

الأصول المصلحية في المذهب المالكي و تفعيلها في نوازل العصر

أ. بركاني يونس
جامعة أحمد دراية أدرار

ملخص :

إن مما علم في الشريعة بالنظر، أن نصوص الوحي متناهية ووقائع الناس غير متناهية، و من المستحيل أن يحيط المتناهي بغير المتناهي، إلا إن كانت هناك أصول للفتوى غير الوحيين، تجعل من الشريعة الغراء، شريعة مرنة مواكبة لتغير العصر و مجريات الحياة صالحة لكل زمان و مكان، بما يتوافق و مقصود الشارع من شرع الأحكام، و أصول الاجتهاد هذه هي الأصول المصلحية، و التي يزخر بها المذهب المالكي تأصيلا و إعمالا، و هي المصالح المرسله، و الاستحسان، و مراعاة الخلاف، و سد الذرائع، و العرف. و قد ربطت هذه الأصول بفقهاء النوازل، من حيث أنها أصول الاستدلال عليها، و وضحت ذلك بأمثلة من كتب النوازل و من واقعنا المعيش، حتى تكون الدراسة دراسة تأصيل و تمثيل و الله الموفق لما فيه الخير.

الكلمات المفتاحية

النوازل ، المقاصد، المصالح المرسلّة، الاستحسان، مراعاة الخلاف، سد الذرائع، العرف

Abstract ;

La charia islamique est flexible pour se tenir au courant des temps changeants et le cours de la vie est valable pour tous les temps et lieux, conformément à l'esprit de la jurisprudence, et les atouts d'Ijtihad sont les actifs d'intérêt, riches de la doctrine Maliki. , Et en tenant compte des différences, et remplir des excuses, et la coutume. Et ces atouts ont été liés à la jurisprudence des calamités, en ce qu'ils sont les atouts de l'inférence, et illustrés par des exemples de livres de voyelles et de notre vivant, afin que l'étude étudie l'enracinement .

تمهيد

إن الناظر في موضوع فقه النوازل، يجد أنه الفقه المتعلق بالبحث عن الحكم الشرعي في الوقائع والمستجدات التي لا نص فيها، فهي كما يقول ابن عابدين: "الفتاوى والوقائع"، وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عن ذلك، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين⁽¹⁾

و من عظمة الشريعة و شمولها، أن أصول الاستدلال فيها غير متوقفة على النص بنوعيه، بل إن فيها من الأصول الاجتهادية ما يسعف المجتهد في أي عصر من العصور، على إيجاد حكم للوقائع والأحداث غير خارج عن مراد الشارع و روح الشرع. وإذا علم أن مقصود الشارع

من شرع الأحكام هو النظر إلى مصلحة العباد في العاجل و الآجل معا، علم بذلك أن الفتاوى و الاجتهادات التي تؤول إلى تحقيق المصلحة المقصودة شرعا، أولى مما لم يتحقق فيه ذلك.

و عليه فإن مراعاة مقاصد المكلفين فيما يستجد من الوقائع، مطلوب شرعا من المجتهد في الواقعة تحقيقه، لأن تتبع أحكام الشريعة دل على ذلك، و عليه فإن للأصول المصلحية اليد الطولى في منشأ الفتوى المتعلقة بما لا نص فيه، وفقه مذهب مالك رحمه الله مبني على المصلحة و مراعاة المقاصد، فإن أصول الإمام مالك المصلحية أكثر من أصول غيره، تقريراً و تأصيلاً و عملاً، و من ثم فإن ارتباط فقه النوازل بتحقيق المقاصد جعل له ارتباطاً بهذه الأصول المصلحية، فلفقه النوازل ارتباط وثيق بالمصالح المرسلّة من حيث السعي إلى تحقيقها، و لفقه الموازنات ارتباط وثيق بمراعاة الخلاف لأن الخلاف لم يراع إلا للنظر إلى تحقق المصلحة فيما تحققت به في غير فتوى المذهب، و لفقه النوازل ارتباط بالذرائع فتحا و سدا، لأن المصلحة هي القاضية على الذريعة سدا و فتحا، و لفقه النوازل علاقة بالاستحسان لأن الاستحسان في أكثر أحواله هو التفات إلى المصلحة و العدل، و لفقه النوازل ارتباط بالعرف لأن الحكم في نازلة أهل مصر تختلف عن نظيرتها في مصر آخر، لأن الحياة الاجتماعية في مكان ما حاكمة على كثير من تصرفات المكلفين في عباداتهم و معاملاتهم.

و عليه فإن للمالكية جهوداً مباركة في تقرير و تأصيل هذا النوع من الفقه و الاستدلال عليه،⁽²⁾ لما له من الصلة الوثيقة بأصول المذهب المقاصدية، على ما سيأتي تقريره بإذن الله و الله الموفق لما فيه الخير.

خطة البحث:

تمهيد

الأصول المصلحية المرتبطة بفقه النوازل تأصيلا و تفريعا

المبحث الأول: أصل المصالح المرسلّة و فقه النوازل.

المبحث الثاني: أصل مراعاة الخلاف و فقه النوازل.

المبحث الثالث: أصل الاستحسان و فقه النوازل

المبحث الرابع: أصل سد الذرائع و فقه النوازل

المبحث الخامس: أصل العرف و فقه النوازل

الخاتمة

الأصول المصلحية المرتبطة بفقه النوازل تأصيلا و تفريعا

المبحث الأول: أصل المصالح المرسلّة و فقه النوازل.

1: تعريف المصالح المرسلّة

المصلحة لغة : تأتي بمعنى الصلاح و هو ضد الفساد.⁽³⁾

أما اصطلاحا فقد عرفها الشيخ حلولو بقوله: " المرسل وهو ما لم يشهد له الشرع باعتبار و لا اهدار و لكنه على سنن المصالح و ثلثاه العقول بالقبول."⁽⁴⁾

2: تأصيل فقه النوازل بأصل المصالح المرسلّة و تطبيقاته العملية

إن المقصود من التشريع جلب المصالح و دفع المفساد و المضار عن الخلق، و لا شك أن الأخذ بأصل الاستصلاح المرسل محقق لهذه الغاية، و قد تتابع العلماء على نسبة القول بأصل المصالح المرسلّة إلى المذهب المالكي، إما تفردا و إما كثرة للتفريع على هذا الأصل حتى صارت المصلحة قطب الرّحى في المذهب المالكي.

و عليه فإن الالتفات في نوازل العصر إلى المصلحة الخالية عن شهادة الشرع لها بالاعتبار و الإلغاء خصوصا، و الموافقة لأحد المقاصد العامة للشريعة من ضروري أو حاجي أو تحسيني، أمر لا بد منه دل عليه العقل و الشرع معا، و ذلك أن الموازنة بين الآثار المترتبة على تفويت هذه المصلحة، و المنافع المترتبة على تحقيقها تستدعي من الفقيه مواكبة هذه المصلحة، لانطوائها تحت أصل عام من أصول الشريعة، لأن النصوص متأنهية و الوقائع غير متناهية، و من المستحيل أن يحيط المتناهي بغير المتناهي إلا بالالتفات إلى أصل المصالح المرسلّة، فما كان منها محققا للنفع دافعا للضرر موافقا لروح الشريعة فلا شك في اعتباره و ما كان منها مناقضا لقانون الشرع وجب إلغاؤه.

و بهذا المعنى كان للإمام مالك و للمذهب المالكي السبق في تقرير المصالح المرسلّة، و لا شك أن في تقرير المصلحة تقرير و تأصيل لفقه النوازل في معناه العام، و هو الالتفات إلى المصلحة و العدل. قال المقرئ: "الالتفات إلى المصلحة من قبيل المرسل الذي ثبتته المالكية و ينكره الجمهور باللسان و إن قل منهم من يسلم من الوقوع فيه"⁽⁵⁾ و من الأمثلة التي تبرز ذلك ما يلي:

اشتراط المخالطة لليمين في الدعاوى، قال ابن رشد: "و قال مالك لا تجب اليمين إلا بالمخالطة و قال بها السبعة من فقهاء المدينة و عمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس

بالدعوى".⁽⁶⁾ و النظر المصلحي في هذه المسألة من اشتراط للمخالطة بين المتخاصمين لثبوت الدعوى أن في عدم اشتراطها تمكين للسفلة من الناس الادعاء على المشهود لهم بالخير و العدل و في ذلك من المفسدة العظيمة من ازدياد بالمدعى عليه و حط من قيمته و ربما لقن السفلة من الناس ذلك لغرض من الأغراض و في المحاكم من أشباه هذه الأقضية ما لا يخفى قال التسولي مصوبا لاشتراط الخلطة في قيام الدعوى : " و لعمرى إن هذا هو الصواب في هذا الزمان القليل الخير و لقد شاهدنا غالب سفلة الناس يدعي بدعوى على المعلوم بالخير و العدل مع بعده عنه و عدم مخالطة أمثاله و ملابتهم و ليس غرضهم إلا الازدياد به و حط مرتبته حتى صار الدهاة يلقنون السفلة ذلك و ربما ادعوا عليهم بالتهمة بما فيه معرفة كالسرقة و الغصب و نحوها"⁽⁷⁾

و من النوازل التي رجع فيها إلى ضابط المصلحة عند الفتوى، مسألة بناء الحمام في أحد الدارين المتصقتين و الذي إن بني أضر بالبناء الثاني، و نصها ما جاء في كتاب الحدود من مذاهب الحكماء: " جوابك رضي الله عنك في دارين متلاصقتين لرجلين أراد أحدهما أن يبني في داره حماما فقال له صاحب الدار الثانية إن بنيته أضر ذلك بساكني الدار الثانية و شهد فيه أهل البصر بالبناء و ثبت العقد عند قاضي موضعها فهل ترى وفقك الله بعد إثبات هذا العقد أن يباح له البناء حتى يتبين الضرر بعد البناء أم يمنع من البناء بما ثبت عند القاضي جابوب بما تراه موقفا مأجورا إن شاء الله . فأجاب : إذا كان الأمر على ما ذكرته في ذلك فله أن يمنع الباني للحمام من بنائه قبل أن يبينه و بعد أن يبينه و هو المشهور من المذهب وهو الذي كان يعضده الخبير الصحيح فاعلم ذلك و بالله التوفيق".⁽⁸⁾

إن الناظر لمنهج القاضي عياض في منعه بناء هذا الحمام مع ثبوت العقد ببنائه، كان المستند فيه هو النظر إلى اعتبار المصلحة و المفسدة و مدى ترجح أحدهما على الأخرى فبناء الحمام فيه مصلحة مالية على صاحبه، غير أن هذه المصلحة لا تعتبر في جانب المفسدة المترتبة على بنائه، و

هي العودة بالضرر على الجار في بنائه فقد يهدم بيته مما يتشربه حائطه من المياه ،مع ضعف
البنين في ذلك الزمان. فتحكيم القاعدة المقاصدية "لا ضرر ولا ضرار" له وقعه وأثره في
الفتوى بإبطال البناء حتى وإن ثبت العقد بينائه.

ويشبه هذا في زماننا المنع من بناء ما يتضرر به الجار عادة ، كإنشاء المصانع في أماكن
التجمعات السكانية، فإن في ذلك ضررا بالغاً على أجسامهم، و خطراً على صحتهم، مع ما يصحبه
من الضوضاء المانعة من الراحة و ما أشبهها، فالمستند في ذلك كله هو مدى تحقق الضرر، فتي
ثبت تحققه ثبت المنع، و متى ما ارتفع الضرر ارتفع معه المنع ،فالحكم يدور معه وجوداً و عدماً.

و مما وقع به الضرر في عصرنا ما يحدث من الباعة و أصحاب المطاعم بعد انتهاء أعمالهم في
المساء و الليل، فإنهم يعمدون إلى سكب المياه التي حصل بها التنظيف في الشوارع، مما يؤدي
إلى اتساخ الأحياء و المارة، فإن هذا الفعل منهم سبب لاستحقاقهم العقوبة المالية بأمر من
القاضي حتى يرتفع هذا الضرر، و قد سئل ابن القاسم "في الرجل يرش بين يدي حانوته فتزلق
الدواب فتتكسر، فقال :إن كان شيئاً خفيفاً لم يكن عليه شيء، وإن كان كثيراً لا يشبه الرش
خشيت أن يضمن."⁽⁹⁾

و و في فتاوى البرزلي ما يشبه ذلك فقد : "سئل بعض العلماء عن طين الأسواق و الحارات هل
يلزمهم رفعه؟ وعن الماء النجس ينزع من الآبار فيضر بالمارة؟ فأجاب: إذا كان في زوال ذلك
مصلحة أجبروا على زواله ويزيل كل قوم ما يقابلهم، و يمنع إجراء النجاسات في الطرق، و فاعل
ذلك مأثوم، وكذا لابن الحاج قال: يمنع القاضي جري المياه والأوساخ في الأزقة و يأمر بتسجير
الطعام و الخبز في أوقات الحاجة و يجعل من الربح بقدر ما يرى."⁽¹⁰⁾

كما يجدر التنبيه إلى أن مراعاة الشروط المتعلقة بذات المصلحة، من عدم مصادمة النص و
دورانها في فلك المقاصد الخمس، و كونها عامة لا خاصة، و حقيقة لا متوهمة، من شأنه ضبط

استعمال المصالح، و بعدها عن أن تكون مجرد الحكم بالهوى أو التشبي و من الضوابط المرعية في الحكم بالمصلحة ما يلي:

أولاً: النظر إلى ذات المصلحة فالضروي من المصالح مقدم على ما سواه.

فإن تعارضت في نازلة ما مصالح ضرورية مع مصالح حاجيه أو تحسينية فالواجب على المفتي تقديم الضروي و الحاجي على التحسيني و تقديم الضروي على الحاجي لأن الأحكام الشرعية التي شرعت لحفظ الضروي أعلى مرتبة من الأحكام التي شرعت لما سواه فوجب تقديمه و برر الشاطبي تقديم الضروي على ما سواه بقوله: "أحدها: أن الضروي أصل لما سواه من الحاجي والتكميلي. والثاني: أن اختلال الضروي يلزم منه اختلال الباقيين بإطلاق." (11)

و قال أيضا: "لأنه إذا ثبت أن الضروي هو الأصل المقصود، وأن ما سواه مبني عليه كوصف من أوصافه أو كفرع من فروعه، لزم من اختلاله اختلال الباقيين، لأن الأصل إذا اختل، اختل الفرع من باب أولى" (12)

ثانياً: المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.

و ذكر الشاطبي هذه القاعدة و ذكر من أمثلتها ما نصه: "المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، و اتفاق السلف على تضمين الصناعات مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما رضي أهله وما لا" (13)

و عليه فإن المفتي في النوازل ينبغي أن يقدم المصلحة العامة على المصلحة الشخصية فالعامة تقدم لعموم نفعها و شمولها لعدد كبير من الناس فحفظ مقاصد مجتمع أولى من حفظ مقاصد شخص و في فتاوى النوازل ما يدل على ذلك ففي نوازل الحائك عن تحويل مجرى ماء في طريق

أجاب : "قال ابن سلمون في فصل الضرر: ويمنع أن يحدث في الطريق ما يمنع المار فيها.. ،
فحيث كان ضرر في هذا التحويل على المارة أو على جارها أو على أرباب الماء منع منه لحدوثه
ورده لأصوله جبرا حيث لا إذن من كل من ذكر"⁽¹⁴⁾

ثالثا: المصلحة القطعية مقدمة على المصلحة الظنية .

القطعي من المقاصد ما تواترت الأدلة والنصوص على إثباته كمقصد التيسير و الأمن وصيانة
الأموال. و الظني ما كان دون ذلك و اختلفت حوله الآراء و الأقوال فلو تعارضت مصلحتان
أو مفسدتان أو مصلحة ومفسدة إحداها قطعية والأخرى ظنية فتقدم القطعية . والظن الغالب
هنا يقوم مقام القطع ، ومن الأمثلة: إذا لم يجد المصلي ماءً في أول الوقت فإذا كان يقطع أو
يغلب على ظنه أنه سيجد ماء فالأفضل الانتظار، أما إذا كان يظن أنه سيحصل على الماء ولا
يجزم بحصول ذلك فالأفضل التيمم والصلاة في أول الوقت، فتقدم مصلحة إقامة الصلاة في
وقتها قطعية على مصلحة الوضوء التي هي ظنية.

و من نوازل عصرنا ما يتعلق بمباحث الأجنة، و الرحم الصناعي، و مسائل استيراد ما لم
ينضج لينضج في الطريق، و غيرها مما لا بد قبل الحكم فيه من النظر إلى تحقق المصلحة من
عدمها.

رابعا: المصلحة المتعدية مقدمة على المصلحة القاصرة .

والمقصود بالمصلحة المتعدية أي التي تمتد فاعلها إلى غيره ، كطلب العلم والدعوة وحسن
الخلق أما المصلحة القاصرة فهي التي لا تتجاوز في نفعها فاعلها قال القراني في بيان تفضيل
المتعدية على القاصرة : " لتفضيل بالثرة والجدوى كتفضيل العالم على العابد؛ لأن العلم يثر صلاح
الخلق وهدايتهم إلى الحق بالتعليم والإرشاد، والعبادة قاصرة على محلها." ⁽¹⁵⁾

خامسا: دفع أعظم المفسدين بإيقاع أذناها.

قرر القراني هذه القاعدة بقوله: " وقاعدة دفع المفسدة العليا بالتزام المفسدة الدنيا" (16) و
قال في موضع آخر " إن شأن الشرائع دفع أعظم المفسدين بإيقاع أذناها." (17)

و جاء في المنثور من القواعد ما نصه : " و قال ابن دقيق العيد : من القواعد الكلية: أن
تدراً أعظم المفسدين باحتمال أيسرهما". (18)

و عليه فإن عرضت في نازلة ما موازنة بين المفسد اقتضى الأمر أن الأكثر منهما مفسدة
هو الأولى بالدرء من الأقل مفسدة و تعرف أيضا بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

و من أمثلة ذلك أن تقطع اليد المتآكلة لبقاء النفس لأن مفسدة قطع اليد لا تقارن بمفسدة
ذهاب النفس بالكلية. (19)

و من الأمثلة عليه في عصرنا ما يتعلق بالمسائل الطبية كقطع الأعضاء و مسائل البتر من
أجل استدامة عضو أو ترقيعه و غيرها من المسائل التي حدثت بسبب التطور الحاصل في الطب.

سادسا: إذا كانت المصلحة هي الغالبة في مقابل المفسدة وجب تحصيلها .

إن كل مصلحة لا تخلو في الغالب من مفسدة وكل مفسد لا تخلو في الغالب من مصلحة،
لذا كان الحكم للجهة الراجحة. قال الشاطبي: "فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على
مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفاً، وإذا غلبت الجهة
الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفاً." (20)

و قال القراني: «أجمعت الأمة على أن المفسدة المرجوحة مُغْتَرَّةٌ مع المصلحة الراجحة.» (21)

و عليه فإن كان ثمة في النازلة وجه مصلحة تغلب عند مناظرتها بالمفسدة في حكم الاعتياد فهي المقصودة شرعا

ومما جاء في الفقه المالكي مسألة التكلم في الصلاة قصد حفظ المال الكثير "قَالَ النَّحْمِيُّ فَإِنْ خَافَ تَلَفَ مَالٍ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ وَكَانَ كَثِيرًا تَكَلَّمَ وَاسْتَأْنَفَ وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا لَمْ يَتَكَلَّمْ وَإِنْ فَعَلَ أَبْطَلَ عَلَى نَفْسِهِ." (22)

سابعا : درء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التساوي.

ذكر الشاطبي أن الدرء مقدم على الجلب في حال التساوي فقال: "إن درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وهو معنى يعتمد عليه أهل العلم." (23)

و برر ذلك بقوله: "لأن درء المفاسد مقدم." (24)

و عليه فإن تساوت المصالح مع المفاسد، بحيث لا يمكن تحصيل المصلحة و درء المفسدة في آن واحد قدمنا دفع المفسدة على جلب المصلحة ولو نجم عن ذلك حرمان من منافع لأن دفع المفاسد أولى من جلب المنافع.

و من الأمثلة على ذلك ما جاء في فتاوى ابن رشد فقد سئل رحمه الله عن أي العاملين أفضل في هذا الزمان؟ هل الحج أو الجهاد لأهل الأندلس و العدو؟ فأجاب: "تصفحت رحمنا الله وإياك سؤالك هذا ووقفت عليه و فرض الحج ساقط عن أهل الأندلس في وقتنا هذا لعدم الاستطاعة التي جعلها الله شرطا في الوجوب لأن الاستطاعة : القدرة على الوصول مع الأمن على النفس و المال و ذلك معدوم في هذا الزمان وإذا سقط فرض الحج لهذه العلة صار نفلا مكروها لتقحم الغرر فيه." (25)

فقدم رحمه الله درأً مفسدة ضياع النفس و المال على مصلحة الحج مع ما فيه من الزلفى إلى الله و التضرع إليه.

المبحث الثاني: أصل مراعاة الخلاف و فقه النوازل.

1: تعريف مراعاة الخلاف

عرف الإمام ابن عرفة مراعاة الخلاف بقوله: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي اعمل في نقيضه دليل آخر." (26)

و عرفه العلامة المالكي محمد صالح المسكوري بقوله: "الأخذ بأقوى الدليلين معا من بعض الوجوه." (27)

2: تأصيل فقه النوازل بأصل مراعاة الخلاف و تطبيقاته العملية

إن العلاقة بين أصل مراعاة الخلاف و فقه النوازل، تكمن في أن مراعاة الخلاف مظهر من المظاهر التي يحكم بها على نازلة ما ، بل لا يبعد أن يقال أن نازلة ما إن استدعى الحكم فيها موازنة بين المصالح و المفاسد سابقة على مراعاة الخلاف، لأنها هي التي استدعته. لما سينشأ من ضرر حال الأخذ بمقتضى المذهب ، و بيان ذلك أن أصل مراعاة الخلاف من الأصول التي ترجع إلى أصل المصلحة، فهو أحد المظاهر التي تتجلى فيها قاعدة " جلب المصالح و درء المفاسد " و ذلك لأن مراعاة دليل المخالف كان لما سينشأ من الضرر و الغبن على المكلف، في حال ما أعملت أدلة المذهب و أقواله فاقترضت المصلحة و مراعاتها، العدول عن الحكم بمقتضى دليل المذهب إلى الحكم بغير مقتضى المذهب تحقيقاً للمصلحة، و في ذلك يقول الدكتور حاتم باي في كتابه الأصول الاجتهادية: " فالعدول عن أصل الدليل الذي كان راجحاً، إلى مقتضى دليل المخالف بعد الوقوع في بعض الوجوه، إنما كان لما تلبست به المسألة بعد الوقوع من

حدوث ضرر بالغ، أو فوات مصلحة رابحة فاستدعى نشوء الضرر أو فوات المصلحة استئناف النظر في الترجيح بين الأدلة." (28)

و مما سبق يتبين أن مراعاة الخلاف كان نتيجة للموازنة بين المصالح والمفاسد، فالحكم بمقتضى المذهب ينتج عنه تحقق ضرر وتخلّف نفع، أما الحكم بغير مقتضى المذهب فيتحقق به ارتفاع الضرر وعدم تفويت المصلحة، وإذا كان الأمر كذلك كان أصل مراعاة الخلاف من أبرز الأصول الاجتهادية التي تستند الفتوى المعاصرة إليه ، و من الأمثلة الجلية التي تبرز ذلك ما يلي:

مسألة النكاح بغير ولي، وهي من المسائل الشهيرة في فقه الخلاف، وهي من نوازل العصر (29) و مذهب المالكية أن النكاح من غير ولي نكاح فاسد يفسخ قبل الدخول و بعده قال ابن رشد: " فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه." (30)

و مذهب أبي حنيفة أنه لا يشترط الولي في النكاح وذكر ابن الهمام: أنه قول أبي حنيفة وزفر، وعن أبي يوسف ثلاث روايات، وعن محمد روايتان (31).

و عليه فإن مقتضى المذهب أن المرأة لو تزوجت من غير ولي فإن هذا النكاح باطل، و ينبغي فسخه، غير أن هذا المقتضى فيه تفويت لمصلحة الزوجة و الزوجية، وإلحاق ضرر بهما، سيما إذا طالت المدة و حصل بين المتعاقدين إنجاب، و لما كان هذا المقتضى بهذا الحال من تفويت المصلحة راعى المالكية خلاف الحنفية و قالو بصحة هذا العقد بعد الوقوع لأن الموازنة بين المفاسد المتحققة من فسخ هذا العقد و بين المصالح غير المفوتة في حال الحكم باستقراره أوجبت على فقهاء المالكية العدول عن مقتضى المذهب إلى مذهب الحنفية لأن فيه عدم تفويت للمصلحة فكانت الموازنة بين المصالح و المفاسد سببا للعدول عن الحكم الأصلي و الحكم

بغيره وفي ذلك يقول القاضي اسماعيل فيما نقله ابن عبد البر: "فإن نكحت المرأة بغير ولي فسخ النكاح فإن دخل وفات الأمر بالدخول وطول الزمن والولادة لم يفسخ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين أو يكون خطأ لا شك فيه." (32)

و عليه فإن المرأة إن زوجت نفسها، وحصلت بعد العقد مراكنة ومعاشرة، فإن هذا العقد صحيح على مذهب مالك ثبت به جميع آثاره، من توارث وحرمة أم المرأة وابنتها عليه قال القاضي: "والذي يشبه عندي على مذهب مالك في المرأة إذا تزوجت بغير ولي ثم مات أحدهما أنهما يتوارثان وقد ذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يرى بينهما الميراث." (33)

و في قانون الأسرة المعدل بين المشرع الجزائري ماهية الولي في عقد النكاح وأنه شرط صحة لا ركن للزواج. (34)

وهكذا شأن الملكية مطلقا مراعاة ما قوي من الخلاف، إذا كان محققا لمقصود الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد، ولهذا يصحح الملكية بعض العقود المختلف في فسادها و يميضونها بالثمن إذا فاتت، تلافي لمفسدة الفسخ بعد الفوات، مراعاة لمن لم يقل بفسادها من أهل العلم، وموازنة بين مصالح الإمضاء والتصحيح ومفاسد الفسخ والإنهاء (35).

المبحث الثالث: أصل الاستحسان و فقه النوازل

1: تعريف الاستحسان:

لغة : هو عد الشيء حسنا (36)

اصطلاحا: عرفه ابن خويز منداد بقوله: "ومعنى الاستحسان عندنا هو القول بأقوى الدليلين." (37)

أو هو كما عرفه الأياري بقوله: " استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي." (38)

2: تأصيل فقه النوازل بأصل الاستحسان و تطبيقاته العملية.

إن الموجب لترك الدليل الأصلي في بعض المسائل، و الأخذ بأصل الاستحسان إنما هو المصلحة التي تتحقق بفضل ذلك العدول و الاستثناء من الأصل العام، وإذا كان الاستحسان راجع في أكثر معانيه إلى المصلحة، فلا شك أن علاقته بفقه النوازل علاقة وطيدة. ذلك أن مما يعتمد فيه عند الحكم على نازلة ما هو المصلحة و ما نشأ أصل الاستحسان إلا تتبعاً لهذه المصلحة، لأن المقصود من شرع الشرائع هو تحقيق مصالح العباد في العاجل و الآجل معا و لذلك كان الاستحسان في أكثر معانيه إلتفات إلى المصلحة و العدل قال ابن رشد: " و معنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة و العدل." (39)

و من الأمثلة الجلية التي تبرز ذلك ما يلي:

ذكر ابن العربي في المحصول مسألة تضمين الأجير المشترك (40) و أنها من قبيل الاستحسان بالمصلحة، و الأصل أن الأجير مؤتمن بالدليل الشرعي، فيده يد أمان لا يد ضمان و قد عارض هذا الدليل النظر إلى المصلحة العامة للناس و خشية ضياع أموالهم لأن القول بعدم تضمينهم فيه تطريق للأجير أن يتعدى على أموال الناس، و أن لا يتحرز فيها بحجة عدم ضمانه، فاستثنت هذه المسألة من الدليل العام المقتضي عدم التضمن رعيًا للمصلحة .

و من نوازل عصرنا و العصر الذي مضى مسألة تضمين صاحب الحمام الثياب قال الشاطبي: " كتضمن صاحب الحمام الثياب، و تضمين صاحب السفينة، و تضمين السماسرة المشتركين، وكذلك حمال الطعام - على رأي مالك - فإنه ضامن، و لاحق عنده بالصناع." (41)

و مما يذكر أيضا في هذا الباب أن كثيرا من أصحاب الحافلات و النقل في عصرنا، يرفقون تذكرة السفر بعبارة فحواها: إن المؤسسة غير مسؤولة عن ضياع الأمتعة و لعمرى إن لم يكونوا هم المسؤولين فن؟ لا شك أن في ذلك تضييعا لحفظ حقوق الناس، فبدل أن يشتغل المسافر بما ينفعه، تجده مضطرب النفس خائفا من ضياع أمتعته، و يحدث هذا أيضا في كثير من المرافق الخاصة التي يلتقي فيها الناس عادة.

و من ذلك أيضا ما جاء في فتاوى ابن رشد عن سؤال في توارث أتوام فعدل عن القياس و أجاب بما يقتضيه الاستحسان فقال: "و أما أتوام الملاعنة فالقياس من طريق النظر و الاستدلال أنهما يتوارثان من قبل الأم فقط و الاستحسان أن يتوارثا من قبل الأم و الأب جميعا و بالاستحسان جرى القضاء و عليه تجري الأحكام." (42)

و قد يكون الاستحسان رفعا للمشقة في اليسير المغفوعه، و من أمثله ما ذكره الشاطبي بقوله: " والسابع: ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته و نزارته لرفع المشقة. وإيثار التوسعة على الخلق. فقد أجازوا التفاضل اليسير في المرافلة الكثيرة." (43)

المبحث الرابع: أصل سد الذرائع و فقه النوازل

1: تعريف سد الذرائع

لغة: هي الوسيلة إلى الشيء (44)

اصطلاحا: عرفها ابن العربي بقوله: " و معناه كل فعل يمكن أن يتدفع به أي يتوصل به إلى ما لا يجوز و هي مسألة انفرد بها مالك دون سائر العلماء." (45)

و عليه فإن سد الذرائع هو منع الوسيلة المباحة، التي يتوصل بها إلى المحرم. فأصبح حكم الوسيلة كحكم الأثر الناتج عنها.

2: تأصيل فقه النوازل بأصل سد الذرائع و تطبيقاته العملية.

إن أصل سد الذرائع عند المالكية هو حسم مادة الفساد، و قطع الطرق المؤدية إلى الحرام، الذي هو عبارة عن مفسدة، وإذا كان الأمر في سد الذرائع متعلقا بسد باب بالمفسدة و التي هي نقيض المصلحة، فلا شك أن في حسم مادة الفساد تحقيق مصلحة، و المصلحة و المفسدة و النظر فيهما عماد الفتوى ، فسد الذرائع ما هو إلا تطبيق عملي من تطبيقات العمل بالمصلحة، ولذلك عده المالكية ضمن أصولهم وأعملوه في جميع أبواب الفقه.

و عليه فإن اعتبار سد الذرائع في نازلة ما: "يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل فهذه هي الذريعة الواجب سدها." (46)

و عليه فإن سد الذريعة أو فتحها وإباحتها من قبيل العمل المقاصدي، الذي يراعي الجانب المصلحي للأحكام، لأن الشارع الحكيم أعطى حكم الأثر المترتب على الفعل لنفس ذلك الفعل، حسما لمادة الفساد قال الدكتور حاتم باي: "فالنظر في مآل الوسائل و الموازنة بين المصالح و المفاصد المتفصية عنها هو الطريق إلى تحديد الحكم الشرعي للوسائل" (47) و من الأمثلة التي تبين ذلك ما يلي:

بيوع الآجال و من ذلك ما جاء في الموطأ: "قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل فإذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين إلى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح، ولم يزل أهل العلم ينهون عنه قال مالك، وإنما كره ذلك؛ لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه، ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له

آخر مرة، ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه فهذا مكروه، ولا يصلح، وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية أنهم كانوا إذا حلت ديونهم قال للذي عليه الدين إما أن تقضي، وإما أن تربى فإن قضى أخذوا، وإلا زادوهم في حقوقهم وزادوهم في الأجل".⁽⁴⁸⁾

و من النوازل التي كان لأصل سد الذرائع السبب في منعها ما جاء في فتاوى الشاطبي فقد سئل عن جمع الصلاة في المسجد الواحد مرتين فأجاب رحمه الله: "وأما مسألة جمع الصلاة في المسجد الواحد مرتين فلا ينبغي أن يقال في مثلها عبارة الحيد عن السنة مع كونها في الأصل مختلفا فيها بين العلماء فمنهم من أجاز ذلك بإطلاق و مذهب مالك الكراهية خوف الفرقة الحاصلة في تعدد الجماعات و ربما قصد أهل البدع ذلك لئلا يصلوا خلف أهل السنة فصارت كراهية مالك سدا لهذه الذريعة و قد احتج ابن العربي لهذا المذهب بقول الله تعالى: "والذين اتخذوا مسجدا ضارا و كفرا و تفريقا" فذمهم لاتخاذ المسجد على أوصاف منها: التفريق بين المؤمنين فالتفريق في الجماعات يشبه هذا ... وإنما يبقى في المسألة أن من يترخص في ذلك يبني على بعض التأويلات التي هي خلاف المعتمد من مذهب مالك و العمل إنما يكون في المسائل الخلافية على ما هو المشهور كما تقرر لكم في غير هذا"⁽⁴⁹⁾

المبحث الخامس: أصل العرف و فم النوازل

1: تعريف العرف:

(عرف) العين والراء والفاء أصلا صحیحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول العرف: عرف الفرس. وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال: جاءت القطا عرفا عرفاء، أي بعضها خلف بعض.⁽⁵⁰⁾

أما اصطلاحاً فعرفه الجرجاني بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة أيضا لكنه أسرع إلى الفهم وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى."⁽⁵¹⁾

وهو في معنى العادة التي عرفها القرافي بقوله: "والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس."⁽⁵²⁾

2: تأصيل فقه النوازل بأصل العرف وتطبيقاته العملية

إن من الأصول الاجتهادية التي جعلت من الشريعة الغراء مرنة بحسب الأحوال و الأمكنة و الأزمنة هو اعتبار العادات و تحكيم العرف فهو من الأصول العظيمة في الشريعة الإسلامية و الذي روعي من خلاله مصالح العباد في دينهم و دنياهم بل إن سماحة الشريعة تقتضي أن يحكم على وقائع الناس بحسب المجتمع الذي يعيشون فيه فإن الحياة الاجتماعية تعكس تصرفات الأشخاص في عباداتهم و معاملاتهم فليس من الحكمة أن يحكم على نازلة ما بمعزل عن أعراف الناس و تصارييف حياتهم و من ثم كان على الفقيه المفتي في الوقائع و الأعيان الإحاطة التامة بأعراف ذلك البلد حتى لا تكون فتوى مصر من الأمصار بالضرورة منزلة على مصر آخر يختلف في عاداته و تقاليده عن غيره و هذا مصداقا لقوله عز وجل "فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين" فقد دلت الآية بالإشارة إلى وجوب وجود عالم في كل مصر من الأمصار حتى لا يسير الناس بمسائلهم إلى من يجهل أعرافهم فتكون الفتوى مجانبة لمقاصد الشريعة العامة.⁽⁵³⁾

و العرف المحكم هنا هو العرف غير المصادم للنص أو ما كان فيه خرق للإجماع أو أصل كلي من أصول الشريعة قال الشاطبي: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية".⁽⁵⁴⁾

و النوازل المتعلقة بالأعراف و العادات أكثر من أن يستوعبها كتاب قال عيسى بن سهل أبو الأصبغ الغرناطي "ومسائل هذا الباب كثيرة والمراد منه الإعلام بالمذهب في الشاهد واليمين، وما جرى به العمل بالأندلس، وقد ذكرناه، ومن صح نظره في أحوال الناس اليوم والمعرفة باحتلال الشهادات لم تطلب نفسه على القضاء به إلا مع شاهد مبرز في العدالة والنباهة. والله الموفق للصواب".⁽⁵⁵⁾

و من نوازل المالكية الشهيرة في مسائل العرف أن الأندلسيين لا يقولون بالشاهد و اليمين⁽⁵⁶⁾ في مسائل الأموال خلافا لقول الإمام مالك⁽⁵⁷⁾

فقد ذكر عياض في نوازله أن شخصا يدعى السبتي دفع لصاحب دار السكة شيئا يضربه له اسمه سعد فلم يسلمه سعد جميع ما ضربه و قال بل سلمته أكثر مما كان له عنده فتحاكما إلى قاض أندلسي فحكم بحكم له يرضع سعد فبلغ الأمر أمير قرطبة فأحال القضية على القاضي عياض و ابن رشد فحكم ابن رشد بالقاعدة فأفتى بشهادة المختفي مع اليمين و خالفه عياض فاشتراط عدالة الشاهد⁽⁵⁸⁾

فالعرف عند أهل الأندلس أن اليمين مع الشاهد في مسائل الأموال لا يحتج بها مطلقا خلافا للمشاركة من المالكيين.

و أما مثال العرف المصادم لنصوص الشريعة وأصولها العامة ما سئل عنه الأشيري في طالب يتوسط بين الناس والقاضي فيما يأخذه من الجعائل على الأحكام ويستنهض الناس

لذلك، ويقف بينه وبينهم، واشتهر بذلك اشتهاً مستفيضاً؟ فأجاب: "إذا كان الأمر على ما وصفت، فعلى فاعله الضرب الموجه مع السجن، ويلزمه غرم ما أخذ لنفسه، ما دفع إلى القاضي بيده، ثم إن قامت له بيّنة أنه دفع ذلك إلى القاضي رجع عليه، إلا أن يشاء الدافع تركه واتباع القاضي فله ذلك، وإن غرمه له رجع بذلك على القاضي، لأن ما أخذ من الظلم ليدفعه إلى من ظلم فيه، فهو في ذمته يغرمه، ثم يرجع هو على الظالم إن قدر عليه. وأعوان الظالم فيما أخذوا من الظلم كالظالم، وإن لم يأخذوا لأنفسهم فهو واجب عليهم، ولمن أخذ منهم أن يرجع على الظالم أو من قبض."⁽⁵⁹⁾

الخاتمة

بعد هذا العرض الموجز لأصول المالكية المصلحية وعلاقتها بفقه النوازل يتبين أنه من الخطورة بمكان أن تكون الفتوى في النوازل بعيدة عن هذه الأصول إذ البعد عنها بعد عن تحقيق مقاصد الشارع من شرع الأحكام وإذا كانت نصوص الوحي متناهية ووقائع الناس غير متناهية فإنه من المستحيل أن يحيط المتناهي بغير المتناهي إلا إذا فعلت الأصول المصلحية في ملية الاجتهاد وف الضوابط التي وضعها علماء الأصول والمقاصد تمكيناً للناس والشرعية من مواكبة التغيرات التي تطرأ بين الفينة والأخرى.

إن تفعيل هذه الأصول لا سيما في عصرنا الحاضر الذي عم فيه الجهل بنصوص الوحي وأصول الشريعة العامة يجعل من فهم الناس لمقاصد الشارع أمراً ميسوراً ويجعل من تمسكهم بالشرعية ضرورة لا تغني عنها نظم العالم الحديث مهما تفنن المشرعون في التنين والوضع.

كما يجدر التنبيه إلى أن رجوع الناس في تلقي الفتوى إلى أنت أمر يخشى على صاحبه الوقوع في المحذور فقد قال الله تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوْحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ} فرب واقعة أو نازلة يحكم عليها بما لا يحكم على نظيرتها لتفاوت الأعراف و

تغير العادات و ما وقع لكثير من الناس في هذا الباب دليل على ذلك قال شيخ الاسلام ابن تيمية: "فيجب على المسلمين بعد موالاة الله ورسوله؛ موالاة المؤمنين، كما نطق به القرآن، خصوصا العلماء الذين هم ورثة الأنبياء، الذين جعلهم الله بمنزلة النجوم؛ يهتدى بهم في ظلمات البر والبحر، وقد أجمع المسلمون على هدايتهم ودرائتهم، إذ كل أمة قبل مبعث محمد صلى الله عليه وسلم فعلهاؤها شرارها؛ إلا المسلمين؛ فإن علماءهم خيارهم، فإنهم خلفاء الرسول في أمته، والمحيون لما مات من سنته، بهم قام الكتاب، وبه قاموا، وبهم نطق الكتاب وبه نطقوا." (60)

قائمة بالمصادر و المراجع

- 1: إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ) تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م
- 2: أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: 684هـ) الناشر: عالم الكتب
- 3: الاعتصام، إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ) تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، 1412هـ - 1992م
- 4: الاستذكار، المؤلف: يوسف بن عبد البر النمري القرطبي (ت: 463هـ) تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1421 - 2000

5:الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، الدكتور حاتم باي ، دار الوعي
الإسلامي

6: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد
(ت: 595هـ) الناشر: دار الحديث - القاهرة

7:التوضيح في شرح التنقيح ،أحمد عبد الرحمن حلولو (ت: 895هـ) المطبعة التونسية
1328هـ

8: الحدود في الأصول، الباجي (ت: 474 هـ) المحقق: محمد حسن دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان

9:ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، عيسى بن
سهل بن عبد الله الأسدي أبو الأصْبَغ (ت: 486هـ) المحقق: يحيى مراد، الناشر: دار الحديث،
القاهرة - جمهورية مصر العربية، عام النشر: 1428 هـ - 2007 م

10: الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: 684هـ) الناشر: دار
الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994 م

11:شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقرافي (ت 684هـ) المحقق: طه
عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393 هـ - 1973 م

12: فتاوى الإمام الشاطبي ، إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ) تحقيق محمد أبو
الأجفان ، الطبعة الثانية 1406هـ/1985م

- 13: فتاوى ابن رشد، لأبي الوليد بن رشد المالكي (ت: 520هـ) تحقيق الدكتور المختار بن الطاهر تليلي ، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1407هـ / 1987م
- 14: فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) الناشر: دار الفكر
- 15: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، المحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ) الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الطبعة: الأولى - 1416هـ - 1995م
- 16: القواعد ، أبو عبد الله محمد بن محمد المقري (ت: 758هـ) طبعة مركز إحياء التراث الإسلامي
- 17: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ، القاضي أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: 543هـ) المحقق: الدكتور محمد عبد الله ولد كريم ، الناشر: دار الغرب الإسلامي
- 18: كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: 816هـ) الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م
- 19: مجموع الفتاوى ، أبو العباس بن تيمية الحراني (ت: 728هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية 1416هـ / 1995م.
- 20: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بالخطاب الرعيني المالكي (ت: 954هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.

- 21: المنتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت: 474هـ) الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ
- 22: الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ) المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان
- 23: المحصول في أصول الفقه، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: 543هـ) المحقق: حسين علي اليدري - سعيد فودة، الناشر: دار البيارق - عمان
- 24: المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: 794هـ) الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م
- 25: المعيار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت: 914هـ) ، دار الغرب الإسلامي بيروت 1401هـ / 1981م
- 26: مذاهب الحكماء في نوازل الأحكام، للقاضي عياض (ت: 914هـ) تحقيق الدكتور محمد بن شريفة ، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى 1990م
- 27: مراعاة الخلاف عند المالكية ، محمد أحمد شقرون، دار البحوث للدراسات الإسلامية
- 28: مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور (ت: 1393هـ) ، دار النفائس الأردن ، الطبعة الثانية
- 29: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: 393هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987م

30: لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور الأنصاري (ت: 711هـ) دار صادر

- بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ

31: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة)،

محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (ت: 894هـ) الناشر: المكتبة

العلمية

الهوامش:

(¹) رسائل ابن عابدين 1 / 17

(²) و من المؤلفات النوازلية النفيسة في المذهب التي تحكي نضج المجتهدين فيه وإمامهم بأصول المذهب المصلحية:

-أجوبة الفقهاء، لمحمد بن سحنون التنوخي القيرواني (ت256هـ)

-فتاوى ابن لبابة، محمد بن عمر القرطبي (ت314هـ)

-نوازل أبي عمران الفاسي، موسى بن عيسى بن أبي حاج الغفجومي الفاسي (ت430هـ)

-نوازل ابن مالك، أبي مروان عبيد الله بن مالك القرطبي (ت460هـ)

-نوازل أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت474هـ)

-الإعلام بنوازل الأحكام أو الأحكام الكبرى، لابن سهل أبي الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي (ت486هـ)

-نوازل ابن بشتغير، أحمد بن سعيد اللخمي اللورقي (ت516هـ)

(³) لسان العرب 517/2

(⁴) التوضيح شرح التنقيح ص 401

(⁵) القواعد رقم 486

(⁶) بداية المجتهد 354/2

(⁷) حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق الملزمة 24 ص 2 نقلا عن الاصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي ص

230

(⁸) مذاهب الحكم للقاضي عياض ص91

(⁹) المعيار 420/6.

(¹⁰) فتاوى البرزلي 310/4.

(¹¹) الموافقات 31/2

(¹²) المصدر نفسه 33/2

- (¹³) الموافقات 58/3
- (¹⁴) النوازل للحائك: ورقة 128 من مخطوط.
- (¹⁵) الفروق 221/2
- (¹⁶) المصدر السابق 210/1
- (¹⁷) المصدر نفسه 22/3
- (¹⁸) المنشور في القواعد الفقهية 348/1
- (¹⁹) الفروق 210/1
- (²⁰) الموافقات 45/2
- (²¹) الذخيرة 322/13
- (²²) مواهب الجليل 37/2
- (²³) الموافقات 300/5
- (²⁴) المصدر نفسه 465/3
- (²⁵) الفتاوى لابن رشد 1021/2
- (²⁶) شرح حدود ابن عرفة 263/1
- (²⁷) الفكر السامي 455/1
- (²⁸) الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي ص 662، 663
- (²⁹) في مقال لجريدة الشروق اليومي بتاريخ 2010/07/11 جاء فيه: "ونحن نسمع المسؤول عن مصلحة إبرام عقود الزواج ببلدية الجزائر الوسطى وهو يخبرنا أن مصلحته سجلت أكثر من 2500 حالة زواج، اشتركت هذه الحالات في غياب الولي سواء الأب أو الأخ أو أي فرد له قرى بالعروس، واختلفت في صفة الولي في كل حالة"
- (³⁰) بداية المجتهد 36/3
- (³¹) فتح القدير 255/3
- (³²) الاستذكار 395/5
- (³³) المصدر نفسه 395/5

(³⁴) المشرع الجزائري بين الطبيعة القانونية للولي من خلال المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجديد و اعتبره شرط صحة بعد أن كان ينص عليه كركن و ذلك بما جاء في نص المادة: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". و أيضا ما جاء بنص المادة 11 المعدلة من ذات القانون حيث نص على انه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها « من خلال هذا يتبين لنا و لأول وهلة أن المرأة هي التي تبشر عقد زواجها أما وليها فيشاركها بحضوره لعقد الزواج، و من ثمة إذا تخلف هذا الولي فلن يؤثر بأي شيء على عقد زواج ابنته لان حضوره لعقد الزواج اختياري لا إجباري باعتبار أن المرأة راشدة تعرف ما ينفعها و ما يضرها، كذلك جاء في نص المادتين المعدلتين 32، 33 التي نصها على التوالي: "يبطل الزواج إذا أشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" و "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذ أن الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل " فالمشرع رتب الفسخ في حالة ما إذا تم الزواج بدون ولي في

حالة وجوبه أي أثناء ولايته على القصر، أما في ولايته على المرأة الراشدة فوجوده كعدم وجوده في عقد الزواج و بما انه رتب الفسخ بأنه اعتبر الولي شرط صحة لكن عكس الرضا الذي نص عليه صراحة بأنه يبطل عقد الزواج احتل ركن الرضا.

(³⁵) ينظر الأمثلة المذكورة في كتاب مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره على الفروع الفقهية ص 494 و ما بعدها.

(³⁶) الصحاح 5/ 2099

(³⁷) الحدود في الأصول ص 65

(³⁸) التوضيح شرح التفتيح ص 410

(³⁹) بداية المجتهد 242/3

(⁴⁰) ينظر المحصول 131/1

(⁴¹) الاعتصام 641/2

(⁴²) الفتاوى لابن رشد 249/2

(⁴³) المصدر نفسه 642/2

(⁴⁴) لسان العرب 98/8

(⁴⁵) القبس 786/2

(⁴⁶) مقاصد الشريعة الإسلامية ص 366

(⁴⁷) الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي ص 451/452

(⁴⁸) المنتقى شرح الموطأ 67,66/5

(⁴⁹) فتاوى الشاطبي ص 125

(⁵⁰) معجم مقاييس اللغة 281/4

(⁵¹) التعريفات للجرجاني ص 126

(⁵²) شرح تنقيح الفصول ص 352

(⁵³) قال ابن القيم: "قول المالكية في العرف وما ينبني عليه :

قالوا: وعلى هذا أبدا تبيء الفتاوى في طول الأيام، فهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط فألغاه، ولا تجدد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه وأفته به، دون عرف بلدك والمذكور في كتبك، قالوا: فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين

والسلف الماضين" ينظر اعلام الموقعين 66/3

(⁵⁴) الموافقات 286/2

(⁵⁵) ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكماء 91/1

(⁵⁶) قال ابن غازي في نظمته:

قد خولف المذهب في أنـدلس ـــــــــــــــــ في ســـــــــــــــــة مـنـهـن سـهـم الفرس

و غرس الأشجار لدى المساجد ـــــــــــــــــ والحكم باليمين قل والشاهد

و خلطة و الأرض بالجزء تـلي ـــــــــــــــــ و رفـــــــــــــــــع تكبير الآذان الأول

(⁵⁷) "وروي عن جماعة من الصحابة أنهم قضوا به، ولم يرو عن أحد منهم أنه أنكره، وبه قال الفقهاء السبعة وغيرهم من أهل المدينة، ولم يختلف فيه عن مالك وأصحابه، واليه القائلون باليمين مع الشاهد، من المجازيين وغيرهم، أنه لا يقضي به إلا في الأموال: الديون وغيرها.

وقاله عمرو بن دينار، وهو روى حديث ابن عباس، عن النبي (صلى الله عليه وسلم) في ذلك، وقال ابن حبيب عن مالك: يجوز اليمين مع الشاهد في الحقوق و الجراحات، عمدتها وخطئها، وفي المشائمة، ما عدا الحدود، من القرية و لا سرقة و الشرب و الطلاق " ينظر الإعلام بنوازل الأحكام ص 90 و ما بعدها

(⁵⁸) مذاهب الحكم ص 17

(⁵⁹) المعيار، منشورات وزارة الأوقاف، 1981، 152/6،

(⁶⁰) مجموع الفتاوى 20 / 232

