

بسم الله الرحمن الرحيم



دانشگاه حکیم سبزواری

دانشکده الهیات و معارف اسلامی

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته الهیات، گرایش فقه مبانی حقوق اسلامی

مقایسه آراء و نظرات فقهای معاصر و متقدم مالکیه در باب

نکاح مسیار

استاد راهنما:

دکتر ناصر سلمانی ایزدی

استاد مشاور:

دکتر علیرضا پور اسماعیلی

پژوهشگر:

الهه کراچیان

بهمن ماه ۱۳۹۴



دانشگاه حکیم سبزواری

بسمه تعالی

فرم ۱۱۳-ت

فرم ارزشیابی و صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد*

جلسه دفاع از پایان نامه: خانم الهه کرجیان دانشجوی رشته: فقه و مبانی حقوق اسلامی به شماره دانشجویی ۹۲۱۳۲۲۱۰۶۹ با عنوان: (مقایسه آراء و نظرات فقهای معاصر و متقدم مالکیه در باب نکاح مسیار) در مورخه: ۹۴/۱۱/۲۷ در سالن اجتماعات دانشکده ی ادبیات و علوم انسانی تشکیل و توسط هیات داوران مورد ارزشیابی قرار گرفت و نمره ۱۷ برابر درجه خوب برای آن تعیین گردید. به این ترتیب از این تاریخ خانم الهه کرجیان به عنوان کارشناس ارشد در رشته مذکور شناخته می شود.

مورد ارزشیابی	مورد	حداکثر نمره	نمره کسب شده
۱- کیفیت نگارش	رعایت اصول نگارش انسجام در تنظیم بخشهای مختلف، کیفیت تصاویر، جداول و اشکال، تنظیم فهرست ها، منابع و مآخذ	۴	
۲- کیفیت علمی	بررسی تاریخچه و سابقه تجربی و نظری موضوع انسجام منطقی در بخش های مختلف پایان نامه، ابتکار و نوآوری، اهمیت و ارزش علمی پایان نامه، استفاده از منابع معتبر و جدید، کیفیت تجزیه و تحلیل یافته ها و نتیجه گیری، روشن بودن روش کار، هدف ها و فرضیه های تحقیق، جدید بودن روش تحقیق	۱۰	
۳- کیفیت آرایه در جلسه دفاع	تسلط بر موضوع و بیان واضح و تفهیم آن، توانایی در پاسخگویی به سوالات مطرح شده در جلسه، رعایت زمان آرایه، روش ارائه	۴	
۴- ارزشیابی گزارشات	گزارش های دوره ای پیشرفت کار (حداقل ۴ مورد)	۱	۰/۲۵
۵- خروجی پایان نامه	مقاله مستخرج از پایان نامه: این نمره به صورت زیر اختصاص می یابد ۱) یکجمله کنفرانسی هر مورد ۲۵/۰/۲۵ نمره تا سقف ۰/۵ نمره ۲) مقاله کامل در مجموع مقالات همایشهای معتبر یا مقاله در مجلات علمی-ترویجی معتبر پذیرفته شده یا چاپ شده هر مورد ۰/۵ نمره تا سقف ۱ نمره ۳) مقاله پذیرفته شده یا چاپ شده در مجلات علمی پژوهشی معتبر ۱ نمره ۴) مقاله ارسال شده مجلات علمی پژوهشی معتبر هر مورد ۲۵/۰/۲۵ نمره تا سقف ۰/۵ نمره ۵) دستگاه ساخته شده دارای گواهی ثبت اختراع یا به ستارش سازمان ها تا سقف ۱ نمره ۶) دستگاه ساخته شده کاربردی که به تایید رئیس دانشکده رسیده باشد تا سقف ۰/۵ نمره	۱	—
	جمع	۱۷	

درجه معادل کسب شده:

(از ۱۹ تا ۲۰ عالی □ از ۱۸ تا ۱۹ بسیار خوب □ از ۱۶ تا ۱۷ خوب □ از ۱۴ تا ۱۵ قابل قبول □ کمتر از ۱۴ غیر قابل قبول □)

مشخصات هیات دوران

ردیف	نام و نام خانوادگی	سمت	مرتبۀ علمی	محل کار	امضاء
۱	دکتر ناصر سلیمانی ایزدی	استاد راهنما	استادیار	دانشگاه حکیم سبزواری	
۲	دکتر علیرضا پوراسماعیلی	استاد مشاور	استادیار	دانشگاه حکیم سبزواری	
۳	دکتر سید جواد خاتمی	استاد داور	استادیار	دانشگاه حکیم سبزواری	
۴	دکتر سید مهدی نوری	نماینده تحصیلات تکمیلی	استادیار	دانشگاه حکیم سبزواری	

امضاء

مدیر گروه

* این فرم الزاماً باید به صورت تایید شده تهیه، ارسال و در پایان نامه درج شود

امضاء

رئیس دانشکده

سوگند نامه دانش آموختگان دانشگاه حکیم سبزواری


کزین برتر اندیشه بر نگذرد

به نام خداوند جان و خرد

اینک که به خواست آفریدگار پاک، کوشش خویش و بهره گیری از دانش استادان و سرمایه های مادی و معنوی این مرز و بوم، توشه ای از دانش و خرد گردآورده ام، در پیشگاه خداوند بزرگ سوگند یاد می کنم که در به کارگیری دانش خویش، همواره بر راه راست و درست گام بردارم. خداوند بزرگ، شما شاهدان، دانشجویان و دیگر حاضران را به عنوان داورانی امین گواه می گیرم که از همه دانش و توان خود برای گسترش مرزهای دانش بهره گیرم و از هیچ کوششی برای تبدیل جهان به جایی بهتر برای زیستن، دریغ نورزم. پیمان می بندم که همواره کرامت انسانی را در نظر داشته باشم و هموعان خود را در هر زمان و مکان تا سر حد امکان یاری دهم. سوگند می خورم که در به کارگیری دانش خویش به کاری که با راه و رسم انسانی، آیین پرهیزگاری، شرافت و اصول اخلاقی برخاسته از ادیان بزرگ الهی، به ویژه دین مبین اسلام، مبادت دارد دست نیازم. همچنین در سایه اصول جهان شمول انسانی و اسلامی، پیمان می بندم از هیچ کوششی برای آبادانی و سرافرازی میهن و هم میهنانم فروگذاری نکنم و خداوند بزرگ را به یاری طلبم تا همواره در پیشگاه او و در برابر وجدان بیدار خویش و ملت سرافراز، بر این پیمان تا ابد استوار بمانم.

نام و نام خانوادگی و امضای دانشجو

الهه کراچیان



تاییدیه ی صحت و اصالت نتایج

بسمه تعالی

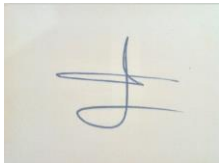
اینجانب الهه کراچیان به شماره دانشجویی ۹۲۱۳۲۲۱۰۶۹ رشته الهیات- فقه و مبانی حقوق اسلامی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد تایید می نمایم که کلیه نتایج این پایان نامه حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف و موارد نسخه برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر کرده ام در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مولفان و مصنفان . قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ضوابط و مقررات آموزشی پژوهشی و انضباطی ...) با اینجانب رفتار خواهد شد . و حق هر گونه اعتراض درخصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می نمایم . درضمن مسئولیت هر گونه پاسخگویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذی صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده اینجانب خواهد بود و دانشگاه هیچ گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت .

نام و نام خانوادگی:

الهه کراچیان

تاریخ و امضاء:

۹۴/۱۲/۱۲



تقدیم به: مادرم

سنگ صبوری که الفبای زندگی

را به من آموخت

تقدیم به: همسرم

به پاس قدردانی از قلبی آکنده

از عشق و معرفت که محیطی سرشار از

سلامت و امنیت و آرامش و آسایش

برای من فراهم آورده است.

تقدیم به: پدرم

که در سختی ها و دشواری

های زندگی همواره یآوری دلسوز و

فداکار و پشتیبانی محکم و مطمئن بود.

سپاسگزاری

پروردگارا ...

همین عزت مرا کفایت می کند

که بنده توأم و همین سخن مرا بس که

تو پروردگار منی.

از استادان جناب آقایان دکتر

ایزدی و دکتر پور اسماعیلی قدردانی

می نمایم

فهرست مطالب

۱.....	فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی مدیریت تحصیلات تکمیلی
۲.....	مقدمه:
۶.....	فصل اول: کلیات
۶.....	۱-۱ مکاتب آغازین جهان اسلام.....
۷.....	۲-۱ مذهب مالکی.....
۸.....	۱-۲-۱ شاگردان امام مالک.....
۹.....	۲-۲-۱ منابع اجتهاد در مذهب امام مالک:
۱۲.....	۳-۲-۱ فقهای مالکی.....
۱۵.....	۳-۱ تعریف نکاح.....
۱۵.....	۱-۳-۱ نکاح در لغت.....
۱۶.....	۲-۳-۱ نکاح در اصطلاح.....
۱۶.....	۳-۳-۱ ادله مشروعیت نکاح.....
۱۷.....	۴-۳-۱ ارکان عقد ازدواج.....
۱۷.....	۱-۴-۳-۱ تعریف رکن در لغت و اصطلاح.....
۱۸.....	۵-۳-۱ شروط عقد ازدواج.....
۱۸.....	۱-۵-۳-۱ معنای لغوی شرط.....
۱۹.....	۲-۵-۳-۱ معنی اصطلاحی شرط.....
۲۰.....	۶-۳-۱ شرط ضمن عقد.....
۲۰.....	۱-۶-۳-۱ اقسام شروط ضمن عقد.....
۲۱.....	۴-۱ نکاح متعه.....
۲۱.....	۱-۴-۱ معنای لغوی و اصطلاحی متعه.....
۲۲.....	۲-۴-۱ پیشینه متعه.....
۲۳.....	۵-۱ نکاح مسیار.....
۲۳.....	۱-۵-۱ پیشینه نکاح مسیار.....
۲۴.....	۲-۵-۱ تعریف مسیار در لغت.....
۲۴.....	۳-۵-۱ تعریف زواج مسیار در اصطلاح.....
۲۶.....	فصل دوم: متعه از دیدگاه فقهای معاصر و متقدم فرقه مالکیه.....
۲۶.....	۱-۲ نکاح در فقه مالکی.....
۲۶.....	۱-۱-۲ تعریف نکاح.....

۲۶	۲-۱-۲ حکم نکاح در فقه مالکی
۲۷	۳-۱-۲ شروط مقررین به نکاح در مذهب مالکی:
۲۸	۴-۱-۲ شروط صحت نکاح
۲۸	۲-۲ فرق میان نکاح متعه و نکاح موقت
۲۹	۳-۲ انواع عقود ازدواج
۲۹	۱-۳-۲ حکم ازدواج باطل در مذهب مالکیه
۳۰	۴-۲ نکاح متعه
۳۱	۱-۴-۲ تعریف نکاح متعه
۳۱	۲-۴-۲ احکام متعه
۳۵	۳-۴-۲ متعه از منظر قرآن
۴۲	۴-۴-۲ قرائت متفاوت آیه متعه
۴۶	۵-۴-۲ فريضه نسخ متعه
۴۶	۱-۵-۴-۲ نسخ متعه به آیات
۴۸	۲-۵-۴-۲ فرضیه نسخ در روایات
۵۲	۳-۵-۴-۲ تعداد دفعات نسخ
۵۵	۶-۴-۲ تحریم خلیفه دوم
۵۵	۱-۶-۴-۲ روایات متعه ونهی عمر
۵۷	۲-۶-۴-۲ نهی عمر از متعه
۵۸	۳-۶-۴-۲ دفاع از حکم خلیفه: (توجیه حکم خلیفه)
۶۱	۷-۴-۲ اجماع صحابه بر تحریم ازدواج موقت
۶۳	۱-۷-۴-۲ مخالفت صحابه و تابعین
۶۴	۲-۷-۴-۲ ازدواج موقت نزد صحابه
۶۷	۳-۷-۴-۲ متعه از دیدگاه تابعین و فقهای اهل سنت
۷۳	فصل سوم: بررسی دیدگاههای فقهای معاصر مالکی در باب نکاح مسیار
۷۳	۱-۳ مفهوم ازدواج مسیار
۷۳	۱-۱-۳ تعریف لغوی
۷۴	۲-۱-۳ تعریف اصطلاحی مسیار
۷۵	۲-۳ تفاوت نکاح مسیار با سایر ازدواجها
۷۵	۱-۲-۳ مسیار و نکاح لیلیات و نهاریات:
۷۶	۲-۲-۳ مقایسه نکاح مسیار با متعه
۷۸	۳-۲-۳ نکاح مسیار و ازدواج دائم
۷۸	۴-۲-۳ نکاح مسیار و نکاح عرفی

۷۹ ۵-۲-۳ مسیارونکاح سری
۷۹ ۳-۳ علل گرایش به نکاح مسیار
۸۱ ۴-۳ حکم ازدواج مسیار از دیدگاه فقهای اهل تسنن
۸۱ ۱-۴-۳ اباحه مطلق
۸۳ ۲-۴-۳ اباحه باکراهت
۸۴ ۱-۲-۴-۳ ادله اباحه نکاح مسیار
۸۸ ۲-۲-۴-۳ نقد ادله جواز
۸۹ ۳-۴-۳ جواز مشروط
۸۹ ۱-۳-۴-۳ ادله جواز
۹۰ ۴-۴-۳ حرمت
۹۰ ۱-۴-۴-۳ ادله حرمت
۹۶ ۵-۴-۳ توقف
۹۶ ۵-۳ بررسی فقهی مسیار
۹۷ ۶-۳ بررسی شروط ضمن عقد در نکاح مسیار
۹۸ ۱-۶-۳ حکم مبیعت (همخوانی)
۹۸ ۱-۱-۶-۳ مدت حق مبیعت
۹۹ ۲-۱-۶-۳ اسقاط حق مبیعت
۱۰۰ ۲-۶-۳ بررسی اسقاط حق نفقه
۱۰۱ ۷-۳ لوازم نکاح مسیار
۱۰۱ ۸-۳ علل اختلاف فتاوا در نکاح مسیار
۱۰۲ ۹-۳ مزایا و معایب نکاح مسیار
۱۰۲ ۱-۹-۳ مزایا
۱۰۳ ۲-۹-۳ معایب
۱۰۴ نتیجه گیری
۱۰۵ منابع



دانشگاه حکیم سنواری

فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی مدیریت تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: کراچیان	نام: الهه	ش دانشجویی: ۹۲۱۳۲۲۱۰۶۹
استاد راهنما: جناب آقای دکتر سلمانی ایزدی	استاد مشاور: جناب آقای دکتر پور اسماعیلی	
دانشکده: الهیات	رشته: الهیات	گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی
مقطع: کارشناسی ارشد	تاریخ دفاع: ۹۴/۱۱/۲۷	تعداد صفحات:
عنوان پایان‌نامه: مقایسه آراء و نظرات فقهای معاصرومقدم مالکیه درباب نکاح مسیار		
کلیدواژه‌ها: فرقه مالکیه , نکاح متعه , نکاح مسیار.		

مساله ازدواج در حیات انسانی از موضوعات بسیار مهم است که توجه خاص شارع مقدس به این مساله موید آن می باشد.

امروزه در سرزمین نجد عربستان نکاح جدیدی تحت عنوان مسیام مطرح شده است. در مورد ریشه لغوی مسیام نظریه‌هایی مطرح است برخی معتقدند ریشه لغوی ندارد بلکه کلمه عامیانه‌ای است که در سرزمین نجد عربستان به معنای دیدار روزانه به کار می رود و در تعریف دیگر، از سیر، حرکت و عبور گرفته شده است و اصطلاحی عامیانه است برای موردی که مرد در یکی از شهرهای مسیر گردش و ترددش برای تجارت با کسب علم با خانمی ازدواج می کند که در زمان تحصیل یا تجارت نزد زوجه باشد. این نکاح از اقسام نکاح دائم دانسته می شود که بررسی ابعاد آن در فقه مالکی لازم و ضروری است؛ زیرا مسیام به لحاظ ماهیت نوعی متعه است که در شیعه مشروع است و در فقه مالکی نیز نسبت به مشروعیت یا عدم مشروعیت متعه سخت گیری کمتری در مقایسه با سایر فرق فقهی دیده می شود.

مسیام نکاحی است که تمام ارکان از ایجاب و قبول طرفین، حضور ولی و دو شاهد عادل مسلمان بالغ و عاقل، در آن وجود دارد اما زن از دو مساله صرف نظر میکند: حق خود در قسم و حق خود در نفقه. نکاح مسیام با پاره ای از لوازم نکاح دائمی همساز نیست در چنین ازدواجی ممنوعیت بیرون رفتن زن از خانه بدون اجازه شوهر، وجوب نفقه، ثبوت حق ارث میان زن و شوهر، وجوب رعایت عدالت میان، زنان، وجوب مهریه و حسن معاشرت وجود ندارد. فقهای متقدم و متاخر مالکیه نه تنها اشتراط اسقاط این شروط را نمی پذیرند حتی تنازل زن از آنان را نیز قبول نمی کنند.

امضای استاد راهنما

مقدمه:

عقد نکاح نقطه عطفی در زندگی انسان است. تشکیل خانواده، حفظ نسل، آرامش و آسایش معنوی و تأمین نیاز جنسی از جمله اهداف انعقاد این عقد می باشند. عنایت شریعت اسلام به تأمین این نیاز، به حدی است که ازدواج را سنتی الهی و رویگردانی از آن راه، رویگردانی از شریعت به شمار آورده است.

گاه شرایط خاصی در زندگی انسان روی می دهد که قادر نیست از این راه عمومی (ازدواج دائم) به مقصد برسد اینجاست که بایستی برای چنین شرایطی و برای سوق این نیاز در جهتی صحیح و حفظ کرامت و شرافت انسانی راه حل مقطعی و تدبیری اندیشید. این تدبیر همان ازدواج غیر دائم یا به اصطلاح فقهای امروزی نکاح مسیار هست که به منظور ممانعت از شیوع فساد در جامعه اسلامی تجویز گردیده است. تا به نحوی جبران کنندهی ضررهای ناشی از تحریم ازدواج غیر دائم باشد.

بیان مسأله تحقیق:

در مورد ریشه لغوی مسیار نظریه‌هایی مطرح است برخی معتقدند ریشه لغوی ندارد بلکه کلمه عامیانه‌ای است که در سرزمین نجد عربستان به معنای دیدار روزانه به کار می رود و در تعریف دیگر، از سیر، حرکت و عبور گرفته شده است و اصطلاحی عامیانه است برای موردی که مرد در یکی از شهرهای مسیر گردش و ترددش برای تجارت با کسب علم با خانمی ازدواج می کند که در زمان تحصیل یا تجارت نزد زوجه باشد.

مسیار از موضوعات جدید بوده و در کتاب های فقهی قدیمی چنین اصطلاحی وجود ندارد اما فقها و حقوقدانان معاصر آن را اینگونه تعریف کرده اند: ازدواجی است که در آن مرد وزن عقد شرعی را با تمام ارکان و شرایط می بندند و فقط زن از سکونت و نفقه صرف نظر میکند» عده‌ای دیگر به این تعریف اضافه نموده اند که: «غالباً ازدواج مسیار ازدواج دوم یا سوم است و نوعی از تعدد زوجات محسوب می شود»
حقوقدانان مسلمان نظیر دکتر یوسف قرضاوی از اساتید دانشگاه الازهر مصر ازدواج موقت را به حکم ضرورت زمان از باب سد ذرایع با عنوان «نکاح المسیار» تصویب کرده اند.

اما مسأله مهم آن است که مقبولیت این نوع ازدواج در میان تمام فرق اهل سنت مورد تردید است زیرا فرق اهل سنت در زمینه شروط ضمن عقد نظر واحدی ندارند و از آنجایی که وجه تشابه اصلی نکاح مسیار با نکاح دائم، در همین زمینه شروط ضمن عقد است، چنین نتیجه ای گرفته می شود.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق:

همان گونه که عنوان شد با توجه به تردید در صحت این نکاح در میان فرق اهل سنت، این تحقیق سعی دارد تا با مرور ارکان عقد و شروط ضمن عقد، به واکاوی در این مسأله بپردازد.

از میان فرق اهل سنت، فرقه مالکی با توجه به کثرت اصول و مصادر استنباطی آن مورد توجه قرار می گیرد. از سویی در این فرقه التفات و توجه اصلی به سمت مصلحت است به این گونه که گاهی مصلحت را

لباس قیاس می پوشاند، گاهی لباس استحسان و گاهی مصالح مرسله . در حالی که استحسان در حنفیه شکلی از قیاس است به همین علت به آن قیاس خفی گفته میشود از در فرقه مالکیه شروع و پایان «مصلحت» است.

همان گونه که در بیان مساله گذشت برخی از فقها نکاح مسیار را از باب سد ذرایع جایز دانسته اند. پس باید دید فقهای متقدم و متاخر فرقه مالکیه که محور اصلی منابع اجتهادی آن برمبنای مصلحت است، نسبت به این نکاح چه دیدگاههایی را ارائه می دهند.

نکاح مسیار از مسائلی است که در قرون معاصر مطرح شده است لذا بررسی آن در میان فقهای متقدم مالکی امکان پذیر نیست. اما همان گونه که عنوان شد شروط ضمن عقد در میان فقهای متقدم و متاخر و معاصر مالکی مورد بررسی قرار می گیرد. از طرفی، در میان فقهای متقدم، مساله مورد اختلاف نکاح متعه یا همان ازدواج موقت است. زیرا همان گونه که می دانیم نکاح مسیار برای افرادی که توان انجام نکاح دائم رانداشته اند تجویز شده است، دقیقاً مانند متعه. پس متعه و مسیار با توجه به تفاوت ماهوی آنان، از حیث کارکرد، کاربردی مشابه با یکدیگر دارند.

در مورد مشروعیت متعه دیدگاههای مختلفی وجود دارد. از دیدگاه بعضی زوجیت فقط با نکاح دائم و ملک یمین حاصل میگردد. اما نکته ای که نباید از نظر دور داشت آن است که مشروعیت نکاح غیر دائم در صدر اسلام مورد قبول همه مسلمانان بوده است. و تقریباً تمام فقهای اهل سنت و بالخصوص فقهای فرقه مالکی قائل به جواز و مشروعیت آن در عهد رسول الله بوده اند اما پس از تحریم خلیفه دوم از انجام این نوع نکاح، اهل سنت قائل بر نسخ و حرمت حکم آن هستند.

از طرفی در زمان نسخ یا تحریم این نکاح اختلاف نظر شدید است. طبق اقوالی در صحیح مسلم، نسخ آن در یوم الاوطاس واقع شده است. از طرفی در شرح مسلم از نووی روز تحریم آن، یوم خیبر بوده است. در غیر از صحیح مسلم هم روایتهایی موجود است که همه گویای آن است که در زمان نسخ و تحریم این نوع نکاح اختلاف نظر وجود دارد.

همچنین اسناد تحریم به مالک ابن انس قطعی نیست و بنا بر برخی اقوال قائل به بقای حکم اباحه ی نکاح غیر دائم بود. نووی در شرح بر صحیح مسلم این مطلب را ذکر کرده است که از مالک نقل شده است که وی گفته است: این نکاح جایز است زیرا مباح می باشد و همین طور مباح باقی می ماند تا اینکه ناسخ آن ظاهر گردد. البته میان فقهای این فرقه در باب این نکاح اختلاف نظر وجود دارد.

همچنین با بررسی برخی کتب فقهی فقهای متقدم فرقه مالکیه این مطلب به خوبی مشهود است که اکثر آنان به خاطر داشتن نگاه منفی به این مساله در کتب خود نامی از آن به میان نیاورده اند. از طرفی برخی از آنان از این نوع نکاح به عنوان ((زواج الموقت)) تعبیر می کنند و آن را در کنار نکاح هایی همچون سریه و نهاریه عنوان نموده و حکم به بطلان آن می نمایند و بعضی نیز با شرایطی آن را مباح می دانند.

شایان ذکر است که مراد از فقهای متقدم مالکی، فقهای تا سال ۳۶۸ هجری می باشد که از مالک ابن انس آغاز می گردد و فقهای بعد از این تاریخ فقهای متقدم محسوب می گردند که از این میان می توان به فقهای همچون ابن رشد، نفرای و قیروانی اشاره نمود و مراد از فقهای معاصر، فقهای قرن ۱۴ تا زمان حال هست که در این میان می توان به فقهای نظیر ابن بادیس و ببلایوی اشاره کرد.

در فصل اول که به کلیات می پردازد به مسائلی چون سیر تاریخی فرقه مالکیه و فقهای آن، نکاح و ارکان آن و... پرداخته خواهد شد.

در فصل دوم، به نکاح متعه و احکام آن و... در میان فقهای متقدم و متاخر مالکی خواهیم پرداخت. در فصل سوم نیز به بررسی نکاح مسیار و نظرات و ادله های مختلف در مورد آن، مقایسه شروط ضمن عقد و هم چنین مقایسه این شروط در میان فقهای متقدم و متاخر مالکی خواهیم پرداخت.

مرور ادبیات و سوابق مربوطه:

آثاری به تفصیل و یابه اجمال به بررسی نکاح مسیار از زوایای مختلف پرداخته اند که در این میان می توان به کتبی همچون «نکاح المسیار» از عرفان حسونه، «مستجدات فقهیه فی قضایا الزواج والطلاق» از اشقر، «الانکحه الفاسده و المحضوره قدیما و حدیثا» از عبدالعزیز سلیمان حوسک، «احکام الاسره و البیت المسلم» از محمد متولی شعراوی، «احکام الاسره فی الشریعه الاسلامیه» از شرنباصی اشاره نمود.

هم چنین در بررسی شروط ضمن عقد نکاح و نکاح متعه در فرقه مالکیه از آثاری همچون «حاشیه العدوی علی شرح کفایة الطالب الربانی» از صعیدی عدوی، «الذخیره» قرافی، «الفواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القیروانی»، «بدایه المجتهد و نهایه المقتصد» ابن رشد، می توان نام برد.

در زمینه سیر تاریخی مذاهب اهل سنت، خصوصا مالکیه، کتابی همچون «نظره تاریخیه فی حدوث المذاهب الفقهیه الاربعه» قابل ذکر می باشد.

در مقاطعی در کتب فقهی مهم و اصیل فرقه مالکیه همچون الموطا از مالک ابن انس، التهذیب فی اختصار المدونه از القیروانی، جامع الامهات از ابن حاجب کردی مالکی، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد از ابن رشد قرطبی، و کتب حدیثی مهم اهل سنت مانند صحیح بخاری و صحیح مسلم و... در باب های مربوط به نکاح، به متعه پرداخته اند.

مقالاتی نیز با عناوینی همچون «ردود: المتعه بین الإباحه و التحريم از عطیه محمد سالم، «حکم الشرع فی زواج المتعه از نصر فرید و اصل مفتی الازهر»، «بطلان نکاح المتعه بمقتضى الدلائل من الكتاب و السنه» از عبدالله بن زید آل محمود «بررسی مقایسه ای نکاح متعه و نکاح مسیار» از حمید روستایی صدر آبادی، «ورقه العمل الجنسانیه فی المجتمع العربی المعاصر المستقبل العربی» از عبدالصمد دیالمی اشاره نمود.

هدف کلی و اهداف اختصاصی تحقیق:

سوال اصلی:

۱. آیا مراد فقهای متقدم فرقه مالکی از ازدواج غیردائم همان نکاح مسیاردرمیان فقهای معاصران می باشد؟

۲. آیا شروط ضمن عقد و شرط اسقاط آنها که وجه تمایز اصلی نکاح مسیار با نکاح دائم است، در میان فقهای متقدم و متاخر مالکیه یکسان است؟

فرضیه ها:

۱. مراد فقهای متقدم مالکی در مورد نکاح غیردائم بانکاح مسیاردرمیان فقهای معاصر متفاوت است که شاهد آن این مساله است که نکاح مسیار طبق قول فقهای معاصر، ریشه ای در فقه نداشته و در قرون اخیر مطرح گردیده است.

۲. شروط ضمن عقد و شرط اسقاط آنها در میان فقهای متقدم و متاخر مالکیه یکسان نیست
سوال فرعی: نکاح مسیار چه شرایط و خصوصیات دارد؟

فصل اول: کلیات

۱-۱ مکاتب آغازین جهان اسلام

در روزگاران اولیه و آغاز ظهور اسلام سه مکتب وجود داشت:

اول- مکتب اهل تفسیر که مرکز آن شهر مکه مکرمه بود و رهبر آن عبدالله بن عباس صحابی و شاگردان او. از تابعین مانند سعید بن جبیر و مجاهد و طاووس و عکرمه. از اتباع تابعین مانند شعبه و وکیع و ابن هارون و عبدالرزاق و ابی ابن ایاس و ابن راهویه و سنید و ابن شیبه بودند (احمدیان، ۱۳۷۴ ش، صص ۴۶-۴۸). دوم- مکتب اهل حدیث [اخباریون] که مرکز آن در مدینه بود و اعضای اصلی آن از اصحاب عایشه و عمر بن خطاب و عثمان بن عفان و عبدالله بن عمر و زید بن ثابت بودند. سوم اهل [عقلیون] که مرکز اصلی آن شهر کوفه و شعبه بزرگ آن در بغداد بود. پیروان مکتب اهل رأی بیشتر بر منطق و استدلال و نتایج قیاس‌ها و از قدرت استدلال و استفاده از نیروی عقل، بهره زیادی داشتند ولی از اخبار و احادیث پیامبر (ص) اطلاع زیادی نداشتند. پیشوای اهل رأی، ابوحنیفه عثمان بن ثابت است.

از میان اتباع تابعین، امام مالک، پیشوا و رهبر این مکتب بود. پیروان این مکتب به احادیث اهمیت خیلی زیاد می‌دادند و احادیث را تکیه‌گاه اصلی مکتب به شمار می‌آوردند؛ و پیشوای اهل حدیث مالک بن انس اصبحی است. تمسک مالک به حدیث تا درجه‌ای بود که حتی به خبر واحدی هم مشروط بر آنکه صحیح یا حسن باشد اکتفا می‌کرد و احکام خود را با توجه به آیات و احادیث سنن رسول (ص) و صحابه و اجماع امت صادر می‌نمود و علی‌الخصوص به اجماع و اتفاق اهل مدینه یا اکثر اهل آن شهر بر حکمی درست مانند یک حدیث یا یک سند استناد می‌جست و می‌گفت: طبقات اهل این شهر اعمال و احکام خود را به پیروی از طبقه معاصر حضرت رسول (ص) انجام می‌دهند و آنان خود از آن حضرت آموخته‌اند. او اجماع اهل مدینه را در کتاب «موطأ» به بیش از چهل مسئله رسانیده است. مهم‌ترین اثر مالک کتاب «موطأ» است که در آن احادیث و سنن و مسائل اجماعی اهل مدینه را بنا بر ترتیب فقهی مرتب می‌نمود (صفا، ۱۲۹۰ هـ، صص ۷۷-۷۸).

خودش می‌گوید: با دست خودم یک‌صد هزار حدیث را یادداشت کرده‌ام؛ و می‌افزاید این علم دین است توجه داشته باشید که از چه کسی آن را اخذ می‌کنید. وی حدیث را به حدّ اعلا گرامی می‌داشت. مردم، دسته‌دسته برای سؤال و ازدیاد معلومات خود، به او مراجعه می‌کردند. چنانچه سؤال آن‌ها درباره فقه بود، جوابشان را می‌داد و فتوا صادر می‌نمود. جالب اینکه اگر سؤال به حدیث مربوط می‌بود، به احترام حدیث غسل می‌کرد و عطر استعمال می‌نمود، لباس نو می‌پوشید و عمامه بر سر می‌گذاشت آنگاه در مجلس حدیث حاضر می‌شد. یک‌بار به هنگام روایت حدیثی، عقربی وی را گزید، ولی بدون اینکه روایت را ناتمام بگذارد، درد را تحمل کرد و چون در این باره از وی پرسیدند، گفت به خاطر احترام به حدیث رسول اکرم (ص) روایت را ناتمام نگذاشته‌ام.

موضوع دیگری که به احترام مالک به حدیث دلالت دارد، اینکه در موقع تدریس حدیث، صحبت کردن با صدای بلند را برای مسلمان حرام می‌دانست و دلیلش قول خدای تعالی بود که می‌فرماید:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَن تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ (الحجرات، ۲)

«ای کسانی که ایمان آورده اید، صدایتان را بلندتر از صدای پیغمبر (ص) نکنید» و می‌گفت: هرکس به هنگام حدیث، بلند صحبت کند، مثل آن است که بلندتر از رسول صحبت نماید (توکل، ۱۳۸۴ ش، ۶۲-۶۳).

۱-۲ مذهب مالکی

این مذهب به امام مالک پسر انس اصبحی که به قول اشهر، در سال (۹۳) تولد یافته و به قول صحیح، به سال (۱۷۹) درگذشته است نسبت دارد. از میان چهار مذهب، این مذهب از لحاظ قدمت، دومین مذهب است. اصحاب این مذهب را به نام «اهل حدیث» می‌خوانند. امام مالک علاوه بر مدارک استنباطی که دیگران هم آن‌ها را معتبر می‌دانند مدرکی دیگر را نیز برای استنباط احکام فقهی معتبر می‌داند و این مدرک عبارت است از «عمل اهل مدینه». مذهب مالکی در مدینه، موطن امام آن، پیداشده و از آن‌پس در حجاز انتشار یافته و بر حجاز و مصر و بصره و نواحی آن از بلاد آفریقا و اندلس و صقلیه (سیسیل) و مغرب اقصی تا شهرهای اسلامی از سودان غالب گردیده است. در بغداد تا قرن چهارم بسیار نمایان بوده و پس از رو به ضعف نهاده لیکن در سال هفت‌صد و نودوسه (۷۹۳) که ابن فرحون قضاء آنجا را به عهده داشته آن را تقویت کرد و نمایانش ساخت. مقریزی در «حطط» آورده است که مذهب مالک همواره با مذهب شافعی در مصر معمول و همدوش بوده است و شغل قضا را کسی بر عهده داشته که به هر دو مذهب یا به مذهب ابوحنیفه عالم بوده است.. در آفریقا و سایر کشورهای مغرب غلبه با این مذهب بود (همان: ۶۵۲/۳). اهل اندلس بیشتر به مذهب اوزاعی بودند و نخستین کسی که این مذهب را به اندلس وارد ساخت صعصعه بن سلام بود که بدان جا رفت و تا زمان هشام بن عبدالرحمن در آنجا بود. پس از دویست هجری، مذهب

اوزاعی در اندلس انقطاع یافت و مذهب مالکی بر آن غالب گردید. در کتاب «نیل الابتهاج» آمده است که اهل اندلس به مذهب اوزاعی پایبند بوده‌اند. زمانی که گفته‌ی مالک برای سلطان اندلس نقل شد و با جلالت مالک و مقام دینی او آشنا شد، مردم را بر مذهب مالک وادار ساخت و مذهب اوزاعی را متروک دانست. هنگامی که ظاهر، بیبرس در دولت ترکیه بحریه، قضا چهارگانه را احداث کرد این مذهب در کار استقلال یافت و قاضی مالکی در درجه‌ی دوم، یعنی پس از قاضی شافعی، قرار گرفت زیرا در دولت ایوبی قضات از فقیهان شافعی مذهب معین می‌شد و آن قاضی شافعی از فقیهان مذاهب سه گانه قاضیانی دیگر به‌عنوان نیابت از خود انتخاب و معین می‌کرد، پس مذهب مالک در مصر از لحاظ انتشار تاکنون با مذهب شافعی معادل و هم‌دوش بوده است، اما مالک پس مذهب او گرچه در غیر اهل اندلس و مغرب نیز هست لیکن اهل مغرب و اندلس با این مذهب مخصوص گشته و غیر آن را پیروی نکرده‌اند مگر بسیار کم؛ و علت این امر این است که مسافرت ایشان بیشتر به حجاز می‌بوده و در آن هنگام مدینه دار علم بوده و از آنجا به عراق رفته و عراق هم در میان راه ایشان نبوده پس بر فراگرفتن علم از دانشمندان مدینه که در آن هنگام، مالک و استادان پیش از او و شاگردان بعد از وی پیشوایان علم در مدینه بوده‌اند، رو آورده‌اند پس اهل مغرب و اندلس به مالک که دسترسی داشته‌اند و در راه ایشان می‌بود، مراجعه و از او تقلید و پیروی کرده‌اند. به‌علاوه اهل مغرب و اندلس بیشتر بدوی بوده و از حضارتی که اهل عراق را نصیب شده برخوردار نبوده‌اند، پس از این لحاظ با اهل حجاز نزدیک بوده و مناسبت می‌داشته و بدین مناسبت بدان جا توجه و تمایل یافته‌اند. و از این رو مذهب مالکی در میان ایشان همواره، تروتازه می‌بود و تنقیح و تهذیب حضارت، آن را مانند دیگر مذاهب فرانگرفته است. هنگامی که دولت بنی تاشفین در قرن پنجم در مغرب اقصی به پا خواست و بر اندلس استیلا یافت و دومین نفر از سلسله ایشان، علی بن یوسف بن تاشفین زمام دار شد جانب اهل فقه و دین را سخت رعایت می‌کرد به‌طوری‌که در سرتاسر مملکت خود هیچ کاری را بی مشاوره‌ی فقیهان انجام نمی‌داد و به قضاوت امر کرده بود که خواه در امور کوچک و خواه در کارهای مهم و بزرگ، جز در حضور در چهار تن از فقیهان حکمی ندهند پس کار فقیهان بالا گرفت. تنها کسانی در نزد امیر تقرب داشتند و از عنایات او برخوردار می‌شدند که مذهب مالک را می‌دانستند. پس در آن زمان کتب این مذهب رواج یافت و عمل به این مذهب شایع شد. و این امر بدان پایه رسید که نظر در کتاب خدا و حدیث رسول (ص) فراموش گردید و توجه به دین دو بسیار کم شد تا اینکه دولت ایشان از میان رفت. مالکیان در اصول از عقیده‌ی ابوالحسن اشعری پیروی می‌کنند به‌طوری‌که هیچ مالکی نیست مگر این که اشعری است (شاطبی، ۱۴۱۲: ۸۵/۲)

۱-۲-۱ شاگردان امام مالک

عده‌ی زیادی از آگاهان و اندیشمندان در عصر امام مالک تلمذ نموده‌اند، از جمله آن‌ها: از تابعین: زهری، ایوب سختیانی، ابوالاسود، ربیع بن ابی عبدالرحمن، یحیی بن سعید الانصاری، موسی بن عقبه و هشام بن

عروه بودند که بعدها به مقام استادی رسیدند. افراد دیگری هم از تابعین نزد وی تحصیل نمودند که مشهورترین آنها عبارت بودند نافع بن ابی نعیم، محمد بن عجلان، سالم بن ابی امیه و ابوالنضر بنده آزادشده عمر بن عبدالله بوده است (توکلی، ۱۳۸۴ ش، ص ۶۷). مالک توانست در حوزه‌ی حدیث مدینه، شاگردانی را پرورش دهد که هریک چهره‌های درخشانی در فقهت و حدیث بوده‌اند از قبیل زهری، ایوب سختیانی، ابوالاسود، ربیع بن ابی عبدالرحمن، یحیی بن سعید الانصاری، عبدالله بن وهب، عبدالرحمن بن قاسم، اشهب بن عبدالعزیز، اسد بن الفرات، موسی بن عقبه و هشام بن عروه و دیگران؛ و امام شافعی نیز مدت ۸ ماه در خدمت امام مالک تلمذ کرد.

مالک به اندازه‌ای به حدیث پای بند بود که حتی به خبر واحد، مشروط بر آنکه صحیح یا حسن باشد اکتفا می‌کرد؛ و در مسئله اجماع، روش اهل مدینه یا اکثریت آنها را می‌پذیرفت آنچه به حلقه‌ی تدریس امام مالک رونق بیشتر بخشیده است روضه‌ی مبارکه نبوی است که او در آنجا به تدریس می‌پرداخت و عمر طولانی ۹۰ ساله امام نیز در این باره فرصت زیادی در تدریس به او بخشیده است.

۱-۲-۲ منابع اجتهاد در مذهب امام مالک

منابع اجتهاد در مذهب امام مالک کتاب، سنت، اقوال اصحاب، اجماع، عمل اهل مدینه، قیاس، استحسان، مصالح مُرسله، عرف و سدّ ذرایع است. در بررسی و تحقیق منابع اجتهاد به نه منبع اشاره می‌کنیم و به صورت اختصار درباره‌ی آنها توضیح داده می‌شود:

۱- کتاب: مقصود قرآن است که در حدود (۲۰۰) آیه آن، از احکام فرعی بحث می‌کند.

۲- سنت: عبارت است از گفتار، کردار، رفتار و تأییدهای پیامبر (ص) احادیث و احکام در حدود (۴۰۰۰) حدیث است.

۳- اجماع: اتفاق فقها (متخصصین در فقه) بر حکمی از احکام فقهی در هر عصری برای اهل عصر بعدی، دلیل به شمار آید.

۴- اقوال و فتاوی صحابی‌های بزرگوار و ترجیح دادن در بین آنها: در صورتی که این اقوال و فتاوا باهم تفاوت‌هایی داشته باشند.

۵- قیاس: چیزی که حکمش با دلایل چهارگانه گذشته معلوم نشده است از راه مقایسه با چیزی که با یکی از دلایل نامبرده حکمش معلوم گشته، حکمش را معلوم کنیم به شرط اینکه علت حکم امر اول در امر دوم نیز وجود داشته باشد. مثال: «نبیذ» (مشروبی که از انگور تهیه نمی‌شود) حکمش از راه قیاس با «خمر» (مشروبی که از انگور تهیه می‌شود) و به نصّ آیه، حرام بودنش معلوم شده است معلوم می‌کنیم که حکم «نبیذ» نیز حرام بودن آن است؛ زیرا علت حرام بودن امر اول «خمر» اسکار و مست کردن آن است، در نتیجه هر مشروب و مأكولی که دارای هر نام و اسمی باشد و از هر ماده‌ای تهیه گردد مادامی که تخدیر و

بیهوشی ایجاد نماید قطعاً حرام است و استعمال آن از گناهان کبیره است (احمدیان، ۱۳۷۴ ش، صص ۸۴-۸۶).

۶- استحسان: استحسان مصدر باب استفعال و از واژه حسن به معنای طلب حسن، نیکو شمردن و پسندیدن است. «یقال استحسنت الشيء ای اعتقدت حسنه و تمیزه عن غیره»، «چیزی را نیکو شمردم و ممتاز دانستم». اصولیان مذاهب اسلامی در تعریف استحسان آرا و نظریات گوناگونی را ارائه داده‌اند، از آن جمله: ۱- استحسان عبارت است از دلیلی که در ذهن مجتهد پسندیده آید ولی مجتهد از توصیف یافته ذهنی خویش ناتوان باشد. بنا بر آنچه گفته شد، استحسان، چیزی جز همان دلیلی که ذهن مجتهد را به خودکرده نیست؛ یعنی اگر آن دلیل معتبر باشد، استحسان نیز معتبر خواهد بود و اگر معتبر نباشد مجالی برای حجیت استحسان و طرح آن به‌عنوان پایه‌ای جدید در شناخت احکام باقی نمی‌ماند و استحسان اصل مستقل به حساب نخواهد آمد. استحسان عبارت است از قیاس، خفی و پنهان که در برابر قیاس جلی و آشکار قرار دارد. استحسان یعنی تخصیص دادن قیاس به دلیلی که از آن قوی‌تر است. ابواسحاق ابراهیم شاطبی مالکی (م-۷۰۹) می‌گوید: استحسان عبارت است از عمل بر طبق دلیل قوی‌تر. این کلام عام است و شامل مواردی می‌شود که هر دو دلیل لفظی و یا هر دو دلیل غیرلفظی و یا یکی لفظی و دیگری عقلی باشد. (شاطبی، ۱۴۱۷: ۱۷۰) مالک بن انس اصبحی می‌گوید: استحسان به این معناست که مجتهد هنگامی که در تطبیق عموماً بر مصادیق بحث می‌کند به آنچه اضطرار قیاس (از جلب مضرت و یا مشقت و یا منع از مصلحت) منجر می‌گردد مقید نشود.

مصلح مرسله: در اصطلاح گروهی از اندیشمندان اهل سنت، مصلح مرسله عبارت است از تشریح حکم برای حوادث واقعه و پدیده‌های نو بر مبنای رأی و مصلحت‌اندیشی در مواردی که عنوان کلی و یا جزئی نصی وارد نشده باشد؛ و نیز آنان بر این عقیده‌اند که احکام شرع اعم از واجبات و محرمات و جز این‌ها مبتنی بر مصلح و مفسدند که هر یک دارای مصلحتی باشند. نخستین کسی که مصلح مرسله را به معنای عام را به‌عنوان منبع شناخت احکام شریعت به صحنه استنباط و اجتهاد وارد نمود، ابوبکر بود که از این راستا طریق جنگ را با مانع زکات تجویز کرد و نیز قصاص را از قاتل مالک بن نویره منع نمود که شرح آن در ضمن بیان ادله اعتبار مصلح مرسله می‌آید. بعد از او عمر به این امر استمرار بخشید؛ زیرا او نیز از همین راستا در مورد طلاق و سهم «مؤلفه قلبیهم» از سهام زکات و فروش ام ولد و در مورد زنا و تعزیر و دیه عاقله، احکامی را برخلاف نص تشریح نمود و شرح این‌ها نیز در ضمن بیان ادله اعتبار مصلح مرسله خواهد آمد. شیوه‌های برخی از خلفا و پیشوایان دیگر جامعه اهل سنت بدین گونه بوده است.

اما نخستین کسی که مصلح مرسله به معنای خاص را به‌عنوان منبع شناخت احکام شریعت به صحنه استنباط و اجتهاد وارد ساخت، مالک بن انس اصبحی است و سپس برخی از دانشیان آن عصر از او پیروی نمودند و در نتیجه مصلح مرسله در مسیر گسترش قرار گرفت و به آن استحکام بخشیده شد.

مالک بر این عقیده بود که استنباط همه احکام حوادث واقعه و موضوعات مستحدثه از عناصر و نصوص خاصه‌ای که از رسول خدا (ص) و جانشینان او در دسترس قرار دارد امکان ندارد و لذا بسنده کردن بر آن‌ها باعث بدون پاسخ ماندن بسیاری از موضوعات مستحدثه می‌گردد، زیرا عناصر خاصه استنباط احکام (احادیث) محدود، ولی رویدادهای نوین زمان غیر محدود و روزافزون است، از این رو، باید از راه پی بردن به علل و درک مصلحت‌ها تشریح و قانون‌گذاری نمود تا حوادث واقعه و رویدادها بی‌پاسخ نماند. مالک بن انس نخستین کسی بود که پی بردن به علل و درک مصلحت‌ها را سرچشمه برای قانون‌گذاری شمرد و آن را مصالح مرسله نام‌گذاری کرد. (شاطبی، ۱۴۱۲: ۹۵/۲)

معتقدان به مصالح مرسله، بر حجیت و اعتبار آن به دو وجه زیر تمسک جسته‌اند: اول- سیره‌ی صحابه و دوم عقل. به عقیده امام مالک مصالح مرسله دارای شرایط زیر است: با هیچ‌کدام از اصول اسلام و دلایل آن منافات نداشته باشد/ مورد قبول دانایان باشد/ به وسیله‌ی آن بتوان از تنگنا نجات پیدا کرد.

۸- سدّ ذرایع

واژه سد در لغت به معنای منع و جلوگیری کردن و واژه فتح در لغت به معنای رفع مانع از انجام نمودن است. ذرایع، جمع ذریعه و واژه ذریعه و در لغت به معنای وسیله است که آدمی به وسیله آن می‌تواند به چیزی برسد. علامه قرافی در الفروق (ص ۱۹۴) می‌گوید: «الذریعه الوسيله للشیء». فقها و اندیشمندان مذاهب اسلامی در معنای اصطلاحی آن اختلاف نظر نموده‌اند مناسب است برخی از آن‌ها را در اینجا بیان کنیم. ابواسحاق شاطبی قرناطی در کتاب الموافقات (ج ۴، ص ۱۹۹) بر این اعتقاد است که ذریعه عبارت هست از وسیله قرار دادن چیزی که دارای مصلحت است برای رسیدن به چیزی که دارای مفسده است. طرفداران این منبع مقدمات هر حرامی را حرام و مقدمات هر واجبی را واجب می‌دانند. پس معنای سدّ ذرایع به حسب اصطلاح این است که هر وسیله‌ای که موجب رسیدن به حرام می‌شود باید ترک شود تا حرام محقق نگردد؛ و معنای فتح ذرایع به حسب اصطلاح این است: هر وسیله‌ای که باعث رسیدن به واجب می‌شود باید ایجاد و انجام شود تا واجب محقق گردد. علامه ابو عباس شهاب‌الدین احمد بن ادریس مصری معروف به قرافی پیشوای مذهب مالکی در مصر، بنا به نقل علامه محمد سلام مدکور در کتاب المدخل للفقهاء الاسلامی (ص ۲۶۶) می‌گوید: «الذریعه کما یجب سدها یجب فتحها و تکره و تندب و تباح» همان گونه که سد وسیله‌ها (درجایی که سبب پیدایش حرام می‌شود) واجب است، رفع موانع و آماده شدن (درجایی که سبب تحقق واجب می‌شود) نیز واجب است تا واجب با به‌کارگیری صورت پذیرد. ذریعه (وسیله) گاهی مکروه و زمانی مندوب و گاهی مباح می‌شود و آن هنگامی که وسیله (ذریعه) مقدمه یکی از احکام بشود. سیر تاریخی سدّ ذرایع مانند مصالح مرسله به نیمه قرن دوم هجری بازگشت دارد و اندیشمندان بر این نظریه‌اند.

نخستین کسی که آن را به‌عنوان منبع شناخت معرفی کرده است مالک بن انس (پیشوای مذهب مالکی) و سپس برخی از فقها و اندیشمندان آن زمان در این جهت از او پیروی نموده‌اند و در نتیجه سده ذریع و فتح ذریع به‌عنوان منبع اجتهاد گسترش یافت. در هر حال، دوران حکومت عباسیان را می‌توان دوران درخشش فقه اجتهادی جامعه اهل سنت دانست که در نتیجه‌ی آن، آثار ذیل پدیدار گشت: ۱- پیدایش مکاتب گوناگون در دوران عباسیان؛ در این دوران حدود ده‌ها مکتب ظاهر گردید که باگذشت زمان برخی از آن مکاتب از میان رفت و برخی دیگر مانند حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی تداوم یافت و تاکنون ادامه دارد. ۲- تصانیف گوناگون پیرامون علم فقه در زمان حکومت عباسیان و بعد از آنان تصانیف گوناگونی پیرامون فقه به رشته تحریر درآمد که آن را از نظر کمی و کیفی گسترش بخشید و سبب شد که از تکامل محسوسی برخوردار شود. ۳- پیدایش مجموعه‌های بزرگ در علم حدیث سومین رهاورد فضای باز مباحثات علمی در دوران عباسیان، پیدایش مجموعه‌های بزرگ و متنوع در علم حدیث بود که مشهورترین آن مجموعه‌ها عبارت است از: الموطأ فی الحدیث، تألیف مالک بن انس اصبحی، پیشوای بزرگ مذهب مالکی (۹۳-۱۷۹). در این کتاب هزار و هفتصد حدیث نقل شده است که از نظر مؤلفش مورد اعتبار و تصدیق قرار گرفته است. درباره‌ی این کتاب محمد بن ادریس شافعی در تنویر الحوالک (ص ۶) گفته است: «ما ظهر علی الارض کتاب بعد کتاب الله اصح من کتاب مالک» یعنی: پس از قرآن کتابی صحیح‌تر از کتاب مالک بر روی زمین ظاهر نگشته است؛ و در موضعی دیگر اظهار داشته است: «ما وضع علی الارض کتاب اقرب الی القرآن من کتاب مالک» و نیز این تعبیر از اوست که: «ما فی الارض بعد کتاب الله اکثر صواباً من موطأ مالک» و «ما بعد کتاب الله انفع من الموطأ». به عقیده بعضی از اندیشمندان: «موطأ اولین کتاب جامعه اهل سنت است که در علم حدیث تدوین شد.» او می‌گوید: «ملک به دستور منصور دوانیقی (۱۳۶-۱۵۸) آن را تألیف نمود (شاهرودی، ۱۳۷۴ ش، صص ۶۳-۶۹).

۱-۲-۳ فقهای مالکی

قاضی عبدالوهاب (۳۶۲-۴۲۲ ه ق)

قاضی ابو محمد عبدالوهاب بن علی بن نصر بن احمد بن حسین بن هارون بن ملک بن طوق ثعلبی بغدادی بزرگ‌ترین فقیه مالکی اوایل قرن پنجم در علم ادب و شعر نیز دانا بود. خطیب بغدادی نوشته است: «عبدالوهاب سماع از ابی‌عبدالله بن عسکری، عمر بن محمد و ابی حفص بن شاهین داشت. در مالکیان دیگری همچو او نیست، موثوق، نیک نظر و نیک عبارت بود. قضاوت شهرهای عراقی «بادریا» و «باکسایا» را به عهده داشت. در اواخر عمر به مصر رفت و آنجا وفات یافت. عبدالوهاب کتاب‌های مهمی نیز تصنیف کرده است که از آن جمله‌اند: ۱- ثقلین در فقه امام مالک، این کتاب علی‌رغم حجم کم خود از کتب مهم مالکیه هست ۲- المعونه، ۳- شرح رساله (ابن خلکان، ترجمه شجاع سنجری، ۱۳۸۱: صص ۹۲-۹۴).