما أنّ « فقه العمل إذا واتاه التّطبيق السّليم، والجري على الجادّة، والنّظر إلى المصالح المعتبرة، فإنّه وسيلة مُثلى لإثراء آلة الاجتهاد، ومدافعة التعصّب للمذهب». ([3])

الفرع الرابع: شروط تقديم ما جرى به العمل على الراجح و المشهور

اشترط متأخرو فقهاء المالكية عدة شروط لجواز الأخذ بما جرى به العمل وتقديمه على الراجح والمشهور وهي كالآتي:

([1]) قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظريّة في الميزان–** ، مرجع سابق، (ص29)..

([2]) ينظر: عبد الفتّاح الزّنيفي، **مصطلح ماجرى به العمل وأثره على تغيّر الفتوى في المدرسة المالكيّة بالغرب الإسلامي**، (ص1217).

([3]) قطب الرّيسوني، **المرجع السّابق**،(ص29–30).

1-ثبوت جريان العمل بذلك القول، وذلك لأنّ قول القاضي أو المفتي في مسألة معينة، بأنّه جرى فيها العمل بقول مرجوح مقابل للمشهور أو الراجح ، قضية نقليّة ينبني عليها حُكمٌ شرعي، فلابد من إثباتها بنقل صحيح، وذلك إمّا بشهادة العدول المتثبتين في المسائل الفقهية أو أن ينصّ على ذلك عالمٌ موثوق به في علمه.([1])

2- أن يكون جاريًا على قواعد الشّرع، ومعنى ذلك أن يكون جريان العمل مبنيًّا على قاعدة من قواعد الشّرع، كجلب مصلحة، أو درء مفسدة أو مراعاة ضرورةٍ أو عرفٍ.([2])

3-معرفة من أجرى ذلك العمل من العلماء المقتدى بهم في التّرجيح، إذ لا بدّ أن يكون ما جرى به العمل صادرًا عن أئمّة يُقتدى بهم في التّرجيح، وأن يكون الذي أجرى العمل مجتهدا قد ظهر له رجحان ذلك القول، فإذا أجرى هذا العمل من لا يُقتدى به، فالواجب حينئذ هو اتّباع الرّاجح أو المشهور، قال الإمام الحجوي:« والعمل بالضّعيف في الفتوى والأحكام حرامٌ، إلاّ لمجتهد ظهر له رجحانُه، فلا يبقى ضعيفاً عنده ولا عند من قلّده».([3])

4- معرفة محل جريانه عاما أو خاصا من البلدان.([4])

5- معرفة زمان جريان العمل، وفي ذلك يقول أبو العباس الهلالي في كتابه "نور البصر":« فإنّه إذا جُهِلَ المحل أو الزّمن الذي جرى به العمل لم يتأت تعديتُه إلى المحل الذي يُراد تعديته إليه إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات».([5])

6-معرفة الموجِب أو السّبب الذي لأجله عدلُوا عن المشهور إلى القول الضّعيف أو الشّاذ، لأنّه إذا جهل سبب جريان العمل بذلك القول، فإنّه لا يمكن تعديتُه، لجواز أن يكون ذلك الموجِبُ معدومًا بالبلد الذي يُراد تعديته إليه.([6])

([1]) ينظر: أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، (ص136).

([2]) ينظر: قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظرية في الميزان–** ،(ص32).

([3])محمد الحجوي، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (465/4).

([4]) ينظر: الهلالي، **المصدر السّابق**، (ص136)، ومحمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص518).

([5]) أبو العبّاس الهلالي، **المصدر السّابق، المكان نفسه.**

([6])ينظر: أبو العبّاس الهلالي، **المصدر السّابق**، (ص136، 137)، وينظر تفصيل هذه الشّروط وشرحها: قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي– نظرية في الميزان–** ،(ص30)، ومحمد رياض، **المرجع السّابق**، (ص517، 518، 519، 520)، وقد

الفرع الخامس: علاقة ما جرى به العمل بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

من خلال التّعريفات السّابقة لما جرى العمل عند المالكيةّ تتّضح جليًّا العلاقة بين ما جرى به العمل وعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي، و يتمثّل ذلك في أن يختار أو يصحّح بعض متأخري فقهاء المالكيّة قولاً ضعيفًا، فيفتي به، أو يعملُ به، ويتّبعه في ذلك باقي الفقهاء والقضاة في الحُكم والعمل به، فيكون المجتهد بذلك قد عدَل عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب إلى قول مرجوحٍ فيه، لأجل سببٍ يقتضي ذلك، كأن يكون العمل بهذا القول الضّعيف أرفقَ بالناس نتيجة مراعاة عُرف أو عادةٍ أو أنّه يدفع حرجًا أو مفسدة عنهم ، أو لكونه يحقّق لهم مصلحة معتبرةً شرعًا، فالعُدول إلى القول المرجوح الذي جرى به العمل ليس على إطلاقه كما بيّنت ذلك سابقًا، وإنّما هو مرتبطٌ بوجود سببٍ من تلك الأسباب، فإذا بطَل السَّببُ الذي قام من أجله العملُ فإنّه يجب الرُّجوع إلى العمل بالرّاجح أو المشهور وترك ما جرى به العمل، فجريان العمل بالقول الضّعيف في مقابل القول الرّاجح أو المشهور إنّما هو نوعٌ من الاجتهاد المذهبي والذي ظهر لمعالجة المستجدّات والنّوازل في ظل ما اقتضته ظروف غلق باب الاجتهاد سدّا لذريعة المتطفلين عليه ممّن ليسوا من أهله، ممّا أكسب الفقه المالكي مرونةً و قدرةً على مجابهة جميع الحوادث ومواكبة كلّ العصور.([1])

ذكر النّابغة الغلاوي شروطَ الأخذِ بما جرى به العملُ في نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي فقال:

شروطُ تقديمِ الذي جرى العملْ ... به أمورٌ خمسةٌ غيرُ هَمَلْ

أولها ثبوتُ إجراءِ العملْ ... بذلك القول بنصّ ما احتملْ

والثّانِ والثّالثُ يلزمانِ ... معرفة المكانِ والزّمانِ

رابعُها كونُ الذي أجرى العملْ ... أهلاً للاقتداء قولاً وعملْ

خامسُها معرفةُ الأسبابِ ... فإنّها معينةٍ في البابِ

النّابغة الغلاوي، **نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي**، تح: أ/الخضر بن قومار، (ص123-124).

([1]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص514)،.

المطلب الثالث: قاعدة الاستحسان عند المالكية وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح.

الفرع الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا.

أولاً: تعريف الاستحسان لغة

الاسْتِحْسَانُ لغةً: عَدُّ الشَّيْءِ واعْتِقَادُه حَسَناً، يَقُولُ الرَّجُلُ: اسْتَحْسَنْتُ كَذا أيْ: اعْتَقَدْتُهُ حَسَنًا([1])

ثانياً: تعريف الاستحسان اصطلاحا عند المالكية

عرّف المالكيّة الاستحسان بعدّة تعاريف تكاد تكون متقاربة في المعنى ومن ذلك تعريف ابن العربي الذي عرّفه بقوله:« إيثارُ ترك مقتضى الدّليل، عن طريق الاستثناء والترخُّص، لمعارضةِ ما يُعارَضُ به في بعض مقتضياته».([2]) فقد صرّح ابن العربي بأنّ الاستحسان هو رخصةٌ يُؤخذ بها استثناءً من مقتضى الدّليل، وهو تعريفٌ دقيقٌ لمعنى الاستحسان،([3]) وقريبٌ من هذا تعريف ابن رشد إذ عرّف الاستحسان بأنّه:«طرحٌ لقياس يؤدّي إلى غلوٍّ في الحُكم ومبالغةٍ فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنًى يؤثِّر في الحُكم، يختصُّ به ذلك الموضع من تخفيف أو مفارقة».([4])

وعرّفه الشّاطبي بأنّه:«الأخذُ بمصلحةٍ جزئيّةٍ في مقابلة دليلٍ كليٍّ»، وذكر أنّ هذا هو الظّاهر من مذهب الإمام مالك، فهو تقديمٌ الاستدلالَ المرسَل على القياس([5])،، حيث إنّ اطّرادَ القياس يؤدّي في بعض الأحيان إلى الحرج والمشقّة، ومثَّل لذلك بالقَرْض فإنّه في الأصل رِبًا، لأنّه الدّرهمُ بالدّرهم إلى أجَلٍ، ولكنّه أُجِيزَ لِمَا فيه من التّوسعة على النّاس، ومثَّل لذلك

([1]) الفيروآبادي، **القاموس المحيط**،(ص1189)، الجرجاني، **معجم التّعريفات**،(ص19).

([2]) ينظر: الشّاطبي، **الاعتصام**، (97/2)، ابن العربي، **المحصول**، (ص132)، الشّاطبي، **الموافقات**، (207/4).

([3]) ينظر: الباحسين، **الاستحسان– حقيقته– أنواعه– حجيّته– تطبيقاته المعاصرة**، (ص35).

([4]) ينظر: الباجي، **الحدود في أصول الفقه**،(ص35)، الشّاطبي، **الاعتصام**، (139/2)، ونقل عبد الوهاب خلاّف تعريف ابن رشد للاستحسان بتعريف مقارب لهذا فعرّفه بأنّه:" طرحٌ القياس الذي يؤدّي إلى غلوٍّ في الحُكم ومبالغةٍ فيه فيعدل عنه في موضعٍ يقتضي أن يُستثنى من ذلك القياس" ، عبد الوهاب خلاّف، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه**،(ص70).

([5]) الشّاطبي، **الموافقات**، (149/4)، وينظر: أبو زهرة، **مالك**:(ص381).

أيضًا بتخصيص العرايا من بيع الرُّطَبِ بالتَّمر([1])، وأمّا اللّخمي فقد عرّفه بأنّه:« ترك قياس قويّ الشَّبَه إلى قياسٍ بعيدِ الشَّبَه لمقتضٍ من عُرف أو مصلحةٍ». ([2])

ومن خلال تعاريف فقهاء المالكيّة نجد أنّهم يعتمدون على الاستحسان المصلحيّ، فالاستحسان عندهم في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل بخلاف الحنفيّة الذي يعتمدون على الاستحسان القياسيّ، فهناك اختلافٌ دقيقٌ في معنى الاستحسان وفي منهج العمل به بين المالكيّة و الحنفيّة وهو ما نبّه عليه الشّيخ مصطفى الزّرقا بقوله:" وقد أخذ الاجتهاد المالكيّ أيضًا بطريقة الاستحسان وتوسَّع فيها أكثر من الحنفيّة علاجًا لغلوِّ القياس، ولكنّ المالكيّة لا يُسَمُّون القياسَ الخَفِيَ استحسانا كما في اصطلاح الحنفيّة، وإنّما الاستحسان عند المالكية أن يُتْرَكَ القياسُ الظّاهر لأحدِ أُمورٍ ثلاثةٍ: إذا عارضه عُرفٌ غالبٌ أي عادة شائعة ، أو عارضَته مصلحةٌ راجحةٌ أو أدّى إلى حرجٍ ومشقّةٍ».([3])

وقد اعترض بعضُ الباحثين على تعريف بعض المالكيّة للاستحسان بأنّه العملُ بأقوى الدّليلين([4])، ورأى أنّه تعريفٌ غير صحيح لمعنى الاستحسان، إذ إنّ حقيقة الاستحسان تعني استثناءَ مسألةٍ جزئيّةٍ من دليلٍ كلّيٍّ أو قاعدةٍ عامّةٍ لرفع الحرج أوالمشقّة عن النّاس، و ذلك إذا كان العمل بالقول الرّاجح يُوقع النّاس في الضّيق أوالحرج أو يفوّت عليهم مصلحةً شرعيّة ، يقول الدّكتور مصطفى الزّلمي: «الاستحسانُ ليس عدولاً إلى أقوى الدّليليْنِ كما ظنَّ الكثير من الأصوليّين، بل هو عكسُ هذا التّصور، لأن المفروض أنّ الحكم الأصلي إمّا بنصٍّ صريحٍ عامٍّ أو بقاعدةٍ شرعيّةٍ عامَّة مُعتَرَفٍ بها من قِبَلِ أئمّةِ الفقه، وإنَّ العدولَ إلى الحكم الاستثنائيِّ ليس لكون دليلِه أقوى وإنَّما لأنّ الواقعةَ المعنيّةَ بهذا الحُكمِ لها خُصوصيّتُها وظروفُها الاستثنائيّةُ بحيث لو طُبِّقَ الحُكمُ الأصليُّ لأدَّى إلى قيام حرجٍ مرفوضٍ شرعاً أو فوات مصلحةٍ مقصودةٍ شرعاً».([5])

([1]) ينظر: الشّاطبي، **الموافقات**، (149/4).

([2]) ينظر: محمد مصطفى شلبي، **تعليل الأحكام**، (ص365).

([3]) مصطفى أحمد الزّرقا، **المدخل الفقهي العام**، (96/1).

([4]) وهذا التعريف هو لان خويز منداد والذي عرّف الاستحسان بأنّه: الأخذ بأقوى الدّليلين، ينظر: الباجي، الحدود في الأصول، (ص65)، ابن فرحون، كشف النّقاب الحاجب، (125، 126).

([5]) مصطفى إبراهيم الزلمي، **أصول الفقه في نسيجه الجديد**، (ص208).

ثالثا: التّعريف المختار:

بعد استعراض التّعاريف السّابقة لفقهاء المالكية فإنّ التّعريف الذي يختاره الباحث للاستحسان هو تعريف الدكتور فاروق عبد الله لكونه تعريفًا جامعًا لمعنى الاستحسان عند القائلين به سواء من الحنفيّة أو المالكيّة إذ صاغه صياغةً متكاملةً من تعريفات فقهاء المذاهب وحذف ما انتُقِد على تلك التّعريفات فعرّفه بأنّه:«العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها، إلى حكم آخر يكون أرفق بالنّاس لمقتض شرعيّ، – ليس مخصّصًا ولا ناسخاً –يقتضي ذلك العدول من مصلحة او عرف سائد أو رفع للحرج عن النّاس».([1])

شرح التعريف:

فعبارة (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها):فيه إشارة إلى ترك العمل بالقاعدة العامّة والعدول عنها إلى حكم مستثنى من الدّليل الكليّ.

(إلى حكم آخر يكون أرفق بالنّاس) فيه إشارة إلى الحكم المستثنى من الدليل الكليّ أو القاعدة العامة كالحكم بجواز عقد السّلم مع أنّه في الأصل داخل في بيع المعدوم ولكنّه استثني من حكم الأصل لأنّه أرفق بالنّاس وفيه رفع للحرج والمشقّة عليهم.

أمّا عبارة (لمقتضى شرعيّ) فتعني أنّ العدول في الاستحسان لا يكون لمجرّد التّشهي وإنّما لسبب يقتضي ذلك العدول كجلب مصلحة موافقة لقاصد الشّرع أو دفع مشقة وحرج أو مراعاة لعرف سائد كما يتضح ذلك من خلال تعريف أشهب واللخمي السّابقين.

وعبارة (ليس مخصّصًا ولا ناسخًا) تعني أنّ الاستحسان ليس من قبيل تخصيص العام، ولا يُعدُّ كذلك حكمًا ناسخًا لما قبله.

الفرع الثاني: حجيّة الاستحسان عند المالكيّة

يرى الإمام مالك –رحمه الله– أنّ الاستحسان دليلٌ معتَبَرٌ في الأحكام، فقد نُقلَ عنه أنّ الاستحسان تسعةُ أعشار العلم، وذهب المالكيّة إلى أنّه حجّة شرعيّة، فقد نُقِلَ عن الإمام مالك

([1]) فاروق عبد الله عبد الكريم، **الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي**، (ص61).

وأصحابه العمل بالاستحسان في بعض المسائل الفقهيّة، وروي عن أصبغ أنّه قال:« الاستحسان قد يكون أغلب من القياس»، وقال أيضًا:« إنّ المغرق في القياس يكاد يفارقُ السُّنّة».([1])

واستدلّوا على حجيّته بما يأتي:

1-إنّ الأخذ بالاستحسان هو ترك العُسر إلى اليسر، وذلك من مقاصد الدّين لقوله تعالى:﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[البقرة،184].([2])

2-إنّ الاستحسان قد ثبت بأدلّة التّشريع المتّفق على حجّيتها، فقد يثبت بالأثر، وذلك كجواز عقد السّلَم والإجارة، وقد يثبت بالإجماع كجواز عقد الاستصناع، وقد يثبت بالضّرورة كطهارة الآبار بعد تنجّسها، وقد يثبت بالعرف كردّ الأيمان إلى العرف، وقد يثبت بالمصلحة كتضمين الاجير المشترك.([3])

3- إنّ الأمّة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير مدّة المكث أو الماء المستعمل، إذ إنّ المشاحة في هذه الأمور مستقبحةٌ عادةً، فاستحسنت النّاس تركه، مع أنّها إجارةٌ مجهولةٌ، والأصلُ فيها المنعُ ولكنّها استُحْسِنَتْ بالعُرف.([4])

الفرع الثالث: علاقة الاستحسان بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

من خلال التّعريف المختار لمعنى الاستحسان يتّضح أنّ هناك علاقةً وطيدةً بين معنى الاستحسان وبين مفهوم عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وذلك لأنّ المجتهد حينما يعمل بقاعدة الاستحسان يتركُ العملَ بالدّليل الكُلّي الذي هو القولُ الرّاجحُ ويأخذ في مقابل ذلك بمصلحةٍ جزئيّةٍ أو عرفٍ جارٍ من أجل رفع الحرج أوالمشقّة فيكون بذلك قد عَدَل عن القول الرّاجح وهو الدّليل الكليّ أو القاعدةُ العامّةُ في تلك المسألة إلى قولٍ مرجوحٍ لسببٍ يقتضي ذلك.

([1]) ينظر: ابن العربي، **المحصول في أصول الفقه**، (ص131)، الشّاطبي، **الاعتصام**، (96/2)، وهبة الزّحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، (748/2)، محمد مصطفي شلبي، **أصول الفقه الإسلامي**، (ص 271)، أبو زهرة، **مالك**، (ص375).

([2]) ينظر: وهبة الزّحيلي، **المرجع السّابق**، (749/2).

([3]) ينظر: وهبة الزّحيلي، **المرجع نفسه**، (750/2)، **الشّاطبي، الاعتصام**، (98/2).

([4]) ينظر: **الشّاطبي، الاعتصام** مصدر سابق، (96/2).

فإذا كان الاستحسانُ استثناءً لرفع الحرج عن النّاس، فلا يُتصوَّرُ ذلك إلاّ من خلال العُدولِ عن القول الرّاجح إذا صاحبته مشقّة أوضيقٌ، وإعمالِ القولِ المرجوح الذي قام على اجتهادٍ صحيحٍ لسببٍ يقتضي ذلك العدول، فلو كان الاستحسانُ إعمالاً للرّاجح أو كان عملاً بأرجح الدّليلين في جميع أحواله لما كان هناك اختلافٌ بين الفقهاء في حجيّته والاستدلال به، ولما كان معنى الاستحسان عند العلماء يعني عدولَ المجتهد عن الحُكم في مسألةٍ بمثل ما حُكِمَ به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي ذلك العدول.([1])

وممّا سبق يتّضح جليًّا أنّ العلاقة بين العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح والاستحسان قويّةٌ ومتلازمةٌ، وذلك لأنّ الاستحسان قائمٌ على التّخفيف والتّرخُّص ورفع الحرج، وغالبًا ما يعدل المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح للتّيسير على النّاس ورفع العنت عنهم، وعليه فإنّ الاستحسان يعدُّ أحد المصادر الشّرعية التي يعدل المجتهد من خلالها عن الأقوال الرّاجحة ويُعمِلُ الأقوالَ المرجوحةَ لسببٍ يقتضي ذلك([2])، ويوضّح ذلك الدّكتور بدران أبو العينين بدران فيقول: «إنّه ثبت من استقراء الوقائع والأحكام أنّ اطّراد القياس أو إثبات الحكم الكليّ قد يؤدّي في بعض الوقائع إلى تفويت مصالح النّاس، فكان من العدل والرّحمة بهم أن يُفتَح للمجتهد باب العُدول في هذه الوقائع عن حُكم القياس، أو عن الحُكم الكلّيِّ إلى حُكمٍ آخرَ يُحقِّقُ المصلحةَ ويدفع المفسدةَ، وهذا العدولُ الذي قُصِدَ به درأُ المفاسدِ وجلبُ المصالح هو ما يُسمَّى بالاستحسان».([3])

الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة الاستحسان بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

ذكر الإمام ابن العربي في كتابه "المحصول" الكثير من الأمثلة في الاستحسان عند المالكيّة، وساقها أيضًا الإمام الشّاطبي في كتابه " الاعتصام"، وذلك بالنّظر إلى أقسام الاستحسان عند ابن العربي، إذ قسّمه إلى أربعة أقسام وهي كالآتي:

([1]) ينظر: حفيظة ربيع، **العدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، دراسة نظرية تطبيقية**، (ص93).

([2]) ينظر: **المرجع نفسه**، (ص96).

([3]) بدران أبو العينين بدران، **أصول الفقه الإسلامي**، (ص205).

1-ترك الدّليل للمصلحة، ومثاله: تضمين الأجير المشترك، إذ إنّ الدّليل يقتضي أنّه مؤتمن ولا ضمان عليه.

2-ترك الدّليل للعرف، كردّ الأيمان للعرف.

3-ترك الدّليل لإجماع أهل المدينة، ومثالُه: أنّهم حكوا الإجماع على وجوب غرم قيمة الدّابة فيمن قطع ذنب بغلة القاضي، لا قيمة النّقص الحاصل فيها.

4-ترك مقتضى الدّليل في الشّيء اليسير لتفاهته وذلك لرفع المشقّة وإيثار التّوسعة على الخلق للتّيسير، ومثال ذلك أنّ المالكيّة قد أجازوا التّفاضل اليسير في المراطلة الكبيرة، وأجازوا البيع بالصّرف إذا كان أحدهما تابعًا للآخر، مع أنّ الأصل في ذلك هو المنع.([1])

ومن خلال هذه الأمثلة التّطبيقيّة يتّضحُ لنا جليًّا كيف أنّ المالكيّة قد عدلُوا عن الدّليل والذي هو القول الرّاجح إلى القول المرجوح وذلك عملاً بقاعدة الاستحسان.

المطلب الثالث: قاعدة سدّ الذرائع عند المالكية وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح.

الفرع: تعريف سدّ الذرائع لغة واصطلاحا .

أولا- تعريف السّدّ لغة:

السَّدُّ لغةً: هو المنع، والسَّدُّ والسُّدُّ هو الجبل والحاجز بين شيئين، والسَّدُّ: الغَلْقُ، يُقالُ: سَدَّ البابَ أي أَغْلَقَهُ.([2]) ، ولعلّ المعنى الأول هو الأقرب إلى المعنى الاصطلاحي في سدّ الذّرائع لأنّه المنع من مادّة الفساد والوسائل المفضية إليها.

ثانيا- تعريف الذّرائع لغة:

الذّرائع لغةً جمعُ ذَرِيعةٍ من الفعل ذَرَعَ، وتُطلَقُ في اللّغة على عِدَّةِ معانٍ ومنها ما يأتي:

أ-الذّريعةُ هي الوسِيلَةُ المُوصِلَةُ إلى الشَّيْء، يُقال تذرَّع فُلانٌ بذريعةٍ أي توسَّلَ بها، والوسيلةُ هي ما

([1]) ينظر تفاصيل وشرح هذه المسائل التّطبيقيّة في كتاب: **الاعتصام** للشّاطبي، (98/2، 99)، ابن العربي، **المحصول في أصول الفق**

([2]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، (207/3)، الرّازي، **مختار الصحاح**، (ص123).

يُتوصَّلُ بِهِ إلى الشَّيْء.([1])

ب- الذّريعةُ هي السّبَبُ إلى الشّيْءِ، يُقال فُلانٌ ذرِيعَتي إليك، أَيْ سَبَبِي ووصلتي الذي أتسبَّبُ به إليك.([2])

3- تعريف الذّرائع اصطلاحًا عند المالكيّة:

الذّريعة هي الوسيلة إلى الشّيء مطلقًا، ولكنّها صارت تُطلَق في عرف الفقهاء واصطلاحاتهم على ما أفضى إلى فعلٍ محرّم، فهي الوسيلة الموصلة إلى فعلٍ محرَّم، ويرى الشّيخ الطاهر بن عاشور أنّ مصطلح سدّ الذرائع أصبح يُطلَق في اصطلاح الفقهاء على إبطال الأعمال التي تُفضي إلى فسادٍ مُعتبرٍ، ولو كان هذا العملُ لا مفسدةَ فيه، كما أنّ الذّرائعَ تعني عنده كلّ «ما يفضي إلى فسادٍ سواءٌ قصَدَ النّاسُ به إفضاءَهُ إلى فسادٍ أم لم يَقصِدُوا».([3])

وأمّا الإمام الشاطبي فقد عرّف قاعدةَ الذرائع بأنّها:«التّذرُّع بفعلٍ جائزٍ إلى عملٍ غيرِ جائز».([4])، وعرّفها في موضع آخر بمنظور مقاصدي وبتعريفٍ أدقّ فقال: «وحقيقتُها التوسُّلُ بما هو مصلحةٌ لمفسدةٍ »([5])، وذهب الإمام ابن العربي إلى أنّ أصل الذّرائع يُعدُّ من الأصول التي انفرد بها الإمامُ مالكٌ، وأنّه لم يتابعه على هذا الأصل إلاّ الإمام أحمد في بعض رواياته، وعرّف أصل الذّرائع بقوله:« هو كل عمل ظاهرُ الجواز يُتوصَّل به إلى محظور».([6])

فهذا الإطلاق الخاصّ للذّريعة صار حقيقةً عرفيّةً في كلّ ما هو ظاهرُه الجوازُ ولكن يُتوصَّلُ به إلى فعلٍ مُحرَّم، وهذا هو المراد عند فقهاء المالكيّة بالذّرائع التي يجب سدُّها.([7])

([1]) ينظر: ابن منظور، **المصدر السّابق**، (96/8)، الرّازي، **المصدر السّابق**، (ص93)، بدران أبو العينين، **أصول الفقه الإسلامي**، (ص241).

([2])ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، **مصدر سابق**، (96/8).

([3]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلاميّة**، (ص 365-366).

([4]) الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشّريعة**، (143/4).

([5]) **المصدر نفسه**، (144/4).

([6]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، تح: عبد الرزّاق المهدي، (ص268).

([7]) ينظر: الزّرقاني، **شرح الزّرقاني على خليل**، (98/5) ، ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تح: الطّاهر الميساوي، (ص369)، محمد التّمسماني، **الاجتهاد الذّرائعي في الفقه المالكي، وأثره في الفقه الإسلامي قديمًا وحديثا**، (ص66).

ثالثا– تعريف سدّ الذّرائع اصطلاحًا عند المالكيّة باعتباره لقبًا

عرّف ابن جزيّ سدّ الذرائع بقوله: «وأمّا سدّ الذرائع بمعناه: حسمُ مادَّةِ وسائلِ الفساد بقطع وسائله، و الذّرائعُ هي الوسائل».([1])

وقريبٌ من هذا ما عرّفها به الإمام القرافي فقال:«والذّريعة الوسيلة للشّيء، ومعنى ذلك حسمُ مادّة وسائل الفساد دفعًا لها، فمتى كان الفعل السّالم عن المفسدة وسيلةً إلى المفسدة، منَعْنا من ذلك الفعل».([2])

ويوضّح هذا المعنى أيضًا الإمام المازري حيث عرّفها بأنّها : «منعُ ما يجوز، لئلّا يتطرّق به إلى ما لا يجوز».([3])

نستنتج من هذه التّعريفات السّابقة أنّ معنى سدّ الذّرائع عند فقهاء المالكيّة هو: المنع من الوسيلة المفضية إلى المفسدة ولو كانت تلك الوسيلة فعلًا مباحًا في الأصل.

الفرع الثاني: حجّية سدّ الذرائع عند المالكيّة.

يُعتبرُ سدُّ الذّرائع أصلًا من أصول المذهب المالكي ودليلًا معتبرًا في الأحكام عند المالكيّة، كما نصّ على ذلك الإمام القرافي في كتابه تنقيح الفصول([4])، قال الإمام القرطبي:« سدُّ الذّرائع ذهب إليه مالكٌ وأصحابُه، وخالفه أكثر النّاس تأصيلًا، وعملوا عليه في فروعهم تفصيلًا»([5])، وقد بيّن كلّ من الإمامين القرافي وابن جزي بأنّ سدّ الذرائع يُعدُّ أصلًا من أصول مذهب الإمام مالك، وليس معنى ذلك أنّه من خواصِّ مذهب الإمام مالكٍ كما توهَّم ذلك ونقله كثيرٌ من علماء المالكيّة كابن العربي وغيرِه، وإنّما توسّع الإمام مالك فيها أكثر من غيره من فقهاء المذاهب لا أنّه انفرد بها.([6])

([1]) ابن جزي ، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، تح: أستاذنا: محمد علي فركوس، (ص149).

([2]) القرافي ، **تنقيح الفصول في علم الأصول**، (ص113).

([3]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلاميّة**، تح: الطاهر الميساوي، (ص365).

([4]) ينظر: القرافي، ، **المصدر السّابق**، (ص111)، وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، (888/2).

([5]) الشّوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول**، (ص1009).

([6]) ينظر: ابن جزي، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، ، القرافي ، **المصدر السّابق**، (ص113).

وقد استدلّ العلماء على حجيّة سدّ الذّرائع بعدّة أدلّة كثيرة من القرآن والسُّنّة وإجماع الصّحابة ﷺ، وسوف أقتصر على ذكر بعضٍ منها وهي كالآتي:

1-من القرآن الكريم:- قوله ﷻ: ﴿وَلاَ تَسُبُّواْ ٱلذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوَاً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[الأنعام:109]، ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أنّ الله ﷻ قد نهى عن سبّ آلهة المشركين رغم ما في ذلك من تحقيرٍ لدينهم وإهانة لمعبوداتهم من دون الله ﷻ، فهو فعلٌ مشروعٌ من حيث أصلُه ويحقّق مصلحةً ولكن نُهِيَ عنه لأنّه تضمّن في المقابل وقوعَ مفسدةٍ وهي سَبُّ الله ﷻ، فكان هذا النّهي سدّا لهذه الذّريعة .([1])

2-**من السُّنّة: أ-** حديث عائشة- رضي الله عنها- قالت: قال لي رسول الله ﷺ:«لَوْلَا حَدَاثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بِالكُفْرِ لَنَقَضْتُ الكَعْبَةَ وَجَعَلْتُهَا عَلَى أَسَاسِ إِبْرَاهِيمَ عليه السلام فَإِنَّ قُرَيْشًا حِينَ بَنَتِ البَيْتَ اسْتَقْصَرَتْ وَجَعَلْتُ لَهُ خَلَفًا». أي بَابًا([2])

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنّ النّبيّ ﷺ قد امتنع عن إعادة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم لأنّ ذلك سيفضي إلى وقوع مفسدةٍ هي أعظم من مصلحة ذلك الفعل المطلوب ألا وهي فتنة أو ردّة قومه وهم حديثُو عهدٍ بالكفر، ففيه دلالةٌ على سدّ الذّريعة المفضية إلى الفساد.([3])

ب- حديث عبد الله ابن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:«إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ»، قِيلَ: يا رسول الله-كيفَ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قال:« يسُبُّ الرَّجُلُ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ، ويسُبُّ أُمَّهُ فيَسُبُّ أُمَّهُ».([4])

([1]) ينظر: عاصم المطوع ، **العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء** (دراسة تأصيليّة تطبيقيّة)، (ص257)، محمد صدقي البورنو، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلّيّة**، (ص265).

([2]) مسلم ، **صحيح مسلم**، كتاب الحج، بَاب نَقْضِ الْكَعْبَةِ وَبِنَائِهَا، ، رقم ح:398، (ص287).

([3]) ينظر: بلخير عثمان، **البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي**،(ص205)،.

([4]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب: الأدب، باب لا يسبُّ الرجل والديه، ح:5973، ط/ ابن كثير، (ص1500، 1501)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها، ح:90، (ص39)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنّ النّبيّ ﷺ جعل الرّجلَ سَابًّا لوَالِدَيْهِ، بتسبُّبه إلى ذلك بِلَعْنِ والدَيْ غيرِه، وإن لم يقصده، فمنع من ذلك سدًّا للذّريعة.([1])

3-**إجماع الصّحابة:** فقد أجمع الصّحابة ﷺ على قتل الجماعة بالواحد، وذلك لئلّا يُتّخَذَ عدم المماثلة في القصاص ذريعة إلى الإجرام، فينفلت الجُناة من القصاص.([2])

الفرع الثالث: علاقة سدّ الذرائع بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي.

تتمثّل العلاقة بين سدّ الذرائع بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي في أنّ المقصدَ من سدّ الذرائع هو درأُ المفاسد وإبعادُها وحَسْمُ مادّتها ولو كانت الوسيلةُ المفضيةُ إلى هذه المفسدة مباحةً في أصلها، كما أنّ سدّ الذّرائع منوط بالموازنة بين المصالح والمفاسد، إذ إنّ الذّرائع التي يجب سدُّها ومنعُها هي التي غلَب فسادُ مآلها على مصلحة أصلها([3])، وفي ذلك يقول الشّيخ الطّاهر بن عاشور:« فاعتبار الشّريعة بسدّ الذّرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذّريعةُ الواجبُ سَدُّها».([4])

ولذلك فإنّ المجتهد قد يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح إذا غلبت مفسدةُ المآل مصلحة الأصل، وذلك سدًّا للذّريعة وحسمًا لمادّة الفساد، فإنّ درء المفاسد مُقَدّمٌ على جلب المفاسد كما هو مقرّرٌ في قواعد الفقه.

ومثال ذلك: حديثُ امتناع النّبيّ ﷺعن إعادة بناء الكعبة الذي سبق ذكره في أدلّة حجيّة سدّ الذرائع في الفرع السّابق، فإعادةُ بناء الكعبة على قواعد إبراهيم أمرٌ مطلوبٌ وفيه مصلحةٌ، ولكنّ النّبيّﷺ قد عدَل عن ذلك الحُكم الرّاجح في الأصل إلى الامتناع عن ذلك الفعل بسبب درأ مفسدة وهي افتتان بعض النّاس بذلك وارتدادهم عن الإسلام، وذلك سدّا للذّريعة.

([1]) ينظر: محمد التّمسماني، **الاجتهاد الذّرائعي في الفقه المالكي، وأثره في الفقه الإسلامي قديمًا وحديثا**، (ص485).

([2]) ينظر: محمد زرّوق، **سدُّ الذّرائع في المذهب المالكي**، (151، 152، 153).

([3]) ينظر: حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يبنى عليها المذهب المالكي**، (ص657).

([4]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلاميّة**، تح: الطّاهر الميساوي، (ص366).

الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة سدّ الذريعة بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

سيقتصر الباحث على ذكر بعض التّطبيقات التي توضّح علاقة سدّ الذريعة بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وهي كالآتي:

أولا: مسألة بيوع الآجال:

منعَ المالكيّةُ بيوعَ الآجال سدًّا للذّريعة، وذلك إذا كَثُرَ قصدُ النّاس إلى الممنوع، إذ كثرة القصد شرطٌ في اعتبار التّهمة([1])، وفي ذلك يقول الشّيخ الطّاهر بن عاشور-رحمه الله-:« مثاله: بيوع الآجال التي لها صورٌ كثيرة، قال مالكٌ بمنعها لتذرُّعِ النّاسِ بها كثيرًا إلى إحلال معاملات الرّبا التي هي مفسدةٌ، فرأى مالكٌ أنّ قصدَ النّاس على ذلك أفضى إلى شيوعها وانتشارها».([2])

ثانيا: مسألة: كراهة صيام السّت من شوّال:

وقد سبق بيانها سابقًا في هذا الفصل فالمالكيّة في المشهور من مذهبهم قد عدلُوا عن هذا القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء، وتمسّكوا بالقول المشهور من مذهب الإمام مالك، فقالوا بكراهة صيام السّتّ من شوّالٍ متتابعةً ومتّصلةً برمضان، وذلك لمعارضة عمل أهل المدينة لهذا الحديث، فإنّ الإمام مالكًا –رحمه الله-ذكر بأنّه لم يرَ أحدًا من أهل الفقه والدّين في المدينة يصومُهنّ، كما أنّه قد ذهب إلى كراهة صومها مخافةَ أن يعتقد أهلُ الجهالة وجوبها وإلحاقها برمضان، وذلك سدّا للذّريعة.([3])

([1]) ينظر: محمد التّمسماني، **الاجتهاد الذّرائعي في المذهب المالكي**، (ص163، 605).

([2]) ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تح: الطّاهر الميساوي، (ص368).

([3]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**، (192/3)، ابن قدامة، **المغني**، (438/4)

المطلب الخامس: قاعدة مراعاة الخلاف وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي.

الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف باعتباره لقباً.

أولًا: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحًا عند المالكيّة:

عرّف المالكيّةُ مراعاة الخلاف بتعاريف متقاربة، ولعلّ أهمّ هذه التّعاريف هو تعريف الإمام ابن عرفة، والذي عرّفها بقوله: هي «إعمالُ دليلِ الخصم في لازم مدلولِ الذي أُعمِل في نقيضه دليلٌ آخر».([1])

ويُستفادُ من هذا التّعريف أنّ مراعاة الخلاف هي إعمالُ المجتهد لدليلِ مخالِفه، ، وهي معنى قولهم مراعاة الخلاف: إعمالُ دليلِ كلٍّ من الخصمين، ويرى الإمام الشّاطبي أنّ مراعاة الخلاف هي: «إعادة نظر من المجتهد في الأحكام التي يقرّرها، وذلك بمراعاة المآلات بعد تقرير الأدلّة في المسائل الخلافيّة، بحيث يجب عليه في هذه الحالة أن يلاحظ أمورًا تستدعي إعادة النّظر في الحُكم بعد الوقوع إذ حالةُ الحكم بعد الوقوع ليست كحالته قبله، وذلك أنّ بعد الوقوع قد تنشأ أمور جديدةٌ تستدعي نظراً جديدًا، وقد تظهر هناك إشكالاتٌ لا يمكن حلُّها إلا بالنّظر إلى الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيًّا بالنّظر لقول المخالِف وإن كان ضعيفًا في أصل النّظر، لكن لمّا وقع الأمر على مقتضاه، رُوعِيَتِ المصلحةُ وتجدَّدَ الاجتهادُ في المسألة من جديدٍ بنَظرٍ وأدلَّةٍ أخرى».([2])

ثانيًا: التّعريف المختار:

التّعريف المختار لدى الباحث في مراعاة الخلاف هو:(إعمال المجتهد لدليل المجتهدِ المخالِفِ له في لازم مدلوله الذي أُعمِلَ في عكسِه لدليلٍ آخر).([3])

ومثالُه: أنّ الإمام مالكاً –رحمه الله– قد أعمل دليلَ المخالِفِ القائلِ بعدم فسخِ نكاحِ الشِّغار، في لازم مدلولِه، الذي هو ثبوتُ الإرث بين الزّوجين المتزوّجين بالشِّغار([1])، في حالة وفاة أحدهما.([2])

([1])ينظر: الرّصاع، **شرح حدود بن عرفة**، (263/2).

([2]) الشّاطبي، **الموافقات**، في الهامش، (151/4)،

([3]) ينظر: محمد بن الطالب الشنقيطي، **إيصال السالك في أصول مذهب الإمام مالك**، (ص188)، محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**،(ص 401).

ولذلك قرّر فقهاء المالكية أنّ كلّ نكاح مختلف في فساده، فإنّه يُفسَخ بطلاقٍ، وفيه الميراث، مراعاةً للخلاف في ترتّب الميراث، وبضرورة الطّلاق لحل العصمة الزوجيّة.([3])

الفرع الثاني: حجيّة مراعاة الخلاف عند المالكيّة:

ذهب جمهور علماء المالكيّة إلى القول بمراعاة الخلاف والاحتجاج به كأصل من أصول مذهب الإمام مالك –رحمه الله–.([4])

واعترض بعض المالكية على العمل بمراعاة الخلاف، فقد صرّح الإمام الونشريسي بأنّ مراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء ومنهم اللّخمي وعياض وغيرهما من المحقّقين([5])، وقد نُقل عن القاضي عياض أنه قال:« القولُ بمراعاة الخلاف لا يعضدُّه القياس».([6]).

وقد استدلّ جمهور المالكيّة القائلين بحجيّة مراعاة الخلاف بالأدلّة الآتية:

1- حديث عائشة –رضي الله عنها– أنّها قالت: كان عُتبةُ بنُ أبي وقّاصٍ عَهِدَ إلى أخيه سعدِ بنِ أبي وقّاصٍ، أنَّ ابنَ وليدة زُمعة منّي فاقبضه إليك، فلمّا كان عام الفتح أخذه سَعْدٌ، فقال : ابنُ أخي قد كان عَهِدَ إليَّ فيه، فقامَ عَبْدُ بنُ زُمْعَةَ فقال: أخي وابْنُ أَمَة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول اللهﷺ ، فقال سعد: يا رَسُولَ الله، ابْنُ أخي كان عَهِدَ إِلَيَّ فيه، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زُمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدةِ أَبِي، فقالَ رَسُولُ اللهﷺ:« هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بن زُمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجرُ»، ثمّ قال لسَوْدَةَ بنتِ زُمْعَة: « اِحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ»، لما رأى من شِبَهِهِ بعُتبة، فما رآها حتّى لقي الله.([7])

([1]) **الشّغار**: هو أن يزوّج الرّجل وليّته إلى رجلٍ آخر على أن يزوّجه ذلك الرّجلُ وليّتَه دون صداقٍ بينهما، ينظر: محمد ميّارة، **الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام**،(337/1).

([2])محمد رياض، **المرجع السّابق**، **المكان نفسه**.

([3]) **المرجع نفسه**، (ص402).

([4])محمد أحمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهية**، (ص108).

([5]) الونشريسي، **إيضاح السالك** ،(ص160).

([6]) نقله عنه الإمام الونشريسي في **المعيار المعرب**، (12/ 36).

([7]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الوصايا، باب قول الوصي لوصيه: تعاهد ولدي، رقم ح:2745، (438/5)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الرّضاع، باب الولد للفراش وتوقّي الشّبهات، رقم ح:1457، (ص427).

ووجه الدّلالة من هذا الحديث: أنّ النّبيﷺ قد أعمل دليلَ« الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »، فأثبت به النَّسَب لزُمعةَ، كما أنّه راعى دليلًا آخر وهو دليلُ الشَّبَه فأمر سودةَ بالاحتجاب من المولود لشبهه بعتبة، وفي هذا إعمالٌ لكلّ من الدّليلَيْنِ المتعارضَيْنِ فيما هو فيه أرجحُ ، وهذا هو معنى مراعاة الخلاف بعد الوقوع.([1])

2_حديث عائشة –رضي الله عنها– أنّ رسول اللهﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إذن وليِّها ، فَنِكَاحُها باطِلٌ، باطِلٌ، باطِلٌ، فإِنْ دَخَلَ بها فلَهَا المهْرُ بما استَحَلَّ من فَرْجِهَا، فإن اشْتَجَرُوا فالسُّلطان وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ » ([2]).

ووجه الدّلالة من هذا الحديث: أنّ النّبيﷺحَكَم أولًا ببطلان النّكاح بدون وليٍّ، والحُكمُ ببطلان هذا العقد يقتضي عدمَ اعتباره جملةً، وعدمَ ترتُّب آثاره، ولكنّه أعقبه بما يقتضي اعتباره بعد الوقوع بقولهﷺ:« فإِنْ دَخَلَ بها فلَهَا المهْرُ بما استَحَلَّ من فَرْجِهَا »، وهذا يدلّ على اعتبارهﷺ للعقد الفاسد بعد الوقوع، وإعطائه بعضَ أثره وهو المهر.([3])

3–استدلُّوا من المعقول: بأنّ مراعاة الخلاف فيها إعمال كلّ واحد من الدّليلين المختلفَيْن، وإعمال الدّليلين أَولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما، فالمجتهد حين مراعاته للخلاف يعمل ابتداءً بمقتضى الدّليل الذي ترجّح عنده، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى دليل المخالف لم يُفسخ العقد ولم يُبطل العبادة، لوقوعها على دليلٍ له اعتبارٌ، وإمّا أن يتوسّط بين الدّليلين، فيعطي لكل واحدٍ منهما بعضَ أثرِه في بناء الحُكم، فيكون في كلتا الحالتين قد أعملَ دليلَه ودليلَ المخالِف دون أن يلغي أحدهما.([4])

([1]) ينظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشّيخ، **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي**، (ص250).

([2]) أبو داود، **سنن أبي داوود**، كتاب النّكاح، باب في الولي، (3/26-27)، والترمذي، **سنن التّرمذي**، كتاب النّكاح، باب ما جاء لا نكاح إلّا بوليّ، وقال: "حديث حسن"، و الحاكم، **المستدرك على الصّحيحين**،(2/168)، وقال: "صحيح على شرط الشّيخين ولم يخرجاه، وقد صحّحه ابن عوانة ، وابن خزيمة. ينظر: ابن حجر، **فتح الباري**،(9/451-452).

([3]) ينظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي**، (ص251).

([4]) إبراهيم اللّقاني، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، (ص301).

ويخلُص الباحث إلى القول بأنّ مراعاة الخلاف أصلٌ مهمٌّ من أصول مذهب الإمام مالك، وذلك بالنّظر إلى قوّة أدلّة القائلين به، ولأنّ القول بمراعاة الخلاف فيه تحقيق للمقاصد الشّرعيّة ودفع للضّرر والحرج عن المكلَّفين بعد وقوع الفعل.

الفرع الثالث: ضوابط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية.

قيّد فقهاء المالكية إعمال قاعدة مراعاة الخلاف بضوابط معيّنة، وذلك لصيانة الاجتهاد عن العبث والتّلاعب بالأحكام الشرعيّة وهذه الضّوابط هي كالآتي:

1- أن يكون الذي يراعي الخلاف مجتهدًا([1])، إذ إنّ المجتهد هو القادر على التّمييز بين الرّاجح والمرجوح، قال الشّاطبي-رحمه الله-:« مراعاةُ الأقوال الضّعيفة أو غيرها شأنُ المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها مراعاةُ دليلِ المخالِف...ومُراعاة الدّليل أو عدم مُراعاته ليس إلينا معشرَ المقلّدين ».([2])

2- أن يكون مأخذ المخالف قويًّا، فإن كان واهيًا لم يُراعَ، وذلك لأنّ الإمام مالكًا لم يُراعِ كلّ خلافٍ، وإنّما راعى من الخلاف ما كان قويًّا.([3])

3- أن لا يؤدّي مُراعاة الخلاف إلى خرق الإجماع، وذلك بأن ينتج عن مراعاة الخلاف قولاً ملفّقا لا يقرُّ به أحدٌ من الفقهاء.([4])

4- ألاّ يترك مُراعي الخلاف مذهبه بالكُلِّيَّة، وذلك لأنّ الذي يراعي الخلاف يعتبر دليلَه من وجهٍ، ويعتبر دليلَ المخالِف من وجهٍ آخر، أمّا إذا اعتبر دليلَ المخالِف من كلّ وجهٍ، فهذا يعني انتقاله إلى مذهب آخر وليس رَعْياً للخلاف.([5])

([1]) ينظر: الونشريسي، **المعيار المعرب**، (38/12)، محمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهية**، (ص208).

([2]) ينظر: **فتاوى الإمام الشّاطبي**، تح: محمد أبو الأجفان ،(ص119)، الونشريسي، **المصدر السّابق**، (103/11).

([3]) محمد شقرون، **المرجع السّابق**، (ص224).

([4]) ينظر:الونشريسي، **إيصال السالك**، (ص32)، الرّيسوني، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، (ص56).

([5]) ينظر: محمد شقرون، **المرجع السّابق**، (ص248).

الفرع الرابع: العلاقة بين قاعدة مراعاة الخلاف وعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

العلاقة بين قاعدة مراعاة الخلاف وعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح تتمثّل في أنّ مراعاة الخلاف تعني أن يعيد المجتهدُ النّظرَ في الأحكام التي يقرّرُها، وذلك بمراعاة مآلاتها، بحيث يكون في المسألة دليلٌ يقتضي المنعَ ابتداءً، ويكون هو الرّاجحُ، ثمّ بعد الوقوع يصيرُ الرّاجحُ مرجوحًا لمعارضةِ دليلٍ آخر يقتضي رُجحان دليلِ المخَالِف، وبالتّالي فإنّه يجب عليه في هذه الحالة أن يُلاحظ أموراً تستدعي إعادة النّظر في الحُكم بعد الوقوع إذ حالةُ الحُكم بعد الوقوع ليست كحالته قبله، وذلك أنّ بعد الوقوع قد تنشأ أمورٌ جديدةٌ تستدعي نظرًا جديدًا، وقد تظهر هناك إشكالاتٌ لا يمكن حلُّها إلا بالنّظر إلى الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيًّا بالنّظر لقول المخالف وإن كان ضعيفًا في أصل النَّظَر، لكن لمّا وقع الأمرُ على مقتضاه، رُوعِيَتْ المصلحةُ وتجدّدَ الاجتهادُ في المسألة من جديدٍ بنظرٍ وأدلّةٍ أخرى، وبالتّالي يختلف الحُكم في المسألة الفقهيّة بعد الوقوع عن الحُكم فيها قبل الوقوع.([1])

وهذا هو عينُ ما يفعله المجتهدُ حين عدوله عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، فهو لا يعدل عن القول الرّاجح لمجرّد التّشهّي أو اتّباع الهوى وإنّما يكون ذلك بإعادة النّظر في المسألة التي اجتهد فيها، ونظراً لما احتفّ بها من أدلّة وقرائن جديدة تجعله يعدل إلى القول الذي كان مرجوحاً في نظره، كل ذلك تحقيقاً لمصلحة شرعيّة أو دفعا لمفسدة محقّقة هي أعظم من مفسدة المنهيّ عنه أو احتياطًا كما في مسائل الفروج و الأنكحة ودرأ الشّبهة فيها أو إبراءً لذمّة المكلَّف من التّكاليف الشّرعيّة وغير ذلك من المقتضيات المصلحيّة التي تجعله يغيّر وجهة نظره واجتهاده، في تلك المسألة.([2])

فنستنتج من هذا كلِّه أنّ دليلَ النّهي والمنع يقتضي المنع ابتداءً، فكان أقوى وأرجحَ قبل وقوع الفعلِ المنهي عنه، ولكنّه بعد وقوع الفعل صار دليلُ الجواز أقوى، وإن كان في أصله مرجُوحاً، وذلك بالنّظر لما احتفّ به من القرائن المرجّحة كدرأ المفاسد، وإزالة الضّرر([3])، و يُمكن أن يُستدلَّ على هذا

([1]) ينظر: تعليق الشيخ عبد الله دراز في الهامش، الشّاطبي، **الموافقات**، (146/4).

([2]) ينظر:حاتم باي، **الأصول الاجتهادية**، (ص636،637)، رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، (ص402).

([3]) ينظر: موسى فاديغا، **أصول فقه الإمام مالك، أدلّته العقليّة**، (358/1).

بحديث الأعرابي([1]) الذي بال في المسجد، فإنّ هذا الفعل منهيٌّ عنه ابتداءً قبل وقوعه، ولكنّه حينما وقع من ذلك الأعرابي الجاهل لحُرمة المسجد، فإنّ النّبيّ ﷺ أَمَرَ بتركه حتى يُتِمَّ بولَهُ، لأنّه لو قَطَعَ بَوْلَهُ لتنجّسَتْ ثيابُهُ، ولَلَحِقَهُ ضررٌ في بدنه، فترجَّح جانبُ تَرْكِهِ على فعله المنهيِّ عنه، وذلك دفعاً لعدّة مفاسد هي أعظم من مفسدة الفعل المنهيِّ عنه، وهي ما يدخل عليه من الضّرر بسبب قطعه للبول، وبأنّه سيُنجِّس موضعين أو أكثر في المسجد، ولكنّه إذا تُرِكَ فالذي يُنَجِّسه موضعٌ واحدٌ، فيُحتَمَل أهْوَنُ الشَّرَّيْنِ وأخفُّ الضّررين.([2])

وبحديث عائشة السّابق([3])، ووجه الدّلالة من هذا الحديث هو: تصحيح هذا العقد المنهي عنه من وجه، وذلك بثبوت المهر ، والميراث والنَّسَب، وإجراء النّكاح الفاسد مجرى النّكاح الصحيح في هذه الأحكام، وفي هذا دليلٌ على الحُكْمِ بصحّته على الجملة بعد وقوعه، فالنّكاح المختلَف فيه قد يُراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفُرْقَة إذا عُثِرَ عليه بعد الدّخول، مراعاةً لما يقترن بالدّخول من الأمور التي تُرَجِّحُ جانب التّصحيح، وذلك دفعًا للمفاسد المترتّبة على إبطال ذلك العقد، بناءً على مراعاة المآل، أَيْ مراعاة ما يؤول إليه حُكم إبطالِ ذلك العقد من مفسدةٍ تساوي مفسدةَ النّهي أو تزيدُ عليها كما بيّن ذلك الإمام الشّاطبي- رحمه الله تعالى-.([4])

ومنه نستخلص أنّ مراعاة الخلاف هي نوعٌ من الاجتهاد المآلي، كما أنّها جزء من قاعدة الاستحسان، وذلك أنّ القياس يقتضي أن يأخذ المجتهد بالدّليل الرّاجح عنده وأن يعمل بمقتضى اجتهاده الذي يغلُب على ظنّه أنّه موجِبٌ للعمل، ولكنّه قد يعدلُ عن مقتضى اجتهادِه الرّاجحِ في أصل النّظرِ إلى اجتهاد غيرِه المرجوح ، وذلك لترجُّح جانب المصلحةِ المعتبرةِ شرعاً، فالمجتهدُ حينما يُراعي الخلافَ فإنّه ينظر إلى مآل الحُكم عند تنزيله على الواقعة، لتحقيق المصلحة المرجوّة من ذلك الحكم.([5])

([1]) البخاري، **صحيح البخاري**، ح:625، كتاب: الأدب، باب الرّفق في الأمر كله، (96/4)، مسلم، **صحيح مسلم**، ح:284، كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النّجاسات إذا حصلت في المسجد، (1/ 236).

([2]) ينظر: عبد الرّحمان السّنوسي، **اعتبار المآلات و مراعاة نتائج التّصرّفات**، (ص330).

([3]) سبق تخريجه ، (ص109).

([4]) ينظر: الشّاطبي ، **الموافقات**، (147/4، 148).

([5]) ينظر: عبد الرّحمن السّنوسي، **اعتبار المآلات و مراعاة نتائج التّصرّفات**، مرجع سابق، (ص338).

الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة مراعاة الخلاف بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

سيقتصر الباحث على ذكر مثالين لتوضيح تلك العلاقة وهما كالآتي:

أولًا: مسألة إحياء الأرض الموات القريبة من العمران:

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ ما كان من الأرض قريبًا من العمران ولا ضرر في إحيائه على أحدٍ، فهذا لا يجوز إحياؤه إلّا بإذن الإمام.([1])

وذهب جمهور العلماء من الشّافعيّة والحنابلة وبعض الحنفيّة إلى جواز إحياء الموات القريب من العمران، أَذِنَ الإمامُ أم لم يأذن.([2])

ولكنّ بعض المالكيّة قد عدلُوا في هذه المسألة عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، فراعَوا الخلافَ في عدم استئذان الإمام لإحياء الموات القريب من العمران وذلك بعد وقوع الفعل، فقالوا: إذا وقع بغير إذن الإمام فله أن يمضيه ويملكه إيّاه، وذلك مُراعاةً لمن أجاز ذلك من فقهاء المالكيّة، وهو قول أشهبٍ وأصبغ.([3])

قال ابن رشد:«واختلف إنْ أحياه بغير إذنه على هذا القول، فقيل يكون الإمامُ مُخيَّرًا بين أن يُمضيَهُ له أو يعطيه قيمته منقوضًا ويُخْرِجَهُ منه، وقيل: إنّ له أن يُمْضِيَهُ مراعاة للاختلاف فيه، وهو ظاهرُ المدوّنة».([4])

ثانيًا: مسألة إمامة الصّبي في النّوافل:

يشترط في الإمام عند المالكيّة أن يكون بالغًا، فلا تصحُّ إمامة الصّبيّ المميّز لغيره من المصلّين البالغين.([5])

([1]) ينظر: ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى**، (277/4)، الحطّاب، **مواهب الجليل**، تح: زكريا عميرات، (614/7)، محمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة**، مرجع سابق، (ص529).

([2]) ينظر: **المغني**، (441/5)، محمد شقرون، **المرجع السّابق**، (ص530)، موسى فاديغا، **أصول فقه الإمام مالك، أدلّته العقليّة**، مرجع سابق، (354/1، 355).

([3])ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل، المصدر السّابق، المكان نفسه**، محمد شقرون، **المرجع السّابق**، (ص531).

([4]) ابن رشد، **البيان والتّحصيل**، مصدر سابق، (9/9).

([5]) ينظر :ابن القاسم، **المدوّنة الكبرى**، كتاب الصّلاة الاول، مرجع سابق، (1/ 177)، الحطّاب، **مواهب الجليل**، (367/2)،.

وذهب الشّافعيّة إلى أنّ صلاته صحيحة سواء في الفريضة أو النّافلة، وذلك في غير الجمعة.([1])

وجاء في العتبية أنّ الإمام مالكًا –رحمه الله– سُئل عن الصّبي المراهق أيؤمُّ النّاسَ في الصّلوات؟ فقال: أمّا الصّلوات المكتوبات التي هي الصّلوات فلا، وأمّا النّوافلُ فالصّبيانُ يؤُمّون النّاسَ فيها، قيل: أفيقَدَّمُون في رمضان؟ فقال: نعم، لا بأسَ بذلك.([2])

قال ابن رشد:«أجاز في هذه الرّواية أن يؤُمَّ الصّبيُّ في النّافلة وقيام رمضانَ، وهو استحسانٌ على غير قياسٍ، مُراعاةً لقولِ من يرى صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة إمامه، فيجيز صلاة الصّبي في الفريضة والنّافلة»([3])، فالقياس على مذهبِ مالكٍ يقتضي أنّ صلاة المأموم مرتبطةٌ بصلاة إمامه، وبناء على ذلك فإنّه لا يجوزُ للصّبيِّ أن يؤُمَّ النّاسَ في النّافلة إذ لا يُؤمَنُ عليه أن يُصلّيَ بغير وضوءٍ أو بغير نيّة، ولكنّه أجازه مُراعاةً للخلاف.([4])

خلاصة الفصل الثالث.

تتمثل خلاصة هذا الفصل فيما يأتي:

1-حقيقة العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح هي: ميلُ المجتهد إلى ترك العمل بالقول الرّاجح في المذهب المالكي، والأخذ بالقول المرجوح فيه، وذلك لوجود أسباب تقتضي ذلك، وتمنع العمل بالقول الرّاجح، تماشيًا مع روح الشّريعة السّمحاء ومقاصدها السّامية.

3-يخضع العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح إلى ضوابط معيّنة.

4-الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي هي: قاعدة ماجرى به العمل- قاعدة الاستحسان- قاعدة سدّالذّرائع- قاعدة مراعاة الخلاف.

فهذه الأصول الشّرعيّة لها علاقة وطيدةٌ وارتباط وثيقٌ بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

([1]) ينظر: النّووي، **المجموع**، (146/4).

([2]) ينظر: ابن رشد، **البيان والتّحصيل، مصدر سابق**، (395/1، 396)، موسى فاديغا، **أصول فقه الإمام مالك، أدلّته العقليّة**، (355/1).

([3]) ابن رشد، **المرجع السّابق** (1/ 396)

([4]) ينظر: ابن رشد، **المصدر نفسه، المكان نفسه**، موسى فاديغا، **المرجع السّابق، المكان نفسه**، ، محمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة مرجع السّابق**، (ص388).

الفصل الثالث:

أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

ويتضمن ستّة مباحث:

المبحث الأول: عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف

المبحث الثاني: عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة

المبحث الثالث: عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة

المبحث الرابع: عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة

المبحث الخامس: عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

المبحث السادس: عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال

الفصل الثالث: أسباب عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

تمهيد:

إنّ المتصفّح لكتب فقه النّوازل عند المالكيّة يجد أنّ بعض الفقهاء قد عدلُوا عن القول الرّاجح أو المشهور إلى قول ضعيفٍ أو شاذٍّ في المذهب المالكي وذلك في حالات استثنائية رغم تنصيصهم على عدم جواز العمل بالمرجوح في الحالات العادية، وذلك أنّ المجتهد يأخذ بالقول الذي ترجّح في نظره وما أدّاه إليه اجتهاده وإن كان هذا القول مرجوحًا في أصله أو عند من سبقه من العلماء المتقدّمين في المذهب، ولا يُعَدُّ هذا العدول خروجًا عن المذهب أو اتّباعًا للهوى وإنّما يرجع عدول هؤلاء المجتهدين عن القول الرّاجح أو المشهور إلى جملة من الأسباب والمسوّغات والتي سيتعرّض لها الباحث بالتّفصيل والتّمثيل من خلال هذا الفصل الرّابع الآتي ،وقد أردت بعبارة :«في المذهب المالكي» تحديد الإطار المذهبيً للبحث، وتضييقاً للمجال، وضبطًا للمعالجة، كما أنّني لم أتعرّض للتّعريف بمصطلح المذهب المالكي ومدارسه ومصطلح السّبب لوضوح معانيها ولكثرة من تعرّض إلى شرحهما في الدّراسات الأصوليّة المعاصرة.

المبحث الأول: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف.

من خصائص الشّريعة الإسلاميّة السّمحاء أنّها تركت المجال رحباً للمجتهدين في مجال مراعاة أحوال النّاس وأعرافهم، وما يطرأ عليهم في حياتهم من مستجدّات ونوازل، ولذلك فإنّ كثيرا من الأحكام قد تغيّر حكمها تبعًا لتغيّر الأعراف والعادات، إذ نجد أنّ الكثير من الفقهاء والمجتهدين قد عدلُوا عن القول الرّاجح أو المشهور إلى القول مرجوح في المذهب المالكي بسبب تغيّر العرف وهو ما جعل الفقه الإسلامي أكثر مرونة وصلاحية لكل زمان ومكان.

وفي هذا المبحث سأتعرّض إلى بيان معنى العرف وحجيّته وأنواعه وشروطه، وإلى كونه سببًا في العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف العرف لغة

للعُرْفِ في اللّغة معانٍ مختلفة بحسب موقعها من السّياق، ففي اللّسان:" العُرف والعَارفة والمعْرُوف واحدٌ ضِدَّ المنكَرِ وَهُوَ كُلُّ ما تعرفه النّفْسُ مِنَ الخَير وتسْبِقُ به وتطمئنُّ إليه ([3]).

وأَمَرْتُ بِالعُرْفِ أي: بِالمعْرُوفِ وهو الخَيْرُ والرِّفْقُ والإحْسَانُ.([1])

قال ابن فارس :العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر يدل على السُّكون والطُّمأنينة... والعُرْفُ: المعروف، وسمِّي بذلك لأن النُّفوس تَسْكُنُ إليه.([2])

وممّا تقدّم يتبيّن أنّ العُرف في اللّغة يُطلق للدِّلالة على هذه المعاني الثلاثة:وهي المعرفة وسُكُونُ النَّفْسِ إلى شيء والتَّتَابُعُ على فعلٍ مُعيّنٍ.

فيكون معنى العرُف في اللغة هو :ما تعارف النّاس عليه، واطمأنّت نفوسهم إليه، وتتابعوا على فعله باستمرار.([3])

([1]) ينظر: الفيومي، **المصباح المنير**(ص154).

([2]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، (281/4).

([3]) ينظر: ابن التّمين، محمد بن عبد الله، **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**:(ص21).

الفرع الثاني: تعريف العُرف اصطلاحا

عرَّف الجرجاني([1]) العرف بأنه:« **ما استقرَّت النُّفوسُ عليه بشهادة العُقول وتلقَّته الطَّبائع بالقَبول**».([2])

- فقوله: "**استقرت النُّفوس عليه**" يخرج به :ما حصل نادراً ولم يكن عادة.

- و قوله: "**بشهادة العقول**" يخرج به ما استقر في النُّفوس من جهة الشَّهوات كتعاطي المسكرات والمخدرات والتبرُّج والسُّفور، أو ما استقر في النُّفوس بسببٍ خاص كفساد الألسنة النّاشئ عن اختلاط العرب والعجم.

- وقوله: "**تلقته الطبائع بالقبول** "يخرج ما أنكرته الطّباع السّليمة فإنه لا يكون عُرفًا معتبر شرعا وإنّما يُعدّ عرفا فاسداً لا يُعتدّ به.([3])

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصّلة

من أهم الألفاظ ذات الصّلة بالعرف في التّشريع الإسلامي هما مصطلح العادة ومصطلح ما جرى به العمل وسأبيّن فيما يأتي معنى العادة والفرق بينها وبين العرف، ثم أوضّح العلاقة بين ما جرى به العمل وبين العرف.

أولاً: تعريف العادة لغة واصطلاحا

1- **تعريف العادة لغة:**

العادةُ لغةً: مُشْتَقَّةٌ مِنْ عَادَ يَعُودُ عَوْداً ومُعَاوَدَةً ، سُمِّيَتْ بذلك مِنَ العَوْدِ أي الرُّجُوعِ، لأَنَّ صاحِبَهَا يُعاوِدُهَا أَيْ: يَرْجِعُ إِلَيْهَا مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى. والجمْعُ عَادَاتٌ وعَوَائِدٌ. ([4])

قال ابن فارس:« العين والواو والدّال أصلان صحيحان يدُلُّ أحَدُهُما على تثنية في الأمر...والعَادَةُ الدُّرْبَةُ

([1]) هو علي بن محمد بن علي الشّريف الجرجاني الحنفي،له مؤلفات عديدة ومنها: التّعريفات، ، **وحاشية على تفسير البيضاوي**، شرح المواقف للإيجي وغيرها، توفّي سنة816هـ، ينظر: الزركلي، **الأعلام**: (7/5)، رضا كحالة، **معجم المؤلفين**: (515/2).

([2]) الجرجاني، **معجم التّعريفات** (ص125).

([3]) ينظر: أحمد فهمي أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء** (ص8-9) .

([4]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب** ، دار صادر، بيروت (316/3)، الفيومي، **المصباح المنير**(ص166).

والتّمَادِي في الشَّيْءِ حتَّى يَصِيرَ لهُ سَجِيَّةً».([1])

2- تعريف العادة اصطلاحا:

عرّف العلماء العادة بتعاريف متقاربة ومن ذلك تعريف الجرجاني الذي عرّفها بقوله:«هي ما استمرّ عليه النّاس على حكم العقول وعادوا إليه مرّة بعد أخرى».([2])

كما عرّفها الإمام القرافي في شرح تنقيح الفصول بقوله:«العادةُ غَلَبَةُ معنًى من المعاني على النّاس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والنَّفَس في الهواء، وقد تكون خاصةً ببعض البلاد كالنّقود والعُيوب، وقد تكون خاصةً ببعض الفرق كالأذان للإسلام والنّاقوس للنّصارى».([3])

ويُنتقَد على هذا التّعريف أنّه غير جامع لأنّ قوله:(على النّاس) فيه عموم فهو يدلّ على العادة الجماعيّة ولا يشملُ العادةَ الفرديّة.

3-التّعريف المختار للعادة اصطلاحاً

والتّعريف المختار عند الباحث هو تعريف ابن أمير الحاج ([4])في كتابه التّقرير والتّحبير، فقد عرّفها بأنّها: «الأَمْرُ المتَكَرِّرُ مِنْ غَيْرِ عَلاَقَةٍ عَقْلِيَّةٍ».([5])

فقوله:(الأمرُ): يشمل الأقوال والأفعال.

قوله:(المتَكَرِّرُ): يعني حصوله مرّةً بعد أُخرى، فخرج بالمتَكَرِّرُ ما حصل مرّةً واحدةً فلا يُعتبر عادةً.

أمّا قوله:(مِنْ غَيْرِ عَلاَقَةٍ عَقْلِيَّةٍ): فخرج به ما تكرّر نتيجة علاقةٍ عقليّةٍ كتَكرار حُدوث الأثر بعد حدوث المؤثّر وذلك مثل تحرّك الخاتم بتحرُّك الأصبع أو اليد، فلا يُسمَّى هذا عادةً لأنّه عبارة عن تلازم بين العلّة والمعلول يدلُّ عليه العقل فهو غيرُ ناشئٍ عن طبعٍ أو مَيْلٍ أو عامِلٍ طبيعيّ.([6])

([1]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، (181/4).

([2]) الجرجاني، **معجم التّعريفات** (ص125) .

([3]) القرافي، أحمد بن إدريس، **تنقيح الفصول في علم الأصول**، (ص113).

([4]) هو محمد بن محمد بن حسن بن علي الشهير بابن أمير الحاج، فقيه حنفي، له عدّة تأليف ومنها: "حلبة المجلي في شرح منية المصلي" و" التقرير والتحبير"، وغيرهما ، توفّي سنة 816 هـ، ينظر: عمر كحالة ، **معجم المؤلّفين**: (274/11).

([5]) ابن أمير الحاج الحلبي، (ت:879هـ)، **التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه**، (352/1).

([6]) ينظر: أحمد فهمي أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، (ص10)، العسري ، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص252).

4- الفرق بين العادة والعرف:

اختلف علماء الأصول في بيان الفرق بين العادة العرف إلى ثلاثة آراء:

أ- ذهب بعضُ العلماء إلى أنّ العادة والعرف بمعنًى واحد، وممّن قال بهذا الرّأي الإمام ابن عابدين من الحنفيّة، واختاره كلٌّ من الأستاذ عبد الوهاب خلاّف والشّيخ محمد أبو زهرة.([1])

ب-ذهب آخرون أنّ العلاقة بينهما هي علاقة عموم وخصوص مطلق أي أنّ العادة أعمُّ من العُرف مطلقاً، وذلك لأنّ العادة قد تكون فرديّة وقد تكون جماعيّة، وأمّا عادة الجمهور فهي العرف، فالعادةُ أعمُّ مُطلقًا والعرف أخصّ، وقد أيّد هذا الرّأي كلٌّ من الدكتور أحمد أبو سنّة، والشّيخ مصطفى الزّرقا.([2])

ج-ذهب ابن الهمام ([3]) ومن وافقه إلى أنّ بينهما عُمومًا وخُصوصًا وأنّ العرفَ أعمُّ من العادة.([4])

أمّا عن فقهاء المالكية فمن خلال تعريفاتهم السّابقة، فإنّني لم أجد عندهم فرقًا بينهما في المعنى، فهم يُطلقون مصطلح العوائد على العُرف، كما يُطلقون العُرفَ على العادة، فكلاهما بمعنى واحد.

وقد ذكر الأستاذ علال الفاسي بأنّ فقهاء المالكية المغاربة لم يفرّقوا بين العرف والعادة([5])، والحقيقة أنّ عدم التّفريق بين العرف والعادة لا يختص بفقهاء المدرسة المالكية المغاربة ولكنّه رأي أغلب الفقهاء المالكية([6])، وهو ما صرّح به علال الفاسي نفسُهُ في موضعٍ آخر من كتابه مقاصد الشريعة ومكارمها

([1])ينظر: ابن عابدين، محمد أمين أفندي، **مجموع رسائل ابن عابدين**،(114/2)، عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، (ص89)، محمد أبو زهرة، **مالك: حياته وعصره وآراؤه الفقهية**، (ص447).

([2]) ينظر: ابن التّمين، **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**، (ص26) ، أحمد فهمي أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، (ص13).

([3]) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السّيواسي، المعروف بابن الهمام، فقيه حنفي، ، وله: "التحرير في أصول الفقه" و"فتح القدير" وغيرهما ، توفّي سنة861هـ ،ينظر: الزركلي، **الأعلام**، (255/6)،

([4]) ينظر: أحمد فهمي أبو سنة، **المرجع السّابق**، المكان نفسه.

([5]) ينظر: علاّل الفاسي، **مقاصد الشريعة ومكارمها**، (ص157).

([6]) يقول الدكتور مصطفى الصّمدي:" يُطلَقُ العرف على العادة عند أكثر الفقهاء" مصطفى الصمدي، **فقه النّوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا**، (ص325).

فقال:« وهكذا نرى أنّ الفقهاء لم يفرّقوا في الغالب بين العادة والعرف إلاّ أنّ بعضهم قال إنّ العرف خاصٌّ بالأقوال والعادة خاصّة بالأعمال ».([1])

وممّا يدلّ على ذلك أيضاً أنّ المتتبِّعَ لأقوال الفقهاء يجد أنّهم يُسَوُّون بين العرف والعادة في الاستعمال وفي الحُكم فتجدهم يُطْلِقُونَ لفظ العادة على العرف ويُطْلِقُونَ العرف على العادة، كما أنّهم يُعبِّرون بالعرف تارةً وبالعوائد تارةً أخرى ، وأحياناً يجمعون بين اللّفظين معاً فيقولون: (العرف والعادة) وهذا يدلّ على ترادفهما على معنىً واحدٍ وأنّ كلّ ما يَصْدُقُ على أحدهما يَصْدُقُ على الآخر.([2])

ثانياً: ما جرى به العمل

1- تعريف ما جرى به العمل

سبق التّعريف بمصطلح ما جرى به العمل في الفصل الثاني من هذا البحث.

2- العلاقة بين العرف وما جرى به العمل

أغلبُ فقهاء المالكيّة لا يفرّقون بين العرف وبين ما جرى به العمل، فتعارفُ النّاس على شيءٍ يعني عَمَلَهم به، كما أنّ العملَ نفسَه مبنيٌّ على العُرف، والعُرْفُ هو سَبَبٌ لقيام العمل ، فكأنَّ العملَ ما هو إلاّ العرفُ في شكله المتطوّر كما أشار إلى ذلك الدّكتور عمر الجيدي .([3])

وجاء أيضاً في تحفة الأكياس أنّ غالبَ نَظْمِ فاسٍ مبنيٌّ على الأحكام العرفيّة، فعَمَلُ فاسٍ غالبًا ما يَتْبَعُ القولَ الموافقَ لأعراف النّاس كما صرَّح بذلك ناظمُ العملِ الفاسي([4])، وقد وضّح الشيخ علاّل الفاسي هذه العلاقة التي تدلّ على الارتباط بين العرف والعمل بقوله:« فالعوائد أو الأعراف تُعتبر سببًا للأحكام الشّرعيّة ، فهي بهذا الاعتبار من مصادرها، ولذلك كانت سبباً في قيام العمل»([5])، ولذلك

([1]) علاّل الفاسي، **مقاصد الشريعة ومكارمها**، مصدر سابق: (ص156).

([2]) العسري ، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، مرجع سابق: (ص256).

([3]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مرجع سابق:(ص393)

([4]) وفي ذلك يقول أبو زيد الفاسي، في البيت الرّابع والخامس من نظم العمل الفاسي :

وبعدُ فالقصدُ بذا النّظام بعضُ مسائلَ من الأحكام

جرى بها ليرفعَ الخــلافَ عملُ فاسٍ يَتْبَعُ الأعــرافَ

ينظر: المهدي الوزاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، (ص 25).

([5])علاّل الفاسي، **مقاصد الشريعة ومكارمها**: (ص157).

فإنّك تجد أنّ أغلبَ الفقهاء يذكرون العرفَ مصاحباً للعمل ومرادفاً له، فنجدهم في العديد من المسائل الفقهيّة يقولون: هذه المسألة جرى بها العرفُ والعمل، كما أنّ كثيرا من العلماء كالإمام المهدي الوزّاني وابن فرحون لا يفرّقون بينهما في إطلاق أحدهما على الآخر.([1])

وبالرّغم من ذلك فإنّ بعض الفقهاء قد نبّهوا على وجود فروق دقيقة بينهما تتمثّل فيما يأتي:

1-أنّ العرف يتعلّق بالمعاملات فقط، ولا أثر له في العبادات مطلقاً، وأمّا ما جرى به العمل فيُقَدَّمُ على غيره في العبادات والمعاملات.([2])

2-أنّ ما جرى به العمل صادرٌ من العلماء المقتَدى بهم بشروطٍ معيّنة لابد من توافرها، وأمّا العرف فلا يشترط فيه تلك الشّروط لأنّه عبارة عمّا اعتاده عامّة الناس، وقد أشار الشّيخ المهدي الوزاني إلى أنّ مُراد العلماء بقولهم:(وبه العمل) أنّ هذا القول حَكَمَ به الأئمةُ واستمرّ حُكمهم به، وأمّا جريان العُرف بالشّيء فهو من عمل العامّة من غير استناد إلى حُكم شرعيّ من قولٍ أو فعل، فالعُرف إذن هو فعلُ العامّة و أمّا العمل فهو حُكْمُ القُضاة.([3])

3-يُعتبَر العرفُ أساساً لما جرى به العمل كالضّرورة والمصلحة، فيكون العرف بذلك أخصّ ممّا جرى به العمل.([4])

ورغم وجود هذه الفروق الجوهريّة بين ما جرى به العمل والعرف([5])، إلاّ أنّ هذا لا يُعدُّ مانعاً من أن يلتقيا لأنّ العملَ نفسَه مبنيٌّ على العرف، فالعملُ كثيراً ما يكون تابعاً للعرف، فهنالك علاقةٌ وطيدةٌ

([1]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مرجع سابق:(ص394).

([2]) ينظر: **المرجع نفسه**، (ص395).

([3]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**:(ص515)، المهدي الوزاني، **تحفة أكياس النّاس بشرح عمليات فاس**، (ص43)، عمر الجيدي، **المرجع السّابق**:(ص395). علّال الفاسي، **مقاصد الشريعة ومكارمها**، مرجع سابق،(ص158).

([4]) ينظر: محمد رياض، **المرجع السّابق**،(ص461)، عمر الجيدي، **المرجع السّابق**،(ص393).

([5]) انتقد الدكتور عمر الجيدي هذه التفرقة بين العرف والعمل بهذه الفروق التي ذكرها هؤلاء الفقهاء ،أمّا بالنسبة للفرق الأول فإنّ الفقهاء ليسوا جميعًا متّفقين على أنّ إجراء العمل يكون في العبادات، بل إنّ جمهور المحقّقين من العلماء يمنعون ذلك ، ويجعلونه في المعاملات فقط.، كما أنّ العرف ليس محلّ اتّفاق في عدم تأثيره في العبادات، وذلك أنّ كثيراً من المسائل في باب العبادات أحال فيها الفقهاء على العرف=

تربط بينهما وذلك أنّ العُرف يُعتبَرُ أَحَدَ الأُسُسِ التي يُبنى عليها ما جرى به العمل، كما أنّه يُعتبَرُ من أقوى المرجِّحات التي يتقوَّى بها القولُ الضّعيف من أجل العدول عن الراجح أو المشهور في المذهب([1])، كما أنّ ما جرى به العمل يُعَدُّ بمثابة العُرف القضائي والإفتائي في زمنٍ معيّن أو بلدٍ معيّن.([2])

المطلب الثالث: حجيّة العرف عند المالكية وموقفهم من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف

الفرع الأول: حجيّة العرف عند المالكيّة.

اتّفق فقهاء المالكيّة على اعتبار العرف الصّحيح حُجّةً يُستند إليها في استنباط الأحكام الفقهيّة، وأصلاً من أصول مذهب الإمام مالك –رحمه الله–.([3])

وقد استدلّوا على حجيّة العرف بما يأتي:

أ- **من القرآن الكريم** : قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف:199]([4])

استدلّ الإمام القرافي بهذه الآية على حجيّة تحكُّم العادة والعرف في مسألة تنازع الزّوجين على متاع البيت، بأنّه يُقضى بها للمرأة بما هو شأن النّساء عرفاً، وللرّجل بما هو للرّجال عرفًا.([5])

=أمّا ما ادُّعِيَ من أنّ العمل يُشترط فيه شروطٌ معيّنةٌ بخلاف العرف، فيُجاب عنه: بأنّ العرف أيضا تُشترط فيه شروطٌ لابدّ من توافرها فيه ليكون معتبراً، وبالتّالي فإنّ الدكتور عمر الجيدي يرى أنّ هذه التّفرقة بين العرف والعمل بهذه الفروق غير صحيحة مطلقاً، وذلك لأنّ العمل يجري بناء على أعراف النّاس وعاداتهم، كما أنّه هو السّبب الرّئيسي في قيامه، فاعتباره واضح فيه. ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص395-396).

([1]) ينظر: محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص515).، أبو العباس الهلالي، **نور البصر، مرجع سابق** (ص138).

([2]) ينظر: ابن التّمين، **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**،(ص28).

([3])ينظر: القرافي، **تنقيح الفصول في علم الأصول**، (ص111).

([4]) ذكر الإمام ابن الفرس– رحمه الله تعالى–في تفسيره لهذه الآية أنّ أصحاب مالكٍ –رحمه الله تعالى– يحتجُّون بهذه الآيةِ كثيرًا في إثبات العرف، ينظر: ابن الفرس الأندلسي، **أحكام القرآن**، (62/3)، ويرى العلّامة محمد الولّاتي أنّ هذه الآية أصلٌ في تحكيم العُرف، محمد يحي الولاتي، **نيل السّول على مرتقى الوصول**:(ص199).

([5]) ينظر: القرافي، **الفروق**، الفرق السّتون والمائة، (275/3).

وقال في حديثه عن شهادة العادة لأحد الزوجين المتنازعين، والحكم له بدعواه بموجب تلك العادة:...«لنا قوله تعالى:﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف:199]، فكلُّ ما شَهِدَتْ به العادةُ قُضِيَ به، لظاهر هذه الآية، إلّا أن يكون هناك بيّنة» .([1])

فالمالكيّة قد فسروا كلمة"**العرف**" الذي أُمِرَ النّبيُّ عليه الصّلاة والسّلام بالأمر به، بالعادات والأعراف الجارية بين النّاس، وبذلك جعلوا الآية دليلاً على اعتبار العرف، ، ولكنّ الاختلاف بين المفسّرين في تفسير كلمة «العُرف» جعل بعضًا من الفقهاء يرون أنّ الاحتجاج بهذه الآية على اعتبار العُرف ضعيف إن لم يكن باطلاً.([2])

ب–من السُّنّة: قوله ﷺ لهند بنتِ عُتبةَ –رضي الله عنها –حين قالتْ له إنَّ أبا سفيانَ رجلٌ شَحِيحٌ لا يعطيها من النّفقة ما يكفيها و أولادَها :«**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**».([3])

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنّه صريحٌ في اعتبار العرف، والرّجوع إليه، وقد صرّح بذلك كثيرٌ من فقهاء المالكيّة ومنهم القاضي عياض حيث قال:«... و قُيّد الحُكم بالعرف لقوله: « **مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»، وذلك على ما جرت به عادتهم في الإنفاق».([4])

ج–**من المعقول:** استدلّ الإمام الشاطبي على أنّ اعتبار العوائد والاعراف ضروريٌّ شرعًا من وجوه أربعة تتمثّل فيما يأتي:

([1])القرافي، **الفروق**، الفرق السّتون والمائة، **مصدر** سابق، (276/3).

([2]) ينظر: عمر الجيدي ،**مباحث في المذهب المالكي بالمغرب**، (ص 224).

([3]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع و الإجارة والمكيال والوزن، بهذا اللّفظ في ترجمة الباب وبلفظ: ((خُذِي وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بالمعروف، رقم:ح:2097، (769/2–770)، مسلم، **صحيح مسلم** ،كتاب الأقضية، باب قضية هند، بلفظ: ((خُذي مِنْ ماله بالمَعْرُوفِ ما يكفيك ويَكْفِي بَنِيكِ))، رقم ح:1714، (ص528).

([4]) القاضي عياض ، **إكمال المعلم بفوائد مسلم**، (565/5)، وينظر: استشهاد الولاتي بهذا الحديث في إثبات حجيّة العرف، محمد يحي الولاتي، **نيل السول على مرتقى الوصول**، مرجع سابق: (ص199).

– أنّ عادةَ النّاس قد جرتْ بأنّ العقوبة سَبَبٌ للكفِّ و الانزجار عن المعاصي والمخالفات، فرتّب عليها أحكامًا كالقصاص من القاتل ليمتنع النّاس عن ارتكاب جريمة القتل فتُحفَظ النُّفوسُ بذلك، فلو لم تُعتَبَر العادةُ شرعًا لَمَا شُرِعَ القصاصُ ولَمَا كان تطبيقُهُ واجبًا.

– لو لم تُعتبر العوائدُ لأدّى ذلك إلى التّكليف بما لا يطاق، وذلك غير جائز أو غير واقع في الشّريعة السّمحة الغرّاء.

– أنّ التّكاليف وردت بميزانٍ واحدٍ بالنّسبة إلى النّاس جميعًا وذلك يدلّ على أنّ الشّارع اعتبر العادات المطّردة فيهم، وذلك لأنّه لو لم يعتبرها لما كان هناك مانعٌ من اختلاف التّشريع واختلاف الخطاب.

–لمّا عُلِمَ قطعًا بأنّ الشّريعة جاءت لرعاية مصالح النّاس، لزم القطعُ كذلك بأنّه لا بدّ من اعتبارها لعوائدهم وأعرافهم، لأنّه إذا كان التّشريع على وِزانٍ واحدٍ، دلّ على جريان المصالح على ذلك.([1])

الفرع الثاني: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف.

توسّع متأخّرو فقهاء المالكيّة في مجال العمل بالعرف، فقد صرّح العلاّمة أبو العبّاس الهلالي في كتابه نور البصر([2])، والشّريف الوزّاني في كتابه تحفة الأكياس وغيرهما بأنّ العرف عند المالكية يُعَدُّ من أقوى المرجّحات و التي يُرجَّح بها مقابل الرّاجح أو المشهور وأنّه لا يُعتَمد عليه فقط في التّرجيح بين الأقوال المتعارضة، بل يعتمد عليه أيضا في إنشاء حُكم مقابلٍ للرّاجح أو المشهور، وذلك بالنّسبة للأحكام التي يكون مُستندها العرف، أي المبنيّة على العرف، ،([3])كما أنّ العرف يُرجَّحُ به القولُ ولو كان ضعيفاً إذا كان موافقاً له([4])، وقد أشار إلى ذلك الإمام الزّقاق([5]) في لاميّته فقال:

فَإِنْ قِيلَ إِنَّ البعضَ مِمّا نَقَلْتَهُ ❁ ضَعيفٌ نَعَمْ، لَكِنْ عَلَى العُرْفِ عُوِّلاَ([6])

([1]) ينظر: الشّاطبي ،**الموافقات**، (2/218-219).

([2]) ينظر: الهلالي أبو العباس، **نور البصر**، (ص138).

([3]) ينظر: ، **المصدر نفسه**، (ص139)، القرافي، **الإحكام** ، (ص218-219)، الوزّاني، **تحفة الأكياس**، (ص44، 45).

([4]) ينظر: العسري ، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، مرجع سابق: (ص268-269).

([5]) هو علي بن قاسم التجيبي الزّقاق، فقيه مالكي، له:لاميّة في أحكام القضاء، توفّي سنة 912 هـ، ينظر:**نيل الابتهاج**، (ص211).

([6]) ينظر: محمد ميارة الفاسي، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقاق**،(ص448).

وهو ما أكّده الشّيخ الطّاهر بن عاشور حيث ذكر أنّ الأستاذ أبا سعيدٍ بن لُب مفتي غرناطة([1]) كان يفتي بتقرير المعاملات التي جرى بها العرف على وجهٍ غير صحيحٍ في المذهب المالكي إذا كان لها وجهٌ ولو كان قولاً ضعيفًا من أقوال الفقهاء، وذلك للمحافظة على استقرار العقود و المعاملات بين النّاس.([2])

ويقرّر فقهاء المالكيّة أيضًا أنّه إذا كان مُدرك الحُكم الشّرعي هو العُرف ومُستند الفُتْيَا هو العادة، فيتعيّن تغيير الحُكم على ما تقتضيه العادةُ المتجدّدة([3])، فقد ذكر الإمام أبو عبد الله المقري في قواعده أنّ «كلّ حُكْمٍ مرتَّب على عادةٍ فإنّه ينتقل بانتقالها إجماعاً، كما تختلف النّقود في المعاملات، والألفاظ في المتعارفات وصفات الكمال، والنّقص في عيوب المبيعات، فالمعتبر في ذلك هو العادةُ، فإذا تغيّرتْ تغيّرَ الحُكْم» ([4])، ويَعتبرُ الإمام القرافي أنّ العمل بالأحكام التي مُدركها العوائد مع تغيُّر تلك العوائد، هو خلافُ الإجماع وجهالةٌ في الدِّين، بل كلُّ ما هو في الشريعة من أحكامٍ يَتْبَعُ العوائدَ، فإنّه يتغيَّرُ الحُكم فيه عند تغيُّرِ العادة السّابقة إلى ما تقتضيه العادةُ المتجدِّدة.([5])

ويؤكد القرافي المالكي أيضًا على شرعيّة تغيُّر الفتاوى والأحكام التي مرجعُها وأصلُها العرفُ والعادةُ عندما يتغيّر ذلك العرف، فيقول في كتابه الفروق:«إنّ الأحكام المترتّبة على العوائد، تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... وعلى هذا القانون تُراعي الفتاوى على طول الأيّام، فمهما تجدَّد في العُرف اعتبره، ومهما سَقَط أسقطه، ولا تجمُد على المسطور في الكُتُب طُول عُمُرك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير أهلِ إقليمِك يستفتيك لا تُجْرِهِ على عُرف بلدك، واسأله عن عُرف بلده وأجْرِهِ عليه، وافْتِهِ به دُون عُرْفَ بلدِك» .([6])

([1]) هو فرج بن قاسم بن لب الثعلبي أبو سعيد الغرناطي، كان إمامًا مفتيًا وعالمًا متفنّنًا، له تآليف مفيدة ومنها: شرح جمل الزّجاج والفتاوى وغيرها، توفّي سنة782هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص316)، التّنبكتي، **نيل الابتهاج**،(ص375).

([2]) ينظر: ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تح: محمد الطّاهر الميساوي، (ص478).

([3]) ينظر: القرافي ،**الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام**، (ص220).

([4]) المقري، **القواعد**، القاعدة رقم:1036، (ص478).

([5]) ينظر: القرافي، **المصدر السّابق**، (ص218-219).

([6]) القرافي، **الفروق**، الفرق: الثامن والعشرون،(322/1).

وبيّن الإمام القرافي أيضًا في كتابه: "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام" أنّه لا يُشتَرطُ في العُدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب العرف أن يتغيّر العرفُ كليًّا في جميع البلدان، بل لو خرجنا من ذلك البلد إلى بلدٍ آخر، بحيث يكون عُرفهم مخالفاً للبلد الذي كنّا فيه، فإنّه ينبغي إفتاؤُهم بناءً على عُرف بلدهم، ولا عبرةَ بعُرف البلد الذي كنّا فيه، وكذلك إذا قَدِمَ علينا أحدٌ من بلدٍ عادتُه مخالفةٌ للبلد الذي نحن فيه، فإنّه يتعيّن علينا أن نُفْتِيَهُ بعادة بَلَدِهِ وليس بعادة بلدنا([1])، وهذه هي حقيقة العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب العرف إذ تكمن في أنّ المجتهد حينما يفتي أهلَ بلده بعُرف بلدهم يكون قد أفتاهم بالرّاجح عنده، ولكنّه حينما يفتي غير أهل بلده بعرفهم يكون قد ترك القول الرّاجح عنده، وأخذ بعُرفهم.([2])

كما يتمثّل العدول عن القول الرّاجح بسبب العرف أيضًا بأن كان ذلك القول الرّاجح أو المشهور مبنيّا على عُرفٍ في زمن معيّن ثمّ بمرور الأزمنة والعصور وبتغيّر ذلك العرف يعدل المجتهد عن الحكم بالقول الرّاجح ويبني حُكمه على وفق العرف الجديد ولو كان هذا القولُ فيما مضى مرجوحاً كما سيتّضح ذلك في الأمثلة التّطبيقيّة التي سيذكرها الباحث في الفصل الرّابع.

وبهذا المنهج الصّحيح في تغيُّر الأحكام المبنيّة على العرف بتغيُّر تلك الأعراف والعادات يكون الفقهُ الإسلاميُّ عامّةً والفقهُ المالكيُّ بصورةٍ أخصّ أكثرَ مُرونةً و تجدُّدًا ومُلاءمةً لأعراف النّاس وعاداتهم على مرّ العصور، ممّا يؤهّله لأن يكون صالحًا لكلّ زمانٍ ومكانٍ، بعيدًا عن الجُمُود على المنقول في الكُتُب من أقوال الأئمّة السّابقين، وقد اعتبر الإمام القرافي- رحمه الله- أنّ« الجمود على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدّين، وجهلٌ بمقاصد علماءِ المسلمين والسّلَف الماضِين»([3])، وهو ما أشار إليه النّابغة الغلاوي أيضًا بقوله:

وكلُّ ما يُبْنَى على العُرف يدورْ ❁ مَعْهُ وجودًا وعَدَمًا دَوْرَ البُـــدُورْ
فاحذرْ جُمودَك على ما في الكُتُـبْ ❁ فيما جرى عُرفٌ به بل منه تُـــبْ

([1]) ينظر: القرافي ، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام** ،(ص219)، اللّقاني، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**،(ص289).

([2]) ينظر: عاصم المطوّع، **العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء (دراسة تأصيلية تطبيقية)**، (ص209).

([3]) القرافي، **الفروق**، الفرق: الثامن والعشرون،(322/1،323).

لأنّه الضّـــــلالُ والإضـــــلالُ ❁ إذ قد خَلتْ من أهلها الأطــلالُ
وكلُّ ما في الشّرع فهو تـــــابع ❁ إلى العوائــد لها مجـــــــامع
فما اقتضته عادةٌ تجـــدّدتْ ❁ تعيّن الحُكم به إذا بـــــدتْ ([1])

المطلب الرابع: شروط إعمال العرف في الأحكام الشرعيّة.

اشترط فقهاء المالكيّة لاعتبار العرف وإعماله في الأحكام الشرعيةّ والإفتاء به شروطًا معيّنة وهي كالآتي:

1_أنّ لا يكون العرفُ مخالفًا للنّصوص الشرعيّة، وذلك بأن لا يخالف نصًّا شرعيًّا ثابتًا أو قاعدة كليّة شرعيّة، قال قاضي الجماعة ابن سراج:«لا يُعتدُّ بما جَرَتْ به العادةُ إذا كانت مُخالفةً لعادة الشَّرع».([2]) أي لقواعده وكلّيّاته، وذلك لأنّ النّصَّ أقوى من العرف ومُقدّمٌ عليه، فإذا أدّى العُرف إلى تعطيل نصٍّ شرعيٍّ، لم يكن ذلك العرف مُعْتبَرًا كتعارف النّاس على التّعامل بالرّشوة أو الرّبا.

ويُستثنى من ذلك الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا كان النَّص مُعَلَّلاً بالعرف أو مبنيًّا عليه، ففي هذه الحالة يقوم المجتهد بالتّوفيق بين النَّص والعرف.([3])

الحالة الثانية: إذا كان العرفُ غيرَ مُخالِفٍ للنَّص من جميع الوجوه، ولم يُبْطِل الحُكْمَ الذي أثبته النّص، وذلك بأن كان النَّصُّ الشَّرعيُّ عامًّا، والعرفُ خاصًّا ([4])، ففي هذه الحالة يُعْمَلُ بالعرف والنّص معاً، فيكون العرفُ بذلك مُخَصِّصًا للنّص العام وليس مُبْطلاً له، ومثال ذلك: أنّ الشّرع قد نهى أن يبيع الإنسان مالا يملك، لقولهﷺ:«لاَ تَبِعْ مَالَيْسَ عِنْدَك»([5])، ومع ذلك فقد جوّز الفقهاء عقد الاستصناع

([1]) النّابغة الغلاوي، **بوطليحية**، تح: يحي بن البراء، (129، 130).

([2]) أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**،(ص68-ص171).

([3]) ينظر: عمر الجيدي، **المرجع السّابق**، (ص108) .

([4]) أي أن يكون العرف قد خالف النّص الشرعي العام في بعض أفراده.

([5]) الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهيّة بيع ما ليس عندك، رقم ح:3503، (534/3)، النّسائي، **سنن النّسائي**، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم ح:4613، (289/7)، أبوداود، **سنن أبي داود**، كتاب البيوع، باب في الرّجل يبيع ما ليس عنده، رقم ح:3503، (283/3)، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، كتاب التّجارات، باب النّهي عن بيع ما ليس

لعرف النّاس وتعاملهم به، وحاجتهم إليه، فيكون العُرف بذلك مخصِّصاً للنّص العام الذي ورد فيه النّهي.([1])

أمّا النّصوص الآمرة فلا يقوى العُرف على إلغائها، فإذا تعارضت الأعراف مع النّصوص الشَّرعيّة فيجب تقديم النّص على العرف، ولذلك جاءت الشّريعة الإسلامية بإلغاء الكثير من الأعراف التي كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام كعادة التبنّي، وكحرمان النّساء من الميراث وغيرها، فالأعراف المعتبرة شرعاً هي التي توافق الأدلّة الأصوليّة المعتبرة، ولا تُخالف روح الشّريعة ومقاصدها.([2])

2_أن يكون العرفُ غالباً ومطَّردًا، أي أنّ العمل به مستمرّ، ويُقصَدُ بذلك شُيوع العرف وكثرةُ وجوده في التّصرفات، بحيث لا يتخلّف إلاّ نادراً.([3])

اشتراط الاطّراد أو الأغلبيّة في العرف معناه: اشتراط الأغلبية العمليّة فيه ليكون مُحَكَّماً في الحوادث، وهذا هو معنى قول الفقهاء:" إِنَّمَا تُعْتَبَرُ العادةُ إذا اطَّرَدَتْ أو غَلَبَتْ".([4])

3_أن يكون العرف المراد تحكيمُهُ في التّصرّفات قائمًا أثناء إنشائها، وذلك بأن يكون العرف سابقاً ومقارنًا لزمن الشّيء الذي يُحمَل على العرف، فلا عبرة بالعرف الطّارئ أو المتأخرّ عن العقد أو التّصرف الذي يراد تحكيم العرف فيه.([5])

4-أن لا يُعارِضَ العرفَ تصريحٌ بخلافه ، أي أنّ الأمر المتعارف عليه يُنزَّل منزلة المشروط ، فإذا سكت المتعاقدان عن أمر مُتعارَفٍ عليه ولم يشترطوه في العقد دلّ ذلك على وقوعه منهم وإن لم يذكروه لأنّه أمرٌ معروفٌ، فإثبات هذا الأمرِ المتعارفِ في العقد هو من باب الدّلالة، فيُعدُّ حينئذ العرفُ بمنزلة الشّرط الضّمني، فإن ذُكِرَ نصٌّ أو شرطٌ مخالفٌ لهذا العرفِ صراحةً بطلتْ دلالةُ العرف ووجب العمل بمقتضى

عندك، رقم ح: 2187، (737/2)، أحمد، **مسند الإمام أحمد**، مسند المكيين، باب مسند حكيم بن حزام عن النّبيﷺ، رقم ح:14772، (402/3)، ابن حبّان، **صحيح ابن حبّان**، رقم ح:4962)، قال الترمذي:" هذا حيث حسن صحيح، وقال في **البدر المنير**: هذا حديث صحيح، ينظر: ابن حجر، **تلخيص الحبير**، (9/3-10).

([1]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب، مرجع سابق**، (ص108).

([2]) ينظر: **المرجع السّابق**، (ص109)

([3]) ينظر: السّيد صالح عوض، **أثر العرف في التّشريع الإسلامي**، (ص189-190).

([4]) ينظر: عمر الجيدي ، **المرجع السّابق**، (ص104- 105- 106).

([5]) ينظر: ابن التّمين، محمد بن عبد الله، **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**،(ص86).

النّصّ أو الشّرط، فإنّه لا عبرةَ بالعرف إذا وُجد نصٌّ أو شرطٌ بخلافه، وإنّما يتدخّل العرفُ عند سكوت المتعاقدَيْن عن تفاصيل العقد.([1])

([1]) ينظر: الجيدي ، **العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب**، (ص110).

المبحث الثاني:

العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة

ويتضمّن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة لغة و اصطلاحًا.

المطلب الثاني: أهميّة اعتبار المصلحة المرسلة في معالجة النّوازل.

المطلب الثالث: شروط اعتبار المصلحة المرسلة.

المطلب الرابع: حجيّة العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة.

المطلب الخامس: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة.

تمهيد:

في هذا المبحث سأتعرّض إلى بيان حقيقة المصلحة المرسلة وشروط اعتبارها وحجيّتها عند المالكيّة وإلى موقفهم من العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسببها.

المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة واصطلاحا

أولًا: **تعريف المصلحة لغة**

المِصْلَحَةُ وَاحِدَةُ المِصَالِحِ، مِنْ صَلَحَ يَصْلُحُ صُلُوحاً، والصَّلاَحُ ضِدُّ الفَسَاد، والإِصْلاَحُ نَقِيضُ الإِفْسَاد، والمِصْلَحَةُ ضِدُّ المَفْسَدَة، والاسْتِصْلاَحُ: نَقِيضُ الاسْتِفْسَادِ.([1])

فالمصلحةُ في اللُّغة هي كُلُّ مَا فِيهِ نَفْعٌ كجَلْبِ الفَوائِدِ واللَّذائِذِ أو دَفْعِ المِضَارِّ وَالآلاَمِ.([2])

ثانيًا: تعريف المصلحة اصطلاحا

1_ تعريف الشّيخ الطّاهر ابن عاشور: عرّف الشّيخ الطّاهر ابن عاشور—رحمه الله–المصلحة بأنّها: «وصفٌ للفعل يحصُلُ به الصَّلاحُ أي النَّفعُ منه دائماً أو غالباً، للجمهور أو للآحاد ».([3])

فقوله: "دائما" يشير إلى المصلحة الخالصة والمطّردة.

وأمّا قوله: "أو غالبا" يشير إلى المصلحة الرّاجحة في غالب الأحوال.

وقوله: "للجمهور أو للآحاد" فيه إشارة إلى أنها قسمان: مصلحة عامّة ومصلحة خاصّة.([4])

2–التّعريف المختار:

التّعريف المختار للمصلحة عند الباحث هو تعريف الدكتور حاتم باي للمصلحة، حيث عرّفها بأنّها:« وصفٌ للفعل الذي يحصُلُ به الصّلاحُ، أي النّفعُ الملائمُ للفطرة: جلبًا أو دفعًا، دائمًا أو غالبًا، للجمهور وللآحاد »([5]).

([1]) ينظر: الرّازي ، **مختار الصحاح**، مادة (صلح)، (ص154)، ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (صلح)، (348/3).

([2]) ينظر: أستاذنا البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة**: (ص27)

([3]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تح: الطّاهر الميساوي:(ص278).

([4])ابن عاشور، **المرجع نفسه**، المكان نفسه.

([5])حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، (ص45).

ويلاحظ أنّ هذا التّعريف في أصله مأخوذ من تعريف الشّيخ الطّاهر بن عاشور، وقد أضاف إليه الدكتور حاتم باي بيان جهة النّفع الحاصل، إذ إنّ النّفع لا يقتصرُ على جهة الجلب فحسب، وإنّما يشمل كذلك دفع الضّرر، فإنّ دفع الضّرر فيه كذلك تحصيل للنّفع، كما أضاف إلى تعريف الشّيخ الطّاهر بن عاشور أيضا كون المنفعةَ المعتبرة هي المنفعة التي تُلائم الفطر السّليمة، إذ قد يتوهّم بعض أصحاب الفطر المنحرفة بعض المضار البحتةَ مصالحَ خالصةً، كمن يظنّ بأنّ في تناول المخدّرات أو الخمر منفعة وهي في حقيقتها مضارٌّ كلّها.([1])

ثالثًا: تعريف المصلحة المرسلة اصطلاحًا:

ويتّضح معنى المصلحة المرسلة من خلال تعريف حسين حامد حسان حيث يرى أنّ المصلحة التي تصلح أن تكون دليلاً شرعيًّا هي: « المصلحةُ الملائمةُ لجنسِ ما اعتبره الشّارعُ في الجملة دون أن يكون لها دليلٌ معيّنٌ يدلّ عليها بالخصوص»([2])، فهي المصلحة التي لم يشهد لها أصلٌ معيّنٌ بالبطلان ولا بالاعتبار.

وتُسمَّى في اصطلاح فقهاء المالكيّة "المصالح المرسلة"، و يُسمّيها الغزالي" الاستصلاح" أمّا متكلّمو الأصوليّين فيسمّونها ب"المناسب المرسَل الملائم" وبعضهم يطلق عليها "الاستدلال المرسل".([3])

يقول الإمام الشاطبي:« المناسب الذي يُربط به الحكم لا يخلوا من ثلاثة أقسام:... الثالث: ما سكتت عنه الشّواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه. فهذا على وجهين: ... والثاني: أن يلائم تصرّفات الشّرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنسٌ اعتبره الشّارع في الجملة بغير دليلٍ معيّن، وهو الاستلال المرسل، المسمّى بالمصالح المرسلة»([4]).

فالشّاطبي يعتبر المصلحة المرسلة داخلةً ضمن تصرّفات الشّارع بالجملة، وإن لم يكن هناك لها دليلٌ خاصٌّ يدلُّ عليها.

([1]) ينظر: **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص45، 46).

([2]) ينظر: حسين حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، (ص14).

([3])ينظر: وهبة الزّحيلي، **أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق**، (754/2).

([4]) الشّاطبي، **الاعتصام**، (79/2-80-81).

ويقول الشّيخ الطّاهر بن عاشور مُوضّحًا حقيقةَ المصالح المرسلة:« فمتى حلّت الحوادث التي لم يسبق حلولها في زمن الشّارع ولا لها نظائر ذات أحكام متلقّاةٍ منه، عرفنا كيف نُدخلها تحت تلك الصّورة الكلّيّة، فنثبت لها من الأحكام أمثالَ ما نُثبته لكليّاتها، ونطمئنّ بأنّنا في ذلك مُثبتون أحكامًا شرعيّةً إسلاميّة، وهذا ما يُسمّى بالمصالح المرسلة. ومعنى كونها مرسلة: أنّ الشّريعة أرسلتها فلم تَنُطْ بها حُكمًا معيّنًا، ولا يُلْفَى لها نظيرٌ معيَّنٌ له حُكمٌ شرعيٌّ فتقاسُ هي عليه، فهي إذن كالفرس المرسل غير المقيّد»([1]).

المطلب الثاني: أهميّة اعتبار المصلحة المرسلة في معالجة النّوازل

يرى الشّيخ الطّاهر بن عاشور أنّ طريق المصالح المرسلة هو أوسع طريق يسلكه المجتهد في حلّ مشكلات الأُمّة عند وقوع النّوازل والحوادث بها، وذلك إذا التبست عليه الطّرق والمسالك، فإنّه إذا لم يتّبع هذا المسلك الواضح من حيث الحجّة والدّليل، فقد عطّل أن تكون شريعة الإسلام دينًا عامًّا وصالحًا لكل زمانٍ ومكانٍ.([2])

ويوضّح الأستاذ عبد الوهّاب خلاّف أهميّة العمل بالمصالح المرسلة في معالجة النّوازل والمستجدّات ومواكبة الشّريعة الإسلاميّة للتطوّر الحاصل في مختلف المجتمعات، وذلك أنّ الحوادث تطرأ و الوقائع تتجدّد، والبيئات تتغيّر و المصالح غير متناهية، فقد تطرأ على الأُمّة طوارئُ لم تكن موجودةً في العصور السّابقة، وقد تستوجب البيئةُ مصالحَ ما كانت تستوجبها تلك البيئةُ من قبل، وقد يؤدّي تغيُّر أخلاق النّاس وأحوالهم إلى أن يصبح مفسدةً ما كان في السّابق يُعَدُّ مصلحةً، فلو لم يُفتَح للمجتهدين بابُ الأخذ بالمصلحة المرسلة أو التّشريع بالاستصلاح، لما استطاعت الشّريعة أن تَفِيَ بمصالح العباد، ولقَصُرَتْ عن تلبية حاجاتهم، ووقفت جامدةً غيرَ صالحةٍ لمسايرةِ مختلفِ الأزمنةِ والأمكنةِ والبيئاتِ والأحوالِ، مع أنّها شريعةٌ عامّةٌ وخاتمةٌ لجميع الشّرائع السّابقة([3])، ويؤكّد ذلك أيضًا الأستاذ محمد أبو زكريا البرديسي حيث يرى أنّ بناء الشّريعة على المصلحة المرسلة أمرٌ ضروريٌّ لا مناص منه، لأنّه إن لم يُفتح هذا البابُ، فإنّ الشّريعة تكون عاجزةً عن إيجاد أحكامٍ لما يستجدّ من النّوازل التي لا يمكن

([1]) الطّاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تح: الطاهر الميساوي، (ص309).

([2]) ينظر: الطّاهر بن عاشور، **المرجع نفسه**، (ص315-316).

([3]) ينظر: عبد الوهاب خلاّف، **مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه**، (ص90-91).

استنباط حُكمها من الكتاب أو السُّنة أو الإجماع أو القياس، وحينئذ تُوصَف الشّريعة بالجمود وعدم مسايرة الأزمان والبيئات، بينما الشّريعة الإسلاميّة شريعةٌ خالدةٌ وصالحةٌ لكل زمان ومكان([1]).

ولذلك يتعيّن على المجتهدين الأخذُ بالمصالح المرسلة في باب المعاملات، وإن لم يشهد لهذه المصلحة دليلٌ خاصٌّ أو نصٌّ معيّن، وذلك إذا كانت ملائمةً لجنس تصرّفات الشّارع وموافقةً لكلّياته وقواعده العامّة، وفي ذلك يقول الإمام الشّاطبي:«كلّ أصلٍ لم يشهد له نصٌّ معيّن، وكان ملائمًا لتصرفّات الشّرع، ومأخوذًا معناه من أدلّته؛ فهو صحيحٌ يُبنى عليه، ويُرجَع إليه، إذا كان ذلك الأصلُ قد صار بمجموع أدلَّته مقطوعًا به، لأنّ الأدلّة لا يلزم أن تدلّ على القطع بالحُكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها... لأنّ ذلك كالمتعذر، ويدخل تحت هذا ضربُ الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالكٌ والشّافعيُّ، فإنّه وإن لم يشهد للفرع أصلٌ معيّن فقد شهد له أصلٌ كلّيٌّ».([2])

المطلب الثالث: شروط العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة

اشترط فقهاء المالكيّة شروطًا معيّنة في اعتبار المصلحة المرسلة حتى لا تُتّخذ المصلحةُ ذريعةً للأهواء والعبث بالتّشريع، لأنّ اعتبار المصلحة أمرٌ تقديريٌّ إذا لم يُحتَطْ فيه بضوابط كان طريقًا إلى الزّلل والبُعد عن أحكام الدّين وتتمثّل هذه الشّروط فيما يأتي:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة المرسلة ملائمة للمقاصد الكلّيّة للشّريعة الإسلاميّة، أي أن تكون مندرجة تحت أصلٍ كلّيّ عام، وإن لم يُوجد دليل معيَّنٌ يدلُّ عليها بالخصوص([3])، وقد ذكر الإمام الشّاطبي أنّ من شروط المصلحة المرسلة: «الملاءمة لمقاصد الشّرع بحيثُ لا تُنافي أصلاً من أصوله أو دليلاً من أدلّته»([4])، فالمصالحُ التي تُعارضُ النّصوص الشّرعيّة هي مصالح ملغاةٌ لا اعتبار لها، فلا يصحُّ رعايةُ مصلحة في مساواة الإبن والبنت في الميراث، ولا في تغيير حُكم ثبت بالنّصِّ والإجماع، لأنّ ما ثبت

([1]) ينظر: محمد زكريا البرديسي، **أصول الفقه**: (ص330).

([2]) الشّاطبي، **الموافقات**، (27/1).

([3]) ينظر: حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، (ص117، 118).

([4]) الشّاطبي، **الاعتصام**، تح: سلمان آل مشهور، (47/3)، الشّاطبي، **الموافقات**، (41/1).

بالنّص فهو مصلحةٌ حقيقيّةٌ، وأمّا المصلحة التي تُعارض النّص فيغلب على الظنّ أنّها مصلحةٌ وهميّةٌ، ولا يُعدَلُ عن مصلحة حقيقيّة بمصلحةٍ وهميّةٍ([1]).

وقد أوضح الدّكتور فوزي خليل أنّ المصلحة إذا كانت مناقضةً لمقاصد الشّريعة، أو أحدِها فليست مصلحةً حقيقيّةً، حتّى وإن بدا فيها نفعٌ ظاهرٌ، بل هي مفسدةٌ يجب دفعها.([2])

الشّرط الثاني: أن يكون اعتبار المصلحة المرسلة فيما يدخُل فيه التّعليلُ على التّفصيل، ومجال ذلك المعاملات والعادات، أمّا مجال التعبّدات فلا مدخل للتّعليل فيها على التّفصيل، وفي ذلك يقول الإمام الشّاطبي: «موضوع المصالح المرسلة ما عُقِلَ معناهُ على التّفصيل»([3]).

و يُمكنُ اعتبار المصالح المرسلة في باب العبادات بصفة وجهيّة وليس مطلقًا، فالمصلحة المرسلة التي يُمكن اعتبارُها في باب العبادات هي التي تكون من قبيل رفع الحرج والتّخفيف، وذلك إذا كانت تلك المعاني المصلحيّة معقولة ومنضبطة.([4])

الشرط الثالث: أن يُحتجّ بالمصلحة المرسلة إذا كانت في رتبة الضّروري أو الحاجي، وهذا محلّ اتّفاق بين علماء المالكيّة القائلين بالاحتجاج بالمصلحة المرسلة، أمّا إذا انتضمت في رتبة التّحسيني، فقد اختلف فقهاء المذهب في الاعتداد أو العمل بها، فذهب الإمام القرافي إلى اعتبار المصلحة المرسلة والعمل بها في أيّ رتبةٍ وقعتْ سواء كانتْ ضروريّةً أو حاجيّةً أوتحسينيّةً، بينما ذهبَ كلٌّ من الإمام الشّاطبي والشّيخ الطّاهر بن عاشور إلى اشتراط عدم نزول المصلحة المرسلة عن رتبة الحاجي والضّروري، فإذا كانت في رتبة التّحسيني فلا اعتبار لها.([5])

([1]) ينظر: خلاف، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه**، (ص100).

([2]) ينظر: فوزي خليل، **المصلحة العامّة من منظور إسلامي**، (ص81).

([3]) الشاطبي، **الاعتصام**، تح: سلمان آل مشهور، (57/3).

([4]) ينظر: حاتم باي، **المرجع السّابق**، (ص123).

([5]) ينظر: القرافي، **نفائس الأصول**، (4270/9، 4271) ،حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، (ص124، 125).

الشّرط الرّابع: اشترط المالكيّة أن تكون المصلحة المرسلة عامّةً لا خاصّة، أي يعود نفعها على عموم النّاس وليس على فرد من الأفراد، وممّن اشترط هذا الشّرط الإمام ابن السّرّاج وابن العربي والشّيخ الطّاهر بن عاشور.([1])

المطلب الرابع: حجيّة العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الأحكام التعبّديّة كأحكام الصّلاة والصّيام غير معقولة المعنى لا يدخلها القياس ومن أولى المصلحةُ المرسلةُ، وإنّما مجال العمل أو التّرجيح بالمصلحة إنّما هو في المعاملات التي هي معلّلة ومعقولة المعنى.([2])

وقد ذهب جمهور فقهاء المالكيّة- ماعدا ابن الحاجب- إلى اعتبار المصلحة المرسلة دليلًا مستقلًّا في تشريع الأحكام، ويرى الإمام مالك أنّ:" المناسب المرسَلُ حجّةٌ مطلقًا"، يقول الإمام القرافي: «المصلحة المرسلةُ، وهي عند مالك –رحمه الله- حُجّة»([3]).

وقد استدلّ المالكيّة على حجّيّة العمل بالمصلحة المرسلة بالاستقراء إذ إنّه ثبت بالاستقراء أنّ أحكام الشّريعة الإسلاميّة قد رُوعي فيها الأخذ بمصالح النّاس وذكر الشّيخ الطّاهر بن عاشور أنّه باستقراء النّصوص الشّرعيّة يتبيّن لنا أن المقصد العام من التّشريع هو حفظ نظام الأمّة واستدامة صلاحه بصلاح الإنسان، وأنّ صلاحَه يشمل صلاحَ عقله وعمله، وصلاح بيئته، التي يعيش فيها.([4]) كما بيّن أيضا أنّه: «من عموم هذه الأدلّة حصل لنا اليقين بأنّ الشّريعة متطلّبة لجلب المصالح ودرأ المفاسد، واعتبرنا هذا قاعدةً كلّيّةً في الشّريعة» ([5])،وأوضح الإمام الشّاطبي أنّ التّكاليف مشروعةٌ لمصالح العباد الدّنيوية والأخروية، واعتمد في إثبات ذلك، على استقراء وتتبُّع جزئيات الأحكام الشرعيّة فوجد أنّها كلّها قد جاءت لرعاية مصالح العباد في العاجل والآجل معا.([6])

([1]) ينظر: ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، (ص406).

([2]) ينظر: وهبة الزّحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، (757/2)، خلاف، **مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، (ص91).

([3]) ينظر: القرافي، **تنقيح الفصول**، (ص112)، حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، (ص107)، وهبة الزّحيلي، **المرجع السّابق**، (757/2-758).

([4]) ينظر: الطّاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تح: الطاهر الميساوي، (ص273).

([5]) الطّاهر بن عاشور، **المصدر السّابق**، (275).

([6]) الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشّريعة**، (4/2).

وخلص إلى القول بأنّه:« إذا دلّ الاستقراء على هذا، وكان في مثل هذه القضيّة مفيدًا للعلم، فنحن نقطع بأنّ الأمر مستمرٌّ في جميع تفاصيل الشّريعة».([1])

ويرى أستاذنا الدّكتور يوسف القرضاوي أنّ جمهور الفقهاء يعتبرون المصلحة المرسلة دليلاً شرعيًّا يُستمدّون منه الأحكام الشّرعيّة، ويظهر ذلك جليًّا في استنادهم إليها واستدلالهم بها من النّاحية العمليّة سواء في التّشريع أو الفتوى أو القضاء، فإنّ من يتصفّح كتب الفقهاء في مختلف المذاهب يجد الكثير من المسائل والأحكام الفقهيّة إنّما عُلّلت بمطلق مصلحةٍ تُجلب أو مفسدةٍ تُدرأ، كما أنّ الصحابة ﷺوهم أفقه هذه الأُمّة كانوا أكثرَ النّاس استعمالًا للمصلحة المرسلة واستنادًا إليها([2])، وهو ما أكّد عليه أيضًا أستاذنا الدّكتور البوطي-رحمه الله-أيضًا حيث قال: «المصالح المرسلة مقبولةٌ بالاتّفاق».([3])

الفرع الثاني: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيُّر وجه المصلحة المرسلة

الأصل أنّ الذي يُفتى به هو الرّاجح أو المشهور في المذهب، ولا يجوز للمجتهد أن يفتي أو يحكم بغيرهما، كما سبق بيانه، ولكن إذا اقتضت المصلحةُ أن يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح فيمكنه ذلك، وقد صرّح الإمام اللّقاني بأنّ بعضَ متأخّري فقهاء المالكيّة كأبي عبد الله بن عتاب([4])، وأبي الوليد ابن رشد، وأبي الأصبغ بن سهل([5])، والباجي، وأبي بكر بن زرب([6])، والقاضي أبي بكر بن العربي، واللّخمي([7])، وغيرهم قامُوا بتصحيح بعض الرّوايات والأقوال والتي عدلُوا فيها عن الرّاجح أو

([1]) **المصدر نفسه**، (5/2).

([2]) ينظر: أستاذنا يوسف القرضاوي، **تيسير الفقه للمسلم المعاصر**،(ص92).

([3]) ينظر: أستاذنا محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلامية**، (ص352).

([4]) هو محمد بن عبد الله بن عتاب أبو عبد الله القرطبي المالكي، كان إماما جليلا، وكان بصيرا بالأحكام والعقود والحديث توفّي سنة 402هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السامي**، (247/4)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص274).

([5]) هو عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، أبو الأصبغ، الفقيه المالكي الأندلسي،، كان يحفظ المدونة والمستخرجة حفظا متقنا،ت:486هـ، ينظر: ابن فرحون، **الديباج المذهب**، (ص181-182)، مخلوف، الشجرة الزّكية، (122/1).

([6]) هو أبو بكر محمد بن يبقى بن زرب القرطبي، ولي القضاء بقرطبة، (ت:381هـ)، له تآليف كثيرة ومنها: الخصال في الفقه المالكي، الرد على ابن المسرة، وغيرها، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**،(141/3)، ابن فرحون، **الديباج المذهب**(ص268).

([7]) هو علي بن محمد الرّبعي أبو الحسن اللّخمي، فقيه مالكي، كانت له اختيارات خارج المذهب، له كتاب التّبصرة، وهو معتمد في المذهب، توفّي سنة478هـ ، ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق**،(ص298).

المشهور إلى القول المرجوح، وجرى به عملُ القضاة والمفتين لما اقتضته المصلحةُ وجرى به العرفُ، وأنّ هذا ممّا ذكره القرافي في القواعد، وابن رشيد([1]) في رحلته وغيرهما من الشّيوخ([2])، وهو ما أكّده أيضا ابن هلال([3]) بقوله:« وإذا تقرّر هذا فأبو المودّة خليل جرى على قاعدته من إتيانه بالمشهور، إذ لا يُفتي بغيره، وبالمشهور أفتى ابن أبي زيد وغيره، وكذلك ابن الحاج في نوازله، غير أنّ المفتي المتأهّل، له الفتيا بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النّوازل والأشخاص»، ([4])كما أنّ المالكيّة عندما يقدّمون القول الضّعيف أو الشّاذّ على القول الرّاجح أو المشهور، وذلك عملاً بقاعدة ما جرى به العمل، فهم إنّما يرجّحون ما جرى به العمل وإن كان قولاً ضعيفاً أو شاذًّا بسبب تحقيقه لمصلحة كما سبق بيان ذلك في تعريف ما جرى به العمل في الفصل السابق، وذلك أنّ« فقه العمل إذا واتاه التّطبيق السّليم، والجري على الجادّة، والنّظر إلى المصالح المعتبرة، فإنّه وسيلة مُثلى لإثراء آلة الاجتهاد، ومدافعة التعصّب للمذهب». ([5])

و "العمل" بهذا المفهوم هو أيضاً قريبٌ من الاستحسان كما بيّن ذلك ابن العربي حيث يقول:«فمنه-أي من أنواع الاستحسان- ترك الدّليل للمصلحة، ومنه ترك الدّليل للتّيسير لرفع المشقّة وإيثار التّوسعة على الخلق([6])، وقد سبق بيان معنى الاستحسان في الفصل السابق وأنّ الشّاطبي قد عرّفه بأنّه:الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة قياسٍ كلّي، أي أنّه يُقَدَّمُ فيه الاستدلال المرسَل على القياس.([7]) كما عرّفه أشهب بأنّه: «عبارة عن تخصيص الدّليل بالعرف لمصلحة النّاس».([8])

([1]) هو محمد بن عمر الفهري، أبو عبد الله السّبتي ثمّ الفاسي، الحافظ عالم المغرب ومسنده، المعروف بابن رشيد المحدّث الرّحّالة،(ت:721هـ)، من مؤلفاته: السّنن الأبين وغيره، ينظر: الحجوي، **الفكر السامي**، (289/4).

([2]) ينظر: اللّقاني، **منار أصول الفتوى و قواعد الإفتاء بالأقوى**، مرجع سابق، (ص272)،.

([3]) هو إبراهيم بن هلال السّجلماسي، أبوإسحاق، فقيه مالكي، له فتاوى مشهورة، وله شرح على مختصر خليل، وشرح على صحيح البخاري، ونوازل في الفقه، توفّي سنة 903هـ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص58)، مخلوف، **شجرة النّور**،(ص268).

([4]) ينظر: أبو العبّاس الهلالي، **نور البصر**، (ص135)، المهدي الوزّاني، **النّوازل الجديدة الكبرى**، (168/5-171).

([5]) قطب الرّيسوني، **ماجرى به العمل في الميزان في الفقه المالكي، نظرية في الميزان**، (ص29-30).

([6]) ابن العربي، **المحصول**، (ص131) .

([7]) الشّوكاني، **إرشاد الفحول**،(ص987)، وأبو زهرة، **مالك**، (ص381).

([8]) الولاتي، **ايصال السالك إلى مذهب الإمام مالك**،(ص36)

ويصوّر اللّخمي في كتابه "التّبصرة" حقيقة الاستحسانَ بأنّه:« ترك قياس قويّ الشَّبَه إلى قياس بعيد الشَّبَه لمقتض من عرف أو مصلحة».([1])

ومن خلال هذه التّعريفات لقاعدة الاستحسان يتبيّن أنّ الاستحسان يتضمّن التّرجيح بالمصلحة وأنّ المالكيّة يعتمدون على الاستحسان المصلحي، وذلك من خلال عدولهم عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة من خلال الالتفات إلى مصلحةٍ لم يعُد القولُ الرّاجح أو المشهور يحقّقُها، وإنّما صار القول المرجوح هو الذي يحقّق تلك المصلحة التي رُوعِيَتْ في القول الرّاجح أو المشهور، بحيث لو أدرك القائل بالرّاجح أو المشهور هذا الزّمان، لم يَسَعْهُ إلاّ أن يُفْتِيَ بمقابل قوله الرّاجح الذي أفتى به سابقاً ، وهذا تماشيًا مع أصل من أصول مذهب الإمام مالك في العمل بالمصلحة المرسلة وبناء الأحكام عليها.

و كم في تُراثنا الفقهيّ من أقوال كانت مهجورة ومرجوحة، لأنّها لم تكن ملائمةً لأوضاعٍ سابقةٍ، ولم تحقّق المصلحةَ في ذلك الزّمان، ثم وُجِدَتْ وقائعُ وملابساتٌ أخرى مع مرور الزّمان وتغيّر الأحوال، جعلت بعضَ المجتهدين يعتبر تلك الأقوالَ ويرجّحُها ويُقوّيها، نظراً لما تُحقّقُه من مصلحةٍ، كما أنّ هذه الأقوال المرجوحةَ قد ثبتتْ ملاءمتُها للأوضاع المتطوّرة في المجتمعات، وذلك كما حدَث لأهل الأندلس وما عايشوه من أحداث قاسيّة، وما كان يحدق بهم من صراعٍ مع العدوّ الزّاحف، فخالفوا في الكثير من المسائلِ المشهورَ والرّاجحَ في المذهب المالكي كما سبقت الإشارة إلى بعض تلك المسائل في الفصل الثاني من هذه الدّراسة، فهذا المنهج الاستنباطي لدى متأخّري فقهاء الغرب الإسلامي كان له الفضلُ في إحياء أقوالٍ مهجورةٍ تُعَدُّ من قبيل الشاذّ والضّعيف، وجرى الإفتاء بها من قِبَلِ فقهائهم، فانحلّت بها كثير من المشاكل الاجتماعيّة، وعُولجتْ بها العديدُ من المستجدّات والنّوازل، وهذا يدلُّ دلالةً واضحةً على بُعْدِهِمْ عن الجُمود أو التعصُّب لقول معيَّن، فقد كان لهم نَظَرٌ سَديدٌ في الفتوى وعنايةٌ بالغةٌ بمعالجة النَّوازل والمستجدّات ، كما كان لهم بُعْدُ نَظَرٍ في تقدير المصلحة ومراعاةِ أحوالِ المستفتين، والتّخريجِ على

([1]) ينظر: محمد مصطفى شلبي، **تعليل الأحكام**، (ص 356).

أصول المذهب، فكانوا يستعملون القواعد الأصوليّة في استنباط الأحكام الشرعيّة وتحقيقِ المناط في كلّ نازلةٍ.([1])

وهذا يتطلّب من المجتهدين والفقهاء في كل عصرٍ أن يجدّدُوا النّظرَ في بعض المسائل الفقهيّة المبنيّة على المصلحة، وذلك إذا تغيّر وجهُ تلك المصلحة التي بُنِيَ عليها الحُكم، لأنّ الجمودَ على القول الرّاجح أو المشهور في المذهب مع تغيُّر وجه المصلحة وذلك في الأحكام التي بُنِيَتْ على أساس المصلحة يُوقِعُ النّاسَ أو المستفتي في الحرج والعنت، وقد جاءت الشّريعة لرعاية مصالح النّاس في العاجل والآجل ورفع الحرج والمشقّة عنهم، وفي ذلك يقول الدّكتور جمال الدّين عطية مُبيّناً موقف الفقهاء من هذا العدول:«...ثمّ تبيّن مع مرور الوقت وتغيّر الأحوال أنّ بعض الآراء في كتب المذاهب لا تُحقّق المصلحة التي هي أساسُ التّشريع، فعُدِلَ عن القول الرّاجح في المذهب إلى قول مرجوحٍ من المذهبِ نفسِه ولكنّه يُحقّقُ المصلحةَ بصُورةٍ لا يُحقّقُها الرّأيُ الرّاجحُ، وحَدَثَ هذا في مسائلَ عدّة» ([2])، ونقلَ الإمام التّسولي في شرحه على التّحفة عن قاضي الجماعة أبي القاسم بن النّعيم([3]) – بعد ذكره لحُكم نازلةٍ، وهي جريان العمل بفاس بأنّ والدَ القتيل إذا ادّعى دراهمَ من جهة المنهوب وأنكرها القاتلون، فإنّ القول قولُ والدِ القتيل مع يمينه، وهو خلاف ما عليه القول المشهور في المذهب من أنّ القول للغاصب في القدر والوصف–أنّه قال:«وكم من مسألةٍ جرى الحُكم فيها بخلاف المشهور؛ ورجَّحها العلماءُ للمصالح العامّة ».([4])«

كما أكّد الإمام الشاطبي –رحمه الله– على أنّ كثيرًا من المسائل في فقه المعاملات قد تغيَّر حُكمُها تبعًا لتغيُّر وجه المصلحة فيها وفي ذلك يقول:« فإنّا وجدنا الشّارعَ قاصدًا لمصالح العباد، والأحكام العاديّة تدورُ معه حيثُما دارتْ، فترى الشّيءَ الواحدَ يُمنَعُ في حالٍ لا تكون فيه مصلحةٌ، فإذا كان فيه

([1]) ينظر: التّهامي زكريا ، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة**، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا (ص 4)، محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**، (ص64).

([2]) عطية، جمال الدين، مقال بعنوان: "**تجديد الفكر الاجتهادي**"،(ص35).

([3]) هو أبو القاسم بن أحمد بن أبي القاسم بن أبي نعيم الغسّاني الفاسي، قاضي الجماعة بفاس، ، أخذ عن المنجور والسّراج والحميدي وغيرهم، ، توفّي سنة 1032هـ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزكيّة**،(432/1)،الكتاني، **سلوة الأنفاس**، (104/2).

([4]) علي التّسولي، **البهجة في شرح التحفة**،(فصل الغصب والتّعدّي)، (574/2).

مصلحةٌ جازَ، كالدّرهم بالدّرهم إلى أجَلٍ يُمتَنع في المبايعة ويجوز في القرض، وبيعُ الرُّطَب بالتّمر يُمتنع حيث يكون مجرّدَ غَرَرٍ وربًا من غير مصلحةٍ، ويجوز إذا كان فيه مصلحةٌ راجحةٌ».([1])

ويبيّن الشيخ الطّاهر بن عاشور بأنّ بعض المعاملات كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها خلَلٌ يسيرٌ كبعض المفوّتات المقرّرة في الفقه فإنّه ينبغي الإغضاء عنها، وذلك ترجيحًا لمصلحة تقرير العقود والمحافظة على استقرار المعاملات بين النّاس.([2])

غير أنّه ينبغي التّنبيه على أنّه ليس كلُّ مصلحةٍ أو مفسدةٍ يمكن للمجتهد أن يعدل بسببها عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، إذ ليست كلُّ مفسدةٍ أو مصلحةٍ معتبرة شرعاً، وذلك لأنّ التّرجيح بالمصالح والمفاسد إنّما يقوم به مجتهد التّرجيح الذي بإمكانه أن يميّز بين ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، كما يمكنه أن يميّز بين ما هو من المصالح ضروري أو حاجيّ وبين ما هو في رتبة التّحسينيّات والكماليّات، وأمّا المقلّد الصّرف فلا يجوز له ذلك، لبُعْدِ مدركهما([3])، وقد بيّن العلاّمة أبو العباس الهلالي ذلك بقوله:« لا بدّ هنا من أهليّة التّرجيح بإتقان الآلات والقواعد، إذ ليست كلُّ مصلحةٍ أو مفسدةٍ تُعتبرُ في نظر الشّرع، فلا بدّ من نَظَرٍ في ذلك بمَلَكَةٍ يُمَيَّزُ بها بين المعتبَر شرعاً وغيرِ المعتبَر، ويَعْلَمُ بها أنّ الكليّات الخمس تُرَجَّحُ، أعني الدِّين والنّفس والنَّسَبَ والعقل والمال، وهل هي ضروريةٌ أو حاجيةٌ أو تحسينية، أو مُلْحقةٌ بشيء من ذلك ليُقَدِّمَ ما يُقَدِّمُ، ويُؤَخرَّ ما يُؤَخِّرُ».([4])

وسوف يعرض الباحث في الفصل الرّابع بعض المسائل الفقهيّة التي عدل فيها بعض متأخّري فقهاء المالكيّة عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب بسبب تغيّر وجه المصلحة.

([1]) الشّاطبي أبو إسحاق، **الموافقات في أصول الشّريعة**، (232/2).

([2]) ينظر: ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تح: محمد الطّاهر الميساوي، (ص478).

([3]) ينظر: محمد الحجوي، **الفكر السامي**،(466/4).

([4]) ينظر: أبو العباس الهلالي: **نور البصر** (ص142).

المبحث الثالث:

العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف درء المفسدة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

المطلب الثالث: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة

المطلب الأول: تعريف درء المفسدة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف درء المفسدة لغة

أولا: تعريف الدّرء لغة

الدَّرْءُ لغةً: هو الدَّفْعُ، ودَرَأَ عنه الحَدَّ لوجُود شُبْهَةٍ أَيْ دَفَعَهُ، ودَارَأْتُه: أي دَافَعْتُهُ([1])

ثالثا: تعريف المفسدة لغة

المَفْسَدَةُ لغةً مشتقّةٌ مِنْ فَسَدَ فَسُد فَسادًا وفُسُودًا، وفَسَدَ ضِدّ صَلُحَ، والفَسَادُ نَقِيضُ الإِصْلاح، والفسَادُ أخذُ المال ظُلْمًا، والمفسَدَةُ ضدُّ المصلحة، واسْتَفْسَدَ ضِدُّ اسْتَصْلَحَ.([2])

وعرّف الشّيخ الطّاهر ابن عاشور المفسدة بقوله: « هي ما قابل المصلحة، وهي وصفٌ للفعل يحصُلُ به الفسادُ أي الضّرّ دائمًا أو غالبًا، للجمهور أو للآحاد».([3])

ويُستخلص من هذا التّعريف أنّ حقيقة المفسدة التي يجب درؤها هي التي تكون مطّردة أو غالبة، سواء كانت خاصّة أو عامّة، وذرء المفسدة في اللّغة هو: هي دفع كلّ فعل يحدث ضررًا للفرد أو المجتمع.

الفرع الثاني: تعريف درء المفسدة اصطلاحاً باعتبارها لقبا

يمكن للباحث أن يُصوغ من خلال تعريف المفردات السّابقة تعريفًا اصطلاحيًّا لدرء المفسدة وهو: دفع كلّ ما من شأنه إلحاق ضرر عام أو خاص دائمًا أو غالبًا، وذلك بحسم مادّة الفساد والمنع من أي فعل يفضي إليها ولو كان مباحًا في الأصل .أو بعبارة أخرى هو: دفع وإزالة كلّ ما يُحْدِثُ ضررًا دائمًا أو غالبًا.

([1]) ينظر: الرّازي، **مختار الصحاح**، مادة(درأ)، (ص84)، الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مادة(درأ)، (ص40).

([2])ينظر: الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مادة(فسد)، (ص306)، الفيومي، **المصباح المنير**، (ص180)، الرّازي، **مختار الصحاح**، مادة(فسد)، (ص211).

([3]) ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، (ص279).

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

الفرع الأول: اعتبار المآل

أولاً: تعريف اعتبار المآل لغة

1-تعريف الاعتبار لغة:

الاعْتِبَارُ لغةً: من عَبَرَ الشَّيْءَ واعْتَبَرَهُ، والاعْتِبَارُ هو الاعتِدَادُ بالشّيْءِ في تَرَتُّبِ الحُكْمِ ونحوه، ([1]) ولعلّ هذا المعنى اللّغويّ هو الأقربُ إلى المعنى الاصطلاحي.

2-تعريف المآل لغة:

المآل لغة: مَصْدَرٌ ميميٌّ مِنْ آلَ الشَّيْءُ يَؤُولُ أَوْلاً ومَآلاً: أي رَجَعَ، والمآلُ يدُلُّ عَلَى عَاقِبَةِ الشَّيْءِ وانْتِهائِهِ ([2]) قال ابن فارس:" الهمزة والواو واللاّم أصلان ابتداءُ الأمْرِ وانتهاؤُهُ،([3])فيكون معنى المآل في اللّغة هو الرّجوع، وانتهاء الأمر وعاقبته، فيكون معنى اعتبار المآل في اللّغة هو مراعاة نتائج الأفعال.

ثانيًا: تعريف اعتبار المآل اصطلاحا باعتباره لقبًا

لم أجد من العلماء القدامى من تعرّض إلى تعريف اصطلاحيّ لاعتبار المآل إلاّ ما كان من بعض الإشارات إلى مدلولها، ولعلّ أبرز من اهتمّ ببيان أهميّة مراعاة المآل في النّظر الاجتهادي هو الإمام الشّاطبي-رحمه الله- والذي عبّر عنها بقوله:«النّظر إلى مآلات الأفعال معتَبَرٌ مقصودٌ شرعًا كانت الأفعال موافقةً أو مخالفةً».([4])

ومعنى ذلك أنّ على المجتهد أن يُقدِّر مآلات الأفعال، ويقدّرَ عواقب حُكمه وفتواه فلا يُصدِر حُكمًا على الأفعال أو الأقوال إلاّ بعد أن ينظر إلى آثرها وعواقبها وبما ستؤول إليه من مصلحة أو مفسدة، فإن كان الحُكم يؤول إلى مآل فيه مصلحة كان ذلك الفعل مطلوبًا شرعاً، وإن كان يؤولُ إلى مآل فيه مفسدةٍ، فإنّه يكون ممنوعًا شرعاً.([5])

([1]) ينظر: الفيّومي، **المصباح المنير**، (ص202).

([2]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**: مادة(أَوَلَ)،(130/1)

([3]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، مادة(أَوَلَ)، (158/1).

([4]) الشّاطبي، **الموافقات**، (194/4).

([5]) ينظر: أحمد الرّيسوني، **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**، (ص381).

أمّا العلماء والباحثون المعاصرون فإنّهم قد عرّفوا اعتبار المآل بتعريفات متقاربة، ولعلّ التّعريف المختار للباحث هو تعريف الدّكتور عبد الرّحمن السّنوسي والذي عرّفه بقوله: «هو تحقيقُ مَنَاط الحُكم بالنّظر في الاقتضاء التَّبَعي الذي يكون عند تنزيله، من حيث حصولُ مَقصدِه، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء».([1])

– شرح التّعريف:

فقوله:(تحقيقُ مَنَاط الحُكم) أي: الكشف عن وجود العلّة في الحادثة التي محلّ الاجتهاد، فخرج بهذا تعدية العلّة دون النّظر إلى النّتائج المترتّبة على ذلك الحكم.

وقوله:(بالنّظر في الاقتضاء التَّبَعي) أي:إذا وُجدت موجباتٌ لاستثناء بعض الأحكام من العموم الأصلين فإنّه يُراعي فيها هذا المعنى الإضافي القائم بها، والذي يتطلّب تجديد النّظر فيما لم يتضمّنه التجريدي الأصلي، كما هو الحال في مراعاة الخلاف بعد الوقوع والذي سبق بيانه في الفصل الثالث من هذا البحث.

وأمّا قوله: (عند تنزيله) أي:يراعى سلامة النتائج عند وجود الملابسات والعوارض الفعليّة في الواقعن من خلال التّكييف الذي يُراعى فيه النّظر إلى المآلات التي تنجم عن تطبيق الحكم، مع ملاحظة المقصد الذي شُرِّعَ من أجله ذلك الحُكم.

وقوله:(والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء) أي النّظر إلى ما يترتّب على ذلك الحكم من آثار في ضوء المقاصد الشّرعيّة، سواء كان ذلك البناء لتجنّب وقوع المآلات الممنوعة أو لبيان جواز الأفعال التي تؤول إلى مآلات المحمودة.([2])

ثانيا: علاقة اعتبار المآل بدرء المفسدة

بيّن الإمام الشاطبي العلاقة بين اعتبار المآل ودرء المفاسد حيث يرى أنّ النّظر في مآلات الأفعال معتبرٌ ومقصودٌ شرعاً، إذ إنّ المجتهد لا يحكم على فعل أحدٍ من المكلّفين بالمنع أو الجواز إلاّ بعد أن ينظر إلى ما سيؤول إليه هذا الفعل من نتائج ومآلات، فقد يكون الفعل مشروعاً ابتداءً لأنّه يجلبُ مصلحةً أو يدفع مفسدةً، ولكن إذا نظرنا إلى مآله ونتيجته فإنّه يؤدّي إلى خلاف المقصود الشّرعيّ،

([1]) عبد الرّحمن السّنوسي، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرّفات**، (ص19).

([2]) ينظر: **المرجع نفسه** ، (ص20، 21).

وقد يكون الفعلُ غيرَ مشروعٍ ابتداءً لأنّه يجلب مفسدةً أو يدفع مصلحةً ، ولكن إذا نظرنا إلى مآله فإنّه يؤدّي إلى خلاف ذلك، فإذا قلنا بأنّ الفعل الأول مشروعٌ فربّما أدّى جلب المصلحة فيه إلى وجود مفسدةٍ تُساوي تلك المصلحة أو تزيد عليها، وبالتّالي فلا يمكن أن نحكم عليه بالمشروعيّة إذ أنّ درأ المفاسد مُقَدَّمٌ على جلبِ المصالح كما هو معلومٌ في علم المقاصد الشرعيّة، وكذلك إذا قلنا بأن الفعل الثّاني غير مشروعٌ فربّما أدّى دفع المفسدة إلى جلب مفسدة تساويها أو تزيد عليها وبالتّالي فلا يمكن أن نحكم عليه بالمشروعيّة، إذ أنّه يتحمل أهون الشرّين وأخفّ الضّررين كما هو مقرر في القواعد الفقهيّة([1]).

فالنّظرُ إلى مآلات الأفعال وبناء الأحكام عليها يؤدّي إلى اتّقاء المفاسد أو التّقليل منها سواء كان الفعلُ في أصله مشروعاً أو غيرَ مشروعٍ، ويمكن أن أمثّل للفعل الأول بما وقع في خلافة عمر ﷺ حينما رفض سيّدنا عمر ﷺ تقسيم الأراضي المفتوحة على المقاتلين بعد أن كانت تُقَسَّم عليهم في زمن رسول اللهﷺ، فعمرﷺ قد نظر إلى ما سيؤُول إليه هذا الحُكم من مفسدةٍ هي أعظمُ من مصلحة تقسيمِ الأراضي على المقاتلين فتكون حِكْرًا عليهم ، فرأى أن تبقى هذه الأراضي في أيدي أصحابها ويدفعون الخراج منها لبيت مال المسلمين، وفي هذا نفعٌ أشملُ للمقاتلين ولمن يأتي بعدهم من أجيالٍ مسلمةٍ ([2])، كما يمكن التّمثيل لذلك أيضا ببيع العنب فإنّه جائزٌ ابتداءً ، ولكن لا يجوز بيع العنب لمن يتّخذه خمراً سدًّا لذريعة الفساد، وأمّا الفعل الثاني فيمكن التّمثيل له بما وقع لشيخ الإسلام ابن تيمية –رحمه الله– حينما مرّ هو وأصحابه بجماعة من المغول يشربون الخمرَ فقال بعض أصحابه: ألا تنهاهم عمّا هم فيه من هذا الفعل المحرّم فقال له ابن تيمية: لا أفعل فإنّ الله حرّم الخمر لأنّها تصدُّ عن ذكر الله وعن الصّلاة وأمّا هؤلاء فإنّها تصدُّهم عن سفك دماء المسلمين، فللّه درُّه من إمامٍ فَقِهَ مقاصدَ الشَّرع فَوَازنَ بين المصالح والمفاسد بنظرٍ ثاقبٍ وفَهْمٍ سديدٍ.([3])

الفرع الثاني: سدّ الذرائع:

سبق الحديث عن تعريفها وحجّيتها في المبحث من الفصل الثالث من هذه الدّراسة.

([1]) ينظر: الشاطبي، **الموافقات**، (141/140/1).

([2]) ينظر: أستاذنا : يوسف القرضاوي ، **السّياسة الشّرعيّة في ضوء نصوص الشّريعة ومقاصدها**، (ص172).

([3]) ينظر: ابن القيم، **إعلام الموقّعين**، (13/3).

ثانيا: علاقة سدّ الذرائع بدرء المفسدة

تتمثّل العلاقة بين سدّ الذرائع ودرء المفاسد في أنّ المقصدَ من سدّ الذرائع هو درء المفاسد وإبعادُها وحَسْمُ مادّةِ الفسادِ ولو كانت الوسيلةُ المفضيةُ إلى هذه المفسدة مباحةً في أصلها، كما أنّ سدّ الذّرائع منوط بالموازنة بين المصالح والمفاسد، إذ إنّ الذّرائع التي يجب سدُّها ومنعها هي التي غلب فسادُ مآلها على مصلحة أصلها([1])، وفي ذلك يقول الشّيخ الطاهر بن عاشور: «فاعتبار الشّريعة بسدّ الذّرائع يحصل عند ظهور غلبةُ مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذّريعةُ الواجب سدُّها».([2])

المطلب الرابع: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة

من الأسباب التي تجعل المجتهد يعدل عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي كون الإفتاء بالقول الرّاجح أو المشهور يؤدّي إلى وقوع مفسدة غالبة ومحقّقة، ويصير مقابله من القول المرجوح يمنع وقوع تلك المفسدة، كما صرّح بذلك العلاّمة أبو العباس الهلالي فقال: «الأمورُ التي تُوجِبُ ترجيحَ غيرِ المشهورِ كونُهُ طريقاً لدرأ المفسدة»([3])، واحتجّ لذلك بأنّ الشريعة قد جاءت لدفع المفاسد، فإذا توقّف ذلك على مقابل الرّاجح أو المشهور غلَب على الظنّ أنّ الذي أفتى بذلك القول الرّاجح أو المشهور لو أدرك هذا الزّمان الذي توقّف فيه دفعُ المفسدة على مقابل قوله لعدل عن ذلك القول الرّاجح أو المشهور إلى مقابل قولِه فأفتى بالقول المرجوح، ولكنَّ هذا التّرجيح بدرء المفسدة ليس من عمل عامّة النّاس، بل هو من اختصاص المجتهد الذي له أهليّة التّرجيح، إذ ليست كلُّ مفسدةٍ تُعْتَبَرُ في نظر الشَّرع.([4])

وقد بيّن الإمام الحجوي أيضًا أنّ من بين الأُسُس التي يقوم عليها فقه العمليّات أو ما جرى به العمل هو أن يعمِدَ بعضُ القضاة في بعض المسائل الخلافيّة إلى العدول عن القول الرّاجح إلى الحكم

([1]) ينظر: حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يبنى عليها المذهب المالكي**، (ص657).

([2]) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلاميّة**، تح: الطّاهر الميساوي، (ص366).

([3]) أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر**(ص142).

([4]) ينظر: **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

بقول يخالف المشهور في المذهب، وذلك لدرء مفسدة أو خوف فتنة، لأنّ العمل بالضّعيف إذا كان لدرء مفسدة فهو على أصل الإمام مالك في سدّ الذّرائع.([1])

وهو ما قرّره الإمام الشّريف العلمي([2]) في الحكم بتأبيد التّحريم على الهارب بامرأة ليتزوّجها، مبيّنًا أنّ سبب هذا التّحريم المؤبّد هو وقوع المفسدة فقال:« ولم يزل أهلُ الفتوى والقضاء يختارون الفتوى بقولٍ شاذٍّ ويحكمون به لدليلٍ ظهر لهم ترجيحُه... فمن باب أَولى وأحرى أن يُفتَى في قطع مادّة هذه المفسدة بقول شاذٍّ خارج المذهب، فكيف وهو موجودٌ في المذهب... وما ذلك منهم إلا مراعاةً للقاعدة الجارية في سدِّ الذّرائع، وحَسْمِ مادّة الفساد، وهي من أصول المذهب المالكي».([3])

كما أنّ من الأسباب التي تجعل المجتهد يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، وذلك عند مراعاته للخلاف بمقتضًى مصلحيٍّ تتمثّل أيضًا في دفع المفسدة التي تحدث بعد الوقوع عند العمل بمقتضى الدّليل الأصلي، فإنّ حدوث المفسدة بعد وقوع الفعل هو الذي يستدعي من المجتهد مراعاةَ الخلاف وإعادةَ النّظر في أدلّة المخالِف بعد الوقوع تلافيًا لتلك المفسدة التي قد تكون أشدَّ من مفسدة النّهي، وهو ما قرّره الشاطبي بقوله:« مَنْ وَاقَعَ منهيًّا عنه فقد يكون فيما يترتّب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التّبعيّة لا بحُكم الأصالة، أو مؤدٍّ إلى أمرٍ أشدَّ عليه من مقتضى النّهي، فيُترَك وما فعَل من ذلك ، أو نُجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرًا إلى أنّ ذلك الواقع واقَعَ المكلَّف دليلاً على الجملة وإنْ كان مرجوحًا، فهو راجحٌ بالنّسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأنّ.... تلك أَوْلى من إزالتها مع دخول ضررٍ على الفاعل أشدّ من مقتضى النّهي، فيرجع الأمرُ إلى أنّ النّهي كان دليلُه أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن المرجِّحة».([4])

فالمالكيّة حينما يُعْمِلُون قاعدةَ مُراعاةِ الخلاف في المسائل الفقهيّة بعد وقوع الفعل، فإنّما يَعْمَلُون بلازم مدلول المخالِف أو بعض مدلولِه، وذلك مثل تصحيحهم للبيوع المختلف فيها أو الأنكحة

([1]) ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، (465/4).

([2]) هو محمد بن محمد الطّيب شاقور الحسني العلمي، فقيه مالكي، قدم فاس، وأخذ عن جمع من علمائها، له: النّوازل، توفّي سنة: 1194، ينظر: الكتاني، **سلوة الأنفاس**، (388/2).

([3]) المهدي الوزّاني، **المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"**، (3/ 287، 288).

([4]) الشاطبي، **الموافقات**، (203/4، 204).

المختلَف فيها بعد وقوع هذه العقود، فهم بذلك يُراعون دليلَ وقولَ المخالِف رغم كونه مرجوحاً في أصل النّظر عندهم، وذلك بسبب دفع مفسدةٍ هي أشدّ على المتعاقدين من مفسدة الفعل المنهيّ عنه قبل وقوعه، وفي ذلك يقول الشاطبي:«فالنّكاح المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلافُ، فلا تقع فيه الفُرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدّخول، مراعاة لما يقترن بالدّخول من الأمور التي ترجّحُ جانبَ التّصحيح، وهذا كلُّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه الحُكم بالنّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدةٍ تُوازي مفسدةَ النّهي أو تزيد»،([1]) فحقيقة مراعاة الخلاف الإمام الشّاطبي – رحمه الله –هي: إعادةُ نظرٍ من المجتهد في الأحكام التي يقرّرُها، وذلك بمراعاة المآلات بعد تقرير الأدلّة في المسائل الخلافيّة، بحيث يجب عليه في هذه الحالة أن يلاحظ أمورًا تستدعي إعادة النّظر في الحُكم بعد الوقوع، إذ حالةُ الحُكْمِ بعد الوقوع تختلفُ عن حالته قبلَه، وذلك أنَّ بعد الوقوع قد تنشأُ أمورٌ جديدةٌ تستدعي نظرًا جديدًا، وقد تظهرُ هناك إشكالاتٌ لا يمكن حلُّها إلّا بالنّظر إلى الأمر الواقع بالفعل، واعتبارِهِ شرعيًّا بالنّظر لقول المخالِف وإن كان ضعيفًا في أصل النّظر، لكن لمّا وقع الأمرُ على مقتضاه، رُوعِيَتْ المصلحةُ وتجدَّدَ الاجتهادُ في المسألة من جديدٍ بنظرٍ وأدلّةٍ أخرى.([2])

وقد أوضح عبد الله دراز هذا الأمر في تعليقه على كلام الشّاطبي في الموافقات بقوله:« فمالك- مع كونه يقول بفساد النّكاح بدون وليّ- يُراعي في ذلك الخلاف عندما ينظر فيما يترتب بعد الوقوع، فيقول: إنّ المكلّف واقع دليلًا على الجملة، وإن كان مرجوحًا إلا أنّ التفريع على البطلان الرّاجح في نظره يؤدّي إلى ضررٍ ومفسدةٍ أقوى من مقتضى النّهي على ذلك القول، وهذا منه مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع، وذلك بمراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين والتعويل بعد وقوع الفعل من المكلف على قول، وإن كان مرجوحا عند المجتهد ... فينظر المجتهدُ في هذا المآل ويفرّعُ على القول الآخَر المرجوح، باجتهادٍ ونظرٍ جديدٍ لولا المآل الطّارئ بعد الوقوع بالفعل ما كان له أن يفرّع عليه وهو يعتقد ضعفه ».([3])

([1]) ينظر: الشّاطبي، **الموافقات مصدر سابق**، (205،204/4).

([2]) ينظر: **المصدر نفسه، في الهامش** ، (151/4).

([3]) ينظر: **المصدر نفسه**، (205/4)، تعليق عبد الله دراز رقم :2 ، في الهامش.

المبحث الرابع:

العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة

ويتضمن ستّة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضّرورة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

المطلب الثالث: الفرق بين الحاجة و الضّرورة

المطلب الرابع: أدلّة مراعاة حالة الضرورة أو الحاجة في العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

المطلب الخامس: ضوابط الضرورة الشّرعيّة

المطلب السادس: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة والحاجة

المطلب الأول: تعريف الضّرورة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الضّرورة لغة

الضَّرُورَةُ لغةً: اسمٌ لمصدر الاضْطِرَار، تقول: حملتني الضَّرُورَةُ على كذا وكذا، وأَصلُهُ منَ الضَّرَرِ وهو الضَّيْقُ، والضَّرُورَةُ كالضَّرَّةِ، والضَّرَّةُ هي شِدَّةُ الحَالِ، و الاضْطِرَرُ: الاحْتِيَاجُ إِلىَ الشَّيْءِ ، ورَجُلٌ ذُو ضَارُورَة وضَرُورَة أي ذو حاجَةٍ ، وقد اضْطُرَّ إلى الشّيْءِ أَيْ: أُلْجِئَ إليه، والضَّرَّاء هي الحالةُ التي تضُرُّ، وهي نَقِيضُ السَّرَّاء.([1])

وقال ابن فارس: الضَّادُ والرَّاءُ ثَلاَثَةُ أصول، وذكر أنّ الأصل الأول: هو خلاف النّفع، واضطرّ فلان إلى كذا من الضّرورة.([2])

فالضَّرُورَةُ في اللّغة تعني: الضّيق وشدّة الحال وشدّة الاحتياج إلى الشَّيْءِ، وهذا المعنى اللّغوي هو الذي يتناسب مع المعنى الاصطلاحيّ للضّرورة.

الفرع الثاني: تعريف الضّرورة اصطلاحاً

عرّفها الإمام الجرجاني بقوله:«الضَّرُورَةُ: مشتقة من الضَّرَر ، وهو النَّازل ممَّا لا مَدْفَعَ له».([3]) وحقيقة الضّرورة كما بيّنها بعض الباحثين: هي أن يقع الإنسان في حالة من المشقّة الشّديدة أو الخطر بحيث يخشى أن يلحقه ضرر أو أذى في نفسه أو في أحد أعضائه أو في عرضه أو في عقله أو في ماله، فيباح له ارتكاب المحرّم أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته ، وذلك لدفع الضّرر عنه في غالب ظنّه، وفق ضوابط شرعيّة معيّنة.([4])

وهذا التّعريف هو المعنى العام للضّرورة، وأمّا المعنى الخاصّ لها فيقتصر على دفع ضررٍ داخليّ كالجوع والعطش أو ضرر خارجيّ كالحريق، ويلاحظ أنّ المسائل التي جرى بها العمل بالقول المرجوح هي

([1]) ابن منظور، **لسان العرب** ، مادة (ضر)،(4/482-483-484).

([2]) ابن فارس، ، **معجم مقاييس اللغة**، (3/360).

([3])الجرجاني، **التعريفات**، (ص117).

([4]) ينظر: عبد السّلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**،(ص325)، وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي**،(ص67).

التي بنيت على الضّرورة بمعناها العام، ولم يقتصر فيها على الضّرورة بالمعنى الخاص، وإن كان المعنى الخاص هو الشّائع عند الفقهاء.([1])

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة

الفرع الأول: تعريف الحاجة لغة واصطلاحاً

أولا: تعريف الحاجة لغة

الحاجة لغة من الحَوَجِ، يُقالُ: حَاجَ الرّجُلُ يَحُوجُ إذا احْتَاجَ. ([2])و هي اسم مصدر للفعل احتاج، وتُطلق في اللّغة على عدّة معانٍ ومنها:

- تأتي بمعنى الغرض والرّغبة والمأرب كما في اللّسان.([3])

- تأتي بمعنى الاحتياج، فالحاجة هي ما يحتاج إليه مطلقًا، سواء أوصلت الحاجة إلى حدّ الضرورة أم لا ([4])

- تأتي بمعنى الفقر، فتطلق على الافتقار إلى الشّيء، والفقير هو المحتاج.([5])

-تأتي بمعنى الضّرورة، فهي تُطلق على الاضطرار إلى الشّيء.([6])

وأقرب المعاني إلى المعنى الاصطلاحي هو الاحتياج والافتقار إلى الشّيء، وفي بعض الأحيان تكون بمعنى الضّرورة.

الفرع الثاني: تعريف الحاجة اصطلاحاً

وقد عرّف الإمام الشاطبي الحاجة بقوله:«وأمّا الحاجيّات فمعناها أنّه مفتقر إليها من حيث التّوسعة ورفع الضّيق المؤدّي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللّاحقة بفوت المطلوب، وإذا لم تُـراعَ دخل علـى

([1])ينظر: عبد السلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي،مرجع سابق**، (ص326).

([2]) ينظر: الفيومي، **المصباح المنير**، مادة (حوج)، (ص61).

([3]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (حوج)، (242/2)

([4])ينظر:ابن منظور، **المصدر نفسه**، مادة(حوج)،(244/2)، ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، (114/2).

([5]) ينظر: الفيروزآبادي، **المصدر نفسه**، مادة(فقر)، (ص457)، ابن منظور، **المصدر السّابق**، (243/2).

([6]) ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، (114/2).

المكلَّفين على الجملة الحرج والمشقة ولكن لا تبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقّع في المصلحة العامّة».([1])

ومعنى ذلك أنّ الحاجة هي التي تؤدّي إلى حدوث العُسر والمشقّة، ولكنّها لا تصل إلى حدّ الوقوع في الهلاك، ولذلك فهي دون الضّرورة في المرتبة.

الفرع الثالث: التّعريف المختار:

التّعريف المختار للباحث هو تعريف الشّيخ محمد أبو زهرة، والذي عرّفها بقوله:«وأمّا الحاجةُ التي تُبيحُ المحرّمَ لغيره أو لعارض فهي أن يترتّب على التّرك ضيقٌ أو حرجٌ».([2])

وقد مثّل لها بالطّبيب ورؤية عورة المرأة عند العلاج إذا كانت الرؤيةُ لازمةً للعلاج.([3])

المطلب الثالث: الفرق بين الحاجة و الضّرورة

بالرّغم من أنّ كلاّ من الضّرورة و الحاجة تشتركان في أنّ لهما أثراً متقارباً في تغيير الأحكام الأصليّة وتخفيفها إلاّ أنّ الضّرورة تختلف عن الحاجة في الجوانب الآتية:

1-الضّرورة هي أشدّ باعثًا من الحاجة، وذلك لأنّ الضّرورة حالةٌ ملجئةٌ إلى ما لابدّ منه فتُبيح فعل المحظور لحماية الضّروريات الخمس، فالضّرورة تكون في أعلى درجات الافتقار والاحتياج، و أمّا الحاجة دونها في الرّتبة، فهي حالة تستدعي التّسهيل لرفع الضّيق والحرج ، فالضّرورة مبنيّةٌ على ما لا بدّ منه ممّا لا يَسَعُ الإنسانَ تركُهُ، وأمّا الحاجة فهي مبنيّةٌ على التّيسير والتّوسُّع ورفع الضّيق فيما يَسَعُ الإنسان تركُه، كما أنّ المشقّة في الحاجة هي أقلّ منها في الضّرورة، إذ أنّ المشقّة البالغة في الضّرورة تؤدّي إلى الهلاك أو ضياع أحد الضّروريّات الخمس، بخلاف الحاجة فإنّ المشقّة فيها لا تصل إلى حدّ انخرام أحد الكليّات الخمس ولكن يقع بتركها الحرج والضّيق، فالمضطرّ هو الذي يخشى على نفسه الهلاك، أمّا المحتاج فلا يخشى ذلك. ([4])

([1]) الشّاطبي، ، **الموافقات**، (11/2).

([2]) أبو زهرة محمد، **أصول الفقه**: (ص45)

([3]) ينظر: **المرجع نفسه، المكان نفسه**.

([4]) ينظر: محمد عثمان شبير، **القواعد الكلّيّة والضوابط الفقهية في الشّريعة الإسلاميّة**، (ص216)، عبد السلام العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص326)، نور الدّين الخادمي، **الحاجة الشرعية: حقيقتها، أدلتها، ضوابطها**، (ص41-42).

2-تختلف الضّرورة عن الحاجة من حيث التّأقيت والاستمرار، فالضّرورة والحاجة الخاصّة تثبت بهما أحكام مؤقتة تزول بزوالهما، فهي متعلّقة بالشّخص المضطرّ كمن اضطُرّ إلى أكل الميتة فتجيزُ الضّرورة له وحده تناولها، فإن وَجَدَ غيرَها حَرُم عليه تناولُ الميتة وانتهى حُكْمُ الضّرورة، وكذلك الأمر بالنّسبة للمحتاج حاجةً خاصّة، وأمّا الحاجة العامّة فأحكامُها مستمرّةٌ، ويستفيدُ منها المحتاجُ وغيرُه، كعقد السَّلَم مثلاً فيجوز لكلّ النّاس وليس إلى المحتاج إليه فقط؛ وإن كان السَّلَم في الأصل مخالفًا للقواعد الكلّيّة إذ هو بيع للمعدوم المنهيّ عنه، ولكنّه أُجِيز للحاجة العامّة([1]).

المطلب الرابع: أدلّة مراعاة حالة الضّرورة أو الحاجة في العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

استدلّ فقهاء المالكيّة على جواز مراعاة حالة الضّرورة أو الحاجة بما يأتي:

أولاً: من القرآن الكريم: استدلّوا بالآيات التي تدل مراعاة الشّريعة لحالة الضّرورة والحاجة ومنها:

قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [البقرة:172]، فهذه الآيات الكريمة تدلّ على مشروعيّة العمل بمقتضى الضّرورة واعتبارها في الأحكام الشّرعيّة، من خلال إباحة المطعومات المحرّمة في حالة الاضطرار، كما تدلّ على إباحة شائر المحرّمات في حالة الضّرورة في باب القياس.([2])

ثانيا: من السّنّة النّبوية: استدلوا بأحاديث كثيرة و منها:-ما رواه أبو واقد اللّيثيﷺ قال: قُلتُ يَا رَسُولَ اللهِ إِنَّا بِأَرْضٍ تُصِيبُنَا بِهَا مَخْمَصَةٌ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ؟ قال:« إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا وَلَمْ تَغتَبِقُوا وَلَمْ تَحْتَفِئُوا بها بَقْلاً فَشَأْنُكُمْ بِهَا».([3])

([1]) ينظر: محمد عثمان شبير، **المكان نفسه**، الخادمي، **المرجع السّابق**، (ص46-47)، أحمد كافي، الحاجة الشّرعيّة،(ص45).

([2]) ينظر: الجيزاني، **حقيقة الضّرورة الشّرعيّة**، (ص15)، عبد السلام العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي**، (ص328).

([3]) أحمد، **مسند الإمام أحمد**، رقم ح: 22243، 22246، (ص1600)، وصحّحه الحاكم في **المستدرك**، (125/4)، ينظر: الشّوكاني، **نيل الأوطار**، (246/4).

ووجه الدّلالة من هذا الحديث: أنّ النّبيَّ ﷺ قد أباح لهم أكل الميتةِ في حالة الضّرورة، وذلك إذا لم يجدوا ألبانًا يشربونها أو ثمرًا يأكلونه.([1])

ثالثًا: الاستقراء: إستقراء الأحكام الشّرعية، دليل قطعي على مشروعيّة الحاجة، إذ إنّ كثيرا من الأحكام الحاجيّة قد ثبتت بنصوصٍ من القرآن والسّنّة، ومنها الإجارة، السّلم، القرض، العريّة وغيرها، فثبوت هذه الأحكام الحاجيّة بالنّص والإجماع دليلٌ على مشروعيّة الحاجة ومكانتها في الاجتهاد واستنباط الاحكام.([2])

رابعًا: القواعد العامّة:

استدلّوا بالكلّيّات والقواعد الفقهيّة والنّصوص العامّة التي تبيّن أنّ الشّريعة الإسلاميّة هي دين اليُسر ورفعِ الحرج عن النّاس، سواء أكان الحكم منصوصًا عليه صراحةً في الكتاب والسُّنّة أم كان مستنبطاً بواسطة المجتهدين، وذلك لأنّ اللهﷻ قد جعل للإنسان مخرجًا وأحكاماً استثنائية ورخصًا شرعيّةً مناسبةً في حالة الشّدّة والعُسر، فثبوت كثير من الرّخص دليلٌ على شرعيّة الحاجة، كما أنّ مجال التّيسير ودفع المشقّة والضّيق ليس خاصًّا بالعبادات بل يشمل جميع الأحكام المتعلّقة بالمعاملات والأقضية، والعقوبات الجزائية والتّصرّفات الشّخصية، ومن تلك القواعد التي قرّرها الفقهاء هي قولهم: الضّرورات تبيح المحظورات، الحاجة تنزّل منزلة الضّرورة، وقاعدة: رفع الحرج، وقاعدة: المشقّة تجلب التّيسير.([3])

المطلب الخامس: ضوابط الضّرورة الشّرعيّة

تُعتبر الضّرورة أو الحاجة من أهم الأسباب التي تجعل المجتهد يعدل عن القول الراجحّ أو المشهور وذلك عند أغلب الفقهاء، ولكنّهم قيّدوا هذه الضّرورة التي تجيز للمكلّف العدول عن القول الرّاجح بضوابط وشروطٍ معيّنة، حتى لا تكون الضّرورة مطيّة لاستباحة بعض المحظورات باسم الضّرورة، فليس كلّ من ادّعى الضّرورة تسلّم له دعواه ويُباحُ فعلُه، فقد تكون ضرورةً مُتوهَّمةً وغيرَ حقيقيّةٍ، وانطلاقًا من هذا وسدّا لذريعة اتّباع الأهواء واقتحام باب المحظورات بدعوى الضّرورة فقد وضع الفقهاء ضوابط معيّنة

([1]) ينظر: العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي**، مرجع سابق، (ص329).

([2]) ينظر: الخادمي، **الحاجة الشّرعيّة، حقيقتها، أدلتها، ضوابطها** ، (ص33)، أحمد الرّشيد، **الحاجة وأثرها في الأحكام**، (215/1، 216)، الجيزاني، **حقيقة الضّرورة الشّرعيّة** مرجع سابق، (ص17)، **وهبة الزحيلي، نظرية الضّرورة الشّرعيّة**، (ص262)..

([3]) ينظر: العسري، **المرجع السّابق** ، (ص327، 328). الخادمي، (ص33، 34)، ينظر: الجيزاني، **المرجع السّابق** ، (ص17).

للضّرورة الشرعيّة حتى تكون معتبرةً وذلك لتمييزها عن غيرها ممّا لا يُعدّ ضرورةً شرعيّةً وتتمثّل هذه الضّوابط فيما يأتي:

1 -أن تكون الضّرورةُ حقيقيّةً لا مُتوهّمةً ولا خفيّة؛ وذلك بأن يتحقّق الإنسانُ من وجود خطرٍ حقيقيٍّ على إحدى الضّروريّات الخمس، وهو ما يُعبّرُ عنه بحصول ضررٍ فادحٍ يقينيًّا أو غالبًا إذا لم يُرتَكَب المحظور، ولا يُلتفَتُ في ذلك إلى الأوهام المحتملة أو الظّنون البعيدة.([1])

2- أن تكون الضّرورةُ ملجئةً بحيث يخشى المكلَّف على نفسه أو على أعضائه الهلاك ، وذلك بأن يكون هناك عُذرٌ يُبيح الإقدام على الفعل المحظور.([2])

3- أن يتعيّن فعلُ المحظور وسيلةً لدفع الضّرر، بحيث يتعذَّر وجودُ كافّة الوسائل المباحة والممكنة لرفع ذلك الضّرر، فلو أشرف إنسان على الهلاك ووجد طعامًا عند آخر فله أن يأخذه بقيمته وعلى صاحبه أن يبذله له، ولا يحلّ له أن يأكل من الميتة، وكذلك من استطاع في الأحوال العادية أن يقترض من غيره بدون فوائد فلا يجوز له الاقتراض بفائدة، فمتى استطاع المكلّف أن يزيل الضّرر بوسائل مباحة، فإنّه يُمتنع عليه ارتكاب الفعل المحظور.([3])

4_ أن يكون الضّرر في ارتكاب الفعل المحرّم أقلّ من الضّرر في حال عدم الإقبال عليه في حالة الضّرورة، وعليه فإنّه يجوز أكل الميتة إذا أيقن الهلاك من شدّة المخمصة، لأنّ مفسدة أكلِ الميتة هي أقلّ من مفسدة هلاك النّفس، ولكن لا يجوز لمن أُكرِهَ على قتل غيرِه أن يفعل ذلك، لما فيه من مفسدةٍ تساوي مفسدةَ هلاكِ نفسِ المكرَه أو تزيد عليها، لأن الضّرر لا يُزال بمثله، كما لا يُزالُ بضررٍ أكبرَ منه، وإنّما يُزالُ الضّررُ الأشدُّ بالضّرر الأخفّ، كما يُحتَمَلُ أهْوَنُ الشّرّين وأخفُّ الضّررين كما هو مقررٌ في القواعد الفقهيّة.([4])

([1]) ينظر: الجيزاني، **حقيقة الضّرورة الشرعيّة وتطبيقاتها المعاصرة**، (ص67)، وهبة الزحيلي، **نظرية الضّرورة الشّرعيّة**، (ص69).

([2]) ينظر: وهبة الزحيلي، **المرجع السّابق، المكان نفسه.**

([3]) ينظر: الجيزاني، **المرجع السّابق**، (ص71)، وهبة الزحيلي، **المرجع السّابق، المكان نفسه.**

([4]) ينظر: الجيزاني، **المرجع السّابق**،

(ص86-87-88)، نور الدّين الخادمي، **الحاجة الشرعية، حقيقتها، أدلتها، ضوابطها**، مرجع سابق، (ص48).

5 – أن تُقدَّر الضّرورةُ بقدرها وذلك بأن يقتصر فيها على الحدّ الأدنى أو الحدّ اللاّزم لدفع الضّرر، ولا يتجاوَزُ القَدْرُ الذي يدفع به عن نفسه الهلاك، ولا يُزاد على قدر الحاجة، ولذلك قُيّدت قاعدة: "الضَّرُورَاتُ تُبيحُ المحْظُورَاتِ" بقاعدةٍ فرعيّةٍ أخرى وهي قاعدة: "الضرورةُ تُقدَّرُ بقَدَرِهَا"، كما أنّ العمل بالضّرورة مرتبطٌ بزمن وجودِ العُذر وهو وجودُ الضّرر وبقاؤه، فمتى زال العذرُ عاد الحُكم إلى الأصل، وذلك عملاً بقاعدة :"مَا جَازَ لِعُذْرٍ بَطَلَ بِزَوَالِهِ".([1])

6- أن لا تكون الحاجة الشّرعيّة وسيلةً للتّحايُل على المحظور أو لمخالفة قَصْدِ الشّارع، فلا تجوز الإجارة على النَّوْحِ أو على آلات اللّهو وكلّ ما فيه منفعة محرّمة.([2])

المطلب السادس: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة والحاجة

يرى الشّيخ محمد الحجوي أنّه لا يجوز الإفتاء إلّا بالقول الرّاجح أو المشهور إلاّ لضرورة، فإنّه عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة يتعيّن الإفتاء بقولٍ ولو كان ضعيفًا، ولأجل هذا تُذكَرُ الأقوال الضعيفة في كُتُب الفقه أي ليُعمَلَ بها في حالة الضّرورة([3])، وذكر أنّ بعضَ فقهاء المالكيّة بأفريقية قد أفتوا بجواز المعاملة الفاسدة إذا عمّ الفساد، وذلك لأنّ المعاملات إذا عمّ الفساد وكانت فاسدة على سبيل العموم يُترخّص فيها، ما لم يكن في ذلك مخالفةٌ لصريح القرآن أو السّنّة أو الإجماع.([4])

كما ذكر أنّه يجوز للمقلِّد أن يعمل بالضّعيف إذا دعت الضّرورة للعمل به في نفسه يومًا ما وليس على سبيل الاستمرار في ذلك.([5])

([1])ينظر: الجيزاني، **حقيقة الضرورة الشرعيّة وتطبيقاتها المعاصرة**، مرجع سابق، (ص78)، وهبة الزحيلي، **نظرية الضّرورة الشّرعيّة**، مرجع سابق، (ص71)، الخادمي، **الحاجة الشرعية: حقيقتها، أدلتها، ضوابطها**، مرجع سابق ،(ص48).

([2]) ينظر: الخادمي، **المرجع نفسه**، (ص49).

([3]) الحجوي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، مصدر سابق ، (480/4).

([4]) ينظر: **المصدر نفسه**، (463/4، 481).

([5]) ينظر: **المصدر نفسه**، (465/4).

وبيّن الإمام الحجوي أيضًا وجهة نظر الفقهاء المالكيّة في العدول عن القول الرّاجح بسبب الحاجة فيقول: «وكان العلماءُ لا يُفتون في منعِ مسألةٍ حتَّى ينظروا إلى حاجة النّاس إليها، فإنْ رأَوْا مساسَ الحاجة إليها، أو عُموم المعاملةِ بها، رخَّصُوا وأباحوا وما ضيّقوا، ومن قواعد الفقه: المشقّة تجلب التّيسير، والضّرورة تبيح المحظور»([1])، وذلك أنّ المعاملات التي تعمُّ بها البلوى و تكثرُ حاجة النّاس إليها تقتضي التّخفيف والتّيسير([2])، «فإذا وقع الحرج على المسلمين في مسألةٍ ما، وشعروا بالضّيق عند أخذهم بالقول الرّاجح، وكان هناك قولٌ مرجوحٌ، لكن له وجهٌ ما من الاستدلال، ولا يخالف صريحَ الكتاب والسُّنّة والإجماع، وليس بقولٍ شاذّ أو منكر، وتحقّقت نسبتُه لقائله، كما تحقّقت فيه الضّرورة أو الحاجة، فلا مانع شرعًا أو عقلاً من الأخذ بهذا القول المرجوح؛ لأنّه أصبح راجحًا من جهةٍ أخرى». [3].

ويقول الشيخ علي الأجهوري في كتابه: مواهب الجليل في تحرير ما حواه مختصر خليل، باب المساقاة، في جوابٍ له:«وكلُّ ما يضطرُّ النّاسُ إليه ولا يجدون بدًّا عنه، فإنّه يجوز للضّرورة، انظر الإجارة فيما يأتي»([4])، وأحال على فتوى ابن سراجٍ في كراء السُّفن، إذ أفتى الإمام ابن سراجٍ بالجواز في مسألة السُّفُن التي تُكرى بالجزء للضّرورة، وأجاز فقهاء الأندلس الإجارة بالجزء المجهول كالإمام ابن سراجٍ وولد ناظم التّحفة والإمام المواق([5])، وقد نقل إجازتها الإمام التّاودي في شرحه للتّحفة.([6])

قال أبو علي في حواشي التّحفة وهو يتحدّث عن مسألة الخمّاس: «الفصل في هذه المسائل هو أنّ الأمر إذا اضطرّ إليه غاية ولا محيد عنه أصلاً، أو لمشقّة فادحة تلحق النّاس في أبدانهم وأموالهم، كمسألة الخمّاس التي جرى بها العمل، ولا محيد للنّاس على ما هي عليه، فإنّ المنع من ذلك يضرّ بالنّاس غاية، وكلّ ما يشبه ذلك فالأمر فيه سهلٌ فذلك جائزٌ وإلاّ فلا».([7])

([1]) ينظر: **المصدر نفسه**، (562/4-563).

([2]) ينظر: حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يُبنى عليها المذهب المالكي**، (ص287).

([3]) محمد رضا علي عضيبات، **التّرخّص في الفتوى**، بحث محكم، مؤتمر الفتوى واستشراق المستقبل، (ص269).

([4])نقله عنه الحسن بن رحال المعداني في **كتاب رفع الالتباس في شركة الخمّاس**،(ص143)، وينظر: **المصدر نفسه**، (ص127).

([5]) هو محمد بن يوسف العبدري، أبو عبد الله المواق، إمام غرناطة ومفتيها، له: التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، توفّي سنة:897هـ، ينظر: الكتاني، **سلوة الأنفاس**، (116/2).

([6]) ينظر: المهدي الوزاني، **المعيار الجديد**، (113/8)

([7]) ينظر: **المصدر نفسه**، (113/8-114).

وقد توسّع بعض فقهاء المالكيّة كالإمام الشّاطبي-رحمه الله- في مفهوم الحاجة التي تنزّل منزلة الضّرورة فرأى أنّه إذا عمّ الحرامُ في جميع المجتمعات أو في مجتمع معيّن، و صار من غير الممكن الانتقال عنه أو الهجرة منه إلى مكان آخر، وانعدمت جميع طرق الكسب المشروعة فيه، ودَعَتِ الحاجة إلى الزّيادة على القَدْر الذي تُنقَذُ به النّفوس، فإنّه يجوز للمكلَّف أن يزيد على قَدْر الضّرورة، فيرتقي إلى قَدْر الحاجة في المأكل والملبس والمسكن، حيث إنّه لو اقتصر النّاس على القَدْر الذي تُنقَذُ به النّفوسُ وهو الضّرورة لأدّى ذلك إلى تعطُّل مكاسبهم، ولوقعوا في حرجٍ شديدٍ، ومشقّةٍ زائدةٍ قد تُؤدّي بهم إلى الهلاك، ولكن لا ينبغي أن يُتوسَّع في ذلك إلى قَدْر التّرفُّه والتّنعُّم، كما لا يُقتَصَرُ فيها على حالِ الضّرورة، فهذا المنهج المتمثّل في التّوسّط في الأخذ بالحاجة موافقٌ لمقاصد الشّارع، وإن لم يَرِدْ نصٌّ خاصٌّ يدلُّ عليه.([1])

ومن خلال ما سبق يتبيّن لنا أنّ الضّرورة هي الحاجة الشّديدة التي لا مناص منها، وهي التي تدفع المجتهد إلى مخالفة القول الرّاجح والأخذ بالقول المرجوح، ولذلك فإنّها تُعَدُّ من أهم الأسباب التي من أجلها يعدل المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، مراعيًا في ذلك أحوال المكلَّفين، حتى يرفع عنهم العنت ويخلّصهم من المشقّة الحاصلة لهم.

([1])الشّاطبي، **الاعتصام**، تح: مشهور آل سلمان، (37/3).

المبحث الخامس:

العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

ويتضمّن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التّيسير لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: مشروعية التّيسير

المطلب الثالث: التّحذير من التّساهل في الإفتاء بدعوى التّيسير

المطلب الرابع: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

المطلب الأول: تعريف التّيسير والمصطلحات ذات الصلة

الفرع الاول: تعريف التّيسير لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف التّيسير لغة

التّيسير لغة: مصدرٌ من يَسَّرَ يُيَسِّرُ تَيْسِيرًا، التَّيْسِيرُ من اليُسْرِ وهو اللُّيونة ، واليُسْرُ واليسارُ والمَيْسَرَةُ: السُّهُولَةُ والغِنَى، واليُسْرُ ضدُّ العُسْرِ، والمَيْسُور ضدّ المَعْسُور، ويُقالُ يَسَّرَ الأمْرَ إذا سَهّلهُ ولَمْ يُعَسِّرْهُ.([1])

والمعنى اللّغوي السّهُولَةُ هو الذي يتناسب مع المعنى الاصطلاحي إذ يُقصد باليُسْرِ ما يسْهُلُ فعلُهُ دون حصول عَنَتٍ أو مشقَّةٍ زائدة.

ثانيًا: تعريف التّيسير اصطلاحاً

يستعمل الفقهاء مصطلحَ التّيسير و يقصدون به: الإفتاء بما هو أيسرُ على النّاس وأرفقُ بهم .([2])

وعرّفه الكندي بقوله: « التّيسيرُ هو التّسهيلُ على المكلَّف ورفع الحرَجُ عنه بما هو سائغٌ شرْعًا».([3])

فقوله:(التّسهيلُ على المكلَّف) أي: أن يُراعى في التّكليف ما يقدر عليه وما هو في استطاعته.

وقوله: (و رفع الحرَج عنه) أي: بدفع المشقّة الزّائدة التي تُجهِد نفسَه أو تضُرُّ بجسمه.

وقوله:(بما هو سائغٌ شرْعًا) أي: ضمن الضّوابط الشّرعيّة وليس على إطلاقه، حتّى لا يُتّخَذ ذريعةً إلى التّساهل في الفتوى أو التّهرُّب من الأحكام الشّرعيّة.

الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة.

هناك بعض المصطلحات الفقهيّة والتي لها صلة بمصطلح التّيسير وهي كالآتي:

أولاً: رفع الحرج

رفع الحرج مركبٌ إضافيٌّ يتكون من كلمتين (رفع) و(الحرج)، ولابدّ من تعريف كلّ كلمة على حدة حتّى يمكن الوصول إلى تعريف رفع الحرج.

([1])ينظر: الرّازي، **مختار الصّحاح**،(ص310)، الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، (ص499)، الفيومي، **المصباح المنير**،(ص 261)، ابن منظور، **لسان العرب**، (295/5).

([2])ينظر: محمد عثمان شبير، **القواعد الكلّيّة والضّوابط الفقهيّة**، (ص189)، قلعة جي، معجم لغة الفقهاء،(ص116).

([3]) عبد الرّزّاق الكندي، **التّيسير في الفتوى، أسبابه وضوابطه** ، (ص19).

1-تعريف الرّفع لغة واصطلاحًا

أ-تعريف الرفع لغة:

الرّفع في اللّغة يطلق على خلاف الوضع([1])، ومن معاني الرّفع الإزالة، فرفع الشّيء إذا أُزيل عن موضعه([2])، ومعنى الإزالة هو المقصود هنا في المعنى الاصطلاحي.

ب- تعريف الرّفع اصطلاحًا

الرفع في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي فهو بمعنى الإزالة.([3])

2- تعريف الحرج لغة واصطلاحاً

أ-تعريف الحرج لغة

الحرَج لغة: الضّيّق، ومكانٌ حَرَجٌ وحَرِجٌ أي مكانٌ ضيّقٌ، فالحاءُ والرّاءُ والجيمُ أصلٌ واحدٌ يدلُّ على تجمّع الشّيء وضَيْقِه، والحَرَجُ هو المَوْضِعُ الكَثيرُ الشَّجَرِ الذِي لَا تَصِلُ إليه الرّاعِيَةُ، والحَرَجُ الإثمُ.([4])

ب- تعريف الحرج اصطلاحاً

لم أجد تعريفًا اصطلاحيًّا لكلمة الحرج عند الفقهاء المتقدّمين ولعلّ ذلك يرجع إلى اتّضاح معناه عندهم، وأمّا العلماء والباحثون المعاصرون فقد عرّفوه بعدّة تعاريفَ ولعلّ من أوضح هذه التّعاريف هو تعريف الدّكتور صالح بن حميد فقد عرّف الحرج بأنّه :«كلُّ ما أدّى إلى مشقة زائدة في البدن أو النّفس أو المال حالًا أو مآلًا». ([5])

وهذا التّعريف قاصر لأنّه حصر الحرج فقط في ثلاثة جوانب وهي البدن، والنّفس، والمال، والحقيقة أنّ الحرج أعمّ من ذلك فقد يكون في جوانب أخرى كثيرة غير هذه.

([1])ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، (2/ 423).

([2])ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**،(87/8).

([3])ينظر: الباحسين، **رفع الحرج في الشريعة الإسلاميّة**، (ص25).

([4]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، مادة(حرج)، (234،233/2)، الرازي، **مختار الصحاح مادة**،**(حرج)**،(ص54 ،55).

([5]) صالح بن حميد، **رفع الحرج في الشّريعة الإسلاميّة، ضوابطه وتطبيقاته**، (ص47).

ولعلّ تعريف الدّكتور عثمان شبير هو التّعريف الأقرب والأشمل، فقد عرّف الحرج بأنّه: « ما فيه مشقّة فوق المعتاد»([1]) ، إذ ليست كلُّ مشقّة تُعدُّ حَرجًا، فالحرج أخصُّ من المشقّة كما بيّن ذلك الإمام الشّاطبي-رحمه الله-.([2])

3- تعريف رفع الحرج اصطلاحاً

عرّف الدّكتور يعقوب الباحسين رفع الحرج بأنّه:«منعُ وُقوع أو بقاء الحرَج على العباد بمنع حصوله ابتداءً، أو بتخفيفه، أو تداركه بعد تحقّق أسبابه».([3])

فرفع الحرج يتمثّل في إزالة ما في التّكاليف من المشقّة الزائدة عن المعتاد، وذلك بأن يُرفَع التّكليف من أصله أو بتخفيفه، أو بالتّخيير فيه، أو بأن يُجْعَلَ له مخرَج.

المطلب الثاني: أدلّة مشروعيّة التّيسير في أحكام الشريعة الإسلاميّة

استدلّ الفقهاء على مشروعيّة التّيسير في الأحكام الفقهيّة بأدلّة من الكتاب والسُّنّة وإجماع الصّحابة ﷺ.

أولاً :من الكتاب: ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تدلُّ على أنّ أحكام هذا الدّين مبنيّة على اليُسر والتّخفيف والرّحمة، ورفع الحرج، ونفي التكليف بما ليس في وسع المكلّف وطاقته، ومنها قولهﷻ: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[البقرة:184]، وبقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾]الحج: 76] ، وبقوله: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾]النساء: 28]، وبقوله:﴿لاَ يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْساً اِلاَّ وُسْعَهَا﴾ [البقرة:286].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمة: أنّ الله عز وجل أراد بتشريعه الأحكامَ اليُسرَ و نفي الحرج عن المكلّفين، والتّخفيف عنهم، فلم يكلّفهم إلّا بما في وسعهم وطاقتهم، فلا يجدون في تلك الأحكام

([1]) عثمان شبير، **القواعد الكلّيّة**، (ص188).

([2]) الشاطبي، **الموافقات**، (159/2).

([3]) الباحسين، **رفع الحرج في الشّريعة الإسلاميّة، دراسة أصوليّة تأصيلية** (ص48).

ضيقًا ولا حرجًا و لا مشقّة؛ والآيات التي تدلّ على التّيسير ورفع الحرج أكثر من أن تحصر،([1]) قال الشّاطبي:«النّصوص على رفع الحرج فيه –أي القرآن–كافية».([2])

ثانيًا: من السُّنّة: فقد وردت أحاديث كثيرة تدلّ على التّيسير والسّماحة في الدّين، كقول النبيﷺ :

«أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ »،([3]) وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النّبيﷺ قال :« إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا، وَأَبْشِرُوا، وَاسْتَعِينُوا بِالْغَدْوَةِ وَالرَّوْحَةِ وَشَيْءٍ مِنَ الدُّلْجَةِ»([4])، وعن عائشة– رضي الله عنها– أنّها قالت:« مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ، وَمَا انْتَقَمَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم لِنَفْسِهِ إِلَّا أَنْ تُنْتَهَكَ حُرْمَةُ اللَّهِ، فَيَنْتَقِمَ لِلَّهِ بِهَا» . ([5])

. ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث النّبوية: أنّ دين الله يُسْرٌ، وأنّ النّبيﷺ إذا خُيِّر بين أمرين اختار أيسرهما ما لم يكن إثمًا، بينما الحرجُ يناقض اليُسر، فإذا كان مناقضًا له فهو مناقض للدّين، و قد كان النبيﷺ يُراعي في كلّ أوامره التّوسيعَ على الأمّة، وعدم المشقّة عليهم، ولذلك جاءت شريعته سهلة ميسّرةً. ([6])

3– الإجماع: أجمع الفقهاء على أنّ الحرج مرفوعٌ عن هذه الأمّة، فقد رفع الله عنها الإصر و الأغلال التي كانت على الأمم قبلها. ([7])

([1]) ينظر: صالح بن حميد، **رفع الحرج في الشّريعة الإسلاميّة، ضوابطه وتطبيقاته**، (ص 68،69،70).

([2]) الشاطبي، **الموافقات**،(4/ 350).

([3]) البخاري ، **صحيح البخاري**، رواه البخاري معلقًا ،كتاب الإيمان، باب الدين يسر، (23/1).

([4]) البخاري، **المصدر السّابق**،كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقم ح: 39، (23/1).

([5]) البخاري، **المصدر السّابق** ،كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم ح:3367، (1307/3)، مسلم، **صحيح مسلم**،كتاب الفضائل، باب مباعدته صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح، أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرماته، رقم ح: 2327، (ص710).

([6]) ينظر: صالح بن حميد، **المرجع السّابق**، (ص76، 77، 78، 79، 80).

([7]) ينظر: عثمان شبير ، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، ، (ص195)، يعقوب الباحسين. **رفع الحرج**، (ص68).

3-**من المعقول**: أنّ الشّارع الحكيم لو كان قاصدًا للمشقّة والحرج لما كان مريدًا لليُسر والتخفيف، وذلك باطل عقلًا.([1])

هذه بعض الأدلّة على رفع الحرج والتّيسير في الأحكام الشّرعيّة، وإلّا فالأدلة على رفعه عن هذه الأمّة كثيرةٌ ومستفيضةٌ، يقول الشّاطبي:«إنّ الأدلّة على رفع الحرج في هذه الأُمّة بلغت مبلغ القطع».([2])

المطلب الثالث: التّحذير من التّساهل في الإفتاء بدعوى التّيسير

حذّر العلماء من التّساهل في الفتوى بدعوى السّماحة والتّيسير، وأنّ من كان ذلك دأبه لا تقبل فتواه ولا يجوز استفتاؤه، وقد نّبه على ذلك الإمام بن فرحون في التّبصرة فقال:« لا يجوز التّساهل في الفتوى، ومَن عُرِفَ بذلك لم يجُزْ له أن يُستفتى »([3]).

والتّساهل في الفتوى قد يكون من عدّة وجوه ومنها:

الوجه الأول: عدمُ التّثبُّت والتّسرُّع في الفتوى قبل استيفاء حقّها من الفكر والبحث والنّظر.([4])

وقد يحمله على ذلك توهّمه أنّ السّرعة براعةٌ والبُطْء عجزٌ، ولأن يُبطئ ولا يُخطئ خير من يَضِلَّ ويُضِلَّ.([5])

الوجه الثاني: أن تحمله الأغراض الفاسدة والنّوايا السّيّئة على تتبُّع الحِيَل الممنوعة شرعًا، والتّمسُّك بالشُّبَه من أجل التّرخيص لمن يقصد التّسهيل عليه، أو التّشديد على من يقصد الإضرار به، فإنّ من فعل ذلك فقد هان عليه دينه، لأنّه صار متلاعبًا بالأحكام الشّرعيّة حسب هواه وأغراضه السّيّئة، وذلك بخلاف ما إذا كان قَصْدُه صحيحًا، وذلك بأن يتطلّب حيلةً لا شُبهةَ فيها ،و لا تؤول إلى مفسدة، من أجل أن يجد للمستفتي مخرجًا لينجّيه ويخلّصه من ورطة وقع فيها ، فإنّ ذلك أمرٌ حسنٌ ولا مانع منه، والدّليل على جواز ذلك هو قوله ﷻ لنبيّه يعقوب عليه السلام لما حلف أن يضرب امرأته مائةً:﴿ وَخُذْ

([1]) الشاطبي، الموافقات، (2/ 212)، عثمان شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية، مرجع سابق**، (ص195).

([2]) الشاطبي **الموافقات**، (1/ 520).

([3]) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، (52/1)، وينظر: ابن الصّلاح، **أدب المفتي والمستفتي**، (ص111).

([4]) ينظر: ابن الصّلاح، **المصدر نفسه**، (ص112).

([5]) ينظر: ابن فرحون، **المصدر السّابق، المكان نفسه**، اللّقاني، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، (ص240).

بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِب بِّهِۦ وَلاَ تَحْنَثْۖ﴾[ص:43]، وقد ورد عن الإمام سفيان الثّوري –رحمه الله–أنّه قال:« إنّما العلمُ الرّخصةُ من عالِمٍ، فأمّا التّشديد فَيُحسنُه كلُّ أحدٍ».([1])

المطلب الرابع: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير

إنّ المتتبّع للفروع الفقهيّة عند المالكيّة، يجد أنّ بعض فقهاء المالكيّة يعدلون أحيانًا عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب إلى القول الضّعيف، ولو كان خارج المذهب بل وينصحون بالأخذ به، للتّيسير ورفع الحرج عن المكلّفين، وذلك عند وجود مشقّة زائدة تلحق بهم، وهذا عملاً بتحقيق مقصد شرعيّ يتمثل في السّماحة والتيسير كما بيّن ذلك الشيخ العلاّمة الطّاهر ابن عاشور في كتابه النّفيس: "مقاصد الشريعة الإسلامية"، حيث يقول:« أراد الله تعالى أن تكون الشّريعة الإسلاميّة شِرْعَةً عامّة ودائمةً، فاقتضى ذلك أن يكون تنفيذُها بين الأمّة سهلاً، ولا يكون ذلك إلّا إذا انتفى عنها الإعناتُ، فكانت بسماحتها أشدَّ ملاءمةً للنّفوس، لأنّ فيها إراحة النّفوس في حالتي خويصتها ومجتمعها، وقد ظهر للسّماحة أثرٌ عظيمٌ في انتشار الشّريعة وطول دوامها، فعُلِمَ أنّ اليُسر من الفطرة، لأنّ في فطرة النّاس حبُّ الرّفق» .([2])

([1])ينظر: **المصدر نفسه، المكان نفسه**، وينظر: ابن فرحون، **تبصرة الحكام، مصدر سابق**، (52/1)، اللّقاني، **منار أصول الفتوى، مصدر سابق**، (293).

([2]) ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، تح : الميساوي، (ص271).

المبحث السّادس:

العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان و تغيّر الأحوال.

ويتضمّن أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم فساد الزّمان.

المطلب الثاني: مفهوم تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزّمان والأحوال وموقف العلماء منه.

المطلب الثالث: أدلّة تغيّر الأحكام بسبب فساد الزّمان و تغيّر الأحوال.

المطلب الرّابع: موقف الفقهاء من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان و تغيّر الأحوال.

المطلب الأول: مفهوم فساد الزّمان

المقصود بفساد الزّمان هو فساد أخلاق النّاس وخراب ذممهم وضعف الوازع الدّيني لديهم.([1])

ويرى الشّيخ مصطفى الزّرقا –رحمه الله– أنّ فساد الأخلاق، وضعف الوازع الدّيني وانعدام الورع هو الذي يُسمّيه الفقهاء فساد الزّمان([2]).

المطلب الثاني: مفهوم تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزّمان والأحوال وموقف العلماء منه

الفرع الأول: تعريف التغيّر لغة واصطلاحا

أولاً: تعريف التغيّر لغة:

التغيُّر لغة: من الفعل تَغَيَّر أيْ: تَحوَّلَ، وغَيَّرَ الشَّيْءَ إذا حَوَّلَهُ وبدَّلَهُ، وتَغَايَرَتِ الأَشْيَاء: أي اخْتَلَفَتْ، ويُقَالُ: غَيَّرتُ ثيابي إذا بدَّلْتُ بِهَا غيرها.([3])

يقول ابن فارس:« الغينُ والياء والرّاءُ أصلان صَحِيحانِ يدُلُّ أَحَدُهُمَا على صَلاَحٍ وإِصْلاَحٍ ومنفعة، والآخرُ على اختلاف شَيْئَيْن».([4])

ويقول الشّيخ الطّاهر بن عاشور:« التَّغْيِيرُ: تَبْدِيلُ شَيْءٍ بما يُضادُّه».([5])

وكلّ هذه المعاني تدلُّ على أنّ التغيُّرَ في اللّغة هو التبدُّل والتحوُّل والاختلاف وهو الأقرب إلى المعنى الاصطلاحي.

ثانيا: تعريف تغيُّر الأحكام اصطلاحًا

إنّ معنى تغيُّر الأحكام في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللّغوي ولذلك ذكر بعض الباحثين أنّ التّغيّر في الحكم الشرعيّ هو: التحوُّل والانتقالُ من حالة كونه مشروعًا إلى كونه ممنوعًا أو أن يكون

([1]) ينظر: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، (945/2).

([2])ينظر: مصطفى الزرقا،**المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([3]) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، مادة(غير) (40/5). ، الجوهري، **الصّحاح**، (ص776)، الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**: (ص453).

([4]) ابن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، مادة: (غير)، (403/4- 404).

([5]) ابن عاشور: **تفسير التحرير والتنوير**، (45/10).

ممنوعًا فيصير مشروعًا، وذلك باختلاف درجات المشروعيّة من حيث الإباحةُ أو النّدبُ أو الإيجابُ، وكذلك المنع من حيث الكراهةُ أو الحُرمةُ.([1])

الفرع الثاني: الأحكام الشرعيّة القابلة للتغيّر بتغيّر الزمان والأحوال والمكان

المراد بتغيُّر الأحكام إنّما هو في نوع واحد من الأحكام التّكليفيّة، وذلك لأنّ الأحكام التّكليفيّة منها ما هو ثابتٌ، ومنها ما هو متغيّر، وهو ما نصَّ عليه ابن القيم-رحمه الله-بقوله:«الأحكام نوعان: نوعٌ لا يتغيّر عن حالةٍ واحدةٍ هو عليها، لا بحسب الأزمنة، ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات، وتحريم المحرّمات، والحدود المقدّرة بالشّرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرّق إليه تغيير ولا اجتهادٌ يُخالف ما وُضِعَ عليه. والنّوع الثاني: ما يتغيّر بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التّعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإنّ الشّارع يُنوِّعُ فيها بحسَب المصلحة» .([2])

ويُفهم من هذا أنّه ليست كلُّ الأحكام العمليّة قابلةً للتّغيُّر، فهناك قسمٌ يتّصفُ بالثّبات كأركان الإسلام، والمحرّمات والحدود والمقدّرات، فهذه الأحكام والكلّيّات الثّابتة لا تتبدّل ولا تتغيّر، فلا يمكن لشخص أَنْ يرى جواز تعطيل الزّكاة اكتفاء بالضّرائب أو استباحة شرب الخمر و بيعها ترغيبا في السّياحة، أو استباحةَ القروض الرّبوية لدعم الاستثمار والتّنمية الاقتصادية ، فهذا يُعدُّ خروجًا عن الدّين، وتبديلاً لأحكامه بأحكام باطلة.([3])

فالمقصود بتغيّر الأحكام بتغير الزّمان والأحوال والمكان: هو تغيّر الأحكام الاجتهاديّة المبنيّة على العُرف والمصلحة([4])، فهذا النّوع من الأحكام يتغيّر إذا تغيّر العُرف الذي بُنِيَتْ عليه، أو المصلحة التي من أجلها شُرّع ذلك الحُكم.

ويؤكّد ذلك الشّيخ علي النّدوي فيقول:«وقد اتّفقت كلمة الفقهاء والأصوليّين على أنّ الأحكام التي تتبدّل بتبدّل الزّمان والأعراف هي الأحكام الاجتهاديّة المبنيّة على العرف و المصلحة» .([5])

([1]) ينظر: إسماعيل كوكسال، **تغيّر الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة**، (ص27)، أسامة الشيبان، **تغيّر الاجتهاد**، (ص146).

([2]) ابن القيم شمس الدين، **إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان**، (572/1)

([3])ينظر: الزرقا، **المدخل الفقهي** العام، (942/2)، يوسف بلمهدي، **البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى**، (ص160).

([4]) يدخل في المصلحة كل أصول الاستدلال التي تتداخل مع المصلحة كسدّ الذرائع والاستحسان والاستصلاح.

([5])علي أحمد النّدوي، **القواعد الفقهية**، (ص 158).

ويقول الشيخ علي حيدر في شرحه على مجلة الأحكام لقاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغيّر الأزمان" الأحكام التي تتغيّر هي الأحكام المستندة على العرف والعادة؛ لأنه بتغيّر الأزمان تتغيّر حاجات الناس، و بناءً على هذا التّغيّر يتبدّل أيضاً العرف والعادة، وبتغيّر العرف والعادة تتغيّر الأحكام حسبما أوضحنا آنفاً بخلاف الأحكام المستندة على الأدلّة الشّرعية التي لم تُبْنَ على العرف والعادة لا تتغيّر بتغيّر الأزمان».([1])

الفرع الثالث: موقف العلماء من تغيُّر الأحكام بتغيّر الزّمان والأحوال والمكان

من المقرّر عند الفقهاء والأصوليين أنّ الأحكام الاجتهادية المبنيّة على العرف أو المصلحة تتغيّر بتغيّر الأزمان والأحوال والمكان والأعراف، ويوضّح ذلك الشيخ مصطفى أحمد الزّرقا في كتابه المدخل الفقهي العام فيقول:« اتّفقت كلمةُ فقهاء المذاهب على أنّ الأحكام التي تتبدّل بتبدّل الزّمان وأخلاق النّاس هي الأحكام الاجتهادية من قياسيّة ومصلحيّة، أي التي قرّرها الاجتهاد بناءً على القياس أو على دواعي المصلحة».([2])

ويؤيّد ذلك أيضًا الإمام ابن عابدين([3]) من فقهاء الحنفيّة حيث يقول في رسالة نشر العرف:« فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزّمان ، لتغيُّر عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزّمان، بحيث لو بقي الحُكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقّة والضّرر بالنّاس، ولخالف قواعدَ الشّريعة المبنيّة على التّخفيف والتّيسير ورفع الضّرر والفساد، ولهذا ترى مشايخ المذاهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة، بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنّه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه.»([4])

([1]) علي أحمد حيدر، **درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام**، (47/1).

([2])مصطفى الزّرقا، **المدخل الفقهي العام**، (2/ 941،492).

([3]) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدّمشقي، الشّهير بابن عابدين، إمام الحنفيّة في عصره، له: حاشية ردّ المحتار على الدّر المختار، والعقود الدّريّة في تنقيح الفتاوى الحامدية، توفّي سنة1252هـ، ينظر: الزّركلي، **الأعلام**، (42/6).

([4]) ابن عابدين، محمد أمين، **مجموع رسائل ابن عابدين**، (125/1).

ويؤكّد الإمام القرافي على شرعيّة قاعدة تغيّر الأحكام وأصالتها، إلى حدِّ الإجماع عليها بين العلماء، فيقول:« هذه قاعدةٌ اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتّبعهم عليها من غير استئناف اجتهاد» ([1]).

كما صرّح أيضا في كتابه الفروق بأنّ الجمود على المنقولات أبداً وباستمرارٍ يُعَدُّ ضلالاً في الدِّين وجهلاً بمقاصد الشريعة، وبُعْداً عن منهج علماء المسلمين والسَّلف الماضين.([2])

ويوضّحُ هذه الفكرة أيضًا الدّكتور عمر الجيدي- رحمه الله- فيقول:« ومن المقرّر في فقه الشّريعة أنّ لتغيّر الأوضاع والأحوال الزّمنية تأثيرًا كبيرًا في الأحكام الشرعيّة الاجتهاديّة، فإنّ هذه الأحكام القصدُ منها إقامةُ العدل وجلبُ المصلحة ودرء المفسدة، فلها ارتباطٌ وثيقٌ بالأوضاع والوسائل الزّمنيّة وبالأخلاق العامّة، فكم من حُكمٍ كان تدبيرًا أو علاجًا ناجحًا لبيئةٍ في زمنٍ معيَّنٍ، فأصبح بعد جيلٍ أو أجيالٍ لا يفي بالغرض المنشود، أو أصبح يُفضي إلى عكسه بتغيُّر الأوضاع والوسائل والأخلاق»([3])

وعليه فقد بنى الفقهاء على هذا قاعدة فقهيّة وهي قولهم:" لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الأزمان"([4]).

وصياغة هذه القاعدة هي عبارة مجلّة الأحكام، وقد أبدى أستاذنا الدكتور يوسف القرضاوي ملاحظاتٍ حول صياغة هذه القاعدة وهي أن يُضاف إليها تغيُّر الأمكنة والأحوال والعوائد، كم اقترح أيضًا تقييدها بالبعضية أي تغيّر بعض الأحكام وهي الأحكام المبنيّة على العرف أو المصلحة، ورأى كذلك أن تُوصَف الأحكامُ بالاجتهاديّة لتكون عبارتها أحوط وأدقّ، لأنّ الاحتياط في صياغة هذه القاعدة أمرٌ ضروري، وذلك خشية أن يتصوّر بعض لا يفقه الشّريعة إمكانيّة تغيّر الأحكام بصفة مطلقة، ويرى شيخنا القرضاوي أنّ أدقّ وأصحّ تعبيرٍ للمراد من هذه القاعدة الفقهيّة أن يُعبّر ب(تغيُّر

([1]) القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مصدر سابق**، (ص218-219).

([2]) القرافي، **الفروق**، (322/1).

([3]) عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص114).

([4]) علي أحمد النّدوي، **القواعد الفقهية**، (ص 158)، وقد انتقد علي الندوي صياغة هذه القاعدة، حيث أنّ مجرّد ذكر الأحكام بصفة مطلقة تعبير مُوهِمٌ ولا يبيّنُ نوعَ الأحكام القابلة للتغيُّر فالأولى أن تُصاغَ بطريقة أوضحَ فيُقالُ:" لا ينكر تغيّر الأحكام المبنيّة على المصلحة والعرف بتغيّر الزّمان"، ينظر: علي أحمد النّدوي، **المرجع السّابق، المكان نفسه**.

الفتوى) بدلاً من تغيّر الأحكام، وذلك لأنّ الحُكم السّبق لا يتغيُّر إذا وجدتْ حالة مشابهةٌ للحالة الأولى، وإنّما الذي يتغيَّر هو الفتوى إذا تغيَّر مناط الحكم فيها ([1])، وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه العلّامة ابن القيم–رحمه الله– والذي عقد في كتابه النّفيس:(إعلام الموقعين) فصلاً في تغيّر الفتوى، واختلافها بحسب تغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنّيات، وتغيرّ عوائد النّاس وأعرافهم،([2]) وقال فيه:«هذا فصلٌ عظيم النّفع جدًّا، قد وقع بسبب الجهل به غلطٌ عظيمٌ على الشّريعة أوجب من الحرج والمشقّة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يُعْلَمُ أنّ الشّريعة الباهرة التي هي في أعلى رُتَبِ المصالح لا تأتي به».([3])

المطلب الثالث: أدلّة تغيّر الأحكام والفتاوى بسبب فساد الزّمان و تغيّر الأحوال.

1–من القرآن الكريم : قوله ﷻ: ﴿ فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَـٰتٍ اٍحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ كَثِيراً﴾ [النساء:159]، ووجه الاستلال بهذه الآية الكريمة: أنّ الله ﷻ قد حرّم على اليهود في التّوراة أشياء كانت لهم حلالاً قبل ذلك، وإنّما حرّمها عليهم لأنّهم استحقّوا ذلك بسبب بغيهم وطغيانهم،([4]) ففيها دليلٌ على إمكانيّة تغيّر بعض الفتاوى بسبب فساد أهل الزّمان.

2–من السّنّة: ماروي عن عائشة –رضي الله عنها قالت: «لو أدرك رَسُولُ الله مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ اليَوْمَ لمنعهنّ كما مُنِعَتْ نِسَاءُ بني إسرائيلَ».([5])

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنّ النّساء كنّ يخرجن إلى المسجد في عهد النّبي ﷺ مستترات بلباسهنّ، إذِ الصّلاحُ كان هو الغالب حينئذ، فكانت المصلحةُ في خروجهنّ لنيل ثواب صلاة الجماعة، ولكن بتغيّر الحال بعد وفاة النّبيّ ﷺ رأتْ عائشةُ –رضي الله عنها– أنّ خروجهنّ لم يعُد يحقّقُ مصلحةً

([1]) ينظر: أستاذنا الدكتور يوسف القرضاوي، **السّياسة الشّرعيّة في ضوء نصوص الشّريعة ومقاصدها**، (ص275).

([2]) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، (337/4).

([3])ابن القيم، **المصدر نفسه، المكان نفسه**.

([4]) ينظر: الطّاهر بن عاشور، **تفسير التّحرير والتّنوير**، (26/7، 27).

([5]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب: صفة الصّلاة، باب: انتظار النّاس قيام الإمام العالم، ح:831، (296/1)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: الصلاة، باب: خروج النّساء إلى المساجد إذا لم يترتّب عليه فتنة، ولأنّها لا تخرج متطيّبة ح:445، (ص130).

بل صار فيه ضرر وفتنة، فاقتضت المصلحة استنباطَ حُكمٍ آخرَ يتناسَبُ مع هذه الحالة وهو منعهنّ من الخروج إلى المساجد.([1])

3- آثار الخلفاء الرّاشدين ﷺ: فقد صدرت منهم اجتهادات عدلوا فيها عن القول الرّاجح إلى قول مرجوح بسبب فساد الأخلاق وتغيّر الذّمم ومن ذلك ما يأتي:

أ- أوقع عمر بن الخطّابﷺ في زمن خلافته الطّلاقَ الثّلاثَ بلفظٍ واحدٍ عقوبةً لمن تساهلَ في هذا الأمر.([2])

ب-أنّ عثمان بن عفّانﷺ أَمَرَ في زمن خلافته بالتقاط ضالّةِ الإبل وذلك بتعريفها ثمّ تُباعُ فإذا جاء صاحبُها أُعْطِيَ ثمنَها ([3])، وقد علّل الفقهاء فعلَ عثمانَﷺ بفساد الزّمان، لأنّه إنّما فعل ذلك خشية ضياعها وتعرّضها للسّرقة، إذ رأى أنّ النّاس قد فسدت أخلاقهم وذممهم، فكان اجتهاده هذا من أجل صيانة ضوال الإبل وحفظ حقوق أصحابِها، لأنّه وإن بدا أنّ ذلك مخالفٌ لظاهر حديث النّهي عن التقاطها، إلّا أنّه موافقٌ لمقصوده الشّرعيّ، لأنّه لو استمرّ العملُ بظاهر الحديث بعد فساد أخلاق النّاس لأدّى إلى نقيض مقصودِ الشّارع في حفظ أموال النّاس، ولكانت النّتيجةُ هي ضياعُ أموالهم وتعرّضِها للإعتداء والطّمع والسّرقة، قال الباجي: «فعل ذلك عندما كَثُرَ في النّاس من لم يصحب النبيَّ ممّن لا يَعِفُّ عن أخذها إذا تكرّرت منه رُؤيته لها».([4])

ج- أنّ عليًّا ﷺ قضى بتضمين الصُّنّاع قيمةَ ما يهلك في أيديهم من أمتعة النّاس وقال:«لا يُصلح النّاسَ إلاّ ذلك»، والسّبب في ذلك أنّ الصُّنّاع أصبحوا يغيبون عن أمتعة النّاس في أغلب الأحوال، وصار يغلب عليهم التّفريط وترك الحفظ مع أنّ الأصل أنّهم أمناء والأمين لا يضمن كما دلّت على ذلك النّصوص الشّرعيّة.([5])

([1]) ينظر: الزّرقاني، **شرح الموطأ**، (360/1)، عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص156).

([2]) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: الطّلاق، باب: طلاق الثّلاث، ح:1472، (ص434)، برواية ابن عباسﷺ

([3])مالك بن أنس، **الموطّأ**، كتاب الأقضية، باب: القضاء في الضّوال، ح:2208، (ص390،391)، تفرّد به الإمام مالك، ولفظه: حدّثني مالكٌ أنّه سمع ابن شهابٍ يقُول: كانتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ في زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ إِبِلاً مُؤَبَّلَةً تَنَاتَجُ لا يَمَسُّها أَحَدٌ حتّى إذا كانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِها ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا".

([4]) الباجي، **المنتقى**، (143/6)، وينظر: القرضاوي، **شريعة الإسلام خلودها وصلاحها للتّطبيق لكل زمان ومكان**، (ص142).

([5]) ينظر: الشّاطبي، **الاعتصام**، (83/2).

د- ما نُقِلَ عن عمر بن عبد العزيز([1]) ﷺ أنّه قال:« تحدث للنّاس في أقضيتهم بحسب ما أحدثوا من الفجور» ، فقد أجازﷺ إحداثَ أقضيةٍ وأحكامٍ على قَدْرِ إحداثِ النّاس للفجور والشّرور، وإن لم يكن لذلك الإحداث دليلٌ خاصٌّ، وذلك كقتل الجماعة بالواحد فإنّه مرويٌّ عن عمر بن الخطّابﷺ وغيره من الصّحابة ﷺ.([2])

المطلب الرّابع: موقف الفقهاء من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس.

يرى فقهاء المذهب المالكي كغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى أنّ فساد الزمان يُعدُّ سببًا من أسباب تغيُّر الفتوى كما يعدّ أيضا سببًا من أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، فقد نُقِلَ عن الإمام مالك أنّه قال:«تحدث للنّاس فتاوى بقدر ما أحدثوا»، ويوضّح الإمام الزّرقاني قول الإمام مالك هذا بقوله:«إنّ مُراده أن يُحْدِثُوا أُمورًا تقتضي أصول الشّريعة فيها غيرَ ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر».([3])

ويبيّن الشّيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- أنّ تغيّر الزّمان الموجب لتغيّر الأحكام الفقهية الاجتهادية قد يكون ناشئا عن فساد الأخلاق، وضعف الوازع الدّيني وانعدام الورع وهو ما يُسمّيه الفقهاء بفساد الزّمان([4])، فهناك العديد من المسائل الفقهيّة التي عدل فيها المتأخّرون من الفقهاء عن القول الرّاجح عند الأئمة المتقدّمين، وعلّلوا ذلك بفساد الزّمان وفساد الأخلاق العامّة، وفساد ذمم النّاس، وقلّة الورع، وقد ذكر الشيخ محمد ميّارة الفاسي في شرحه على لاميّة الزّقاق أنّ بعض المسائل قد جرى بها العمل بفاس وبعضها جرى بها العمل بالأندلس، حتّى صارت أصلاً معتمدًا عند شيوخ المذهب، فأفتوا بها ورجّحوا العمل بها، وإن كان كثيرٌ منها من قبيل الأقوال الشّاذّة أو أقوال خارج المذهب، وذلك بسبب ما كثُر في النّاس وفشا فيهم من قلّة التّديُّن، وقَصْد التّحيُّل إلى أكل أموال النّاس بالباطل وغير ذلك،

([1]) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم، خامس الخلفاء الرّاشدين، توفّي سنة:101هـ، ينظر: **تاريخ الخلفاء**، (ص212).

([2]) ينظر: الشّاطبي، **الاعتصام**، **مصدر سابق**، (122/1).

([3]) الزّرقاني، **شرح الزّرقاني على الموطأ**، (204/4). وينظر: الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص154، 155).

([4]) ينظر: مصطفى الزّرقا، **المدخل الفقهي العام**، (942، 943).

فكان هذا العدولُ عن الرّاجح لأجل صرف هؤلاء عن قصدهم التوصَّلَ إلى بعض المخالفات فيُبْعدُون عن ذلك، ويُعامَلون بنقيض مقصودهم الفاسد ([1])، وهو ما أشار إليه ناظم لامية الزقّاق بقوله:

لِمَا قَدْ فَشَا مِنْ قُبْحِ حَالٍ وَحِيلَةٍ ❁ فيُحْسَى الذِي لِلْغَيِّ يَبْغِي تَوَصُّلَا ([2])

ويقول الدكتور عمر الجيدي –رحمه الله –:«ومن المقرّر في فقه الشّريعة أنّ لتغيُر الأوضاع والأحوال الزّمنية تأثيرًا كبيرًا في كثيرٍ من الأحكام الشّرعيّة الاجتماعيّة، فإنّ هذه الأحكام القصدُ منها إقامةُ العدل وجلب المصلحة ودرء المفسدة، فلها ارتباطٌ وثيقٌ بالأوضاع والوسائل الزّمنيّة وبالأخلاق العامّة، فكم من حُكْمٍ كان تدبيرًا أو علاجًا ناجحًا لبيئةٍ في زمنٍ معيَّنٍ، فأصبح بعد جيلٍ أو أجيالٍ لا يَفِي بالغرض المنشود أو أصبح يُفْضِي إلى عكسه بتغيُّر الأوضاع والوسائل والأخلاق».([3])

ويرى الدكتور عمر الجيدي أنّه نتيجة لذلك فإنّ بعضاً من المتأخّرين من فقهاء المالكيّة قد أفْتَوْا في كثير من المسائل الفقهيّة بخلاف ما أفتى به الأئمة المتقدّمون ، وعلّلوا ذلك بأنّ سبب مخالفة فتواهم لمن سبقهم إنّما هو اختلاف الزّمان وفساد أخلاق النّاس، وذلك لأنّ الأئمّة المتقدّمين لو عاشوا في زمن هؤلاء المتأخّرين من الفقهاء لأفتوا بما أفتى به هؤلاء المتأخّرين، ولعدلوُا عن كثيرٍ من الأقوال التي كانت راجحةً في زمانهم.([4])

كما أنّ بعض فقهاء إفريقيّة كما أشار إلى ذلك الشّيخ الحجوي قد أفتوا بجواز المعاملة الفاسدة إذا عمّ الفساد، وهي ضرورة مرحليّة تستدعيها تلك الظّروف المتمثّلة في فساد الأخلاق والذّمم.([5])

وأوضح ابن عابدين من فقهاء الحنفيّة أنّ كثيرًا من الأحكام الاجتهاديّة تختلف باختلاف الزّمان، ومن أسباب ذلك فساد أهل الزمان، إذ لو بقي العمل بالقول الرّاجح عند المتقدّمين مستمرًّا للزم من ذلك وقوع النّاس في الحرج والمشقّة ، ولكان ذلك مخالفا للمقصد الأصلي للحكم.([6])

([1]) ينظر: محمد ميّارة الفاسي، **فتح العليم الخلاق في شرح لاميّة الزّقاق**، (ص445).

([2])**المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([3]) عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب**، (ص144).

([4]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب**، (ص144).

([5]) ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي**، (481/4)، زكريا التّهامي، **الإفتاء بالآراء الموجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي**، (ص110).

([6])ينظر: **مجموعة رسائل ابن عابدين**، (ص119).

خلاصة الفصل الثّالث:

1-لا يجوز للمجتهد أن يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي إلّا إذا وُجِدَ سببٌ شرعيٌّ يقتضي ذلك.

2-تتمثّل أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي فيما يأتي:

أ-تغيّر العرف.

ب-تغيّر وجه المصلحة المرسلة.

ج- درأ المفسدة.

د- الضّرورة أو الحاجة.

هـ- التّيسير ورفع الحرج.

و- فساد الزّمان وتغيّر الأحوال.

الفصل الرابع:

نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

ويتضمن ستّة مباحث:

المبحث الأول: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف

المبحث الثاني: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة

المبحث الرابع: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

المبحث السادس: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزمان وتغيرّ الأحوال

الفصل الرابع: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

تمهيد:

سوف يتعرّض الباحث في هذا الفصل الرّابع إلى بعض النماذج التّطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي، إذ سيذكر نماذج تطبيقيّة لكلّ سببٍ من أسباب العدول المبيّنة في الفصل الثالث من هذه الدّراسة، وذلك لربط الجانب النّظري بالجانب التّطبيقي.

المبحث الأول:

أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف

ويتضمّن مطلبين:

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في الأحوال الشّخصيّة

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيّ عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في المعاملات

المطلب الأول: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في الأحوال الشّخصية

الفرع الأول: حكم من قال لزوجته: "أنت عليّ حرام"([1]) أو "خليّة" أو بريّة.

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ من قال لامرأته:" أنت عليّ حرام" أو "خليّة" أو "بريّة" فإنّه يقع به الطّلاق الثّلاث في المدخول بها، وإن لم يَنْوِ الثّلاث، وهو قولُ الإمامِ مالك وتلميذِه ابن القاسم، وأصلُ ذلك: ما جاء في المدوّنة: أنّ من قال لامرأته:" أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ أَوْ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ وَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ"، فإنّه يلزمُه الطّلاقُ الثّلاثُ في المدخول بها، ولا تنفعه النيّةُ إن قَصَدَ أقلَّ من ثلاثٍ .([2])

وقد أجاب الإمام المازري في فتاويه بهذا القول المشهور وقال بأنّه: يلزمُه الطّلاق الثّلاث، وذلك كعادته في الالتزام بمشهور مذهب الإمام مالك.([3])

ولكنّ بعض متأخري فقهاء المالكيّة قد عدلوا عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب رغم أنّه قول الإمام مالك وابن القاسم، ومن ذلك قول الإمام الدّسوقي:« (الذي جرى به العمل في المغرب) و قيل يلزمه واحدة بائنة حيث لا نيّة له ».([4])

وذلك لأنّ الدّلالة العرفيّة لعبارة (أنت عليّ حرام) قد تغيّرت، فقد كانت في العرف السائد في زمن الإمام مالك تعني الطلاق الثّلاث سواء قَصَدَهُ أم لم يقصده، وذلك في المدخول بها.

([1]) اختلف المالكيّة في من قال لزوجته: "أنت عليّ حرام" إلى أقوال كثيرة، ذكر منها ابن العربي خمسة عشر قولاً، يتلخّص منها في المذهب خمسة أقوال: **القول الأول**: قول الإمام مالك وابن القاسم في المدوّنة: أنّها طلاق ثلاث في المدخول بها، سواء نوى الثلاث أم لم ينوه، وأمّا غير المدخول بها، فحسب نيّته من واحدة أو غيرها.

القول الثاني: هو قول عبد الملك بن الماجشون: هي ثلاث في كل الحالات.

القول الثالث: قاله أبو مصعب وابن عبد الحكم: هي ثلاث في المدخول بها، وفي غيرها واحدة.

القول الرّابع: هو قول عبد العزيز بن أبي سلمة أنّها : طلقةٌ واحدةٌ رجعيّةٌ مطلقاً.

القول الخامس: هو قول رواه ابن خويز منداد عن الإمام مالك: أنّها طلقةٌ واحدةٌ بائنةٌ في المدخول بها وغيرها. ينظر: محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي**، رقم الفتوى:76،(ص142-143)، ابن العربي، **أحكام القرآن**، (1835/4).

([2])ينظر: ابن القاسم ، **المدونة الكبرى**، (75/5).

([3]) ينظر: **فتاوى المازري** ، تح: الطّاهر المعموري، (ص163).

([4]) الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على مختصر خليل**، (135/2).

وقد اعتبر الإمام القرافي أنّ هذا الحُكم بالثّلاث كان لأجل عُرْفٍ كان في زمان الإمام مالك، فإذا لم نجد نحن ذلك العُرف لا تكون الفتيا من ذلك في تلك الصّورة ، بل في صورة العرف السّائد في هذا الزّمن .([1])

وبيّن الشيخ إبراهيم اللّقاني أيضاً أنّ النّاس صارُوا لا يستعملون هذه الصِّيَغ المتقدّمة([2]) في الطّلاق، بل أصبحت لا تستعمل في حلّ العصمة ولا في عدد الطّلقات، فالعُرف إذن منفيٌّ، وإذا انتفى العُرف لم تَبْقَ إلاّ اللّغة، واللّغةُ لم تَضَعْ هذه الألفاظ لهذه المعاني التي قرّرها الإمام مالك في المدوّنة بالضّرورة، وإذا لم تُفِدْ هذه الألفاظ هذه المعاني لغةً وعرفاً ولا نيّةً، فهذه الأحكام تكون بلا مستند، والإفتاء بغير مستند باطل بإجماع العلماء، ولكن يبقى أنّ لفظ "الحرام" قد يطلق في عُرفنا اليوم لإزالة العصمة فقط دون عدد، وبمقتضى هذا العُرف، أفتى بعض المجتهدين من المالكيّة بأنّها تقع طلقةً رجعيّةً ([3])، وأمّا الألفاظ الأخرى كَلفظ (خَلِيَّةٍ أَوْ بَرِيَّةٍ) فإن لم يَنْوِ بها الطّلاقَ فلا يقع بها شيءٌ، لأنّها من ألفاظ الكنايات الخفيّة.([4])

كما عدَل أيضًا فقهاء المدرسة المالكيّة بالأندلس في هذه المسألة عن القول الرّاجح والمشهور في المذهب إلى قول مرجوح فيه، وذلك نتيجة لتغيُّر العُرف، وأفتَوْا فيها بأجوبة مماثلةٍ لما سبق، فقد جاء في نوازل الحديقة المستقلّة في فتاوى علماء غرناطةَ نازلةٌ، أجاب فيها أبو عبد الله الصنّاع بما يقتضيه العُرف، حيث سُئِلَ عن رجلٍ قال لزوجته: هي عليه حرامٌ، ما يكون حُكمُه؟ فأجاب بأنّه تلزمه طلقةٌ واحدةٌ إن لم يقصد الثّلاث، وبيّن في فتواه أنّ العُرف اليومَ يقضي بأنّه طلاق بائنٌ بغير خُلْعٍ ولم يكن ذلك معروفًا في الزّمن الأوّل.([5])

([1]) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام**، (ص222-223-224-225).

([2]) يقصد بالصّيغ المتقدّمة في الطّلاق هي: قول الرجل لزوجته: " أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ أَوْ أَوْ وَهَبْتُكِ لِأَهْلِكِ".

([3]) قد أشرتُ إلى هذا القول سابقاً، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة أنّها : تقع طلقةً واحدةً رجعيّةً مطلقاً، ينظر: محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندل**سي، رقم الفتوى:76، (ص142-143).

([4]) ينظر: اللّقاني، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، تح: عبد الله الهلالي، (ص301-302)، القرافي، ، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام**، (ص222-223-224-225).

([5]) ينظر: مصطفى الصمدي، **فقه النّوازل عند المالكيّة، تاريخًا ومنهجًا**، (ص330-331).

وسُئِلَ قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي فيمن قال لزوجته: "أنت عليَّ حرام" فأجاب أولاً: بأنّ المشهور في مذهب الإمام مالك هو: لزوم الطّلاق الثّلاث في المدخول بها سواءٌ قَصَدَ الثّلاثَ أم لم يقصده. ثمّ قال: «وفي المذهب قولٌ: أنّه تلزمه طلقةٌ بائنةٌ، وقد رجّحه بعض أشياخُ المذهب، وهو قولٌ صحيحٌ له وجهٌ من النَّظَرِ ، مَنْ قَلَّدَهُ لم يُعْتَرَضْ عليه».([1])

ويذكر ابن سراج أيضاً سبب عدوله إلى هذا القول المرجوح وتصحيحه له أنّ بعض الشيوخ – رحمهم الله– ممّن هم أهلٌ للفتوى كانوا يعتمدون هذه الرّواية([2])، ويفتون بها، ويَرَوْنَ أنّ ذلك جارٍ على مذهب المدّونة، لأنّ الإمام مالكاً إنّما فرّق بين المدخول بها وغير المدخول بها، ولأنّ البينونة لم يكن يقصد بها إلاّ الثّلاث في المدخول بها في زمن الإمام مالك ، وأمّا في زمن ابن سراج وما جرى به العرف عندهم فإنّ البينونة تكون بطلقةٍ واحدةٍ، فالمدخول بها اليوم هي نظيرُ غيرِ المدخول بها في زمن الإمام مالك، فيكون حُكمُهما واحدًا، وقد أشار إلى هذا الإمام اللّخمي في بعض أبحاثه، كما أنّ ابن رشد قد رجّح القول بتصديق من ادّعى أنّه لم يقصد بالتحريم الطّلاق، وصحّح هذا القول المروي في العتبية، فيكون من باب أولى وأحرى إذا ادّعى أنّه لم يقصد بالتّحريم الطّلاق الثّلاث ([3]).

وبعد بيان ابن سراج لصحّة هذا القول المرجوح في المذهب وأنّه تقع به طلقةٌ واحدةٌ بائنةٌ في المدخول بها وغير المدخول بها قال:« فمن أخذ بهذا القول الأخير فهو مُخَلِّصٌ إن شاء الله».([4])

الفرع الثاني: مسألة التّنازع في قبض الصّداق بعد الدّخول

القول الرّاجح والمشهور في هذه المسألة هو ما رُوِيَ عن الإمام مالك– رحمه الله– أنّه إذا تنازع الزّوجان في قبض الصّداق بعد الدّخول أنّ القولَ المعتبرَ هو قولُ الزّوجِ، مع أنّ الأصلَ عدمُ القبض، ولكنّ القاضي إسماعيل([5]) قد عَدَلَ عن هذا القول الرّاجح والمشهور عند الإمام مالك إلى قولٍ مرجوحٍ في المذهب المالكي بسبب تغيّر العادة والعرف ، وذكر أنّ هذه كانت عادتُهم في المدينة، فكان الرّجل لا

([1]) محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي**، مصدر سابق، رقم الفتوى:75، (ص142).

([2]) أي: رواية ابن خويز منداد عن الإمام مالك: أنّها تقع طلقةٌ واحدةٌ بائنةٌ في المدخول بها وغيرها.

([3]) ينظر: محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي**، (ص143-144).

([4]) **المصدر نفسه**، (ص144).

([5]) هو إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حمّاد الأزدي، أبو إسحاق ،القاضي، من فقهاء المالكيّة العراقيين، توفّي سنة:282هـ، ينظر: عياض، **ترتيب المدارك**، (278/4).

يدخُل بامرأته حتّى تقبضَ جميع صداقِها، واليومَ عادتُهم قد تغيّرتْ فأصبحتْ على خلاف ذلك، فيكونُ القولُ المعتبرُ في هذا العرف المغاير لما كان عليه في زمن الإمام مالك هو قولُ الزّوجة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائد والأعراف.([1])

المطلب الثاني: مثال تطبيقي عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في باب المعاملات

الفرع الأول: مسألة صرف اليمين إلى الطّلاق

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ من وقعت منه يمين بالله وذلك بأن حلف على فعلٍ معيّن ثمّ حنث في تلك اليمين فإنّه تلزمُه كفّارة يمين.([2])

ولكنّ الذي جرى به العمل عند متأخّري فقهاء المغرب هو لزوم طلقة رجعيّة لمن حلف باليمين على فعلِ شيءٍ معيَّنٍ ثمّ حَنَثَ في يمينه، وإنّما يلزمُه في ذلك الطّلاقُ، لأنّ العرف الذي كان سائدًا في بلاد المغرب أنّهم يقصدون باليمين ، اليمينَ بطلاق الزّوجة، ولولا مُراعاةُ هذا العرف لما لزمه الطّلاقُ الرّجعيُّ، وإنّما يلزمُه فقط إذا حَنَثَ كفارةُ اليمين.([3])

وقد أشار إلى ذلك ناظم "العمل الفاسي" بقوله:

و في اليمين طلقةٌ رجعيّة ❁ إذْ هي قد حصّلت الماهـيّة

أفتى به والدُنا كالقصّار ❁ كابنِ مؤلِّف كتابِ المعيار ([4])

([1]) ينظر: القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام**، (ص219-220)، أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر** (ص140)، ابراهيم اللّقاني، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**،(ص298).

([2])ينظر: ابن أبي زيد ، الرّسالة، (118، 119).

([3]) ينظر: عمر الجيدي ، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص129)، (ص441).

([4]) المهدي الوزّاني ، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، (ص76).

وبيّن أنّ هذا القول قد جرى به العملُ الفاسيُّ وقد أفتى به بعض متأخّري فقهاء المالكيّة بالمغرب ومنهم: الإمام ابن القصار([1])، والقاضي عبد الواحد بن أبي العبّاس الونشريسي([2])، وإليه أشار بقوله: (ابنِ مؤلِّف كتابِ المعيار)،كما أفتى بهذا القول أيضًا سيدي حمدون، والمقرّي([3])، والجلالي([4])، وأفتى به السّراج، وابن عمران([5])، وغيرهم، إلّا أنّ كلاً من المقري وتلميذِه القاضي ابنِ سودة قد أفتيا فيه بلزوم طلقة بائنة، وذلك بالنّظر إلى العادة المألوفة عند العوام من أنّ حِلْفَهم بالحرام يقع به الطّلاق البائن وقد نقل الإمام العلمي فتوى ابن سودة في نوازله.([6])

وذكر الإمام المهدي الوزّاني في شرحه "تحفة الأكياس" أنّ اللّازم في لفظ اليمين إذا حلف وحنث كفّارةُ اليمين على المشهور في المذهب، وأمّا ما جرى به العمل في فاس فهو لزوم طلقة رجعيّة في اليمين أي أنّ مَنْ حَلَف ثمّ حنَث في يمينه فتلزمُه طلقةٌ واحدةٌ رجعيّةٌ، لأنّ العُرفَ صَرفَ اليمين إلى الطّلاق، فاليمينُ في أصله اليمينُ بالله، ولكنّ عُرف هذه الأزمنة وما قبلها قد صرَفه إلى العصمة الزّوجيّة، فيُعمَلُ بمقتضى هذا العرف، لأنّ اليمين دائمًا تُحمَلُ على عُرف الحال، أو البلد، ولذلك تختلف الفتوى باختلاف العادات والأعراف، وأمّا سبب اعتباره طلاقًا رجعيًّا عند هؤلاء الفقهاء، فلأنّه الأصل في الزّوجة المدخول بها، وبه تحصل ماهيّة الطّلاق.([7])

([1]) هو علي بن أحمد البغدادي، أبو الحسن، الشّهير بابن القصار، صاحب كتاب: "مسائل الخلاف"، كان قاضيًا ببغداد، توفّي سنة398هـ، ينظر، الحجوي، **الفكر السّامي**، (144/3)، ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص199).

([2]) هو عبد الواحد بن الإمام أحمد بن يحي الونشريسي، ، فقيه مالكي، من تآليفه: نظم قواعد مذهب مالك بن أنس، لخّص فيه إيضاح المسالك لوالده، توفّي سنة955هـ، ينظر: محمد الحجوي، **الفكر السّامي**،(315/4-316)، التنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص177).

([3]) هو محمد بن محمد بن أحمد، أبو عبد الله المقري، الفقيه القاضي المالكي، ولد بتلمسان ونشأ بها،وسكن فاس، من تصانيفه: حاشية على مختصر ابن الحاجب، والقواعد وغيرها، توفّي سنة85_هـ، ينظر: الحجوي، **المصدر السّابق**، (305/4)، التّنبكتي، **المصدر السّابق**، (ص249).

([4])هو إبراهيم بن عبد الرحمن الجلالي، أبو سالم الفاسي، له كلام في النّوازل والأقضية والفتاوى، ومن مؤلفاته المشهورة: المسألة الإمليسية في الأنكحة المعقودة على الطّريقة الغريسية، ينظر: **سلوة الأنفاس**، (256/3).

([5])هو علي بن عبد الرحمن بن عمران، أبو الحسن، قاضي الجماعة بفاس، فقيه مالكي فاضل، له صيت في العلم والتّدريس، توفّي سنة 1018هـ، ، ينظر: شجرة النّور(ص296)، صفوة من انتشر، (ص137).

([6]) ينظر: المهدي الوزّاني ، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**،. مصدر سابق، (ص77).

([7]) ينظر: **المصدر نفسه**، (ص76، 77).

المبحث الثاني:

أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة

ويتضمّن هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في العبادات

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في الاحوال الشّخصيّة

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في المعاملات

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في العبادات

بعد التتبّع لكتب الفقه والنّوازل عند المالكيّة استطاع الباحثُ الوصولَ إلى بعض النماذج التطبيقيّة من الفروع الفقهيّة والنّوازل المالكيّة، والتي عدل فيها بعض فقهاء المذهب المالكي عن القول الراجح أو المشهور إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة، وذلك في بعض العبادات ولعلّ أبرز هذه المسائل التّطبيقيّة تتمثّل فيما يأتي:

الفرع الأول: مسألة إخراج زكاة الفطر بالقيمة "نقدا"

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ زكاة الفطر تُخْرَجُ من غالب قوت أهل البلد، وتكون من أنواع الطّعام التّسعة التي ذكرها المالكيّة في كتبهم([1])، وذلك عملاً بما نصَّ عليه حديث ابن عمر ﷺ أنّه قال:« فَرَضَ رَسُولُ اللهِ ﷺ زَكَاةَ الفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ، صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أو صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ» .([2])

و بما جاء أيضاً في حديث أبي سعيد الخدريﷺ:« كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أو صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ أو صَاعاً مِنْ أَقِطٍ أو صَاعاً مِنْ زَبِيبٍ» .([3])

ولا يجزئ في القول الرّاجح عند المالكية إخراج زكاة الفطر بالقيمة أي "نقدا"([4])، وقد عَدَلَ بعض فقهاء المالكية عن هذا القول الرّاجح و المشهور في المذهب إلى مقابله بسبب مراعاة المصلحة المرسلة فأفتوا

([1])أجاز بعض المالكية إخراج الدّقيق، وهو قول ابن حبيب وأصبغ وجماعة من المالكيّة، ينظر: أحمد بن الصّدِّيق الغماري، **تحقيق الآمال في إخراج زكاة الفطر بالمال**، (ص44).

([2]) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب أبواب صدقة الفطر، باب فرض صدقة الفطر، رقم ح:1432، (547/2)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الزّكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين في التّمر والشّعير، رقم ح:984، (274)..

([3]) البخاري، **المصدر السّابق**، كتاب أبواب صدقة الفطر، باب صدقة الفطر صاع من طعام، رقم ح:(1435)، (548/2)، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين في التّمر والشّعير، رقم ح:985، (ص274).

([4]) ينظر: القاضي عبد الوهاب، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، (144/2)، وقد اختلف المالكية في مسألة إخراج القيمة في الزكاة إلى أربعة أقوال ذكرها العلاّمة التّنائي في تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة فقال: "**الأول**: لا يجوز دفع القيمة في الزّكاة اختياراً ولا تُجزئُ، وإن دفعها كُرْهاً أجزأته، وهو ظاهر الرّسالة، **الثاني**: لو أخرجها طوعاً أجزأته، فالخلاف بين هذين القولين إنّما هو في حال الطّوع، أمّا في الإكراه فالإجزاء بلا خلاف، **الثالث**: يجوز إخراجها طوعاً أو كرهًا، **الرّابع**: لا يجزئه إخراجها طوعاً ولا كرهاً". ينظر: **تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة**، (372/3)، ، خليل ، **التّوضيح في شرح المختصر الفقهي**، (181/2)، الحطّاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تح: زكريا عميرات،(239/3)، الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشرح الكبير للدردير**،

بقول مرجوحٍ في المذهب وقالوا بجواز إخراج القيمة في الزّكاة، وممّن رجّح القول بالإجزاء في ذلك الإمام ابن رشد حيث قال بعد ذكره لرأي بعض الفقهاء القائلين بجواز إخراج القيمة في الزّكاة:« فإن فَعَل وكان فيه وفاءً لما وجب أجزأه، وهذا القولُ أظهرُ الأقوال.» ([1])

كما أيّد هذا الرّأي أيضاً من المتأخّرين من فقهاء المالكيّة الإمام الحافظ المحدّث أحمد بن الصِّدِّيق الغماري في كتابه:(تحقيق الآمال في إخراج زكاة الفطر بالمال) فقال:« وهو([2]) قول جماعة من المالكيّة كابن حبيبٍ، وأصبغ، وابن أبي حازم([3])، وابن دينار، وابن وهب على ما يقتضيه إطلاق النّقل عنهم في تجويز إخراج القِيَمِ في الزّكاة الشّاملة لزكاة المال وزكاة الرُّؤوس» .([4])

وقد ذكر أنّ هذا القول مرويّ عن جماعة من أئمّة السّلف منهم عمر ابن عبد العزيز، والحسن البصري([5]) –رحمه الله– وقال الثّوري وأبو حنيفة وأصحابه بجواز إخراج القيمة في الزّكاة.([6])

وقد بيّن أحمد بن الصِّدِّيق الغماري بأنّ إخراج المال في زكاة الفطر هو الأنفع للفقراء في عصرنا هذا لما يحقّقه من مصلحةٍ لهم فقال:« وهكذا تنبني أحكامُ الشَّريعة كلّها على مراعاة المصالح ، وتدور معها كيفما دارت... وإذا ثبت ذلك فالمصلحة قاضيةٌ بإخراج المال وتفضيله على الحُبوب »([7])، كما اعترض على من يتمسّكُ بظواهر النُّصوص دون النّظر إلى عِلَلِها فقال:«الوقوف مع النّص والتَّمسُّكُ بالظّاهر فيما هو بيّنُ العلّة، واضحُ الحكمة، قَلْبٌ للحقائق، وعَكْسٌ لمقاصد الإسلام» ([8]).

(502/1)، وينظر: أستاذنا الدكتور يوسف القرضاوي، **فقه الزكاة – دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسّنة**، (954-953/2).

([1]) ابن رشد، **البيان والتحصيل**، تح: سعيد أعراب، (512/2).

([2])أي إخراج زكاة الفطر بالمال.

([3]) هو عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار، تفقّه مع مالك على ابن هرمز، توفّي سنة:182هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج المذهب**، (ص158).

([4]) ينظر: أحمد بن الصِّدِّيق الغماري، **تحقيق الآمال في إخراج زكاة الفطر بالمال**، (ص46).

([5]) هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، أبو سعيد التّابعي، إمام البصرة، توفّي سنة 110هـ، ينظر: ابن خلكان، **وفيات الأعيان**، (69/2).

([6]) ينظر: أحمد بن الصِّدِّيق الغماري، **المصدر السّابق**، (ص،45،47،46).

([7]) **المصدر نفسه**، (ص110).

(**في إخراج زكاة الفطر بالمال**، (ص 110)..

وممّن انتصر لجواز دفع القيمة في الزّكاة من الباحثين والعلماء المعاصرين أستاذنا الدّكتور يوسف القرضاوي، حيث أكّد على أهميّة القيمة في الزكاة، لأنّها صارت هي الأليق في عصرنا والأيسر على النّاس، وخاصّة إذا كانت هناك مؤسسةٌ تقوم بجمع الزّكاة وتوزيعها، فإنّ أخذَها بالعين يؤدّي إلى الزّيادة في تكاليف تحصيلها وحراستها والمحافظة عليها من التَّلَف، كما ذكر أنّ الحاجة والمصلحة في عصرنا تقتضي جواز إخراجها بالقيمة ما لم يكن في ذلك ضررٌ بالفقراء أو بمن يدفعها.([1])

ولا يُعَدُّ ذلك خروجا عن النّص أو مخالفةً للسُّنّة كما يتوهّمه البعض ممّن يتمسّك بظواهر النّصوص دون النّظر إلى عِلَلِهَا ومقاصدها كما بيّنتُ ذلك سابقاً، وإنّما هو من بابِ تخصيصِ النّصِ بالمصلحة وذلك إذا كان هذا النّص ظنّيّا-أي ظنّيّ الدّلالة على معناه - وكان مبنيًّا على معنًى مصلحيّ، فيكون الحُكمُ حينئذ قابلاً للتغيُّر بناءً على تغيُّر وجهِ المصلحة التي بُنِيَ عليها إذ الحُكْمُ يدورُ مع عِلَّتِهِ وُجوداً وعَدَماً، وقد أجاز المالكيّة تخصيص النّص الظّنّيّ بالمصلحة المرسلة المنضبطة شرعاً([2])، ويرى أستاذنا الدّكتور يوسف القرضاوي أنّه ينبغي أن يُفهَم النّص الظّنّي فهمًا صحيحًا يُدفَعُ به هذا التّعارضُ مع المصلحة الحقيقيّة، وذلك بأن يُحْمَل النّص العام على الخصوص أو يُخْرَج بالنّص المطلَق عن إطلاقه فيُقيَّدُ، أو يُفسَّرُ تفسيرًا ينقله من الحرفيّة إلى الفحوى (المعنى)، إلى غير ذلك من الفُهوم والتّفسيرات التي تقبلُها اللّغة وتحتملها الألفاظ من المعاني، فإخراجُ القيمة في زكاة الفطر هو تقديمٌ للمصلحة على النّص الظّنّيّ إذا عُلِمَ مقصودُ الشّارع من تشريع الزّكاة ([3]) .وبهذا الرّأي أخذت لجنة الإفتاء بوزارة الشّؤون الدّينية بالجزائر، وذلك بجواز إخراجها نقداً.

كما أفتت بهذا الرّأي أيضًا الهيئة العلمية المكلّفة بالإفتاء في المجلس العلمي الأعلى بالمغرب الأقصى في جوابٍ لها على سؤالٍ ورد عليها حول إخراج زكاة الفطر بالقيمة "نقدا" هل يجوز أم لا؟ فكان نصُّ

([1]) ينظر: أستاذنا الدّكتور يوسف القرضاوي، **فقه الزكاة – دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسّنة** (812/2-813-814) ، أحمد العبادي، مقال بعنوان: **إخراج القيمة في الزكاة عند فقهاء المذهب المالكي**، مجلة المذهب المالكي، العدد:25 ، المغرب، 1439هـ، 2018م، (ص53).

([2]) ينظر: سميّة قرين، **المصلحة المرسلة، ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي –مسائل السياسة الشّرعيّة نموذجا–** (ص114-ص116-117).

([3]) ينظر:أستاذنا يوسف القرضاوي، **السّياسة الشّرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها**، (ص143).

الفتوى بعد ذكرهم لأقوال العلماء وأدلّتهم في هذه المسألة:« وعليه، فيجوز على هذا الرّأي إخراجُها بالقيمة نقدًا» .([1])

الفرع الثاني: مسألة إعطاء الزكاة لآل البيت

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ الزّكاة لا تُعطى لآل بيت النّبيّ ﷺ ([2])، وذلك لما ورد أنّ النّبيّ ﷺ منعَ بني هاشم من أخذ الزّكاة، معلّلاً ذلك بأنّها من أوساخ النّاس، ولأنّهم يستحقّون من بيت المال خمس الخمس.([3])

فلمّا أصبح بيتُ مال المسلمين غيرَ مُنْتَظَمٍ، وأصبح بنو هاشمٍ لا يُعْطَوْنَ هذا الحقَّ، وضاعت مصلحتُهم التي من أجلها مُنِعُوا من الزّكاة، رأى بعض متأخّري فقهاء المالكيّة جواز أخذهم لسهمهم من الزّكاة، وذلك لأنّهم مُنِعُوا بعلّة منصوصةٍ، وقد تخلّفت هذه العلّةُ، وكما هو معلومٌ أنّ الحُكمَ يدُور مع علّته وجودا وعدمًا.([4])

وقد أشار إلى ذلك صاحب العمل الفاسي بقوله:

كذا التّصَدُّقُ عَلَى الشَّريفِ ۞ .....([5])

وفي المعيار للإمام الونشريسي أنّه يجوز دفع الزّكاة لأهل البيت إذا خِيفَ عليهم الضّياع، فقد ذكر الونشريسي فتوى لبعض من أجاز ذلك فقال:« وسُئِلَ محمد بن مرزوق([6]) عن رجلٍ شريفٍ أضَرَّ به الفقرُ هل يُواسى بشيءٍ من الزّكاة أو صدقة التّطوّع؟ وقد علمتم ما في ذلك من الخلاف ...فالمراد ما

([1]) ينظر: أحمد العبادي، مقال بعنوان: **إخراج القيمة في الزّكاة عند فقهاء المذهب المالكي**، (ص64-65).

([2]) وفي ذلك يقول خليل في مختصره:"وعدمُ بُنُوَّة بني هاشم"، وذكر الحطّاب أنّه يشترط فيمن تحلُّ له الزكاة ألاّ يكون من بني هاشم وأنّ هذا القول هو قول الإمام مالكٍ وأصحابه. ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل** ، تح: زكريا عميرت، (223/3).

([3]) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: الزّكاة، باب، ترك استعمال آل النّبيّ على الصّدقة، ح:168، (ص 302).

([4]) ينظر: الحطّاب، **مواهب الجليل**، تح: زكريا عميرات، (224/2)

([5]) المهدي الوزّاني، **تحفة الأكياس بشرح عمليّات أهل فاس**، (ص297).

([6]) هو محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق، أبو عبد الله العجيسي التّلمساني، الشّهير بالحفيد، الفقيه المالكي، له: فتاوى مذكورة في المعيار وغيره، وله شرح على مختصر خليل لم يكمله، توفّي سنة 842هـ، ينظر: **الفكر السّامي**، (301/4-302).

نعتمده من جهتكم، فإنّي قد وقفتُ على جوابٍ للإمام ابن عرفة قال فيه: المشهور في المذهب أنّهم لا يُعطَوْنَ من الزّكاة».([1])

فأجابه محمد بن مرزوق بأنّ هذه المسألة قد اختلف فيها الفقهاء ولكنّ الرّاجح عنده في هذا الزّمان أن يُعطى آلُ البيت من الزّكاة، وربّما كان إعطاؤُهم أفضلَ من إعطاءِ غيرِهم. ([2])

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في الاحوال الشّخصيّة.

الفرع الأول: هل العبرة بلفظ المحبّس أم بقصده؟

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي في هذه المسألة هو الاعتداد بلفظ الواقف دون النّظر إلى قَصْده، فلا يُعدَل عن لفظه متى ما كان جائزاً، وممن نصّ على أنّ العبرة باللّفظ دون القصد الشّيخ خليل في مختصره، حيث قال:« واتّبِع شَرْطُهُ».([3])ولكنّ القول الذي جرى به العمل اعند المالكيّة هو أن العبرة بقَصْد المحبِّس لا بلفظه، فيُراعى قصدُ المحبِّس ويُقدَّمُ على لفظه،.فقد أفتى الإمام العبدوسي([4]) أنّه يجوز أنّه يُفعل في الحُبس ما فيه مصلحة ممّا يغلب على الظنّ أنّه لو كان المحبِّس حيًّا وعُرِض عليه ذلك لقبله ورضيه واستحسنه.([5])

قال ميارة في تكميل المنهج:

للقصْد جازَ فِعْلُ ما لو حَضَرَا ۞ مُوقِفُهُ رآه حَقًّا نَظَرَا ([6])

وإلى ذلك أشار ناظم العمل الفاسي أيضًا بقوله:

([1]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (395/1).

([2]) ينظر: **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([3]) خليل، **مختصر خليل**، (ص221).

([4]) هو عبد الله بن موسى بن معطي العبدوسي الفاسي، فقيهها ومفتيها ومحدثها، أخذ عن والده، وأخذ عنه ابن آملال والقوري، توفّي سنة: 849،، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور الزّكيّة**، (255/1).

([5]) ينظر: المهدي الوزاني، **تحفة أكياس النّاس في شرح نظم عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص380)، الونشريسي، **المعيار المُعرِب**،(78،79/7)

([6]) ينظر: المهدي الوزاني، **تحفة أكياس الناس في شرح نظم عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص384)، مولاي أحمد الطّاهر، **فتوحات الإله المالك على نظم أسهل المسالك**، (161/4).

ورُوعِيَ المقصودُ في الأَحباسِ ۞ لا اللّفظَ في عمل أهلِ فاسِ([1])

قال الشيخ الوزّاني في شرحه تحفة الأكياس: « إذا تعارض لفظُ المحبِّس و مقصودُه، فالعمل عند أهل فاسٍ على مُراعاةُ القَصْدِ لا اللّفظ، فيُقدَّمُ المقصودُ على مدلول اللّفظِ ويُعمَلُ به». ([2])

الفرع الثاني: مسألة بيع العقار المحبّس إذا تعذّر الانتفاع به

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّه لا يجوز بيع العقار المحبّس ولو خَرِب، وفي ذلك يقول الشيخ خليل –رحمه الله–:« وَبِيعَ مَا لَا يُنتفَعُ بِهِ مِنْ غَيرِ عَقَّارٍ في مِثْلِهِ... لاَ عَقَّارٌ وَإِنْ خَرِبَ وَنِقْضٌ وَلَوْ بِغَيْرِ خرب إِلَّا لتَوْسيعِ مَسْجِدٍ».([3])

ويوضّح الشّيخ الدّردير قولَ خليل(لا عَقَّارٌ) بأنّه لا يجوز بيعُ العقّار الحبُس ولو خَرِبَ، وأنّ الشّيخ خليل يشير بذلك إلى قول الإمام مالك–رحمه الله– في المدوّنة: ولا يُباعُ العقَّار الحبُس ولو خَرِبَ، وبقاءُ أحباسِ السَّلَفِ داثِرَةٌ دليلٌ على مَنْعِ ذلك، وذكر الشّيخ الدّردير أيضًا بأنّ المصنّف خليل قد ردّ بالمبالغة على رواية أبي الفرج عن مالكٍ وهي أنّه إذا رأى الإمام بَيْعَ ذلك لمصلحةٍ جاز، ويجعل ذلك في مثلِهِ، وبأنّ هذا القولَ هو مذهبُ أبي حنيفة أيضًا، وأمّا ابنُ عرفة فقد ذهب إلى القول بجواز نقلها إلى وَقْفٍ عام المنفعة، ولو كان غير مماثلٍ للأوّل.([4])

وأمّا الشّيخ الدّسوقي في حاشيّته فقد بيّن معنى قول خليل:(لا عَقَّارٌ) بأنّه لا يُباعُ العقارُ الحُبُس من الدُّور و الحوائط والحوانيت، ليُستبدَل به غيرُه، خلافًا لمن قال بجواز بيع الخَرِبِ بغيره، واستثنى الشّيخ الدّسوقي من ذلك المنع حالةً واحدةً وهي بيعُ العقّار المحبَّس ولو كان غيرَ خربٍ لتوسيعِ مسجدٍ أو طريقٍ أو مقبرة فإنّه يجوز بيعه على القول المشهور ولو جبرًا.([5])

لكنّ الذي جرى العمل في فاس وأفتى به بعضُ متأخّري فقهاء المالكيّة هو جواز بيع العقار الحبُس إذا صار الانتفاعُ به متعذّرًا، ولكن يُجعَلُ ثمنُه في مثلِهِ، وهو ما أشار إليه ناظم العمل الفاسي بقوله:

([1]) المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس الناس في شرح نظم عمليات فاس**، مصدر سابق، (ص380).

([2])المهدي الوزّاني، **المصدر نفسه، المكان نفسه**.

([3]) خليل، **مختصر خليل**، باب في أحكام الوقف، (ص221)

([4]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، (91/4).

([5]) ينظر: **المصدر نفسه**، المكان نفسه.

وَمَا مِنَ الحُبُسِ لَا يُنتفَعُ ❁ بِهِ ففِيهِ البَيْعُ لَيْسَ يُمنَعُ ([1])

ومُستند ما جرى به العمل في جواز هذا البيع هو جلبُ المصلحة المتمثّلة في عدم تعريض الأوقاف للضّياع أو إلى تعطّل منافعه وهذا مُخالفٌ لمقاصد الواقف في استمرار الأجر باستمرار الانتفاع به.([2])

وسُئل ابن علال([3]) عن سدس جنان بتازى، يعني محبّسًا لا تفي غلّته بخدمته، فأجاب بأن يُباع، ويُعوّض بثمنه ما هو أغبط للحُبُس، قال الإمام المهدي الوزّاني:«وبفتياه جرى العملُ...وإذا جاز بيعُ الأصل العديم المنفعة فبيع خشب المسجد إذا انكسرتْ وحُصُره إذا بليت وأنقاضُه إذا انهدم واستُغْنِيَ عنها جائزٌ من باب أولى، وقد سُئل عن ذلك ابن علال فقال: الذي جرى به العملُ جوازُ بيعِ ذلك وصرف ثمنه في مثله». ([4])

المطلب الثالث: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في المعاملات.

توجد كثير من المسائل الفقهيّة التي عدل بعض متأخّري فقهاء المالكيّة عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة وذلك في باب المعاملات، وسيقتصر الباحث على أهمّ ما عثر عليه أثناء بحثه، وعرضها كنماذج تطبيقيّة لهذا العدول وهي كالآتي:

الفرع الأول: مسألة بيع الصفقة:

وصورة هذا البيع: أن تكون دارٌ مثلًا بين رجلين أو ثلاثة، وقد تملكوها دفعة واحدة بشراء أو إرث أو نحوهما، ، ومدخلهم إلى هذه الدّار واحدٌ، فيقوم أحدهم ببيع هذه الدّار ثمّ يكون لشركائه الخيار، إمّا أن يُكمِلوا البيع للمشتري، وإمّا أن يضُمُّوا ذلك المبيع لأنفسهم ويدفعوا للبائع قيمة حصته

([1]) ينظر: المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس النّاس في شرح نظم عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص 402).

([2]) ينظر: **المصدر نفسه**، (ص403،404).

([3])هو عيسى بن علال الكتامي المصمودي، فقيه مالكي، له تعليق على مختصر ابن عرفة، توفّي سنة:: 823هـ ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص298).

([4]) ينظر: المهدي الوزّاني، **المصدر السّابق**، (ص401).

من الثمن الذي باع به([1])، فالقول المشهور والمنصوص عليه في المذهب أنّ هذا البيع يتوقّف على شروط معيّنة، لأنّه قد ينكر الشّريك المبيع عليه تلك الحصّة فيحتاج مريد البيع إلى إثباتها، ولا يتمّ ذلك الإثبات إلّا بالرّفع إلى القاضي، ولكنّ الذي جرى به العمل هو وقوع بيع الصّفقة من غير الرّفع إلى القاضي([2])، وهو ما أشار إليه ناظم لاميّة الزّقاق بقوله:

نعم كالذي يجري من البيع صفقة ❁ بلا حاكم.....([3])

كما أشار ناظمُ العمل الفاسي أيضًا إلى وقوع بيع الصّفقة من غير الرّفع إلى القاضي رغم كونه مخالفًا للرّاجح في المذهب وذلك أخذًا بما جرى به العمل بفاسٍ فقال:

وخالفَ المنصُوصَ بيعُ الصَّفْقَةِ ❁ فلَمْ يؤُلْ لضَابِطٍ أو رِبْقَة ([4])

وأشار الإمام عبد الواحد الونشريسي إلى أنّ هذا القول المرجوح والمخالف للمنصوص في المذهب قد جرى به العمل بين القضاة في الغرب الإسلامي فقال:

والبيعُ بالصَّفقة في الغرب اشتهر ❁ بين قُضاته ببدوٍ وحـــــضرْ

ولم يردْ نصٌّ عمّـــــن مضى ❁ وظاهرُ المذهب منعُه اقتضى ([5])

الفرع الثاني: مسألة: تضمين الرّاعي المشترك

الرّاعي المشترك هو الذي يدفع الناس إليه مواشيهم ودوابهم ليقوم برعايتها، فهي لجماعة متعدّدين لا لواحدٍ فقط، فإذا كان المالك لها واحدا سمّي الرّاعي خاصًّا.([6])

القول المشهور في المذهب أنه لا ضمان على الرّاعي فيما تلف من الغنم وغيرها مطلقًا، سواء أكان مشتركاً أم خاصاً؛ لأنّه على أصل الأمانة، إلاّ إذا تعدّى أو فرّط، وقامت عليه بذلك بيّنة، وإلا لم يلزمه،

([1]) ينظر: محمد ميارة الفاسي، **فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق**، (ص452)، المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس النّاس في شرح نظم عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص174).

([2]) ينظر: محمد ميارة الفاسي **المصدر السّابق، المكان نفسه**.

([3]) ينظر: **المصدر نفسه**، (ص447).

([4]) المهدي الوزّاني، **المصدر الشّابق**،(ص173).

([5])**المصدر نفسه**، (ص173، 174).

([6])ينظر: **المصدر نفسه** ، (ص364).

وإنّما عليه اليمين أنّه ما فرّط وما تعدّى.([1])

ولكنّ بعض المالكيّة قد عدل هذا القول الرّاجح والمشهور إلى قولٍ مرجوحٍ في المذهب ، فإنّ الذي جرى به العمل عندهم أنّ الرّاعي المشترك يكون ضامناً، وإليه ذهب ابن حبيب من علمائنا المتقدّمين، كما أفتى به من متأخّري المذهب: الفقيهان: العبدوسي وأبو عبدالله القَوْرِي، كما حَكَم به القاضي اليزناسني ([2])، وبذلك صار من الأقوال التي جرى بها العمل، ولهم سلَفٌ في ذلك، حيث إنه مذهب الحسن البصري وسعيد بن المسيب([3]) ومكحول([4]).([5])

وقال التّاودي عند قول الزّقاق في لاميته: (كذا غرم الرّعاة):«جمع راعٍ، والمراد بالراعي: المشترك الذي يدفع الناس إليه مواشيهم ودوابهم، المشهور: لا ضمان عليه؛ لأنه أمين، وعن الحسن وابن المسيب ومكحول أنه يضمن كالصّانع، قال ابن حبيب: والأخذُ به أحب إليّ، وحكم به اليزناسني وغيره وبه العمل» ،([6]) وقد أدرج صاحب نظم العمل الفاسي ضمان الرّاعي المشترك في منظومته فقال:

ضمانُ راعي غَنَمِ النّاس رُعِي ❁ أَلْحَقْه بالصّانع في الغُرْم تَعِي.([7])

أي ألحقْ ضمان الرّاعي المشترك-الذي يرعى لكلّ من أتى إليه وليس خاصّا بجماعة معيّنة- بالصّانع في الغُرْم لما ادّعى ولم تقُم به بيّنة، و لعلّ السّبب الذي جعل اليزناسني وغيره يفتي بتضمين الرّاعي المشترك يرجع إلى ما يأتي:

1- الغالب في الرّعاة الكذب والتعدّي والتّفريط.

([1]) ينظر: ميّارة الفاسي، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقّاق**: (ص456).

([2]) هو إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله اليزناسي، الفقيه المالكي(الحفيد)، قاضي الجماعة بفاس، كان إماماً حافظا، له فتاوى كثيرة، وقد ذكر صاحب المعيار جملة منها، توفّي سنة:794هـ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص50-51).

([3]) هو سعيد بن المسيّب بن حزن القرشي المخزومي، سيّد التّابعين في عصره، توفّي سنة 94هـ، ينظر: الذّهبي، **سير أعلام النّبلاء**، (217/4).

([4]) هو مكحول بن أبي مسلم أبو عبد الله، الهذلي، فقيه الشّام ومن حفّاظ الحديث، توفّي سنة 102هـ، ينظر: ابن خلكان، **وفيات الأعيان**، (280/5).

([5]) ينظر: المهدي الوزاني، **المصدر السّابق**، (ص365)، ميّارة الفاسي، **المصدر السّابق**، (ص456).

([6]) التّسولي، **الحواشي الشّريفة والتّحقيقات المنيفة على شرح التّاودي على لامية الزقّاق**، (ص179).

([7]) المهدي الوزاني، **تحفة أكياس الناس في شرح نظم عمليات فاس**، (ص364).

2-أنّ الحكم بعدم تضمينهم يؤدّي إلى تلف كثيرٍ من أموال النّاس؛ لاضطرارهم إليهم في كثير من الأحيان.

2-اعتماداً على المصلحة التي هي أصلٌ من أصول مذهب الإمام مالك، يقول الإمام المهدي الوزّاني:«وضمّنوه للمصلحة العامّة » .([1])

الفرع الثالث: مسألة العقوبة بأخذ المال

الأصل في العقوبة في الشّريعة أن تكون في الأبدان لا في الأموال، ولذلك فإنّ القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي وعند جماهير الفقهاء هو المنع من العقوبة بالمال وهو ما صرّح به كثير من فقهاء المذهب المالكي، وممّن صرّح بذلك الإمام الدّسوقي في حاشيّته على الشّرح الكبير حيث قال:« ولا يجوز التّعزير بأخذ المال إجماعًا وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أنّه جوّز للسُّلطان التّعزير بأخذ المال، فمعناه: ...أن يُمسك المال عنده مُدّةً لينزجر ثمّ يعيده إليه، لا أن يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهّمه بعضُ الظّلمة، إذ لا يجوز أخذُ مالِ مسلمٍ بغير سببٍ شرعيٍّ أي كشراء وهبة» .([2])

وقد عدل بعض متأخّري فقهاء المالكيّة عن هذا القول الرّاجح إلى قول مرجوحٍ في المذهب فأفتوا بجواز العقوبة بالمال، ومن هؤلاء الشّيخ أبو القاسم البرزُلي([3]) ، والشيخ أبو القاسم بن خجّو([4])، والفقيه أبوعمران الوزّاني ([5])في فتوى نقلها الوزّاني في نوازله.([6])

([1])المهدي الوزاني، **المصدر نفسه**، (ص365).ينظر: عليش، **فتح العلي المالك** ، (227/2).

([2])ينظر: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير**، (315/4).

([3]) هو أبو القاسم بن أحمد بن محمد بن المعتل البلوي القيرواني ثمّ التّونسي، الشّهير بالبرزلي، مفتي تونس و فقيهها، وإمامها بالجامع الأعظم، له: "جامع مسائل الأحكام ، توفّي بتونس سنة843هـ، ينظر: التنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص368).

([4]) هو الشيخ أبو القاسم بن علي بن خجو، توفّي بفاس سنة 956هـ، وحضر جنازته السّلطان فمن دونه، له شرح على نظم ابن أبي زيد التّلمساني لبيوع ابن جماعة، ينظر: محمد مخلوف، **شجرة النّور**، (409/1)، الكتاني، **سلوة الأنفاس**، (166/2).

([5]) هو موسى بن عيسى ، أبو عمران الفاسي، استوطن القيروان، وكان من أحفظ النّاس للحديث وللمذهب المالكي، توفّي سنة 420هـ، ينظر: ابن فرحون، **الدّيباج**، (ص422).

([6]) ينظر: عمر الجيدي، **مباحث في المذهب المالكي بالمغرب**: (ص200-201).

فعدول هؤلاء العلماء إلى القول بالجواز إنّما هو بسبب المصلحة وذلك بالنّظر إلى أحوال النّاس وظروفهم، حيث كثُرت جرائم النَّهب والقتل والاغتصاب، وتعذّر إقامةُ الحدود الشرعيّة، ممّا دفع ببعض القبائل إلى تطبيق أحكامٍ عُرفيّةٍ في حقّ من جنى أو ارتكب مُخالفة، فالأصل في العقوبة من النّاحية الشّرعية أن تكون في الأبدان وليس في الأموال، ولكن بسبب غياب الحاكم أو عجزه أو بسبب تعطيل الحدود الشّرعيّة لجأ النّاسُ إلى تطبيق العقوبة بالمال، وذلك حماية لمصالح النّاس، وردعًا للمعتدين، إذ إنّ المفسدةَ الحاصلةَ للمُعاقَب بها هي أقلُّ ضررًا من الضَّرر الحاصلِ لعامّة النّاس بسبب انتشار الجرائم في المجتمع.([1])

وقد رجّح القول بالجواز أيضا أبو حامد الفاسي([2]) مستدلاّ على ذلك بمراعاة المصلحة والضّرورة، وأنّ هذا الرّأي موافقٌ لمقاصد الشّرع في حفظ الكلّيّات، وأنّه من قبيل تغيير المنكر، فجوازها في هذا الزّمان هو في محلّ الضرورة، وفعلها فيه تحقيق للمصلحة العامة كما أنّ تركها فيه وقوع مفسدةٍ عامّةٍ، فهو يُرْجِعُ أصلَ جوازِها إلى قياسها على الرُّخَص المبُاحة للضّرورة، فالضّرورة هي التي ألجأت إلى العقوبة بالمال، كما قاسها أيضًا على قاعدة ارتكاب أخفّ الضّررين، حيث إنّ ضرر العقوبة بالمال هو أقلُّ ضرراً من الجرائم المتفشيّة في المجتمع من نَهْبٍ وقتلٍ واعتداءٍ في ظلّ تعطيل الحدود الشّرعيّة وخلُص إلى القول بأنّ حُكمَها هو حُكْمُ نظائرِها من أخذ المال للمصلحة والضّرورة.([3])

وممّن أيّد هذا الرّأي من الباحثين المعاصرين الدّكتور عمر الجيدي حيث يقول:« والحاصلُ أنّ العقوبة بالمال أو فيه إن كانت تؤدّي إلى مصلحة ، وتزجُرُ النّاس عن ارتكاب الفتن والموبقات في الوقت الذي لا يوجد من يُقيم الحدود على وجهها الشّرعيّ، فذلك يتماشى مع المصلحة ولا يضيره كونه مُخالفاً، فليس هناك ما يُخالف النّصوص إذا تحقّقت مصالح النّاس» .([4])

([1]) ينظر: **المرجع نفسه،** (ص200-201).

([2]) هو محمد بن العربي بن يوسف، أبو حامد الفاسي، ينعت بشيخ الإسلام.، له عقد الدرر في نظم نخبة الفكر وغيره، توفّي سنة: 1052م، ينظر: الكتاني، **سلوة الأنفاس،** (313/2).

([3]) ينظر: عمر الجيدي، **مباحث في المذهب المالكي بالمغرب مرجع سابق،** (ص202).

([4])عمر الجيدي، **المرجع نفسه، المكان نفسه.**

الفرع السادس: مسألة التّسعير([1])

الأصل في التّسعير الإجباري أنّه غيرُ جائز شرعاً، وهو القولُ الرّاجح والمشهور عن الإمام مالك([2])، وذلك لأنّ النّبيﷺ امتنع عن الحُكم به، فقد جاء في حديث أنس ﷺ قال: غَلاَ السِّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِﷺ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ لَنَا فَقَالَ:«إِنَّ اللَّهَ هُوَ المسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّزَّاقُ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ ولاَ مَالٍ» .([3])

ولما تغيّرت أحوال النّاس من صلاح وأمانة وتراحم إلى جشع واستغلال وغشّ واحتكار وصار الغلاء مقصودًا من قِبَلِ بعض التُّجار، فإنّ بعض فقهاء المالكيّة قد عدلوا عن القول الرّاجح والمشهور في المذهب و أفتوا بجواز التّسعير وذلك بناءً على تغيُّر وجه المصلحة، واعتماداً على الرّواية التي تجيز التّسعير وهي رواية أشهبٍ عن الإمام مالك –رحمه الله–، فقد روى أشهب عن الإمام مالك في العتبية في أهل الحوانيت والأسواق لا يُتركون على البيع باختيارهم إذا غَلَوْا على النّاس، ولم يقنعوا من الرّبح بما يشبه، وإنّ على صاحب السّوق الموكَّل على مصلحته أن يعرف بما يشرون فيجعل لهم من الرّبح ما يشبه،

([1]) **التّسعير** هو: "أن يأمر الحاكم أو ولي أمور المسلمين أو نائبه أهل السوق ألاّ يبيعوا سلعهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزّيادة عليه أو النقصان لمصلحة"، ينظر: الشوكاني محمد بن علي، **نيل الأوطار**:(220/5).

([2]) يقول الإمام الباجي في المنتقى: "وأمّا الضّرب الثاني من التّسعير، فهو أن يُحَدَّ لأهل السُّوق سِعْرٌ ليبيعوا عليه فلا يتجاوزوه، فهذا مَنَعَ منه مالكٌ"، وذكر ابن تيمية وابن القيم أنّ المنع من التّسعير هو قول جماهير الفقهاء وأنّه قول الإمام مالك في المشهور عنه، كما نقل الكشناوي عن ابن جزي أنّه لا يجوز التّسعير على أهل السّوق، وقال الكشناوي:"ولا يُسَعَّر على النّاس... فلا يجوز التّسعير، لما في الحديث أنّه عليه الصّلاة والسّلام كان يكره التّسعير إذا غلا القوت.." ومن خلال هذه النّقول يتبيّن أنّ التسعير غير جائز في القول المشهور عن الإمام مالك وذلك بناءً على ما نقله ابن وهبٍ عن الإمام مالك وما رُوي أيضا عن ابن القاسم، ينظر: الباجي، **المنتقى شرح الموطأ** :(18/5) ، الكشناوي، **أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك**، (305/2-306).

([3]) أبو داود، **سنن أبي داود**، كتاب الإجارة، باب في التّسعير، ح:3451، (322/3)، التّرمذي، **سنن التّرمذي**، كتاب: البيوع، باب ما جاء في التّسعير، ح:1314، (596/3، 597)، وصحّحه الترمذي، وقال : " حديث حسن صحيح"، وصحّحه ابن عبد البر في **الاستذكار**، (79/20)، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، كتاب التّجارات، باب: من كرِهَ أن يُسَعِّرَ، ح:2200، (415/2)، أحمد، **مسند الإمام أحمد**، ح: 12591، (46/20)، وهذا الحديث صحيح ورجاله ثقات رجال الصّحيح، فقد صحّحه ابن حبّان، ولم يذكر فيه" المسعّر" ، قال في البدر المنير: هذا حديث صحيحٌ وله طرق، وقال الحافظ ابن حجر: " إسناده على شرط مسلم"، ينظر: ابن حجر، **التّلخيص الحبير**، (3/ 30،31).

وينهاهم أن يزيدوا على ذلك، ويتفقّد السُّوق أبدًا، فمن خالف أمره عاقبه بما يراه من الأدب.([1])

ونقل الإمام الباجي في المنتقى أيضًا رواية أشهب عن الإمام مالك في "العتبية" في صاحب السّوق يسعّر على الجزّارين لحم الضّأن ثُلُث رِطلٍ، ولحم الإبل نصفَ رطل ، وإلاّ خرجوا من السّوق، قال:« إذا سعّر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السّوق»([2])

كما يوضّح الإمام الباجي وِجْهَةَ نَظَرِ القائلين بالتّسعير فيقول:«ووَجْهُ قولِ أشهبٍ ما يجب من النّظر في مصالح العامّة، والمنع من إغلاء السّعر والإفساد عليهم، وليس يُجْبَرُ النّاسُ على البيع، وإنّما يُمْنَعُونَ من البيع بغير السّعر الذي يُحَدِّدُهُ الإمامُ على حسب ما يرى فيه المصلحةَ للبائع والمبتاع ولا يمنعُ البائعَ رِبْحًا ولا يسُوغ له منه ما يضُرُّ بالنّاس».([3])

ومن المجيزين للتّسعير أيضًا الإمام ابن عبد البر فقد أجاز التّسعير دفعاً للضّرر العام كما هو مذهب الحنفيّة فقال –رحمه الله–:« لا يُسعَّرُ على أحدٍ ماله، ولا يُكرَه على بيع سلعته ممّن لا يريد ولا بما لا يريد، إلاّ أن يتبيّن في ذلك ضررٌ داخلٌ على العامّة وصاحبه في غنىً عنه ، فيجتهد السّلطان في ذلك، ولا يحلّ له ظُلْمُ أَحَدٍ.» ([4])

ورأى ابن عبد البر أنّ جواز التّسعير أيضًا فيه تحقيقٌ للمصلحة العامّة فقد ذكر في كتابه الاستذكار عن اللّيث بن سعد، وربيعة ([5])، ويحي بن سعيد([6]) أنّهم قالوا:«لا بأس بالتّسعير على البائعين للطّعام إذا خِيفَ منهم أن يفسدوا أسواقَ المسلمين ويَغْلُوا أسعارهم ،وحقٌّ على الوالي أن ينظر للمسلمين فيما يصلحهم ويعمُّهم نفعُه »([7])، ويرى ابن حبيب من المالكية أنّه يجب أن يختصَّ التّسعير

([1]) ينظر: ابن رشد، **البيان والتحصيل** ،(314/9)

([2]) ينظر: الباجي، **المنتقى**، (18/5).

([3]) الباجي،**المصدر السّابق، المكان نفسه.**

([4]) ابن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة**:(ص730).

([5]) هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن، أبو عثمان، المعروف بربيعة الرّأي، أدرك من الصّحابة أنس بن مالك، والسّائب بن يزيد، وعامّة التّابعين، وعنه أخذ الإمام مالك، توفّي سنة 136هـ، ينظر: الشيرازي، **طبقات الفقهاء**(ص65).

([6]) هو يحي بن سعيد الأنصاري، أبو سعيد القاضي، من فقهاء التّابعين بالمدينة، توفّي سنة143هـ، ينظر: ابن عماد، **شذرات الذّهب**، (200/2).

([7]) ابن عبد البر، **الاستذكار**: (76،77/20).

بالأشياء المكيلة أو الموزونة سواء كانت من المأكول أو من غير المأكول، أمّا غير المكيل أو الموزون فلا يمكن تسعيره لعدم التّماثل فيه.([1])

فالمجتهد قد يعدل عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر المصلحة، فيعطي حُكماً في المسألة بما يتّفق وحالة النّاس في زمانه، حتى ولو خالف حُكم من سبقه من الفقهاء المتقدّمين.

وقد استدلّ هؤلاء المالكيّة فيما ذهبوا إليه من جواز التّسعير بالأدلّة الآتية:

1-بما روي في الموطأ من أنّ عمر بن الخطابﷺ مرّ بحاطب ابن أبي بلتعة، وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب :« إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِي السِّعْرِ، وإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا» .([2])

ووجه الاستدلال بهذا الأثر أنّ حاطب ابن أبي بلتعةﷺ كان يبيع زبيباً في السُّوق بأقل ممّا يبيع النّاس فأمره عمرﷺ أن يلحق بسعر النّاس أو يقوم من السّوق، ففيه دليلٌ على أنّ من حطَّ من سعر النّاس أُمِرَ أن يلحق بسعر الباعة أو يقوم من السّوق، وذلك لأنّه يُلحق الضّرر بالبائعين الآخرين، فهذا نوعٌ من أنواع التّسعير كما بيّن ذلك القاضي أبو الوليد القرطبي – رحمه الله-([3]).

2_ بما روي عن فقهاء التّابعين من أنّهم وجدوا حالة الأسواق في حاجة ماسّة إلى التّسعير وذلك نتيجة ضياع الأمانة بين النّاس وتغيّر الذمم والأخلاق، فرخّصوا في التّسعير وممّن أفتى بذلك ربيعة بن أبي عبد الرّحمن، وسعيد بن المسيّب ، ويحي بن سعيد الأنصاري، ولا دليل لهم فيما ذهبوا إليه سوى مصلحة النّاس التي تغيّرتْ، فتغيَّرَ الحُكْمُ تَبَعاً لها.([4])

([1]) ينظر: الباجي، **المنتقى**، (18/5-19).

([2]) الإمام مالك، **موطأ الإمام مالك** ،كتاب البيوع، باب الحكرة والتّربّص، رقم ح:1351، (ص451-452).

([3]) ينظر: الباجي،**المصدر السّابق**، (17/5).

([4]) ينظر: : الباجي، **المنتقى**، (18/5)، الصّادق الغرياني، **من ضوابط الاجتهاد عند المالكية**، (ص124).

المبحث الثالث:

أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في العبادات

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في الأحوال الشّخصيّة

المطلب الثالث: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في المعاملات

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة من عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في العبادات

حاولت التّطرّق في هذا المطلب إلى بعض النّوازل الفقهيّة العصريّة، التي جعلت علماء المالكيّة ولجان الفتوى في الغرب الإسلامي يعدلون عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة، إذ أنّ درء المفاسد مُقَدَّمٌ على جلب المصالح، وسأتطرّق لبعض المسائل التطبيقيّة في ذلك وهي كالآتي:

الفرع الأول: حكم غلق المساجد والمنع من أداء صلاة الجماعة والجمعة منعًا لانتشار الوباء

من النّوازل التي طرأت على العالم في هذا العام هي ظهور وباء كوفيد 19، والذي تسبّب في غلق المساجد وتعطيل صلاة الجماعة والجمعة دفعًا لمفسدة انتشار هذا الوباء الخطير في المجتمع.

والأصل في حكم صلاة الجمعة أنّها واجبةٌ باتّفاق جميع الفقهاء وأنّ السّعي إليها واجب([1])، بدليل قوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِنْ يَّوْمِ اْلْجُمُعَةِ فَاسْعَوا۟ اِلَىٰ ذِكْرِ اْللَّهِ﴾،[الجمعة:9].

كما نصّ المالكيّة على أنّ حكم صلاة الجماعة في الصّلوات المكتوبة غير الجمعة هو سُنّة مؤكدة([2])، ولكن قد يُعدل عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب في حالات استثنائية لدرأ مفسدة، وذلك كتفشّي وباء كورونا (كوفيد 19)في هذا العصر، وانتشاره السّريع والمخيف بين النّاس بسبب العدوى الناتجة عن الملامسة أو الاختلاط بين النّاس أو المصافحة أو عن طريق الاقتراب من المصاب بهذا الوباء الخطير والقاتل، وبناء على ذلك وعملًا بالمقاصد الشّرعيّة في حفظ النّفوس وعدم تعريضها للهلاك فقد أصدرت وزارة الشؤون الدينية بالجزائر فتوى من طرف الهيئة العلمية للإفتاء بالمجلس العلمي الأعلى، والتي تنصّ على غلق المساجد وإيقاف صلاة الجمعة والجماعة بجميع المساجد في القطر الجزائري، وذلك بسبب الضّرر الناجم عن وباء كورونا (كوفيد 19) الذي يجتاح دول العالم بأسره، والذي أدّى إلى هلاك الكثير من الأرواح البشريّة، وقد أيّد هذه الفتوى من الكثير من الباحثين ومنهم الأستاذ الدّكتور: نور الدّين بوحمزة في مقال نشره في مجلّة "رسالة المسجد" واعتمد في جواز غلق المساجد

([1]) ينظر: الدّردير، **الشّرح الصّغير على أقرب المسالك**، وبهامشه حاشية الصّاوي، تح: السيّد علي عبد الرّحمن الهاشم، (617/1)، ابن أبي زيد القيرواني، **الرّسالة**،(ص68).

([2]) ينظر: الدّردير، **المصدر السّابق**، (538/1).

على النّصوص الشّرعيّة التي تمنع الضّرر والتي تمنع انتشار العدوى، ([1]) كما بيّن جواز ذلك أيضًا الدّكتور:سالم أبو مخدة والباحثة: رقيبي فاطمة الزّهراء في مقال نُشر في مجلة" الذخيرة" بجامعة غرداية، وقد استند الباحثان إلى الأدلّة الشّرعيّة العامّة في وجوب حفظ النّفس ونفي الضّرر عن الإنسان.([2])

وممّن أجاز ذلك أيضًا الدّكتور حميد بن بوشعيب العقرة، حيث قام بتجلية هذه المسألة والتّأصيل لها من كلام أعلام المذهب المالكي([3])، واقتصر على حُكم الجمعة خاصّة لأنّ وجوبها مجمعٌ عليه بين الفقهاء، فترجّح عنده أنّ:

1- دليل المنع قويٌّ، تؤيّده النّصوص الشّرعية، ويتوافق مع مقاصد الشّريعة الإسلاميّة من حفظ النّفوس وحمايتها وعدم تعريضها للضّرر أو الهلاك ، لا سيما وأنّ هذا الوباء مرضٌ فتّاك وسريع الانتشار والعدوى، وقد يؤدّي إلى الوفاة، كما أكّد على ذلك الأطبّاء المختصون وكما هو معلوم من خلال الإحصائيّات للعدد المهول من المصابين بهذا الوباء وعدد الوفيات بسببه.

2-استدلّ الدكتور حميد العقرة فيما ذهب إليه بقول الشّيخ خليل رحمه الله في مختصره:(وَاسْتُؤْذِنَ إِمَامٌ ووَجَبَتْ إِنْ مَنَعَ وأَمِنُوا، وإلا لَمْ تَجُز)،([4])أي أنّه يستحبّ أن يُستأذن ولي الأمر في ابتداء إقامة الجمعة، فإن حصل الأمان ومنعهم فيقيمها النّاس، وعكسه وهو إن لم يحصل الأمان كما هو الحال في النّازلة التي نعيشها من انتشار وباء كورونا مع صدور الحاكم مستندًا في ذلك إلى فتوى المجلس العلمي الأعلى بالجزائر بعدم إقامة صلاة الجمعة حرصًا على سلامة المسلمين من الإصابة بهذا الوباء الخطير، فتجب حينئذ طاعة ولي الأمر في هذه الحالة، والاستثناء في قول الشيخ خليل (وإلّا) راجع للشّرط الأخير وهو الأمان، يعني أنّه عند عدم الأمان إن لم يأذن لهم الإمام لم تجُزْ لهم إقامتُها ولا تصحُّ منهم، وقد نقل ابن غازي العثماني في شفاء الغليل في حلّ مُقفل خليل عن شيخه أبي عبد الله القَوْري المكناسي أنّه قال:

([1]) ينظر: نور الدّين بوحمزة، **حكم غلق المساجد، وتعليق الجمعة والجماعة حفاظًا على الأرواح من الوباء**، (ص35-46).

([2]) ينظر: سالم أبو مخدة ،رقيبي فاطمة الزّهراء، مقال : **أثر كورونا في العبادات**، (253-317).

([3])ينظر: د حميد بن بوشعيب العقرة، **تعليق بالتّأييد على فتوى إغلاق المساجد وإيقاف الجمعة مؤقّتًا بسبب وباء كورونا من كلام السّادة المالكيّة**، مقال في موقع: هوية بريس، بتاريخ: 2020/03/18.

([4]) خليل بن إسحاق، **مختصر خليل**، (ص41).

والمعنى: «وإن لَمْ يأمنوا لَمْ يَجُزْ لهم أن يقيموا الجمعة أي: للخوف عَلَى أنفسهم»([1]). وهذا مبني على قول الإمام مالك رحمه الله، ففي المجموعة لابن عبدوس عن مالك قال: إن أمنوا أقاموها، وإن كان على غير ذلك فصلى رجل الجمعة بغير إذن الإمام لم تجزئهم. يريد: لأن مخالفة الإمام لا تحلُّ. وما لا يحل فعله لا يجزئ عن الواجب ».([2])

3-أنّ هذا الأمر داخلٌ ضمن المسائل الاجتهاديّة، قال الفقيه سند بن عنان المالكي([3]) في هذه المسألة: «لأنّها محلّ اجتهاد، فإذا نَهَجَ السُّلطانُ فيه منهجًا فلا يُخالَف، ويجب اتّباعُه ،كحُكم الحاكم بمختلَفٍ فيه بين العلماء، فإنّه ماضٍ غيرُ مردودٍ، لأنّ الخروج عن حُكم السَّلطنة سببُ الهرَج والفتنة، وذلك لا يحلُّ، وما لا يحلُّ فعله لا يجزئ عن الواجب»، ([4])الأمر الذي صدر من ولي الأمر ببلدنا سببه الخوف على النّاس من انتشار هذا الوباء، وليس فيه منعٌ من الشّعائر، أوتعطيل للفرائض، ويؤيّده ذلك ما نقله العلامة العدوي في حاشيّته على الخرشي عن بعض الشّيوخ قوله: « هذا يقتضي أنّ المنع صدر عن اجتهاد لا عن تمرّد وعناد»،([5]) وهو ما نصّ عليه أيضًا أبو زيد عبد الرحمن الفاسي بأنّه:«إذا مَنَعَ الإمامُ من إقامتها، فإمّا أن يكون ذلك منه اجتهادًا ... و إمّا أن يكون ذلك منه جَوْرًا، فإن كان الأولُ وجبتْ طاعتُه ولا تحلُّ مخالفتُه، فإن خالفوه وصلَّوْا لم تُجْزِهِمْ، ويعيدونها أبدًا، وإن كان الثّاني ففيه تفصيل».([6]) فهذه المسألة تُعدُّ من مسائل الاجتهاد التي لا ينبغي التّضييق فيها ، وهي مؤيّدة بالقاعدة الفقهيّة: حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، لاسيما إن قوي دليله. ([7])

([1]) ابن غازي العثماني، **شفاء الغليل في حل مقفل خليل**، (243/1).

([2]) ينظر: **المكان نفسه**، خليل، **التّوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب للشيخ خليل**، (49/2)

([3]) هو سند بن عنان بن إبراهيم الأزدي المصري، له كتاب الطّراز في شرح المدوّنة، توفّي: 541هـ، ينظر: ابن فرحون ، **الدّيباج**، (ص207).

([4]) الحطاب ،مواهب الجليل (543/2)، و**الخرشي في شرح المختصر**،(84/2)، الزرقاني، **شرح الزّرقاني على المختصر** (110/2).

([5]) **العدوي ،حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل** ، (84/2).

([6]) البنّاني، **حاشية البنّاني على شرح الزّرقاني على المختصر**، (110/2).

([7]) حميد بن بوشعيب العقرة، **تعليق بالتّأييد على فتوى إغلاق المساجد وإيقاف الجمعة مؤقّتًا بسبب وباء كورونا من كلام السّادة المالكيّة**، مقال في موقع: **هوية بريس**، بتاريخ: 2020/03/18.

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في الأحوال الشّخصيّة

من المسائل التّطبيقيّة التي يمكن للباحث أن يمثّلَ بها لعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في الأحوال الشّخصيّة هي كالآتي:

الفرع الأول: حكم المخلِّق ([1]) والهارب بالمرأة([2])

القول المشهور في المذهب المالكي في المخلّق والهارب بالمرأة أنّه لا يتأبّد تحريم الزّواج بين الطرفين.([3])

ولما استفحلت ظاهرة هروب النّساء مع الرجال، وتفشّت هذه المفسدة في بعض المجتمعات، كما وقع ذلك في بلاد المغرب في عهد السّعديين، إذ ثارت الفتن وانعدم الأمن، فعدل بعض متأخّري فقهاء المالكيّة عن القول الرّاجح والمشهور في المذهب وأفتوا بتأبيد التّحريم فيه، وقد جرى العمل بفاسٍ بتحريم زواج المخلِّق في أواسط القرن التّاسع الهجري، ثمّ قاسوا هروب الرّجال بالنّساء على زواج المخلّق وأفتوا بتأبيد التّحريم فيه أيضًا بشروط معيّنة.([4])

وكان سبب عدول هؤلاء الفقهاء في عن القول المشهور إلى القول الشّاذّ الذي أفتى به الفقيه المالكي أحمد بن ميسر الإسكندري([5]) والذي يقتضي تأبيد تحريم زواج المخلِّق والهارب بالمرأة، هو سدُّ الذّريعة ودرأ المفسدة النّاتجة عن هذا النّوع من الزّواج، وقد اختار جماعة من الفقهاء هذا القول، وكان

([1]) **المُخلِّق:** هو الذي يُفسِدُ المرأةَ على زوجها، وذلك بأن يوسوس لها في السّرّ حتى تنشز وتطُلَّق من زوجها، وأراد هو تزوّجها، ينظر: الوزّاني الشريف **المهدي، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس،**(ص86)، عمر الجيدي، **العرف والعمل،** (ص486).

([2]) الهارب بالمرأة أعمُّ من المخلِّق، لأنّ الهروب بالمرأة قد يكون بعد عمليّة التّخليق، وقد يكون بدون تخليق وإفساد للمرأة على زوجها، وإنّما بالقهر والغصب والاختطاف، كما أنّ الهروب قد يكون بامرأة متزوّجة وقد يكون بامرأة بكر، بينما التخليق لا يكون إلاّ بامرأة متزوّجة، ينظر: عبد السّلام العسري، **نظرية الأخذ بما جرى به العمل،** (ص320).

([3]) ينظر: العسري، **المرجع نفسه،** (ص321).

([4]) ينظر: عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، (ص486، 487).

([5]) هو أحمد بن محمد بن خالد بن ميسر، أبو بكر الإسكندراني، فقيه مالكي، انتهت إليه رئاسة الفقه المالكي بمصر، له كتاب الإقرار والإنكار، توفّي سنة 339 هـ، ينظر: الحجوي، **الفكر السّامي،** (131/3).

ممّن أفتى بذلك الإمام ابن عرفة والأُبِّيُّ([1]) من فقهاء تونس، والإمام أحمد بن يحي الونشريسي، وابنه عبد الواحد الونشريسي، ويحي السّرّاج، والزّقاق من فقهاء فاس، وقد كتب الفقيه أبو العباس أحمد بن عرضون الزّجلي([2]) رسالةً في تأييد هذا القول، نقلها عنه الشّريف العلمي في نوازله الكبرى.([3])

وذكر ابن هلال نقلا عن الأُبِّيِّ فيمن سعى في طلاق امرأة من زوجها، هل يُمكَّن من تزويجها إذا ثبت سعيه في ذلك، فأفتى بعض أصحابه أنّه لا يُمَكَّنُ، ووافق على هذا القول ابن عرفة، وقال : هو الصّواب لما في هذا النّكاح من تتميم المفاسد، وذكر ابن عرفة أنّه يُفسَخُ قبل الدّخول وبعده وذلك لأنّه عقدٌ فاسدٌ.([4])

يقول أحمد بن عرضون الزّجلي:« فالواجب أن نجتهد في سدّ هذه الذريعة وهي هروب النّساء مع الرّجال، ولهذا اختار العلماء الصُّلحاء ممن سلف الفتوى في هذه البلدة بتأبيد التّحريم للهاربة على من هرب بها، وإن كان خلاف المشهور سدًّا لذريعة الفساد والمفسدين. . . فلو لم يكن نصٌّ لعلماء المذهب المالكي في تحسيم هذه المفسدة، ووجدنا فيها قولاً خارجًا يقتضي تحسيم مادَّتها لتعيّن علينا أن نرتكبه في قطع هذه المفسدة، وتحسيم مادّتها. . . وهو قول أحمد بن ميسر من أجلّ أئمة المالكية، قد عرّف به عياض في مداركه، مع أنّ قواعد مذهب مالك جارية عليه، فوجب المصير إليه والاعتماد عليه، قطعًا لمادّة الفساد، مع أنّ جملة من المشايخ المتأخّرين اختاروا العمل بقوله، وخالفوا المشهور، وما ذاك منهم إلا مراعاةً للقاعدة الجارية في سدّ الذرائع، وحسم مادّة الفساد، وهي من أصول المذهب المالكي».([5]) ، وقد جرى بذلك عمل أهل فاس، وفي ذلك يقول عبد الرّحمان الفاسي في نظمه "العمل الفاسي":

([1]) هو محمد بن خلفة بن عمر التّونسي الوشتاني الأُبيّ، أبو عبد الله، إمام المحقّقين، له: إكمال الإكمال على شرح مسلم، وشرح على المدوّنة، توفّي سنة827هـ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص487).

([2]) هو أحمد ابن الحسن بن يوسف أبو العباس، الشّهير بابن عرضون الزّجلي، ، فقيه مالكي، له كتاب اللائق في علم الوثائق وكتاب آخر في الأنكحة، توفّي سنة:992هـ، ينظر: محمد الحجوي، **الفكر السامي**، (320/4).

([3]) ينظر:عبد السّلام العسري، **نظرية ماجرى بها العمل**(ص312).

([4]) ينظر: المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، مصدر سابق، (ص87).

([5]) المهدي الوزّاني، **النّوازل الجديدة لأهل فاس وغيرهم من أهل البدو والقرى المسمّاة ب"المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"**، (287/3، 288).

وأبّدوا التّحريم في مخلِّق ۞ وهاربٍ سَيَّان في المحقّق([1])

أي أنّها تحرُمُ على المخلِّق أو الهارب بها أبدًا، وذلك معاملةً له بنقيض مقصوده، كالنّكاح في العدّة، و يُحكَمُ بتأبيدها على المخلِّق إذا ثبت بالبيّنة أو بالسّماع أنّه أفسدها على زوجها حتى نشزت وطلّقتْ منه.([2])

وقد كان لهذه الفتوى بهذا القول المرجوح في المذهب أثرٌ كبيرٌ في معالجة هذه الظاهرة، ودرأ تلك المفسدة وانحسارها، يقول الدّكتور عبد الفتاح الزّنيفي: :«ونتجَ عن هذه الفتوى انحسارُ ظاهرةِ الهروب بالنّساء في المغرب في أيام السّعديين عندما انعدم الأمن وثارت الفتن».([3])

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في المعاملات الماليّة

من المسائل التّطبيقيّة التي يمكن للباحث أن يمثّلَ بها لعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة في المعاملات باب هي كالآتي:

الفرع الأول: مسألة بيع المضغوط

القول الرّاجح والمشهور عند المالكية في بيع المضغوط على إعطاء المال فيبيع شيئاً من أصوله لفكاك نفسه بثمنه([4])، أنّه لا يلزمه ذلك البيع، وأنّه يُرَدُّ إليه ما باعه بلا ثمنٍ، فالرّجل إذا كان مضغوطًا في بيع أملاكه فإنّ المشهور من مذهب مالك أنّه بيعٌ غيرُ لازم.([5])

ولكن لما تغيّرت الأحوال وَكَثُرَ الظُّلمُ، وفشا في النّاس الضّغطُ، عَدَلَ كثيرٌ من متأخّري فقهاء المالكيّة في الغرب الإسلامي عن هذا القول الرّاجح إلى مقابله فأفتوا بالقول المرجوح في المذهب المالكي، وقالوا بلزوم هذا البيع، وسبب عدولهم عن القول الرّاجح أنّ الإفتاء به يؤدّي إلى بقاء المضغوطين تحت

([1]) المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص86).

([2]) ينظر: المهدي الوزّاني، **المصدر نفسه، المكان نفسه**.

([3]) عبد الفتّاح الزّنيفي، **مصطلح ما جرى به العمل وأثره في تغيّر الفتوى**، (ص1237).

([4]) أي أن يقع الإكراه على سبب البيع كأن يُكره على إعطاء مالٍ خوفًا من ضربٍ أو قتلٍ أو سجنٍ فيبيع بعض متاعه او ممتلكاته من أجل أن يدفع عن نفسه ذلك الضّرر ، وليس معناه أن يقع الضغط على البيع نفسه ، لأنّ بيع المكره لا يصحّ باتّفاق العلماء.

([5]) ينظر: محمد الرّميح، **النّوازل الفقهيّة الماليّة من خلال كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي**، (ص189).

التّهديد، وربّما أدّى بهم إلى الهلاك، لأنّه لا يُخَلِّصهم من ذلك إلاّ إعطاء المال الذي ضُغِطُوا فيه غالباً، ولأنّ المحافظة على النّفس والعرض مُقَدّمَةٌ على المحافظة على المال كما هو مقرّر في مقاصد الشّريعة الإسلاميّة.([1])

وممّن قال بلزوم هذا البيع من المالكيّة ابن كنانة، وبه أفتى السُّيوري، واللّخمي وجرى به العمل الفاسي([2])، قال ناظم العمل الفاسي:

وبيعُ مضغوطٍ له نفوذُ ۞ .....([3])

وقد استحسن لزوم هذا البيع حُذَّاقُ المتأخّرين، ومالَ إلى هذا القول الإمام ابن عرفة -رحمه الله-، وبه أفتى الفقيه المحقّقُ بن آملال([4])، وفقيه تلمسان أبو الفضل قاسم العقباني، وفقيه غرناطة السّرقطسي([5]).([6])

وذكر الإمام الونشريسي في المعيار أنّ الفشتالي قاضي فاس([7])كان يُفتي بالشّاذ في مسألة المضغوط، فكان يُفتي بصحة بيع المضغوط ولزومه، كما ذكر أنّ ابن كنانة قال:«البيع لازمٌ غيرُ مُفْسِدٍ، وهو أحرى بوجوبه ولُزومه، لأنّه أنقذَ به نفسَهُ من العذاب ومن السّجن.([8])

كما أنّ الإمام الونشريسي قد أفتى في هذه المسألة بما جرى به العمل عند المتأخّرين، وخالف المشهور والرّاجح في المذهب، فقال بلزوم بيع المضغوط رغم أنّه قول ضعيفٌ في المذهب المالكي، وذلك لأنّه قد

([1]) ينظر: أبو العباس الهلالي، **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر**، (ص142-143) ، التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (124/2-125).

([2])ينظر: المهدي الوزاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، مصدر سابق،(ص235)

([3]) **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([4]) هو محمد أبو عبد الله المديوني، ابن آملال، الفقيه المالكي، مفتي فاس ، توفّي سنة856هـ، ينظر: **درة الحجال**،(290/2).

([5]) هو محمد بن محمد الأنصاري السّرقسطي، أبو عبد الله الغرناطي، عالم غرناطة ومفتيها، نقل عنه المواق في مواضع من كتابه سنن المهتدين، توفّي سنة 1460هـ، ينظر: مخلوف، **شجرة النّور**، (376/1).

([6]) ينظر: أبو العباس الهلالي: **نور البصر في شرح مقدّمة المختصر**(ص143) ، التّسولي، **البهجة في شرح التّحفة**، (125/2).

([7]) هو محمد بن أحمد أبو عبد الله الفشتالي الفاسي، قاضي الجماعة بفاس، له تأليف في التّوثيق، توفّي سنة780هـ، ينظر: التّنبكتي ،**نيل الابتهاج**،(ص265).

([8]) ينظر: الونشريسي ، **المعيار المعرب**، (41/6).

تقوّى بما جرى به العمل حتّى قُدّم على المشهور.([1])

وقد ذكر العقباني([2]) بعض المبرّرات التي أدّت إلى العدول عن القول الرّاجح و المشهور في المذهب في هذه المسألة، وهي الاضطرار إلى أن يقدر الإنسان على خلاص نفسه، لاسيما مع تسلّط بعض الظّلمة على النّاس مع عدم وجود من يردعهم، فلولم يلزم البيع لم يشتر أحد من المضغوط، الأمر الذي يؤدي إلى قتل هذا المضغوط، أو حصول الإذاية له بالحبس أو التّعذيب، كما برّر لزومه أيضا بمنع الضّرر الذي سيقع على هذا المشتري الذي خلّص المضغوط من محنته، وبرّره أيضا بجريان العمل به عند المتأخّرين من فقهاء المالكيّة واستقراره بينهم حتى لا يعمل إلا به، فكلّ هذه المبرّرات أدّت إلى عدول الإمام الونشريسي وبعض فقهاء المالكيّة عن القول المشهور والرّاجح والإفتاء بهذا القول الضّعيف في المذهب المالكي.([3])

([1]) ينظر:الونشريسي، **المعيار المعرب**، (41/6).

([2]) هو قاسم بن سعيد بن محمد العقباني، أبو عبد الله التّلمساني، فقيه مالكي، ولي القضاء بتلمسان، توفّي سنة 845هـ، ينظر: التّنبكتي، **نيل الابتهاج**، (ص365).

([3]) ينظر: محمد الرّميح، **النّوازل الفقهيّة الماليّة من خلال كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي**، مرجع سابق، (ص189).

المبحث الرابع:

نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في العبادات

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيّ عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في الأحوال الشّخصيّة

المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في المعاملات

المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في العبادات

الفرع الأول: مسألة الإحرام من جدّة بالنسبة للحجاج القادمين إليها جوًّا

تُعتبر مسألة الإحرام من جدّة بالنّسبة للحُجّاج والمعتمرين القادمين إليها جوّاً من المسائل والنّوازل العصرية المختلف فيها بين العلماء، إذ لا يوجد فيها نصوصٌ عن الفقهاء المتقدّمين في المذهب المالكي، وإنّما المنصوص عليه هو ما نُقِل عن الإمام مالك- رحمه الله- من عدم الإحرام في السُّفُن، حيث نَقَلَ البناني([1]) في حاشيته على شرح الزّرقاني لمختصر خليل رواية ابن نافع عن مالك:(لا يُحْرِمُ المسافر في السّفن).([2])

وقد ذهب الشّيخ خليل في مختصره إلى أنّ ظاهر المذهب هو وجوب الإحرام بمحاذاة الميقات مطلقًا، سواء من ركب بحر القلزم (السّويس) متّجها نحو الجنوب أو من ركب بحرَ عيذاب متّجها نحو الشّمال وذلك في قوله:« وحيث حاذى ولو ببحر» ([3])، وقال الزّرقاني في شرحه على مختصر خليل:« فإذا حاذى الميقات بالتّقدير والتحرّي أحرم منه ولم يلزمه السّير إلى الميقات... ولو كان المحاذي مسافرا ببحر ... وهو ظاهر المذهب»([4])، وقال الشّيخ علّيش في شرحه على المختصر:« في الموازية عن الإمام مالك -رضي الله تعالى عنه-: من أتى بحراً إلى جدّة فله أن يُحْرِم إذا حاذى الجُحْفَة إذا كان من أهل مصر أو شبهها».([5]) أي من كان على جهتهم من شمال إفريقيا كالجزائر والمغرب وتونس وليبيا([6])، ورأى بعض شرّاح المختصر كالدّردير والزّرقاني وعلّيش أنّ القول المعتمد في المذهب هو تقييد وجوب

([1]) هو محمد بن الحسن بن مسعود البناني، أبو عبد الله، فقيه مالكي، من أهل فاس، له: الفتح الربّني وهو حاشيّة على شرح الزّرقاني على خليل، وحاشية على شرح السّنوسي لمختصره في المنطق، توفّي سنة 1194هـ، ينظر، الزّركلي، **الأعلام**، (91/6).

([2]) ينظر: رواية ابن نافع عن مالك في: **البناني، حاشية البناني على شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، (446/2).

([3])**المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([4]) **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([5]) علّيش، **منح الجليل على مختصر خليل**، (228/2).

([6]) يرى الشيخ أحمد حماني –رحمه الله- أنّه لا تعارض بين رواية ابن نافع وبين رواية الموازية فيما نقل عن الإمام مالك ويمكن الجمع بينهما بأنّ الإمام مالك لا يوجب الإحرام على راكب السفينة إذا حاذى الميقات، وإنّما يجعله مخيّرا بين الإحرام عند محاذاته للميقات وبين أن يؤخر الإحرام حتى ينزل إلى البر، ينظر: أحمد حماني، **الإحرام لقاصدي بيت الله الحرام**، (ص33-34)

الإحرام بالمحاذاة ببحر القلزم وهو من ناحية مصر، وأمّا بحر عيذاب وهو من ناحية اليمن فلا يجب الإحرام منه لمحاذاته الميقات، وقد بيّن الشيخ علّيش أنّ هذا التّقييد للفقيه سند، وقد وافقه عليه القرافي وابن عرفة وخليل في التّوضيح وابن فرحون.([1])

ولكنّ الشيخ الدّسوقي في حاشيته على الدردير قد عدل عن هذا القول الرّاجح والمعتمد في المذهب إلى قول مرجوحٍ ، ورأى أنّ البحريْنِ سواءٌ في جواز التّأخير، وأنّ راكب البحر يُرخَّص له تأخير الإحرام مطلقًا، وقد علّق على قول الدّردير بوجوب الإحرام عند المحاذاة بقوله:« بل يجوز له التأخير إلى البَرّ» .[2]. ونصّ على أنّ الضّرورة والمشقّة توجد في كِلاَ البحريْنِ فلذلك لا يلزمه الإحرام من المكان الذي حاذى فيه الميقات، بل يجوز له أن يؤخّر إحرامه حتّى ينزل إلى البَرّ.([3])

وإلى هذا القول ذهب المحقّقون من فقهاء المذهب المالكي وهو أنّ راكب البحر يجوز له تأخير إحرامه إلى البرّ ولا حرج عليه ولا هدْيَ إن فَعَل ذلك، كما ذكره البناني ونقله عنه الدّسوقي في حاشيته على شرح الدّردير لمختصر خليل.([4])

فإذا كان الفقهاء المحقّقون كالبناني والدّسوقي وغيرُهم، قد رخَّصُوا لركاب السُّفن في تأخير إحرامهم إلى أن يصلوا إلى البرّ، معلِّلين ذلك بما يلحقهم من الحرج فإنّ الشّيخ أحمد حماني- رحمه الله- يرى أنّ ركاب الطائرة هم أشدُّ حرجًا من ركاب السَّفينة وأنّهم أَوْلَى بهذه الرّخصة منهم، وذلك لتحقُّق الحرج والمشقّة وعدم اليقين بأنّ الطائرة تمرّ فوق الميقات وفي ذلك يقول:« إذا كان هذا رأي فقهائنا في راكب السُّفن فلا شك أنّ راكب الجو يماثله، بل هو أشدّ منه حرجًا وضرورةً ، فإذا رُخِّص في شيء لراكب البحر بهذا فإنّ مثلُه راكبَ الجو، وديـنُ الله يُسْرٌ، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.[الحج،76]» .([5])

([1]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير للدّردير**، (23/2)، أحمد حماني، **الإحرام لقاصدي بيت الله الحرام** ، (ص35)

([2]) الدّسوقي، **المصدر السّابق**، (24/2).

([3]) ينظر: أحمد حماني، **المرجع السّابق، المكان نفسه.**

([4]) ينظر: **المرجع نفسه** ،(ص37).

([5])أحمد حماني، **المرجع نفسه**، (ص34).

وبناءً على ذلك فقد أفتى الشيخ أحمد حماني-رحمه الله- الرّئيس الأسبق للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر- بجواز الإحرام من جدّة للقادمين إليها جوًّا فقال: « ركاب الطائرة المتوجّهون إلى مكّة أولاً: يحرمون من جدّة بعمرةٍ أو حجٍّ أو قِرانٍ ولا حرجَ عليهم ولا هديَ يلزمُهم».([1])

وذكر أيضًا أنّ المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر قد أفتى بصحة الإحرام من جدّة والنُّصوص بجانبه وبالخصوص قول مالك في رواية ابن نافع أو رواية الموازية كما فهم الجمهور- أي جمهور المالكيّة- واعتمدوه([2]).

وقد أفتى أيضًا شيخ المالكيّة وشيخ جامع الزّيتونة بتونس الأستاذ العلاّمة الإمام محمد الطاهر ابن عاشور -رحمه الله- بأنّ من سافر إلى الحجّ في المركبة الجويّة له أن يُحْرِمَ من جدّة، حيث قال:«أمّا المسافر في الطّائرة فهو لا يمر بالأرض أصلًا، ولا يُتصوَّرُ فيه إمكان النّزول قبل الوصول إلى المنازل الملائمة لنزول الطّائرة، فلا يُتصوَّرُ فيه إمكان النّزول حتى يرخَّص له التّفادي عنه بالإحرام في الطّائرة، ولأنّ الإحرام في الطّيّارة مشقّة ومضرّة لشدّة برودة الجوّ، ويحتاج إلى التّدثُّر بالثّياب، وفي الغالب لا يُوجَدُ في لباس الإحرام ما يصلح للتّدثّر، هذا، وأمّا من موضع من لا يُحرِم حتّى ينزل إلى البَرّ، ففي شرح الحطّاب عن سند لا يرحل الحاج من جدّة إلّا محرمًا، لأنّ جواز التّأخير إنّما كان للضّرورة »([3])

كما أفتى بجواز الإحرام من جدة بالنّسبة للقادمين إليها جوّا الشّيخ عبد الله بن كنون رئيس رابطة العلماء المغاربة وعضو رابطة العالم الإسلامي ولجنتها للفقه والفتوى، والشيخ محمد الحسن ولد الدّدوا من موريتانيا ،و الشّيخ عبد الله الأنصاري -رحمه الله-من قطر، والشيخ عبد الله بن زيد آل محمود- رحمه الله-رئيس محاكم دولة قطر، والشّيخ مصطفى الزّرقا، والشّيخ عدنان العرعور ([4])

([1])أحمد حماني، **الإحرام لقاصدي بيت الله الحرام** ، مرجع سابق، (ص90).

([2]) **المرجع نفسه**، (ص94).

([3]) ينظر: ابن عاشور، **فتاوى ابن عاشور**، فتوى رقم:27، (ص325، 326).

([4]) ينظر: عدنان العرعور، أدلّة إثبات أنّ جدّة ميقات، (ص40)، **مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم الشّرعيّة والشّؤون الإسلاميّة بدولة قطر**، (ص183)، محي الدين قادي.، بحث بعنوان: (**الإحرام من جدة لركاب الطائرات في الفقه الإسلامي**)، (ص1453)، مصطفى الزّرقا، (**من أين يُحرمُ القادم بالطّائرة جوًّا للحجّ والعمرة**)، (ص1607)، **فتاوى الزّرقا**، (142/1)، إيمان محمد عبد الله القثامي، **الإحرام من جدّة لغير أهلها**- دراسة فقهيّة مقارنة-(ص23)..

الفرع الثاني: مسألة المرأة التي تحيض قبل الإفاضة

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي هو اشتراط الطّهارة في الطّواف بجميع أنواعه لأنّه مثل الصّلاة في اشتراط الطهارة لها، فلا يجزئ الطّواف بغير طهارة سواء كان ذلك عمدًا أو سهوًا خلافًا لأبي حنيفة الذي يرى أنّه يستحبُّ له الإعادة وعليه دمٌ.([1])

وقد عدل بعض فقهاء المالكيّة عن هذا القول الرّاجح في مسألة المرأة التي تحيض قبل طواف الإفاضة ويتعذّر عليها الانتظار إلى أن تطهُر لاضطرارها أن تعود إلى بلدها مع رفقتها فإنّه يجوز لها أن تأتي بهذا الطّواف من غير اشتراط طهارة الحدث والخَبَث وهذا بسبب الضّرورة، وممّن أفتى بذلك من فقهاء المالكيّة الشّيخ علي الأجهوري، حيث قال عند شرحه لقول خليل: وحبس الكري" ما نصّه: :« المرأة تحيض قبل الإفاضة ويعسُرُ عليها الانتظارُ، وعَدَمُ من تعودُ معه لبلدها، وعَدَم الأمن، فحيثُ لا يمكن أن تعود وحدَها، أو مع قليلٍ من الرُّفقة، والمخلص لها من هذا أن تُقَلِّدَ أبا حنيفة القائل بأنّه يصحُّ الطّواف من الحائض ولا يُشتَرَط عنده في الطّواف طهارةُ حدثٍ و لا خَبَثٍ، وكذلك هو أحد الرّوايتين عن أحمد بن حنبل» .([2])

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في الأحوال الشّخصيّة

الفرع الأول: مسألة نظر النّساء إلى الفرج إذا ادّعى به عيبٌ

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ الزّوج إذا ادّعى أنّه وجد في الزّوجة عيباً يوجب الردّ القَرَن([3]) أو الرَّتْق([4]) ونحوهما، فإنّه لا ينظر إليها النّساءُ للتّأكّد من ذلك، وإنّما تُصَدَّقُ الزّوجةُ فيما قالت، وهذا هو قول ابن القاسم.([5])

([1]) ينظر: ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، (274/1).

([2])ينظر: علي بن رحّال المعداني، **رفع الالتباس في شركة الخمّاس**، تح: رشيد قبّاظ، (ص144، 145).

([3]) القرن: هو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة، يكون لحما في الغالب يمنع ولوج الذكر، ينظر: عبد الله معصر، **معجم مصطلحات الفقه المالكي**، (ص106) .

([4]) الرّتق :هو التصاق موضع الوطء والتحامه عند المرأة، بحيث لا يمكن معه الجماع، ينظر: **المرجع نفسه**، (ص68).

([5]) ينظر : ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، (251/1).

وقد عدل بعض فقهاء المالكيّة عن هذا القول الرّاجح والمشهور إلى قول مرجوحٍ في المذهب، فقد أفتى سحنون بجواز نظر النّساء إلى الزّوجة للتّأكّد من تلك العيوب التي ادّعاها الزّوج، ورأى أنّ القول بالنّظر هو الأَوْلَى لأنّ الزّوجة قد تُتَّهمُ في إبعاد التُّهمة عن نفسها، فشهادةُ النّساء على ذلك ضرورةٌ، وذلك لتعلُّق حقّ الغير بذلك.([1])

وذكر ابن فرحون أنّ هذا القول المعدول إليه قد جرى به العمل فقال: "وجرى العمل بقول سحنون بالنّظر".([2])

والذي يميل الباحث أن يجدّد الفقهاء النّظر في هذه المسألة مراعين في ذلك التّطوّر الحاصل في مجتمعنا المعاصر وخاصّةً في المجال الطبيّ، إذ يمكن للطّبيبة المختصة في أمراض النّساء اليوم الاطّلاع على عورة المرأة للضّرورة للتأكّد من هذه العيوب واستصدار شهادة طبيّة تثبت ذلك أو تنفيه، لحل التّنازع بين الزّوجين، واطّلاع طبيبة مختصةٍ أفضل وأقلُّ حرجًا من نظرِ نساءٍ أُخرياتٍ إلى فرج الزّوجة لما في ذلك من الحرج الشّديد، ولأنّ الضّرورة تُقدّر بقدرها كما هو معلوم.

المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في المعاملات

الفرع الأول: مسألة شهادة اللّفيف

القول الرّجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ إثبات الوقائع والتّصرّفات في العقود والمعاملات الماليّة إنّما يكون بشهادة عدلين، وذلك لقوله ﷻ: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[البقرة:281]، ووجه الاستدلال بهذه الآية هو اشتراط العدالة في الشّاهد في التّعاملات الماليّة.

ولما فسُدت أخلاق النّاس وقلّت فيهم العدالة، وذلك بأن فُقِدَ الشُّهود العدول في واقعة معيّنة واحتاج النّاس إلى إثبات الحقوق، وتعذّر تحقيق ذلك لفقدان العدالة في الشّهود، ممّا جعل بعض متأخّري فقهاء المالكيّة في الغرب الإسلامي يعدلون عن القول الراجح والمشهور في المذهب إلى قول مرجوح وهو جواز العمل بشهادة اللّفيف.

([1]) ينظر: ميارة محمد الفاسي، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقاق**، (ص451).

([2]) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، (236/1).

وصورة شهادة اللّفيف: أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلاً، مجتمعين أو متفرّقين إلى عدل منتصب للشّهادة، فيدلون بشهادتهم عنده، ويحرّر رسم الاسترعاء على وفق شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثمّ يحرّر رسمًا آخر أسفل الرّسم نفسه، ثمّ يضع العدلان إمضاءهما في أسفل الرّسم الثاني.([1])

وأمّا وجه تسميتها باللّفيف فإنّ هذه الشّهادة يؤدّيها من يصلح لها ومن لا يصلُح لها من أخلاط النّاس، فكأنّما لُفّ بعضُهم إلى بعض.([2])

وقد جرى العمل في فاس بقبول شهادة اللّفيف، وهي شهادة عددٍ كثيرٍ من النّاس لا تتوفّر فيهم العدالة، ولكن يحصل بها العلم على وجه التّواتر، وقد ذكر الشيخ أبوحامد الفاسي أنّ العمل قد جرى بهذه الشهادة في الأندلس والمغرب وذلك قبل القرن العاشر الهجري، ولا يوجد نصٌّ خاص يدلُّ على جوازها وإنّما استند الفقهاء في جواز العمل بها إلى الاستحسان والقياس على غيرها ممّا أبيح للضّرورة،([3]) فسبب هذا العدول في العمل بشهادة اللّفيف إنّما هو مراعاة الضّرورة والحاجة إلى هذا النّوع من الشّهادة وذلك في حالة فقدان الشّهود العدول لئلّا تضيع حقوق النّاس بعدم توفّر العدول، وذلك لأنّ الحاجة قد تدعوهم إلى إشهاد غير العدول في واقعة لا عدول فيها، ولأنّهم إذا أصرّوا على اشتراط العدالة في الشّهود في تلك الحالة فإنّها قد تتعطّل مصالحهم في كلّ ما يتوقّف على الشهادة كالبيع والنّكاح والطّلاق وغيرها،([4]) وفي ذلك يقول الشّيخ محمد العربي الفاسي في رسالة اللّفيف:" والوجوه التي لوحظت فيها الضّرورة في إجازة غير العدول ممّا يصحّ أن يكون أصلاً لشهادة اللّفيف كثيرة، قال ابن الحاجب في أصليه: إجماع أهل المدينة على قبول شهادة الصّبيان بعضهم على بعض على بعض الدّماء قبل تفرّقهم، فالمجيزون لشهادة اللّفيف إنّما يستدلّون على جواز هذه الشهادة العرفيّة بالقياس على شهادة الصِّبْيَان بعضهم على بعضٍ في الجِراح والقتل ، كما يستأنسون على جواز ذلك أيضا بما نقل عن ابن أبي زيد

([1]) عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص497).

([2])ينظر: **المرجع نفسه، المكان نفسه.**

([3]) ينظر: **المرجع نفسه،** (ص495، 496).

([4]) ينظر: عبد السلام العسري، (ص340)، عمر الجيدي، **المرجع السّابق،**(ص497).

القيرواني، حيث قال:« إذا لم نجد في جهة إلاّ غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلّهم فُجورًا للشّهادة عليهم، ويلزم مثله في القضاء، لئلاّ تضيع المصالح».([1])

الفرع الثاني: مسألة شركة الخمّاس

وصورتها: أن يقوم المزارع بتوفير كلّ ما تحتاج إليه الزّراعة من أرض وبذور وآلات، ويساهم العامل عنده بعمل يده فقط، على أن يكون للعامل جزءٌ من الغَلّة كالخُمُس مثلاً، وللمُزارع الذي وفّر الأرض والبذور والآلة ما بقي من محصول الغلّة بعد إعطاء العامل حقّه المتّفق عليه.

والإشكال في هذا النّوع من المعاملة هو عدم توفّرها على شروط الصّحة في كلٍّ من الإجارة أو الشركة، فهي مُخالفة للقواعد الشّرعيّة في الجهل بمقدار الأجرة للعامل، ومن جانبٍ آخر لوجود الغرر إن وقعت جائحة، وذلك غير جائز أيضا.([2])، ولكن نظرًا لضرورة احتياج النّاس إلى من يُساعدهم في أعمال الزّراعة، ونتيجةً لانعدام من يعمل في هذا الميدان بالإجارة بشروطها الصّحيحة، وعدم القدرة على إرغام النّاس على العمل وفق أحكام الشّركة الجائزة شرعًا، فقد تساهل بعض فقهاء المالكيّة في الإفتاء بجوازها بسبب الضّرورة.([3])

وقد جرى العمل في فاس بجواز هذا النّوع من المعاملة وإليها أشار ناظم العمل الفاسي بقوله:

وأجرةُ الخمّاس أَمْرٌ مُشكَلُ ❁ وللضّرورة فيها تساهلُ([4])

كما ألّف الفقيه أبو علي الحسن بن رحالّ المعداني([5]) رسالة سمّاها"رفع الالتباس في شركة الخمّاس، بيّن فيها حقيقة هذه المعاملة، مستعرضًا أقوال فقهاء المذهب في حُكمها، ثمّ بيّن سبب العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح والذي يقتضي جواز هذه المعاملة التي كانت موجودةً في المجتمع المغاربي، وذلك بسبب الضّرورة، إذ أنّ المزارعين كانوا في أمسّ الحاجة إليها، ولا يمكنهم الاستغناءُ عنها في عملهم فقال:« بل الصّوابُ هو ما النّاسُ عليه، لأنّ ضرُورتَهم أباحتْ لهم ما ارتكبوه...وقد ظهر والحمدُ لله

([1]) العسري، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، (ص341).

([2]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص447).

([3])ينظر: **المرجع نفسه**، (ص478).

([4]) الشّريف المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس النّاس بشرح عمليّات فاس**، (ص368).

([5]) هو الحسن بن رحالّ المعداني أبو علي، فقيه مالكي، له رفع الالتباس في شركة الخمّاس، توفّي 1140هـ، ينظر: الزّركلي، **الأعلام**، (190/2).

الجوازُ والسّلامةُ من الإثم في شركة الخمّاس... فافهم هذا ولا تضيّق، فإنّ الأمر واسعٌ، ولا نجد عالمًا في الحقيقة إلّا وهو يُوسّعُ على النّاس ويُضيّق على نفسه، والنّاسُ لم تقصد الحرامَ، وإنّما تقصدُ المعاش». ([1])

وبيّن ابن رحّال أيضًا أنّ الأصل في جواز هذه المعاملة هو القياس على الرُّخَص المباحة للضّرورة ، كالقِراض ، والمساقاة، والقرض، والجُعل ونحوها ، وردّ في رسالته هذه على من منعها مستدلاً على ذلك بنظرة فقهيّة مستحضرًا فيها أحوال النّاس وواقعهم، وما يقتضيه النّظر في مقاصد الشريعة الإسلاميّة التي جاءت لرفع الحرج عن النّاس، فذكر بأنّ من خالط الحرّاثين وعانى شدائد الحَرْث عَلِم بأنّ أعمال الزّراعة فيها مشاقٌّ كثيرةٌ وكُلَفٌ عظيمةٌ أثناء البَذْر والسّقي والحصاد، وقد لا يتمكّن صاحبُ الأرض أن يستأجر على هذه الأفعال كلِّها، وفي ذلك مشقّةٌ وتكاليفُ ماليّةٌ عظيمةٌ، بخلاف الخمّاس الذي يُحافظ على الزّرع أكثر من صاحب الأرض، كما أنّ المساقاة قد أُجِيزَتْ بالجزء مع إمكان الإجارة، فكذلك هو الشّأن بالنّسبة لشركة الخمّاس فهي مماثلة لها في الجواز.([2])

ثمّ ختم رسالته بقوله:« وكثيرٌ من الفقهاء يصرّحون أنّ شركة الخمّاس حرامٌ، وذلك جهلٌ منهم وتشويشٌ بالكلّيّة على المساكين».([3])

([1]) الحسن بن رحّال المعداني، **رفع الالتباس في شركة الخمّاس**، (ص138،139).

([2]) ينظر: **المصدر نفسه**، (ص147،148،149،150).

([3]) **المصدر نفسه**، (ص150).

المبحث الخامس:

أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في العبادات

المطلب الثاني: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في الأحوال الشّخصيّة

المطلب الثالث: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في المعاملات

المطلب الأول: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في العبادات: مسألة نقض المرأة للضّفيرة في الغسل

المشهور في مذهب المالكية أنّه يجب على المرأة أن تَنْقُضَ ضَفِيرَتَهَا إذا اشتدّ الضَّفْرُ([1]) أو كان بخيوطٍ كثيرةٍ بحيث تمنع كِلَا الحالتين وصول الماء إلى البَشَرَةِ أو إلى باطن الشَّعَرِ، وفي ذلك يقول الشّيخ الدّردير في الشّرح الصغير على أقرب المسالك:« (لا نَقْضُ مضْفُورِهِ، إلاّ إذا اشتدَّ أو بِخُيُوطٍ كَثِيرَةٍ):أي لا يجب على المغتسل نَقْضُ مَضْفُورِ شَعْرِهِ ما لم يشتدّ الضَّفْر حتى يمنع وصول الماء إلى البَشَرَةِ أو يُضْفَرَ بخيوطٍ كثيرةٍ تمنع وصول الماء إلى البَشَرَةِ أو إلى باطن الشَّعَرِ.([2])

ولكنّ الشّيخ أحمد الصّاوي([3]) قد عَدَلَ عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب -الذي ذكره الدّردير- إلى قول ضعيف خارج المذهب، حيث رأى أنّ النّساء الكثيرات الضّفائر قد يجدن حرجاً في نقض الضّفائر عند كلّ غُسْلٍ، فمَالَ إلى الأخذ برأي فقهاء الحنفية في ذلك، وهو عدم نقْض الضفيرة مطلقا، فقال في حاشيته على الشرح الصغير على أقرب المسالك:« هذا التّفصيل الذي قاله الشّارح- أي الدّردير- هو مشهور المذهب، وتقدّم لنا في مبحث الوضوء أنّه ينفع النّساء كثيرات الضّفائر في الغُسل- مذهبُ السّادة الحنفيّة([4])، لأنّ الشّرط عندهم وصول الماء لأصول الشّعر ولا يلزم تعميمه، ولا

([1]) **الضَّفْرُ**: هو فَتْلُ الشَّعَرِ بعضه ببعض، ينظر: الدّردير أحمد، **الشّرح الصغير على أقرب المسالك مع حاشية الصاوي** ، تح: السّيد علي السيد عبد الرحمن الهاشم. في الهامش، (251/1)

([2]) الدّردير أحمد، **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([3]) هو أحمد بن محمد الصّاوي، فقيه مالكي، تفقّه على شيخه أحمد الدردير وأحمد العدوي وغيرهم من علماء الأزهر الشريف، له تآليف عديدة ومنها: حاشية على الشرح الصغير للدردير المسمّاة ب" ببلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك"، و"حاشية على تفسير الجلالين"، وغيرها ، توفّي:1241هـ ، ينظر: محمد مخلوف، **شجرة النّور**،(522/1)، الزرّكلي، **الأعلام**، (246/1).

([4]) يشير الإمام الصّاوي إلى ما ذكره سابقاً في (فصل) في فرائض الوضوء، حيث قال:" **تنبيه:** ينفع النساء في الوضوء تقليد الشافعي أو أبي حنيفة (أي لاكتفائهما بمسح بعض الرأس في الوضوء)، وفي الغُسْلِ تقليد أبي حنيفة، لأنّه يكتفي في الغُسْلِ بوصول الماء للبَشَرَة وإن لم يعُمّ المسترخى من الشَّعَرِ، بل ولو كان المسترخي جافًّا عنده فلا ضرر كما ذكره في " الدّر المختار"، ينظر: الصّاوي أحمد ، **حاشية الصّاوي على الشّرح الصّغير على أقرب المسالك**، (176/1)، ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين على الدّر المختار**، (154/1).

إدخال الماء في باطنه بالنّسبة للنّساء، وأمّا الرّجال فلا بدّ من تعميم ظاهره وباطنه لأنّ لهم مَنْدُوحَة عن ذلك بحلقه، هذا هو المأخوذ من الدُّرّ المختار ».([1])

المطلب الثاني: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في الأحوال الشّخصيّة:

الفرع الأول: حُكم من تزوّج بامرأة في العدّة ودخل بها

من تزوّج بامرأة في عدّتها ودخل بها فإنّه يُفرَّقُ بينهما ويتأبّد عليه تحريمُها، فلا تحلُّ له أبدًا في القول الرّاجح والمشهور عند الإمام مالك وجماعة من أصحابه، وهو ما به قضى عمرُ بن الخطاب، كما أنّه أيضاً قول اللّيث والأوزاعي وغيرهم من أهل العلم.([2])

ولكنّ بعض فقهاء المالكيّة قد عدلُوا عن هذا القول الرّاجح في المذهب إلى قولٍ مرجوح فيه، وهو عدم تأبيد تحريم المرأة على من تزوّج ودخل بها في العدّة ومنهم الإمام ابن عبد البر في كتابه الاستذكار([3]) و رجّح هذا القول أيضًا ابن رشد الحفيد فقال:« والأصل أنّها لا تحرم إلّا أن يقوم على ذلك من كتابٍ أوسُنّةٍ أو إجماعٍ من الأُمّة، وفي بعض الرّوايات أنّ عمر كان قضى بتحريمها،...فلمّا بلغ ذلك عليًّا أنكره، فرجعَ عن ذلك عمر،...، ولم يقض بتحريمها عليه، رواه الثّوري عن أشعث عن الشّعبي عن مسروق» ([4])، وحكى ابن الجلاّب روايةً في المذهب المالكي أنّ التّحريم لا يتأبّدُ مع الدّخول في العدّة، كما هو مذهب الحنفيّة والشافعية وهو قول مرويٌّ عن علي بن أبي طالب وابن مسعود- رضي الله عنهما، ([5]) وانطلاقا من منهج التّيسير في الإفتاء وفي القضاء، فقد عدَل الشّيخ الطّاهر بن عاشور- رحمه الله- إلى هذا القول المرجوح في المذهب ورأى أنّه أقربُ إلى الصّواب، كما نبّه القاضيَ على أنّه إذا فسَخ هذا النّكاح ألاّ يَحْكُمَ بتأبيده، وذلك مراعاة لذلك القول المرجوح، إذ لعلّه يكون فيه مخرجٌ لهذين

([1]) الصّاوي أحمد، **حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك**، (251/1).

([2]) ينظر: ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، كتاب النّكاح، الفصل الحادي عشر-في مانع العدّة، (38/2)، ابن عطيّة ، **المحرّر الوجيز**، في تفسير البقرة، الآية 235، (317/1)، ابن عبد البر، **الاستذكار**، (219/16).

([3]) ينظر: ابن عبد البر، المصدر السّابق، **المكان نفسه**.

([4]) ينظر: ابن رشد، **المصدر السّابق**، (39/2)، أحمد العمراني، **اختيارات ابن رشد الحفيد الفقهيّة في بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، (880/2).

([5]) ينظر: ابن عطية، **المصدر السّابق**، (317/1)، ابن عبد البر، **الاستذكار**، مرجع سابق، (218/16).

الزّوجين، حيث يقول في كتابه: "مقاصد الشّريعة الإسلاميّة":« ومن الأئمّة من يفسَخُ النّكاحَ، ولا يرى تأبيدَ التّحريم، وهو أقربُ، ولذلك استحسن بعض فقهاء المالكيّة أنّ القاضي إذا حَكَمَ بفسخ نكاح الذي يبني بالمعتدّة في عدّتها أن لا يزيد في حُكمهِ تأبيدَ التّحريم، إذ لعلّهما يجري أمرُهُما على رأيِ مَن لا يرى تأبيدَ التّحريم».([1])

الفرع الثّاني : حُكم من تزوّج بامرأة في عدّة الاستبراء من الزّنا.

القول المشهور في المذهب المالكي في أنّ من تزوّج بامرأة في عدّة الاستبراء من الزّنا أنّها لا تحلُّ له أبداً.

ولكنّ بعض المتأخّرين من فقهاء المالكية قد عَدَلَ عن هذا القول الرّاجح والمشهور إلى قول شاذٍ ومرجوحٍ في المذهب المالكي ، وذلك لإيجاد مخرج لمن وقع في مثل هذه النّازلة دون قصدٍ منه، وذلك من باب التّيسير ورفع الحرج عنه، حيث إنّ قاضي الجماعة بغرناطة أبا القاسم ابنَ سراج الأندلسيّ قد أفتى من تزوّج في عدّة الاستبراء من الزّنا بأنّه يجوز له أن يتزوّجها بعد استبراءٍ آخرَ بثلاثِ حِيَضٍ مُخالفاً في ذلك القول المشهور في المذهب بأنّها لا تَحِلُّ له أبدًا، ومعلّلاً فتواه هذه بأنّها بمنزلة من تزوّجتْ في العدّة، ووجهُه عنده أنّه لا يرى الماء الفاسد كالصّحيح، ثمّ قال ابن سراج معقباً على فتواه هذه:« وهو قولٌ له وجهٌ من النَّظَر الصَّحيح، فَمَنْ قلَّدَهُ لم نعترضه».([2])

وقد ذكر الإمام الونشريسي عن بعض الفقهاء أنّه سُئل عمّن عقد على المرأة في عدّة الزّنا، وأنّ في المذهب قولان من تأبيد التّحريم وعدمه، وأنّ ابن رشد قد اختار عدم التأبيد فيه، فأجاب: أمّا ما ذكرتم من اختيارات الشّيوخ فيمن عقد في استبراءٍ من زنا، فقد اختار شيخنا أبو علي ناصر الدّين ما اختاره ابن القاسم في التّأبيد في الحامل دون الحائل، واختار شيخنا أحمد بن عيسى عدم التّأبيد مطلقًا، والذي تعتمدون عليه إن أردتم الاحتياط توضّحون الخلاف لمن سألكم وتحذّرونه، فإن أراد الاحتياط فليجتنب، وإن أراد التّرخّص فليُقْدِمْ ... وإن أردتم أن تختاروا قولا معيّنًا فلكم فيمن سلف أسوة، والله أعلم([3]).

([1]) ابن عاشور، **مقاصد الشّريعة الإسلاميّة**، (ص338، 339).

([2]) ينظر: محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**، فتوى رقم:71، (ص139).

([3]) الونشريسي، **المعيار المعرب**، (479/4، 480).

المطلب الثالث: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التيسير في المعاملات

الفرع الأول: حكم من حلف بصيام العام ثمّ حنث

القول المشهور في المذهب المالكي في أنّ من حلف بصيام العام ثمّ حنث، فإنّه يجب عليه صيام سَنَةٍ، ولا يشترط فيه التّتابع، ولكن نظراً لما في هذا القول من مشقّة وحرج يلحق بالمكلّف، وقد لا يستطيع الالتزام به نظراً لظروفه الحياتيّة أو المهنيّة أو الصّحّية، وقد نهى النّبيّ ﷺ عن صيام الدّهر لما قد يسبّبه من ضعف في جسم الإنسان، ولذلك فقد عدل بعض متأخري فقهاء المالكيّة عن هذا القول الرّاجح والمشهور في المذهب إلى قول مرجوحٍ، وذلك بسبب التّيسير على النّاس، فأفتى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي بأنّ من حلف بصيام العام ثمّ حنث، فإنّه تجب عليه كفارة يمين، وذكر أنّ هذا القول قد مال إليه جماعةٌ من المتأخّرين، وأنّه يشهد له قول النّبيﷺ :«لاَ نَذْرَ فِي غَضَبٍ وَلَا مَعْصِيَةِ اللَّهِ ﷻ وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ».([1])، وقال ابن سراج بعد إجابته بهذه الفتوى:«وهو قولٌ له وجهٌ من النَّظَر والحديث، ومن بنى عليه كان مُخَلِّصاً إِنْ شاء الله».([2])

وسُئِلَ ابنُ سراج أيضا في فتوى مماثلةٍ عن امرأة حَلَفَتْ بصوم عامٍ أن لا ترجع لزوجها فأجاب عن هذه المسألة قائلًا:« المرأة إن رجعتْ لزوجها حنثَتْ، ولزمها صومُ عامٍ كاملٍ لا تَحْسِبُ فيه رمضان ولا

([1]) البيهقي، **السّنن الكبرى**، كتاب: الأيمان، باب: من جعل فيه كفّارة يمين، عن عمران بن حصين ، ح:20072، (121/10)، النّسائي، **سنن النّسائي**، كتاب: الأيمان والنّذور، باب: كفّارة النّذر، ح:3840 ، (592)، الحاكم ، **المستدرك على الصّحيحين**، كتاب: النّذور، ح:8051، (556/7)، وللحديث طرق أخرى ذكرها الحافظ ابن حجر مع الكلام عليها، قال ابن حجر: "وللحديث طريق أخرى رواه أبوداود من حديث كريب عن ابن عباس وإسناده حسن، وقال النّووي في الرّوضة حديث:«لاَ نَذْرَ فِي مَعْصِيَة وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ »ضعيف باتّفاق المحدّثين، قال ابن حجر:" قد صحّحه الطّحاوي وأبو علي بن السّكن فاين الاتفاق"، وقال الألباني: :« لاَ نَذْرَ فِي مَعْصِيَة وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ »حديث صحيح بما قبله ،"أمّا حديث: :«لاَ نَذْرَ فِي غَضَبٍ كَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ » فقال عنه: ضعيف، ينظر: ابن حجر، **تلخيص الحبير**، (322/4، 323، 324)، الألباني، **صحيح سنن النّسائي**، ح:3849، (27/3).

([2]) ينظر: محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**، فتوى رقم:47 (ص128،127).

أيّام الأعياد ولا يلزمها تتابعُه، وفي المذهب قولٌ آخر: إنّه يجزيها كفارة يمين بالله، وله وجهٌ من النّظر من قلَّدهُ لم يُعتَرضْ عليه» .([1])

([1])محمد أبو الأجفان، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**، مصدر سابق، فتوى رقم:49 (128).

المبحث السادس:

أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال

ويتضمّن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المطلب الأول: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس في باب العبادات

المطلب الثاني: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال في الأحوال الشّخصيّة

المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال في المعاملات

المطلب الأول: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر الزمان و فساد الزّمان وتغيّر الأحوال في باب العبادات

الفرع الأول: مسألة غلق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة المكتوبة

الأصل في المساجد والتي هي مكان للعبادة أن تكون مفتوحة للعُبّاد في كل وقت من ليلٍ أو نهارٍ وأن لا تُغلَق، لأنّ غلقَها شبيهٌ بالمنع([1]) في قوله تعالى: ﴿ وَمَنۡ أَظۡلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ﴾ [البقرة: 113]، ولذلك فإنّ القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي هو كراهةُ غلق المساجد.([2])

ولكن نظرًا لتغيّر الأحوال وفساد الزمان، فقد عدل فقهاء المذهب المالكي عن هذا القول الرّاجح وأفتوا بجواز غلق أبواب المساجد في غير أوقات الصّلاة المكتوبة في هذا الزّمان، وإنّما جوّزوا إغلاقها صيانةً لها من سرقةِ الممتلكات والتجهيزات الموجودة فيها([3])، ومن عبث الصّبيان فيها، أو دخول المجانين إليها فينجّسونها أو يعيثون فيها فسادًا، وذلك عند خلوّها من المصلّين، وقد قيل للإمام ابن عرفة: هل يؤخذ من معنى الآية السّالفة الذّكر أنّه لا يجوز للأئمة غلق باب المسجد؟ فقال -رحمه الله-:«أمّا غلقُ باب المسجد في غير أوقات الصّلاة فهو حفظٌ له وصيانة، إلاّ أن يكون الإمام مفرّطًا في الصّلاة فيتركه مغلوقًا لا يُصلّي فيه إلى آخر الوقت»، ([4]) ويقول الشّيخ الطّاهر بن عاشور:« والمراد بالمنع- الوارد في الآية- منعُ العبادة في أوقاتها الخاصّة بها كالطّواف والجماعة إذا قُصِدَ بها حرمانُ فريقٍ من المتأهّلين لها

([1]) ينظر: محمد صدقي البورنو، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلّيّة**، (ص312)، عبد القادر رحال، **تغيّر الفتوى بتغيّر الزّمان وتغيّر الأعراف،- دراسة فقهيّة مقارنة-**(ص543).

([2]) ينظر: الصّادق عبد الرّحمان الغرياني، **مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته**، (445/1).

([3]) وقد ذهب إلى هذا الرّأي فقهاء الحنفيّة أيضًا ، فقد صرّح الإمام عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي(ت:386هـ) بأنّ علة الغلق هي فساد الزّمان فقال:" وكانوا يكرهون غلق باب المسجد، ولا بأس به في زماننا في غير أوقات الصّلاة لفساد أهل الزمان فإنّه لا يُؤمَن على متاع المسجد"، عبد الله بن محمود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، (166/4)، وجاء في الفتاوى الهنديّة أيضا:"كُرِهَ غلقُ باب المسجد، وقيل لا بأس بغلق المسجد في غير أوان الصّلاة صيانة لمتاع المسجد، وهذا هو الصّحيح"، ينظر: نِظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهنديّة**، (121/1).

([4]) ابن عرفة، **تفسير ابن عرفة**، (161/1).

منها، وليس منها غلقُ المساجد في غير أوقات الجماعة، لأنّ صلاة الفذّ لا تفضُل في المسجد على غيره، وكذلك غلقُها من دخول الصّبيان والمسافرين للنّوم...» .([1])

الفرع الثاني: مسألة: سفر المرأة مع المحرم إلى الحج

القول الرّاجح والمشهور عند المالكيّة هو اشتراط وجود الزّوج أو المحرم أو الرّفقة المأمونة مع الزّوجة في السّفر إلى الحجّ، ([2]) غير أنّ الإمام مالكًا –رحمه الله– قال بكراهة سفر المحرم مع الزّوجة، قال الدّسوقي:« وكرِهِ مالكٌ سَفَرَهُ معها لفساد الزّمان، ولخوف ضيعتها معه لما بينهما من العداوة...وروى ابن القاسم كراهة سفرها مع ربيبها أو حموها لحداثة حرمتها وسائر محارم الصّهر والرّضاع».([3])

فهذا العدول عن القول الرّاجح إنّما هو سدٌّ للذّريعة بسبب فساد الزّمان وفساد أخلاق النّاس وذممهم.

المطلب الثّاني: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر الزمان وفساد أخلاق النّاس في باب الأحوال الشخصيّة:

الفرع الأول:عدّة المطلّقة ذات الأقراء

القول الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي أنّ عدّة المطلّقة طلاقا رجعيًّا أو بائنًا المدخول بها إذا كانت تحيض هي ثلاثة قروء([4])، وأمّا عدّة الصّغيرة واليائسة فهو ثلاثة أشهر، ([5])، وذلك لقوله تعالى:﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ ﴾[البقرة،228] .

فالمشهور أنّها تُصَدَّقُ في انقضاء عدّتها بالأقراء الثّلاثة أو الوضع بلا يمين ما أمكن.([6])

ولكنّ الذي جرى به العمل في فاس أنّ عدّة المطلّقة ذات الأقراء –أي التي تحيض– هي ثلاثة أشهر، وفي ذلك يقول ناظم العمل الفاسي:

([1]) الطاهر بن عاشور، **تفسير التّحرير والتّنوير**، (680/1).

([2]) ينظر: الدّسوقي، **حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير للدّردير**، (198/2).

([3]) الدّسوقي، **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

([4]) القروء جمع قُرْء وهو: الطُّهر عند المالكيّة. ينظر: ابن العربي، **أحكام القرآن**، (ص218، 219).

([5]) ينظر : محمد ميارة، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقّاق**، (ص449).

([6]) ينظر : محمد ميارة، **المصدر نفسه، المكان نفسه.**

ثم المطلّقة ذات الأقرا**** ثلاثةٌ تعتدُّ شهرًا شهرا ([1])

ومعنى ذلك أنّه إذا ادّعت هذه المطلّقة انقضاء الأقراء الثّلاثة في أقلّ من ثلاثة أشهر فإنّها لا تُصَدّقُ في دعواها، أي أنّها لا تحلُّ للأزواج إلاّ بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم طلاقها، ذلك إذا ادّعت انقضاء الأقراء الثلاثة فيها ،([2]) وقد صرّح بذلك المهدي الوزّاني حيث قال:« لا تُصدّق في الانقضاء داخل الأشهر الثّلاثة باعتبار الحِلّيّة للأزواج»،([3]) وعلّل بعضُ متأخري فقهاء المالكيّة ذلك بكثرة فساد الزّمان.([4])

وقد أيّد هذا القول أيضًا الإمام ابن العربي من المالكيّة، مُعلّلاً ذلك بضعف الوازع الدّيني، وفي ذلك يقول:« وعادةُ النّساء عندنا مرّةٌ واحدةٌ في الشّهر، وقد قلّت الأديانُ في الذُّكران فكيف بالنّسْوان، فلا أرى أن تُمَكَّنَ المطلّقةُ من الزّواج إلّا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطّلاق».([5])

وقد انتقد كثير من العلماء والباحثين هذا القول معتبرين إيّاه مخالفًا للحكم القطعي الثّابت بالنّص القرآني والذي يقرّر غير هذا، وذلك في قوله تعالى:﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ﴾[البقرة،228]، فالنّص صريح لا يقبل أيّ تأويلٍ، إذْ إنّه يقرّر أنّ المرأة المطلّقة ممن تحيض عدّتها ثلاثةُ قروء، فإذا صرّحت بانقضاء عدّتها فإنّها تُصدّقُ في ذلك، فجريان العمل بغير هذا الحُكم باطلٌ، وذلك لمخالفته للنّص القرآني، ولأنّ القول بأنّ العادة في النّساء أنّهنّ لا يحضن إلاّ مرّة واحدة في الشّهر غير مُسلَّم به، إذ لا يمكن أن تكون هذه العادة مطّردةً في جميع النّساء، ويشترط في اعتبار العادة أن تكون مُطّردةً، كما أنّ ما جرى به العمل في هذه المسألة مخالف للإجماع ،إذ أجمع الفقهاء على أنّ عدّة المطلّقة التي تحيض هي ثلاثة قروء وإن اختلفوا في معنى القُرء هل هو الحيض أم الطُّهر، ولذلك فإنّه

([1])المهدي الوزّاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، (ص115).

([2]) ينظر: عمر الجيدي، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، (ص430).

([3]) ينظر: المهدي الوزّاني، **المصدر السّابق**، (ص117).

([4])ينظر: عمر الجيدي، **المرجع السّابق**، (ص431).

([5]) ابن العربي، **أحكام القرآن**، تح: عبد الرّزّاق المهدي، (ص221).

لا يعتدّ بخرق الإمام ابن العربي لهذا الإجماع برأي شاذّ ومخالفٍ النّص، وإن تبعه فيه فقهاء العمل تقليدًا لرأيه، ولا شكّ أنّ القول الذي يخالف النّص وإجماع الأمّة باطلٌ ومردودٌ على صاحبه.([1])

المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس في المعاملات

الفرع الأول: مسألة الإجبار على إمرار الماء من أرض الجار

القول الرّاجح في حكم إمرار الماء من أرض الجار أنّه يجبر على ذلك، وذلك لما رواه الإمام مالك في الموطأ من أنّ الضّحاك بن خليفة طلب من محمد بن مسلمة أن يسمح له بإمرار الماء من أرضه، وحكم له عمر بذلك جبراً.([2])

و قد ذكر الإمام الباجي أنّ الإمام مالكًا –رحمه الله–قد عدل عن هذا القول الرّاجح الذي حكم به عمرﷺ ولم يأخذ بما رُوِيَ عن عمر في ذلك، ونَقَلَ أنّ رأي الإمام مالك في مثل هذه الحادثة هو المنعُ وذلك استنادًا إلى تغيُّر الزّمان وفساد الأخلاق واختلاف أحوال النّاس، فقد روى أشهب عن الإمام مالك أنّه قال:«تحدث للنّاس في أقضيتهم بقدر ما يحدثون من الفجور ،قال مالكٌ وأخذ بها من يوثَقُ به، فلو كان الأمر معتدلاً في زماننا كاعتداله في زمان عُمَرَ رأيتُ بأن يُقضى له بإجراء مائه،...، ولكنّ فسد النّاسُ واستحقّوا التُّهم ،فأخاف أن يطول الزّمان، ويُنسى ما كان عليه جَرَى هذا الماءُ، وقد يدّعي جارُك عليك به دعوى في أرضك» .([3])

ورأي الإمام مالك في هذه المسألة– في نظر الباحث– رأي سديدٌ، ينمُّ عن فقه للواقع واستشراف للمستقبل، كما يدلُ على فهم ثاقبٍ لمآلات الأفعال، فقد منع من ذلك سدًّا للذريعة، وذلك لئلاّ ينازع الجار جاره في أرضه بعد أن سمح له بإمرار الماء عليها بعد مرور زمن طويل، يُنسيه سبب إجراء مائه فيها، وذلك بسبب قلّة الورع وفساد أخلاق النّاس.

([1]) ينظر:محمد ميارة، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقاق**(ص449)، قطب الرّيسوني، **ماجرى به العمل في المذهب المالكي، نظرية في الميزان**،(ص49،48،47)، عمر الجيدي، **العرف والعمل** (ص432).

([2]) ينظر: الباجي، **المنتقى**، (45/6، 46)، الصّادق الغرياني، **من ضوابط الاجتهاد عند المالكيّة**، (ص125).

([3]) الباجي، **المصدر السّابق**، ، (46/6).

الفرع الثاني: مسألة ثبوت الخلطة في اليمين([1])

لا تشترط الخُلْطة في اليمين، وذلك عملاً بعموم حديث ابن عبّاسٍ أنّ النّبيّ ﷺ قضى باليمين على المدَّعى عليه.([2])

ونظرًا لفساد الزّمان فقد اشترط الإمام مالك ثبوت الخُلطة في اليمين في القضاء، وذلك إذا جاء رجلٌ يدّعي حقًّا على رجُل آخر، فإذا كانت بينهما مخالطةٌ أُحْلِف الذي ادُّعيَ عليه، وإن لم يكن بينهما ذلك لم يُحَلَّف ، فلا تجب عليه اليمين إلاّ إذا كانت بينهما خُلطة بالبيع والشّراء. ([3])

والعلّة في ذلك كما ذكر الإمام الزّرقاني: لئلاّ يبتذل أهلُ السَّفَه أهلَ الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد ، فاشترطت الخلطة لدفع هذه المفسدة.([4])

وقد صوّب التّسولي هذاالرأي فقال:« ولعمري إنّ هذا هو الصّواب في هذا الزّمان القليل الخير، ولقد شاهدنا غالبَ سَفلة النّاس يدّعي بدعاوى على المعلوم بالخير والعدول مع بعده عنه وعدم مخالطة أمثاله وملابستهم، وليس غرضُه إلاّ الازدراء به وحطّ رتبته، حتّى صار الدُّهاةُ يلقّنون السّفلةَ ذلك».([5])

خلاصة الفصل الرّبع:

1- يوجد الكثير من الفتاوى والنّوازل التي عدل فيها فقهاء المالكيّة عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح سواء في مسائل العبادات أو المعاملات أو الاحوال الشّخصيّة.

2-جلّ المسائل التّطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في هذا الفصل كانت لفقهاء المالكيّة في الغرب الإسلامي إذ إنّهم يجيزون الإفتاء بالآراء المرجوحة عند وجود سببٍ من أسباب العدول المذكورة آنفًا.

([1])هذه المسألة سبق وأن تطرقتُ إلى بيانها في الفصل الثاني في المسائل التي خالف فيها الأندلسيّون مذهب الإمام مالك، ولكنّني أعدتُّ ذكرها في هذا الفصل التّطبيقيّ لبيان سبب عدول الإمام مالك عن القول الرّاجح في هذه المسألة والمتمثّل في فساد الزّمان.

([2]) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدّعَى عليه، ح:1711، (ص528).

([3]) ينظر: الإمام مالك، **الموطّأ**، كتاب الأقضية، القضاء في الدعوى، ح: 2124، 2125، (ص374).

([4]) الزّرقاني، **شرح الزّرقاني على الموطأ**، (185/3).

([5]) الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، (ص510).

الخاتمة

خاتمة:

وفي ختام هذا البحث، فإنّ أهمّ النّتائج التي توصّلت إليها هي كالآتي:

1- حقيقة القول الرّاجح في المذهب المالكي بأنّه ما قَوِيَ دليلُه، وأنّ العمل به واجبٌ في الأحوال العاديّة باتّفاق الفقهاء، وأنّ الفتوى عند المالكيّة إنّما تكون على التّرتيب بأربعٍ: بالقول المتّفق عليه، ثمّ بالقول الرّاجح ثمّ بالقول المشهور، ثمّ بالقول المساوي لغيره، كما أنّ بعض المالكيّة جعلوا القول المشهور مرادفًا للقول الرّاجح إلاّ أنّ المعتمد عند أكثرِ متأخّري المالكيّةِ هو أنّ القول المشهورَ هو ماكثُرَ قائلُوه، وأنّ قول ابن القاسم في المدوّنة إنّما هو جزء من المشهور .

2-القول المرجوح عند المالكيّة هو كلّ قولٍ فقَد قُوّته لقوّة مُعارضِه؛ وإن كان له قوّةٌ في نفسه أو فقَد قوّتَه لضُعف دليله أو فقَد اعتبارَه لقلّة القائلين به، فهو يشمل بذلك القول الضّعيف الذي يَقْوَ دليلُه أو ضعُف مُدركه، وكذلك القول الشّاذ الذي انفرد به فقيهٌ عن الجمهور.

3-اتّفق فقهاء المالكيّة على وجوب تقديم القول الرّاجح على القول المرجوح، وعلى وجوب العمل والإفتاء بالقول الرّاجح، وأنّ الذي يُفتَى به بعد المتّفق عليه هو الرّاجحُ، وأنّ العمل بالرّاجح واجبٌ، وأمّا العمل بالدّليل المرجوح وترك الراجح فالأصل فيه عدم الجواز.

4-اختلف العلماء في العمل بالقول المرجوح والإفتاء به إلى ثلاثة أقوال، وقد رجّح كثيرٌ من متأخّري فقهاء المالكيّة أنّ القول المرجوح يُعملُ به ويُفتى به عند تحقّق الضّرورة في النّفس أو عند الغير.

5-القول المرجوح لا يجوز العملُ ولا الإفتاء به إلاّ عند الاقتضاء أي في حالات استثنائية خاصّة.

6-حقيقة العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح هي: ميلُ المجتهد إلى ترك العمل بالقول الرّاجح في المذهب المالكي، والأخذ بالقول المرجوح فيه، وذلك لوجود أسباب تقتضي ذلك، وتمنع العمل بالقول الرّاجح، تماشيًا مع روح الشّريعة السّمحاء ومقاصدها السّامية.

7-رغم تمسّك فقهاء الأندلس بمذهب الإمام مالك- رحمه الله- وانتصارهم له إلاّ أنّه قد صدرت منهم بعض الاجتهادات في مسائل فقهيّة خالفوا فيها الرّاجح من مذهب الإمام مالك، وذلك بالنّظر إلى ظروفهم القاسيّة وأوضاعهم السّياسيّة والاجتماعية الصّعبة.

8-يخضع العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح إلى ضوابط معيّنة.

9-الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي هي:

أ- قاعدة ماجرى به العمل.

ب- قاعدة الاستحسان.

ج- قاعدة سدّالذّرائع.

د- قاعدة مراعاة الخلاف .

فهذه الأصول الشّرعيّة لها علاقة وطيدةٌ وارتباط وثيقٌ بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

10-لا يجوز للمجتهد أن يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي إلّا إذا وُجِدَ سببٌ شرعيٌّ يقتضي ذلك.

11-تتمثّل أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي فيما يأتي :

أ-تغيّر العرف.

ب-تغيُّر وجه المصلحة المرسلة

ج- درأ المفسدة.

د- الضّرورة أو الحاجة.

هـ- التّيسير ورفع الحرج.

و-فساد الزّمان وتغيّر الأحوال.

12-يوجد الكثير من الفتاوى والنّوازل التي عدل فيها فقهاء المالكيّة عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح سواء في مسائل العبادات أو المعاملات أو الاحوال الشّخصيّة.

13-جلّ المسائل التّطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في هذه الدّراسة كانت لفقهاء المالكيّة في الغرب الإسلامي إذ إنّهم يجيزون الإفتاء بالآراء المرجوحة عند وجود سببٍ من أسباب العدول المذكورة آنفًا، كما ذكرتُ فتاوى للإمام مالك –رحمه الله- ولفقهاء المالكيّة المصرّيين عدلوا فيها عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.

وفي الختام فإنّني أتقدّم ببعض التوصيات والمقترحات وهي كالآتي:

أقترح على العلماء والباحثين في المؤسسات الجامعيّة والمراكز البحثية، مواصلة البحث وتعميقه في تراثنا الفقهي وذلك من خلال ما يأتي:

– جرد ودراسة الأقوال المرجوحة في المذهب المالكي سواء كانت ضعيفة أو شاذّة في كتب الفقه والنّوازل للاستفادة منها في معالجة بعض النّوازل والمستجدّات والقضايا الفقهيّة المعاصرة.

– الدّعوة إلى جرد الأقوال الرّاجحة في الفقه المالكي لتمييزها عن غيرها من الأقوال المرجوحة، وقد نادى بهذه الفكرة كلّ من الشّيخ محمد الحجوي في كتابه الفكر السّامي، و الدّكتور محمد رياض في كتابه أصول الفتوى، وذلك للإسهام في ضبط الفتوى في المذهب المالكي.

– الدّعوة إلى تجديد النّظر في كثير من المسائل الفقهيّة المبنيّة على المصلحة أو العرف، وذلك بمراعاة مقاصد الشّريعة، لضمانً استمراريّة الاجتهاد، وليكون الفقه الإسلامي مواكبًا للتطوّرات العصريّة في مختلف المجتمعات باختلاف بيئاتها وأعرافها.

وأخيرًا: فهذا جهد المقلّ، والكمال لله وحده، فإن أصبت فمن الله وحده، فله الحمد والمنّة، وإن أخطأتُ فمن نفسي، وما توفيقي إلاّ بالله عليه توكلت وإليه أنيب، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى ءاله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا والحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

طرف الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
﴿قُلْ هَاتُواْ بُرْهَـٰنَكُمْ إِن كُنتُمْ صَـٰدِقِينَ﴾	110	البقرة	36
﴿ وَمَنْ اَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَـٰجِدَ ٱللَّهِ أَنْ يُّذْكَرَ فِيهَا اِسْمُهُۥ﴾	113	البقرة	226
﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ اُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ فَمَنُ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلآَ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾	172	البقرة	155
﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾	184	البقرة	99، 164
﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِۖ﴾	195	البقرة	83
﴿وَالْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍۖ﴾	228	البقرة	227، 228
﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ﴾	281	البقرة	73، 215
﴿لاَ يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْساً اِلاَّ وُسْعَهَاۖ﴾	286	البقرة	164
﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَنْ يُّخَفِّفَ عَنكُمْۖ﴾	28	النّساء	164
﴿ فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَـٰتٍ	159	النّساء	173

﴿حِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ كَثِيراً﴾			
﴿ وَلاَ تَسُبُّواْ ٱلذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾	109	الأنعام	104
﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَامُرْ بِالْعُرْفِ﴾	199	الأعراف	123، 124
﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ﴾	78	الأنبياء	31
﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	76	الحج	212،165
﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِب بِّهِۦ وَلاَ تَحْنَثْ﴾	43	ص	167،166
﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ ٱلذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ ﴾	16، 17	الزّمر	31
﴿وَاتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾	52	الزّمر	31
﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِنْ يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَاسْعَواْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾	9	الجمعة	202
﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾	1	الكافرون	38، 39
﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ﴾	1	الإخلاص	38، 39

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	رقم الصفحة
أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ	165
أرشدَ النبيُّ ﷺ بلالاً إلى بيع التَّمْرِ بالدَّرَاهِم ثُمّ يَشْتري تمرًا آخرَ	62
أنَّ رسول الله ﷺ قرأ في ركعتي الفَجْرِ	38
أنَّ النّبيَّ ﷺ أقرّ عائشةَ –رضي الله عنها– أن تَعْتَمِرَ عُمْرَتين	83
أنَّ النّبيّﷺ قَضَى باليَمينِ عَلى المدَّعَى عَلَيْه	73، 230
أَنَّ النَّبيّ ﷺ مَنَعَ بَني هَاشِم مِنْ أَخْذِ الزَّكَاة	191
أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ ولِّيِها ، فَنِكَاحُها باطِلٌ	109
إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا وَلَمْ تَغتَبِقُوا وَلَمْ تَحْتَفِئُوا بها بَقْلاً فَشَأْنُكُمْ بِهَا	156
إعطاء رسولِ اللهﷺ يهودَ خيبرَ النَّخْل والأرضَ	74
إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ	166
إِنَّ اللَّهَ هُوَ المسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّزَّاقُ	198
إنّ من أَكْبَرِ الكبَائِر أَنْ يَلعنَ الرَّجُلُ والدَيْه	104
إنّ النّبيّ ﷺ أَمَرَ بتركه حتى يُتِمَّ بولَهُ	111
خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمعْرُوفِ	124
رمقتُ النّبيَّ ﷺ شهرًا	39
الرّسول ﷺ ما خُيِّر بين أمرين إلاّ اختار أيسرهما	165
صلّى بالنّبي ﷺ المغرب في يومَيْن في وَقتٍ واحد	39
فَرَضَ رَسُولُ اللهِ ﷺ زَكَاةَ الفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ	187
كَانَ رسُولُ الله ﷺ يُصلِّي ركعتي الفجر	39
مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ سِتًّا مِنْ شَوَّالٍ	68
لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَك	129

لاَ نَذْرَ فِي غَضَبٍ وَلَا مَعْصِيَةِ اللَّهِ ﷻ وكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»	223
لَوْلاَ حَداثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بالكُفْرِ	66، 104
هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بن زُمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ	108
وَوَقْتُ صَلاَةِ المغْرِبِ مَا لمْ يَغِبِ الشَّفَقُ	40

فهرس الآثار

الأثر	صاحب الأثر	الصفحة
أنّ عثمان بن عفّانﷺ أمر في زمن خلافته	عثمان ﷺ	174
أنّ عليًّا ﷺ قضى بتضمين الصُّنّاع	عليًّا ﷺ	175
أوقع عمر بن الخطّابﷺ في زمن خلافته الطّلاقَ الثّلاثَ	عمرﷺ	174
إمّا أَنْ تزيدَ فِي السِّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا	عمرﷺ	201
إِنَّمَا العِلْمُ الرُّخْصَةُ مِنْ عَالِمٍ	سفيان الثوري	167
تحدثُ للنّاس فَتَاوى بِقَدْرِ ما أَحْدثُوا	الإمام مالك	175
تحدثُ للنَّاسِ في أقضيتهم بحَسَبِ ما أحَدَثُوا	عمر بن عبد العزيز	175
كانتْ ضَوَالُّ الإِبِلِ في زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ	ابن شهاب	174
كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ	أبو سعيد الخدريﷺ	188
لو أدرك رَسُولُ الله مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ اليَوْمَ لمنعهنّ	عائشة رضي الله عنها	173

فهرس الاعلام المترجم لهم

الأعلام	الصّفحة
الأجهوري =علي بن زين العابدين بن محمد أبو الحسن المصري	36
أصبغ= أبوعبد الله بن الفرج بن سعيد بن نافع	19
أشهب بن عبد العزيز= أبو عمر الجعدي المصري	17
ابن آملال= محمد أبو عبد الله المديوني	210
ابن أمير الحاج= محمد بن محمد بن حسن بن علي الحنفي	119
الأوزاعي= عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد أبو عمرو	71
الأُبيّ =محمد بن خلفة بن عمر التّونسي، أبو عبد الله الوشتاني	206
إسماعيل بن إسحاق = أبو إسحاق بن حمّاد الأزدي القاضي	183
الباجي= أبو الوليد سليمان بن خلف	15
البُرْزُلي = أبو القاسم بن أحمد بن محمد بن المعتل البلوي القيرواني	196
ابن بشير= أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد التنوخي	23
البناني =محمد بن الحسن بن مسعود ، أبو عبد الله	211
بناني=محمد بن عبد السّلام الفاسي، أبو عبد الله	53
التّاودي= محمد بن محمد الطّالب بن سودة، أبو عبد الله المري الفاسي الأندلسي	55
التّسولي = أبو الحسن علي بن عبدالسلام بن علي	23
الجرجاني = علي بن محمد بن علي الشّريف الحنفي	118
ابن جزي = محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي	82
ابن أبي جمرة = أبو محمد، عبد الله الشّهير بالعارف	30
الجلالي =إبراهيم بن عبد الرحمن، أبو سالم الفاسي	185

بن أبي حازم =عبد العزيز سلمة بن دينار	188
أبو حامد الفاسي = محمد بن العربي بن يوسف	197
ابن حبيب = أبو مروان عبد الملك بن سليمان السّلمي القرطبي المالكي	35
الحطّاب= أبو عبد الله محمد بن محمد الرّعيني	13
الحسن البصري = أبو سعيد بن أبي الحسن يسار التّابعي	188
بن خجو =الشيخ أبو القاسم بن علي	196
خليل = بن إسحاق بن موسى الجندي المصري	13
بن خويز منداد= أبو عبد الله محمد بن أحمد	24
الدّاودي= أحمد بن نصر الأسدي، أبو جعفر	83
الدّسوقي = محمد بن أحمد بن عرفة ، أبو عبد الله	25
بن راشد = أبو عبد الله محمد بن عبد الله القفصي	24
ربيعة = بن عبد الرحمن، أبو عثمان	199
ابن رجب= عبد الرحمن بن أحمد البغدادي	64
ابن رحّال =الحسن المعداني أبو علي	217
ابن رشد الجد= أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي	13
ابن رشد الحفيد= محمد بن أحمد بن محمد، الغرناطي القرطبي	75
ابن رشيد= أبو عبد الله محمد بن عمر الفهري الفاسي	139
بن زرب = أبو بكر محمد بن يبقى القرطبي	138
الزّرقاني =عبد الباقي بن يوسف	34
الزّقاق =علي بن قاسم التجيبي	125
بن زكري= أحمد بن محمد المانوي التّلمساني	49
ابن أبي زيد= عبد الله النّفزي أبو محمد القيرواني	19
سحنون =عبد السّلام بن سعيد بن حبيب القيرواني، أبو سعيد التّنوخي	19
السّرّاج= يحي بن أحمد بن حسن النّفزي الحميري، أبو زكريا الفاسي	53

السّرقسطي= محمد بن محمد الأنصاري ، أبو عبد الله الغرناطي	208
سعيد بن المسيّب = بن حزن القرشي المخزومي	196
سعيد العميري = بن أبي القاسم التادلي الفاسي	53
سند =بن عنان بن إبراهيم الأزدي المصري	204
ابن سهل = عيسى بن عبد الله الأسدي، أبو الأصبغ	138
السّيوري= عبد الخالق بن عبد الوارث، أبو القاسم القيرواني	78
الشّاطبي= أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي	32
ابن شاس= عبد الله بن نجم الجذامي السّعدي، أبو محمد الملقّب بالخلاّل	78
ابن شعبان= محمد بن القاسم ، أبو إسحاق المصري	45
الصّاوي =أحمد بن محمد	220
الطّرطوشي= محمد بن الوليد بن محمد ، أبو بكر الفهري	92
ابن شاس= عبد الله بن نجم الجذامي السّعدي، أبو محمد الملقّب بالخلاّل	78
ابن عابدين=محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز	171
ابن عبد البر= يوسف بن عبد الله بن محمد النّمري، أبو عمر القرطبي	75
ابن عبد الحكم= عبد الله بن أعين بن اللّيث المصري.	45
عبد الرّحمن الفاسي= بن عبد القادر	50
ابن عبد السّلام= أبو عبد الله محمد بن يوسف الهواري التّونسي	54
العبدوسي= عبد الله بن موسى بن معطي العبدوسي الفاسي	191
عبد الوهّاب البغدادي = أبو محمد بن نصر، القاضي	81
بن عتاب =محمد بن عبد الله أبو عبد الله القرطبي المالكي	139
العدوي =علي الصّعيدي، المصري	
ابن العربي= أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري الإشبيلي المالكي	35
ابن عرضون = أحمد ابن الحسن بن يوسف، أبو العباس الزّجلي	206
بن عرفة = محمد بن محمد التّونسي الورغمي	25

العقباني = قاسم بن سعيد بن محمد ، أبو عبد الله التّلمساني	211
بن عمران = علي بن عبد الرحمن بن عمران، أبو الحسن الفاسي	185
أبو عمران الفاسي =موسى بن عيسى الوزّني	196
عمر بن عبد العزيز= أبو حفص بن مروان بن الحكم الأموي	175
بن علاّل =عيسى الكتامي المصمودي	193
العلمي= محمد بن محمد الطّيب شاقور الحسني	149
علّيش =محمد بن محمد المصري	25
عيسى بن دينار= أبو محمد	19
ابن غازي= أبو عبد الله محمد بن أحمد العثماني المكناسي الفاسي	71
بن فرحون= أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن محمد الأندلسي	18
ابن فرس= محمد بن عبد الرّحيم الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الله الغرناطي	82
الفشتالي =محمد بن أحمد أبو عبد الله الفاسي	208
القادري= محمد بن قاسم الفاسي	21
القاضي إسماعيل= بن حمّاد البغدادي	183
ابن القاسم= عبد الرحمن العتقي المصري	16
القرافي =أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن الصّنهاجي، شهاب الدّين	30
ابن القصار =علي بن أحمد البغدادي، أبو الحسن	185
القوري= محمد بن قاسم بن محمد الفاسي	91
ابن قيّم الجوزية =محمد بن أبي بكر بن أيوب الدّمشقي، شمس الدّين أبو عبد الله	62
ابن كنانة = عثمان بن عيسى	76
ابن لب= أبو سعيد هو فرج بن قاسم الثعلبي أبو سعيد الغرناطي	126
اللّخمي = أبو الحسن علي بن محمد الربعي	138
اللّقاني= أبو الأمداد برهان الدين إبراهيم	29
اللّيث بن سعد =بن عبد الرحمن، أبو الحارث	73

ابن الماجشون =عبد الملك بن عبد العزيز بن أ بي سلمة الماجشون، أبو مروان	81
المازري = أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التّميمي	13
محمد بن الحسن= أبو عبد الله الشّيباني	78
محمد العربي الفاسي =محمد بن محمد، أبو عبد الله	216
محمد بن يوسف= بن عمر السّنوسي التّلمساني	61
ابن مرزوق= أبو عبد الله محمد محمد بن أحمد بن محمد العجيسي التّلمساني	190
مطرّف بن عبد الله= أبو مصعب الهلالي اليساري المدني	82
المسناوي =محمد بن أحمد أبو عبد الله الفاسي	53
معن بن عيسى= أبو يحي القزاز المدني	36
المقري= محمد بن محمد بن أحمد، أبو عبد الله	185
مكحول= بن أبي مسلم الهذلي، أبو عبد الله	195
المكناسي= محمد بن عبد الله بن محمد، أبو عبد الله	75
المهدي الوزّاني= بن محمد بن محمد الفاسي	34
ابن المواز= محمد بن إبراهيم بن زياد، أبوعبد الله الإسكندري	83
المواق =محمد بن يوسف العبدري، أبو عبد الله	160
الميانشي = عمر بن عبد المجيد بن حسين أبو حفص القرشي	76
ابن ميسر= أحمد بن محمد بن خالد ، أبو بكر الإسكندراني	205
ابن أبي نعيم =أبو القاسم بن أحمد بن أبي القاسم الغسّاني الفاسي	141
النّفراوي= أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، شهاب الدّين، الأزهري المالكي	78
ابن الهمام= كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السّيواسي	120
بن هلال= أبو إسحاق إبراهيم السّجلماسي	139
الهلالي= أحمد بن عبد العزيز	22
الونشريسي= أحمد بن يحي بن محمد، أبو العبّاس التّلمساني	23
الونشريسي= عبد الواحد بن الإمام أحمد بن يحي	185

ابن وهب= عبد الله بن مسلم، أبو محمد القرشي	17
يحي بن سعيد = القاضي أبو سعيد الأنصاري	199
اليزناسي =إبراهيم بن محمد (الحفيد)	195
يوسف بن عمر= أبو الحجاج الأنفاسي	51
يحي بن يحي اللّيثي = بن كثير أبو محمد القرطبي	73

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1_القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- أبو الأجفان محمد ، **فتاوى قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج الأندلسي**(ت:848هـ)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/2، 1427هـ/2006م.

3-أحمد بن الأمين العمراني، **اختيارات ابن رشد الحفيد الفقهيّة في بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1432هـ/2011م.

4- أحمد بن حنبل(ت:241هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تح: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرّسالة، ط/1، 1416هـ/1996م.

5- أحمد الرّشيد، **الحاجة وأثرها في الأحكام –دراسة نظرية تطبيقيّة–** دار اشبيلية، الرّياض، السّعودية، ط/1، 1429هـ/2008م.

6- أحمد كافي ، **الحاجة الشّرعيّة حدودها وقواعدها**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1424هـ/2004م.

7- الأسنوي جمال الدّين عبد الرّحيم بن الحسن (ت:772هـ)، **نهاية السّول شرح منهاج الأصول**، عالم الكتب، بيروت، (د-ط)،1343هـ.

8-الآمدي، علي بن محمد، أبو الحسن، (ت:631)، **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الصّميعي، الرّياض، السّعوديّة، ط/1، 1424هـ/2003م.

9-ابن أمير الحاج الحلبي، (ت:879هـ)، **التقرير والتحبير على التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفيّة والشافعيّة**، ضبط وتصحيح: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1419هـ/1999م.

10-الألباني محمد ناصر الدّين، **صحيح سنن النّسائي**، مكتبة المعارف، الرّياض السعودية، ط/1، 1419هـ/1998م.

11-إبراهيم أنيس وآخرون ، **المعجم الوسيط** ،دار الدّعوة ، اسطنبول، ط/1 ، 1986م.

12_ الباجي سليمان بن خلف أبو الوليد(ت:494هـ)، **الحدود في الأصول**، تح: د.نزيه حمّاد، مؤسسة الرّعبي، بيروت، لبنان، ط/1، 1392هـ/1983م.

13-الباجي سليمان بن خلف أبو الوليد الاندلسي(ت:494هـ)، **المنتقى شرح موطأ مالك**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط/2، (د-ت).

14- الباحسين يعقوب، **الاستحسان- حقيقته- أنواعه- حجيّته- تطبيقاته المعاصرة**، مكتبة الرّشد، الرّياض، السّعوديّة، ط/1، 1428هـ/2007م.

15-الباحسين يعقوب ، **رفع الحرج في الشّريعة الإسلاميّة، دراسة أصوليّة تأصيلية**، دار الرّشد، الرّياض، السّعودية، ط/4، 1422هـ/2001م.

16- البخاري، محمد بن اسماعيل بن براهيم الجعفي(ت:256هـ)، **صحيح البخاري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992م.

17- البخاري، محمد بن اسماعيل بن براهيم الجعفي(ت:256هـ)، **صحيح البخاري**، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط/1، 1423هـ/ 2002م.

18-بدران أبو العينين بدران، **أصول الفقه الإسلامي**، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندريّة، (د-ط)، (د-ت).

19-البغدادي عبد الوهاب بن علي أبو محمد، القاضي(ت:422هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تح: مشهور آل سلمان، دار ابن القيّم، الرياض، السّعودية، ط/1، 1429هـ/2008م.

20-بلخير عثمان، **البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي** ،دار ابن حزم، بيروت،ط1، 1430هـ_2009م.

21-بلمهدي يوسف، **البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى**، دار الوعي، الجزائر، ط/3، 2009م.

22-البيهقي أحمد بن الحسين(ت:458هـ)، ، تح: محمد عطا، **السّنن الكبرى**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/3، 1424هـ/2003م.

23-ابن بية عبد الله، **صناعة الفتوى**، (د-ن)، (د-ط)، (د-ت).

24-البوطي محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة**، مكتبة رحاب ، الجزائر، طبعة جديدة، (د-ط)، (د- ت).

25- التّرمذي محمد ابن عيسى بن سورة أبو عيسى(ت:)، **سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، ط2، (مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395 هـ / 1975م).

26-التّتائي محمد بن إبراهيم بن خليل، أبو عبد الله،(ت:912هـ)، **تنوير المقالة في حل ألفاظ الرسالة**، تح: د/محمد شبير، (د-ن)، ط/1، 1409هـ/1988م.

27-ابن التّمين، محمد بن عبد الله، **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**، دائرة الشّؤون الإسلامية والعمل الخيري، إدارة البحوث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1430هـ/2009م.

28-التّسولي علي بن عبد السلام أبي الحسن(ت:1258هـ)، **البهجة في شرح التّحفة**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1998م.

29-التّسولي علي بن عبد السلام أبي الحسن(ت:1258هـ)، **الحواشي والتّحقيقات المنيفة على شرح التّاودي على لامية الزّقاق**، ط/1، الدّار التّونسيّة، 1303هـ.

30-التّنبكتي أحمد بابا، **نيل الابتهاج بتطريز الدّيباج**، عناية وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، منشورات دار الكتاب، طرابلس، ليبيا، ط/2، 2000م.

31-التواتي القاسم بن محمد الليبي، **مرجع المشكلات في الاعتقادات والعبادات والمعاملات والجنايات على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه**، مكتبة النجاح ، طرابلس، ليبيا، ط/2، (د-ت).

32-الجرجاني، علي بن محمد الشريف، **معجم التَّعريفات**، تحقيق: محمد صدِّيق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر،(د-ط)، 2004م.

33-الجيدي عمر بن عبدالكريم، **العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب**، منشورات صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المغرب والإمارات، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط/1، 1404هـ/ 1984م.

34-الجيدي عمر، **مباحث في المذهب المالكي** بالمغرب، الهلال العربية، الرّباط، المغرب، ط/1، 1993م.

35-الجيزاني محمد بن حسين ، **حقيقة الضّرورة الشّرعيّة وتطبيقاتها المعاصرة**، دار المنهاج، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1428هـ.

36-ابن ماجه، محمد القزويني(ت:273هـ)، **سنن ابن ماجه**، دار الرّسالة العالمية، ط/1، 2009م.

37-حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة التي يبنى عليها المذهب المالكي**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1435هـ/2014م.

38-ابن الحاجب أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر، ت:646هـ، **منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1405هـ/1985م.

39-الحاكم أبو عبد الله النيسابوري، (405هـ)، **المستدرك على الصّحيحين**، دار التّأصيل، القاهرة، مصر، ط/1، 1435هـ/2014م.

40-ابن حجر شهاب الدّين أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني،(ت:852هـ)، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرّافعي الكبير**، مؤسسة قرطبة، بيروت، لبنان، ط/1، 1416هـ/1995م.

41-ابن حجر شهاب الدّين أحمد بن علي العسقلاني(ت:852هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط/1، 1434هـ/2013م.

42-الحجوي محمد بن الحسن الفاسي(ت:1367هـ)،**الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، اعتنى به أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط/1 ،1416هـ/1995م.

43-الحطّاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمان، أبو عبد الله الرّعيني المغربي(ت:954هـ)، **مواهب الجليل**، دار عالم الكتب، الرّياض، السّعودية، ط/خاصة، 1423هـ/2003م.

44-الحطّاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمان، أبو عبد الله الرّعيني المغربي،(ت:954هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر الشّيخ خليل**، بتعليق الشّيخ محمد بن محمد الموسوي الشنقيطي،(ت:1349هـ) دار الرضوان للنّشر، نواكشوط، موريتانيا، ط/1، 1431هـ/2010م.

45- حسب الله علي، **أصول التشريع الإسلامي**، دار المعارف، القاهرة، ج.مصر.ع، ط/5، 1396هـ/1976م.

46-الحجوي محمد الثعالبي، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، ط1، (بيروت دار الكتب العلمية، 1416هـ- 199م).

47-حسن حامد حسان ، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، دار النّهضة العربية، القاهرة ، مصر، (د-ط)، 1971م.

48-الحفناوي، محمد ابراهيم محمد، **التّعارض والتّرجيح بين الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي**، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط/2، 1408هـ/1987م.

49-ابن حمدون الطالب بن الحاج محمد الطّالب(ت: 1273هـ)،، **حاشية ابن حمدون على شرح ميّارة على المرشد المعين على الضّروري من علوم الدّين، المكتبة التّجارية الكرى، مصر، 1972م**.

50- الحموي، أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله، **معجم الأدباء**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1991م.

51- حيدر علي أحمد ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

52- خلاّف عبد الوهّاب، **مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه**، دار القلم، الكويت، ط/6، 1414 هـ-1993م.

53-ابن خلكان، شمس الدّين أحمد بن محمد، أبو العبّاس(ت:681)، **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان**، تح: إحسان عبّاس، دار صادر، بيروت، لبنان، (د-ط)، 1970م.

54-خليل بن إسحاق، ضياء الدين، **مختصر العلاّمة خليل**، ط1، (القاهرة، دار الحديث، 1426هـ/2005م.

55-خليل بن إسحاق، **التّوضيح شرح مختصر بن الحاجب**، تح: أبو الفضل الدّمياطي، مركز التّراث الثقافي المغربي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1433هـ/2012م.

56- الخليفي عبد العزيز ، **الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه**، المطبعة الأهلية، قطر، ط/1، 1414هـ/1993م.

57-الدّردير أبو البركات أحمد بن محمد ، **الشّرح الصغير على أقرب المسالك** مع حاشية الشّيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، تحقيق: السّيد علي السيد عبد الرحمن الهاشم، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، (د_ط)، 2008م.

58- الدّسوقي محمد بن أحمد، ابن عرفة، المالكي، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، دار الفكر، (د- ط)، (د-ت).

59-الذهبي شمس الدّين محمد بن عثمان، **سير أعلام النّبلاء**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط/4، 1986م.

60-الرّازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، دار ومكتبة الهلال، بيروت، (د- ط)، 1988م.

61-ابن رحال الحسن أبوعلي المعداني(ت:1140هـ)، **رفع الالتباس في شركة الخمّاس**، تح: رشيد قبّاظ، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، ط/1،1433هـ/2012م.

62-ابن رشد، محمد بن أحمد أبو الوليد محمد (الحفيد)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تح: علي محمد عوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، ط/1، 1416هـ/1996م.

63-ابن رشد محمد بن أحمد "الجد" أبو الوليد،(ت:520)، **البيان والتّحصيل والشّرح والتّعليل في مسائل المستخرجة**، تح: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط/2 ، 1408 هـ/ 1988م.

64-رشيد رضا محمد ، **تفسير المنار**، دار المنار، القاهرة، مصر، ط2، 1366هـ/1947م.

65- الرّصاع، **شرح حدود بن عرفة**، تح: أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

66-الرّهوني محمد بن أحمد بن محمد، **حاشية الرّهوني على شرح الزّرقاني لمختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، 1398هـ/1978م.

67-الرّيسوني أحمد، **الفكر المقاصدي قواعده وفوائده**، منشورات جريدة الزمن، الرباط، 1999م.

68- الرّيسوني قطب ، **الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 2007م.

69-الرّيسوني قطب، **التّعارض بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**، دراسة تأصيليّة تطبيقيّة، دار ابن حزم، ط/1، 1430هـ/2009م.

70-الزّبيدي: محب الدين أبي الفيض محمد مرتضى الحسيني (ت:1205هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس** ،تح: علي بشيري، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، 1996م.

71-الزّحيلي، محمد مصطفى، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير، دمشق، سوريا، ط/2، 1427هـ/2006م.

72-الزّحيلي وهبة، **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر،الجزائر،ط1، 1406/1986م.

73-الزّحيلي وهبة، **نظرية الضّرورة الشّرعيّة مقارنة مع القانون الوضعي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط/4، 1405هـ /1985م

74-الزّركشي محمد بن بهادر (ت 794هـ/1391م)، **البحر المحيط**، تحقيق: محمد محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000م.

75-الزّركلي، خير الدين (ت:1396هـ) ،**الأعلام**، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان،ط1، 1986م.

76-الزّرقا مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ط/2، 1425هـ/2004م .

77-الزّرقاني عبد الباقي بن يوسف،(ت:1099هـ)، **شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، ومعه الفتح الربّاني فيما ذهل عنه الزّرقاني للشّيخ البناني، تح: عبد السّلام محمد أمين، ذار الكتب العلميّة، ط/1، 1412هـ/2002م.

78-أبو زهرة، محمد، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د-ط)، 1417هـ/1997م).

79-أبو زهرة محمد، **مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط/2، (د-ت).

80-الزّيلعي ابراهيم المختار، **المدخل الوجيز في اصطلاحات السّادة المالكية**،(د-ن)، (د-ط)، (د-ت).

81-السّبكي تاج الدّين عبدالوهاب بن علي بن عبد الكافي، أبو نصر، (ت:771)، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، دار عالم الكتب، بيروت، ط/1، 1419هـ/1999م.

82-السّرخسي، أحمد بن أبي سهل، **أصول السّرخسي**، (بيروت، دار المعرفة). المبسوط (دار المعرفة، بيروت (1414هـ 1993م).

83-السّلمي، عياض بن نامي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، دار التّدمرية، الرياض، السّعودية، ط/1، 1426هـ/2005م.

84-أبو سنّة أحمد فهمي، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، مطبعة الأزهر، (د-ط)، 1947م.

85-السّيوطي جلال الدّين عبد الرّحمن(ت:911هـ)، **تاريخ الخلفاء**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1424هـ/2003م،

86-الشّاطبي موسى بن إبراهيم، أبو إسحاق(ت:970هـ)، **الاعتصام**، تحقيق مشهور آل سلمان، مكتبة التوحيد.

87-الشّاطبي موسى بن إبراهيم، أبو إسحاق(ت:970هـ)، **الاعتصام**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م.

88- الشّاطبي أبو إسحاق(ت:970هـ)، **الموافقات في أصول الشّريعة**، شرحه وخرّج أحاديثه :عبد الله دراز، من مطبوعات وزارة الشؤون الإسلاميّة والأوقاف والدّعوة والإرشاد بالمملكة العربية السّعودية.

89-الشّاطبي، أبو إسحاق (ت:970هـ)، **فتاوى الشاطبي**، حقّقها وقدّم لها: محمد أبو الأجفان، ط /2 ، 1406هـ/1985م

90-شلبي محمد مصطفى، **أصول الفقه الإسلامي**، الدّار الجامعيّة للطّباعة والنّشر، ط/4، 1403هـ/1983م.

91-شلبي محمد مصطفى، **تعليل الأحكام**، عرض وتحليل لطريقة التّعليل وتطوّراتها في عصور الاجتهاد والتّقليد، دار النّهضة العربية، بيروت، لبنان، ط/2، 1401هـ، 1981م.

92-الشّنقيطي محمد الأمين، **مذكرة أصول الفقه**، الدّار السّلفيّة، الجزائر، (د-ط)، (د-ت).

93-الشّنقيطي محمد الأمين، **نثر الورود (شرح مراقي السّعود)**، دار عالم الفوائد، السّعودية،(د-ط)، (د-ت).

94-الشّنقيطي عبد الله بن إبراهيم، **نشر البنود على مراقي السّعود**، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة، المغرب،(د-ط)، (د-ت).

95-الشّوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت:1255هـ)، **نيل الأوطار من أحاديث سيّد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، دار الحديث، القاهرة، مصر، (د-ط)، (د-ت).

96-الشّوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت:1255هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول**، تحقيق: سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض، السّعوديّة، ط/1، 1421هـ/2000م.

98-الشّيرازي أبو إسحاق الشّافعي(ت:476هـ)، **طبقات الفقهاء**، تح: إحسان عبّاس، دار الرّائد العربي، بيروت، لبنان، (د-ط)، (د-ت).

99-صالح بن عبد الله بن حميد، **رفع الحرج في الشّريعة الإسلاميّة، ضوابطه وتطبيقاته**، مركز البحث العلمي وإحياء التّراث الإسلامي، كليّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، جامعة أم القرى، مكة المكرّمة، السّعودية.

100-بن الصّديق عبد الحي ، **تبيين المدارك لرجحان سنّية تحية المسجد وقت خطبة الجمعة في مذهب مالك**، دار الفرقان للنّشر الحديث، (د-ط)، (د-ت).

101-ابن صلاح، **آداب المفتي والمستفتي**، تحقيق: موفق عبد الله عبد القادر، ط2، (المدينة المنورة، مكتبة العلوم والحكم، 1423هـ-2002م).

102-الصّلاحين عبد المجيد محمود، **مفردات المذهب المالكي في العبادات**، دراسة مقارنة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1426هـ/2005م

103-الصّمدي مصطفى، **فقه النّوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا**، دار الرشد، الرياض، السعودية، 1428هـ/2007م.

104-ابن عابدين، محمد أمين بن عمر أفندي، **مجموع رسائل ابن عابدين**، (د-ن)، (د-ط)، (د-ت).

105-ابن عاشور، محمد الطّاهر (ت: 1393هـ)، **تفسير التحرير والتنوير**، الدار التونسية للنّشر، تونس، 1984م.

106-ابن عاشور، محمد الطّاهر (ت: 1393هـ) ، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تح: محمد الطاهر الميساوي، دار النّفائس، الأردن، ط/ 2،1421هـ/2001م.

107-ابن عبد البر يوسف بن عبد الله أبو عمرو النّمري القرطبي(ت:463هـ)،، **التّمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تح: محمد عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1 ، 1999م.

108-ابن عبد البر يوسف بن عبد الله أبو عمرو النّمري القرطبي(ت:463هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تح: محمد أحيد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السّعودية، ط/1، 1398هـ/1978م.

109-ابن عبد البر يوسف بن عبد الله أبو عمرو النّمري القرطبي،(ت:463هـ)، **الاستذكار**، تح: عبد المعطي قلجي، دار الوعي القاهرة، دار ابن قتيبة، دمشق، ط/1، 1414هـ/1993م.

110-عبد الرحمان السّنوسي، **اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات**، دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، دار ابن الجوزي، الدمّام، المملكة العربية السّعودية، ط/1، 1424هـ.

111-ابن عبد السّلام، عز الدّين عبد العزيز،(ت:660هـ)، **القواعد الكبرى، الموسوم ب قواعد الأحكام في إصلاح الأنام**، تحقيق: الدّكتور نزيه كمال حمّاد، الدّكتور عثمان جمعة ضمرية، دار القلم، دمشق، سوريا، (د-ط)، (د- ت).

112- عبد الفتاح الزّنيفي، **مصطلح ماجرى به العمل وأثره على تغيّر الفتوى في المدرسة المالكيّة بالغرب الإسلامي**، مركز التّميّز البحثي في القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة، الرّياض، (د-ط)، 1431هـ/2010م.

113- عبد الله بن سعد آل خنين، **الفتوى في الشّريعة الإسلامية**، مكتبة العبيكان، الرّياض، السّعودية، ط/1، 1429هـ/2008م.

114- عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي(ت:386هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت).

115-عبد الله بن زيد آل محمود، **مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم الشّرعيّة والشّؤون الإسلاميّة بدولة قطر**، (د-ط)، 1402هـ، 1982م.

116- عبد الوهاب البغدادي ، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تح: مشهور آل سلمان، (د-ن)، (د،ط)، (د،ت).

117-أبو عجيلة مصطفى عبد الرحيم، **العرف وأثره في التشريع الإسلامي**، المنشأة العامة للنّشر والتّوزيع، طرابلس، ليبيا، ط/1، 1395هـ/1986م.

118-عدنان محمد آل عرعور، **أدلّة إثبات أنّ جدّة ميقات**، دار الثّقافة الإسلاميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1415م.

119-ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله(ت:543هـ)، **أحكام القرآن**، تح: محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر، بيروت، الطبعة (بدون)، سنة النشر:(بدون).

120-ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله(ت:543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق وتخريج: عبد الرّزّاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1، 1425هـ/2004م.

121- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله(ت:543هـ)، **عارضة الأحوذي بشرح صحيح التّرمذي**، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، (د-ط)، (د-ت).

122- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله(ت:543هـ)، **المحصول في أصول الفقه**، دار البيارق، عمّان، الأردن، ط/1، 1420هـ/1999م.

123-ابن عطيّة ، **المحرّر الوجيز في تفسير كتاب الله العزيز**، تح: عبد السّلام عبد الشّافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1422هـ/2001م.

124-ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد الورغمي (ت:803)، **تفسير ابن عرفة**، تحقيق: جلال السّيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 2008م .

125-العسري عبد السّلام، **نظرية العمل بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي**، مطبوع من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (د- ط)، 1417هـ/1996م.

126- علّيش محمد بن أحمد ،**منح الجليل شرح على مختصر خليل**، دار الفكر، دمشق، ط/1، 1404هـ/1984م.

127- ابن العماد، عبد الحي بن أحمد الحنبلي، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، المكتب التّجاري، بيروت،(د-ط)، (د-ت).

128-عوض السيد صالح، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د-ط)، 1399هـ- 1979م.

129- عياض بن موسى اليحصبي أبو الفضل(ت:544هـ)، **إكمال المعلم بفوائد مسلم**، تحقيق: د: يحي إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط/1، 1419هـ-1998م.

130-عياض بن موسى اليحصبي أبو الفضل(ت:544هـ)، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعيان مذهب مالك**، ضبطه وصحّحه: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1998م

131-عياض بن نامي السّلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، ، دار التّدمرية ، الرّياض، ط1،1426هـ/2005م.

132-الغرياني الصّادق عبد الرّحمان، **مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته**، مؤسسة الرّيان، بيروت، لبنان، (د-ط)، 1426هـ-1427هـ/2006م.

133-الغرياني الصادق عبد الرّحمان، **من ضوابط الاجتهاد عند المالكية**، دار ومكتبة ابن حمودة، زليتن، ليبيا، ط/1، 2009م.

134- الغزالي أبو حامد محمد، **المستصفى في علم الأصول**، تح: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، 1417هـ،/1997م.

135-الغزالي أبو حامد محمد، **المستصفى في علم الأصول**، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، (د-ط)، 1417هـ_ 1996 م.

136- الغماري أحمد بن الصِّدِّيق ، **تحقيق الآمال في إخراج زكاة الفطر بالمال**، تح: نظام بن محمد صالح يعقوبي، القاهرة، مصر، ط/1 ،1409هـ.

137- الغلاوي النّابغة محمد بن عمر، (ت:1245هـ)، **نظم المعتمد من الاقوال والكتب في المذهب المالكي**، تح:أ.د/لخضر بن قومار، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 143هـ/2009م.

138- الغلاوي النّابغة محمد بن عمر (ت:1245هـ)، **بوطليحية**، تح:د/ يحي بن البراء، مؤسسة الريّان، بيروت، لبنان، ط/2، 1425هـ/2004م.

139-ابن فارس، أحمد (ت 395هـ/1004م)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبدالسّلام هارون، دار الفكر، بيروت ، (ط2)، 1392هـ.

140- الفاسي علال (ت:1394هـ)، **مقاصد الشريعة ومكارمها**، نشر مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.

141-ابن فرحون: برهان الدّين إبراهيم المالكي (ت:799هـ)، **تبصرة الحُكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، دار عالم الكتب، الرّياض، السّعودية، ط/خاصّة، 1423هـ/2003م.

142-ابن فرحون: برهان الدّين إبراهيم المالكي (ت:799هـ)، **الدّيباج المذهب في معرفة أعيان المذهب** ، تح: مأمون بن محي الدين الجنّان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م .

143-ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت:799هـ)، **كشف النّقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب**، تحقيق: د. حمزة أبو فارس و د. عبد السّلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/1، 1990م.

144-ابن الفرس عبد المنعم بن عبد الرّحيم، أبو محمد الأندلسي(ت:597هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق:د/طه بن علي بوسريح، صلاح الدّين بوعفيف، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، ط/1،1427هـ/2006م.

145-فوزي خليل، **المصلحة العامة من منظور إسلامي**، دار ابن حزم، بيروت، ط/1، 1427هـ/2006م.

146-الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب(ت:817هـ)، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/8، 1426هـ/2005م.

147-الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري(ت:770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ط/1، سنة النشر:(د- ت).

148-القادري محمد بن قاسم الفاسي، **رفع العتاب والملام عمن قال**: «**العمل بالضعيف اختيارا حرام**"، تح: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1،1406هـ/1985.

149-ابن القاضي، أحمد بن محمد المكناسي(1025هـ)، **درّة الحجال في أسماء الرّجال**، تح: محمد الأحمدي النّور، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1،1391هـ/1971م.

150-ابن قدامة موفق الدّين عبد الله بن أحمد أبو محمد الحنبلي(ت:620)، **المغني**، تح: عبد الله المحسن وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب. الرياض، السعودية، ط/3، 1417هـ/1997م.

151- القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس(ت:684هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام**، دار البشائر الاسلامية ، بيروت،1416هـ/1995م.

152- القرافي أحمد بن إدريس شهاب الدّين (ت:584م)، **تنقيح الفصول في علم الأصول**، عني به: توفيق عقون، دار البلاغ، الجزائر، ط/1 ، 1424هـ/2003م .

153- القرافي شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن إدريس(ت:684هـ)، **الفروق**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1998م.

154- القرافي أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس(ت:684هـ)، **أنوار البروق في أنواء الفروق** ، تح: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003م.

155- القرضاوي يوسف ، **تيسير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء القرآن والسّنّة**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط/1، 1421هـ/2000م.

156- القرضاوي يوسف، **السّياسة الشّرعيّة في ضوء نصوص الشّريعة ومقاصدها**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط/1، 1421هـ/2000م.

157- القرضاوي يوسف ، **شريعة الإسلام خلودها وصلاحها للتّطبيق لكلّ زمان ومكان**، المكتب الإسلامي، ط/3، 1403هـ/1983م.

158- القرضاوي يوسف، **فقه الزّكاة – دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسّنة**

159- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله،(ت:671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، تح:أ.د/عبد الله التّركي، مؤسسة الرّسالة، ط/1، 1427هـ/2006م.

160- ابن قُطْلُوبْغا أبو الفداء زين الدّين قاسم السُّودوني، (ت:879هـ)، **تاج التراجم**، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، سوريا، ط/1، 1413هـ/1992م.

161- قلعة جي محمد، **معجم لغة الفقهاء**، دار النّفائس، بيروت، لبنان، ط/2، 1408هـ/1988م.

162-ابن القيم شمس الدين،(ت:751هـ)، **إغاثة اللّهفان من مصايد الشّيطان**، تح: علي بن حسن بن عبد الحميد الحلبي الأثري، دار ابن الجوزي، بيروت، (د-ط) ،1420هـ .

163- ابن القيم محمد بن أبي بكر بن أيوب، (ت:751هـ) ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تح: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1423هـ.

164- الكتّاني محمد بن جعفر بن إدريس، أبو عبد الله،(ت:1345هـ)، **سَلْوَةُ الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أُقبر من العلماء والصّالحين بفاس**، تح:عبد الله الكتّاني، دار الثّقافة، الدّار البيضاء، المغرب، (د-ط)، 2004م.

165-كحالة عمر رضا، **معجم المؤلّفين**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط/1، 1993م.

166- الكندي عبد الرّزّاق عبد الله صالح بن غالب، **التّيسير في الفتوى أسبابه وضوابطه**، مؤسسة الرّسالة ناشرون، دمشق، سوريا، "ط/1،1429هـ 2008م.

167-كوكسال إسماعيل ، **تغيّر الأحكام في الشّريعة الإسلاميّة**، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط/1، 1421هـ/2000م.

168- اللّقاني إبراهيم(ت:1041هـ)، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، تقديم وتحقيق: عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، المغرب، (د-ط)، 1423هـ/2002م.

169- اللّكنوي محمد عبد الحي، **الفوائد البهيّة في تراجم الحنفية**، دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط/1، 1998م.

170- اللوه العربي علي، **أصول الفقه**، مطابع الشّويخ ، تطوان ، المغرب (د-ط)، (د-ت).

171- المازري محمد بن علي بن عمر التّميمي(ت:536)، **فتاوى المازري**، تقديم وجمع وتحقيق: الطاهر المعموري، الدّار التّونسيّة للنّشر، تونس، (د-ط)، 1994م.

172- مالك بن أنس الأصبحي، **موطأ الإمام مالك**، رواية يحي بن يحي الليثي، شرح وتعليق: أحمد راتب عرموش، دار النّفائس، بيروت، لبنان، ط/1، 1390هـ/1971م.

173- المازري، **فتاوى المازري**، تح: الطّاهر المعموري، الدّار التّونسيّة للنّشر، مركز الدّراسات الإسلاميّة بالقيروان، تونس، ط/1، 1994م.

174-محمد أحمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، دار البحوث للدّراسات الاسلاميّة وإحياء التّراث، دبي، الإمارات المتحدة، ط/1، 1423هـ/2002م.

175- محمد الأمين ولد سالم بن الشيخ، **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده**، دار البحوث للدّراسات الاسلاميّة وإحياء التّراث، دبي، الإمارات العربيّة المتحدة، ط/1، 1423هـ/2002م.

176- محمد إبراهيم علي، **اصطلاح المذهب عند المالكيّة**، دار البحوث للدراسات الاسلاميّة وإحياء التّراث، دبي، الإمارات العربيّة المتحدة، ط/1، 1421هـ/2000م.

177- محمد بن حسين الجيزاني، **حقيقة الضرورة الشرعيّة وتطبيقاتها المعاصرة**، دار المنهاج، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1428هـ.

178- محمد بن أحمد سيد أحمد زرّوق، **سدُّ الذّرائع في المذهب المالكي**، (**رسالة دكتوراه**). دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، 1433هـ/2012م.

179- محمد التّمسماني، **الاجتهاد الذّرائعي في الفقه المالكي، وأثره في الفقه الإسلامي قديمًا وحديثا**، دار البحوث للدّراسات الاسلاميّة وإحياء التّراث، دبي، الإمارات المتحدة، ط/1، 1431هـ/2010م.

180- محمد صدقي البورنو أبو الحارث الغزّي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلّيّة**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/4، 1416هـ/1996م.

181- محمد رياض، **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مطبعة النّجاح، الدّار البيضاء، المغرب، ط/1، 1416هـ/1996م.

182- محمد مصطفى شلبي، **أصول الفقه الإسلامي**، الدّار الجامعيّة للنّشر والطّباعة، بيروت، لبنان، ط/4، 1403هـ/1983م.

183- محمد المصلح، **كشف المصطلحات الفقهيّة من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي**، مركز البحوث والدّراسات في الفقه المالكي، الرّابطة المحمديّة للعلماء، الرّباط، المغرب، ط/1، 1435هـ/2014م.

184- محمد عثمان شبير، **القواعد الكلّيّة والضّوابط الفقهيّة في الشّريعة الإسلاميّة**، دار النّفائس، عمّان، الأردن، ط/2، 1428هـ/2007م.

185- مخلوف محمد بن محمد، **شجرة النّور الزّكية في طبقات المالكيّة**، تح: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 2003م.

186- مسلم بن الحجاج القشيري النّيسابوري(ت:261هـ)، **صحيح مسلم**، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار التّقوى، القاهرة، ط/1، 1434هـ/2012م

187- مصطفى إبراهيم الزّلمي، **أصول الفقه في نسيجه الجديد**، دار نشر إحسان، مصر، ط/1، 1435هـ/2014م.

188- معصر عبد الله، **معجم مصطلحات الفقه المالكي**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 2007م.

189- المقري، **القواعد الفقهيّة**، تح: أحمد بن عبد الله بن حميد، مطبوعات جامعة أم القرى، مكة المكرمة.

190- المكناسي، محمد بن عبد الله، أبو عبد الله(ت:917هـ)، **مجالس القضاة والحكام والتّنبيه والإعلام**، تح: نعيم الكثيري، مركز جمعة الماجد للثّقافة والتّراث، دبي، الإمارات العربية المتّحدة ط/1، 1423هـ/2002م.

191- بن منظور، محمد بن مكرم (ت:711هـ)، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت،لبنان ط/1، (د-ت)

192- المهدي الوزّاني محمد الشّريف ، أبو عيسى الفاسي (ت:1342هـ/1924م)، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، تقديم وإعداد: هاشم العلوي، من مطبوعات وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، المغرب، (د-ط)، 1423هـ/2002م.

193- المهدي الوزّاني محمد الشّريف أبو عيسى العمراني الحسيني (ت:1342هـ/1924م)، **النّوازل الجديدة الكبرى المسمّاة: المعيار الجديد الجامع المعرب في فتاوى المتأخّرين من علماء المغرب**، صححه: أ/ عمر بن عبّاد، من مطبوعات وزارة الأوقاف الشّؤون الإسلاميّة، المغرب، 1417هـ/1996م.

194- المهدي الوزّاني محمد الشّريف أبو عيسى العمراني الحسيني (ت:1342هـ/1924م)،، **النّوازل الصّغرى المسمّاة" المنح السّامية في النّوازل الفقهيّة"**، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة، المغرب، (د-ط)، 1412هـ/1992م.

195- المواق محمد بن يوسف العبدري(ت:897هـ)، **التّاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1416هـ/1994م.

196-موسى فاديغا، **أصول فقه الإمام مالك، أدلّته العقليّة**، دار التّدمرية، الرّياض، السّعودية، ط/1، 1428هـ/2007م.

197- مولاي أحمد الطّاهر الإدريسي، **فتوحات الإله المالك على نظم أسهل المسالك**، مطبعة الواحات، غرداية، (د-ط)، 1996م.

198- ميارة محمد بن أحمد بن محمد أبوعبد الله الفاسي(1072هـ)، **الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام**، تح: عبد السّلام محمد سالم، دار الحديث ، القاهرةن مصر،(د-ط)، 1432هـ/2011م.

199- ميّارة محمد بن أحمد أبو عبد الله الفاسي(ت: 1072هـ)، **فتح العليم الخلاّق في شرح لاميّة الزّقّاق**، تح: رشيد البكاري، دار الرّشاد الحديثة، الدّار البيضاء، المغرب، ط/1، 1429هـ/2008م.

200- النّدوي علي أحمد ، **القواعد الفقهية**، دار القلم ، دمشق، ط/4، 1418هـ/1998م .

201- نِظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهنديّة**، ضبطه وصحّحه: عبد اللّطيف حسن عبد الرّحمان، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1421هـ/2000م.

202- النّفراوي أحمد بن غنيم بن سالم الازهري المالكي(ت:1126هـ)، **الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1997م.

203- النّووي محي الدّين شرف ن أبو زكريا(ت:676هـ)، **المجموع**، شرح المهذّب للشيرازي، تح: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الرّشاد، جدّة، المملكة العربيّة السّعوديّة، (د-ط)، (د-ت).

204- الهلالي أبو العباس أحمد بن عبد العزيز، **نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلاّمة خليل**، دار يوسف بن تاشفين، موريتانيا، ط/1، 1428هـ/2007م.

205- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السّيواسي(ت:861هـ)، **شرح فتح القدير**، علّق عليه وخرّج أحاديثه: عبد الرّزاق غالب المهدي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1424هـ/ 2003م.

206- الونشرسي أحمد بن يحي ، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، تح: د/الصّادق بن عبد الرّحمن الغرياني، ط1،(لبنان، دار ابن حزم، 1427هـ-2006م).

207- الونشريسي، **المعيار المعرب والجامع المغرب في فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، 1401هـ/1981م.

208- الولّاتي محمد يحي بن محمد المختار (ت:1330هـ)، **نيل السّول على مرتقى الوصول**، قام بتصحيحه وتدقيقه ومراجعته حفيده: بابا محمد عبد الله، دار الكتاب العربي، الرّياض، السّعوديّة، (د-ط)،1412هـ/1992م.

209- الولّاتي محمد يحي بن محمد المختار، **إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، قدم له وعلّق عليه: مراد بوضايه، دار ابن حزم، ط/1، 11426هـ/2006م.

الرّسائل الجامعيّة:

1-أسامة الشّيبان، **تغيّر الاجتهاد- دراسة تأصيليّة تطبيقيّة**، أطروحة دكتوراه، تحت إشراف:أ.د/ أحمد العنقري، قسم الشّريعة، جامعة محمد بن سعود، الرّياض، السّعوديّة.

2-بوخشبة عبد الحميد ، **التّرجيح بين السّنن بما غلب عليه عمل السّلف**، مذكرة ماجستير، تخصص: أصول الفقه، تحت إشراف:د/ وثيق بن مولود، 1429هـ/2009م، قسم الشّريعة، جامعة الجزائر).

3-بوخشبة عبد الحميد، **المقارنة بين الرّاجح والمشهور في المذهب المالكي**،(أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر)، تخصص: أصول الفقه، تحت إشراف: أ.د/ وثيق بن مولود، 1437هـ/2016م، قسم الشّريعة، جامعة الجزائر).

4-التّهامي زكريا، **الفتوى بالآراء المرجوحة عند مالكية الغرب الإسلامي وعلاقتها بالمصلحة، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريشي أنموذجا**، (أطروحة دكتوراه)، تحت إشراف: الدّكتور: عبد الحق يدير، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كليّة الآداب-سايس فاس، المملكة المغربية، تاريخ المناقشة:2017/12/06م.

5- حفيظة ربيع، **العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح (دراسة نظرية تطبيقية)**، (مذكرة ماجستير)، تحت إشراف: د/ نادي قصيبي سرحان، كلية العلوم الاسلامية، جامعة المدينة العالمية ماليزيا، 1436هـ، 2015م.

6- الخليلي لؤي عبد الرؤوف خليل ، **أسباب عدول الحنفيّة عن الفتوى بظاهر الرّواية**، (اطروحة دكتوراه)، دار الفتح للدّراسات والنّشر، عمّان، الأردن، ط/1، 1437هـ/2016م.

7-سهيلي محمد أمين، **قاعدة درأ المفاسد أولى من جلب المصالح-دراسة تحليليّة-** (مذكرة ماجستير)، تحت إشراف: د/ يحي عز الدّين، قسم العلوم الإسلاميّة، جامعة أدرار، 2005م، 2006م.

8-الظّفيري مريم صالح، **مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات**، مذكرة ماجستير، دار ابن حزم، بيروت، ط/1، 1422هـ/2002م.

9- عاصم المطوع بن عبد الله بن إبراهيم، **العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء** (دراسة تأصيليّة تطبيقيّة)، دار الميمان، الرياض، السّعودية،ط1، 1439هـ/2018م.

10– عبد الكريم عبد الكريم، **الفتوى بالقول الضعيف في المذهب المالكي موجبها وضوابطها**، (مذكرة ماجستير)، تحت إشراف الأستاذ الدكتور: محمد الدّباغي، جامعة أدرار.

11– فاروق عبد الله عبد الكريم، **الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي**، (رسالة دكتوراه)، جامعة بغداد، 1995م،

12– قرين سميّة، **المصلحة المرسلة، ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي** –مسائل السّياسة الشّرعيّة نموذجا.

13– محمد بن مطلق الرّميح، **النّوازل الفقهيّة الماليّة من خلال كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي**، مذكرة ماجستير، تحت إشراف: د/ ستر بن ثواب الجعيد، قسم الشّريعة بكليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، جامعة أم القرى، مكة المكرّمة،1432.هـ/2011م

– مقالات في مجلات علمية:

1– بشير عبد الله القلعي، "**أشهر المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك**"، مجلة الجامعة الأسمريّة، العدد: 26، السّنة:13، جوان 2016م، (ص41 إلى ص111)

2– حمزة بونعاس، **التّحقيق في المسائل التي خالف فيها الاندلسيّون قول مالكٍ في المدوّنة**، مقال في مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلاميّة، قسنطينة، الجزائر، المجلد:33، العدد:01، السنة:2019م،

3– الخادمي نور الدّين، مقال بعنوان: **الحاجة الشّرعيّة، حقيقتها، أدلّتها، ضوابطها**، مجلّة، العدد:14، السّنة الرّابعة–ربيع الثاني1423هـ.

4– سالم أبو مخدة ،رقيبي فاطمة الزّهراء، مقال : **أثر كورونا في العبادات**، مجلّة" الذّخيرة" جامعة غرداية، المجلّد الخامس، العدد:1، 1442هـ/ جوان2021م.

5- الشّايب فراس عبد الحميد، مقال بعنوان: **أثر المصلحة في اختيار المجتهد القول المرجوح وترك الرّاجح في الفقه الإسلامي**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج (14)، ع(1)، 1439هـ/2018م.

6-العبادي أحمد ، مقال بعنوان: **إخراج القيمة في الزكاة عند فقهاء المذهب المالكي**، مجلة المذهب المالكي، العدد25، المغرب، 1439هـم2018م،

7- عبد القادر رحال، **تغيّر الفتوى بفساد الزّمان وتغيّر الأعراف**،- دراسة فقهيّة مقارنة بأهمّ المستجدّات- مقال مطبوع ضمن أعمال الملتقى الدّولي، الرّابع: صناعة الفتوى في ظلّ التّحدّيات المعاصرة، جامعة الوادي، يومي: 13، 14 نوفمبر2019م.

8- عبد الكريم الماضي، **العمل بالقول المرجوح في المعاملات الماليّة المعاصرة**، المجلّة الأردنيّة في الدّراسات الإسلاميّة ، مج(13)، ع(2)، 1438هـ/2017م.

9- عطية، جمال الدين، مقال بعنوان: **"تجديد الفكر الاجتهادي"**، مجلّة المسلم المعاصر، لبنان، العدد:96، 2000م.

10- قطب الرّيسوني، **ما جرى به العمل في الفقه الإسلامي- نظريّة في الميزان-** العدد43، رجب 1430هـ.

11- محمد الحسن محمد حامد الحضيري، **منهج التّقديم للقول المشهور والراجح عند التعارض في المذهب المالكي وتطبيقاته في كتاب الصلاة**، ، مجلة الجامعة العالمية، ماليزيا، العدد التاسع عشر، يناير،2017م.

12-محمد رضا علي عضيبات، **التّرخّص في الفتوى**، بحث محكم، مؤتمر الفتوى واستشراق المستقبل.

13- محي الدين قادي.، بحث بعنوان: (**الإحرام من جدة لركاب الطائرات في الفقه الإسلامي**) ،، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العدد الثالث الجزء الثالث، الدورة الثالثة، (ص1453).

14- مصطفى أحمد الزّرقا، بحث: (**من أين يُحرمُ القادم بالطّائرة جوًّا للحجّ والعمرة**)، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي في العدد الثالث الجزء الثالث، الدّورة الثالثة، (ص1607) .

15- نور الدّين بوحمزة، **حكم غلق المساجد، وتعليق الجمعة والجماعة حفاظًا على الأرواح من الوباء**، مجلّة رسالة المسجد، السّنة:18، العدد:2، 1441،هـ/2020/، (ص35-46).

16-حميد بن بوشعيب العقرة، **تعليق بالتّأييد على فتوى إغلاق المساجد وإيقاف الجمعة مؤقّتًا بسبب وباء كورونا من كلام السّادة المالكيّة**، مقال في موقع: هوية بريس، بتاريخ: 2020/03/18.

- مقال من الانترنت:

1-إيمان محمد عبد الله القثامي، **الإحرام من جدّة لغير أهلها**- دراسة فقهيّة مقارنة- ، تحت إشراف: أ.د/ أحمد لحبيب، 1433هـ/2012م، من موقع:www.alukah.net

2-**فتاوى الزّرقا، ميقات الإحرام للحج والعمرة بالطّائرة**، من موقع: //www.shamela.Ws ttp:

عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي

– دراسة تأصيليّة تطبيقيّة–

ملخص البحث

حاولت هذه الدّراسة الإجابة على الإشكالية الرّئيسية الآتية: إذا كان الأصل هو الأخذ بالقول الرّاجح والعمل به، فمتى يجوز للمجتهد العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، وما تجلّيات ذلك في المذهب المالكي؟

وقد بيّنت هذه الدّراسة حقيقة القول الرّاجح في المذهب المالكي وهو ما قَوِيَ دليلُه وأنّ العمل به واجبٌ في الأحوال العاديّة باتّفاق الفقهاء، وأمّا القول المرجوح فإنّه يشمل القول الضّعيف والقول الشّاذ في المذهب المالكي، وأنّه لا يجوز العمل بالقول المرجوح إلاّ عند الاقتضاء في حالات استثنائية خاصّة وبضوابط معيّنة، كما خلصت الدّراسة إلى بيان القواعد الأصوليّة التي علاقة بهذا العدول، وختمت بتوضيح أهمّ أسباب عدول المجتهد عن الرّاجح إلى القول المرجوح وتطبيقاتها في المذهب المالكي.

The mujtahid'srecantation of the correct saying to the preferred saying in the Maliki Doctrine - an applied study -

Research Summary

This study tried to answer the following main problem: If the the origin is to take the correct saying and act upon it, then when is it permissible for a Mujtahid to turn away from the most correct saying to the most weighted one in the Maliki Doctrine of thought? And what are its provisions? This study has shown the truth of the most correct saying in the Maliki Doctrine, which is what its evidence has been strong, and that working with it is obligatory in normal conditions, according to the agreement of the jurists. As for the preferred saying, it includes the weak saying and the abnormal saying in the Maliki Doctrine of thought, and that it is not permissible to act on the preferred saying except when necessary in special exceptional cases and with certain controls. The preferred saying in the Maliki Doctrine of thought

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات:

إهداء
شكر وتقدير
مقدّمة.....01
الفصل الأول: حقيقة القول الرّاجح والقول المرجوح في المذهب المالكي وأحكامهما.....10
تمهيد:.....11
المبحث الأول: التّرجيح بين الأقوال والرّوايات في المذهب المالكي.....12
المطلب الأول: أسباب تعدّد الأقوال في المذهب المالكي.....13
المطلب الثاني: تعريف التّرجيح لغة واصطلاحا.....14
الفرع الأول: تعريف التّرجيح لغة.....14
الفرع الثاني: تعريف التّرجيح اصطلاحا عند المالكية.....15
المطلب الثالث: طرق التّرجيح بين الرّوايات والأقوال في المذهب المالكيّ.....15
الفرع الأول: طرق التّرجيح بين الرّوايات.....15
الفرع الثاني: طرق التّرجيح بين الأقوال في المدوّنة.....16
الفرع الثالث: طرق التّرجيح بين الأقوال عند الاختلاف في التّشهير عند المالكيّة.....17
الفرع الرّابع: طرق التّرجيح عند اختلاف أقوال المجتهدين من المالكيّة.....18
المبحث الثاني: مفهوم القول الرّاجح والألفاظ ذات الصلة به عند المالكيّة.....20
المطلب الأول: تعريف القول الرّاجح لغة واصطلاحا عند المالكيّة باعتباره لقبًا وصفيًّا.....21
الفرع الأول: تعريف الرّاجح لغة.....21
الفرع الثاني: تعريف القول الرّاجح اصطلاحًا عند المالكيّة.....21
أولا: القول الأول: الرّاجح هو ما قوي دليله.....21
ثانيًا: القول الثاني: الرّاجحُ هو ما كثُر قائلُه.....21
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة.....22
الفرع الأول : القول المتّفق عليه.....22
أولا: تعريف القول المتّفق عليه لغة.....22

ثانيا: تعريف القول المتّفق عليه في اصطلاح المالكيّة:.....22
الفرع الثّاني: القول المشهور.....23
أولا- تعريف المشهور لغة.....23
ثانيا: تعريف المشهور اصطلاحًا عند المالكيّة.....23
1_ القول الأول: المشهورُ ما قَوِيَ دليلُه،..... 23
2_ القول الثاني: المشهور قول ابن القاسم في المدوّنة.....24
3-القول الثالث: المشهور ما كثر قائلُه.....25
ثالثا: القول المختار في تعريف المشهور:.....25
الفرع الثالث:القول المساوي لمقابله.....27
المبحث الثالث: حكم العمل بالقول الرّاجح والقول المشهور عند المالكيّة.....28
المطلب الأول: حكم العمل بالقول الرّاجح عند المالكيّة.....29
المطلب الثاني: الأدلّة على وجوب العمل والإفتاء بالقول الرّاجح.....30
المطلب الثالث: حكم العمل بالقول المشهور عند المالكيّة.....32
المبحث الرّابع: حكم العمل عند التّعارض بين الرّاجح و المشهور.....33
الفرع الأول: القول الأول: تقديم القول المشهور على القول الرّاجح.....33
الفرع الثاني: القول الثاني: تقديم القول الرّاجح على القول المشهور.....35
الفرع الثالث: القول المختار.....36
المطلب الخامس: أمثلة تطبيقيّة عن التّعارض بين القول الرّاجح و القول المشهور في المذهب المالكي.....37
الفرع الأول: مسألة القراءة في رغيبة الفجر:.....37
أولاً: القول الأول.....37
ثانياً: القول الثاني.....38
الفرع الثاني: مسألة الوقت الاختياري لصلاة المغرب.....39
المبحث الرابع: حقيقة القول المرجوح عند المالكيّة وأقسامه.....41
المطلب الأول: تعريف القول المرجوح.....42

الفرع الأول: تعريف القول المرجوح لغة.....42
الفرع الثاني: تعريف القول المرجوح اصطلاحًا.....42
المطلب الثاني: أقسام القول المرجوح عند المالكيّة.....43
الفرع الأول: القسم الأول: القول الضّعيف.....43
أولًا: تعريف القول الضّعيف لغةً واصطلاحًا.....43
1-تعريف القول الضّعيف لغة.....43
2-تعريف القول الضّعيف اصطلاحًا.....44
الفرع الثاني: أقسام القول الضّعيف.....44
أ-ضعيفُ النّسبة.....44
ب-ضعيفُ المِدْرَك..... 44
الفرع الثاني: القسم الثّاني: القول الشّاذّ.....45
أولاً: تعريف القول الشّاذّ لغةً واصطلاحًا.....45
1- تعريف القول الشّاذّ لغة.....45
2- تعريف القول الشّاذّ اصطلاحًا عند المالكيّة.....46
المبحث الخامس: حكم العمل بالقول المرجوح وفوائد ذكره في كتب الفقه والفتاوى وضوابط العمل به عند المالكيّة.....47
المطلب الأول: حكم العمل بالقول المرجوح عند المالكيّة.....48
الفرع الأول: القائلون بعدم جواز الحكم أو العمل بالقول المرجوح مطلقًا.....49
الفرع الثاني: القائلون بجواز العمل بالقول المرجوح بالنسبة للمفتي في خاصّة النّفس إذا تحقّقت الضّرورة في نفسه.....50
الفرع الثالث: القائلون بجواز العمل بالقول المرجوح عند الاقتضاء سواء في خاصّة النّفس أو في الإفتاء به.....51
الفرع الرّابع: الرّأي الرّاجح.....52
المطلب الثاني: فوائد ذكر الأقوال المرجوحة في كتب الفقه والفتاوى عند المالكيّة.....55
خلاصة الفصل الأول:.....57

الفصل الثاني: مفهوم عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وأنواعه والأصول التّشريعيّة المنتهضة به في المذهب المالكي.....58
المبحث الأول: حقيقة عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي وضوابطه.....59
المطلب الأول: معنى العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.....60
الفرع الأول: تعريف العدول لغة.....60
المطلب الثاني: تعريف عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح اصطلاحًا.....60
المطلب الثاني: الفرق بين عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح وتتبّع الرّخص الفقهيّة.....61
المطلب الثالث: ضوابط عدول المجتهد عن القول عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....62
المبحث الثاني: أنواع عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.....67
المطلب الأول: عدول المجتهد عن القول الرّاجح عند جمهور الفقهاء إلى القول المشهور في المذهب المالكي.....68
الفرع الأول: حُكم صيامِ ستّةِ أيامٍ من شوّال.....68
الفرع الثاني: مسألة القبض في الصّلاة.....69
المطلب الثاني: عدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب المالكي إلى قول آخر خارج المذهب.....69
الفرع الأول: أبرز المسائل التي عَدَل فيها فقهاء المالكيّة بالأندلس عن القول الرّاجح من مذهب الإمام مالك.....70
أ-المسألة الأولى: سَهْمُ الفَرَسِ.....72
ب-المسألة الثانية :غرس الأشجار في المساجد.....72
ج- المسألة الثالثة: الحُكم باليمين مع الشاهد.....73
د- المسألة الرّابعة: الخُلْطَة في اليمين:.....73

د-المسألة الخامسة: كراء الأرض بالجزء ممّا يخرج منها.....74
هـ- المسألة السّادسة: رفع تكبير الأذان الأول.....74
الفرع الثاني: أمثلة تطبيقيّة لعدول المجتهد عن القول الرّاجح أو المشهور في المذهب المالكي إلى قولٍ آخرَ خارج المذهب.....76
أولاً: المسألة الأولى: قراءة البسملة في صلاة الفريضة.....76
ثانيًا: المسألة الثانية : سجود الشّكر.....77
ثالثًا: المسألة الثالثة: الوضوء من أكل لحم الجزور.....77
رابعًا: المسألة الرّبعة: تحيّة المسجد وقت خطبة الجمعة.....78
المطلب الثالث: عدول المجتهد عن القول الراجح أو المشهور إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....79
الفرع الأول: عدول بعض فقهاء المالكية عن القول الرّاجح إلى القول الضّعيف في المذهب المالكي.....79
الفرع الثاني: عدول بعض فقهاء المالكية عن القول الرّاجح إلى القول الشّاذ في المذهب المالكي.....80
أولاً: حكم زكاة الخضر والفواكه.....80
ثانيا: حكم تكرار العمرة في السَّنة الواحدة.....81
ثالثا: مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب بعد الزّراعة.....83
المبحث الثالث: الأصول التّشريعيّة المنتهضة بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....85
المطلب الأول: قاعدة ما جرى به العمل وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي.....86
الفرع الأول: التّعريف بما جرى به العمل اصطلاحًا عند المالكيّة.....86
الفرع الثاني: التعريف المختار لما جرى به العمل عند المالكيّة.....87
الفرع الثالث: أقسام ما جرى به العمل.....89
أولاً: القسم الأول: العمل الإقليمي.....89

ثانيا: القسم الثاني: العمل المطلق.....89
الفرع الرابع: موقف علماء المالكيّة من الحُكم والإفتاء بما جرى به العمل.....89
أولاً: الرّأي الأول.....90
ثانيا: الرأي الثاني..... 92
ثالثا: التّرجيح.....92
الفرع الرابع: شروط تقديم ما جرى به العمل على الراجح و المشهور.....93
الفرع الخامس: علاقة ما جرى به العمل بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....95
المطلب الثالث: قاعدة الاستحسان عند المالكية وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح.....96
الفرع الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا.....96
أولاً: تعريف الاستحسان لغة.....96
ثانياً: تعريف الاستحسان اصطلاحا عند المالكية.....96
ثالثا: التّعريف المختار.....98
الفرع الثاني: حجيّة الاستحسان عند المالكيّة.....98
الفرع الثالث: علاقة الاستحسان بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....99
الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة الاستحسان بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....100
المطلب الثالث: قاعدة سدّ الذرائع عند المالكية وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح.....101
الفرع: تعريف سدّ الذرائع لغة واصطلاحا 101
أولا- تعريف السّدّ لغة:.....101
ثانيا- تعريف الذّرائع لغة:.....101
3- تعريف الذّرائع اصطلاحًا عند المالكيّة.....102

ثالثا- تعريف سدّ الذّرائع اصطلاحًا عند المالكيّة باعتباره لقبًا.....103
الفرع الثاني: حجّية سد الذرائع عند المالكيّة.....103
الفرع الثالث: علاقة سدّ الذرائع بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي.....105
الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة سدّ الذريعة بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....106
أولا: مسألة بيوع الآجال.....106
ثانيا: مسألة: كراهة صيام السّت من شوال.....106
المطلب الخامس: قاعدة مراعاة الخلاف وعلاقتها بعدول المجتهد عن القول الراجح في المذهب المالكي.....107
الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف باعتباره لقباً.....107
أولًا: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحًا عند المالكيّة.....107
ثانيًا: التّعريف المختار:.....107
الفرع الثاني: حجيّة مراعاة الخلاف عند المالكيّة.....108
الفرع الثالث: ضوابط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية.....110
الفرع الرابع: العلاقة بين قاعدة مراعاة الخلاف وعدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....111
الفرع الرّابع: أمثلة تطبيقيّة في علاقة مراعاة الخلاف بعدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....113
أولًا: مسألة إحياء الأرض الموات القريبة من العمران.....113
ثانيًا: مسألة إمامة الصّبي في النّوافل.....113
خلاصة الفصل الثاني.....114
الفصل الثالث: أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....115

تمهيد:..... 116
المبحث الأول: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب العرف.....117
المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحا.....117
الفرع الأول: تعريف العرف لغة.....117
الفرع الثاني: تعريف العُرف اصطلاحا.....118
الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصّلة.....118
أولاً: تعريف العادة لغة واصطلاحا.....118
2- تعريف العادة لغة:.....118
2- تعريف العادة اصطلاحا.....119
3-التّعريف المختار للعادة اصطلاحاً.....119
4- الفرق بين العادة والعرف.....120
ثانياً: ما جرى به العمل.....121
1-تعريف ما جرى به العمل.....121
2-العلاقة بين العرف وما جرى به العمل.....121
المطلب الثالث: حجيّة العرف عند المالكية وموقفهم من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف.....123
الفرع الأول: حجيّة العرف عند المالكيّة.....123
الفرع الثاني: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف.....125
المطلب الرابع: شروط إعمال العرف في الأحكام الشرعيّة.....128
المبحث الثاني: العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة المرسلة.....131
المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة لغة واصطلاحا.....132
الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة واصطلاحا 132
أولًا: تعريف المصلحة لغة 132

ثانيًا: تعريف المصلحة اصطلاحا.....132
2-التّعريف المختار:.....133
ثالثًا: تعريف المصلحة المرسلة اصطلاحًا.....133
المطلب الثاني: أهميّة اعتبار المصلحة المرسلة في معالجة النّوازل.....134
المطلب الثالث: شروط العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة.....135
المطلب الرابع: حجيّة العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكيّة.....137
الفرع الثاني: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيُّر وجه المصلحة.....138
المبحث الثالث: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة.....143
المطلب الأول: تعريف درء المفسدة لغة واصطلاحاً 144
الفرع الأول: تعريف درء المفسدة لغة.....144
أولا: تعريف الدّرء لغة.....144
ثالثا: تعريف المفسدة لغة.....144
الفرع الثاني: تعريف درء المفسدة اصطلاحاً باعتبارها لقبًا 144
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصّلة.....145
الفرع الأول: اعتبار المآل.....145
أولاً: تعريف اعتبار المآل لغة.....145
1-تعريف الاعتبار لغة.....145
2-تعريف المآل لغة.....145
ثانيًا: تعريف اعتبار المآل اصطلاحًا باعتباره لقبًا.....145
ثانيا: علاقة اعتبار المآل بدرء المفسدة.....146
الفرع الثاني: سدّ الذرائع.....147
ثانيا: علاقة سدّ الذرائع بدرء المفسدة.....148
المطلب الرابع: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درء المفسدة.....148

المبحث الرابع: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة.....151
المطلب الأول: تعريف الضّرورة لغة واصطلاحاً 152
الفرع الأول: تعريف الضّرورة لغة.....152
الفرع الثاني: تعريف الضّرورة اصطلاحاً.....152
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة.....153
الفرع الأول: تعريف الحاجة لغة واصطلاحاً.....153
أولا: تعريف الحاجة لغة.....153
الفرع الثاني: تعريف الحاجة اصطلاحاً.....153
الفرع الثالث: التّعريف المختار.....154
المطلب الثالث: الفرق بين الحاجة و الضّرورة.....154
المطلب الرابع: أدلّة مراعاة حالة الضرورة أو الحاجة في العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.....155
المطلب الخامس: ضوابط الضرورة الشّرعيّة.....156
المطلب السادس: موقف فقهاء المالكيّة من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة والحاجة.....158
المبحث الرابع: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج.....161
المطلب الأول: تعريف التّيسير والمصطلحات ذات الصلة 162
الفرع الاول: تعريف التّيسير لغة واصطلاحاً.....162
أولاً: تعريف التّيسير لغة.....162
ثانيًا: تعريف التّيسير اصطلاحاً.....162
الفرع الثاني: المصطلحات ذات الصلة.....162
أولاً: رفع الحرج.....162
1-تعريف الرّفع لغة واصطلاحًا.....163
ت- تعريف الرفع لغة.....163

ث- تعريف الرّفع اصطلاحًا.....163
2- تعريف الحرج لغة واصطلاحاً.....163
أ-تعريف الحرج لغة.....163
ب- تعريف الحرج اصطلاحاً.....163
3- تعريف رفع الحرج اصطلاحاً.....164
المطلب الثاني: أدلّة مشروعيّة التّيسير في أحكام الشريعة الإسلاميّة.....164
المطلب الثالث: التّحذير من التّساهل في الإفتاء بدعوى التّيسير 166
المطلب الرابع: موقف فقهاء المالكية من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير 167
المبحث الرابع: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزمان و تغيّر الأحوال.....168
المطلب الأول: مفهوم فساد الزّمان.....169
المطلب الثاني: مفهوم تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزّمان والأحوال وموقف العلماء منه.....169
الفرع الأول: تعريف التغيّر لغة واصطلاحا.....169
أولاً: تعريف التغيّر لغة:.....169
ثانيا: تعريف تغيُّر الأحكام اصطلاحًا.....169
الفرع الثاني: الأحكام الشرعيّة القابلة للتغيّر بتغيّر الزمان والأحوال والمكان.....170
الفرع الثالث: موقف العلماء من تغيُّر الأحكام بتغيّر الزمان والأحوال والمكان.....171
المطلب الثالث: أدلّة تغيّر الأحكام والفتاوى بسبب فساد الزّمان و تغيّر الأحوال.....173
المطلب الثالث: موقف الفقهاء من العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس.....175
خلاصة الفصل الثّالث.....177
الفصل الرابع: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.....178
تمهيد.....179

المبحث الأول: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف.....180
المطلب الأول: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في الأحوال الشّخصية.....181
الفرع الأول: حكم من قال لزوجته: "أنت عليّ حرام" أو "خليّة" أو بريّة.....181
الفرع الثاني: مسألة التّنازع في قبض الصّداق قبل الدّخول.....183
المطلب الثاني: مثال تطبيقي عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر العرف في باب المعاملات.....184
الفرع الأول: مسألة صرف اليمين إلى الطّلاق.....184
المبحث الثاني: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة.....186
المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في العبادات.....167
الفرع الأول: مسألة إخراج زكاة الفطر بالقيمة "نقدا".....187
الفرع الثاني: مسألة إعطاء الزّكاة لآل البيت.....190
المطلب الثاني: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في الاحوال الشّخصيّة.....191
الفرع الأول: الفرع الخامس: هل العبرة بلفظ المحبّس أم بقصده؟.....191
الفرع الثاني: مسألة: بيع العقار المحبّس إذا تعذّر الانتفاع به.....192
المطلب الثالث: نماذج تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيّر وجه المصلحة في المعاملات.....193
الفرع الأول: مسألة بيع الصفقة.....193
الفرع الثاني: مسألة: تضمين الرّاعي المشترك.....194
الفرع الثالث: مسألة العقوبة بأخذ المال.....196
الفرع الرّابع: مسألة التّسعير.....198

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة.....201
المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة في العبادات.....202
الفرع الأول: حكم غلق المساجد والمنع من أداء صلاة الجماعة والجمعة منعًا لانتشار الوباء.....202
المطلب الثاني: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة في الأحوال الشّخصيّة.....205
الفرع الأول: حكم المخلِّق والهارب بالمرأة.....205
المطلب الثاني: نموذج تطبيقيٌّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب درأ المفسدة في المعاملات الماليّة.....207
الفرع الأول: مسألة بيع المضغوط.....207
المبحث الرابع: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة.....210
المطلب الأول: نماذج تطبيقيّة في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في العبادات 211
الفرع الأول: مسألة الإحرام من جدّة بالنسبة للحجاج القادمين إليها جوًّا.....211
الفرع الثاني: مسألة المرأة التي تحيض قبل الإفاضة.....214
المطلب الثاني: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في الأحوال الشّخصيّة.....214
الفرع الأول: مسألة نظر النّساء إلى الفرج إذا ادّعى به عيبٌ.....214
المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب الضّرورة أو الحاجة في المعاملات.....215
الفرع الأول: مسألة شهادة اللّفيف.....215
الفرع الثاني: مسألة شركة الخمّاس.....217

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقية عن عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير.....219
المطلب الأول: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في العبادات.....220
الفرع الأول: مسألة نقض المرأة للضّفيرة في الغسل.....220
المطلب الثاني: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير في الأحوال الشّخصيّة:.....221
الفرع الأول: حُكم من تزوّج بامرأة في العدّة ودخل بها.....221
الفرع الثّاني : حُكم من تزوّج بامرأة في عدّة الاستبراء من الزّنا.....222
المطلب الثالث: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب التيسير في المعاملات.....223
الفرع الأول: حكم من حلف بصيام العام ثمّ حنث.....223
المبحث السادس: أمثلة تطبيقيّة عن عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب فساد الزّمان وتغيّر الأحوال.....225
المطلب الأول: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان و فساد الزّمان وتغيّر الأحوال في باب العبادات.....226
الفرع الأول: مسألة غلق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة المكتوبة.....226
الفرع الثاني: مسألة: سفر المرأة مع المحرم إلى الحج.....227
المطلب الثّاني:: نموذج تطبيقيّ في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس في باب الأحوال الشخصيّة.....227
الفرع الأول: عدّة المطلّقة ذات الأقراء.....227
المطلب الثاني: نموذجان تطبيقيّان في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح بسبب تغيرّ الزمان وفساد أخلاق النّاس في المعاملات.....229
الفرع الأول: مسألة الإجبار على إمرار الماء من أرض الجار.....229
الفرع الثاني: مسألة ثبوت الخلطة في اليمين.....230

خلاصة الفصل الرّابع.....230
خاتمة.....232
فهرس الآيات القرآنيّة.....236
فهرس الأحاديث النّبويّة.....238
فهرس الآثار.....240
فهرس الأعلام.....241
فهرس المصادر والمراجع.....250
ملخص البحث باللّغة العربيّة والإنجليزية.....279
فهرس المحتويات.....281