

أصول الإمام مالك في الموطأ

د. سماعين خالدي

هناك أصول وقواعد اختص بها كل مذهب من المذاهب الأربعة واشتهر بها دون غيره. وإنَّ الإمام مالك رحمه الله لم يدون أصوله التي بنا عليها مذهبه، واستخرج على أساسها أحكام الفروع التي استخرجها، والتي قيّد نفسه بها في الاستنباط بقبولها كأبي حنيفة، ولم يكن كتلميذه الشافعي الذي دون أصوله في الاستنباط وضبطها.

ولكن مالكاً، وإن لم يذكر أصوله الفقهية، فقد أشار إليها بتدوين بعض فتاويه ومسائله. وقد يصرّح ببعضها. فلقد صرّح بأخذه بعمل أهل المدينة، وبين بعض البواعث التي بعثته على ذلك، كما اشتمل الموطأ على أخذه بالقياس. وهكذا نرى في الموطأ ما يصرح به من أصول أو يشير إليها، وإن لم يكن فيه التوضيح والتوجيه لهذه الأصول. فلم يبين مثلاً ضوابط العلة في القياس، ومراتبه، ونحو ذلك.

وعموماً يمكن استخلاص الأصول التي استند إليها مالك من بعض كتب التشريع للمالكية، ولغيرهم، كما تستخلص أيضاً من بعض كتب الفقه المالكي.

وأهمها: القرآن الكريم، والسنة، والإجماع، وعمل أهل المدينة، وأقوال الصحابة والتابعين، والرأي والاستحسان، والعرف، والمصالح المرسلة وغيرها. ولكن معظم ما نَبّه إليه مالك في أصوله هو: السنة النبوية، وعمل أهل المدينة.

ويقرّر الإمام مالك معظم هذه الأدلة حين سئل: ما قولك في (الموطأ): "الأمر مجتمع عليه"، و"الأمر عندنا"، و"أدركت أهل العلم"، و"سمعت بعض أهل العلم"؟ فأجاب: "أما أكثر ما في الكتاب برأي، فلعمري ما هو برأي، ولكن سمع من غير واحد من أهل العلم والفضل والأئمة المقتدى بهم، الذين أخذت عنهم، وهم الذين كانوا يتقون الله، فكثرت عليّ ذلك، فقلت: رأي، وذلك رأي، إذا كان رأيهم مثل رأي الصحابة، أدركوهم عليه وأدركتهم أنا على ذلك. فهذا وراثته توارثوها قرناً عن قرن على زماننا، وما كان رأياً فهو رأي جماعة ممن تقدّم من الأئمة، وما كان فيه: الأمر مجتمع عليه من قول أهل الفقه والعلم، وكذا ما قلت فيه: ببلدنا، وما قلت فيه: بعض أهل العلم، فهو شيء أستحسنه من قول العلماء. وأما ما لم أسمع منهم، فاجتهدت ونظرت على مذهب أهل المدينة وآرائهم وإن لم أسمع ذلك بعينه، فنسبت الرأي إلى الاجتهاد، ومع السنة كما مضى عليه أهل العلم المقتدى بهم، والأمر المعمول به عندنا من لدن رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين مع من لقيت، فذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره.¹

ويمكن تصنيف هذه الأصول المشار إليها أو المصرح بها في هذا النص بعد التسليم بأولية الأصل الأول والثاني

أي: القرآن الكريم، والسنة، كما يلي:

1- العمل بأقوال العلماء والأئمة المعاصرين للإمام مالك مجتمعين ومن يقتدى بهم علماً وفضلاً.

2- اتباع آراء الصحابة المتناقلة إلى من بعدهم من التابعين.

¹ انظر: القاضي أبو الفضل عياض بن موسى السبتي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت (ب.د)، 194/1؛ برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق محمد الأحمد، مكتبة دار التراث، القاهرة 1972م، ص25.

3- الإجماع: وهو عام في العلماء من أهل المدينة، وغيرها مرة (الأمر المجتمع عليه من قول أهل الفقه والعلم)، ومرة أخرى (إجماع أهل المدينة).

4- عمل أهل المدينة: كما أشار إليه بقوله: (فهو ما عمل به الناس عندنا).

5- الاستحسان: وهو تفضيل بعض الأقوال من العلماء كما أشار إليه بقوله: (شيء استحسنته من قول

العلماء).

6- الاجتهاد: وهو التزام طريقة العلماء الذين لقيهم في الأحكام التي لم يسمعها منهم، والنظر في فروعها.

7- القياس: وهو اتباع مذهب أهل المدينة وآرائهم والاجتهاد في المقايضة عليها. والقياس والاجتهاد وفق هذا

المنهج هنا هو الرأي.

ونتطرق إلى شيء من التفصيل في هذه الأصول مع التمثيل لها من الموطأ:

الأصل الأول: القرآن الكريم

يلاحظ على الإمام مالك التقليل من الاستدلال بالقرآن نصاً، وعدم الإقدام على تفسيره رأياً واجتهاداً إلا ما كان من مآثور الروايات الصحيحة. حتى إن ألصق الموضوعات بالقرآن تحريماً وتحليلاً واستشهاداً لا تجد فيها نصاً قرآنياً بالدلالة أو بالإشارة أو بالمفهوم المخالف.. فمثلاً عناوين الموضوعات التالية: في غسل الجنب، وفي التيمم، وفي الصلاة وقصرها، وفي الصوم، وفي الزكاة وقسمها، وفي الحج والعمرة، وفي الجهاد وقسم الغنائم، وفي الصيد والطير والكلاب المألّمة.. وفي الطلاق وعدّته، وفي النكاح وصدقه، والنفقة، وفي الظهار وكفارته، وفي العتق وأحكامه...

ولعل سبب هذا هو التحرّج والتورع من طرح الآيات لمكانتها المقدسة في نفسه، أو لأن آيات القرآن كلية، أو أنّها معلومة لجميع العلماء وغيرهم. أما الأحاديث والآثار فيختص بمعرفتها نفر من العلماء والأئمة... وربما كان احتمال أو أكثر يفسّر هذه الظاهرة، وربما كانت احتمالات أخرى لم يطلع عليها الباحثون بعد.

كما يلاحظ التنوع في طرح الأدلة، فقد يستغرق الاستدلال بالقرآن حكماً معيّناً فلا يحتاج إلى غيره، وقد يستوف بالسنة حكماً آخر، فهو وإن كان الحكم يمكن أن يقبل دليلاً آخر من القرآن فلا يذكره، وقد يتجه إلى إغفال الاستدلال بالقرآن في حكم مسألة مشهورة، وذلك للعلم به، ولكنه في الغالب يحرص كل الحرص على السنّة والآثار، فهو إمام السنة في عصره، ويحرص على الفقه والاجتهاد فهو إمام المدينة في الفقه والاجتهاد.

ومن الأمثلة على استدلاله بالقرآن الكريم:

• قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي تَأْوِيلِ هَذِهِ آيَةِ قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ فَهَوْلَاءَ الذُّكُورُ ﴿وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾.² أَنَّ الْقِصَاصَ يَكُونُ بَيْنَ الْإِنَاثِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الذُّكُورِ وَالْمَرْءُ الْحُرُّ يُقْتَلُ بِالْمَرْءِ الْحُرِّ، كَمَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْأَمَةُ تُقْتَلُ بِالْأَمَةِ، كَمَا يُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالْقِصَاصُ يَكُونُ بَيْنَ النِّسَاءِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ، وَالْقِصَاصُ أَيْضًا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا

أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَاللِّفْ بِاللِّفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا³. فَذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، فَنفْسُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ بِنَفْسِ الرَّجُلِ الْحُرِّ وَجُرْحُهَا بِجُرْحِهِ⁴.

● قَالَ مَالِكٌ: فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا أَوْ يَقْتُلُ عَيْنَهُ عَمْدًا، فَيَقْتُلُ الْقَاتِلَ أَوْ يُفَقِّعُ عَيْنَ الْفَاقِعِ قَبْلَ أَنْ يُقْتَصَّ مِنْهُ؛ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَّةٌ وَلَا قِصَاصٌ. وَإِنَّمَا كَانَ حَقُّ الَّذِي قُتِلَ أَوْ فُقِقَتْ عَيْنُهُ فِي الشَّيْءِ، بِالَّذِي ذَهَبَ وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا ثُمَّ يَمُوتُ الْقَاتِلُ. فَلَا يَكُونُ لِصَاحِبِ الدَّمِ، إِذَا مَاتَ الْقَاتِلُ شَيْءٌ دِيَّةٌ وَلَا غَيْرُهَا. وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾⁵.

ف نجد أنَّ هذا الحكم يكثر فيه الاستدلال بالقرآن، وحال من الاستدلال بالسنة أو بالمرويات من الآثار الصحاح وهذا نادر في الموطأ.

ومع هذا فإن الإمام مالك يأخذ بكل ما يفهم من الكتاب نصاً صريحاً، أو بإشارة، أو تنبيه أو مفهوم. ويقدم الكتاب على ما عده من السنة. وكان يروي الحديث بسنده، ثم يردُّه لأنه يخالف كتاب الله تعالى. فيروي مثلاً حديث: «إِذَا شَرِبَ الْكَلْبُ فِي إِثَاءِ أَحَدِكُمْ فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ»⁶، ولم يأخذ به واعتبره أمراً تعديلاً. لأن القرآن الكريم أباح أكل صيده في قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾⁷.

وينقل الثعالبي الفاسي (1376هـ) عن أبي محمد صالح عالم فاس الشهير (653هـ) أنَّ من قواعد مذهب مالك: نصّ الكتاب العزيز، وظاهره وهو العموم، ودليله وهو مفهوم المخالفة، ومفهومه وهو باب آخر ومراده مفهوم الموافقة، وتنبيهه وهو التنبيه على العلة، وإن كان الإمام لم ينص على كل قاعدة، إنما ذلك مأخوذ من طريقته وطريقة أصحابه في الاستنباط⁸.

وإذا كان الإمام مالك لم يصرح في استدلاله بوجه القرآن بالمصطلحات السابقة جميعها فإن الأصوليين عموماً وتلامذته خصوصاً استنبطوا ذلك وصنفوا هذه الوجه كلاً منها في موضعها ومصطلحها.

الأصل الثاني: السنة

وهو الأصل الذي قرر العلماء أنَّ له وجوهاً استدلالية مثل ما للقرآن الكريم. والاستدلال بالسنة في الموطأ هو المنهج الذي التزم به نصاً، واجتهاداً مع أنه أحياناً يقرر الحكم من غير أن يذكر دليلاً استناداً إلى ملكته العلمية وإمامته في الفقه والسنة. والملاحظ أن الموطأ صنفت مروياته الحديثية والأثرية حسب الموضوعات الفقهية، بل إن الصفة البارزة أنه كتاب في الحديث والآثار نسق تنسيقاً فقهياً. فالأصل فيه الرواية.

إلا أن السنة عند الإمام مالك تشمل ما يلي:

³ سورة المائدة، 45/5.
⁴ انظر: الإمام مالك، الموطأ، العقول، 15.
⁵ انظر: الإمام مالك، الموطأ، العقول، 15.
⁶ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطهارة حديث 35. وهو متفق عليه، أخرجه: البخاري، الوضوء، 33؛ مسلم، الطهارة، 90.
⁷ سورة المائدة، 4/5. انظر: أبو بكر بن العربي المعافري، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1992م، 156/1.
⁸ انظر: محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تعليق عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري، المكتبة العلمية، المدينة المنورة 1396هـ، 387-385/1.

1- الأحاديث المروية عن الرسول ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً: وهي التي يبدأ بها الباب إذا وجدت، ثم يذكر

الآثار إن وجدت، وإلا يذكر رأيه. فقد ذكر مثلاً في كتاب وقوت الصلاة، باب النهي عن الصلاة بالهاجرة ثلاثة أحاديث ولم يذكر أي أثر فيها. ومنها:

حَدَّثَنَا مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الْأَسْوَدِ بْنِ سُفْيَانَ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ ثَوْبَانَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((إِذَا اشْتَدَّ الْحَرُّ فَأَبْرِدُوا عَنِ الصَّلَاةِ فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فِتْحِ جَهَنَّمَ)) وَذَكَرَ ((أَنَّ النَّارَ اشْتَكَّتْ إِلَى رَبِّهَا، فَأَذِنَ لَهَا فِي كُلِّ عَامٍ بِنَفْسَيْنِ، نَفْسٍ فِي الشِّتَاءِ وَنَفْسٍ فِي الصَّيْفِ)).⁹

2- الآثار المروية عن الصحابة والتابعين: وهي التي قد يُكثر منها في الحكم الواحد، حتى يمكن أن تغنيه عن

الاستدلال بالحديث المتصل إذا لم يوجد. فقد ذكر مثلاً في الموطأ في كتاب العيدين، باب ترك الصلاة قبل العيدين وبعدهما، أثرين: عن ابن عمر، وعن سعيد بن المسيّب.¹⁰ كما ذكر في كتاب الطلاق، باب ما يبين من التملك: أثرين عن ابن عمر.¹¹ ولم يذكر في كلا البابين من المرفوع شيء.

3- عمل أهل المدينة: وهو يمثل أقوال رسول الله ﷺ وأفعاله وتقريراته التي تناقلها أصحابه والتابعين ثم العلماء

من بعدهم حتى وصلت إلى الإمام مالك. فكأنهم أخذوا علم النبوة وتوارثوه كابراً عن كابرٍ. وقد استعمل مالك لذلك اصطلاحات خاصة منها: (السنة التي لا اختلاف فيها عندنا)، و(الأمر المجتمع عليه عندنا)، و(الذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا).¹² ومن الأمثلة على ذلك:

• حَدَّثَنِي يَحْيَى، قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: "مَضَتْ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا فِي وَقْتِ الْفِطْرِ وَالْأَصْحَى أَنْ الْإِمَامَ يَخْرُجُ مِنْ مَنْزِلِهِ قَدَرٌ مَا يَبْلُغُ مُصَلَّاهُ وَقَدْ حَلَّتِ الصَّلَاةُ".¹³

• قَالَ مَالِكٌ: "الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ، وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِلَدْنَا: أَنْ ابْنَ الْأَخِ لِلْأُمِّ، وَالْحَدَّ أَبَا الْأُمِّ، وَالْعَمَّ أَخَا الْأَبِ لِلْأُمِّ، وَالْخَالَ، وَالْحَدَّةَ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ، وَابْنَةَ الْأَخِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ، وَالْعَمَّةَ، وَالْخَالََّةَ؛ لَا يَرْتُونَ بِأَرْحَامِهِمْ شَيْئاً".¹⁴

4- عرف أهل المدينة: وهو طريقة أو عادة المعاملات في المدينة، والتي أطلق عليها الإمام مالك مفهوم السنة.

ولعل أقرب مثال إلى هذا المعنى في كتاب المساقاة، حيث أنه لم يذكر فيه إلا حديثاً هو أصل الموضوع ورواية ثانية وثالثة للاستدلال. أما باقي الكتاب فإجابات من الإمام نفسه، ومعظمها من عرف أهل المدينة وتعامل بعضهم مع بعض. ومن أمثلة ذلك:

• قَالَ مَالِكٌ: "وَلَمْ تَزَلْ هَذِهِ الْبُيُوعُ جَائِزَةً يَتَّبِعُهَا النَّاسُ وَيَتَّاعُونَهَا، وَلَمْ يَأْتِ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مَوْصُوفٌ مَوْصُوفٌ عَلَيْهِ إِذَا هُوَ بَلَغَهُ كَانَ حَرَامًا، أَوْ قَصَرَ عَنْهُ كَانَ حَلَالًا، وَالْأَمْرُ فِي ذَلِكَ عِنْدَنَا الَّذِي عَمِلَ بِهِ النَّاسُ وَأَجَازُوهُ بَيْنَهُمْ".¹⁵

⁹ انظر: الموطأ، وقوت الصلاة، 28. وهو متفق عليه، أخرجه: البخاري، مواقيت الصلاة، 9؛ مسلم، المساجد ومواضع الصلاة، 180، 185.

¹⁰ انظر: الإمام مالك، الموطأ، العيدين، 10.

¹¹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطلاق، 10، 11.

¹² سوف نتكلم عليه بشيء من التفصيل في مبحث خاص كأصل مستقل من الأصول التي استدل بها مالك.

¹³ انظر: الإمام مالك، الموطأ، العيدين، 13.

¹⁴ انظر: الإمام مالك، الموطأ، قول مالك، 518/2.

¹⁵ انظر: الإمام مالك، الموطأ، المساقاة، 2.

الأصل الثالث: الإجماع

والإجماع هو: "اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة نبيها في عصر على أي شيء كان"¹⁶ والإجماع حجة شرعية باتفاق أكثر المسلمين، فيجب العمل به والدليل على ذلك الكتاب والسنة. وهو عند الإمام مالك دليل فقهي عُرف من مسائل كثيرة تبين اتفاق المسلمين على حكم شرعي لا تجوز مخالفته ومن خلال مصطلحاته الأصولية يمكن تقسيم الإجماع عند الإمام مالك إلى قسمين:

أ) الإجماع العام: وهو الذي إذا أطلق ينصرف إلى اتفاق علماء العصر من هذه الأمة بعد وفاة النبي ﷺ على أمر ديني. وقيل على واقعة من الوقائع.¹⁷

وهو المعتبر عند جميع الأمة، والذي يورث في المرتبة الثالثة في مصادر التشريع بعد الكتاب والسنة. وله عند الإمام مالك مصطلحه الخاص، الذي يمكن التعرف عليه باعتباره دليلاً شرعياً. بالأمثلة التالية التي اكتفى بها مجردة من الأحاديث أو الآيات ومنها:

• في توريث الجدتين، ويعتمد فيه على أثر في قضاء عمر. حيث قال مالك: "وَلَا مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنَ الْجَدَّاتِ إِلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ. لِأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَرَثَ الْجَدَّةَ. ثُمَّ سَأَلَ أَبُو بَكْرٍ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى أَتَاهُ النَّبِيُّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ وَرَثَ الْجَدَّةَ فَأَنْقَذَهُ لَهَا. ثُمَّ أَتَتْ الْجَدَّةَ الْأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهَا: مَا أَنَا بِرَأَيْدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئاً، فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَإِيَّتِكُمَا خَلَّتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا". قَالَ مَالِكُ: "ثُمَّ لَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا وَرَثَ غَيْرَ جَدَّتَيْنِ مُنْذُ كَانَ الْإِسْلَامُ إِلَى الْيَوْمِ".¹⁸

• أن الميراث لا يكون إلا للباقيين، ويدعمه بإجماع علماء المدينة وعملهم حيث قال مالك: "وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَأَ اخْتَلَفَ فِيهِ، وَلَا شَكَّ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا، وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِي كُلِّ مُتَوَارِتَيْنِ. هَلَكَا، بَغْرَقَ، أَوْ قَتِلَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ مِنَ الْمَوْتِ. إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ. لَمْ يَرِثْ أَحَدٌ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئاً. وَكَانَ مِيرَاثُهُمَا لِمَنْ بَقِيَ مِنْ وَرَثَتِهِمَا. يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَرَثَتَهُ مِنَ الْأَحْيَاءِ".¹⁹

• ويقول في مسألة القضاء باليمين مع الشاهد الواحد: "مَصَّتْ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ كَبَتْ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ".²⁰

¹⁶ انظر: محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، تحقيق محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت 1410هـ، ص37؛ وانظر تعريفه وحدوده في: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، لبنان 1413هـ، ص137؛ محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض 1400هـ، ص21-20/4؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض 1399، ص130-131؛ علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت 1405هـ، ص24.

¹⁷ انظر: ابن قدامة، روضة الناظر، ص130-131؛ الأمدي، الإحكام، 254/1.

¹⁸ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الفرائض، 6.

¹⁹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الفرائض، 15.

²⁰ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الأفضية، 7.

ويرد على من لم ينكر ذلك بقوله: "فَمَنْ الْحُجَّةَ عَلَيَّ مَنْ قَالَ ذَلِكَ الْقَوْلَ أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَيَّ رَجُلًا مَالًا أَلَيْسَ يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَرَ عَنِ الْيَمِينِ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ إِنْ حَقَّهُ لِحَقِّ وَتَبَّتْ حَقُّهُ عَلَيَّ صَاحِبِهِ فَهَذَا مَا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ وَلَا يَبْلَدٌ مِنَ الْبُلْدَانِ".²¹

(ب) إجماع أهل المدينة: كما مر معنا فإن الموطأ قد كثر فيه الأخذ بإجماع أهل المدينة مثل قوله: لا اختلاف عندنا، والجمع عليه ببلدنا... وغير ذلك من العبارات.

وقد نقل الإمام مالك إجماع أهل المدينة في موطئه أكثر من أربعين مسألة. وهو على ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يجمعوا على أمر ثم لا يخالفهم فيه غيرهم.

الثاني: أن يجمعوا على أمر ولكن يوجد لهم مخالف من غيرهم.

وعن هذين القسمين يعبر الإمام مالك بقوله: "السنة التي لا اختلاف فيها عندنا".

والثالث: ما فيه خلاف بين أهل المدينة أنفسهم.

أما الأول: فهو حجة عند الجميع يجب اتباعه. وأما الثاني والثالث فهو محل خلاف بين المالكية وغيرهم.²²

ومن ورع الإمام مالك رحمه الله لم يقل: إن هذا إجماع الأمة الذي لا يحل خلافه.

واختلف أصحابه في المراد من كون إجماع أهل المدينة حجة، فمنهم من قال: المراد أن روايتهم راجحة على رواية غيرهم لكونهم أعلم بأحوال الرسول ﷺ. ومنهم من قال: المراد أن إجماعهم حجة في المنقولات المشتهرة، أي التي يكون طريقها النقل كالأذان والإقامة والصاع والمد دون غيرها.²³

وبناء عليه فإن إجماع أهل المدينة نوعان: نوع طريقه النقل والحكاية، ونوع طريقه الاجتهاد، وستنتقل إلى ذلك بشيء من التفصيل في مبحث: "عمل أهل المدينة"

ومن أمثلة ذلك في الموطأ:

• قَالَ مَالِكٌ: "الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا: أَنَّ شَهَادَةَ الصَّبِيَّانِ تَحْوَرُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ، وَلَا تَحْوَرُ عَلَيَّ

غَيْرِهِمْ...".²⁴

• قَالَ مَالِكٌ: "السُّنَّةُ عِنْدَنَا الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيَّ وَارِثَ زَكَاةٍ فِي مَالٍ وَرَثَهُ فِي دَيْنٍ وَلَا عَرْضٍ وَلَا دَارٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا وَلِيدَةٍ حَتَّى يَحْوَلَ عَلَيَّ تَمَنٍّ مَا بَاعَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ اقْتَضَى الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ بَاعَهُ وَقَبِضَهُ".²⁵

• قَالَ مَالِكٌ: "الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الدَّيْنِ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يُزَكِّيهِ حَتَّى يَقْبِضَهُ وَإِنْ أَقَامَ عِنْدَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ سِنِينَ ذَوَاتِ عَدَدٍ تَمَّ قَبْضُهُ صَاحِبَهُ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا زَكَاةٌ وَاحِدَةٌ".²⁶

²¹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الأفضية، 7.

²² انظر: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973، 383/2؛ والتعالبي، الفكر السامي، 388/1.

²³ انظر: الأمدي، الأحكام، 303/1؛ علي بن عبد الكافي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تحقيق

جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1404هـ، 364/2؛ محمد بن محمد ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير، دار الفكر، بيروت، 1996، 133/3.

²⁴ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الأفضية، 9. وقوله: يخبوا: أي يخذعوا.

²⁵ انظر: الإمام مالك، الموطأ: الزكاة، 16.

²⁶ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 19.

وربما قدم مالك في الباب الاستدلال بإجماع أهل المدينة ثم يدلل عليه بالنص، ومن الأمثلة على ذلك:

• قَالَ مَالِكٌ: "الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ لَا يَرْتُونَ مَعَ الْوَلَدِ، وَلَا مَعَ وَكَلِدِ الْأَبْتَاءِ ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا شَيْئًا... يُفْرَضُ لِلْوَالِدِ مِنْهُمْ السُّدُسُ ذِكْرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى... وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَكَانَ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾²⁷

حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ: "الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، وَالَّذِي أُذِرْتُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ بِيَلَدَنَا فِي فَرَائِضِ الْمَوَارِيثِ: أَنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ مِنَ الْوَالِدِ أَوْ وَالِدَتِهِمْ، أَنَّهُ إِذَا تُوُفِّيَ الْأَبُ أَوْ الْأُمُّ وَتَرَكَ وَكَلِدًا رَجَالًا وَنِسَاءً... فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيِّينَ. فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مَا تَرَكَ. وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ... ثُمَّ أَهَى بِالآيَةِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيِّينَ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾²⁸

الأصل الرابع: القياس

والقياس هو: "حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما"²⁹.

والقياس يجري في الكفارات، والحدود، والمقادير على المشهور، ولا يجري في الرخص، والأسباب، والشروط، والموانع. فمثاله في الكفارات: قياس رقية الظهار على رقية القتل في اشتراط الإيمان فيها بجامع كون كل منهما كفارة، ومثاله في التقدير: قياس أقل الصداق على أقل نصاب السرقة في جعله ربع دينار بجامع كون كل منهما استباحة عضو.³⁰ وقد أجمعت الصحابة رضي الله تعالى عنهم على العمل بالقياس وذلك يعلم من استقراء أحوالهم ومناظراتهم، وقد كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: "اعرف الأشباه والنظائر، وما احتلج في صدرك فألحقه بما هو أشبه بالحق"³¹. وهو عين القياس.

وكثيرا ما يعبر عنه الإمام مالك بقوله: (وهذا بمنزلة كذا)، أو (ما أشبه ذلك)، أو (مثل ذلك)، أو ما يشبه

ذلك... وربما نصَّ على العلة أو الحكمة فيه. ومن الأمثلة على ذلك:

• سئل مالك عن صلاة الأسير فقال: "مثل صلاة المقيم، إلا أن يكون مُسْفِرًا"³².

²⁷ سورة النساء، 12/4. وانظر قول الإمام مالك في: الموطأ، مدخل الفرانض، 507/2.

²⁸ سورة النساء، 11/4. وانظر: الإمام مالك، الموطأ، العقيقة، 7.

²⁹ انظر: ابن قدامي، روضة الناظر، ص275. وانظر تعريفه وحدوده عند: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، للجمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت 1985، ص96؛ أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، مصر 1418هـ، 487/2؛ الغزالي، المستصفى، ص280؛ الرازي، المحصول، 9/5؛ الجرجاني، التعريفات، ص232.

³⁰ انظر: حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، تحقيق عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990م، ص204-205.

³¹ انظر: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تنقيح اللصول في اختصار المحصول من الأصول، تحقيق عبد الرؤوف سعد، بيروت (ب)ت، ص385-386.

³² انظر: الإمام مالك، الموطأ، قصر الصلاة في السفر، 18.

• قَالَ مَالِكُ: "الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي بِالذَّهَبِ أَوْ الْوَرِقِ حِنْطَةً، أَوْ تَمْرًا، أَوْ غَيْرَهُمَا، لِلتَّحَارَةِ ثُمَّ يُمَسِّكُهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ، ثُمَّ يَبِيعُهَا: أَنْ عَلَيْهِ فِيهَا الزَّكَاةُ حِينَ يَبِيعُهَا. إِذَا بَلَغَ ثَمَنُهَا مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ. وَلَيْسَ ذَلِكَ مِثْلَ الْحَصَادِ يَخْصُدُهُ الرَّجُلُ مِنْ أَرْضِهِ، وَلَا مِثْلَ الْجِدَادِ".³³

• قَالَ مَالِكُ: "الْخَلِيطَانُ فِي الْإِبِلِ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِيطَيْنِ فِي الْعَنَمِ يَحْتَمِعَانِ فِي الصَّدَقَةِ جَمِيعًا. إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ وَذَلِكَ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((لَيْسَ فِيمَا ذُوْنُ خُمْسٍ ذُوْدٌ مِنَ الْإِبِلِ صَدَقَةٌ))."³⁴ وَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: فِي سَائِمَةِ الْعَنَمِ إِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً.³⁵ فَآيِدُ قِيَاسِهِ بِالْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ الْمَرْوِيِّ عَنْ عُمَرَ.

• قَالَ مَالِكُ: "فَالَّذِي يَصِيدُ الصَّيْدَ وَهُوَ حَلَالٌ. ثُمَّ يَقْتُلُهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ. بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يَبْتَاعُهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ. ثُمَّ يَقْتُلُهُ. وَقَدْ نَهَى اللَّهُ عَنْ قَتْلِهِ فَعَلِيهِ جَزَاؤُهُ".³⁶

• قَالَ مَالِكُ: "فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: كَيْفَ تُقْطَعُ يَدُ السَّرِقِ وَقَدْ أَخَذَ الْمَتَاعَ مِنْهُ وَوَدِعَ إِلَى صَاحِبِهِ؟ فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الشَّارِبِ يُوجَدُ مِنْهُ رِيحُ الشَّرَابِ الْمُسْكِرِ وَلَيْسَ بِهِ سُكْرٌ فَيُحْلَدُ الْحَدَّ. قَالَ: وَإِنَّمَا يُحْلَدُ الْحَدَّ فِي الْمُسْكِرِ إِذَا شَرِبَهُ وَإِنْ لَمْ يُسْكِرْهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا شَرِبَهُ لَيْسَ كَرَهُ فَكَذَلِكَ تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ فِي السَّرِقَةِ الَّتِي أَخَذَتْ مِنْهُ وَلَوْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا وَرَجَعَتْ إِلَى صَاحِبِهَا وَإِنَّمَا سَرَقَهَا حِينَ سَرَقَهَا لِيَذْهَبَ بِهَا".³⁷

فاستعمل عبارة (بمثلة) للتسوية في الحكم بين الصيد والشراء بالنسبة للمحرّم.

الأصل الخامس: الرأي والاجتهاد

والاجتهاد هو: "استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له الظن بحكم شرعي".³⁸

وبحال الاجتهاد خارج ما اتفقت عليه الأمة من ضروريات الشرع كوجوب الصلوات والزكاة ونحوها، فالأحكام الشرعية بالنسبة للاجتهاد نوعان: ما يجوز الاجتهاد فيه، وما لا يجوز الاجتهاد فيه. فأما ما لا يجوز الاجتهاد فيه فهو كالأحكام المعلومة من الدين بالضرورة أو التي ثبتت بدليل قطعي الثبوت، قطعي الدلالة مثل وجوب الصلاة، والصيام وتحريم السرقة، والخمر... وغيرها. وأما التي يجوز الاجتهاد فيها: فهي الأحكام التي ورد فيها نص ظني الثبوت والدلالة أو أحدهما، والأحكام التي لم يرد فيها نص ولا إجماع.³⁹

والأخذ بالاجتهاد والرأي من الأصول التي أخذ بها الإمام مالك وهو في الموطأ كثير جداً حتى أنه يشمل معظم أحكام الفقه. ويمكن استنتاج أن الإمام مالك يعتمد في الرأي على ثلاثة أمور هي: فهم النص أو الأثر، وموافقة رأي أهل العلم، والاجتهاد وإعمال الفكر. ومن الأمثلة على ذلك:

³³ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 20، والجدا: قطع الثمار من أصولها كأنخذل.

³⁴ متفق عليه، أخرجه البخاري، الزكاة، 32، ومسلم، الزكاة، 1.

³⁵ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 25.

³⁶ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الحج، 87.

³⁷ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الحدود، 31.

³⁸ انظر: المناوي، التعاريف، ص35. وانظر تعريفه وحدوده في: ابن قدامي، روضة الناظر، ص352؛ الرازي، المحصول، 7/6؛ الجرجاني، التعريفات، ص23؛ أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت 1411هـ، ص82.

³⁹ انظر: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (ب)ت، 155/4-160.

- قَالَ مَالِكٌ: "لَا أَرَى أَنْ تُؤْخَذَ النَّعَمُ مِنْ أَهْلِ الْحِزْبِ إِلَّا فِي حِزْبِيهِمْ".⁴⁰
- قَالَ مَالِكٌ: "أَرَى وَاللَّهِ أَكْثَرُ مَنْ لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمَعَادِنِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا شَيْءٌ حَتَّى يَبْلُغَ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا قَدْرَ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا، أَوْ مِائَتِي دِرْهَمٍ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ فِيهِ الرِّكَاتُ مَكَانَهُ".⁴¹
- قَالَ مَالِكٌ: "لَا أَرَى عَلَى الَّذِي يَرْمِي الْجِمَارَ أَوْ يَسْعَى بَيْنَ الصُّغَا وَالْمَرْوَةِ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَوَضِّعٍ إِعَادَةً، وَلَكِنْ لَا يَتَعَمَّدُ ذَلِكَ".⁴²
- قَالَ مَالِكٌ: "لَا أَرَى أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ بِأَقْلٍ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ. وَذَلِكَ أَذْنَى مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ".⁴³

الأصل السادس: الاستحسان أو الترجيح

- والترجيح هو: "تقوية أحد الطرفين على الآخر ليعلم الأقوى فيعمل به ويطرح الآخر".⁴⁴
- أي القول بأقوى الدليلين. وقيل في الاستحسان أنه: "دليل ينقذ في نفس المجتهد تقصر عبارته عنه".⁴⁵ والمعنى الأول هو الذي ذهب إليه أصحاب الإمام مالك، فقد ذكر الشاطبي نقلاً عن ابن العربي: "أن هذا المعنى للاستحسان هو الذي يُستقرأ من مذهب مالك".⁴⁶
- وقد ذكر الباجي: "أن الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك هو القول بأقوى الدليلين، فإن سموه استحساناً فلا مشاحة في التسمية".⁴⁷
- ولقد كان الاستحسان محل جدل بين العلماء، فأقره المالكية والحنابلة حتى قال الإمام مالك عنه: "أنه تسعة أعشار العلم".⁴⁸
- وبالغ أصبغ من المالكية في الاستحسان ويغلبه على القياس حتى قال: "إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة وإن الاستحسان عماد العلم".⁴⁹
- واشتهر الحنفية بالأخذ به وقد اعتبروه دليلاً في الشرع يترك به مقتضى القياس لأنه أحد نوعي القياس، فهو قياس خفي في مقابلة القياس الجلي.⁵⁰

⁴⁰ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 44.

⁴¹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 8.

⁴² انظر: الإمام مالك، الموطأ، الحج، 216.

⁴³ انظر: الإمام مالك، الموطأ، النكاح، 11.

⁴⁴ انظر: الرازي، المحصول، 529/5. وانظر تعريفه وحدوده في: ابن قدامة، روضة الناظر، ص 391؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أبو مصعب محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت 1992م، ص 455؛ الجرجاني، التعريفات، ص 170؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 219.

⁴⁵ انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 402. وانظر تعريفه وحدوده: الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، ص 121؛ أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفعاني، دار المعرفة، بيروت 1372هـ، 200/2؛ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة 1344هـ، 347/1؛ الرازي، المحصول، 166/6؛ الأمدي، الأحكام، 163/4؛ علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تعليق محمد المعتمد بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت 1994م، 5/4؛ ابن قدامة، روضة الناظر، ص 167؛ الجرجاني، التعريفات، ص 170؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 219.

⁴⁶ انظر: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الاعتصام، تعريف محمد رشيد رضا، القاهرة (ب.ت)، 137/2.

⁴⁷ انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 402.

⁴⁸ انظر: الشاطبي، الموافقات، 307/2.

⁴⁹ انظر: الشاطبي، الموافقات، 210/4.

⁵⁰ انظر: السرخسي، أصول السرخسي، 200/2؛ أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المحرر في أصول الفقه، تعليق أبي عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت 1996م، 148/2؛ عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، دار الكتب العلمية، بيروت (ب.ت)، 291/2.

وخالفهم في الأخذ به الإمام الشافعي وقال في ذلك عبارته المشهورة التي تناقلتها كتب الأصول: "من استحسَن فقد شرع".⁵¹ أي وضع شرعا جديدا مبالغة في رفضه للاستحسان، وقال: "حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان، إنما الاستحسان تلذذ".⁵²

ومرجع الخلاف يظهر في بيان حقيقة الاستحسان، فإذا قيل هو: "ما يستحسنه المجتهد بعقله".⁵³ فهذا لا خلاف بين العلماء في منعه لاتفاقهم على امتناع القول في الدين بالتشهي والهووى. لأنه لا فرق عندئذ بين استحسان العامي والطفل والعالم من جهة الدليل.⁵⁴ وهذا الذي أراده الشافعي بقوله السابق والله أعلم. وهذا المعنى لم يقل به أبو حنيفة رحمه الله فهو أجل قدرا وأشدّ ورعا في أن يقول بالتشهي، أو القول بالاستحسان في مقابل دليل قام عليه الشرع.

أما إذا كان كما قال الحنفية هو: "ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل". أو كما قال المالكية هو: "العمل بأقوى الدليلين، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي بناء على دليل خاص يقتضي ذلك".⁵⁵ فيكون الخلاف بين العلماء في الاستحسان خلاف لفظي. وهذا ما قاله المحققون من الأصوليين، فقد قال ابن قدامي: "القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله، وهو أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه، وهذا مما لا يُذكر وإن اختلف في تسميته، فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى".⁵⁶ وقال الآمدي: "وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية فلا نزاع في جواز التمسك به، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان، ولا حاصل للنزاع اللفظي".⁵⁷ وقال الشوكاني: "لا يتحقق استحسان مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا".⁵⁸

فالواقع إذن أن الخلاف لفظي كما قلنا، وراجع إلى العبارة ولا مشاحة في الاصطلاح.⁵⁹

وهو عند الإمام مالك على صور متعددة نذكر منها هاتين الصورتين التي يتحقق فيهما معنى الاستحسان عنده وهو الأخذ بأقوى الدليلين:

(أ) ترجيح قول صحابي معين أو عالم: ومن الأمثلة على ذلك:

- حَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَا يَقُولَانِ الصَّلَاةُ الْوُسْطَى صَلَاةُ الصُّبْحِ. قَالَ مَالِكٌ: "وَقَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ".⁶⁰
- عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقُولُ: "مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَيْدِي شَاءَهُ". قَالَ مَالِكٌ: "وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ".⁶¹

51 انظر: الغزالي، المستصفى، ص 171؛ ابن قدامي، روضة الناظر، ص 168؛ السبكي، الإبهاج، 188/3؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 395.

52 انظر: محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، بيروت 1973، ص 507.

53 انظر: الغزالي، المستصفى، ص 171.

54 انظر: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، أحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1986م، ص 688؛ الآمدي، الإحكام، 163/4؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 402.

55 انظر: الشاطبي، الموافقات، 206/4؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 221.

56 انظر: ابن قدامي، روضة الناظر، ص 167.

57 انظر: الآمدي، الإحكام، 163/4.

58 انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 402.

59 للمزيد راجع: الشافعي، الأم، 294/7؛ ولنفس المؤلف، الرسالة، ص 503؛ الشيرازي، للمع، ص 121؛ السرخسي، أصول السرخسي، 200/2؛ السرخسي، المحرر، 148/2؛ الباجي، أحكام الفصول، ص 687؛ الغزالي، المستصفى، ص 171؛ الرازي، المحصول، 166/6؛ علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، 5/4؛ ابن قدامي، روضة الناظر، ص 167.

60 انظر: الإمام مالك، الموطأ، صلاة الجماعة، 28.

• حَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شَهَابٍ عَنِ الْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ كَيْفَ هُوَ؟ فَأَدْخَلَ ابْنُ شَهَابٍ إِحْدَى يَدَيْهِ تَحْتَ الْخُفِّ وَالْأُخْرَى فَوْقَهُ ثُمَّ أَمْرَهُمَا. قَالَ مَالِكٌ: "وَقَوْلُ ابْنِ شَهَابٍ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ".⁶²

(ب) تفضيل أمر ما على آخر: ومن الأمثلة على ذلك:

• قَالَ يَحْيَى: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ. فَوَجَدَهَا مَعَ غَيْرِ الَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِ ثُبَاغٌ. أَشْتَرِيهَا فَقَالَ: "تَرَكْتُهَا أَحَبُّ إِلَيَّ".⁶³

إذا لا فرق بين شرائها من نفس من تصدق بها عليه أو من غيره في المعنى لرجوعه فيما تركه الله تعالى. ولذلك فضل الإمام مالك تركها على شرائها استحسانا وسدا للذريعة لأنه لا يفسخ البيع إن وقع.

• وأشهر مثال للاستحسان عند المالكية هو الترخيص في بيع العرايا وهو (بيع الرطب باليابس على الشجر) حيث قَالَ مَالِكٌ: "وَأَمَّا ثُبَاغُ الْعَرَايَا يَخْرُصُهَا مِنَ الثَّمَرِ يُتَحَرَّى ذَلِكَ وَيُخْرُصُ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ وَأَمَّا أَرْحِصَ فِيهِ لِأَنَّهُ أُتْرِلَ بِمَنْزِلَةِ التَّوْبَلَةِ وَالْإِقَالَةِ وَالشَّرْكَ، وَلَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْبَيْوعِ مَا أَشْرَكَ أَحَدًا أَحَدًا فِي طَعَامِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، وَلَا أَقَالَه مِنْهُ، وَلَا وَثَاهُ أَحَدًا حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُبْتَاعُ".⁶⁴

وذلك لما فيه من الرفق ورفع الحرج عن الناس، لأن مقتضى القياس عدم جوازه لأن النبي ﷺ لم يبيعه عن رطب من حب أو تمر بياسه فعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: ((سمعت رسول الله ﷺ يُسْأَلُ عَنْ اشْتِرَاءِ الثَّمَرِ بِالرُّطَبِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((أَبْتَقِصُ الرُّطَبُ إِذَا بَيْسَ؟)) فَقَالُوا: نَعَمْ فَهِيَ عَنْ ذَلِكَ)).⁶⁵

الأصل السابع: عمل أهل المدينة

والمراد بأهل المدينة: "الصحابة الذين استوطنوا المدينة في حياة النبي ﷺ وإن استوطنوا غيرها بعده، والتابعون الذين استوطنوها مدة يطلعون فيها على الوحي بمخالطة أهلها الذين شاهدوا ذلك".⁶⁶ وهذا يقتضي أن تابعي التابعين الذين سكنوا المدينة زمن التابعين الموصفين بما ذكر مدة يطلعون فيها على ما ذكر يشملهم الاسم كذلك.

وهذا الدليل من أمهات مسائل مذهب الإمام مالك رحمه الله، وهو الأصل الذي يبيّن عليه معظم الأحكام الفقهية، حتى أنه يقدم الاستدلال به على كثير من الأصول السابقة، وحين يرتقي عملهم إلى إجماع فيجعله في مقدمة الأدلة. فكثيرا ما يقول: الأمر عندنا وبلدنا، وليس العمل على هذا... ونحو ذلك من العبارات.

فقد عني مالك رحمه الله بذكر ما عليه إجماع أهل المدينة في الدّين والمعاملات الشرعية، لأنّ المدينة هي دار علوم الإسلام في القرنين الأول والثاني، وعلماؤها هم قدوة أهل الدين والأثر، واتباع السنّة. فعمل أهل المدينة دليل فقهي

⁶¹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطهارة، 45.

⁶² انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطهارة، 45.

⁶³ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 50.

⁶⁴ انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 14.

والتولية في البيوع: هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل. انظر: علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق إبراهيم الأبياري، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت 1405، ص 98؛ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت 1414/15.

والإقالة: فسخ عقد البيع رفته بعد وقوعه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، 580/11؛ الجرجاني، التعريفات، ص 81؛ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت (ب.د)، 521/2.

والشرك: أشرك فلان فلانا في البيع إذا أدخله مع نفسه فيه، وهو التصيب. انظر: ابن منظور، لسان العرب، 450/10؛ الفيومي، المصباح المنير، 311/1.

⁶⁵ أخرجه: الترمذي، البيوع، 14؛ النسائي، البيوع، 36؛ أبو داود، البيوع، 18؛ ابن ماجه، التجارات، 53؛ مالك، البيوع، 22.

⁶⁶ انظر: عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود شرح مراقي السعود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط (ب.ت)، 90/2.

يصدر به مالك أحكاماً كثيرة، وقد يلحقه مؤيداً بالنص أو غير مؤيد. وقد كان عمل أهل المدينة محل نزاع مع أئمة آخرين فمنهم من يطلق هذه العبارة ومنهم من يقيدها، ومنهم من يُشنع على المالكية في هذا الدليل. ولكنهم كانوا يتكلمون في غير موضع الخلاف، ولا تحريراً للمسألة، وربما منهم من لم يتصور المسألة أصلاً ولا تحقق منها. والإمام مالك تمسك به من دون الأئمة في المسائل المتنازع عليها.

وتحقيق القول في هذا الدليل ما ذكره القاضي عياض وغيره وهو: "أنه يتفق العلماء على قبوله إذا كان عملاً نقلياً، لا اجتهادياً. فالتقليد كتنقلهم تعيين مكان منبر رسول الله ﷺ وقبره، ومحل وقوفه للصلاة، وكذلك نقلهم للأعيان كمقدار المذّب، والصاع، وأوقية الفضة، أو كالإجماع على نقل أعمال مستمرة منذ زمن النبي ﷺ إلى عصر الإمام مالك، كتنقلهم تثنية الأذان وإفاد الإقامة، وأن الأذان يكون على مكان مرتفع، أو كتنقلهم ترك النبي ﷺ لأمر وأحكام لم يلزمهم إياها مع شهرتها لديهم كترك أخذ الزكاة من الخضراوات مع علمه ﷺ بكونها عندهم كثيرة... وغير ذلك من الأمور النقلية من فعل أو قول، أو تقرير أو ترك. وهذا النوع حجة قطعية يلزم المصير إليه ويقدمه الإمام مالك على القياس والحديث الصحيح في خبر الواحد. فإن هذا النقل موجب للعلم القطعي فلا يترك لما توجه غلبة الظن. وكان ربيعة الرأي شيخ مالك يقول: "رواية ألف خير من رواية واحد"، حتى إن عبد الرحمن بن مهدي الإمام العراقي كان يقول: "السنة المتقدمة من سنة أهل المدينة خير من الحديث". يعني حديث أهل العراق. وهذا حجة عند الجميع، وقد احتج به مالك على أبي يوسف بخضرة الرشيد فرجع عما كان يقوله إلى قول مالك".⁶⁷ وهذا النوع لا نظن أن مالكا انفرد به بل هو والمجتهدون فيه سواء.

أما العمل الذي طريقه الاجتهاد والتفقه لا النقل فهو محل خلاف حتى عند المالكية أنفسهم فقد قال القاضي عياض: "هذا النوع اختلف فيه أصحابنا، فذهب معظمهم إلى أنه ليس بحجة ولا فيه ترجيح، وأنكر هؤلاء أن يكون مالك يقول هذا، أو أن يكون مذهبه، وذهب بعضهم إلى أنه ليس بحجة ولكن يرجح به على اجتهاد غيرهم. وذهب بعض المالكية إلى أن هذا النوع حجة كالنوع الأول وحكوه عن مالك".⁶⁸

قال القاضي عبد الوهاب المالكي: "وهذا النوع الاستدلالي إن عارضه خبر فالخير أولى عند جمهور أصحابنا، وصار كثير منهم إلى أنه أولى من الخبر بناء منهم على أنه إجماع، وليس بصحيح؛ لأن المشهود له بالعصمة إجماع كل الأمة لا بعضها".⁶⁹

وقال الجمهور من الأئمة الثلاثة والمحققين من أصحاب مالك كما ذكر القاضي عبد الوهاب في هذا النوع: "أن عمل أهل المدينة ليس بحجة وهو كعمل غيرهم من أهل الأمصار، ولا فرق بين عملهم وعمل أهل الحجاز والعراق والشام، فقد انتقل إلى الكوفة والبصرة نحو أكثر من ثلاثمائة صحابي، وإلى الشام ومصر مثلهم. فكيف يكون عمل أمثال هؤلاء معتبراً ما داموا في المدينة فإذا خرجوا منها كان عمل من بقي هو المعتبر ولم يكن خلاف ما انتقل عنها معتبراً؟ فهذا من الممتنع، بل إذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض، وإنما الحجة اتباع السنة، ولا تترك السنة لكون عمل بعض المسلمين يخالفها".⁷⁰

⁶⁷ انظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 68/1، 69.

⁶⁸ انظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 70/1.

⁶⁹ انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 392/2؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 133/3.

⁷⁰ انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 380/2؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 133/3.

والخلاصة أنه لا يخلو عمل أهل المدينة مع أخبار الأحاد من ثلاثة أوجه:

أحدها: إما أن يكون مطابقاً لها فهذا أكد في صحتها إن كان من طريق النقل، وترجيحه إن كان من طريق الاجتهاد بلا خلاف في هذا إذ لا يعارضه هنا إلا اجتهاد آخرين وقياسهم عند من يقدم القياس على خبر الواحد.

وثانيها: أن يكون العمل مطابقاً لخبر يعارضه خبر آخر فيكون عملهم مرجحاً لخبرهم وهو أقوى ما ترجح به الأخبار عند تعارضها، وإلى هذا ذهب المحققون من الأصوليين والفقهاء من المالكية وغيرهم.

وثالثها: أن يكون مخالفاً للأخبار جملة، فإن كان إجماعهم من طريق النقل ترك الخبر بلا خلاف عند المالكية وعند المحققين الأصوليين كما تقدم، أما إذا كان عملهم اجتهاداً قدّم الخبر عند الجمهور والمحققين من المالكية على ما ذكره القاضي عبد الوهاب. بل إن الإمام مالكا نفسه منع الرشيد من ذلك وقد عزم عليه وقال له: "قد تفرق أصحاب رسول الله ﷺ في البلاد وصار عند كل طائفة منهم علم ليس عند غيرهم". وهذا يدل على أن عمل أهل المدينة ليس عنده حجة لازمة لجميع الأمة، وإنما هو اختيار منه، لما رأى عليه العمل، ولم يقل قط في موطنه، ولا في غيره لا يجوز العمل بغيره، بل يخبر إخباراً مجرداً أن هذا عمل أهل بلاده.⁷¹

وإن مسألة العمل قد احتدم الجدل فيها بين مالك وغيره من أرباب المذاهب، وهذا الخلاف كله ينطبق على عمل جميع أهل المدينة أو جمهورهم. أما قول فرد منهم ولو كان أعلمهم فلا يقال فيه عمل، ولا يترك له الحديث الثابت بل يتعين العمل بالحديث والله اعلم.⁷²

ومن الأمثلة على استدلال مالك بهذا الأصل في الموطأ:

• عَنْ مَالِكٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَ يُوتِرُ بَعْدَ الْعَتَمَةِ بِوَاحِدَةٍ. قَالَ مَالِكٌ: "وَلَيْسَ عَلَيَّ هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا وَلَكِنْ أَدَّتِي الْوِثْرُ ثَلَاثٌ".⁷³

• قَالَ مَالِكٌ: "السُّنَّةُ عِنْدَنَا، أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيَّ وَارِثٌ فِي مَالٍ وَرِثَةُ الزَّكَاةِ، حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ".⁷⁴

• عَنْ مَالِكٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَرَأَ سَجْدَةً وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَنَزَلَ فَسَجَدَ وَسَجَدَ النَّاسُ مَعَهُ، ثُمَّ قَرَأَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ الْآخَرَى. فَتَهَيَّأَ النَّاسُ لِلْسُّجُودِ فَقَالَ: عَلَيَّ رِسَالِكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكْتُبْهَا عَلَيْنَا إِلَّا أَنْ نَشَاءَ. فَلَمْ يَسْجُدْ وَمَنْعَهُمْ أَنْ يَسْجُدُوا.

قَالَ مَالِكٌ: "لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَيَّ أَنْ يَنْزِلَ الْإِمَامُ إِذَا قَرَأَ السَّجْدَةَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَيَسْجُدُ".⁷⁵

• عَنْ مَالِكٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهَا قَالَتْ: "كَانَ فِيهَا أَنْزَلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرَّمْنَ ثُمَّ لَيْسَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوقَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ فِيهَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ".

71 انظر في ذلك: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 70/1، 71؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، 380/2.

72 انظر المسألة عند: ابن قدامة، روضة الناظر، ص 144؛ القاضي عياض، ترتيب المدارك، 67/1-75؛ الغزالي، المستصفى، ص 147-148؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، 2/380-395؛ الثعالبي، الفكر السامي، 388/1-390.

73 الإمام مالك، الموطأ، صلاة الليل، 21.

74 الإمام مالك، الموطأ، الزكاة، 16.

75 الإمام مالك، الموطأ، القرآن، 16.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلِ.⁷⁶

فالملاحظ شدة تمسك مالك بالعمل، حتى وإن كان الأثر أو الفعل صادر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أو عائشة رضي الله عنها وهو الذي يبني عليهما كثيرا من مسأله.

• عَنْ مَالِكٍ عَنْ تَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "الْمُتَبَاعِيانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ"
قَالَ مَالِكٌ: "وَلَيْسَ لِهَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ".⁷⁷

قال القاضي عياض ردا على من زعم أن الإمام مالك رد هذا الحديث لأنه يخالف العمل بقوله: "أن هذا سوء تأويل لأنه ليس مراد مالك رد حديث البيعان بالخيار بالعمل، وإنما أراد بقوله: "ما قال في بقية الحديث ((إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ))" أن بيع الخيار ليس له حدٌّ عندهم. وذلك يختلف باختلاف المبيعات، فيرجع فيه إلى الاجتهاد والعوائد في البلاد وأحوال المبيع".⁷⁸

الأصل الثامن: العرف

والعرف وهو: "ما استقرت النفوس عليه. بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول".⁷⁹

ونقصد بالعرف الذي لا يخالف نصاً، لأنه لا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص، أو الأعراف التي تغيرت عن ما أقره الشرع أو أمر به إيجاباً أو استحباباً أو هجماً. وفي هذا يقول الشاطبي: "لا تبدل لها وإن اختلف آراء المكلفين فيها فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً ولا القبيح حسناً حتى يقال مثلاً: إن كان كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه أو غير ذلك. إذ لو صح مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة المستمرة والنسخ بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم باطل، فرفع العوائد الشرعية باطل".⁸⁰

ولكن للعرف مجالات أذنت الشريعة الإسلامية للمسلمين أن يرجعوا فيها إلى العرف، كتفسير النصوص التي وردت مطلقة ولم يرد في الشرع ولا في اللغة ما يفسرها كالحرز، والقبض في البيع.. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في هذا: "كل اسم ليس له حدٌ في اللغة ولا في الشرع فالرجع فيه للعرف".⁸¹ وقال السيوطي: "قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يُرجع فيه إلى العرف، ومثله بالحرز في السرقة، والتفرقة في البيع والقبض، ووقت الحيض وقدره".⁸² وكذلك الأحكام التي لم تأمر بها الشريعة، ولم تنه عنها، ولم تبين كيفية فعلها على نحو معين، وهذا يختلف باختلاف أعراف الناس.

⁷⁶ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الرضاع، 17؛ والحديث أخرجه مسلم، الرضاع، 24.

⁷⁷ انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 79؛ والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري، البيوع، 44؛ ومسلم، البيوع، 43.

⁷⁸ انظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 72/1.

⁷⁹ انظر: الجرجاني، التعريفات، ص 193؛ وانظر تعريفه وحدوده عند: المنأوي، مهمات التعاريف، ص 680؛ الأنصاري، الحدود الأثنية، ص 72.

⁸⁰ انظر: الشاطبي، الموافقات، 283/2-284.

⁸¹ انظر: أبو العباس أحمد عبد الحلیم ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد العاصمي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (ب.ت)، 40/24.

⁸² انظر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت 1403هـ، ص 98.

والذي يظهر من عبارات أهل العلم من الأصوليين والفقهاء أنه لا خلاف فيما بينهم في اعتبار العرف حجة في المجال الذي سبق تحديده، وفي هذا يقول السرخسي: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص".⁸³ وقد بوب البخاري في صحيحه للعرف الصحيح الذي أقرته الشريعة فقال: "باب مَنْ أَجْرَى أَمْرَ الْأَمْصَارِ عَلَيَّ مَا يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُمْ فِي الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْمَكْيَالِ وَالْوِزْنِ، وَسُنَنِهِمْ عَلَيَّ نِيَاتِهِمْ وَمَذَاهِبِهِمُ الْمَشْهُورَةَ".⁸⁴ وأورد تحته عدة أحاديث تبين تحكيم العرف.

قال ابن حجر: ((قال بن المنير وغيره: مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلا وكَّل رجلا في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يجوز، وكذا لو باع موزونا أو مكبلا بغير الكيل أو الوزن المعتاد)).⁸⁵

وقال الشاطبي: "لو لم تعتبر العوائد لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع".⁸⁶

وقد جعله الإمام مالك من عمل أهل المدينة، ومن مفهوم السنة، وربما أخذه أصلاً مستقلاً. وقد يكون عرفاً خاصاً بأهل المدينة أو غيرها وهو الأكثر، وقد عبر عنه بقوله: (عندنا) ومن الأمثلة على ذلك:

- قَالَ مَالِكٌ: "لَيْسَ لِلْمُتَّعَةِ عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ فِي قَلِيلِهَا وَلَا كَثِيرِهَا".⁸⁷
 - قَالَ مَالِكٌ: "وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي بَيْعِ الْبَطِيخِ وَالْقَنَاءِ وَالْخَرْبِزِ وَالْحَزْرِزِ أَنْ يَبْعَهُ إِذَا بَدَأَ صِلَاحُهُ حَلَالًا جَائِزٌ ثُمَّ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مَا يَنْبَغُ حَتَّى يَنْقَطِعَ ثَمْرُهُ وَيَهْلِكَ وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ وَقْتُ يُؤَقَّتُ وَذَلِكَ أَنْ وَقَّتَهُ مَعْرُوفٌ عِنْدَ النَّاسِ".⁸⁸
- وقد يكون عرفاً عاماً عند عامة المسلمين مثل ما جاء في باب ما يجوز من الشروط في القراض:

- قَالَ مَالِكٌ: "وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ النَّاسُ عِنْدَنَا يُجِيزُونَهُ بَيْنَهُمْ. إِذَا كَانَ الْمَتَاعُ مُوَافِقًا لِلْبُرْتَامِجِ وَلَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لَهُ".⁸⁹

- قَالَ مَالِكٌ: "فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ. فَإِنْ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ. وَإِنْ كَانَ دِرْهَمًا وَاحِدًا. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ نِصْفَ الرَّبْحِ لَهُ، وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبْعَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ. فَإِذَا سَمِيَ مِنْ ذَلِكَ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا. فَإِنْ كُلُّ شَيْءٍ سَمِيَ مِنْ ذَلِكَ حَلَالًا. وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: وَلَكِنْ إِنْ اشْتَرَطَ أَنْ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ دِرْهَمًا وَاحِدًا فَمَا فَوْقَهُ خَالِصًا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الرَّبْحِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ. فَإِنْ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ. وَلَيْسَ عَلَيَّ ذَلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ".⁹⁰

⁸³ انظر: السرخسي، المبسوط، 41/19.

⁸⁴ انظر: البخاري، البيوع، 95.

⁸⁵ انظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت

1379/4، 406/4.

⁸⁶ انظر: الشاطبي، الموافقات، 288/2.

⁸⁷ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطلاق، 46.

⁸⁸ انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 13.

الخريز: هو نوع من البطيخ. انظر: ابن منظور، لسان العرب، 345/5؛ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت

(ب) ص، 656.

⁸⁹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 78.

البرنامج: هو البيع على الورق. انظر: لفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 231.

⁹⁰ انظر: الإمام مالك، القراض، 5.

الأصل التاسع: سدُّ الذرائع

وهو: "طلب ترك ما ثبت طلب فعله لعارض يعرض وهو أصل متفق عليه في الجملة"⁹¹.
والذريعة هي: "المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحذور"⁹². فمضى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى مفسدة مُنَع من فعل ذلك الفعل. وذلك لأنها تؤدي إلى محرّم، وما أدى إلى محرّم فهو محرّم.
قال الشاطبي: "حقيقتها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة"⁹³. وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:
القسم الأول: معتبر إجماعا كحفر الآبار في طريق المسلمين وسب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله عز وجل، والمنع من البيع والسلف مجتمعين خشية الربا..

القسم الثاني: ملغى إجماعا ولو كان ذريعة وسببا للحرام في بعض الصور، وهو نوعان:

1- إذا كان الفساد بعيدا جدا كمنع زرع العنب خشية الخمر.

2- ما إذا رجحت المصلحة على المفسدة كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال إلى العدو الذي هو محرم عليهم الانتفاع به أصلا.

القسم الثالث: مختلف فيه، ففي الجملة هو معتبر عند المالكية، والحنابلة، وكذلك أبو حنيفة رحمه الله إلا في بعض التفاصيل، والشافعي رحمه الله إلا أنه يخالفهم في بيع الآجال، واعتبر الظاهر في البيع مادام كل من العقدین الأول والثاني مستوفيا لشروط الصحة.⁹⁴

وأما تفصيلا: فقد اعتبر الإمامان: مالك، وأحمد مبدأ الذرائع أصلا من أصول الفقه.⁹⁵ فقد قال ابن القيم: "سد الذرائع أحد أرباع الدين"⁹⁶.

كما أخذ به الإمامان: أبو حنيفة، والشافعي في بعض الحالات، وأنكروا العمل به في حالات أخرى.⁹⁷ وأنكره ابن حزم الظاهري مطلقاً.⁹⁸

ومما سبق نستطيع تحقيق موضع الخلاف بين العلماء في قبول أو ردّ الذرائع: فنجد أنهم اتفقوا على أن ما يؤدي إلى إيذاء المسلمين ممنوع كحفر الآبار في الطرق العامة، وعلى أنه لا يجوز سب الأصنام إذا كان يؤدي إلى سب الله ونحوها من المسائل.

واتفقوا على أن ما كان طريقا للخير والنشر، وكان أداؤه إلى المفسدة نادرا، كغرس العنب فإنه يؤدي إلى صنع الخمر، ولكن لم يغرس لهذا الغرض بأصله، والانتفاع به أكبر من حصول الضرر، والعبرة للغالب.

⁹¹ انظر: الشاطبي، الموافقات، 219/3.

⁹² انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 411؛ ابن القيم، أعلام الموقعين، 135/3.

⁹³ انظر: الشاطبي، الموافقات، 199/4.

⁹⁴ انظر: للقرافي، شرح تنقيح الفصول، 267-266/2؛ الشاطبي، الموافقات، 325/3، 328؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت (ب.ت)، 437/2؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 411.

⁹⁵ انظر: الشاطبي، الموافقات، 325/3؛ عبد القادر بن بدران الدمشقي، المدخل إلى مذهب أحمد، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1401هـ، ص 296.

⁹⁶ انظر: ابن القيم، أعلام الموقعين، 159/3.

⁹⁷ انظر: للشافعي، الأم، 94/4؛ الشاطبي، الموافقات، 306-305/3.

⁹⁸ انظر: أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، الأحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة 1404هـ، 179/6.

وأما موضع الخلاف فهو في الوسائل التي ظاهرها الجواز ويكون أداؤها إلى المفسدة كثيرا، وبالتالي ينحصر الخلاف في بيوع الآجال والله أعلم. قال الشاطبي: "الأدلة تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة وهذا يجمع عليه وإنما النزاع في ذرائع خاصة، وهى بيوع الآجال ونحوها".⁹⁹

وقال القرطبي: "سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً".¹⁰⁰ وقال القرافي: "مالك لم ينفرد بذلك، بل كل أحد يقول بها، ولا خصوصية للمالكية بها، إلا من حيث زيادتهم فيها".¹⁰¹

وقد أخذ به الإمام مالك، والمنقول عنه من هذا كثير، وسد الذريعة أصل عظيم عنده متبع مطرد في العادات كبيع الآجال وغيرها، وفي الموطأ مسائل وأحكام صرح الإمام مالك في سبب الحكم فيها وأنه من سدّ الذرائع. ومن الأمثلة على ذلك:

• قَالَ مَالِكُ: "مَنْ رَاطَلَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ، أَوْ وَرَقًا بِوَرَقٍ. فَكَانَ بَيْنَ الذَّهَبِيِّنِ فَضْلٌ مُتَقَالٍ. فَأَعْطَى صَاحِبَهُ قِيمَتَهُ مِنَ الْوَرَقِ، أَوْ مِنْ غَيْرِهَا. فَلَا يَأْخُذُهُ. فَإِنَّ ذَلِكَ قَبِيحٌ، وَذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا".¹⁰²

• قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَشْتَرِي الطَّعَامَ فَيَكْتَالُهُ ثُمَّ يَأْتِيهِ مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْهُ فَيُخْبِرُ الَّذِي يَأْتِيهِ أَنَّهُ قَدْ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ وَاسْتَوْفَاهُ فَيُرِيدُ الْمُبْتَاعُ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ بِكَيْلِهِ: "إِنْ مَا بِيَعُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ يَبْقَدُ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَمَا بِيَعُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِلَى أَجَلٍ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ حَتَّى يَكْتَالَهُ الْمُشْتَرِي الْأَخْرَ لِنَفْسِهِ وَإِنَّمَا كَرِهَ الَّذِي إِلَى أَجَلٍ لِأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا".¹⁰³

• قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلَيْهِ سَلْفًا قَالَ: "لَا أَحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ ثُمَّ يَسْأَلُهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ أَوْ يُنْسِكُهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يُؤَخَّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ مَا نَقَصَ مِنْهُ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَلَا يَحُوزُ وَلَا يَصْلُحُ".¹⁰⁴

• قَالَ مَالِكٌ: "إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَسَأَلَهُ أَنْ يَقْرَهُ عِنْدَهُ قِرَاضًا إِنْ ذَلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ ثُمَّ يَقَارِضُهُ بَعْدَ أَوْ يُنْسِكُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ أَعْسَرَ بِمَالِهِ فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخَّرَ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ".¹⁰⁵

• قَالَ مَالِكٌ: "مَنْ رَاطَلَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ أَوْ وَرَقًا بِوَرَقٍ فَكَانَ بَيْنَ الذَّهَبِيِّنِ فَضْلٌ مُتَقَالٍ فَأَعْطَى صَاحِبَهُ قِيمَتَهُ مِنْ الْوَرَقِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا فَلَا يَأْخُذُهُ فَإِنَّ ذَلِكَ قَبِيحٌ وَذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا".¹⁰⁶

• قَالَ مَالِكٌ: "أَأْمُرُ الْمُجْتَمِعَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنْ مَنْ اسْتَسَلَفَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانَ بِصِفَةٍ وَتَحْلِيلَةٍ مَعْلُومَةٍ فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ وَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهُ إِلَّا مَا كَانَ مِنَ الْوَلَائِدِ فَإِنَّهُ يُخَافُ فِي ذَلِكَ الذَّرِيعَةَ إِلَى إِحْطَالِ مَا لَا يَحِلُّ فَلَا يَصْلُحُ".¹⁰⁷

99 انظر: الشاطبي، الموافقات، 305/3.

100 انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 411.

101 انظر: القرافي، الفروق، 32/2؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 412.

102 انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 39.

المراظلة: هي البيع بالميزان في الذهب بالذهب أو الورق بالورق متماثلة في الميزان بغير صنجة. انظر: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر العلوي المالكي، التلفين، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة 1415هـ، 379/2؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر التمري، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت 1407هـ، ص 305؛ أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت 1398هـ، 266/4.

103 انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 85.

104 انظر: الإمام مالك، الموطأ، القراض، 14.

105 انظر: الإمام مالك، الموطأ، القراض، 4.

106 انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 39.

الأصل العاشر: المصالح المرسله

والمراد بالمصلحة: "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق" وتسمى أيضا بالاستصلاح لما فيها من مطلق المصلحة للناس، وسميت أيضا بالاستدلال.¹⁰⁸

والمقصود بالمصلحة هو: "كل ما يحافظ على مقاصد الشرع"، كما ذكر ذلك الغزالي بقوله: "نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهي أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم وما لهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة".¹⁰⁹ وذلك لأن الناس يختلفون في تقدير المصلحة فكان لا بد من تشريع الشارع ليكون الحكم العدل في موازنة المصالح بين الناس.

والمصالح المرسله لا تكون في العبادات، فهذه الأحكام لا مجال للقياس فيها، فالقول بالمصالح المرسله من باب أولى، وذلك لأنها مقصورة على الوحي، وإنما هي راجعة إلى حفظ أصل الدين وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية ولذلك نجد مالكا وهو المسترسل في القول بها، مشددا في العبادات أن لا تقع إلا على ما كانت عليه في الأولين.¹¹⁰ وأما الأحوال المدنية، أو المعاملات، فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها عن طريق القياس، أو المصالح المرسله ونحوها. ومثلها العلماء بالمصلحة التي اتخذت لها السجون، وضربت لها النقود، وجمع الصحابة للقرآن في مصحف واحد... وما شابهها. ولقد اختلف الأصوليون في القول بالمصالح، فمنهم من ردها مطلقا ولم يعتبر الاحتجاج بها، ومنهم من قبلها مطلقا، ومنهم من قبلها بشرط قربها من معاني الأصول الثابتة. وللعلماء في ذلك قولين كالتالي:

1- ذهب الجمهور من الشافعية، والحنابلة، وأهل الظاهر إلى القول بعدم الأخذ بالمصلحة المرسله مطلقا.¹¹¹

وقال الآمدي: "إنه الحق الذي اتفق عليه الفقهاء".¹¹²

2- وذهب الإمام مالك إلى قبولها مطلقا والتمسك بها وبني عليها الأحكام.¹¹³

أما الحنفية فقد ذكر الآمدي أنهم كالشافعية في عدم القول بالمصالح المرسله وتابعه عليه الجويني.¹¹⁴

لكن عند التحقيق نجد أن جميع المذاهب عدا الظاهرية يأخذون بالمصالح، وذلك أنهم يقيسون، ويفرقون بين المناسبات، ولا يطلبون شاهدا بالاعتبار، وهذه هي المصلحة المرسله عند المالكية. فالحنفية يأخذون بالمصالح المرسله من طريق الاستحسان الذي برع فيه أبو حنيفة رحمه الله، لأن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة كما مر معنا سابقا. والشافعية يأخذون بها من باب القياس وهي التي شهد الشرع لاعتبارها، أما الحنابلة فهم يأتون بعد المالكية في

¹⁰⁷ انظر: الإمام مالك، الموطأ، البيوع، 94.

¹⁰⁸ انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 403. وانظر تعريفها وحدودها عند: الغزالي، المستصفي، ص 173، 174؛ الرازي، المحصول، 222-219/6؛ السبكي، الإبهاج، 187-178/2؛ ابن قدامة، روضة الناظر، ص 170-171؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 249.

¹⁰⁹ انظر: الغزالي، المستصفي، ص 174.

¹¹⁰ انظر: الشاطبي، الموافقات، 74/3؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 250.

¹¹¹ انظر: ابن حزم، الأحكام، 499/4؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المنخول، تحقيق محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق 1400هـ، ص 354؛ الآمدي، الأحكام، 167/4؛ الجويني، البرهان، 721/2؛ ابن قدامة، روضة الناظر، ص 170؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 404؛ ابن بدران، المدخل، ص 295.

¹¹² انظر: الآمدي، الأحكام، 167/4.

¹¹³ انظر: الشاطبي، الموافقات، 39/1؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 201/3؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 249.

¹¹⁴ انظر: الآمدي، الأحكام، 167/4؛ الجويني، البرهان، 721/2.

اعتبارهم للمصالح المرسله لتصريح الأصوليين وأكثر الحنابلة بذلك، فمثلا ابن دقيق العيد يقول: "الذي لا شك فيه أن مالكا ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليهِ أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة".¹¹⁵ ومعنى أنها حجة عند مالك رحمه الله أنه يأمر بأخذها ويقبس عليها رعايةً للمصلحة. ومثال ذلك: أنه جَوَزَ ضرب المتهم بالسرقة المعروف بما لِيُقِرُّ. فجوَّاز ضرب المتهم، هو الحكم، وتوقع الإقرار هو المصلحة المرسله.¹¹⁶ وقد شَتَّعَ بعض العلماء على الإمام مالك بسبب القول بالمصالح المرسله، وقالوا: "إنَّ الإمام مالك استرسل في المصالح، حتى رأى قتل ثلث الأمة لاستصلاح ثلثيها، والقتل في التعزير، وقطع اللسان في الهذر".¹¹⁷ ولكن هذه دعوى باطلة، لم يقلها مالك، ولم يروها عنه أحد من أصحابه أو تلامذته، ولا توجد في شيء من كتبه، ولا في كتب المذهب كما حققه القرطبي وغيرهما.¹¹⁸ ووحجة الإمام مالك رحمه الله في العمل بها، والاحتجاج: أن الصحابة رضي الله عنهم عملوا بها، وكانوا يأخذون بالمصالح ما لم يدل الدليل على إلغاء تلك المصلحة. ومن الأمثلة على ذلك:

• فإهم اتفقوا على حدِّ شارب الخمر ثمانين جلدة، ومستندهم فيه الرجوع إلى المصلحة:

عَنْ مَالِكِ عَنِ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدَّبَلِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرِبُهَا الرَّجُلُ. فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: "تَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ، فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكْرًا، وَإِذَا سَكَرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى أَفْتَرَى"، أَوْ كَمَا قَالَ فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ.¹¹⁹

• قتل الجماعة بالواحد حين اشتركوا في قتله، حتى لا يتخذ الاجتماع ذريعة إلى الخلاص من القصاص. قَالَ مَالِكٌ: "وَإِذَا ضَرَبَ النَّفْرَ الرَّجُلَ حَتَّى يَمُوتَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ قُتِلُوا بِهِ جَمِيعًا".¹²⁰

• أمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زجرا عن كثرة استعماله.

فَعَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: "إِنِّي طَلَقْتُ امْرَأَتِي مِائَةَ تَطْلِيقَةٍ فَمَاذَا تَرَى عَلَيَّ؟" فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: طَلَقْتَ مِنْكَ لَثَاثَ وَسَبْعَ وَسِتِّمِئَاتٍ أَخَذْتَ بِهَا آيَاتِ اللَّهِ هُرُؤًا". قَالَ مَالِكٌ: "وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ".¹²¹

• إقامة الحد على المرأة الحامل والتي لا زوج لها إن ادعت الزواج أو الاستكراه إذا لم تأتي ببينة حفاظا على انساب الناس وحتى لا تعم الفاحشة.

قَالَ مَالِكٌ: "الْأُمُّ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ مُوجِدٌ حَامِلًا وَلَا زَوْجَ لَهَا فَتَقُولُ: قَدْ اسْتَكْرَهْتُ، أَوْ تَقُولُ: تَزَوَّجْتُ إِنْ ذَلِكَ لَا يُقْبَلُ مِنْهَا، وَإِنَّهَا يُقَامُ عَلَيْهَا الْحَدُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى مَا أَدَعَتْ مِنَ النِّكَاحِ بَيْتَةٌ، أَوْ عَلَى أَنَّهَا اسْتَكْرَهْتُ".¹²²

¹¹⁵ انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 403. وانظر المسألة عند كل من: الرازي، المحصول، 220/6؛ الغزالي، المستصفى، ص 173؛ ابن أمير

الحاج، التقرير والتحرير، 381/3؛ ابن بدران، المنخل، ص 295؛ الجويني، البرهان، 721/2.

¹¹⁶ انظر: الغزالي، المستصفى، ص 176؛ السبكي، الإبهاج، 179/3؛ حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص 250.

¹¹⁷ انظر: الغزالي، المنحول، ص 354؛ ابن قدامة، روضة الناظر، ص 171.

¹¹⁸ انظر: القرطبي، تنقيح الفصول، ص 171.

¹¹⁹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الأثرية، 2.

¹²⁰ انظر: الإمام مالك، الموطأ، القسامة، 2.

¹²¹ انظر: الإمام مالك، الموطأ، الطلاق، 1.

¹²² انظر: الإمام مالك، الموطأ، الحدود، 16.

ومما يؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة عملوا أمورا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شوري، وتدوين الدواوين، وعمل السكة للمسلمين، واتخاذ السجن، فعمل ذلك عمر رضي الله عنه وهذه الأوقاف التي يازاء مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه فعله عثمان رضي الله عنه، وتجديد أذان في الجمعة بالسوق وهو الأذان الأول فعله عثمان ثم نقله هشام إلى المسجد".¹²³

¹²³ انظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 381/3.