

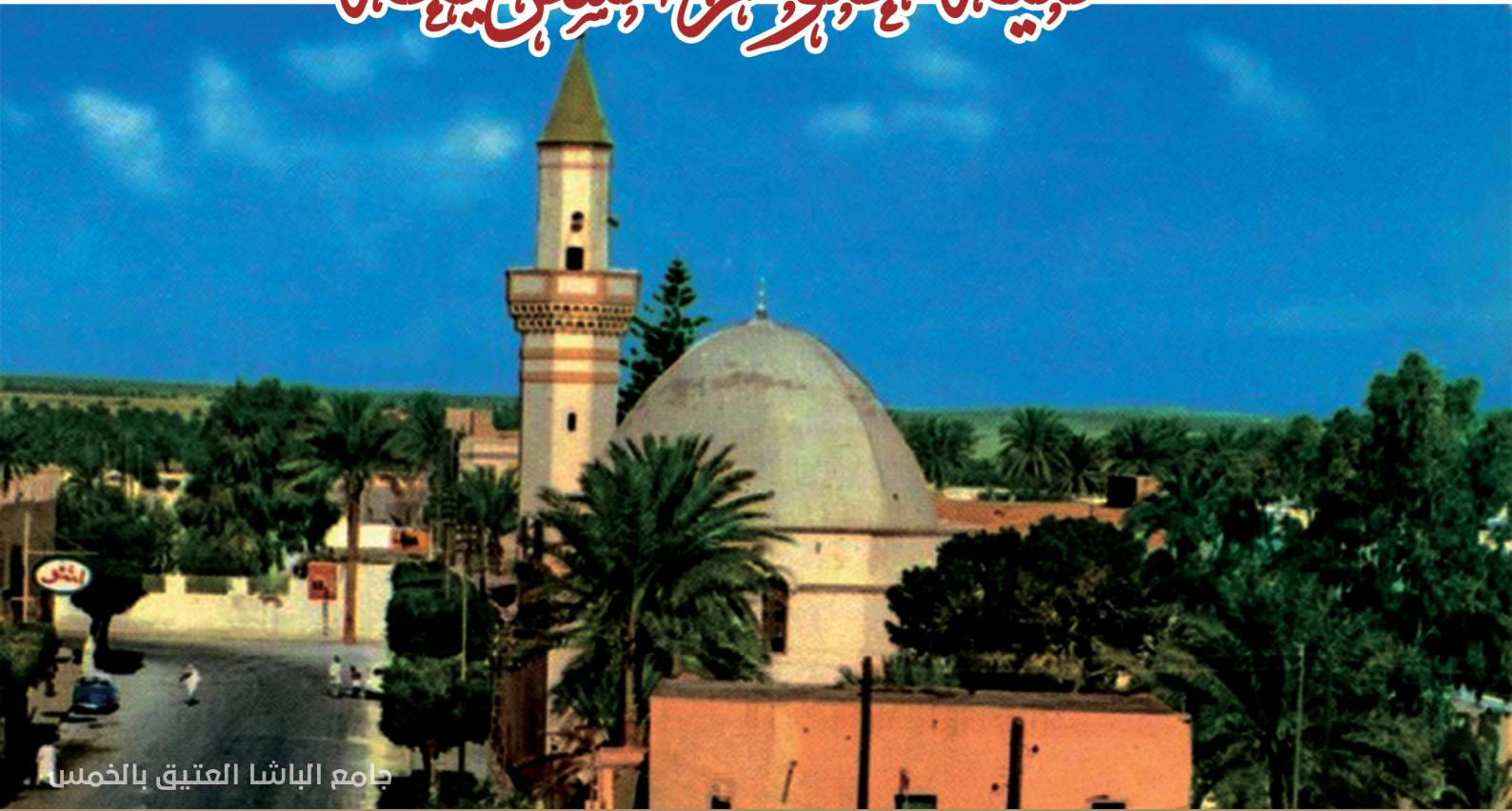


دولة ليبيا

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة المرقب



كلية علوم الشريعة



المجلة العلمية لعلوم الشريعة

مجلة علمية دورية محكمة نصف سنوية
تصدر عن كلية علوم الشريعة

العدد السادس
1444 هـ / 2023 م

المجلة العلمية للعلوم الشرعية

مجلة علمية محكمة نصف سنوية

تصدر عن كلية علوم الشريعة

جامعة المرقب - الخمس

تهتم بنشر البحوث والدراسات الأكاديمية في مجال العلوم الشرعية المختلفة
توجه جميع المراسلات والبحوث إلى رئيس التحرير على العنوان التالي:
كلية علوم الشريعة جامعة المرقب

<https://shsj.elmergib.edu.ly>

الرابط الإلكتروني للمجلة:

shareaa_j@elmergib.edu.ly

البريد الإلكتروني للمجلة:

العدد السادس

ذو الحجة 1444 هـ

يوليو 2023 م

المجلة العالمية للعلوم الإنسانية

هيئة التحرير

أ.د. محمد فرج الزايدي	رئيساً
د. خليفة فرج الجراي	عضواً
د. محمد عبدالحفيظ عليجة	عضواً
د. محمد حسين الشريف	عضواً
د. أحمد محمد النجار	عضواً
د. علي محمد فريو	عضواً

الهيئة الاستشارية

- أ.د بشير مختار العالم .
- أ.د الهادي المبروك سالم .
- أ.د عبد الحميد عبد العزيز مذكور .
- أ.د عادل محمد عبد العزيز الغرياني .
- أ.د سعد الدين محمد الكبي .
- أ.د أحمد عمر أبو حجر .

تنفيذ

أ.م : محمد محمد يحيى



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله بحمده افتتاحية كل عمل و الشكر له شكر كل باحث عن الحق والعدل ، والصلاة والسلام على من قوم بالحق مناهج الضلال ، وأرسي دعائم المعرفة ، وأبان الأحكام ، وعلى أله وصحبه ذوي الفهم السليم ، والعقل الراجح القويم .

وبعد

فهذا العدد السادس من المجلة العلمية ازدان بقائمة من الأبحاث العلمية ، جاءت عصارة عقول كوكبة من البحوث تضاف إلى رصيدها الثري في مجال البحث العلمي بأقلام لها مكانتها العلمية، وقدراتها البحثية في شتى العلوم الاسلامية ، بما فيها من جدة ابتكار عاجلت قضايا فقهية معاصرة وأبانت الحق في مسائل عقدية لها انعكاساتها في مجال الحياة ، ونفضت الغبار عن تاريخ وسيرة علماء إذ تناستها ردحا من الزمن أجيال معاصرة ، وأظهرت معاني وتفسيراً لبعض آي القرآن الكريم في عرض وعظي كانت عند البعض مستترة أو خافية إلى جانب فوائد علمية في مناحي الشريعة الغراء .

وقد جاء هذا العدد ثمة جهود بذلها المشرفون على المجلة، امتدادا لمنهج كلية علوم الشريعة في نشر العلوم الشرعية السمحة ، كما يأتي هذا العدد إضافة إلى رصيد جامعتنا العامرة - جامعة المرقب - في خدمة العلم وأهله في شتى مناحي الحياة ، ذلك أنها مؤسسة تقدم المعرفة وتخرج الكوادر البشرية المتخصصة ، خدمة للمجتمع وارتقاء به .

فتحية شكر وتقدير وامتنان لكل من ساهم في إخراج هذا العدد من باحثين شاركوا بعصارة عقولهم ومقيميين تعاونوا بخبراتهم ، وأعضاء هيئة التحرير الذين تابَعوا العمل خطوة بخطوة حتى استوى على سوقه وآتى أكله .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

هيئة التحرير

الصفحة	عنوان البحث
6	العقاب الإلهي بين التأديب والتدمير
32	المقدمات الشرعية والفلكية لتدقيق المعايير الحسائية والرصدية للفجر الصادق
58	النظر المصلحي والبعد المقاصدي لأصول المالكية الخاصة: (العرف، ومراعاة الخلاف)
78	جهود علماء زليتن في خدمة المذهب المالكي تأليفاً وتدريساً وإفتاءً...
104	حكم الإعلام بإقامة الصلاة عبر مكبرات الصوت الخارجية
123	شرح الآلي المنظومة
146	شرك الألفاظ (مفهومه وأمثلة)
159	القراءات القرآنية في الغرب الإسلامي: "التأصيل والتأريخ: قراءة الإمام نافع نموذجاً"
184	نماذج من جهود الأجهوري الحديثية من خلال شرحه لمختصر ابن أبي جمرة....

النظر المصلحي والبعد المقاصدي لأصول المالكية الخاصة: (العرف، ومراعاة الخلاف)

الدكتور: رضوان غنيمي
أستاذ التعليم العالي / جامعة ابن زهر - المملكة المغربية-

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، والتابعين وتابعيهم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، اللهم لا سهل إلا ما جعلته سهلا ، وأنت تجعل الحزن إذا شئت سهلا وبعد،

ففي ظل تنامي دعاوى جمود الفقه الإسلامي، وعدم قدرته على احتواء مستجدات الحياة المتسارعة، تظهر أهمية الخوض في هذا الموضوع من هذه الزاوية المالكية، فضلا عن كونه -في اعتقادي- يرمي إلى بناء الشخصية العلمية المغربية المالكية المنفتحة المواكبة لمستجدات الاجتهاد الفقهي المعاصر، من خلال الوقوف عند الأصول المشرقة للمذهب المالكي، المجلية لواقعته، وسعة أفقه، ومدى مراعاته لواقع ومصالح الناس من جهة، وتحقيق مقاصد الشارع من جهة أخرى، كل ذلك من خلال سعة هذه الأصول ومدى استيعابها لواقع الناس ومستجدات حياتهم انطلاقا من مراعاة مصالحهم، وتحقيق مقصد ومراد الشارع، وهذه الحقيقة ظاهرة بيّنة في أصول هذا المذهب الخاصة، ومنها: العرف ومراعاة الخلاف، محورا هذه المداخلة باعتبارهما عنوانا لانفتاح ومرونة هذا المذهب سواء في التعاطي مع مستجدات الحياة، أو من خلال انفتاحه على باقي المذاهب بشكل جعله يتميز بهذه الخصيصة كما سنحاول بيانه في هذه المداخلة المعنونة ب " النظر المصلحي والبعد المقاصدي لأصول المالكية الخاصة (العرف ومراعاة الخلاف)"

وقد انتظم عقد هذه المداخلة على الإجمال في مقدمة ومبحثين وخاتمة.

مما لاشك فيه أن الاجتهادات الفقهية المذهبية كانت وما تزال حاضرة مواكبة للتغيرات، والمستجدات التي تعرض للمكلف على جميع المستويات، ومن المعلوم أيضا هذه المواكبة والمصاحبة قد اختلفت مستوياتها من مذهب إلى آخر، وقد بقي المذهب المالكي حاضرا بقوة يؤطر هذه المستجدات و يُخضعها لشرع الله، ساعده في ذلك واقعته، ومرونته، وسعة أصوله المعتبرة لمقصد الشرع ومصلحة المكلف، وقد ظهر هذا النفس المقاصدي وهذا البعد المصلحي بشكل جلي في الأصول التي اختص بها المذهب المالكي وتوسع في إعمالها حتى أصبحت وصفا له: وهي عمل أهل المدينة والمصلحة المرسلّة وسدّ الذرائع والعرف ومراعاة الخلاف.

المبحث الأول: مراعاة الخلاف.

وفي هذا الأصل دليل على براعة المالكية وسعة الأفق لديهم في قبول الاختلاف المبني على الاجتهاد، فضلاً عن كونه من أبرز الدلائل على ظنية الاجتهادات الفقهية، والبراعة فيه حاضرة فيما ينبني على إعمال هذا الدليل؛ لأنه في حقيقته جمع بين دليلين، حتى اعتبره بعض أعلام المالكية من حسنات هذا المذهب قال عنه أبو العباس القباب: "فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب"¹، كما نصوا على حضوره في فتاويهم واجتهاداتهم، قال الشاطبي: ومراعاة الخلاف أصل في مذهب مالك، ينبني عليه مسائل كثيرة"². وقد عمل به الإمام مالك تارة ولم يعمله أخرى، فكانت نتيجة ذلك اختلافهم في عدّه من أصول المذهب أولاً، حتى قال أبو عبد الله بن الحاج³: "أما مراعاة الخلاف فتارة وتارة"⁴، وقال ابن أبي كف⁵:

وَرَعَى خُلْفَ كَانَ طَوْرًا يَعْمَلُ بِهِ وَعَنهُ كَانَ طَوْرًا يَعْدِلُ⁶

وهذا التردد من الإمام مالك في إعمال هذا الدليل نتج عنه فهم خاطئ لحقيقة اعتبار مراعاة الخلاف أصلاً من أصول المالكية، فاعتبر بعض الفقهاء هذا اضطراباً في منهج الإمام مالك تجاه هذا الأصل، وبالتالي لم يعدّوه ضمن أصول مذهبه، والحقيقة بخلاف هذا إذا ما علمنا أن تأرجح الإمام مالك بين اعتبار هذا الأصل تارة والعدول عنه تارة أخرى، مرّده إلى الشروط الخاصة التي اشترطها الإمام مالك للعمل بهذا الأصل.

مراعاة الخلاف لغة

تأتي المراعاة في اللغة بمعان لا تخرج في مجملها عن ملاحظة الشيء واعتباره ومراقبته، يقال: راعيت أمر فلان، إذا نظرت إلى ما يصير إليه أمره، ومنه مراعاة الحقوق، أي ملاحظتها واعتبارها⁷.

وأصل المراعاة مادة رعى، وهي تدور في الاستعمال اللغوي على معنيين أولهما:

¹ _ المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا والأندلس والمغرب للنشريسي، جماعة من المؤلفين بإشراف د. محمد حجي 388/6، بيروت، ط دار الغرب الإسلامي 1995م.

² _ الاعتصام للشاطبي 101 / 2 بيروت، ط دار الفكر 2003م

³ _ هو أبو عبد الله محمد الطالب بن حمدون بن الحاج، أحد كبار فقهاء المالكية قاضي الجماعة بمراكش ثم فاس، توفي في 1273 هـ للاستزادة ينظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص 401

⁴ _ حاشية الطالب بن الحاج على شرح مياره على المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، ط الأميرية 16/1

⁵ _ هو أبو العباس أحمد بن أبي كف من فقهاء المغرب في القرن الثالث عشر، من أشهر مؤلفاته منظومته لأصول المذهب المالكي.

⁶ _ إيصال السلك في أصول مذهب مالك ص 130

⁷ _ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري مادة: خلف 6/2358، معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس (2/408).

المراقبة والحفظ للشيء، وثانيهما: الرجوع.¹

أما الخلاف فهو ضد الوفاق، كما أن الاختلاف ضد الاتفاق، وخالفه يخالفه مخالفة وخلافاً، أي جاء بما يضاده ويغايره.²

قال الراغب الأصبهاني: والاختلاف والمخالفة: أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله وأقواله، والخلاف أعم من الضد، لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين.³

والخلاف والاختلاف عند الفقهاء هو أن تكون اجتهاداتهم وآراؤهم وأقوالهم في مسألة ما متغيرة، كأن يقول بعضهم: هذه المسألة حكمها الوجوب، ويقول البعض: حكمها الندب، ويقول البعض: حكمها الإباحة وهكذا.⁴

مراعاة الخلاف في الاصطلاح باعتبار التركيب الإضافي

والمتبع لاستعمالات الفقهاء لهذا المصطلح يلحظ بجلاء أنها لم تتعد في مجملها عن المعنى اللغوي، بل وجدناه محتوياً للمعنيين اللغويين السالفين أي: - مراقبة الشيء والرجوع إليه - ذلك أن دليل مراعاة الخلاف إذا أطلق عند الأصوليين انصرف الذهن معه إلى مراقبة مذهب المخالف وتبذره، وحفظه، على أساس الرجوع إليه والاستعانة به في حال وقوع النازلة التي تُحَوِّجُ الفقيه إلى إعمال لازم دليل المخالف مع أن أصل مذهبه مخالفته ابتداءً، فهذا المفهوم الاصطلاحي جمع ما تفرق في التعريف اللغوي، لأن الفقيه حفظ المذهب المخالف واستصحبه حتى إذا اضطر إلى إعماله رجع إليه.

ولن أطيل النفس في الحديث عن تعريفات هذا الدليل، ولا عن مواقف الفقهاء منه، سواء داخل المذهب أو خارجه، وسأقتصر على ما يتحقق به المراد منها، ومن ذلك ما عرفه به الإمام القباب في إطار جوابه عن سؤال للإمام الشاطبي فقال: "وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"⁵ ولا يخفى أثر العموم الذي يطبع هذا التعريف، وعرفه ابن عرفة الورغمي التونسي بقوله: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"⁶.

شرح التعريف

فقوله: "إعمال دليل"، أي دليل المذهب المخالف، وقوله: "في لازم مدلوله" قيد أخرج به إعمال الدليل في كامل مدلوله؛ لأن هذا ليس مراعاة للخلاف، وإنما إعمال للدليل وخروج من الخلاف، والفرق بين القاعدتين والأصلين كبير؛

¹ _ مقاييس اللغة (2/408).

² _ لسان العرب لابن منظور، مادة خلف 90/9.

³ _ مفردات غريب ألفاظ القرآن للراغب الأصبهاني ص 294.

⁴ _ نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء الدكتور محمد الروكي ص: 179.

⁵ _ المعيار المعرب للونشريسي 388/6.

⁶ _ شرح الرصاع على حدود ابن عرفة 263/1.

لأن إعمال دليل المخالف في مراعاة الخلاف هي مراعاة جزئية تقتضي اعتبار المذهب الأصلي من وجه ومذهب المخالف من وجه آخر، وهذا النوع لا يعرفه غير المالكية.

أما الخروج من الخلاف، فبالرغم من الاستعمال الواسع له من قبل الفقهاء قديما وحديثا إلا أن الباحث لا يكاد يجد له تعريفا خاصا باعتباره مركبا إضافيا، باستثناء بعض محاولات المتأخرين والمعاصرين، ولعل مرد ذلك إلى عدم حاجة الفقهاء إلى تعريفه؛ لانطباعه في أذهانهم بشكل جعل معناه واضحا جليا، باعتباره مراعاة كلية تقتضي إهمال المذهب والعدول عنه إلى مذهب المخالف في نازلة بعينها، وهذا النوع معروف عند الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية، ومثاله ما أورده القرطبي في معرض تفسيره لقول الله تعالى: "وإذا قيل لهم اركعوا لا يركعون"¹.

يقول الإمام: "ذكر أن مالكا -رحمه الله- دخل المسجد بعد صلاة العصر، وهو ممن لا يرى الركوع بعد العصر، فجلس ولم يركع، فقال له صبي: يا شيخ قم فاركع، فقام فركع ولم يحاجه بما يراه مذهبا، فقليل له في ذلك، فقال: خشيت أن أكون من الذين إذا قيل لهم اركعوا لا يركعون"².

وحاصل الفروق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف ما يلي:

1_ أن مراعاة الخلاف في أصلها عند من يقول بما من الفقهاء المعتدّ بفقهم قائمة بالأساس على مراعاة مصلحة المكلف والتيسير عليه ورفع الحرج عنه، ومحاولة إيجاد الحل الشرعي لما تلبس به باعتماد قول مذهب آخر له حظ من النظر.

أما الخروج من الخلاف بالنسبة للفقهاء فيبقى دافعه ورع وتحرز المجتهد احتياطا لدينه.

2_ مراعاة الخلاف لا يُصار إليها -عند المالكية- إلا بعد وقوع النازلة تخفيفا على المكلف، ومراعاة للمصالح والمفاسد.

أما الخروج من الخلاف فلا يكون إلا قبل النازلة، لأن الدافع إليه كما تقدم هو الاحتراز والاحتياط للدين.

3_ مراعاة الخلاف وإعمالها في بعض النوازل لا يبت فيه إلا الفقيه المجتهد المؤهل للنظر في المصلحة ومدى اعتبارها أو إلغائها، وتقدير حجم الضرورة الموجبة للتخفيف والتيسير ورفع الحرج على المكلف، ولأن الفقيه مطالب بالنظر في الأدلة والمقارنة بينها إذ ليس كل خلاف يراعى، وإنما الخلاف المعتبر، يقول الإمام الشاطبي: "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء"³.

¹ _ سورة المرسلات، الآية 48

² _ الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي ج 21 ص 580،

تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، سنة النشر: 1427 - 2006

³ _ فتاوى الشاطبي ص 119

أما الخروج من الخلاف فيتصور وقوعه من العالم وغيره والمجتهد وغيره، لأن دافعه كما تقدم الورع والاحتياط للدين. 4_ مراعاة الخلاف لا تقتضي تجاوز دائرة الاختلاف إلى دائرة الاتفاق؛ لأن فيه جمعا بين دليل المذهب الأصلي والمذهب المخالف.

أما الخروج من الخلاف ففيه عدول عن المذهب الأصلي بالكلية، والانتقال إلى دائرة الاتفاق التام مع المذهب الآخر، ومثاله ما صدر عن الإمام المازري لما كان يجهر بالبسملة في الفاتحة ونقله عنه أبو حفص الميناجي¹ قال: صليت خلف الإمام أبي عبد الله المازري، فسمعتة يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، ولما خلوت به قلت له: يا سيدي سمعتك تقرأ في صلاة الفريضة كذا، فقال: أو قد تفتنت لذلك، فقلت له: يا سيدي أنت اليوم إمام في مذهب مالك، ولا بد أن تخبرني، فقال لي: اسمع يا عمر: قول واحد في مذهب مالك أن من قرأ بسم الله الرحمن الرحيم في الفريضة لا تبطل صلاته، وقول واحد في مذهب الشافعي أن من لم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم بطلت صلاته، فأنا أفعل ما لا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي وتبطل بتركه في مذهب غيره، لكي أخرج من الخلاف.²

بعض فروع المالكية في الأخذ بمراعاة الخلاف

أ_ نكاح الشغار.

وكما يقال بالمثال يتضح المقال: نكاح الشغار: صورته أن يشترط كل ولي على الآخر أن يزوجه وليته مقابل أن يزوجه بدوره وليته، زوجني ابنتك أزواجك ابنتي أو زوجني أختك أزواجك أختي، أي مقابلة البضع بالبضع قال ابن عاصم:

وَعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارٌ³

وَالْبُضْعُ بِالْبُضْعِ هُوَ الشِّغَارُ

فذهب المالكية إلى منع هذا النكاح وإذا انعقد فهو فاسد يجب فسخه؛ لأنه معدوم شرعا، والقاعدة أن "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"⁴ خلافا للحنفية الذين أجازوه، لأنه عندهم قد استوفى شروط وأركان العقد، ومسألة مقابلة البضع بالبضع عندهم لا تؤثر في العقد، لأن النكاح عندهم مؤبد أدخل فيه شرط فاسد، والشروط الفاسدة عندهم لا تبطل

¹ هو تقي الدين أبو حفص عمر بن عبد المجيد بن عمر بن حسين القرشي، العبدري المعروف بالميناجي، ويقال: الميناشي، المالكي، المتوفى سنة (580هـ) من مؤلفاته: ما لا يسع المحدث جَهْلُهُ، معجم البلدان 239/5.

² إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك لأحمد بن يحيى الوشيري ص 186، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط 1 1427 هـ - 2006 م

³ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي 431/1

⁴ نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للدكتور محمد الروكي: ص 456. نشر كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط، ط 1 سنة 1994م.

العقد، وإنما يلغى الشرط ويصحّ العقد¹، فالمذهبان مخالفان، والنكاح قد وقع وترتبت آثاره، (الأبناء) وهي حقوقهم في النسب والإرث، وهما مصلحتان عظيمتان لا يمكن تفويتهما، فوجدنا الامام مالكا هنا يأخذ بالمذهب المخالف مراعاة للمصلحة، ويظهر إعماله مراعاة الخلاف في حكمه بالفسخ وفق أصل مذهبه، مع ضمان حق الأبناء في النسب والإرث، وهو لازم دليل المخالف، وهذا دال على أن المالكية لا يعملون هذا الدليل إلا إذا اضطروا للبحث عن مخرج معتبر من وجه بعد وقوع النازلة لا قبلها.

ب_ من دخل مع الإمام في صلاته فنسي تكبيرة الافتتاح

إذا دخل المأموم المسبوق مع الإمام وهو رাকع، فكبر للركوع ناسيا تكبيرة الإحرام، فقد حكم المالكية بجواز إتمام صلاته وعدم قطعها، مراعاة لمن قال بأن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام، لأنه بدخوله في الصلاة تكون ذمته قد شغلت عملا بقاعدة الشروع في العبادة يلزم إتمامها.

روى سحنون عن مالك -رحمه الله- أنه قال: فيمن دخل مع الإمام في صلاته فنسي تكبيرة الافتتاح: إن كان كبير للركوع ينوي بذلك تكبيرة الافتتاح أجزأته صلاته، وإن لم ينو بتكبيرة الركوع تكبيرة الافتتاح فليمض في صلاته ولا يقطعها، فإذا فرغ من صلاته مع الإمام أعادها.

وقال مالك . فيما بلغه أنه قال: ” إنما أمرت من خلف الإمام بما أمرته به لأني سمعت أن سعيد بن المسيب قال: يجزئ الرجل مع الإمام إذا نسي تكبيرة الافتتاح تكبيرة الركوع. قال: وكنت أرى ربيعة بن أبي عبد الرحمن يعيد الصلاة مرارا فأقول له: مالك يا أبا عثمان؟ فيقول: إني نسيت تكبيرة الافتتاح، فأنا أحب له في قول سعيد أن يمضي، لأني أرجو أن يجزئ عنه، وأحب له قول ربيعة أن يعيد احتياطاً، وهذا في الذي مع الإمام. وذكر القاضي عبد الوهاب استحباب ذلك، وإن اختار المأموم أن يقطع ويبتدأ، فله ذلك.²

حجية العمل بمراعاة الخلاف

1. قصة ولد زمعة

اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سعد: إنه ابن أخي عتبة عهد به إلي انظر شبهه، وقال عبد: هو أخي ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر الرسول صلى الله عليه وسلم إليه، ثم حكم به لعبد بن زمعة وقال: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجَّيْ مِنْهُ يَا سَوْدَةُ" عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح

¹ _ حدود ابن عرفة 265/1

² _ المدونة الكبرى سحنون 161 / 162.

أخذه سعد بن أبي وقاص؛ و قال: "ابن أخي قد عهد إلي فيه" فقام عبد بن زمعة فقال: "أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم؛ فقال سعد: يا رسول الله؛ ابن أخي كان قد عهد إلي فيه. فقال عبد ابن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "هو لك يا عبد بن زمعة"؛ ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"؛ ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي صلى الله عليه وسلم: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة¹.

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم به لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم أمر سودة بالاحتجاب منه لما رآه من الشبه بعتبة، وهذا دليل على إعماله صلى الله عليه وسلم للدليلين معاً، وإلا فلا مسوغ لأن تحتجب منه سودة، لأنه أخوها.

2_النكاح بغير ولي

قوله عليه الصلاة والسلام: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا"².

فالرسول صلى الله عليه وسلم أثبت هنا أيضاً مشروعية العمل بهذه القاعدة، فحكم بالبطالان ابتداءً على من زوجت نفسها دون ولي، وهذه صورة تقتضي ألا تستحق مهراً ولا غيره من الحقوق، لكن إذا وقع الزواج بهذه الصفة، فإن الزوجة تستحق المهر، اعتباراً لآثار الزواج، فيكون بينهما التوارث، ويثبت النسب للأولاد.

فالبعد المصلحي والمقاصدي ظاهر جلي في الفقه المالكي من خلال هذا الأصل، مما يجعله من أعظم المذاهب الفقهية استحضاراً لروح الشريعة ومقاصدها ومآلاتها، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالضروريات الخمس، بل تفوق المالكية على غيرهم في العناية بها ومنع المساس بها، ولعل أصل مراعاة الخلاف قد ساعدهم في تحقيق هذا التميز الذي وجدناه حاضراً بقوة عند فقهاء الصحابة، صورة ذلك من جعلت لنفسها وليين، فزوجها الأول ثم زوجها الثاني دون علمه بزواجها، ودون علمها هي بزواجها الأول، ودخل بها الثاني فهو أحق بها رغم أن عقده عليها باطل لزواجه بمتزوجة، لكن لما كان الزواج قد تم وترتبت آثاره أمضاه عمر مراعاة لحق الزوجة في الإرث.

شروط العمل بمراعاة الخلاف

اشترط المالكية لإعمال مراعاة الاختلاف جملة من الشروط منها:

1_ ألا تؤدي مراعاة الاختلاف إلى خرق الإجماع

¹ _ الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم: 1418

² _ سنن أبي داود، كتاب النكاح باب الولي، رقم الحديث 2083

كمن تزوج بدون ولي، ولا شهود، وبأقل من ربع الدينار في الصداق، فهذه الصورة مجتمعة لم يقل بها أحد من الفقهاء، ولو عرضت هذه الصورة على المالكية لكانت عندهم فاسدة، ولو عرضت على الأحناف لكانت فاسدة كذلك، وعند الشافعية أيضاً، وهذا الفعل هو المسمى عند الفقهاء بالتلفيق بين المذاهب، وهو ممنوع شرعاً.

فالمهر بدانق وهو سدس الدرهم لم يقل به سوى الشافعية، والعقد دون ولي لم يقل به سوى الحنفية، والعقد دون شهود نقل فقط عن المالكية.

2_ أن يكون الذي يراعي الخلاف مجتهداً.

فليس كل أحد مؤهلاً لهذه المهمة، ولو فتح الباب أمام الجميع لضاع المذهب، ولأجل ذلك تشدد المالكية في لشرط المراعي أن يكون مجتهداً، قال الشاطبي: " مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء... وليس إلينا معشر المقلدين"¹

وهو المعنى نفسه الذي أكده مياره الفاسي في قوله: " هذا —يقصد مراعاة الخلاف— من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة فبحيث ترجح عندهم دليل الغير أعمالوه، وحيث لا أهملوه"².

من خلال هذا الشرط تظهر مدى العناية التي أولاهها المالكية لخدمة هذا الأصل من مذهبهم، مع مراعاة ما قرروه في مذهبهم من أن الترجيح والتخريج في المذهب من أقسام الاجتهاد المعترف على جواز القول بتجزؤ الاجتهاد.

3_ ألا يخرج الفقيه عن المذهب بالكلية.

لأن فعله هذا يسمى خروجاً من الخلاف لا مراعاته.

4_ أن يراعي الخلاف المشهور

لأن الخلاف منه المعترف ومنه غير المعترف، فليس كل خلاف يراعى، وقد نص فقهاء المالكية على هذا الشرط صراحة حفاظاً على حاكمية الشريعة وقداسة أحكامها، قال ابن عبد السلام: " والذي ينبغي أن يُعتقد أن الإمام مالكا إنما يراعي ما قوي دليله"³.

ولعل هذا الشرط مما يُفكّ به لغز إعمال الإمام مالك مراعاة الخلاف تارة وإهماله أخرى.

¹ _ فتاوى الشاطبي، تحقيق أبو الأحناف ص 119

² _ شرح تحفة ابن عاصم لمياره الفاسي 7/1

³ _ شرح حدود ابن عرفة للرصاص 269/1

خلاصة

من خلال هذا الجرد السريع، يتضح بجلاء أن مراعاة الخلاف عند المالكية أشبه بالمنفذ الذي يهرع إليه الفقيه لمعالجة النوازل والقضايا الطارئة الواقعة، حتى لا يفوت على المكلف ما هو من المصالح المعتبرة شرعاً، لأجل ذلك كان مالك لا يعمل إلا عند الحاجة، كما أن إعماله لدى المالكية يعتبر من أهم العوامل التي أسهمت في سد الطريق أمام تسرب التعصب المذهبي المقيت لمذهبهم، كما يقرب المسافات بين الاتجاهات الفقهية التي قد تبدو متباعدة، لسان حاله يعرب عن تفرق الحق بين الفقهاء، دون أن يكون حكراً على مذهب بعينه أو مجتهد بعينه.

بل القاعدة كما قررها الشافعي: رأيي صواب يحتمل الخطأ، ورأيي غيري خطأ يحتمل الصواب.

المبحث الثاني: أصل العرف

تمهيد:

العرف في حقيقته لا يعدو أن يكون ضرباً من الاستصلاح، ذلك أن الفقيه المجتهد حين يراعي عادات الناس وأعرافهم للفصل بينهم فيما نشأ بينهم، إنما راعى في الحقيقة مصالحهم المرسلّة المعتبرة دون تصريح، أي التي لم ينص عليها الشرع بنص خاص اعتباراً أو إلغاءً، لكن شهدت لها عمومات الشريعة، وقد أُعمل هذا الدليل بهذا المعنى من قبل الفقهاء جميعاً، لكن توسع الإمام مالك في الأخذ به، واعتباره دليلاً مستقلاً يبنى عليه حكم شرعي، حتى صار وكأنه خاص به، ويسمى هذا الأصل كذلك بالعادة والعمل، قال ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار¹

وقد عرف بتعاريف كثيرة منها:

ما عرفه به ابن عابدين حيث يقول: العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد.²

والملاحظ في هذا التعريف أنه يساوي بين العادة والعرف بشكل تام، خلافاً لمن ذهب إلى أن العرف خاص بالمعاملات كما هو الحال مع بعض المتأخرين أمثال عبد الوهاب خلاف الذي عرف العرف بقوله: العرف ما اعتاده الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم.¹

¹ _ مجموعة رسائل ابن عابدين 112/2

² _ مجموع رسائل ابن عابدين 114/2

وعرفه النسفي في مستصفاه بقوله: «ما استقرت في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»².
-وهو المختار عندي-.

شرح التعريف

أما قوله: ما استقر في النفوس فالمقصود به كل ما اعتادته النفوس وعملت به حتى ألفته وصار عندها سجية، وفيه قيد خرجت به العوائد والأعراف العارضة التي تزول ولا تستقر.

أما قوله: من جهة العقول: فهو قيد آخر أخرج به ما ألفته النفوس من جهة الهوى والتشهي، كما هو الحال في أعراف كثيرة وعادات عديدة ألفها الناس، وهي مخالفة للشرع، بل للفطرة السليمة.

أما قوله: تلقته الطباع السليمة بالقبول: فمقصوده ما اصطلاح وتواضع على اعتباره عرفاً ذوو العقول السليمة الراجحة، ممن يتوسم فيهم الخير والصلاح من أهل النهى، وفي الآن نفسه قيد أخرج به ما لم تلقه الطباع السليمة بالقبول، وما تلقته الطباع غير السليمة بالقبول أيضاً، فكل ذلك غير داخل تحت مسمى العرف الذي نتحدث عنه بوصفه أصلاً من أصول المذهب التي يصار إليه، بل ونخصص به النص العام.

أنواع العرف

ينقسم العرف باعتبارات متعددة إلى أنواع مختلفة منها:

1_ باعتباره عرفاً قولياً وفعلياً.

أ_ العرف القولي:

وهو ما اعتاده الناس من إطلاق بعض الألفاظ على بعض المعاني، كالدابة مثلاً يفيد بوضعه كل ما يدب على الأرض، لكن اقتضى عرف الناس أنه إذا أطلق انصرف الذهن إلى ذوات الأربع، وتعارفهم أيضاً على أن الولد إذا أطلق أريد به الذكر، مع أن معنى اللفظ بوضعه يفيد الذكر والأنثى قال تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"³ وتعارفهم على أن السمك ليس لحماً والله تعالى يقول: وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ حَمَماً طَرَباً⁴.

ب_ العرف الفعلي:

¹ _ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص 273

² _ المستصفى لحافظ الدين النسفي ص 50، شرح الكوكب المنير 4 / 448، التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ص 193، والكليات ص 617.

³ _ سورة النساء، الآية 11

⁴ _ سورة النحل، الآية 14

عرف عملي، وهو ما اعتاده الناس من أعمال أو أفعال، حتى يصير هذا العمل حقيقة عرفية فيه، ويكون الأصل اللغوي مهجوراً أو كالمهجور، ومن ذلك تخصيص المغاربة يوم الجمعة بطعام معين، ودخول الحمام دون تعيين الوقت وقدر الماء، وكذلك الجلوس في المقاهي...

2_ باعتبار العرف العام والعرف الخاص.

أ_ العرف العام: وهو العرف الذي يجري على كافة أهل البلد، فلا تختص به طائف دون أخرى، كتعجيل جزء من الصداق وتأجيل الباقي.

ب_ العرف الخاص: هو العرف الذي يجري على فئة دون غيرها، كالتجار والصناع والحرفيين، وهذا النوع يرجع إليه للفصل بين أهله فقط.

3_ باعتبار العرف المشروع والعرف الممنوع.

أ_ العرف المشروع: وهو الذي يوافق الشريعة، وهذا هو المقصود بالعرف إذا أطلق، وهو المعتبر دليلاً، وهو محل بحثنا.

ب_ العرف غير المشروع: وهو العرف أو الأعراف التي اعتادها الناس، وربما ألفوها، ولكنها في حقيقتها تصادم الشريعة وتحالفها، وما أكثر الأعراف الفاسدة في أعراس الناس ومآتمهم، ومعاملاتهم، وبيوعاتهم، وأقوالهم، قال الدكتور الزرقا: "إذا كانت العادة مصادمة للأدلة الشرعية فلا عبرة بها".¹ قال محمد مولود الشنقيطي: فالعرف إن صادم أمر البارئ وجب أن ينبذ بالبراري²

دليل حجية العرف

احتج المالكية بجملة من الأدلة الشرعية من نصوص الوحي، قرآناً وسنة، على جواز مشروعية العرف باعتباره دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام وبنائها عليه، وقد أشرنا من قبل إلى أن العرف لا يعدو كونه ضرباً من الاستصلاح، وبالتالي تكون أدلة الفرع هي أدلة الأصل، لكن لا بأس بإيراد بعض الأدلة الخاصة التي احتج بها المالكية، ومن ذلك:

أ_ من القرآن الكريم.

1_ قول الله تعالى: "خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين"³

¹ _ المدخل للزرقا 902/1

² _ شرح زاد المستقنع لمحمد المختار الشنقيطي ص 127

³ _ سورة الأعراف، الآية 199

فالخطاب في الآية موجه للنبي صلى الله عليه وسلم يأمره بأخذ العفو والأمر بما تعارف الناس عليه بطباعهم السليمة المحكومة بالشرع، ووجه الاستدلال أن أمر الله عز وجل نبيه بتحكيم العرف دليل على اعتباره في الشرع، وقد أقرت الشريعة بالفعل أعرافا كثيرة كانت معروفة في الجاهلية، بعد أن عدلتها وصححتها وأزالت عنها ما التصق بها من شوائب الجهل، ومعالم الفطر المنحرفة، ومثال ذلك عدة المتوفى عنها: قَالَتْ زَيْنَبُ: وَسَمِعْتُ أُمِّي أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَقُولُ: "جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنَتِي تُؤَيِّي عَنْهَا زَوْجَهَا وَقَدْ اشْتَكَتْ عَيْنَيْهَا أَفَتَكْخُلُهُمَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لَا، مَرَّتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا، كُلُّ ذَلِكَ يَقُولُ لَا، ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ، قَالَ حُمَيْدُ بْنُ نَافِعٍ: فَقُلْتُ لِرَئِيسِ زَيْنَبَ: وَمَا تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ؟ فَقَالَتْ زَيْنَبُ: كَانَتْ الْمَرْأَةُ إِذَا تُؤَيِّي عَنْهَا زَوْجَهَا دَخَلَتْ حِفْشًا وَلَبَسَتْ شَرَّ ثِيَابِهَا وَلَمْ تَمَسَّ طَبِيبًا وَلَا شَيْئًا حَتَّى تَمُرَّ بِهَا سَنَةٌ، ثُمَّ تُؤَيِّي بِدَابَّةٍ جِمَارٍ أَوْ شَاةٍ أَوْ طَيْرٍ فَتَقْتَضُ بِهِ، فَقَلَمًا تَقْتَضُ بِشَيْءٍ إِلَّا مَاتَ، ثُمَّ تُخْرِجُ فَتَقْطَعُ بَعْرَةً فَتَرْمِي بِهَا ثُمَّ تُرَاجِعُ بَعْدَ مَا شَاءَتْ مِنْ طَبِيبٍ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ مَالِكٌ: وَالْحِفْشُ الْبَيْتُ الرَّدِيءُ، وَتَقْتَضُ تَمْسُخُ بِهِ جِلْدَهَا كَالنُّشْرَةِ"¹.

كانت هذه الأعراف الفاسدة سائدة في المجتمع الجاهلي، فلما جاء الإسلام أبطل هذه العادات والأعراف الفاسدة، وأقر الأصل الذي هو العدة.

2_ استدلو أيضا بقول الله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"².

ووجه الدلالة أن الآية نص في الاحتكام إلى العرف في بعض التقديرات الشرعية كالطلاق إذا وقع فقد وجبت النفقة على المطلقة ومولودها، فإن لم يتفقا في تقديرها فإن الشرع يحيلهما على عرف البلد، ضابطا لمقدار هذه النفقة، وهو المعنى الذي ذهب إليه الإمام الطبري في معرض تفسيره للمعروف في الآية حين قال: إذا كان الله ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغي والفقر، وأن منهم الموسع والمفتقر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته.³

3_ استدلو أيضا بقوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"⁴.

ووجه الدلالة هنا أن النص رد الضابط في حقوق وواجبات الزوجة إلى العرف، فلا تطالب بما هو خارج عنه، ولا تُحرم ما هو منصوص عليه به.

ب_ من السنة النبوية

¹ _ موطأ الإمام مالك، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإحداد.

² _ سورة البقرة، الآية 233

³ _ جامع البيان في تأويل القرآن للطبري 509/2

⁴ _ سورة البقرة، الآية 228

استدلوا بالحديث الموقوف عن عبد الله بن مسعود " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"¹.
ووجه الدلالة هنا أن ما تعارف عليه المسلمون وألفوه واطمأنت إليه نفوسهم -ولا تطمئن نفوسهم وفطرهم السليمة إلى لما يقبله الشرع- فهو عند الله مقبول مشروع.

2_ عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولذك بالمعروف².
ووجه الاستدلال هنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد احتكم إلى العرف في استفتاء هند جواز الاستمرار في الأخذ من مال زوجها دون علمه بسبب بخله، فأحاله النبي صلى الله عليه وسلم على العرف.
ج_ استدلوا أيضا بمجموعة من القواعد الفقهية المتفق عليها:

قاعدة: « العادة محكمة »⁽³⁾،

المعروف عرفا كالمشروط شرطا⁴.

المعلوم بالعادة كالمشروط بالنص، أو العرف كالشرط، والعرف كالنص⁵.

التعيين بالعرف كال تعيين بالنص⁶.

د_ ومن جميل ما يمكن الاستدلال به أيضا ما نُقل عن الإمام علي رضي الله تعالى عنه أنه كان ينشد:

إِنَّ الْمَكَارِمَ أَخْلَاقٌ مَطَهَّرَةٌ	فَالْعَقْلُ أَوْهَانٌ وَالِدَيْنُ ثَانِيهَا
وَالْعِلْمُ ثَالِثُهَا وَالْحِلْمُ رَابِعُهَا	وَالْجُودُ خَامِسُهَا وَالْعُرْفُ سَادِيهَا
وَالْبِرُّ سَابِعُهَا وَالصَّبْرُ ثَامِنُهَا	وَالشُّكْرُ تَاسِعُهَا وَاللِّينُ عَاشِيهَا ⁷

بعض التطبيقات الفقهية للعرف عند المالكية.

¹ _ هذا حديث موقوف على عبد الله بن مسعود وتكاملته : « ما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء » ، أخرجه الحاكم في المستدرک ، كتاب معرفة الصحابة رقم (4465) وقال : حديث صحيح الإسناد.

² _ صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف.

³ _ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 93، جمع الجوامع مع شرح المحلى 2 / 356 ، شرح الكوكب المنير 4 / 448 ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 89 .

⁴ _ الأشباه والنظائر للسيوطي ص 92

⁵ _ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد مصطفى الزحيلي، 1/345

⁶ _ نفسه، 1 / 349

⁷ _ المستطرف في كل فن مستظرف للأبشيهي 1 / 32 .

—أحال الإمام مالك على العرف في مواضع كثيرة، منها: تحديد مقدار النفقة على الزوجة أو المطلقة في قول الله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته"¹ بحيث أرجع الأمر إلى العرف السائر في البلد.

—أحال أيضا على العرف لتحديد حقيقة الحرز الموجب للقطع في السرقة، قال ابن رشد: «والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق».²

وذهب مالك إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرج منه من جميع الدار، قال في الموطأ: «الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه، ليس معه فيها غيره فإنه لا يجب على من سرق منها شيئا قطع حتى يخرج من الدار كلها، لأن الدار كلها هي حرزه، فإن معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزا لهم جميعا، فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئا يجب عليه القطع، فخرج به من الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع».³

— بل إن الإمام مالكا ذهب إلى أبعد من هذا في إعمال العرف والاحتكام إليه لما جعله مخصصا للعام في قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"⁴.

فسياق الآية من الخبر الذي يراد منه الطلب، أي يجب على الوالدات أن يرضعن أولادهن، و "أل" في الوالدات تفيد العموم، أي كل والدة دون تمييز، لكن وجدنا الإمام مالكا يخصص هذه الآية بالعرف؛ إذ ثقل عنه أن الشريفة التي لم يجر العرف بإرضاع مثيلاتها لا يجب عليها الإرضاع، بل على الزوج استئجار من ترضع له، قال ابن رشد: «وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، ...أوجبوا ذلك على الدنيئة، ولم يوجبوه على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك».⁵

—أحال على العرف في معرفة أقل الحيض بخلاف من يحدده من الفقهاء؛ لأن مالكا يرى ذلك من المسائل العرفية الخاصة بالنساء، تتعلق بعاداتهن وأحوالهن، وكذلك أطول مدة الحمل.

—أحال أيضا على العرف لفض النزاع بين الزوجين في ملكية متاع البيت، إذ المعلوم أن ما كان خاصا بالرجال فهو للزوج، وما كان خاصا بالنساء فهو للزوجة، لكن إذا اختلفا في هذا أيضا فالحكم للعرف، فما تعارف الناس على أنه للرجال كان له، وما تعارفوا عليه أنه للنساء كان لها.

¹ — سورة الطلاق، الآية 7

² — بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج 2، ص: 411.

³ — الموطأ، كتاب الحدود، باب جامع القطع .

⁴ — سورة البقرة 233

⁵ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 / 56

أحال أيضا على العرف للفصل في مقدار صداق المثل.

شروط العمل بالعرف عند المالكية.

إذا كان المالكية قد توسعوا في أعمال هذا الأصل والاحتكام إليه فقد اشترطوا لذلك شروطاً، منها:

1_ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

ويُقصد بهذا أن هذا العرف الذي نحتكم إليه، ينبغي أن يكون مما ألفه الناس واعتادوه، وكرروه بينهم باستمرار دون انقطاع، أو انقطع مرة أو مرات، أما ما فعله الناس مرة أو مرات لا يسمى عرفاً، ومثال العرف المطرد تعجيل الناس لجزء من الصداق وتأجيل الباقي، قال السيوطي: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا.¹

وانخراق العرف مؤقتاً لا يقدح في اعتباره؛ لأن الغالب متحقق كما نص على ذلك الشاطبي في موافقاته حيث يقول: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها، ما بقيت عادة على الجملة".²

2_ ألا يكون طارئاً:

ومن ذلك قاعدة "لا عبرة بالعرف الطارئ"³ نقصد بذلك أن هذا العرف الذي نريد أن نلجأ إليه، ينبغي أن يكون سابقاً للنازلة، متداولاً بين الناس في مثلها، بحيث لو وقع النزاع في عقد من العقود مثلاً وأردنا الاحتكام إلى العرف، فلم نجد عرفاً قائماً، فإنه لا مجال للقول بأن هذه النازلة الحائلة هي بداية ما سيصير عرفاً بعد ذلك ثم نحتكم إليه، لأن هذا من العبث الممّيع للشريعة، يقول آل بورنو: "العرف الذي يوجب العمل يجب أن يكون مقارناً للعمل مصاحباً له، وسابقاً له في الوجود؛ لأن العرف لا يشتهر إلا بعد مضي أزمان على وجوده، وأما العرف اللاحق للعمل الحادث بعده فلا اعتداد به ولا اعتبار له".⁴

3_ ألا يخالف نصاً شرعياً:

والأصل أن هذا الشرط أول الشروط وأولها بالاعتبار، لأننا لو فتحنا الباب أمام كل عرف واحتكمتنا إليه لميعنا الشريعة، ولأفقدناها حاكميتها، وحينئذ يدعي كل من أراد أن يستحل منكراً أن ذلك عرف، وقد انتشرت بين الناس أعراف كثيرة مما هو من قبيل المنكر.

4_ ألا يعارضه تصريح بعكسه:

¹ _ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص 185

² _ الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية للشاطبي 575/2/1

³ _ الأشباه والنظائر للسيوطي ص 96

⁴ _ موسوعة القواعد الفقهية محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو 401/7 مؤسسة الرسالة، بيروت - ط 1، 1424 هـ - 2003 م

نقصد بذلك معارضة نص صريح لخلاف مقتضى العرف من أحد طرفي المعاملة، ويوافق الطرف الآخر، ومثاله: لو جرى العرف في البيع عند الناس أن السلعة يتحمل تكلفة نقلها البائع، لكن في معاملة معينة اشترط هذا البائع على المشتري التحلل من هذا العرف، وأن تكلفة نقل هذا المبيع على المشتري، فوافق المشتري على هذا التصريح المخالف للعرف، ثم بعد إبرام العقد عاد يدعي الاحتكام إلى العرف، فالحاصل أن العرف هنا لا عبرة به، والمسلمون عند شروطهم.

خاتمة.

من خلال هذه الإطلالة الخفيفة، والوقفات السريعة مع هذين الأصلين بتطبيقاتهما في المذهب المالكي، تبرز حقيقة مراعاة المالكية من خلال أصل مراعاة الخلاف، لطنية الاجتهادات الفقهية، بشكل يجعل هذا المذهب بعيدا كل البعد عن أي مظهر من مظاهر التعصب الناشئ عن ضيق أفق بعض المقدين، الذين حملوا الائمة الأعلام ما لم يهتموا فضيقوا واسعا، كما تظهر مراعاة البعد المصلحي في هذا الأصل من خلال حرص المالكية على عدم اللجوء إليه إلا في حالة الاضطرار الموجبة لتحقيق مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرأ المفاسد عن المكلفين، ولم تغب هذه المراعاة للمصالح أيضا في احتكامهم إلى العرف، وتقديمه على القياس إذا خالفه تقديمهم للنظر المصلحي، وتحقيقا للبعد المقاصدي، بل جعلوا العرف مخصصا للعام، ومقيدا للمطلق كما بينا في ثنايا هذا البحث.

إن مراعاة الخلاف، وإعمال العرف، لا يزالان دائما دليلين ساطعين على حياة الفقه المالكي، وقدرته على مواكبة مستجدات الحياة، وإخضاعها لشرع الله، لما يكسبانه من مرونة تمكنه من امتصاص ترددات الواقع بمسائله ومشكلاته الطارئة، فكان بحق فقها واقعيا، ولعله السر في قدرة هذا المذهب على التجدد.

لائحة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم

كتب التفسير:

- ❖ الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط، 1، 1427 هـ - 2006 م
- ❖ جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير بن يزيد الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط. الأولى، 1420 هـ - 2000 م

كتب الحديث

- ❖ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422 هـ
- ❖ سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.
- ❖ المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 - 1990.
- ❖ الموطأ، للإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبجي الحميري، أبو عبد الله، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء التراث العربي سنة 1406 هـ - 1985 م.

كتب اللغة

- ❖ التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م.
- ❖ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم - بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 .
- ❖ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المؤلف: أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي، تحقيق عدنان درويش، مؤسسة الرسالة.

- ❖ لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ .
- ❖ معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر 1399 هـ - 1979 م.
- ❖ المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - 1412 هـ.

كتب الفقه وأصوله

- ❖ _ الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، لمحمد بن أحمد بن محمد ميارة الفاسي أبو عبد الله، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث القاهرة، 2011 م.
- ❖ _ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م.
- ❖ _ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لعبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي، جلال الدين، دار الكتاب العلمية، الطبعة الأولى 1403 هـ - 1983 م.
- ❖ _ الاعتصام، للشاطبي، ط دار الفكر بيروت، 2003 م.
- ❖ _ البهجة في شرح التحفة ومعه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم لعلي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن - محمد بن محمد التاودي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998 م.
- ❖ _ إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، لمحمد يحيى بن محمد المختار الولاقي، تحقيق، مراد بوضاية، الطبعة الأولى 1427 هـ - 2006 م.
- ❖ _ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، لأحمد بن يحيى الونشريسي، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1427 هـ - 2006 م .
- ❖ _ حاشية الطالب بن الحاج على شرح مياره على المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، ط الأميرية.
- ❖ _ شرح الرصاع على حدود ابن عرفة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، سنة النشر: 1427 هـ - 2006 م.
- ❖ _ شرح حدود ابن عرفة لمحمد الأنصاري الرصاع، أبو عبد الله، تحقيق: محمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى 1993 م .
- ❖ _ شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع، للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق مرتضى علي بن محمد المحمدي الداغستاني، الطبعة الأولى 1426 هـ - 2005 م.

- ❖ شرح الكوكب المنير، لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة: الثانية 1418هـ - 1997م.
- ❖ علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة، الطبعة الثامنة.
- ❖ فتاوى الإمام الشاطبي، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، تحقيق: محمد أبو الأجنان تونس، الطبعة الثانية.
- ❖ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر دمشق، الطبعة: الأولى، 1427هـ - 2006م.
- ❖ مجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، دار النشر المطبعة العثمانية - طبعة الأولى 1321هـ.
- ❖ المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية 1425هـ - 2004م.
- ❖ المدونة الكبرى، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
- ❖ المستصفى في شرح النافع، لأبي البركات النسفي، حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، تحقيق: د. حسن أوزر ومحمد جابا؛ قدم له د. صفوت كوسا الطبعة الأولى.
- ❖ الموافقات في أصول الشريعة، لإبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، تحقيق: محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1425هـ - 2004م.
- ❖ موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1424هـ - 2003م.
- ❖ نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، للدكتور محمد الروكي، نشر كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط، ط 1 سنة 1994م.

كتب التراجم

- ❖ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد بن عمر قاسم مخلوف، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م.
- ❖ معرفة الصحابة، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة: الأولى 1419هـ - 1998م.

كتب النوازل

❖ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء أفريقيا والأندلس والمغرب للنشرسي، جماعة من المؤلفين بإشراف د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1995م.

كتب الأدب

— المستطرف في كل فن مستظرف، لشهاب الدين محمد الأبشيهي، دار المعرفة، الطبعة الثانية.