الأصول للاجتهادات
الحديثية، عليها المذهب المالكي
تكتب
الكوثر، أم نجمي
الإصدار العشرون
١٤٣٢ هـ - ٢٠١٢ م
أصل هذا الكتاب أطروحة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله، أُحرِّر بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية. وقد حاز الباحث بها الشهادة بدرجة ممتاز. وأوْضِح لجنة المناقشة بطباعة الكتاب، وتداوله بين الجامعات والمؤسسات العلمية.

الأصول الإخبارية
التورطية عليها المذهب المالكي
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية
جميع الحقوق محفوظة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى
1432 هـ - 2011 م

الإصدار العشرون
1432 هـ - 2011 م

الموقع على الإنترنت
www.alwaei.com

البريد الإلكتروني
info@alwaei.com

العنوان
ص.ب.ب 42677 تعتبر الصفا 132097 - الكويت
هاتف: 224467132 - 0156 - 2244037 - 01844244 - 0066
فاكس: 22477187

الشئون العام
رئيس التحرير
فيصل يوسف أحمد العلي
الأصول الجهادية
التي بنيت عليها المذهب المالكي

تأليف
الد. تورات تمباي

الإصدار العشرون

المكتبة الإسلاميّة
成熟的

بقالمة/ رئيس تحرير مجلة الوعي الإسلامي

الحمد لله الذي يُبِين الرشد من الغي، ولم يفروق في الكتاب من شيء، بل أشار إلى جميع المصالح والمضار، وآرس لني رسولا ناطقا بالحكمة وفصل الخطاب، وأنزل عليه تأليبه محكم الكتاب، وحلاه وأحاطه بدقائق الحكَم ولطائف الأسرار، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدًا عبده ورسوله وخليجه وذرته سنام المجيد وتجه وإكليله السيد المختار.

أما بعد:

فإن الفقه المذهبي اليوم في أمس الحاجة إلى أن يُبيِن أصوله وقواعده، وتَرْسَم حدوده وضوابطه، حتى لا يكون التمذهب الفقيه بابًا للتعصب المقت، وحتى لا يكون الأعتقاد منه بوابة لاتباع الهوى، ومنابذة لسبيل العلماء والصالحين.

الأهمية لنشر العلم المؤسِّل في أساسها ملحة وكبرى، وعلى كان من يكتب للناس كتاباً يُبيِن فيه أصول منهب ما؛ خدمةً عظيمة وسيلة حسنَة مباركة، وهذا الكتاب الذي نُصِّتله للناس اليوم، وهو "الأصول الإجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي" للدكتور حاتم داود باي، من الكتب النافعة في هذا المجال، ولا أجل ذلك رغبت مجلة الوعي الإسلامي بوزارة الأوقاف بدولة الكويت أن تسبِق إلى نشره وتدوله بين العلماء وطلبة العلم، وذلك لى ما لمؤلفه
الفاضل من معرفة واسعة بالمذهب المالكي أصولًا وفروعًا، وخبرةً واسعة في الاطلاع على كتب المذهب المخطوطة والمطبوعة، وقد كان لكتبه هذا أهمية خاصة لاحتوائه على الآتي:
- تبيان ما للأصول الإجتهادية من صلة وثيقة بعلم مقاصد الشريعة.
- إيضاح مفهوم الأصول المالكية من حيث مضمونها وعناصرها التكوينية، ومدى اتفاق المالكية واختلافهم في مفهوم هذه الأصول توسيعًا وتضييقًا.
- موقع المصلحة من الأصول الإجتهادية في المذهب المالكي، وما محل مقاصد الشريعة من الأصول الإجتهادية فيه.
- الضوابط والموجّهات التي وضعها المالكية في الأخذ بتلك الأصول.
- مجالات إعمال كل أصل من تلك الأصول.
- المدارك الحقيقية لتلك الأصول الإجتهدية، والأدلة الناهضة بحجيتها.
- وإننا لا ننسى أن نصِّب الشكر الوافر والثناء العاطر للدكتور حاتم باي على جهده ومتابعته وقبوله طباعة الكتاب.

هذا ومجلة الوعي الإسلامي بدولة الكويت ترجو أن تكون بإصدارها هذا قدّمت خدمة للأمة وطنية العلم، وتسلّل الله تعالى أن يوفقها لإخرج المزيد من الكونوز العلمية، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلب الله وسلم وبارك على عبده ورسوله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه آجمعين.

رئيس تحرير مجلة الوعي الإسلامي
فيصل يوسف العلي
الحمد لله الذي خلق السماوات والأرض، وجعل الظلمات والثور، ثم الذين كفروا برّهم يعيشون!

الحمد لله على كريم نعاه، وسابع آلهة؛ لكي الحمد يا ربّ
على فضلك الحميم، وعطائك الموصول الجميل، ويرزك النام،
وخيرك العام. أحسنَك ربي -والحمد من نعماك- على ما وقفته
وأعتبَ، وألمَذت وأحسنت.

وأصلَي وأسلم على خير خلقَك، وخاتم رسولك؛ نبيَك
المجتبي، ورسولك المختار المصطفى؛ أكرم الخلق طرفاً، وأتقى
البريَّة خلقًا وبرًا؛ وعلى آل بيته الطالحين، وسَعَبَه حماة الذُّين.

وبعد:

لقد رَحَّب المذهب المالكي بسعة اجتهادات أهله، ورحابة أفق
أمته؛ وآسِم بمواواته لطبيعة التغييرات الطرفية التي تحدث بين
الخلق، ممّا جعله مذهباً مرنًا، يسري فيه ماء الحياة؛ ومنهبا
حيويًا، ترددُ بين جباله المصالح واعتبارها؛ ذلك أن هذا المذهب
يرتكِّب على دعائم اجتهاديّة كفلت له هذه الحيوية، وأمدّته بتلك
السعة، وبيَّت في هاتيك المرونة. لذلك كان المذهب المالكي أواخر
المذهب ارتبط اسمه بمقاصد الشريعة، فليست تنطلق هذه التسمية إلاّ
ويُبَدِّل إلى حَلَّد السَّمَاع وظَهَر هذا المَنْهِب بما يُسْمَّه من اجْتِهَادِهَا.
جَفَّيلَ بِلَحْظَ مَقَاسِد الشَّرْعِ، وَاعتِبارِ مَصالِح الخَلَق.
وَإِذَا كَانَت هَذِه الخَصائِص لِهذَا المَنْهِب مُسْتَمَّةً مِن تَلك
الدَّعَائِم الاجْتِهَادِيَّة الَّتِي حَلَّتَ عَلَيْهَا هذَا الحَلَّل الجَلِيلِة، وَأَضْفَت
عَلَيْهَا هَذَا الرَّوْقَة الْبَيْهِيَّةُ، فَإِنَّهَا لَحَلِيقَةً بَأَن تَكون مَحَالًا لمَّانوَل
بِالدَّرَاسَة الأعْلَمِيَّة المَنِهيِّيَة؛ الَّتِي يُثْبِتُن مَفهُومَ هذَا الأصْول، وَمَدِي
أَثَرُها فِي حَيَاة هذَا المَنْهِب وُرَوآئِهِ وَحيْوَتَهِ عَنْهَا، وَالبَحْث فِي
الْتَنَفُّصِات التَّكْوِينِيَّة لِتَلك الأصْول الاجْتِهَادِيَّة؛ وَذَلِك بِقِبَضِ
الْتَعْرُف عَلَى المَنْهِج الَّذِي يَجْرِي عَلَيْهَا التَّبَريِّع وَالْتَخْرِيج الفَقِهي في
هذَا المَنْهِب.
وَمِن أهْمَمَا حُثِّت عَلَى هذِه الدَّرَاسَة: مَا لِالأَصْول الاجْتِهَادِية
في المَنْهِب الْمَالِكِيَّ مِن تَعلُقات وَثِيقةً بِمَقَاسِد الشَّريعة الإِسْلامِيَّة؟
إِذ لَسْ خَافِيَ أنَّ هذَا المَنْهِب هُو المَنْهِب المُجِلِّي في قَبْضَار علم
المَقَاسِد، حِيثُ تَجْرَد أَقطاب المَنْهِب لِتَقْرِير هذَا العَلَم وَتَخْرَجه،
وَتَدْوِينه وَتَقْيِيمه، وَكَانَ لِلمنْهِب المَالِكِيَّ في ذَلِك كَلِه آثْرُ بَارِزٍ،
وَقَمِيَصُ مَلِيَّ تَوْلُعًا وَأَثْكِ لَا تَكَاد تَجْدَد مَسَأَّةً مِن مَسَأَلَات ذلك العَلَم،
وَأَلَا وَتَلْفِي في تَضْعَفِ التَّقْرِير وَالتَّحْرِير اسْتَدُلالاتِ مِن المَنْهِب،
وَتَمْشِيَن بِبَعْض الفَروع المَقرَّة فِيه. فَكَانَت درَاسَة الأَصْوَل
الاجْتِهَادِيَّة فِي المَنْهِب المَالِكِي، مَمَا يُوقِفُ الْبَنايَّة فِي عَلَم
المَقَاسِد وَالبَحْث فِيه عَلَى الْحَجْزَت الشَّريعيَّة الَّتِي تمَتَّل فِيهَا
مَقَاسِد الشَّريعة، وَيَتَبَتِّين مِن خَلَال هَا المَنِاهِج الَّتِي يَكُون عَلَى
أساسها الاستناد لمقاصد الشَّرع في بناء الحكم الاجتهادي؛ ذلك
أن الاستمساك بالمقاصد لا يكون إلا على وفق قوانين يسأر عليها،
وأصول تحكم وتضبط طريق الأخذ بها؛ وإنما الأمر يؤول إلى
ضرب من الفوضى، ويُفضي إلى تقلباتً من أحكام الشَّرع وضَّبْطه؛
ويصير المرء من أن يكون مَشْرِعًا إلى أن يكون شارعًا!

• مُشكلة الدراسة:

وتتمثل مُشكلة الدراسة في الأمور الآتية:
أولاً: ما مفهوم كل أصل من الأصول الاجتهادية في المذهب
المالكي من حيث مضمونه، وعناصره التكوينية التي يقوم على
أساسها هذا المفهوم؟

وما مدى الاختلاف بين المالكية في تحديد مفهوم هذه الأصول

تضييقًا وتوسيعاً وما هو التحقق في هذا الخلاف؟
ثانيًا: ما موقع المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب
المالكي وما هي تمثيلاتها في ذلك وما محل مقاصد الشَّريعة من
الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي؟

ثالثًا: ما الضوابط والموجبات التي وضعها المالكي في الأخذ

بهذه الأصول لتضيق مسار الاجتهاد الفروعي؟
رابعًا: ما المجالات التي يكون فيها إعمال كل أصل من
الأصول الاجتهادية، فهل هذه الأصول تتعلق بباب معين كالعبادات
أو باب المعاملات، أم أنها تعَّم كل أبواب الفقه؟
خامسا: ما المَدارِك الحقيقية لهذه الأصول الاجتهادية، وما
الدالة الناهضة بحجيّتها؟

ساهمًا: هل هناك علاقة قائمة بين الأصول الاجتماعيّة في المذهب المالكي؟ أم أن هذه الأصول أصول مُتباعدة فيما بينها، أم أن هناك علاقة وَجْهٍ، وارتباطًا نسبيًا بينها؟

- الخطة المتبعة في دراسة الموضوع:

فوق تُوْلِّىَت هذه الدراسة في خمسة فصول دراسية: فخصصت الفصل التّمّهيدي لبيان مفهوم الأصول التي يُبنى عليها المذهب المالكي، وإحصاء هذه الأصول لِدى المذهب المالكي، وأنواع هذه الأصول وأقسامها؛ ثم أثبت عن الخصائص التي تسميرت بها أصول المذهب المالكي والسّمات التي تُستلوُخ منها.

ثمّ درست كُلّ أصل من الأصول الاجتماعيّة في المذهب المالكي في فصل خاصّ به، مُبّرّرًا في كلٍّ ذلك حقيقة الأصل الاجتماعي ومفهومه والمضمون الذي هو دال عليه في المذهب.

ثمّ بحثت كُلّ أصل واحترجاح الماليكيّة به، ومدى بنائهم للفرع عليه، والتحقيق في نسبة هذا الأصل أو ذلك إلى ماليك وأصحابه، وبيان الشروط والفيود التي وضعها الماليكيّة لإعمال هذه الأصول، والمؤجّحات التي نصبها في طريق الأخذ بها، كما تناولت مجالات إعمال هذه الأصول وميادين تطبيقها وإجرائها.

وобщеا أثبت عن مدارك اعتبار هذا الأصول، متلّسّما أقوى المدارك وأسدّها، وأمنتها في الحجة وأثبتها؛ وأثبت في طريق ذلك على دفع بعض ما أورد على الماليكيّة من اعتراضات أو
استشكالات على هذه الأصول.
وق vít ذلك بالكشف عن العلاقت التي تربط الأصول الاجتهدية فيما بينها.

وختتم كل فصل من هذه الفصول بالتمثيل بعض الأمثلة التطبيقية لهذه الأصول، وكتب في انتقائي لهذه الأمثلة في الأغلب أَوْيَل إلى الأمثلة غير المطرقة في كتاب الأصول، كما أنَّّا حرصت فيها أن يكون منها فتاف من المتآهرين؛ لِيُوقَّف على مدى امتداد أُثر هذه الأصول في المسيرة التاريخية للمنهوب المالكي.

ثم دُيّلت البحث بعْرُوض أهمّ ما توصّلت إليه الدّراسة من نتائج وتصانات.

• مهنيّة البحث:

قد استخدمت في هذه الدّراسة على المنهج التحليليّ بقسميه التفسيريّ والاستنباطيّ اللذين يقومان على أساس تحليل الآراء والنصوص وتعمّلها، وبيان جهّة المَدْرِّك فيها.

ثم إن الدّراسة كانت ساقية في تناولها للموضوع مسالك مهنيّة تُكَفِّل لها حَسْن الطّروح، وجُودة التّناول؛ فكانت ناهجة في ذلك ما يلي:

السّعى للتدلّيل على التّآصيل بكلام أهل المذهب، وبالسّواهد التّطبيقية؛ ما وُضِعَّي الأمر، وأسعفي الجهاد.

إِبْرَاز مَدْنارِ المالكيّة في كثير من الأمثلة ببيان مُدّركهم من
كلامهم بالنص؛ ليكون أدلًا على المراد، وأدنى إلى الغرض
المشود إثباته.

كان الجانب التطبيقي للأصول الاختياري يتجسد في ناحيتين:
الأولى: الأمثلة التطبيقِيَّة التي أوردتها في توضيح السؤال
التأصلِيّ؛ لتكون دالة على ما أقره. والثانية الأخرى: أنَّي
أفردَت لكلٍّ أصلٍ اختياريًّا أمثلة تطبيقية تبرز اعتمادُ المالكِيَّة على
هذه الأصول في فقههم المُفرعي.

هذا؛ ولست أدعو في هذا الجهد ضيوبًا ولا كمالًا، ولست
أزعم لنفسي عصمةٍ من الزلل أو الخلل؛ وحسبي أنني قد استغرقت
الجهد، وبذلت مُثنى الطاقة.

وصلَ الله وسلم على خير الخلق محمّد بن عبد الله، وعلى
له الطاهرين، وصحابته أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم
الدين.

والحمد لله المجزِّل بالعطايا أولًا وآخرًا.

حاتم باي
عمان، الأردن/ جوان 2006م.

E-mail: hattim.bey@gmail.com
الفصل التمهيدي

أصول المذهب المالكي: مفهومًا، وإحصاءً، وأنواعًا، وخصوصًا

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث، وهي:

• المبحث الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي.
• المبحث الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها، وأنواعها.
• المبحث الثالث: خصائص أصول المذهب المالكي.
مفهوم أصول المذهب المالكي

إعطاء مفهوم لأصول المذهب المالكي يتوقف على تعريف كل من "أصول" و"المذهب المالكي"؛ وهذا ما سأبحثه فيما يلي:

المطلب الأول

الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا

• أولاً: مفهوم الأصل لغة:
الأصل: أسفل الشيء، يقال: قعد في أصل الجبل، وأصل الحائط، وقيل أصل الشجر، ثم كنت حتى قبل: أصل كل شيء: ما يستند ووجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للأب، والنهر أصل للدود.
وجمع أصل أصول، لا يكسر على غير ذلك(1).

(1) الزينبي، تاج العروس 7/307-308.
(2) الزينبي، تاج العروس 7/307-308.

ثانياً: مفهوم الأصل اصطلاحاً:

قد وقع لفظ الأصل في اصطلاح العلماء من المُفقهاء والأصوليين على مُعاني مختلفَة ومُفاهيم متنوعَة، وفِي هذا الموضع أذكرُ أبرزّ هذه المعاني الدَّائرة في كلاهم:

أوّلًا: الصورة المُقيس عليها: من أشهر إطلاقات الأصل الواردة في كلام أهل العلم: الصورة المُقيسُ عليها؛ فالأصل ركَّن من أركان القياس، وهو الصورة التي يكون القياس عليها، ويلحق حكمها بالفرع للعَلة المشتركة بينهما(3).


(1) الزيدي، تاج العروس 7/307.
(2) القيسي، المصابح المنير 1/16.
(3) القرافي، شرح تقييم الفصول 15، تفاصيل الأصول 1/157/1، الزركشي، البحر المحيط 1/261، الروهاني، تغابة المسؤول 4/15-16.
(4) القرافي، شرح تقييم الفصول 15-16، تفاصيل الأصول 1/157/1، الزركشي، البحر المحيط 1/261.
المسألة من كذا(1).

رابعاً: القاعدة المستورَة: ومن معاني الأصل: القاعدة المستورِة، كقولهم: إياحة المبتدأ للمضطر على خلاف الأصل(2).

خاصة: خلاف التَّعَبِّد: وقد يُطلب العلماء في بعض المسائل أَنَّ مسألة كذا خلاف الأصل، ويُريدون من ذلك أنَّها على التَّعَبِّد الذي لا يجري عليه قياس، كقولهم: إيجاب الطَّهارة بخروج الخارج على خلاف الأصل؛ يريدون أنه لا يُهتدى إليه القياس(3).

سِيَاسَة: الغالب في الشَّرع: كذلك يُطلبون «الأصل» على ما عُلِّم وروده في الشَّرع على سبيل الغالب، والخلوص إلى كون هذا الأمر غالبًا في الشَّرع إنما يكون باستثمار موارد الشَّرع(4).


ثمانًا: الدلائل: وأشهر الإطلاقات وأكثرها دَيْرَة على ألسنة العلماء وأقلامهم: إرادة الدلائل من إطلاق لفظة: «الأصل»،

(1) الزركشي، البحر المحيط 27/1.
(2) الزركشي، البحر المحيط 26/1.
(3) الزركشي، البحر المحيط 27/1.
(4) الزركشي، البحر المحيط 27/1.
(5) الزركشي، البحر المحيط 27/1.
كتولهم: أصل هذه المسألة من الكتاب والسنة ، أي: كلِّها. ومنه «أصول الفقه»، أي: أدلته(1). وهذا المعنى هو المراد في هذه الدراسة؛ فأعني بالأصول الاجتهادية التي يُبَيَّن عليها المذهب المالكي: الأدلة الكليّة النظرية التي كان مذهب المالكيّة بائناً فقهه عليها.

(1) القرافي، شرح تقييم الفصول 1-16، الزركشي، البحر المحيط 136/1. وانظر إطلاق المالكية للأصل على هذا المعنى عند السجلماسي في شرحه الواقت إعادة 1908-7/2.
الطلب الثاني

مفهوم المذهب المالكي

• أولاً: تعرف المذهب لغة:

«المَنْحَب» من: "كَبِّرَ يُدَهَّبُ، دُمَيَّةً (بالفَتُّ حَلْكَ وَيُصَدَّرُ)، دُمَيَّةً،
وَمَكَّبَةً؛ فَهُوَ ذَهَبٌ وَذُهُوبٌ: سَارٌ أو مَّرَّ(1).
والمَنْحَبُ: الطُّرِيقَةُ، يُقَالُ: ذُهَبُ فَلَانُ مَنْحَبًا حَسَنًا، أي: طَرِيقَةً حَسَنَةً (2).
ومن المجاز: المَنْحَبُ: المَتَوَضَّاً، لَّا ثُنِّيّ يُدَهَّبُ إلَيْهِ، وهو مَفْعُولٌ
من الذَّهَابِ (3).
ومن المجاز: المَنْحَبُ: المَعْتَقَدِ الَّذِي يُدَهَّبُ إلَيْهِ. وَذُهَبُ فَلَانُ
لّثْبِهِ، أي: لَمْيَدَّهَبِي الَّذِي يُدَهَّبُ إلَيْهِ.و(4).
فالَمَنْحَبُ مَصْرِعٌ مِّيْمٌ لَّلْفَعْلِ ذُهَبٍ، وهو صالح لِحَادِث
الذَّهَابِ وَمِكَانِهِ وَزَمَانِهِ. وَالْمَعْنَى الَّذِي يُعْنِيُّهُ مِن هَذِهِ الْمَعْنَى: هُو
مِكَانُ الذَّهَابِ وَمِكَانِهِ؛ لَّا ثُنِّيّ المَنْحَبِ الَّذِي يُسْبِبُ لُكَالِمِ مِن الْعَلَامَاء

(1) الزبيدي، تاج العروس 2/449، ابن منظور، لسان العرب 1/393.
(2) الزبيدي، تاج العروس 2/450، ابن منظور، لسان العرب 1/393.
(3) الزبيدي، تاج العروس 2/450، ابن منظور، لسان العرب 1/394.
(4) الزبيدي، تاج العروس 2/450، ابن منظور، لسان العرب 1/394.
هو مَحلٌ لِلَّهَاب اجْتِهادٍ، فُيُبَالُ منْهِبُ مَالِكٍ، فُنِيَ تشيِّيْبُ للأَحكَام
التي دَّحَّبَ إليها واَعْتَقَدْهَا بِطري فِي التَّوصِيلِ إِلَى المُقَصُودِ، وَاسْتَعِيرَ
اسمُ المشَبَّبِ به لِلَمشَبَّبِ عَلَى طَريِّقِ الاعتِصَارِ الشَّرِيعَيِّ الأَصْلِيَّةِ،
jm a*j]
والجَانِّ مِنْهُا التَّوْصِيلِ لِلَّمُقَصُودِ فِي كُلِّهِ.

ثانيًا: مفهوم المذهب اصطلاحاً:

المَقَصُودُ مِنْ «الَّمَحِبُّ» فِي الاعتِصَالِ: هُو مُجمُوعُ الأَراء
الاجتِهادِيَّةُ لِإِمَامٍ مِنَ الأَئِمَّةِ الَّذين دُوِّنَتُ آراؤهم وَحَرَّرتُهم، وَما تَلاَهُ
من اجتِهادات أَصْحَابِه على وَفِق قواعده وأصوله تَخْرِيجًا
وَتَرْجِيحًا.

فَالمَحِبُّ الَّتِي تُعْرِى لِلائِمَةِ لِيَسْتَخْلِصُهُ لَهُمُ، بِحِيْثْ لا جِدِّ
فيها إِلَّا رآياً صَدَّرَ عَنْهُم، وَاجتِهادًا غَزِّي إِلَيْهِم، بَلْ إِنَّ حَقِيقَة
المَحِبُّ هو ما أَشْتَمِل عَلَى اجتِهادات إِمام المَحِبِّ وَعَلَى
اجتِهادات أَنباهَه من تَلاَمِذِه وَمَنْ تَلاَهُم، بِشَرْطٍ أَنَّ تَكوَنُ هَذِه
الاجتِهادات صَائِرةً عَن قواعده الإمام وأصوله، بما يَجَلِل الاجتِهادَ
تَمُسْؤْلًا للمَحِبِّ وَمَعْرُوِي إِلَيْهِ؛ فمَحِبُ الْمَالِكيَّةَ -مَثلًا- هُو مَحِبٌ
الإِمام مَالِكِ مِن أسِّه في أَرائه الاجتِهادِيَّة، ومنْهِبُ ابنِ القاسم،
وأَشْهِب، وابنْ وَهَبِ، وأَصْحَبُ بنِ الفَرجِ، والقاضِي إِسْمَاعِيلَ،

(1) الصاوى، بلغة السالك/16، الحطاب، مهاب الجليل/24، النفراوي،
الفوائد الدوائية/24، الصناحي، مهاب الخلاص على شرح الناوي للايمانية
الرقاق/1، ١٢١، الفاطمي، مَنَّة أصول الفئو٢/٢١.

(2) اَتِّبِح تَرَأَيْفَا مَقَارِباً لَمَّا ذَكَرَهُ وَقِو٢٨، العوني، حاشيه على شرح الخرشي/١، ٣٥.
وأبن أبي زيد القيرواني، والمازري، وبني رد، وأبن الحاجب، والقرافي، والشاطبي، وخليلي، والخريشي، والعذوي، إلى غيرهم من علماء المذهب وقُهائه. فالتقوا الذين أفتحفيها المالكية على وفق قواعد مالك تَنَسب لمذهب المالكية، ولا تُعَدُ خارجة عنه؛ ما دامت هذه الفتاوى مَشْرَعة من قواعد الإمام التي ارتضاه لنفسه في الاجتهاد، ويُتَّى منهبه عليها.

ومن دلائل كون المذهب شاملاً لأراء غير الإمام، أن المالكية في بعض الفروع يعتيدون قول ابن القاسم ويتزرون قول الإمام مالك نفسه، ثم إنيهم يَعْتُمدون ما اعتُمدو من مذهبهم المالكية، مع أن الإمام الذي يَتَبَجَونه قال بخلاف ما نسبوه إلى المذهب؛ وهذا ينفي عن شمول اصطلاح المذهب لما هو أعم من اتجهادات الإمام، ليندرج فيه اتجهادات المتنمين له(1). كما حُفِظ عن ابن القاسم في مسائل أخرى فيها بالقول المرجع عنه من مالك، مع روايته ذلك كلله عنه؛ ثم نجد المالكية يتكلون ذلك في كتبهم، وربما علوا على بعضها(2).

ومن شرط ما يُعَرَى للمذهب أي مذهب أن يكون من قَبَيل الأحكام الاجتهدية؛ أمَّا الأحكام القطعية التي لا محل للفناء فيها، فلا اختصاص لمذهب بها دون مذهب(3).

---

(1) انظر في هذا المعنى: اصطلاح المذهب، 23.
(2) انظر في ذلك ما ذكره ابن عزة في المعيار، 6/ 367-376.
(3) القرافي، الإحكام في تميز الفتاوي عن الأحكام وتصريفات القاضي والإمام 199-199، عاش، منح الجليل 19/1، اللقاني، مئار أصول الفتوى 222-222.
وللمالكيّة المتّآخرين اصطلاح في إطلاق لفظة «المذهب» في كتبهم الفقهية، فهم يريدون بها إذا ما أتجهوها في كلامهم: «المعتمّد المفتى به لَلْدّى علماء المذهب»، من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهمّ، نحو قوله: «الحجّ عرفة» (١)؛ لأن ذلك هو الأهمّ عند الفقهاء المقلّد. (٢)

وإذا استبان لنا مفهوم كل من «الأصول» و«المذهب المالكي»، فالمراد من الأصول التي يُبنى عليها المذهب المالكي: الأدلة الكتابيّة التي يُؤسّس عليها فقه المالكيّة إمامًا وأتباعًا.

١) الترمذي في كتاب الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، رقم: ٨٨٩، والسّاني، في كتاب الحج، باب فرض الوقوف بعرفة، رقم: ٣٠١٦، واين ماجه، في كتاب المناسك، باب من أئمة عرفة قبل الفجر ليلة جمع، رقم: ٣٠١٥، وأحمد في المسند، رقم: ١٨٠٢٣، وأينّ خريزة في الصحيح (٤٧٥٦/٢٥٧) واين حبان في صحيحه (٣٨٩٢)، والحاكم في المستدرك (٣١٠٠)، وقال: «حديث صحيح ولم يُخرجه». وفي صحيح ابن جَيَّان: قال سُفيان بن عبيدّة لسفيان الثوري: ليس عندكم بالكوفة حديث أخرف ولا أحسن من هذا.

٢) الحطاب، مواهب الجليل ١٢٤، الفراوي، الفواكه الدوائي ١٢٤، الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التابع للامية الزقاق ١٢١، اللقاني، منارة أصول الفترى ٢٢١.
البحث الثاني

أصول المذهب المالكي:
إحصائهما، وأنواعها

المطلب الأول

إحصاء أصول المذهب المالكي

لم يَتَضَلَّ مالك على كلٍّ أصوله؛ لكَن المالكية ممّن جاؤوا بعده اعتنوا ببيان الأصول التي كان ماليك يصْدّر عنها في اجتهاده الفقهيّ، والتي تعدّ أسسا في المرجعية التَّنَّاليلِيّة لمذهبه، وكان الأساس الذي اعتمّه في عمليّة الوقوف على هذه الأصول: هو استقراء الفروع والاستدلالات الجزئيّة والعظم، ونَظَر فيها لتلميذ أصول المذهب، واستخلاص المنهج الاجتهدائي للإمام، فخلصت المالكية إلى جملة أدلّة وأصول تَسْبِبُها لمالك وأصحابه كونها الأعمدة التَّنَّاليلِيّة التي بُنيَ المذهب عليها.

ولقد احتمَّ غير واحد من المالكية بتُغَاد الأدلة التشريعيّة التي بُنيَ عليها مذهب ماليك؛ لكَن الناظر في إحصاء هذه الأصول لدى المالكية يُلاحظ اختلافًا في عدد الأصول التي عُرّفُها لمالكونهم؛ ومن المالكية من جعل أصول المذهب أربعة أصول؛ ومنهم بلغ بها
العشرين دليلاً وأصلًا؛ وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءات تترتّب بينهما.
والسبب الذي أدّى إلى هذا الاختلاف في عملية الإحصاء ما بين مقتصِد في الحّد وبين مبالغ، يرجع في نظري إلى أسباب أجملها فيما يلي:
أولاً: أن بعض المالكيَّة في تعدادهم لأصول المنهب لم يلتزموا الاستعاب ولا قضاءهما؛ وإنما كان غرضهم ذكر أهم الأصول وأجلاها في المنهب.
ثانياً: بعض المالكيَّة يجعل بعض الأصول عامَّة بحيث تشمل أصول أخرى مُفرَّدَة عند غيرهم، فمثلاً نجد أن ابن العربي عد من جملة الأصول: «الاجتهاد»؛ وهو شامل ولا شكل لكثير من الأصول كالاستحسان وغيره. ومن العلماء من يعَدّ الاستدلال المرسل من جملة «القياس»، فذكر القياس في أصول مالك يُجزئ عن ذكر «الاستدلال المرسل» مفرِّداً، لأنه من ميضموماته. ومثل ذلك مِنَ جَعلَ مُراعاة الخلاف من قبَيل الاستحسان، فذكر الاستحسان في جملة أصول مالك مُغني عن التَّنصيص على مَراها الخلاف»، وهذا يرجع -فيما أحسب- إلى تطور المصطلحات في علم أصول الفقه والاتجاه إلى التمييز -ما أمكن- بين المعاني المختلفة ولو كان الاختلاف جزئيًّا؛ فالمتقدمون مثلا يطلقون مصطلح «الرأي» على الاجتهاد الذي خرج عن الاستدلال المباشر من الكتاب والسنة والإجماع، وهو عند المتأخرين يشكل
أصولاً كثيرة، كالاستصلاح، والاستحسان، وسدّ النزاع.
ثالثاً: ومن جملة هذه الأسباب الاختلافُ بين الماليكيَّة في الاعتِداد ببعض الأصول وعلّها من جملة أدلّة الشّريعة، وعدم الاعتِداد بها، فمَّن جعلّها دليلاً من أدلّة الشّريعة في المذهب أدخلها في سبيلٍ أصول الماليكيَّة، ومن خالف لم يدرجها في إحصائه، مثل: قول الصحابيِّ.
رابعاً: ومن جملة هذه الأسباب كذلك القُصُور في الإحصاء من بعض العُلّماء في تعداد أصول الماليكيَّة، فليس من التزم الاستيعاب في الإحصاء تمّ له ذلك؛ لأنّ للتّقصير مَدخلاً في عمليَّة الإحصاء، إذ هي عمليَّة اجتهدَيَّة تتعلق بالنَّظر.
وستتناول الدراسة تبّع ما أحصاه الماليكيَّة من أصول مذهبهم مثبتاً في ذلك التسلسل الزمنيّ لهذه الإحصاءات:
• الإحصاء الأول:
قد أثرِ عن مالك رحمه الله التّنصيص على بعض أصوله، وذلك في بيانه للعقلة التي يجب على القاضي أن يكون مُستنِدًا إليها في الحكم الذي يصدر عنه في قضائهما. والقضاء لونًا من ألوان الاجتهاد، وأصول العقلة التي يرجع إليها القاضي هي الأصول نفسُها التي تكون لدى المجتهد في إفتائه.
قال ابن أبي زيد في كتابه «النواور والزيادات»: ومن كتاب سحنون:
قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإنّ لم يكن فيه فيما
 جاء عن رسول الله ﷺ: "إذا صحبته الأعمال، فعاzzo ان خبرًا صحب غيره الأعمال قضت بما صحبته الأعمال، فإن لم يجد ذلك عن رسول الله ﷺ فيما أتاه عن أصحابه إن اجتمعوا، فإن اختلقوه حكما يمن صحبت الأعمال قولته عنه، ولا يخلفهم جميعا ويبتدي شيئا من رأيه، فإن لم يك من ذلك فيما ذكروا اجتهاد رأيه وقاسه بما أتاه عنهم، ثم يقضي بما يجمع عليه رأيه..." (1).

فمجلبنا ما تحصل من النص الساقط، أن أصول الأدللة التي يجب على القاضي أن يكون مستندا إليها فيما يبره من حكم، وفيما يقطعه من قضاة:

أولا: أن يحكم بما في كتاب الله.
ثانيا: الاعتماد على العمل المدني، لأن العمل عنه مقدم على أخبار الآحاد (2).
ثالثا: أن يحكم بالسنة، وشرط الأخذ بها أن لا تعارض عمالا مدنيا.
رابعا: الإجماع أصل فلا يجوز مخالفته، سواء كان الإجماع

(1) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات ۸/۱۵-۱۶. كذا جاء النص منسوبي لمالك في كتاب ابن سحنون، لكن جاء النص في "المجموعة" منسوبي لسحنون، انظر المصدر السابق. وانظر عند: ابن رشد، البيان والتحكيم ۹/۱۵-۱۹۰-۱۹۱، ابن فرحون، تبصرة الحكام ۱/۲۴-۲۶. وسواه كان النص عن مالك أو عن سحنون، فثبوت

(2) قال ابن رشد: "...وهو معلوم من أصول منبع مالك أن العمل مقدم على أخبار الآحاد العدول". البيان والتحكيم ۹/۱۹۰-۱۹۱.
الإحصاء الثاني:
قال أبو عبيد الجبيري (ت 378 هـ): "إذًا كان - أي مالك - لا يُعدل في اختياراته عن (1) ظاهر كتاب الله، (2) وسنة رسوله عليه السلام، (3) وافق الأمة، (4) وإجماع أهل المدينة. ثم إذا أَعْلَمَ نصَّ الكتاب والسنة وافق الأمة وإجماع أهل المدينة، (5) فَقُرِّعَ إلى العبرة. . . فهذه جملة أصول العلم السمعية عند رحمه الله، وهذه أحد الأحكام الشرعية لتي لا يسع الراضي أن يعدل عنها بأن يطلب الحق فيما سواها، ولا يجوز للمتعلم مع الإمكان أن يتعلم ما به الحاجة من غير جهته.

(2) وقد تردد له رحمة الله نصوص في حوادث عدل فيها عن الأصول التي أصلها: إما لخوف العلة فيها التي توجب البناء عليها، وضطر إلى الرد إليها؛ أو ضرب من المصلحة، إذ كان من منبه رحمة الله عليه (7) الحكم بالأصل فيها لا نص فيها، ما لم...
يَمِّنَعُ من ذلك ما يُوجِّبُ الانْقِيَادِ لِهِ . . . "(١)

وَهَذَا النِّصُّ الجَلِيلُ مِنَ الجُهَّيرِيَّ -وُهوَ في الْقُرْآنِ الرَّابعِ، وَقَدْ أَخْذَ عِنْ أَثْمَةَ الْمُدْرِسَةِ الْعَرَبِيَّةِ، وَعَلَى رَأِيْهِمَ الشَّيْخُ أَبُو بِكْرٍ الْأَبَهَرِيِّ- قَدْ أَفَادَنا بِأَصُولٍ مَّنْهِبٍ مَايَلِكَ، فَالأَصُولُ الْخَمْسَةُ الْأَوْلى: هِيُ الْكِتَابُ، وَالسَّنَةُ، وَالإِجْمَاعُ، وَإِجْمَاعُ أُهُمْ الْمُدْنِيَّةُ، وَالْقِيَاسُ (العَبْرَةُ).

ثُمَّ بَيْنَ مَسْلِكِ لَمَايَلِكَ جَرَّى عَلَيْهِ، وَهُوَ الْعَدْوُلُ عَنْ أُصُولِهِ فِي بعَضِ الْمَسْئُولَ، ثُغْوِيَّةً عَلَى صِلْبٍ مِنَ الْمُصْلِحَةِ، وَهَذَا هُوَ الْأَسْتَحِسانُ الْمُصْلِحِيُّ، الَّذِي سَيَبَرَّ بِبِيَانِهِ فِي مَحْلِهِ. ثُمَّ بَيْنَ أَصْلاً سَابَعَاءً وَهُوَ الْحَكِيمُ بِالْمُصْلِحَةِ، حَيْثَ لَمْ يُجِدَ فِي نَصْهَا وَلَمْ يَذْفِعَ دِلِيلُ مُعَتِّبِ يَرْجِعُ إِلَيْهِ. لَكِنَّ الْجُهَّيرِيَّ لَمْ يَجْعَلِ الْمُسْلِكِينَ الْآخِرِينَ فِي جَمْهُورِ الأَصُولِ الْسَّمَعِيَّةِ، بَلْ إِنَّهُ احْتَارَ عَدَّمُ الْتَعَوْلِ عَلَى مَا حَرَجَ عِنَّ الأَصُولِ.

• الإِحْصَاءُ الْثَّالِثُ:

قَالَ الْقَاضِيُّ ابْنُ الْعَرَبِيِّ: «فَأُصُولُ الْأَحَكَامِ خَمْسَةُ: مِنْهَا أَرِبَّةٌ مُّتَفَقَّةُ عَلَيْهَا مِنَ الْأَقْلَهَا: الْكِتَابُ، وَالسَّنَةُ، وَالإِجْمَاعُ، وَالنَّظْرُ،ِ الإلكترونات *) وَالإِجْتِهَادُ: فَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ، وَالْمُصْلِحَةُ، وَهُوَ الأَصُولُ الخَمْسُ الَّذِي انْفَرَدَ بِهِ مَا لِكَ دُونَهُمْ، وَلَقَدْ وَقَفَّ فِيهِ مِنْ بَيْنِهِمْ» (٢).

(١) الْجُهَّيرِيَّ، الْتَوْسِعُ بِبِنَ مَالِكِ وَابْنِ الْقَاسِمِ، [نَقْلًا مِنْ مَلِحَةٍ مَقْنُوَّةٍ بِنَبِيّ الْقَصَّارِ، تَحْقِيقُ السَّلِيمَانِي، ١٢١٣-١٢١٤].

(٢) ابن الْعَرَبِيّ، الْقَبْسُ فِي شَرَحِ مَوْطِنَ مَا لِكَ بِنَ آثٍ، ٦٨٣-٦٨٤، الْمَسْلِكُ فِي شَرَحِ مَوْطِنَ مَا لِكَ بِنَ آثٍ ٩٤٦-٩٤٠، لَكِنْ بَنِّ بَالْنَظْرِ: "الَّعْلِمِيَّةُ".
فأصول الأدلة في المذهب المالكي عند ابن العربي خمسة، أربعة من تفقّع عليها بين علماء الأمة، وأصل اختصّته به المالكيّة؛ فالأول: الكتاب، والثاني: السنة، والثالث: الإجماع، والرابع: النظر والاجتهاد، والخامس: المصلحة.
والذي يلاحظ على إحصاء ابن العربي مع الإحصاء الأوّل أنّه عند المصلحة أصلا مُستقيّلا، في حين لم يذكر في الإحصاء الأوّل، اكتفا بمُطلق‏ «الاجتهاد والنظر».
وممّا يليده النظر كذلك أنّ ابن العربي لم يُدرج ضمن أصول الأحكام: أصل ماليك في العمل المدني. وعلّه ترك ابن العربيٍّ لذّكر هذا الأصل لاندراجه في أصل السنة؛ لأنّ العمال المدني التقليدي الذي يحتل به أكثر المالكيّة هو في الحقيقة من شعّب الاحتجاج بالسنة، قال ابن خلّدون عن ماليك: «واختصَّ بزيادة مثّرك آخر للأحكام غير المدارك المعتبرة عند غيره، وهو عمل أهل المدينة؛ لأنّه رأى أنهم فيما يتفقّون عليه من فعّل أو ترك متابعين لمن قبلهم ضرورة لديثهم واقتدائهم، وهكذا إلى الجيل المحايرين لفعل النبي الأنجلين ذلك عليه، وصار ذلك عنده من أصول الأدلة الشرعيّة. وظّن كثير أن ذلك من مسائل الإجماع، فأنكره... ومالك رحمه الله تعالى لم يعتبر عمل أهل المدينة من هذا المعنى، وإنّما اعتبره من حيث اتباع الجيل بالمشاهدة للجيل إلى أن ينتهي إلى الشّارع صلوات الله وسلامه عليه... ولو ذكرت المسألة في باب فعل النبي، تقريره، أو مع الأدلة المختلف
فيها، مثل مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستصحاب:

لكان ألبق بها١.

وعلى رأي المُخالفين من المالكية، يُمَّن جعل العَمْل المدني
المستين للإجتِهاد من الحَجّج عند مالك١، نقول: إن العمل المدني
كذلكًا. من قَبْيل الوراثة التي تَناقللها أهل المدينة؛ لأنَّ العمل
الاستدلالي الذي يَحْتَج به، هو ما كان رَمَّن الصحابة رضي الله
⁵ عنهم، الذين شاهدوا التنزيل، وحَضِروا الخطاب، فاتَّقُواهم على
أمر ينُتَدِر في المأثور من السنة، أو هو مُلَحَّق بالإجماع لمكان
التشابه بينهما، فبالإجماع اتفاق علماء الأمة على قول، والعمل
المدني إجماع أهل المدينة على أمر؛ على أن بين إجماع الأمة
والعمل المدني اختلافا ليس يُحِفَّى.

أَنَّا عَدَّمَ ذَكُر ابن العربيِّ للاستحسناء، فلَان الاستحسناء في
أَغْلَب مَعانيه عند مالك١ هو تَحْصِيص للعَمَّام أو القياس بالمصلحة،
كَمَا فَسَّره به ابن العربي نفسه٢. ومنه فإن النظام بالتصمِيص على
المصلحة يَعْني عن التَّصِيص على الاستحسناء، إذ هو راجعٌ إلى
اعتبار المصلحة والتعويض عليها.

وَمَا يَلْحَظ كَنِّذَكُل على إِحْصاء ابن العربيِّ أنَّه أَهْمِل بعضاً
الأصول التي نَصَّه هو على أنَّها من أصول مالك في مواضع من
كتبِه، كما سيأتي نُقْلُه عنه. كَسَدَ الدِّروَائِيِّ مثلاً؛ قال القاضي ابن١

١ ابن خلدون، المقدمة ٨٠٤ -٨٠١.
٢ ابن العربي، أحكام القرآن ٢٦٨ -٢٧٨ /٢٧٩ -٢٧٩.
العربية في سوق الأصول التي تبنى عليها أحكام الديع: «الأصول ستة: أربعة من الحديث، واثنان من المعنى. » وآمنا المعنى، فإن مالكًا زاد في الأصول: مراجعة الشبهة، وهي التي يسمى أصحابها المذارع، وهو الأصل الخامس. والثاني، وهو السادس: المصلحة، وهو [في (1)] كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليفة. ولم يساعد على هذه الأصليين أحد من العلماء، وهو في القول بهما أقوم قيلا، وأهند سبيلا»(2). فنرى كيف جعل ابن العربي سدّ الدربة أصلا في مقابل المصلحة وأخبر الآخرين؛ وهذا يدل على أن إحصاء ابن العربي كان قاصرا في إهماله لأصل المذارع، وهو من الأصول المعتربة عندهي في مذهب مالك. وعلل ابن العربي اكتفى في ذلك باندراج أصل سدّ الدربة في مفهوم «المثار والإجتهاد».

الإحصاء الرابع:
قال عباس في ترتيب المدارك: «... وأنت إذا نظرت لأؤل وقعته منازع هؤلاء الأمثلة، ومَأخذهم في الفقه والإجتهاد في الشرع: ووجدت مالكًا ناهجا في هذه الأصول مناهجها، مُرتّبًا لها موازاة ومدارجها: مُقدّمًا كتاب الله، ومُرتّبًا له على الأثر، ثم مُقدّمًا لها على القياس والاعتبار، تارِيحا منها ما لم تتحمّله التفاصيل المعرفون، لِمّا تحملوه، أو ما وُجّد الجمهور والجمّ.

(1) كذا في المطبوع، ولست في المسالك 19-18/1679.
(2) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/777-779.
الغير من أهل المدينة قد عُمِلوا بغيره وخارفوه... »(١).

ويُوحَدُ من نص القاضي عيّاض أنّ أصول مالكيّ أربعة:

أولاً: كتاب الله.

ثانياً: الآثار من سنة رسول الله ﷺ.

ثالثاً: عمل أهل المدينة.

رابعاً: القياس والاعتبار; وهذا الأصل مُما يَجمِّع أصولاً

أخرى إذ يدخل في مفهوم الاعتبار مُطلُق الاجتهاد، كالاستدلال

والمرسل، والاستحسان.

والذي يظهرُ من كلام القاضي عيّاض أنّه لم يقصِّد إلى حضر

الأئمة التي يرجع إليها مالك في ايجاده، وإنّما ذكر أبرز الأدلة

وأهمها.

وقد أهمل هذا الإحصاء ذكر أصل الإجماع، وهو من الأصول

المتماثلة في المذهب المالكيّ. ولعلّ إهماله للإجماع -وهو

من أهم أوائل- يرجِع إلى أنّه كان مُهتمًا بذكر مراتب الأدلة على

التعارض، ومعلوم أنّ الإجماع إذا وقع سقّف النظر وارتفع

الاجتهاد، وكان المقدّم والمعمول به بلا خلاف بين الأمة١(2);

فعل ذلك كان باعتِ من القاضي عيّاض على ترك ذكر أصل الإجماع.

ویُلزِح في إحصاء القاضي عيّاض ذكره للعمل المدنيّ أصلاً

مُفرِّداً عن السنة.

١) عيّاض، ترتيب المدارك ١٤، ابن فيحون، النيابة المذهب ١/٦.

٢) مِنْ يُقِدُّ بقوله.
الإحصاء الخامس:

قال أبو الحسن الشافعي: «ذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمد صالح (ت 131 هـ) أنه قال: الأدلة التي بني عليها مالك منهبه ستة عشر: نص الكتاب، وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالف، ومفهوم الكتاب وهو المفهوم بالأولى، وتبية الكتاب وهو التبيه على الحلة... ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة؛ فهذه عشرة. والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر القياس، والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسند النيابة. ولختائف قوله في السابع عشر وهو مراعة الخلاف، فمرَّة يقول يراعيه، ومرَّة لا يراعيه».

وإحصاء أبي محمد لأصول مذهب مالك من أوقاف الإحصاءات وأجمعها؛ إذ يبلغ بالآداب سبع عشرة أصلا إن عدنا مراعة الخلاف أصلا. ومما يلاحظ على إحصائه ما يلي:

أولا: الخلاف بين الأصل باعتباره مضاربًا تشريعيًا، وبين طرق الدلالة على الحكم من ألفاظ الشارع؛ فالنص والظاهر ومفهوم الموافقة ومفهوم المخالف، وتبيه الخطاب هي طرق للدلالة على الأحكام من ألفاظ الشارع، وليست أدلة تشريعيًا بحيث تكون قسيمة للقياس والاستحسان وغيرها من أدلّة الشروع عند المالكية؟

---

1) الغزالي، الفوائد الدواني 1/231، التسولي، البهجة في شرح التحفة 2/250، الوزاني، المعيار الجديد 1193/11، الحجري، الفكر السامي 1/455.
فالمكتَب والسَنة هما المُلَلَلَان، أمَّا النَص والظَاهر ونحوها فهي
مَساليكِ بَيَانية لِخطاب الشَارع.
على أنَّه قَد وَقَعَ فِي تَفسير بعض المصطلحات الواقِدة في كلام
أبي محمد صالح، خِلاف ما هو معلوم في اصطلاح الأصولييِن؛
فَتَفسير الظَاهر بِأَنَّه العموم، وَتَفسير المفهوم بِأَنَّه مفهومُ الأوْلِي، هو
على غير المشهور فِي اصطلاح أهل الأصول (1).
والذي يَخْلص من الأصول التي بَيْنَِّي عليها المذهب المالكيّ
بعد أن يؤخِذ في الاعتبار بيان السَّابق، تَسعة أصول: 
الأوْلِ: الكِتَاب؛ والثاني: السَّنة؛ والثالث: الإِجْماع،
والرابع: القياس، والخامس: عمل أهل المدينة، والسادس: قول
الصحابي، والسابع: الاستحسان، والثامن: سَدُّ الذَّرائع،
والثامن: مُراَعة الخِلاف.
ومن عَجِب أنَّ أَبا محمَّد قد أُهِمل أصول مالك وأَشهرها عنه، وهو أصل "الاستدلال المرسل". ولا يِقَال إنَّ
هذا الأصل ممَّا يَنْدرج تحت بعض الأدلة التي سافِها؛ لأنَّ أَبا
محمَّد كان بعد العصر الذي استقرَّت فيه اصطلاحات، على
خِلاف ما كان عند المتقدمين من تَدَخلٍ في المعاني، وعدم تمييز
بينها في الاصطلاح.
وقد اعتَمَد إِحْصاءِ أَبي محمَّد لأصول مالك كثير من المَالكييِن،
و زادوا عليه بعض الأصول التي لم ينضِّع عليها؛ قال أبو الحسن

(1) انظر تفسير هذه المصطلحات عند: القرافي، شرح التقيق 37، 6-05-33-06.
بعد نقله لكتاب أبي محلة صالح: «ومعًا يُنَبِّئ عليه منتهبه: الاستصحاب»(1) فتلك عشرة كاملة.

وذلك نقل الحجري إحصاء أبي محلة وما أضافه عليه أبو الحسن، وعقب على ذلك بقوله: «قلتُ: إنها بُلْغت عشرين، كما يأتي»(2) والذي زاد الحجري أصلين هما: المصالح المرسلة، وشرع من قبلنا(3). وبلغها العشرين على أساس حساب أبي محلة الذي أثرَج فيه المسالك البيانيَّة؛ فتصير الأصول على هذا اثني عشر أصيلاً هي شرعةً لاستيقاء الأحكام، ومؤنذ لَها؛ وهذه الأصول هي:


الإحصاء السادس:

قال ابن الحاج في كتاب «المدخل» له: «منْهَب ماليك رحمه الله مبنيًّا على أربع قواعد: القاعدة الأولى: آية مُحكَّمة، القاعدة

(1) الحقاوي، الفواكه الدوائي 2/132، التسولي، البهجة في شرح التحفة 2/150، الحجري، الفكر السامي 455/1.
(2) الحجري، الفكر السامي 455/1.
(3) وشرع من قبلنا هو في حقه استدلال من الكتاب والسنة، لذلك نرى كثيرًا من المالكين لا يذكرون أصلا في المذهب.
التّانية: حديث صحيح عن رسول الله ﷺ من غير ناسخ ولا معارض، القاعدة الثالثة: إجماع أهل المدينة، القاعدة الرابعة: إجماع أكثرهم بعد اختلافهم ومناظرتهم (1).

فأصول مالك كما هو جليّ من نص ابن الحاج أربعة: الأول: كتاب الله، الثاني: سنة رسول الله ﷺ، الثالث: إجماع أهل المدينة، الرابع: الإجماع. إلا أن تفسير الإجماع في كلام ابن الحاج تفسير غريب؛ إذ من شرط الإجماع أن يجتمع كل المجتهدين لا أكثرهم.


والعجب في الإحصائيين إهمالهما لأصول الاجتهاد بالرأي: كالقياس، والمصالح المرسلة، وسّد الذّرائع؛ وهذا فصول جليّ في إحصاء أصول مالك ﷺ.

---

(1) ابن الحاج، المنخل 180/181
(2) عاشق، فتح العلي المالك 90/1
(3) عاشق، فتح العلي المالك 105/1
أنواع أصول المذهب المالكي

إنّ النّظر في طبيعة الأصول التي بُني عليها المذهب المالكي يُنْوي إلى تقسيمها قسمين من حيث ارتكازها في حقيقةٍ على الرّأي والنّظر أو النقل والسّمع: فالقسم الأوّل: هي الأصول السّمعيّة التقليديّة؛ والقسم الثاني: هي الأصول النظريّة الاجتهاديّة.
فالاصلون السّمعيّة: هي الأصول التي مَرْجَعُها في الأصالة إلى النّقل عن الشّارع، ويندرج في سُلوك الأصول التقليديّة: الكتاب والسّنة، ويلتحق بها من الأصول: الإجماع، وقولُ الصّحابي، وشرعُ مَنْ قبّلنا، وعَمَّلُ أهل المدينة.
قال الشّاطبي في «المواقعات» بعد أن بين انقسام أدلة السّماع إلى أدلة سمعيّة وأدلة نظريّة اجتهدانيّة: فأما الصّرب الأوّل: فالكتاب والسّنة... يلتحق بالصرب الأوّل الإجماع على أيّ وجو قيل به، ومنه الصّحابي، وشرعُ مَنْ قبلنا؛ لأن ذلك كله وما في مَعْناه راجع إلى التّعبُد بأمر منقول صوْفٍ لا نَظَرُ فيه لأحدهم!)
والأصول النظريّة الاجتهدانيّة عند المالكيّة: هي القياس،

(1) الشاطبي، المواقعات 3/14، وسبق أن عَدّ الجبيري الأدلة كلهّا سمعيّة: كتاباً وسنة وإجماعاً وإجماع أهل المدينة والقياس.
والاستدلال المرسل، والاستحسان، وسدّ النّذرائع، ومراوحة الخلاف، والاستضاح.

وقد عدّ الشّاطبي في سلّك الأدلة النظريّة الاجتماعية: القياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة(1). والشّاطبي في تغداده للأدلة المندرجّة في كلّ نوع من أنواع الأدلة، لم يلتزم استيعاب تعدادها، لذا فقد تجده قد تترك بعض الأدلة والأصول في كلّ نوع.

وإذا نظّر إلى الأدلة النظريّة الاجتماعية، وجدت آلية في الاعتبار إلى الأدلة النظريّة السمعيّة؛ ذلك أنّ شرعية الأصول الاجتماعيّة في الاحتجاج إنّما استُهدّت من الأدلة السمعيّة النظريّة، فالأقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وغيرهما من الأدلة الاجتماعيّة لا بدّ قبل أن نأخذها أصولًا تبنيها عليها الأحكام، من أن يشهد لها من الأدلة التقليدية ما يكسيّها تعبّت الحجّية، قال الشّاطبي: «الأدلة السِّرعيّة في أصلها محصورة في الضرب الأوّل -هو الأدلة التقليدية السمعيّة-، لأنّا لم نثبت الضرب الثاني بالحقل، وإنّما أثبتنا بالأول؛ إذ فهمت أدلّة صحة الاعتماد عليه؛ وإذا كان كذلك فالأول هو العمّدة...»(2).

والأصول التقليدية - كذلك - هي مقتورة إلى النظر والاجتماعية لانّ الاستدلال بالمقولات لا بّدّ فيه من النظر وإعمال الإجتماع(3).

(1) الشّاطبي، المواقف، 3/41.
(2) الشّاطبي، المواقف، 4/42، وانظر: الفراني، النروق 128/1.
(3) الشّاطبي، المواقف، 3/41.
الفقرة الأولى: بيان الأصول النقلية للمذهب المالكي:
الأصول النقلية عند المالكية ستة؛ هي: الكتاب، والسنة، والجمع، وعمل أهل المدينة، وشرع من قبلنا، وقول الصحابة. وسأبين فيما يأتي وَجَّهًا إِنْدِرَاج هَذِهِ الأَصُول ضِمن الأصول النقلية:
أولاً: الكتاب والسنة: فأما الكتاب والسنة فهما أصلا الأدلة النقلية؛ لأنهما صاوران من لذن الشارع الحكيم، وهو أصل للسمع. وإذا ثبتا لم يُمكن لمجتهد نظر ولا اجتهاد في المقابلة له. بل إن الأدلة كلها راجعة في مآل الأمر إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ؛ لافتقار كل الأدلة إلى هذين المصدرين لبيان حُجّة أصبه.
ثم إن مرجع السنه نفسها إلى كتاب الله؛ لأن العمل بالسنة والاستناد إليها ما دل عليه إلا الكتاب الكريم(1).
ثانياً: الإجماع: أما الإجماع فإنه يدخل في الأدلة النقلية، لأنه لا نظر لأي مجتهد في إجماع ثابت؛ ضرورة كون الاجتهاد مُحصّرًا في القضايا التي هي محل خلاف، أمًام ما وقع إجماع العلماء عليه فلا محقّ ثمة لأنظار المجتهدين.
ثالثاً: شرع من قبلنا:
وأمام شرع من قبلنا فهو عند المالكية شرع لنا ما لم ير في

(1) الشاطبي، الموافقات ٣٦٤.
شرعنا ما يُخالفه(1). والاحتجاج به هو من قَبْيل الاحتجاج بالكتاب والسنة؛ لأنَّ الحكم بأنَّ هذا الأمر من شَرْعٍ منْ قَبْلنا يلزم أن يشْبَه بشيء من كتاب الله أو سنَّة رسوله ﷺ ؛ فالمراد من شَرْعٍ منْ قَبْلنا ما يُتَّقَلّ في كتاب الله أو في سِنَّة نبِيّه ﷺ من حكمة بعض شَرائع مُنْ كان قَبْلنا من الرُّسُل. وليس المراد من ذلك: ما يُذَكَّر أهلُ الكتاب من شَرائعهم، أو ما تَجْلِدُه في كِتِبِهم؛ لِلْهَمَة التَّخْرِيف والتَّبديل التي عُرِضت في كِتَبِهم المنزلة إليهم(2)، والمالكيَّة إذا جَازوا في الاستدلال على حَكِيْة شَرْعٍ منْ قَبْلنا، قالوا: إنَّ الشَّرْع لمَّا ذَكَّر ما كان عليه شَرْعٍ منْ قَبْلنا، كان على جهة التَّناِسي بهم، والأخذ بما شَرْع الله لهم؛ إنَّ لم يَرْدّ فِي شَرْعنا ما يُعَارِضُه أو يُيْثِبْه.

رابعا: قول الصحابي(3):

أما قول الصحابي الذي لا يَعْلَمُ له مَخَالِفٌ من الصَّحاباء: فقد اختلف المالكيَّة هل هو أصل يُحَتَّج به عند الإمام مالكٍ أم لا؟ ثم اختلف عن نَسْبٍ إليه القول بالحَكِيْة: فمنهم من قال بأنَّ حُكَيْة مطلقة، ومنهم من قَدَّر ذلك بأن يكون مَعَ الله بالرأي. وعليه:

إنَّ الأقوال المنسوبة لمالك ثلاثة:

القول الأول: قول الصحابي ليس بحجة مطلقة، كثيره من

---

(1) ابن رشد، البيان بالتحصيل 4/261-260، 293/7، 266/7، القرطي، المفهوم 5/36-37
(2) المقري، القواعد رقم 191، المروي، تفسير الفقه 4/231.
(3) راجع المسألة في كتاب: “التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن الإمام مالك”، للمؤلف.
المجتهدين.

وذهب القاضي عبد الوهاب إلى أنه الصحيح الذي يقتضيه منبه مالك (1)، واستظهر الباجي أنه منبه مالك، قال: "الظاهر من منبه مالك رحمة الله أنه لا حجة فيه" (2).

القول الثاني: قول الصاحبي حجة شرعية مطلقة. عزاه ابن أبي زيد القيرواني لمالك، قال: "ليس لأحد أن يتحدث قوله لم يسبقه به سلف، وإنما إذا ثبت عن صاحب قوله لا يحفظ عن غيره من الصاحبة خلاف له ولا وقائع: أنه لا يسمع خلافه" (3)، وأضافه لمالك: الرُهوني (4)، والقرافي، قال: "منبه مالك وجماعه من العلماء أن قول كل صحابي وحده حجة" (5)، وقال: "قول الصاحبي حجة عند مالك مطلقا" (6) وتبعه ابن جرّي، وشبهه العلمي (7).

القول الثالث: أضاف محمد الطاهر بن عاشور لمالك مذهبًا قريبًا من هذا النقل، قال: "والذي يتخلص لي من منبه مالك رحمة الله أنه لا يرى قول الصاحبي حجة إلا فيما لا يقال من قبل الرأي؛ لما تقرر أن له حكم الرفع؛ ولهذا كان اشتراط مخالفته.

(1) الزركشي، البحر المحيط 4/259.
(2) الباجي، إحكام الفصول في 446، المنهاج في ترتيب الحجاج 143-144.
(3) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات 5/1.
(4) الرهوني، تفسير المسؤول 1235/4.
(5) القرافي، تفسير الأصول 2842/6.
(6) القرافي، شرح التنقيح 350.
(7) ابن جزير، ترتيب الوصول 342، العلوى، نشر البنود 2/258.
للقياس قريباً من هذا(1).

وإذا ثبت هذا، فقول الصحابي الذي لا يعلم له مخالفته من الصاحبة يدخل في نظام الأصول التقليدية، لتجنب كون ما قاله إنما كان على أساس توقف عليه عن رسول الله ﷺ، ولعدم جواز الخروج عن الأقوال المأثورة إلى إحداث قول جديد بالإتفاء، على ما هو مقرر في منهج مالك (2). ويتوجه عند قول الصحابي في الأصول التقليدية أكثر على القول بأنه حجة إذا كان من قبيل ما لا يقال بالرأي.

خامساً: عمل أهل المدينة:

أما عمل أهل المدينة فجماهيرهم المالكيَّة من المتقدمين والمتأثرين على أن العمل المدني الذي اعتماده مالك واحد به هو العمل التقليدي المأثور؛ أمّا الحمل المدني الذي يستند إلى النظر والاجتهاد فلا يعد حجة عند جمهورهم (3).

والعمل التقليدي هو العمل من طريق النقل والحكاية الذي تؤثره الكافنة عن الكافنة، وعملته به عملاً لا يخفى، ونقله الجمهور عن الجمهور عن زمن النبي ﷺ (4).

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/119.
(2) ابن أبي زيد، التوادر والزيادات 5/1.
(3) راجع المسألة في كتاب: "التحقيق في مسائل أصول الفقه التي تختلف فيها النقل عن الإمام مالك«، للمؤلف.
(4) عياس، ترتيب المدارك 1/288، القرافي، تبادل الأصول 2/248، عبد الوهاب، المعونة 2/207.
ولم يختلف قول مالك وأصحابه في أن عمل أهل المدينة فيما كان من قبيل النقل حجة يجب الأخذ به:
قال ابن القصار: «منهب مالك حاجة العمل على إجماع أهل المدينة فيما طريقه توقف من الرسول، أو أن يكون الغالب منه عن توقف منه على الصلاة والسلام»(١).
وقال القاضي عبد الوهاب في «الممخض»: «وهذا النوع من إجماعهم حجة يلزم عندنا المصير إليه، وترك الأخبار والمقاييس له، لا اختلاف بين أصحابه فيه»(٢).
أما عمل أهل المدينة فيما كان من قبيل الاستدلال والإجتهاد، فليس بحجة عند جماهير المالكية، ولا خصوصية لأهل المدينة على غيرهم في هذا، وعلى نسبة هذا النقل لمالك جهميزة من محقق المهبة وأثنته، وخاصًة أقطاب المدرسة العراقية.
لكن التحقيق - عندي - أن مالكًا يحتاج بالعمل المتصلا إلى زمن الصحبة (٣)، سواء كان ذلك راجعًا إلى نقل أو استدلال واجتهاد. وقد تقدم ذكر وُجَّه إلحاق هذا النوع من العمل ضمَّ الأصول النظرية.

(١) ابن القصار، المقدمة ٧٥.
(٢) الزركشي، البحر المحيط ٣/٣٠٠، القرافي، تفاوت الأصول ٦/٢٩٠، وانظر: ترتيب المدارك، لعياض ١٧/١٩.
(٣) راجع: التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النقل فيها عن الإمام مالك، للمؤلف.
الفقرة الثانية: بيان الأصول الايجاهيّة للمذهب المالكي:

أمام الأصول الايجاهيّة فهي في المذهب المالكي متمثّلة في:
القياس، والمصالح المرسلة، والاستحسن، وسّد النّزاع،
ومراعاة الخلاف، والاستصحاب. وهذه الأدلة هي مخلّ للبحث
في هذه النظرية، غير أنّي سأعمل بحثًا أصل القياس لأميرين:
الأول: القياس يُعدّ من الأصول الإجماعية التي لا اختصاص
للمذهب معيّن به، ومن خالف في الاحتجاج به من الظاهرة فلا
اعتقاد به في المخالفة؛ لأن أصل التحليل الذي يقوم عليه القياس
معلوم من شريعة الإسلام على وجه القطع.

الثاني: القياس من الأصول التي اعتنى بها العلماء اعتناه
مמטى النّظير، فمُحكم القياس في كتب الأصول يُعدّ من أكبر
المباحث التي تناولها الأصوليون، وحُرّروها التحريّ القويّ.

أما العُرف فقد عدّة السّبب الممثّل من جملة الأصول التشريعيّة
في المذهب؛ في حين تجد غالب من أُحسى أصول مالك
وعددها، لم يجعل العُرف أصلا تشريعيًا. والذي يظهر لي -والأهله
أعلم - أن اعتبار العُرف أصلا تشريعيًا ليس سديدًا في النظر، ولا
فقيئًا في الاعتبار؛ وبيان ذلك:
أنّ العُرف يقسمه العلماء قسمين: الأول العُرف التشريعيّ،
والثاني العُرف البابائيّ(1):

أما العُرف التشريعي الذي اتّبع بأنه مئذّك في شرع الأحكام،

(1) الدعيني، المناهج الأصولية في الايجاه بالرأي 454.
فليس هو المُذكَّر الحقيقي(1) ؛ بل هو الأصول الشرعية المصلحة التي تُشهد له هذا العرف بالاعتبار؛ فالعُرف المعتبر في التشريع إنما هو العرف الذي يُذكر على المصلحة التي شهدت لها قواعد الشريعة بالاعتبار، كأصل رفع الحرج، وأصل نفي الضَّرر، وأصل التوسعة العامَّة. وليس كلْ عُرف يُعتَدْ به؛ وإنّا كان ذلك خطأً إلى أنّ تُجعل عادات الناس وأعرافهم الضرفة مصدرًا للتشريع؛ وذلك باطلٌ، لأنّ من شرط اعتبار الدليل دليلاً تشريعيًا رجوعه إلى الشريعة، وصدوره عنه.

وأرتباط العرف بالمصلحة كان من جهة أنّ الناس إنّما يتعارفون فيما بينهم على ما يعود عليهم بالصلاح في مُعاملاتهم وتصرفاتهم؛ فالعُرف في الحقيقة يعدّ كراَفًا لكون المصلحة مصلحة حاجية عامَّة، إذ جرَّبان العرف بمصلحة معتبرة يُدْلُّ في الأصل على أنّ الناس حاجة إليها، فثبت بذلك وضُفُّ «المحاجية» ووصفُ العمومية في المصلحة. والناس مخلّلون وأعرافهم، وليس يُتعارض لهم فيها، إلا حيث وُجد العرف الذي جُرِّب عليه مخالفًا للشريعة.

قال الشيخ محمد الخضر حسين: «ومسي بعض الفقهاء العرف دليلاً شريعيًا، والدليل الشرعي هو نصّ الشارع على الحكم، وليس العرف نصًا للشريعة، ولكن سماه بعض الفقهاء دليلاً نظرًا إلى جرائنه بالمصلحة، وجُريانه بالمصلحة دليلًا على إذن الشارع فيه»(2).

(1) الدرباني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي 53-550، 556.

(2) محمد الخضر حسين، دراسات في الشريعة الإسلامية 35.
وعليه؛ فإنَّ ما يُعرَف بالعُرف التَّشريعيّ هو أَيْلِ إلى المصلحة التي سيتناولها البحث إن شاء الله.

أمّا العُرف البيانيّ، وهو غالبًا ما يُتناوله العلماء في بحثهم للعُرف، فليس من مصادر التشريعة البَنَة؛ لأنَّ العُرف البيانيّ هو العُرف التَّفسيريّ لتصرفات المكلِّفين وأقوالهم تقديمًا وتخصيصًا وتوضيحاً ولا تَعْق لِنفس بالتشريع (11). ويدخل العُرف كذلك في الالتزامات بين الناس، كالشروط التي جرى بها العُرف.

***

(1) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه 149.
البحث الثالث

خصائص أصول المذهب المالكي

بعد أن استبانت أصول المذهب المالكي التقليلية منها والاجتماعي، تأتي الدراسة على بيان خصائص أصول المذهب الظاهرة، ومميزاتها اللائحة. وأبرز هذه الخصائص خمسة، سأتناولها بالتفصيل والبيان:

• الخصائص الأولي: كثرت أصول المالكي:

من أهم الخصائص التي تُستَرعى انتباه نظر الناظر، أن المذهب المالكي هو أكثر المذاهب المتّبعة أصولا وأوفرها أدلة، وسواء في تلك الأدلّة التقليلية والأدلّة الاجتماعيّة، فقد تمّسّك المالكيّ بأصول لم يقل بها غيرهم، وقرّروا أصولاً نفاها غيرهم تاصيلًا وعملوا بها تفريعاً؛ قال أبو زهرة في التّشوبه بكترة أصول المالكيّة: »فإنّه أكثر المذاهب أصولاً، حتى إن علماء من المذهب المالكي يحاولون الدفاع عن هذه الكثرة، ويُتّبعون على المذاهب الأخرى أنّها تأخذ بمعنى ما يأخذ به من أصول عدّة، ولكن لا تُسقّيها بأسمائها، ولا يُريد الخوض في ذلك؛ بل إنّا نقول: إن الأمر لا يحتاج إلى دفاع، لأن تلك الكثرة حسنة من حسنات المذهب المالكي، يجب أن يفاحر بها المالكيون، لا أن يحملوا أنفسهم
مؤونة الدفاع...

وهذه الكثرة في أصول الأدلّة كان لها بالٌغ الأثر في التَّقريع الفقهّي والْتَجْرِيخ المذهبي؛ ذلك أنّ تنوع أصول الاحتياج، واختلاف أدلّة الاستنباط، مما يُمنح المجتهдей أن يكون في فتواه أقرب إلى الصّلاح، وأدنى إلى تحقيق العدل (1). قال أبو زهرة: فكانت كثرة الأدلّة... من شأنها أن تُؤلْوَ بِنَكَ المذهب، لا أن تخفِّضه، ومن شأنها أن تجعله مرًَّا في التَّطبيق، فلا تضيقه» (2).

• الخاصية الثانية: ابتداؤُ الماليكية بعض الأصول، واحتفاؤهم بأصول أخرى بكتة الاعتماد عليها:

ومن أسباب كثرة أصول الماليكية: أنّ مذهب مالك تَفْرَّد ببعض الأصول تَفْرَّدًا كاملاً، بحيث لم يَشْرَكَه فيها غيره من المذاهب، وخصوصاً -كذلك- بعض الأصول لكلة اعتنائه بها، وفرويته على مُقتضاها، مع مُشاركة غيره من العلماء في القول بها، حتّى إن جمهّرة من العلماء عَزِزَت تَفْرَّد مذهب مالك بها، ومخالفته لسائر أهل العلم فيها -كما سيأتي بيانه-.

وأهم الأصول التي عُدّت من مميزات مذهب مالك: عمل أهل المدينة، والمصلحة المُرَسْلَة، وسدّ النّزاع، ومراة الخلاف.

أما عمل أهل المدينة فهو من أهم الأصول التقليدية التي تفرّد بها

(1) أبو زهرة، مالك ص/358
(2) أبو زهرة، مالك ص/358
(3) أبو زهرة، مالك ص/358
المالكيَّة دون سائر فقهاء الأئمذاء، حيثُ رأى مالكٌ أنَّ العمل إذا كان ظاهرًا بملامح النبي  فهو حُجّة يجب الأخذ به، ولا يُسْعُ أحدًا مُخالفته إلى غيره -كما تقدم-.

ويُبَلَّغ مالكُ في اعتبار العمل المدني إلى أن رَدَّ الأخبار الآحاد التي تُعارِض هذا العمل؛ لأنَّ العمل عنده من قُبيل التَّقْلِيل المتواتر، وما كان مُتوترًا لا يُعَارِض بنقل الآحاد؛ لاحتمال تطُرْقَ الوهم والغلط إلى ناقليه، واحتمال أن يكون ذلك الخبر مُنَّ طخ حكمه؟ قال مالكُ: «العمل أثبُت من الآحاديِّات».

أَنَّ بإمكَان الأئمذاء، فقد اخْتَلِف في تفَرُّد المالكيَّة بها؛ وسأَتِي الإبانةٌ عن ذلك في الدراسات، إن شاء الله. غير أنَّ الذي يُقَدَّم في هذا الموضوع: أنَّ غالب تلك الأدلة مِمّا لم يتَرَّدَّ به المالكيَّة، بل شَرْكَهم فيها بعض المذاهب، إلَّا أنَّ لمذهب مالك مَرْيَد اعتناه بهذه الأصول، وذلك بكترة الاستناد إليها في تفريعاتهم ووسائل اجتهادهم، وكانت المالكيَّة أَجْسَر المذاهب على الإفصاح عن هذه الأصول، والبُؤْحُ بها، وبيانها، والاحتجاج لها، حتَّى عُنَّها مَنْ عَلَّهَا في مُفرَّدات أصول المذهب المالكي التي تميَّز بها.

• الخاصية الثالثة: علاقة أصول مالك بأصول أهل المدينة:

من منهج مالك  الله ﷺ الذي تواتر عنه واشتهر به: ابْتَغَعُهُ لِمَنْ سَبِّقه مِنْ أهل العلم، واقتداره بِأهل الفضيل منهم، والسريُّ على وَفق ما ساروا عليه، وقُمُّ أثارهم فيما تَقَنَّموه إليه؛ وأهلُ القدوة عند

(1) ابن أبي زيد، الجامع في السنن والآداب والحكم 150.
ومنهج مالك هذا اقتضاء أن يجري على أصول من سبقه من أهل العلم بالمدينة النبوية، لا تقليداً ومُسائراً بِلا حَجَّةٍ له في ذلك، وإنما هو الابْتَباعُ المشوَّسُ على واضح النَّبيل، ومَنْين البُرهان، فمالكُ مُتَحِّثٌ وإِرث عِلم أهل المدينة، والشاَّصِرُ لمَذَاهِمهم، والناَشِرُ لَعِلمهم وِفَقههم، وَمَنْ تأَمَّل الفِقه المدِيني المَأثَّر قَبِل مالك وَقَارِنْهِ بِفَقه مالك، وَجَدَ الفِقهِ يَهَلَانِ من مَتَّى مَشْرَك، وِيصدُرْن عن منهج اقْتِهاِدي مُتشابه، فِينِهِب مالكُ كَلاَّ اللَّهُ مَا هو إلا استمرارَ لِمَذَهِب أهل المدينة، مع توسع كبير في التْشريع، وَوَضُوح في مناهج الاستدلالات، وَداَلى الإِحْتِجاج.

قال أبو عبد الله مَحَمَّد بن موسى بن عمَّار الكَلاَعي الْمَايْروُيُّي المالكي: "...مَنْهَبُ أَهْلِ المدِينَة نَسْبُ إِلَى مَالِكٍ بِن أَنْسٍ، وَمَنْ كان على مَنْهَبُ أَهْلِ المدِينَة يَقَالَ لَه مَالِكِي. ومَالِك إِنَّما جَرَّى عَلَى سَنَنِ مَنْ كان قَبْلِهِ، وَكَانَ كَشِيرِ الْابْتَباعِ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ المَنْهَب يِبَاَّنَا وِيَسَّطَا، وَحُجَّةٌ وَشَرْحاً، وَأَلْف كِتابَهُ "الموطأ". وأَمَّا

(1) وللريسوني بحث جيد في علاقة مذهب مالك بمذهب أهل المدينة: نظرية المقاصد

عند الإمام الشافعي 50-54.
ما أُجِّر به عن الأسماء والفوتاوى، فُنُسِب إليه كثرة بَسَطاء وكلاهم فيه...»(1).
فل항 ماكك - مثلا - في القول بعمل أهل المدينة أبا عزرها؟
فهو مَسْبوق إلى ذلك من أئمة المدينة من شيوخه وأشياخهم:
قال ربيعة الرأي: وهو من شيوخ ماكك - «ألهُ عن أهل أحب:
إلي من واجب عن واجب؛ لأن واجبًا يتبرز السعة من أبيكم»(2).
وقال مالك: والعمل أثب من الأحاديث، قال ممن أقتدي به:
«إنه سمعيت أن يقال في مثل هذا: حديثي فلان عن فلان. وكان
رجل من التأقبين يبلغهم عن غيرهم الأحاديث؛ يقولون: ما
نجعل هذا؟ ولكن مقال العمل على غيره»(3).
وقال مالك: وكان محمد بن أبي بكر بن حزم رضيما قال له
أخوه: لِم لم تُفْضِ بحديث كذا! فقول: لم أَجِد النَّاس عليه(4).
وروى ابن وهب عن مالك أن رجلا قال لأبي بكر بن عمرو بن
حمز: ما أدرى كيف أصلى بالختي؟ فقال أبو بكر: `يا ابن
أخي، إذا وجدت أهل المدينة على أمر مُستجدين عليه، فلا تشك.

(1) ابن عساكر، تبين كلذ المفتي ص/118، وعنه تقل: اليافعي في: «مرآة الجنان» 2
(2) عياض، ترتيب المدارك 1/16.
(3) ابن أبي زيد، الجامع 150.
(4) ابن أبي زيد، الجامع 150 وانظر النص بسياق أتم عند: العنبي، في: «العثبة»، مع
في أنه الحق! (1)

أبو بكر بن حزم هذا هو من فقهاء المدينة الذين يرى مالك
له التقديم والتبريزم في العلم.

الخاصة الرابعة: الجماع بين أصول أهل الرأي وأصول أهل الحديث.

ومن أجل خصائص أصول مذهب مالك: أنها جمعت بين
أصول مدرسة أهل الأثر، وأصول مدرسة أهل الرأي، فمنزلة الأثر عند مالك وأتباعه بالمحكمة الأعلى، فمالك إمام أهل الحجاز
التي كانت موطن أهل الحديث ومتبوعهم، ومؤلّفه كتاب أثر
وحديث، فالأثر معمول به والحديث مستنده. وأما الرأي فقد ضرب
في مالك بحفظ وافٍ، وأصوله شاهدة على ذلك، فإنّه كتبُية لم
يكتف في الرأي بالقياس، بل إنه جاوره ليشمل الاستحسان
المصالح المرسلة ومسد الدراكي، وكل هذه الأصول عنده من
الجهاد بالرأي، وقد استرسل مالك في الأخذ بها استرسل الفهم
بمقاصد الشارع، والعلم بمراميه، وإن الناظر في ذلك ليكاد
يصفّف مالكًا في سبيلك متجهدًا أهل الرأي، كما صنف ابن قتيبة في
كتاب «المعارف» (2).

(1) الفصيحي، المعرفة والتاريخ 1/44-443، ابن عبد البر، التمهيد 1/81، جامع
بيان العلم وفضله 2/1113، عبّاس، ترتيب المدارك 1/22.

(2) ابن قتيبة، المعارف 179، أبو زهيرة، مالك. 7-8.
الخاصة الخامسة: مركزية المصلحة في الأصول الاجتهدائية في المذهب الماليكي:
والعرفة اللائقة في الأصول الاجتهدائية في المذهب الماليكي: مركزية المصلحة فيها؛ فغالب الأصول الاجتهدائية من قياس ومصلحة مرسلة واستحسان وسد للذريع ومراعاة للخلاف، هي حائطة حول المصلحة، وصارى فيها منطقها عنها؛ قال أبو زهرة في بيان هذه الخصائص: "إن أصل المصالح الذي أخذ به مالك، وسيطر على أكثر فقه الراوي عنه، حتى أصبح ذلك الأصل عناوينه، وميسمة الذي عتم به... وأتّلك لو قُضِّت في فروع ذلك المذهب... لوجدت أن المصلحة كانت هي الحكم المرخصي المحكم في كل هذه الفروع؛ سواء أتىت المصلحة في قواعد القياس وحملت اسمه، أم ظهرت في ثوب الاستحسان وحملت عناوينه، أم كانت مصلحة مرسلة لا تحول غير اسمها، ولا تأخذ غير عناوينها... "(1).

وهذا القاضي عياض لم يتأكل إلا إلى ترجيح مذهب مالك على سائر المذاهب، عدي البعد المصلحي من أجل الاعتبارات التي يُستند إليها في ذلك؛ قال أيضاً: "الاعتبار الثالث: يحتاج إلى تأمل شديد، وقلب سليم من التوصيب صديد؛ وهو الانتباه إلى قواعد السريعة ومجايعها، وفهم الحكم المقصود بها من شارعها... "(2).

(1) أبو زهرة، مالك ص/259.
(2) عياض، ترتيب المدارك 96/1.
الفصل الأول

المصالح المرسلة في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل أربعة مباحث، هي:

المبحث الأول: المصالح المرسلة: المفهوم، والمضمون.

المبحث الثاني: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: حجيتها، وشروط العمل بها، ومجالها.

المبحث الثالث: المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالتصوص الشرعي وبالأصول الاجتهادي في المذهب.

المبحث الرابع: الشواهد التقييمية للمصالح المرسلة في المذهب المالكي.
المبحث الأول

المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون

المصالح المرسلة مصطلح أطلقه العلماء على نوع من الأدلة التشريعيَّة الاجتماعيَّة، وللمؤرخين حقيقة مفهوم هذا الدليل كان من اللازم أنُّ تقلل على مفهوم هذا التركيب الوظيفي المُؤسس على كلمتين: "المصالح" و"المرسلة". وعليه، فإني سأطرق بالبحث والنظر كلاً من الكلمتين، لأخْلَصَ في الأخير إلى تحديد معنى هذا التركيب الوظيفي.

وسأبحث في تضاعيف ذلك أنواع المصالح وأقسامها؛ لأن حقيقة المصالح المرسلة متوافقة على معرفة قسماتها من المصالح، ثم أفتح على ذلك باستعراض بعض المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، وبعض الألفاظ ذات الصلة بها.

وعليه، فإن هذا المبحث ينظم في طيّاته أربعة مطالبٍ، هي على النحو الآتي:

- تمهيد: عناء التشريع الإسلامي برعاية المصلحة.
- المطلب الأول: المصلحة: حقيقتها، وأقسامها، وأنواعها.
- المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحاً في المذهب المالكي.
- المطلب الثالث: المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألغاز ذات الصلة بها.
- المطلب الرابع: مذاهب العلماء في المصالح المرسلة.
تمهيد

عناية التشريع الإسلامي برعاية المصلحة

أنزل الله تعالى شريعته الخالدة العامة على البشر كاففة، فكانت قائمة بنظام الحياة في جميع شعوبها، وبمساعدة لأحكامها على مختلف جباثا ومكانيها. ومن رحمة الله بهذه الأمثلة أن جعل هذه الشريعة مترتبة على زوغي المصالح، ومينين في أحكامها على اعتبارها، والنظر إليها، وللوق室内ها؛ فكانت شريعة محكمة، بحيث لا تزيد أحكامها عن تمييز الحكيماء، ولا يعزز تفهيمها عن أولي الألباب؛ وكانت المعقولية التي انبثأت عليها الشريعة في عموم أحكامها كافيلاً صلاحية تطبقها على مختلف الأمم والشعوب التي تتباهين في أعراقها وطبقاتها، وهي في الصلاحية ممتلئة في الزمان، فلا يعتنُف زمن عن أن يكون مطوى لها لهذه الشريعة في التطبيق والتنفيذ، بكل سماحة وطيب، بدون حرج أو شققة.

كما أن معقولية التشريع يبسط القبول لدى الخلق لهذه الشريعة، وتستغلب الطواعية منهم لها؛ رحمة منه تعالى، وحكمة من لله سبحانه: قال المقرئ: "قاعدة: الأصل في الأحكام المعقولية لا التبعد، لأنه أقرب إلى القبول، وأبعد عن الخرج..." ١)

وقد تثبت معقولية الشريعة وتعليلها بمصالح العبادة في العاجل والآخر بالاستقراء المفيد للقطع، وخلاف الظاهرة في ذلك مُطرَّحٌ

١) المقرئ، القواعد رقم ٧٣.
منبوذ، لمشاركته الإجماع من علماء الأمانة قاطبة؛ قال أبو إسحاق السَّابِطي: "وضع السَّرَائِع إِنَّما هُوَ لمصلحة العبادات في العدل والآجل معًا. . . والمعتمد إنَّما هو أنّا استقينا من الشريعة أنّها وُضِعَت لمصلحة العبادات استقراءً لا يُنازع فيه..."(1).

وقال القاضي ابن العربي في معرض تناوله للمصالح: "وقد اقتت الأمانة على اعتبارها في الجملة، ولأجلها وضعت الله الحدود والزواج في الأرض استدلالًا للخلق؛ حتى تُعد ذلك للبهائم، فتُضرب البهائم استدلالًا وإن لم تُكَلَّف؛ سبيلاً إلى تحصيل قضى المكلف..."(2).

وفي هذا السياق يقول الطُوفي الحنبلي: "أجمع العلماء إلّا من لا يعتد به من جماهٍدي الظاهرة، على تحليل الأحكام بالمصالح وكره المفاسد، وأسلهم في ذلك مالك، حيث قال بالمصالح المرسلة؛ وفي الحقيقة لم يختص بها، بل الجميع قالون بها، غير أنّه قال بها أكثر منهم"(3).

(1) الشاطبي، الموافقات 2/6.
(2) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/802-801.
(3) الطوفي، التينين شرح الأربعين 244-244.
المطلب الأول

المصلحة: حقيقتها، وأقسامها، وأنواعها

الفرع الأول

المصلحة حقيقتها لغة واصطلاحاً

• أولاً: تعريف المصلحة لغة:

المصلحة: بمعنى الصلاح؛ وهي واحدة المصالح (1). يقال: رأى الإمام المصلحة في كذا، أي: الصلاح؛ ونظر في مصالح الناس (2).

وكلمة «المصلحة» تدل على أنها تتضمن صلاحًا قويًا؛ ذلك أنها

(1) ابن منظور، لسان العرب 2/ 517، الزبيدي، تاج العروس 6/ 549.
(2) الزبيدي، تاج العروس 3/ 549.
(3) ابن منظور، لسان العرب 2/ 516، الزبيدي، تاج العروس 6/ 547.
(4) ابن منظور، لسان العرب 2/ 516، الزبيدي، تاج العروس 6/ 548.
(5) الزبيدي، تاج العروس 6/ 548.
اشتققت على صيغة "مَفْعُولَة" الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه الاشتقاق، والمكان هنا مُجازي، ونُسِّمَت التُّوَّرُة منزلة الكثرة مجَّارًا، والعلاقة التَّزَوْمُ العُرَفِي بين الكثرة والقَوْءَة؛ يقول العرب:
«وَإِنَّمَا الْعِرْقَةُ لِلْكَاثِرٍ»

وبتنزيل مُقارن المعنى منزلة الحال فيه؛ للمُشابهة مجارًا،
فاجتمع في لفظة "المصلحة" مجاز مُرسَل واستعاره؛ ثم صارت حقيقة غَرَفْية، ومتلها في ذلك "مظنة"، لكنها بالكسر على خلاف القياس.

والأيضلاح: نقيض الاستفساد، واستفسال: نقيض.

ب) الاستفسال هو طلب الصلاح.

ثانياً: تعريف المصلحة اصطلاحاً:
المصلحة ممّا تَبْنَعَت فيها تعريفات العلماء لها وابتلعت، وهي في عمومها دائرة في كلّك واحد، ومَحْوَة على عُرَض مُشترک؛ وهذه التعريفات في غالبها لا تخرج عن الإطار اللغوي للفظة المصلحة، الذي يُفيد حُسن الحال.

التعريف الأول:
"عَرَفَها بعضهم بأنها: "مَلَاعِمَة الطِّبع"."

(1) نعم البت، وهو للإعشي: (ولست بالأكثر منهم حضىÆ وإنّما العزة للكثير). (2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التفتيق 2/111، مقتضى الشرعية الإسلامية 278. (3) ابن منظور، لسان العرب 2/517، الزبيدي، تاج العروس 1/550. (4) ابن عاشور، مقتضى الشرعية الإسلامية 278-279.
ويُلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف فضفاض ليس بمنضبطة البُنية؛ إذ ملاءمة الطْبِع من الأمور التي لا يمكن أن تدخل تحت الانضباط. وعلى ذلك فإنَّ في هذا التعريف بعض الْتَجْوِيز، وكثيراً من التَعميم وعدم الانضباط. غير أنه ممَّا يستحسن في هذا التَّ قريب لمفهوم المصلحة، أنَّها تُساير الطِّبع وتَساوَفُ به الملاءمة وعدم المناورة. ولا شك في أن الطِّبع المُراد هو الطِّبع السَّوي؛ إذ لا اعتبار بهم فِضْد طبقي أو استحال، أو بعبارة أُخرى: إن ملاءمة الطِّبع هي التي تكون عند سَوَى الفَطْرة وسُلطانها، فالفَطْرة أسأس قويم في اعتبار المصلحة أو عَدَم اعتبارها.

التعريف الثاني:

وقد عرَّف الرَّهوني (١) وعضْد اللَّين الإيجي في شرح مختصر ابن الحاَجَب الأصلي وغيرهما (٢) المصلحة بأنَّها: «اللَّدنة، ووسيلةُها». وهذا التعريف يشمل على إفادة أن المصلحة لها مساوَان ورافدان: الأول: اللَّدنة في حد ذاتها، والثاني: الوسائل المُوصلة إليها، فإنها تُعذ مصالح؛ إذ الوسائل لها حكم ما توصل إليه، فوسيلة المصلحة مصلحة، ووسيلة المفسدة مفسدة.

غير أن تعريف المصلحة باللَّدنة مما يَعبَّور به بعض اللَّبد ومعد التَّحقيق؛ لأن اللَّدنة من الأمور الشعوريَّة التي لا ترجع إلى ما

(١) الرَّهوني، تَنَفس المسؤول ٤٩٧.
(٢) الإيجي، شرح مختصر ابن الحاَجَب ٤١٤، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٢٧٨-٢٧٩.
يُضبط لها بحيث لا تلتبس بغيرها من الحقائق.

التعريف الثالث:

قال الغزالي في «المستصفى»: «أمّا المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع ضررة. ولسنا نعني به ذلك؛ فإنّ جلب المنفعة ودفع المضررة مقصودُ الخلق وصلاح الخلق في تحصل مقصدهم؛ لكنّا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشّرع. ومقصود الشّرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم ديتهم، ونفسيهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم؛ فكلٌّ ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلّ ما يُقوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة. وإذا أطلقنا المعنى المُختَلِفُ والمناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس».)

فالغزالي قرّر أنّ معنى المصلحة في الأصل هو جلب المنفعة أو دفع المضررة، ثمّ أضاف أنّ هذا غير مراً له، وإنّما يعني بالمصلحة ما جرّت على وفق مقصود الشّرع ومنهجه في رعى المصلحة واعتبارها.

وعن تعريف الغزالي للمصلحة هو تعريف للمصلحة المعتبرة في الشّرع، وهي أعمّ من مطلقة المصلحة؛ بدليل أنّه قال بعد هذا مباشرة: «وإذا أطلقنا المعنى المُحقّق والمُتّبع في باب القياس أردنا به هذا الجنس» (1)، فتعريف الغزالي إنّما كان للمصلحة

---

(1) الغزالي، المستصفى 1/167-418
(2) الغزالي، المستصفى 1/417-418
المعتد بها، ولم يكن في صِدَادَ بَيَانٍ ماهية المصلحة. والتعريفُ الأوَّل الذي أُورِدَهَ قد يُعْدُ صَالِحًا لِلتعريف المصلحة وحقيقتها، أعني قوله: "أَنَا المصلحة فهي عبارة في الأصل عن: جُلْب مفَتَعة، أو دفع مِضْرَة"(1); على أن نفس المفَتَعة والمِضْرَة تحتاجان إلى بِيَان وتعريف!

التعريف الَّواضع:

وقَعَ للشَّاطِبي في تضايِف تناوْلْه للمصلحة في (المواقف) بعض البيان لِمَفهوم المصلحة في مواضع من كتابه; وقد هذَّب ابن عَوْشَر كلام الشَّاطِبي من تلك المواضع وحِلْصَ إلى تعريف حِسنٍ للمصلحة؛ قال ابن عَوْشَر: "وَعِرّفها الشَّاطِبي في مواضع من كتابه "عنوان التعريف" بما يَتَحْصَّل منه بعد تَهذِيب أَنّهَا:

ما يؤثِر صَلاحًا أو مَفَتَعة للْتَّائِم عُموميّة أو خِصوصيّة، ومَلاءمة قَارِةً في التُّمُوس في قِيَامِ الحَيَاة"(2).

وَهَذَا التَّعريف جَعَل المصلحة بمعنى المفَتَعة، سواء أكانت المصلحة متعلقة بعَمومَ النّاس أو بخصوْصِهم، فكلٌّ منها مصلحة في الاصطلاح. ثم إنّه قَرَّرَ كُون هذه المصلحة مما لا تَتَناَفِر إلى التُّمُوس، بل يجب أن تكون منها على مَلاءمة ومُواتاة. وبعد ذلك قَيِّد المصلحة بكونها مُخصصةً بِقِيَامِ الحياة.

(1) الغزالي، المستغني 17/417.
(2) ابن عَوْشَر، مقدِّس الشريعة الإسلامية 278، وانظر المواقف: 2/25، 37/27-29.
وقال ابن عاشور معلقًا على هذا التَّعريف: «وهو أقرب التَّعاريف السَّابقة على تعريفنا؛ ولَكِنْه غير منضبط» (١). وَعَدَمَ الانضباط هذا الذي أشار إليه الشَّيخ رحمه الله، قد يرجع إلى أن الأمر قد يكون فيه نفع ولكن يُقابله ضرر أكثر منه؛ وهذا ليس من المصالح؛ غير أن هذا التَّعريف ممّا يشمل هذه الصورة؛ وهذا ما يَفسَّر تعقيب ابن عاشور، ولهذا نجد الشَّيخ لمَّا جاء إلى تعريف المصلحة قال: «وصف للفعل يحضّ به الصلاح، أي النَّفع منه دائمًا أو غالباً...» فجعل المصلحة ما كان فيها نفع دائم أو نفع راجح في غالب الأحوال، وليس بين تعريف ابن عاشور وبين ما هلَّمه من تعريف الشاطبي إلا هذا الملحظ.

التعريف الخامس:

قال ابن عاشور: «ويظهر لي أن نعرفها بأنها: وصف للفعل يحضّ به الصلاح، أي النَّفع منه دائمًا أو غالباً، للجمهور، أو للآحاد» (٢).

فَسَرِ الشَّيخ في هذا التَّعريف المصلحة بأُنْفَعْ،
ثم جعل المصلحة نوعين: مصلحة خالصة لا شَوب فيها لمفسدة في مُقاتلتها؛ ومصلحة راجحة على ما قارنها من مفسدة أو لحقتها؛ فقوله: « دائمًا » يَشير إلى المصلحة الخليصة والمُفردة، وقوله: «أو غالبًا » يَشير إلى المصلحة الراجحة في غالب

(١) ابن عاشور، مçasيد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.
(٢) ابن عاشور، مçasيد الشريعة الإسلامية ٢٧٨.
الأحوال(1)). واستكمالاً لحقيقة المصلحة ومضمونها قرر أن
المصلحة قد تتعلق بالجمهور من الناس فتكون عامية، وقد تختصّ
بالآحاد فتكون خاصة؛ وذلك قوله: «الجمهور أو الآحاد»(2).
والذي أخلص إليه بعد عرض تعريفات بعض العلماء للمصلحة
أن المصلحة هي: "وصف الفعل يحصل به النفع الملائم للمفسر:
جلبًا أو كفعًا، دائماً أو غالبًا، للجمهور أو للآحاد".
وغير خافي أن هذا التعريف الذي اخترته هو تعريف ابن عاشور
المتقدم؛ مع زيادة في بيان جهة النفع الحاصل، فالتعت لا يقتصر
فقط على جهة الجلب، بل إن النفع كذلك ممّا يشمل دفع الضّرر،
فمن دفع الضّرر عن غيره أو عن نفسه، فهو نافع لغيره أو لنفسه.
كما أتّي أضيفت لتعريف ابن عاشور كون المنفعة المعبرة هي
المنفعة التي تساق الفطر السليمة وثلاث التحائر القوية؛ إذ قد
يعد بعض ممّوسى الجبلة بعض المضارّ البينة مصالح صرفة.
ثالثاً: مرايضات المصلحة والأنفاظ ذات الصلة بها:
يُجري في إطلاق العلماء من المتقّدين والمتأخرين أنفاظ
ذات صلة بالمصلحة وسبب منها، وقد تتبّعت إطلاقهم فتحصل
لي من ذلك ما يلي:
أولاً: المفسدة:
أول المصطلحات المُصيّدة بالمصلحة لفظ "المفسدة"؛ وهي

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 278.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 278.
علي الصندوق الفكשותة، وفي المقابلة لها فعّكشار المصلحة مفسدةً، وضّع المفسدة مصلحةً؛ وعليه فإن درء المفسدة وما يتعلق به هو من صميم المصلحة، وفي الصلب منها. وفي هذا يقول الشيخ ابن عاشور: "مرجع المنساب والإنسانة للمصلحة والمفسدة، وذلك مرجع التشريع، وما دفع المفسدة إلا مصلحة، فمرجع الجميع المصلحة (1)".

وبناءً على ما تقدم من تعريف المصلحة، يُمكن أن تأمل منه تعريفاً للمفسدة؛ فالمفسدة هي: "وصفت للفعال يحصل به الضمر المنافر للنظر: دائماً أو غالبًا، للجمهور أو للآحاد".

وعرف ابن عاشور المفسدة بقوله: "المفسدة ما في وجودة قساد وضمر، وليس في تركه نفع زائد على السلامة من ضرره (2)".

ثانياً: الخير والشر:
ليس خافياً أن مصاص المصلحة وليها هو الخير، والمرء الذي يسعى إلى استغلال الخير لنفسه أو لغيره هو ساع في تحصيل مصلحته أو مصلحة غيره؛ لذا فالناصرين في كلام الأئمة يلحظ أنهم يخلعون على معنى المصلحة في كثير من مقامات الخطاب لفظة الخير، وفي المقابل يعنون المفسدة بالشر.

ومن مثل ذلك ما ورد في حديث حنيفة: "كان الناس يسألون رسول الله ﷺ عن الخير، وكتب أسئلة عن الشر مخافة أن يُ كبت".

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح، على شرح التفتاح 2/161.
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح، 192/1.
يُبَرِّكُهُمُ اللَّهُۖ(١).  
وَمِنْ هَذَا الْقَبْيلَ مَا جَاءَ فِي قُولِ عُمَّرٍ لَّا بَعْرَ مَعْلُوَمٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْهُمَّ  
فِي جَمِيعِ الْقُرْآنِ، حَكَّا: قَالَ: اِنَّهُ وَاللَّهِ حَيٌّ، أَيْ جَمعَهُ فِي  
mُصْحَفٍ(٢); فَجَمَّعَ الْمَصْحَفِ وَإِنْ لمْ يَكُنْ قَدْ فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ  
فَإِنَّ فِيهِ خَيْرٌ عَظِيمٌ، وَمُصْلِحَةٌ جَلِيلَةٌ فِي حَفْظِ الْذِينِ وَضُوْنَهُمُ.  
ثُلَاثاً: المَنْفَعَةِ  
عَرِفَ غَيْرٌ وَاحِدٌ مِنَ الْعُلُوْمَاءِ كَالْغَزْنِيِّ وَإِنَّ عَاشُورَ المَصْلِحَةَ  
بَأَنْهَا النَّفْعُ وَالْمَنْفَعَةُ. وَعَلَى هَذَا، فَإِنَّ الْمَنْفَعَةِ تُعْدُّ مِنْ مَرَافِعَةِ  
mُصْلِحَةِ الَّتِي تُحْلِّى مَعَهَا، وَتُحْكَبُ مَثَلُ وُجُوهِهَا.  
رابعاً: اللَّنَّةِ  
تَقْدِمَ تَعِيْنُ الرَّهْوُنِيَّةَ وَالْعَضْدَ الْإِيْجِيَّ لِلْمَصْلِحَةِ بَأَنْهَا اللَّنَّةُ  
وَوَسُعُّتْهَا.  
خامساً: الْضَّرْرُ:  
وَتَعْلِيْقُ الْضَّرْرُ بِالْمَصْلِحَةِ كَتَعْلِيْقِ الْمُفَسَّدَةِ بِالْمَصْلِحَةِ؛ لَانَّ حَقِيقَةَ  
الْضَّرْرِ هِيَ الْمُفَسَّدَةُ؛ لَنْ كُلْ كُلْ تَعْلَيْقُ الْمُفَسَّدَةُ بَأَنْهَا الْضَّرْرُ، كَمَا مِرَّ  
قَرِيبًا. وَنَسْلِيْهُ الْضَّرْرُ وَالْمُفَسَّدَةُ بِالْمَصْلِحَةِ إِنْمَا يَتَعْلِيْقُ بِالجَانِبِ  
(١) ابن عاشور، مفاتيح الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواد البحاري في  
صحيحه، كتاب المناقب، باب: علامات البوة في الإسلام، رقم ٣٦٠٦، ومسلم  
في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: وحروب ملأ جعامة المسلمين، رقم ١٤٧٠.  
(٢) ابن عاشور، مفاتيح الشريعة الإسلامية ٢٨٩. والحديث رواد البحاري في  
صحيحه، كتاب التفسير، باب: قوله: "لَمْ يَكُنْ بَيْنَ أَيْمَانِكُمْ رَسُولُ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا"،  
رقم ٤٧٩.
العلمي؛ أعني أن نقي الصار والمفسدة ورقعها وتلاقعها - وهذا جانب علمني - هو المصلحة.
ولا يستبين معنى المصالح المرسلة حق البيان، ولا يتجلى مضمونها حق التجلّي، إلا إذا بحثت المصالح بأنواعها وأقسامها؛
وهذا ما ستأتي عليه الدراسة بالبسط والبيان في الفرع الآتي.

* * *
الفرع الثاني

المصلحة: أقسامها وأنواعها

تُعد أنواع المصالح وأقسامها بحسب الاعتبار الذي ينظر به إليها، وعلى هذا فإن المصالح تنقسم أقساما باعتبارات مُختلفة، والذّي يُعينا في هذا البحث اعتباران لهما بالمصالح المرسلة ومباحثها علاقة وصيلة:

الاعتبار الأول: المصالح باعتبار قوّتها في ذاتها.

الاعتبار الثاني: المصالح باعتبار شهادة السُرّع لها بالاعتبار أو الإلغاء أو السّكوت.

التقسيم الأول: تقسيم المصالح باعتبار قوّتها في ذاتها(۱):

- تقسيم المصالح باعتبار قوّتها في ذاتها ثلاثة أقسام: ضروريّة، وحاجية، وتحسيبيّة(۲).

أوّلا: المصالح الضروريّة: هي التي لا بُدّ منها في قيام مصالح الدين

(۱) وَعَبَرَ ابن عاشور على هذا الاعتبار بأنه: "باعتبار آثارها في قوام الأمّة«، وهي من تعبيرات ابن عاشور الرشيقة. مِقاصد الشريعة ۳۰۰، ومنهم من يُعتبر عن هذا الاعتبار بأنه تقسيم "باعتبار رتبة المصلحة التي يتضمّنها«، حاشية التصحيح والتوضيح ۲/۱۶۱، أو باعتبار المقصود نفسه. الراهوني، مِقاصد المسؤول ۴/۱۰۲.

(۲) الشاطبي، المواقيطات ۲/۸، القرافي، شرح تحقّق الفصول ۳۹۱، الراهوني، مِقاصد المسؤول ۴/۱۰۴-۱۰۵، ابن رشيق، لباب المحلول ۴/۴۵۵.
والدنيا، بحيث لو فقدت وفانت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة؛ بل على فساد وتهارج وقوب حياة، وفي الأخرى قوت النجاة والتغيم، والرُجوع بالحُشران المبين؛ كما يقول الشاطبي (1).
فالمصالح الضرورية تكون الأمَّة بجميعها وآبائها في اتباع ضروريًّا إلى تحقيقها واجتلابها، بحيث لا يستقيم النظام ولا يسكن باختلايلها وانحرامها (2). فالضروريّات ترجع إلى إقامة النظام الأصلي لنوع الإنسان، والذي به يمتاز حاله عن أحوال أنواع جنّيه امتيازًا أوثانًا (3).
ولا يزداد من الفساد والتهارج وقت حياة: الهلاك العام الذي يأتي على أصل الوجود؛ بل السراغ أن في فقدان هذه المصالح الضروريّة إنسلاخ الأمَّة عن الحياة التي أرادها الله لها، وتَشَرَّط بذلك في سلوك الحيوانية البهيميّة؛ وفي هذا يقول ابن عاشور: «ولست أعني باختلايل نظام الأمَّة هلاكها واضححلالها؛ لأن هذا قد سلمت منه أغرق الأمَّم في الوثنيّة والمهمجية، ولكنني أعني به أن تصير أحوال الأمَّة شبيهة بأحوال الأنعام، بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها. وقد يُفضي بعض ذلك الاختلاس إلى الاضمحلال الآجل بتفاني بعضها بعض، أو تسلط العدوّ عليها إذا (4).

(1) الشاطبي، المواقف 2/8، ابن عاشور، مقتضى الشريعة 3/106، الهرودي، تحقّفة المسؤل 4/102.
(2) ابن عاشور، مقتضى الشريعة 3/106.
(3) ابن عاشور، حاشية التوضيح 2/111.
كانت بمرَضَي من الأمم المُعاادية لها أو الطامة في الاستياء عليها،
كما أوشكت حالة العرب في الجاهلية على ذلك"(1).
وتمتحو ضروريات خمسة: حفظ الدين، والنفس، والمال، والعقل (2).
وحفظ هذه ضروريات يكون من حيثين:
الأولى: حفظها من جهة الوجود، وذلك بما يُقيِم أركانها،
ويتَبَعُّ قواعدَها.
الثانية: من جانب العدَّم، وذلك بما يُدرّا عنها الاختلافل الواقِع
أو المتوقع فيها (3).
وتحتَويل المصالح الضروريَّة واجتناب ما يخرِجُها أو يَغوَثُها،
mمَّا زُكِّر في الطُّباع، وعَرَز في النَّهادِر؛ فَلست تجد أمنًا من الأمم
المتمسَّنة إلا وهي ذاهبة في مصالحها إلى تحصيل هذه
الضروريَّات، والحيثة لها من الانخراط وال.FloatField
شراجُه هذه الأمم إنما هو في الوسائل التي تُحْصِل هذه
الضروريات، وتحفَظُها من الانخراط (4).
ثانيا: المصالح الحاجيت.
المصالح الحاجيت في الرتبة الثانية للمصالح الضروريَّة، ولتَن (1) ابن عاشور، مقصود الشريعة 300.
(2) الشاطبي، المواقفات 38/1، القرافي، شرح تقييم الفصول 391، الرهوني، نافحة
المؤسِّس 2/1041، العلوي، نشر البند 7/1041.
(3) الشاطبي، المواقفات 2/98.
(4) ابن عاشور، مقصود الشريعة 306.
كانت المصالح الضرورية ممّا ينتهج عنها من اختراعها وقواتها خراب النظام وعدم استقامته، فإنّ المصالح الحاجيّة هي المصالح التي ينتهج عنها التوسعة ورفع الحرج والضيق؛ فهي مصالح تقوم بأصل السماحة واللّيّسر، وترفع متعلقات الضيق والحرج والعصر(1).

قال ابن عاشور: «وأما الحاجي: فهو الذي به قوام النظام المدني، الذي يمتاز المنتصمون به عن الّباقات السائنة من نوعه، أي الذي يخرج الإنسان عن الوثاشية إلى كونه مدنيًا مؤلفًا من شعوب وقبائل وعائلات، وهذا كالبيع والإجارة واشتراط العدالة، فإنّه لو فرضنا أحداثه لاستقام التّوّج في الجملة، باعتماد كلّ على نفسه في جلب ما يلزمته من دواعي الحياة البسيطة؛ ولكنه يفيق النظام المدني المبني على التعاون والتكافل في أصناف المنافع(2).

ثالثا: المصالح التحسيسية:

والمصالح التحسيسية هي المصالح التي ترجع إلى تحسين وجو الأمة وتزيينها بكرم الأخلاق، وتثليثها بمحاسن الأدب، واصطبابها بفاضل الخلاص، ومزاولة المبتكّرات والمصنّعات التي تنافر الطّباع؛ فهي تزّين المدنيّة وتتكملها في أنسى مظاهرها وأجلي معارضها(3)؛ قال ابن عاشور: «المصالح التحسيسية هيعندي ما

(1) الشاطبي، المواقف 2/ 110-111.
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التفّيّج 2/ 161.
(3) الشاطبي، المواقف 2/ 110-111، القرافي، شرح تفّيّج الفصول 391، الهروني، تحفة المسؤول 4/ 104، العلوي، نشر البناء 112، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التفّيّج 2/ 161.
كان بها كِمالُ الأمَّة في نظامها، حتى تعيش آمنة مطمئنة، ولها
بِهجة منظَّر المجتمع في مَرَأى بَقِيَّة الأمّم، حتى تكون الأمّة الإسلاميَّة مَرْغوبًا في الانضمام فيها، أو في التَّّقُرب منها»(1). مثال ذلك: باب الظَّهارات كلها، وسَرُّ العُزْوَا، وآداب الأكل والشُّرب، ومُجَانِبة المآكل التَّجاسات، والمشارب المستخِبَات، وكالممنع من بيع التَّجاسات وقضي الماء والكلؤ، واستياف المرأة مَنْصَبّ الإمارة وإنكاح نفسها، وأبوب مكارم الأخلاقي والمرؤوت كلها داخلة في هذه الرَّبَّة من المصالح(2).

التقسيم الثاني: تقسيم المصلحة باعتبار شهادة الشرع لها بالاعتبار

أو الِإِلْغَاء أو السكوت:

وتُقَسَّم المصلحة باعتبار شهادة الشّرع لها بالنِّياب أو الِإِلْغَاء أو السكوت، ثلاثة أقسام:

القسم الأوَّل: المصلحة التي شَهِدَ لها الشرع بالاعتبار.

وهذه المصلحة مَقْبَولَة ولا إِشْكَالٌ في صحبتها والاعتداد بها، ولا خِلاف في إعمالها؛ إلَّا عَدّ ذلك مُناَقضَة للشريعة ومخالفة لها(3).

كَحْجَمِ القِصَاص، إنّما شَرَعَه السَّارِع لمصلحة حفظ التنفوس

(1) ابن عاشور، مقتضى الشريعة الإسلامية 307.
(2) الشاطبي، المواقف 11، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التقيق 2/111.
(3) الشاطبي، الاحصان 3/8، القرافي، شرح تنفيذ الفصول 393، 446، الغزالي، المستصفى 1/415، أبو حفص الناقي، شرح لامية الزرقاء: المَلِمزة 35، ص 5.
والإطراف ١).

وحاصلٌ هذه المصلحة يرجع إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع، ومثاله: الحكم بأن الله كل ما أسوَّر من مشروبات أو مأكول فيحرم، قياساً على الخمر؛ لأنها جرمت لحفظ العقل الذي هو مَناظ التكليف، فتحرير الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة ٢).

القسم الثاني: المصلحة التي شهد الشرعي ببلغائها وإبطالها وعدم الاعتداد بها. وهذه المصلحة مَلَغاة غير معترف، فلا يعمَل على مقتضاهما، ولا يبني على أساسها حكم من الأحكام؛ لأن الشرع نفسه ألغى هذه المصلحة ولم يعتبرها، وذلك دليل على وجوه انتِراجها، ولزوم مُجابتها ٣).

ومثل لهذا القسم يقول بعض العلماء من المذهب المالكي لبعض الملك لَم يَتَجَغَّع في نهار رمضان: إن عليك صوم شهرين متباهين. فلما أُنقِر عليه حيث لم يقتله بمنهذ مالك في التخير بين خُصائِص الكفارة، قال: لَو أمرت بهذاك لسهَّل عليه، واستحقَّ إعتاق رقبة في جنوب قضاء شهريه، فكانت المصلحة في إجاب...

(1) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤، الغزالي، المستصفى ١٧٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٤٥٤-
(2) الغزالي، المستصفى ١٠٦/٤١٥.
(3) الشافعي، الاعتقام ٣/٨، القرافي، شرح تنقيح الفصول ٣٩٣، رشيق، لباب المحصول ٢/٤٥٤.
الصوم لينصرّ به(١).
قال الشاطبي: "هذا المعنى مُناسبٌ، لأنّ الكفارة مقصود السعر من الزجر، والمُلك لا يُجزيه الإعياع، ويُجزيه الصيام"(٢).
وقد ردت هذه الفتيّة وعُدت باطلة لوجوه:
١- لأن العلماء في مسألة كفّارة الإفطار في رمضان بين قائلين:
قائلٌ بالتبخير، وقائلٌ بالترتيب، فيُقدم الحنّى على الصيام. وعليه،
فتقدمُ الصيام بالنسبة إلى الغني دون غيره مذحج لا قائل به(٣).
٢- وفتح هذا الباب مما يؤدى إلى تغيير جميع حدود الشرائع
وخصوصها، بسبب تغيير الأحوال(٤).
٣- ثمّ إن عُلِّم ذلك من صنيع العلماء انتُقمت ثقة الملكوك
بقتاهم، وكانوا في ريبة من أمرهم، وحسبوا أنّ ما يُرُدّون به ما هو

(١) الغزالي، المستصفي/٤١٥، الشاطبي، الاعتصام ٣/٨٨، ابن شيخ، لباب
المحول/٢٤٤، أبو حفص الفاسي. شرح أمية الزقاق: المالة ٣/٥.
قال أبو حفص الفاسي: "المعتق بذلٌ هو الإمام يحيى بن يحيى الليثي المغربي
الأندلسي صاحب الإمام مالك وإمام أهل الأندلس، والملك الذي أفاده هو صاحب
الأندلس عبد الرحمن بن الحكم الأموي المعروف بالمرتضى". وانظر: الفواكه
الدولي للفراوي/١٣، وحاشية الدسوقي/١٠٠. وانظر نافذ الأصول
للقرافي/٨٤٠، وذكر القصة النهائية في سير أعلام النبلاء [١٠/١] وتاريخ
الإسلام [١٤/٤٥٠/١]، وصُدرّها لقوله: "وقبل". وانظر القصة كذلك في [وفيات
الأعيان/٢٤٥: قال: وحكى أحمد بن أبي الفياض في كتابه]. وذكر الشاطبي
مصدرها عن ابن بشكوال [الاعتصام/٣/١١].
(٢) الشاطبي، الاعتصام ٣/٩.
(٣) الشاطبي، الاعتصام ٣/١٠٠.
(٤) الغزالي، المستصفي/٤١٦، شفاء الغليل ٢١٩٠.
إنّ تحريفًا من جهتهم بالرأي (1). ويتَسُمّه من هذا: أنّ المصلحة التي اعتُبرها يحيى بن يحيى مصلحة مُلغَاة ولاستمتزج، فلا يُعوّل عليها. قال الشاطبي: "فإنّ صح هذا عن يحيى بن يحيى المَصْلَحَة، وكان كلامَه على ظاهره، كان مُخالَفًا للإجماع" (2).

(1) الغزالي، المستصفى ١/٤١٦، شفاه الغليل ٢٢١-٢٢٢.
(2) الشاطبي، الاعتدام ٣/١١. هذا، ولم يَسْلُم بعض المالكية الادْرَاج أن يحيى بن يحيى في هذا القسم؛ قال أبو حفص الغلاسي: "وليست فتوى هذه من قَبْل هذا القسم، ولا مخالفة فيها لنص الكتاب؛ إذ لا نص في الكتاب على كفارة الصيام، ومثلّغ أبي الغزالي- لهذا القسم يجيب صيام شهرين متتابعين إبتداءً قبل العجز عن الاحتفال في كفارة الظهر. قلت: فيه نظر؛ إذ لم يشهد بإلغاء هذه المصلحة أصلًا مُعْنىً على جهة الخخصوصية، ولا أغْلى في الظهر من قَبْل العام، فصحيح أنّهُخص بالاستصال، كما ذَكَر الشاطبي في "المواقف" فلا عن الإمام مالك". ثمّ بين أن الغزالي ناقض كلامه؛ إذ جعل قتل المسلمين إذا تّرزَع بهم العذر، في محل الإجهاض؛ وذلك يخص بالصلحة مقاتلة العجز ودفع ضربهم على المسلمين. غمٌم قولي تعالى: "فإن يَفْتَرُ مَوْمِعًا مَعْتَمِدًا" (النساء: ٩٣). ثمّ قال الغلاسي: "وهي يَتَّبِع ذلك أن لا كرك على من أتى الملك بما ذكر، ولو في مسألة الظهر؛ حيث كان إماما محتدًا يزّى تخصيص العام بالاستصال؛ كما يَتَّبِع عن الإمام مالك". أبو حفص الغلاسي، شرح لامنة الزفاق، المَلِمة ٣٥، ص ٥-٦.
وقال في الفوائد النّوان: "قال القرافي ما معناه: إنّ الكُبَّارات شرَّعّت للرَّجُل، والملوك لا تنجز بالاحتفال، لسهولة عليهم، فتعين ما هو زاحف لهم، وهذا من النظر في المصلحة ولا تأبه القواعد، ولعله غير منافي للتحثير، لإمكان حمل التخير على قُدّس المعين لنوع منها. هذا مُتَسْحَر كلام القرافي". النفوذي، الفوائد الدواني ١/١٣، وانظر كلام القرافي في "مقاصد الأصول". تبع القرافي على ذلك الطوقي الحنفي في شرح مختصر الوضية (٣/٢٢١)، قال: "أما تعيين الصوم في كفارة رمضان على الموسر، فليس يُغذ إذا أدى إليه اجتهاد مُجْهِد".
وَمِثَالُ الْقَرَافِئِ لِهذَا الْقَسْمِ بِالْمَنِيعِ مِنْ زِراعةِ الْأَنْبَتْ؛ لَأَنَّهُ مَصْلِحَةً
لِإِفْتِائِهِ لْعَلَمِ الْخَمرِ.

القَسْمُ الثَّالثُ:ِ المَصْلِحَةُ الَّتِي لَمْ يَشْهِدَ الْشَّرِيعَ لِهَا بِالْاعْتِبارِ وَلَا
بالإِلْغَاءِ، فَهِي مَصْلِحَةٌ مُسْكَرَّتُ مِنْهَا. وَالسُّلُكُّ بِالْاعْتِبارِ فِي هَذِهِ
الْتَّقْسِيمِ هُوَ الْاعْتِبارُ الْخاصُّ، أي لَمْ تُقَدِّمَ شَواهِدٌ خاصَّةً بِالْاعْتِبارِ هَذِهِ
المَصْلِحَة.

وَهَذَا الْقَسْمُ عَلَى تَأْوِيْلٍ:
الأُولُ: انتِفاءَ اعْتِبارِ الْشَّرِيعِ لِلْمَصْلِحَةِ وَإِلْغَاءِهِ لِهَا بِالْاعْتِبارِ
الخاصِّ مِنْهُوَ الْعَالَمِ. وَيَمْثَلُونُ لِهذَا الْبُرُوعُ مِنْ المَصْلِحَةِ بِمَثَالِ
الْعَلَايِضِيِّ، وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ فَرْضَنَا أَنَّهُ لَمْ يَبْدِنِّ نَصُّ بِمَنْعِ الْقُتْلِ لِلمِّيْرَاتِ,
فَإِنَّ الْمَعَالَةَ بِنِيَاهِي الْمَقْصُودُ عِلْلَا لَا عَهْدَ بِهَا فِي تَصَرُّفَاتِ الْشَّرِيعِ
بِالْقَرْضِ، وَلَا هِيَ تَلْمِيْيٌ تَصَرُّفٌ الْشَّرِيعِ، بِهِ بَعْدَ الْيُوجُدُ لِهَا جَنْسٌ
مُعَتَّرِي. وَحُكُمُ هذَا الْبُرُوعُ مِنْ المَصْلِحَةِ أَنَّهُ لَا يُقَدِّمُ الْتَعْلِيلُ بِهَا، وَلَا
بِنَاءَ الْحُكُمِ عَلَيْهَا بِالْعَايَا؛ وَمِثْلُ هَذَا مِنْ قَرِيبِ التَّشْريعِ المِبْتَدَأِ الَّذِي

= وليس ذلك من باب وضع الشروع بالرأي، بل هو من باب الاجتهاد بحسب
المصلحة، أو من باب تعصيص العام المستفاد من ترك الاستفصال في حديث
الأعرابي، وهو عامًا ضيعته في بعض هذا الاجتهاد المصالفي المناصب، وتعصيص
العموم مثيرًا مغيبًا. وقد فَرَّقَ الشروع بين الغني والفقر في غير موَضِع، فليسَ هذا
من تلك الموجودين. وقال ابن العربي في الاستشفاء مثقبًا الجويني: «خفي عنه
مذهب مالك أن كتارة الإفطار على التخدير». [مطاف النمام ص ١٨١].
(١) القرافي، شرح تقييم الفصول ١٩٣٤، ٤٤، نفائس الأصول ٩/٢٧٠، أَوْ حَفَص
الفاسي، شرح لواء الزرقان: المزيلة ٣٥، ص ٤.
لا أساس له من الشارع.

النوع الثاني: أن تلاحم هذه المصلحة تصرفاتها الشارع، وذلك بأنّ

يُوجَد لهذا المعنى جنس اعتبار الشارع في الجملة بغير دليل معيّنٍ.

وهذا هو الاستدلال المرسل، المعيّن بالمصالح المرسلة (٦).

قال أبو حفص الفاسي: ".. ما لم يشهد له بالاعتبار ولا
بالإلغاء أصل معيّن، وهذا هو المرسل، وربّط الحُكم به يسمى

استصالحا واستدلالا. قال الأبباري: "الاستدلال عبارة عن ربط

الحكم بالمعنى المتناوب الذي لايستنب لأصلي معيّن" (٧).

وعلى هذا، فالمصلاحة المرسلة أخصّ من مُطلق المصلحة؛ لأنّ

مُطلق المصلحة قد تُلمعى، وقد ينصل على اعتبارها أصل معيّن، وقد

تكون مسكونًا عنها ولا شاهد لها بالاعتبار الخاص والعام. وعلى، فإنّ

المصلاحة المرسلة أخصّ من مُطلق المصلحة؛ لأنّ المرسلة مصلحة بقيّر

السُكت عنها تعنيّ، مع اعتبار الشارع لها اعتبارًا عالمًا (٨).

و"المرسلة" في اللّغة مأخوذة من الإرسال، يقال: أرسل النبيّ

أو أطلّقه وأهمِله (٩)، ومنه قولُهم: فرس مُرسل، أي: مُطلق.

قال الله تعالى: "أَرْسِلْنَا أَرْسَلَتْنَا السُّكُوتُ عَلَى الْكُفَّارِ تُوْهُمْ أَنَّا أَرْسَلْنَا الرَّسُولَ" (١٠).

(1) الشاطبي، الاعتصام ٢٢٣/٣، الغزالي، شفاء الغليل، ١٨٩.
(2) الشاطبي، الاعتصام ٢٢٣/٣، ١٨٩.
(3) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الوقائع، المجلة ٣٥، ص ٤-٥، وقد نقل هذا النص
عن أبي حفص الفاسي علّان الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.
(4) القروي، شرح تفسير الفصول ٣٩٤.
(5) ابن منظور، لسان العرب ١٢٨٥/١١، الزبيدي، تاج العروس، ٢٤٤/١١، ١٤١.
قال أبو العباس: وإرساله الشياطين على الكافرين: تخلقته وإياهم، كما تقول: كان لي طائر فأرسلته، أي: خلقته وأطلقته(1).

قال الزيدية: «وقيل: الإرسال هنا: الإطلاق والتحليقة، ويهقَّر أبو العباس الآية. والإرسال أيضًا: الإهمال، وهو قريبٌ بين الإطلاق والتحليقة(2).

ومتعلق الإرسال في «المصالح المرسلة» هو اعتبار الشارع والغاؤه للمصالح.


قال ابن عاشور: «ومعنى كونها مرسلة: أن الشريعة أرسلتها، فلم يبتها حكماً معيّناً، ولا يللفي في الشريعة لها نظير معين له حكم شرعيٌّ فتقتس هي عليه. فهي إذن كالمورس المرسل غير المعيّد(3).»

(1) ابن منظور، لسان العرب ١٦٨٥/٤، قال الزجاج: في قوله: «أرسلنا» وجهان:
أحدهما: أنّا خلِّلنا الشياطين وإياهم، فلم تحتصمون من القبول منهم.

(2) الزينبي، تاج العروس ٣٤٤.

(3) ابن عاشور، مقدمة الشريعة الإسلامية ٣٠٩، العلوي، نشر البند ١٢٠ /٤.
المطلب الثاني

المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحا في المذهب المالكي

كان لأهل الأصول عنايةً بتعريف «المصالح المرسلة» وجلاء مضمونها؟ وسأسوق في هذا المقام ما وجّه عليه من تعريفات للمالكيين، وتعريباً لمفهوم المصالح المرسلة، لاستخلاص من ذلك كلٌّ مفهوماً واضحًا للمصالح المرسلة لذا عُلماً المذهب المالكي:

التعريف الأول:

قال القاضي ابن العريجى: "..المصلحة وهو كلٌّ معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليفة"\(^{1}\).

وتعريف القاضي ابن العربي هو من أجواد التعريفات للمصلحة، وألقناها إلى خطيتها.

والذي يلوح للناظر في تعريفه، أن المصلحة التي يستيد إليها ماليك والتي غزى له التفرّد بها -كما حكاه ابن العربي عنه في سياق تعريفه للمصلحة- هي المصلحة التي قامت باعتبارها القواعد العامة في الشريعة، وهو ما عبر عنه ابن العربي بـ "قانون الشريعة". كما أن مركّزات هذا التّعريف كون المصلحة ممّا

---

\(^{1}\) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 779/2.
يُعمَّل الخلق الانتفاع بها، فليست من المصالح الخاصة أو الفردية؟

وهذا قول ابن العربي: «وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة».

التعريف الثاني:

قال ابن رشيد الحفيد: عن القياس المرسل (2) «وهو الذي ليس

له أصل معيين تستفيد إليه» (3).

الذي يؤخذ من هذا الإيضاح والتقريب لمعنى القياس المرسل,

أن الشرع لم يشهد لهذه المصلحة بأصل معين. غير أن ابن رشيد الحفيد لم يبين في هذا الموضوع هل كان لهذه المصلحة ما تستنذ

إليه من أجنس المصالح العامة في الشرع، أم لا، ووجود لهذا النوع

من الاستناد؟ إلا أنه أبان عن الأمر في موضوع آخر من "بداية

المجتهد"؛ قال:

"القياس المرسل: وهو الذي لا يستند إلى أصول متصوص عليه

في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه؛ ومالك رحمه الله

يُعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول متصوص عليها" (4). فأوَّلما فضح كلامه أنه وإن لم يكن لهذه المصلحة أصل متصوص

عليه، فإن هذه المصلحة مما يعقل كونها من المصالح الشرعية.

(1) إذا أطلق المالكية في كتبهم "ابن رشد«، فإنما يعنون به الجد صاحب "البيان

والتحصيل"، وإذا أرادوا "الحفيد" صاحب "بداية المجتهد«، فيه».

(2) والقياس المرسل هو الاستدلال المرسل؛ كما سيجيء بيانه في الألفاظ المرادفة

للمصالح المرسلة.

(3) ابن رشيد، بداية المجتهد 3/38.

(4) ابن رشيد، بداية المجتهد 1/35.
وذلك بأنَّ يَجِيرَ بها قانون الشَّرع، كما هو في عبارة ابنِ الأبياري.

التعريف الثالث:

وعَرَفَ ابنُ عاشور المصلحة المرسلة بقوله: "الْوُضُّف المُنَاسِبِ
لَتَعْلِمُهُنَّ غَيرَ مُسْتَنِدٍ إِلَى أَصِلٍ مَعْيِنٍ فِي الشَّرِيعَ، بِلِ المصلحة
العامة المُلَازِمة في نَظَر العقَل قَبْلًا أو ظَنًا قَرِيبًا مَنَهُ"(1).

وقد غُنِيَ الأبياري رحمة الله في "شرح البرهان" بمبحث
المصالح المرسلة أتمّ العناية، وخصوصاً ببارع الأبحاث وآتى
التحقيقات؛ لما صادفه من إمام الحرومين في هذا المبحث من حَكَّ
على المالكية وإمامهم، وكون المسألة من الأصول الكُلية التي كان
للملائيّة البدْلُ الظَلْلُوي في اعتبارها والاستماساك بها في المُروج
الفقهيّة؛ فجاء منه هذا التّهمَّمُ والاعتناء؛ فأفاد وأجاد; رحمة الله.

أما عن تعريفه هذا، فهو من أجمل التّعريفات وأدناها إلى حقيقة
المصالح المرسلة، فهي وَضْفٌ مُنَاسِب مَلَأً لِلْحُكْم لَا سَدَّ له من
الأصول المعيّنة في الشَّريع، وإنما هي مَصلحة ترجع إلى لُزومها
عقلاً بالقطع أو الْظَن القريب منه مع كونها مَصلحة عامّة؛ ومعنى
لُزومها في نَظَر العقل: أنها معقولَة المعني ليست على التّعبُد الذي
لا عَلَّة فيها على التّفصيل؛ لذلك عَقَبَ ابنُ عاشور بآثر هذا

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التقيق 2/169/21/22.

عَرَفَ ابنُ عاشور في الموضوع الأوّل إلى الأبياري، قال: "وَعَرَفَه فِي الموضع الثاني، "وضَارِب مَعْيِن المصلحة المُرَسَّلة عَنْدَنَا،
حَسَب ما يُسْتَخْلَص من عبارات علمائنا..."، فالظاهر أنَّ ما عَرَفَه للأبياري مأخوذ
من مضمون كلامه.
التّعريف بقوله: "فقد ذلك لا تدخُل التّعبُدات على التّحقيق، وهو
مُختار مناخي في "المواقاتات"(1)
والملصة عامة الوردة في التّعريف هي المصلحة العائدة
بالمنفعة على عَموم النّاس، كالذي مرَ في تعريف ابن العربيّ.
تعريف الرابع:
قال القرافي: "المصلحة التي لا يُشهد الشرع باعتبارها ولا
بِإلغائها"(2).

٥٠٠ رخص هذا التّعريف هو سؤال الشرع عن اعتبار هذه
المصلحة أو إلغائها.
لكن في تعريفه هذا فصوير؛ إذ لم يتبَّين هل من حقيقتها أن تكون هذه
المصلحة تّجري على نسق تصرُّفات الشرع في التشريع، وهذا القيّد
مُعتبر عند القرافي، إذ نصب عليه في غير موضوع؛ من ذلك قوله في "فنائس
الأصول": "المصالح المرسلة التي لم تُجددها في الشرع أصلا يشهد
بخصوصها، بل بمجسها، وهذا هو المصلحة المرسلة"(3).
وقرأ القرافي في موّضع آخر من "فنائس الأصول": أن المالكية
لا تغني من المصالح إلا مصلحة يُشهد الشرع باعتبار جنسها
فقط(4).

١) ابن عاشور، حاشية التّوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/٢١١.
٢) القرافي، شرح تنقيح الفصول ٤٤٦، ابن فرحون، التّبصرة ٢/١٥٤.
٣) القرافي، فنائس الأصول ٤٢٧/٩-٤٢٨٠/٤٢٧٩.
٤) القرافي، فنائس الأصول ٤٢٨٢/٩.
التعريف الخامس:
قال الشافعي: "الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنه وإن لم يشهد للفروع أصل معين فقد شهد له أصل كامٍ".1

وهذا التعريف لا يخرج عملاً تقدماً; فقد أبان أن هذا النوع من المصالح ممأَبَت اعتباره بأصل كامٍ مأخوذ من تفريع الشريعة، بحيث أفاد عموماً معنىً دل على اعتبار هذه المصلحة، وأنّها جارية في مضمار الشرع، وليس خارجة عنه، ولا غريبة عن مثلاه.

وللإمام الشافعي إشارات كثيرة في بيان مفهوم المصالح المرسلة لا تندر عملاً قلّمه؛ وهذه بعض عباراته الجزلة كملة؛ قال: "... المصالح المرسلة يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين، وليس له على هذا شاهد مُثرِع على الخصوم، ولاكونه مناسبًا، بحيث إذا عُرض على القول تلقّته بالقبول".2

وقال في سياق تعليمه لصنع الصحابة رضي الله عنهم في جمع المصححف: "مثل هذا النظر من باب الإجهاد الملازم لقواعد الشريعة، وإن لم يشهد له أصل معين، وهو الذي يسمى المصالح المرسلة".3

1 الشافعي، المواقف 1/1 39/4.
2 الشافعي، الاعتصام 2/111.
3 الشافعي، المواقف 2/411 420-342.
التعريف السائد:
قال حُلولو: «المَرَسلُ وهو ما لم يُشَهِّد له الشَّرِيعَ باعثٌ ولا إهداً، ولكنُّه على سَنَن المصالح، وَتَلَّفَّاهَا العَقولَ بالقبول»(1).
وَهذا التَّعريف قد جَمِع تفاعِل التعريفات السَّابقة; فالمصلحة المرسَلت مَسْكوتَةً عنَها في الشَّرِيعَ بالحَصَوصِ، لَكِنَّها جَارِيةً على سَنَن المصالح المعتبرة في الشَّرِيعَ، وكانَت هذه المصلحة مَما يَعْتَقَلْ معاناه، وَتَلَّفَّاهَا الآلابَ بالقبول والموافقة.
وَيَعْدُ سَوْقَتٌ لمَتَخَفَّف هذه التَّعريفات، أَخْلَص إلى استخراج المُرْتَكِّزات التي بُنيِّ عليها مفهوم المصالح المرسَلة، وَالذي لاحْيِ ما يَلَي:
المَرْتَكِز الأوَّل: حُلْوُ المصلحة مَن أَصل مَعْيَن شاهِد لِها بالاعتبار.
المَرْتَكِز الثانِي: جَرِيَانُ المصلحة علَى وَقُطِّع قانون الشَّرِيع، وانيراجها في سَلَك العَمومات المعنىَة الثابتة باستقراء جزائِر الشريعة.
وَهَذَا الَّقِيد أو المَرْتَكِز تَنَمِّع كَثِيرٌ من الاعتراضات على المَالكَيَة في قولهم بالمصالح المرسَلة؛ فغالِبُ مَن اعتُرَض على المَالكَيَة حِيَب أن المصالح المرسَلة مَما يُوْكَل لأمرها إلى إدراك العقول وحَصُوب، مَن غير أن يكون للشَّرِيع صلة بِهَا. وَهَذَا مَرْدُودٌ، فَالمَالكَيَة لا يقولون بهذا اللَّون من المصالح، بل يَشترطون -كَما

(1) حُلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠١، ٥٧٣/٩، ٧٥٧، ٩٤٧، من النسخة المحقَّقة).
سيجِيء تجليَّته في شروط الاعتبار- جرَبَان المصلحة على سَنّ مصالح الشريعة، بأن تكون مُنخرطةً في عموماتها المعنوية، ومُنادرةً تحت قانون الشرع.

قال الأبِيراي: ردّاً على ابن الجُويِّنْي: "إِنَّ أَحَدًا لا يُجَوَّرُ إِثْبَاعَ المصلحة المجردة، بل المصالح التي فِيهم من الشريعة مُلاحظتها، وقد قلَّمنا أن مقصود الشرع أن يُحَفَّظ على الخلق خمسة أمور: وهي الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسب؛ فحَفَظَ هذه الأمور مصلحة، وتَفويتُها مفسدة، فإذا أَحَفَّظَ العِلَماءُ هذه الأصول لم يَتَبَاعَ اختلافُهم أصلاً".

وقال: "إِنَّا قُلْنَا: لَسْنا نَرِيد بالفصاح في هذا المكان مُجَرَدَ جُلْبِ المنفعة ودُفُع المضرَة؛ وإنّما نَرِيد بها المحافظة على رعاية مقصود الشرع، وهذا إنّما يَعْرَفُهُ العِلَماءُ دون الخلاف، ولا يَتَصوَّرُ لَكِنّ أَن يَمْكِنُ العَاميَّ من الَّذِينَ في الشريعة.

كما أن بعض الشافعي عَرَفَ الاستِدلال المرسل على خلاف ما هو عند الماليكية؛ فكان كلامهم بذلك في غير موضوع خلاف. فمثلًا: قَرِّه ابن بَرْهانٍ في "الأَوْسَط" بأن: "لا يَسِتَدِمْ إِلَى أَصُلْ كَلِّي ولا جَزْئٍ".

1) شرح البرهان للأبِيراي 187-187، مخطوطة مكتبة برستون [بُعْثُة: مُقَلَّة
تحقيق كتاب "التعليمة شرح الأربعين" للطوفي 14-14].
2) شرح البرهان للأبِيراي 188-187، مخطوطة مكتبة برستون [بُعْثُة: مُقَلَّة
تحقيق كتاب "التعليمة شرح الأربعين" للطوفي 14-14].
3) الزركشي، البحر المحيط 8/32.
وهو ما لم يرَد عن المالكية، كما سبق تُسْتَهُ. وعلى هذا، فيجب أن يُرْجَعُ في الحقائق المختلفَ فيها إلى مفهومها عند أصحابها القائلين بها، ثُمَّ على أساس هذا المفهوم تُقَامُ الحجَجُ مُؤفقةً أو معارضَ ؛ أمَّا أن تُقَرَّر معيَّنًا لِلَّأَقاَلَ إنَّهُ يُسْتَطَرَّدُ في الْرَّدَّ والمعارضة، فهذَهُ سبيلٌ لا طائلٌ من وَرَائِهَا(1).

المرتكز الثالث: كونُ المصلحة ممَّا تصطَّبِعُ بَلَون المُناسبات المعقولة، التي إن عُرِّضَت على العقول قُبْلَها، وإن بُسْطَت إلى الألباب أقْرَرتها، وآذنت لها.

المرتَكز الرابع: لْحَظُ وَضَعُ الكِلِّيَةِ في المصلحة المرسلَة، والمراد بالكِلِّيَة أنّ شاهد اعتبار لهذه المصلحة هو المصلحة الكُلِّيَة، أوّ على عبارَة ابن العربي الرائِقَة: هي قانون الشرع.

المرتَكز الخامس: وهذا المرتكز وارد في كلام ابن العربي والأبياري وابن عاشور: وهو أن المصالح التي يعتادها مالك في فنّه هي المصلحة التي تتعلَّق بعموم الخلق، فهي مصلحة خاصّة بعضهم أو آحادهم. على أن هذا يُعْتَد شرَّطًا في قبول المصلحة المرسلة.

(1) يشبيه هذه المسألة ما وُقِع بالماليُّةِ مع غيرهم في مسألة عمل أهل المدينة، فقد فرض بعض كبار الأئمة من السَّاقعية أنّ عمل أهل المدينة هو الإجماع الذي يعتَدُّ به مالك، ولا إجماع إلا إجماعهم؛ وهذا لم يملك به مالك ولا أحدٌ من أصحابه. قال عياض: مُكرَّرًا على مِنْ زَدَّ على الماليِّةِ قولهم بعمل أهل المدينة: ... وهم يتكلّمون في غير موضع جلابين، فهم من لم يتصوَّر المسألة، ولا جُفُّ على مَنْ أخذ الكلام فيها ومن لم يجَعه عناً، ومنهم من أطَلَّها، وأضاف إليها ما لا تقوله فيها: ... عياض، ترتيب المدارك ١/٧٦.
التعريف المختار:
وبعد التطور على تعريفات المالكيّة وتقريباتهم للمصطلح المرسلة، واستباط المرتكزات التي يتأسس عليها مفهوم المصطلحة عندهم- أنّه يه إلى صُوْغ تعريف يكون أقرب إلى ماهية المصطلحة المرسلة، وأدنى إلى حقيقتها:
فالمصطلحة المرسلة هي: "الوصف المناسب غير المستند لأصل معيين في الشَّرع، شَهَد له بالاعتبار أصل شرعيّ للشيء".
ويتان هذا التعريف يكون كالآتي:
الوصف المناسب: تخل فيه المرتكز الثالث، أي كون المصطلحة معقولة، فإذا عرضت على القول قبِلتها.
غير المستند لأصل معيين في الشَّرع: دخل فيه المرتكز الأول، وهو خُلو المصطلحة المرسلة من شاهد لها بالخصوص.
شَهَد له بالاعتبار أصل شريحيّ للشيء: يدخل في طرف هذا التعريف المرتكزان الثاني والرابع: أمّا المرتكز الثاني فحاصله أنّ المصطلحة مِثْلَه جُرّت على منهج الشَّرع في اعتبار المصالح فليس غريبًا عنه؛ وهذا ما جاء في التعريف، أمّا المرتكز الرابع فاشتراط كون الشاهد بالاعتبار كليًا مصليحًا؛ وهذا ما أفاده التعريف بقوله:
أصل شريحيّ للشيء".
المصطلحات المرادفة للمصالح المرسلة، والألفاظ ذات الصلة بها

لقب "المصالح المرسلة" هو اللقب المشهور لهذا الدليل، وكثر من العلماء يكثرون من إطلاق هذا اللقب على هذا الدليل، كالقرافي (١)، والشاطبي (٢)، والزركشي (٣)، وغيرهم (٤). وللعلماء آلابات مختلفة يعبرون بها عن هذا الأصل، وسأورد في هذا الموضوع ما وقع عليه من ألقاب وألفاظ ترافق هذا الأصل الاجتهدائي:

١ - عَيْبٌ عليه الخوارزمي في "الكافي" بـ "الاستصلاح" (٥)، وكذا ابن العربي في "القبض" (٦)، وابن الجربوني في "البرهان"؛ قال عن مالك: "وَقَدْ اشْتَهَرَ مَنْهُبًا فِي اسْتِضْلاحَاتٍ مُّرَسَّلَةٍ يَراها" (٧)، وابن

(1) القرافي، شرح تقيي الفصول ٤٤٥-٤٤٩، تفاوت الأصول ٩/٢٧٩.
(2) الشاطبي، المواقفات ١/١٠٢، ٠٧/١٣٠٠، ٣٤٣٣، ٢٦٦.
(3) الزركشي، البحر المحيط ٨/٣٣٠.
(4) المشاط، الجوهر الثمينة ص ٤/٤٩٩، العلوي، نشر البئود ٢/١٢٠.
(5) الزركشي، البحر المحيط ٨/٣٣٠.
(6) ابن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٨٠٣، وإنظر القبص ٣/١٤٥٠.
(7) الجربوني، البرهان فقرة ١٤٩٩، وإنظر فقرة ١٢٣١.
رشد الحفيد في (الضّروري في أصول الفقه)١، وأبو حفص في
شرح لامية الرّماق٢.)
2- ويلقب بالاستدلال المرسل٣، سمّاه به الشّاطبي في
الموافقات٤، والغزالي في (شفاء الغليل)٥).
3- وأطلق إمام الحمين وابن السّمعاني عليه اسم (الاستدلال)٦،
wكذلك الأبائي في (شرح البرهان)٧، وأبو حفص الفاسي في
شرح الرّماق٧٨).
4- ومنه أطلق عليه كذلك (القياس المرسل): ومّن جرّى له
العبارة به عن هذا الأصل: ابنُ رشد الحفيد في مواعذ متعادلة من
بداية المجتهد، قال ابن رشد: «. . . فهو نفاذ إلى المصلحة،
وذا النوع من القياس الذي يسمى المرسل، وهو الذي ليس له
أصل معيّن يستند إليه، وقد أنكره كثير من العلماء، والظّاهر من

(1) ابن رشد، الضروري في أصول الفقه ٩٨.
(2) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الرّماق: الملازمة ٣٥، ص ٣، وقد نقل هذا النص
عن أبي حفص الفاسي علال الفاسي في مقاصد الشريعة ١٤٤.
(3) الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.
(4) الشاطبي، الموافقات ١/٣٩٣٠ـ٤٤.
(5) الغزالي، شفاء الغليل ١٨٨.
(6) الجيني، البرهان٢/فترة ١١٢٧، ابن السمعاني، قواعط الأدلة ٢، ٢٥٩/٢.
الزركشي، البحر المحيط ٨٣/٨.
(7) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الرّماق: الملازمة ٣٥، ص ٣.
(8) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الرّماق: الملازمة ٣٥، ص ٣، علال الفاسي،
مقاصد الشريعة ١٤٤.
منهذ ماليك القول به ـ(1)ـ.

5- القياس المصلحي أو قياس المصلحة:

وأثر اللقبان من إطلاقات ابن رشد الحفيد؛ قال في "بداية المجتد": "... وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة"(2)، وقال في موضع آخر: "... القياس المرسل أعني المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك"(3).

ومما يدل أنه يبني إليه في هذا المقام أن هناك فرقاً دقيقاً بين "المصالح المرسلة" وبين "المصالح المرسلة" وبين "الاستصلاح" و"الاستدلال المرسل" وغيرها من الألقاب التي سبق بيانها؛ فالمصالح المرسلة هي ذات المصالح، أما الاستصلاح والاستدلال المرسلم والقياس المرسلم فهو ربط الحكم بها، ويناؤه على مقتضاها.

قال أبو خفص الفاسي: "... ما لم يشهد له بالاعتبار ولا بالإلغاء أصل معيين، وهذا هو المرسلم، وربط الحكم به يسمى استصالاً واستدلالاً. قال الأبيبز: "الاستدلال عبارة عن ربط الحكم بالمبنى المناسب الذي لا يستدأ لأصل معيين"(4).

وإنما عدد هذه الألقاب في تلك مراذفات المصالح المرسلة، مع وجود فارق بينها وبين المصلحة المرسلة- لتجوز العلماء في إطلاق

(1) ابن رشد، بداية المجتد 3/387، 1/325.
(2) ابن رشد، بداية المجتد 4/327.
(3) ابن رشد، بداية المجتد 2/327.
(4) أبو خفص الفاسي، شرح لامية الرقاب: المزمنة 36، ص 4-5، وقد نقل هذا النص عن أبي خفص الفاسي علال الفاسي في مقالات الشريعة 144.
هذه الألقاب على هذا الأصل.
وممّا يتمتع بأيديال الأنفاظ ذات الضّلة، بيان الفرق بين المصالح المرسلة والبدع؛ وهذا لِمَا وُقِع من خُلط بين المصطلحيين؛ إذ كثير ممّن يحتّج للبدع يُستند في زعمه إلى أصل المصالح المرسلة، والأمر على خلافه.

الفرق بين المصالح المرسلة والبدع:
البدعة هي: "عبارة عن طريقة في الدين مُختَرعة تضاهي الشرعية، يُقصَد بالسلوك عليها المبالغة في التعبّد لله سبحانه وتعالى". (1)
وُعْرّفت البدهة المذمومة كذلك بأنّها: "التي خالفت ما وَضَع الشّارع من الأعمال أو التّروك". (2).

وممّن اعتنى بالفرق بين المصالح المرسلة والبدع الأستاذ الشاطبي كُلّامه في كتاب "الاعتصام"؛ فبعد أن أبان عن شروط مالك في اعتبار المصالح المرسلة، أوصّح عدم انطباقها على البده؛ وهذا مُعتصّرٌ ما ذكره:
البدع في حقيقتها وَضَعها مخالفة للمصالح المرسلة، ومُضادّة لها، وليس لهما موضع توافقي أو يقاه؛ وجهات الخلفي والتبادل بين البده والمصالح المرسلة تتجلى في أمور:
أوّلًا: جهه التّعلق: موضوع المصالح المرسلة ما غيّل معناه على التّفصيل؛ لذلك فإن مجال العمل بها هي مجالات العادات

(1) الشاطبي، الاعتصام 43/1
(2) الشاطبي، المواقف 2/342
المعاملات، أما العبادات فإن من حقيقة أنها لا يعقل معناها على التفصيل؛ فلهذا لم يكن للمصالح المرسلة في جانب العبادات تتعلق. وهم الذين أن البديع المنمومة في الشرع إنما هي في العبادات لا في العادات أو المعاملات؛ وعلى هذا فإنّ جيئة التّعلق لكل من البديع والمصالح المرسلة مُتفقّة لا اشتراك بينهما (1).

وظهر من مذهب مالك تشدد في أمور العبادة تشددها بإلّا. لكن نرى أن كثيرًا من المتّآخرين من المالكية يُجرّون أصل المصالح المرسلة في باب العبادات، فيما يدخل في مُسمى البدعة الإضافية، ويلحظون بعض المعاني المصلحة فيها؛ كلاي سعيد بن لبب وغيره. وجرّت بين المتّآخرين مسألة ظهير فيها اختلافهم في تأصيل معنى البدعة ومَّدّة أبنائها على المصالح المرسلة، وهي مسألة الدعاء جماعة عقب الصوات المكتوبات. فقد أنكر ذلك الشاطبي، وخالفه فيها مخالفون على رأسهم أبو سعيد بن لبب، وكتب في تأييد الدعاء لسان الأذكار والدعوات، مما شرّع في أذكار الصلوات (2). ومن جملة ما قال: "إنّ صحّ أنه لم يكن من عمل السلف فالترك ليس بموجب لحكم في المتّروك إلا جواز الترك وانتفاء الحرج فيه في خاصّة. وأمّا تحريم أو كراهية فلا، لاسيما ما له أصل جملي كالدعاء. فإنّ صحّ أن السلف لم يعملوا به، فقد عمل السلف بما لم يعمل به من قبلهم مما هو خير، كجمع الشاطبي، الاعتصام 3/57.

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/57.
(2) الونشريسي، المعيار المعرّب 6/370.
المصحف ثم نطقه وشكله ثم نقط الآي ثم الفواتح والخواتم وتحزيب القرآن والقراءة في المصحف في المسجد، وتسميع المؤذن تكبير الإمام، وتحصير المساجد عوض التحصيب، وتعليق الثريات، ونقش الندائل والدراءم بكتاب الله وأسمائه. وقال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور". فكان ذلك يحدث لهم مُرعَّباتٍ، بقدر ما أحدثوا من الفتور"(1).

على أنَّ المتآخرين ليسوا على قولٍ جميع في إعمال المصالح المرسالة في بعض ما قيل فيه إنه بدعةٌ إضافية. لكنَّ التحقيق في مَدْهَب مالكٍ نفسه: هو عَدَم إِعمالها.

لكن قد يقال إنَّ المصالح المرسالة قد تدخل في بعض العبادات فيما وُجِد التعليم فيها معقولاً معقولية يُبَنَى عليها حُكْم، كتَصْنَع عثمان في الأذان، وتصنيع عمار في جمع الناس على إمام واجب، وتكرير الركعات المصلح بها في نظير تأجيل القراءة في الركعات، لِتطول القيام. فإنَّ إبلاغ الأذان، واجتناب الفرقة، والتفحيف على الناس في القيام: من المعاني المصلحية المعقولة، لذلك أُعْيَل أصل المصالح المرسالة!

وقد يقال كذلك: إن التعويل على هذا الأصل في باب العبادات، يُعارَضُ أصلاً آخر في الشروط، وهو أصل سَدَّ النزاع؟ إذ سُلوك سبيل المصالح في باب العبادات، يُخْرِج العتبادات عن رُسُومها المعلومة في الشروط، لأنَّ الحادث يُقَلِّبُ المشروع(1).

(1) المتشريسي، المعيار المعرَّب ٣٧٠ و٣٧٠. وانظر سنن المهنيين، للمواقف ٣٣١.
الأصليّ.

نانيا: المُلاءمة لمقاصد الشّرع: إنّ البدع في عامة أمرها لا تُلازم مقاصد الشّرع، بل إنّما تتصوّر على أحد وجوهين:

إذا أن تكون مُناقشة لمقصوده، وإذا مسكوتاً عنها، كحُرمان القاتل ومعاملته بقضيّة مقصوده، على تقدير عدم البص.

وقد تقدم أطّراح القسّمين وعدم اعتبارهما (1).

ثالثاً: المصالح المرسلة ترجع إذا إلى حفظ أمر ضروري من باب الوسائّل أو إلى التخفيف. وهذا يخالف وقّع البدع، لأنَّ البدع ليست من باب الوسائّل، لكونها مُتعبَّدًا بها بالقرد، ولأنّها زيادة في التكليف، وهو مضاد للتخفيف.

فحصل من هذا كله أن لا تعلق للمجدع بباب المصالح المرسلة إلا القسم الملحى بإتفاق العلماء (2).

* * *

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/57/058.
(2) الشاطبي، الاعتصام 3/58/058.
المطلب الراشع

مذاهب العلماء في المصالح المرسلة

لقد تباينت أقوال العلماء في الاحتياج بالمصالح المرسلة على مذاهب كثيرٍ، وسأعرض هذه المذاهب فيما يلي، وأُ绗ى على وَجَه الحُخصُوب بمنهاب الغزاليَ ومنهاب شيخه ابن الجويني - رحمهما الله -

الفروع الأولى

بيان مذاهب العلماء في حجِّية المصالح المرسلة

من تمام بحث المصالح المرسلة عند المالكية، أن يُطرق بالبيان مذاهب العلماء في حجية هذا الأصل. وعلى ذلك، فقد كان للعلماء في حجية المصالح المرسلة مذاهب شتى، وهذا بيانها:

المذهب الأول: المصالح المرسلة ليس بِحِجّْة مُطلقة.

عَزاَه بعض الشافعية كالزرِزَکْشِي، والصابّة السبكي، والأكترین، وهو مَنْهَب القاضي أبي بكر بن الباقلاة المالكي، قال ابن

(1) الزركشي، البحر المحيط 8/44.
(2) السبكي، الإبجاه شرح المنهاج 3/178، حلولو، التوضيح شرح التقييم 1/430.
(3) الزركشي، البحر المحيط 8/84، حلولو، التوضيح شرح التقييم 1/430، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح 2/169.
الجويني: (فلْحَب القاضي وَظَواهُرُ من مَكَّالِمِي الأصحاب إِلَى رَّدُّ الاستدلال، وَخَصَّرَ المعنى فِيما يَسْتَبِدُّ إِلَى أصلٍ) (١)، وحكاية ابنُ بَرْهَانٍ عَن الشافعيٍّ(٢).

المذهب الثاني: المصالح المرسلة جَبَّة مُطلَقة.

حكاية بعض الشافعيَّة عَن مالك، قال ابن الجويني: (وَأَفْرَكَ الإمامٌ إِمامُ دار الهجرة مالكٌ بن أَنس في القول بالاستدلال، فَرّأَ يُثبت مَصالح بُعيدةٌ عن المصالح المأْلوفة وَالمعني المعروفة في الشريعة) (٣).

وَبَيَّن بعض المالكية الإمام الحمويين في هذه القُرُوءة لإِمَامِهم(٤).

وحكاية بعض الشافعيَّة قولًا قديمًا عن الشافعي (٥).

المذهب الثالث: إنّ كانت المصلحة مُلاءمةً لأصل كليٌّ من أصول الشريعة فِيلَت، وَلَا فَلا(٦).

نَسْبَه ابن الجويني إلى الشافعي ومُعظم الحنفيَّة، قال: (وَذَهَب الشافعي ومُعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى اعتماد

---

(١) الجويني، البرهان فترة ١٢٨٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤-٤٨، ابن عاشور، حاشية التصحيح والتوضيح ١٦٩/٢.
(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/٤١.
(٣) الجويني، البرهان ١٢٨٩، الجويني، البرهان فترة ١١٣١، ابن السمعاني، قواطع الأدلة ٢/٥٥٩، الزركشي، البحر المحيط ٨/٤٤.
(٤) حلولو، التوضيح شرح التقييم ٤٠١.
(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٤، حلولو، التوضيح شرح التقييم ٤٠١.
(٦) الزركشي، البحر المحيط ٨/٨٥.
المستند، وإن لم يستَد إلى حكم متَّق عليه في أصل، ولكنه لا يَستَجِرُ التأي والبَعد والإفراط، وإنما يَسُوَّج تعليق الأحكام بمصالح يَراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفائقا، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارئا في الشريعة(1).
وَبَلَّغَهُ ابْن بَرْهَان في «الواجي» فعَّازٍ للشافعي وقال: «إِنَّهُ الحق المختار»(2).
وسيأتي أن منهب مالِكٍ على التحقيق هو هذا المنغب، فمنعه ومنه من الشافعي سواءً، كما قرَّره أبي بكر(3)، وبعده الشافعي(4).

المتمطرون: تخصص الاعتبار بما إذا كانت تلك المصلحة ضرورية قطعية كُلية، فإن فات أحد هذه الثلاثة لم تُعتبر(5).
والمراد ب: «الضرورية» ما يكون من الضروريات الخمس التي تحصل المنفعة منها، و«الكِلِّيَة» ما كانت الفائدة فيها تعمّ جميع المسلمين؛ احترارًا من المصلحة الجزئية لبعض الناس، أو في

(1) الجريني، البرهان فقرة 130، 1131، الزركشي، البحر المحيط 85/8.
(2) الزركشي، البحر المحيط 85/8.
(3) مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفاني 17-18، نقلا عن شرح البرهان للأبياري 2/118-119، مخطوط مكتبة بروستون. وتقل ذلك عن الأبياري أبو حفص الناصري في شرح الوقائع: الملازم 35 ص.7.
(4) الشافعي، المواقف 39/4.
(5) الغزالي، المستنصي 1/427، الفراهي، شرح التفتيق 446، ال регионаي، تحفة المسؤول 4/109-111.
حالة مُخصَّصَةٍ (1)، كتغريق واحيد من أصحاب السفينة لنجاة الباقين (2).

واحرص على "القطعية" من الطنيّة، قال الغزالي: "والزَّنُّ القريب من القطع كالقطع" (3).

وهذا المذكوب اختيار الغزالي في "المستصفى" (4)، والبيضاوي (5)، وغيرهما (6).

ومثل الغزالي كذلك بمسألة التعرّس، وهي إذا ما تترس الكتّار بجماعة من المسلمين، فلنَّا رأيُنا التعرّس لقتلنا مسلمين دون جريمة صدّرت عنهم؛ والنظر المصلحي يقضي بأن هذا الأسير مقتول بكل حال؛ لأنَّا لو كفنا عن التعرّس لسَلَّمنا الكتّار على جميع المسلمين فيقتلونهم، ثم يقتلون الأُسّارى أيضا، فحفظ المسلمين أقرب إلى مقصود الشّرع؛ لأنَّا نقطع أنَّ الشّارع يقصد تقليل القتال كما يقصّد خسّمه عند الإمكَّان، ففيه لم يقُدر على الحَمّم فقد قدَّرنا على التقليل. وهذه المصلحة عُلم بالأَضَرورة كونها مقصودة للشّارع، لا بدٌلٌ واحد، بل بأدلة خارجة عن

(1) الزركشي، البحر المحيط 8/87، السبكي، الإباح شرح المنهج 3/168.
(2) السبكي، الإباح شرح المنهج 3/179/6، حلولو، التوضيح شرح التقيق 401.
(3) الغزالي، المستصفى 1/274، السبكي، الإباح شرح المنهج 3/179/6، حلولو، التوضيح شرح التقيق 401.
(4) الغزالي، المستصفى 1/420-421.
(5) السبكي، الإباح شرح المنهج 3/178/6.
(6) الزركشي، البحر المحيط 8/87.
الحصر، ولكنّ تجنيح هذا المقصود بهذه السّبيل، وهو قتل مّنّ لم يجنيح نبأ، لّم يشهّد له أصل مّعيّن. وهذه المسألة مّما ينطيل عليها الشروط الثلاثة التي دّكرها الغزاليّ: من كونها ضروريّة، وكٍلّيّة، وقطعية. (1)

المذهب الخامس: قّبول المصلحة المرسالة إنّ كأنّ في رتبة الضرورة أو الحاجة، لا إنّ وقعّت في رتبة التّحسين والتّزين.

وهو ما ذّكّب إليه الغزاليّ قبل في كتاب شفاء الغليل، فالمصلحة المرسالة مقبولة عنده ما لم تتحلي إلى رتبة التّحسين والتّزين. غير أنّ المذهب المعتّم عندنّه هو ما سبّق؛ لأنّ تأليفه للّيّة التّصنيف كان بعد كتاب شفاء الغليل (2)، والحمدّ في مثل هذه على المتّأّم.

المذهب السّادس: التّفرّق بين العبادات والمّعاملات، فتّقبل المصلحة المرسالة في المّعاملات دون العبادات.

وهذا منذهب الأبياري (3)، والشّاطبي (4)، ونسباه للمذهب الماليكّي.

(1) الغزاليّ، المستصفي 1/ 44-47، الإبحار شرح المناهج 3/178، الزركشيّ، السبكيّ، البحر المحيط 87/8، القرافيّ، شرح تحقيق النّصوص 446.
(2) الغزاليّ، شفاء الغليل 2/109، الشّاطبيّ، الاعتصام 2/112-114، حلوول، التّوضيح شرح التّقييم 401.
(3) حلوول، التّوضيح شرح التّقييم 401، أبو زراعة العراقيّ، الغيث الهايم في شرح جمع الجوامع 3/270، الزركشيّ، تَثْنُيف المسامع 3/270.
(4) الشّاطبيّ، الاعتصام 3/57، حلوول، التّوضيح شرح التّقييم 401.
والذي يُظهر لي أن عدّ هذا منهيًا لِيس بالجوانب؛ لأنّ إخراج المصالح المرسلة عن مجال العبادات ممّا لا يعلّم فيه مُخالفٌ على الجملة؛ لعدم دخول التَّعلِيل فيها على التَّفصيل.

الفرع الثاني

مذهب الغزاليٌّ والتَّعقيب عليه

وقد اعترَض المالكية وغيرهم من مذهبَ الغزاليّ من الجهات الآتية:
أولاً: إن الشرع الذي وضعها الغزالي تخرج المسألة عن أن تكون مُختلفًا فيها؛ لأنّ اعتبار المصلحة بهذه الفئود من المقطع به في الشريعة الأخذ بها، ولا مخالفٌ عنها. وعلى هذا، فإنّ ذلك لا يعد من المصالح المرسلة التي خاض فيها الخلاصون، وتنازع فيها المتنازعون.

قال أبو العباس الفرطني: «هي بهذه الفئود لا يُتبني أن يُختلف في اعتبارها»(1).

وقال تاج الدين بن السبكي: «إن فرض المسألة بالشروط المذكورة ممّا عُلِّم من الشرع اعتباره قطعاً، وليس من المرسل المختلف فيه»(2).

(1) الزركشي، البحر المحيط 87.
(2) حلولو، التوضيح شرح التَّعقيب 402, الزركشي، تَّشنيف المسامع في شرح جمع الجوامع 30.
ثانيًا: وقد اعترض بعض المالكين على الغزالي بما محصلهم: أنَّ هذه الشروط التي وضعها ممّا لا وَقُولُ لها في الخارج؛ فهي شروط لا تتصور إلاَّ في الذَّهن. وعلى، فإنّ مَالَ منهب الغزالي هو عَدٌّمُ القول بالمصالح المرسلة رَأسًا.

قال الأبياري: (ما قاله غير صحيح، ولم يُبيّد دليلا على ما ادعاه، بل اقتصر على مُجرَّد الدَّعْوَى، واعتباره الشيوط الثلاثة، وهي كونه ضروريّة قطعيةُ كِلّية، أمرّ لا يَتصور وَقُولُ له في الشَّريعة أصلًا).١

وأَمَّا ابن الميِّر فقال: (هو احْيَاكَم مِنْ قَائلِه، ثمّ هو تَصوَّرَ بما لا يُمكِّن عَادَةً وَلا شَرَعًا: أمّا عادة، فَلَأنَّ القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلِ إلىه، إذ هو عَيْبُ عنها. أمّا شَرَعًا، فَلَأنَّ الصَّادِق المعصوم أَخبرنا بأنَّ الأُمَّة لا يُسْلَفُ عَلَوٌ عليها ليِّتَأصل شَأَفَّها، قال: وحاصلُ كلامُ الغزاليّ ردُّ الاستدلال؛ لِتَضْيِيقه في قِبْلَه باشْتِراط ما لا يَتصور وَجُوُدُهُ).٢

١) حلول، التوضيح شرح التفتّي ٤-٢٠٠١.
٢) الزركشي، البحر المحيط ٨٧/٨. ونقل أبو العباس الشَّماوِش بعضّ هذا الاعتراض عن بعض المتأخرين من المالكين، دون أن يُنصّ عليه، «مَنْطَاع النَّمَاء» ص/١٤١.
وتَعَقّب الزركشي اعتراض ابن الميير بقوله: (لا يَحْيِجُ له في الحدِيث؛ لأنّ الحوادَّ كَلَّة الخلق، وصورة النَّزَالِيّ إِنّمَا هي في أهل مَحْلُوَّة بِخصوصهم استَوَال علىِّهم الكِنَّاز، لا جميع العالم»، الزركشي، البحر المحيط ٨٧-٨٧/٨، وجوابُ بُنْثِ الَّذين سَلِيدٌ.
الفرع الثالث
مذهب ابن الجُويني والتسقيب عليه

المنحوب الذي اختاره الإمام ابن الجُويني وعزا للشافعيّة
هو أن المصالح التي تكون قريبة من المصالح التي اعتبرها الشارع في
جملة أحكامه: تكون معتبرة، أمّا إذا تناولت هذه المصالح ويُعْدت
عن المصالح التي عُفِدَ من الشارع الالتباس إليها، والتسجي على
منوالها، والشُّروق في سبيلها: فإن هذا النُّوع من المصالح لا اعتماد
عليه، ولا يصح الاستناد إليه، ولا تمويل على ما كان من هذا النَّمَيل،
وأخذ هذا السِّبيل.

قال ابن الجُويني: "إذاً قيل: فما معنى التَّسْقِيب الذي تَسْبُعَه
إلى الشافعيّ، فمنا: هذا محرّ الكلام، وتَتَحَنَّ نقول: قد نَثبت
أصول مَعْلَمُهُ أَنَّ القايسون على عَلَمَهَا، فقال الشافعي: انْتَخَذَ تَلك
العَلَم مَعْتَصِمٌ، وأَجِد الاستدلالات قريبة منها، وإن لم تَكن
أعيانها، حتَّى كأنها مثلاً أصول، والاستدلال مَعْتَبِرٌ بها، واِعتبَار
المعنى بالمعنى تَسْقِيبًا أَوْلَى من اعتبار صورة بصورة بمعنى جامع،
فإِن مَعْتَلِق الخصم من صورة الأصل معاها لا حكمها، فإذا قرب
معنى المجتهد والمستدل فيما يَجَهَه إلى الشَّرْع ولم يرده أصل،
كان استدلالاً مَقْبولاً!"

الزركشي، البحر المحيط
الجويني، البرهان، فقرة 1142، ونظر: الجويني، البرهان، فقرة 1135، 1131، 85/8.
وكان للأبياري الماليكي نظر قوي فيما نحنا إليه الإمام ابن الجُويني وارتداء، محصله: أنَّ التّقريب الذي ادعاه الجُويني لا تحقيق فيه، فالقرُب والبعد لا ضابط لهما، ولا حد يوفِق عليهما؛ إذ إعمال المصلحة له طرفان: الأول: إعمالُها في الوجه الأخر وهو المؤرخ، وهذا بأبه القياس. والطرف الثاني: إعمال المصلحة بمجرد قريبها من المصالح المتصرف، وهذا يدخل كل المصالح، وهو ما أبطله ابن الجُويني نفسه، وما بين الطرفين رتب متفاوتة في القرُب والبعد لا تنضبط، ولم يأتنا الجُويني بما يضبط ذلك إلا كلمة التّقريب.

قال الأبياري: في شرح البهران بعد أن نقل عن ابن الجُويني نصه السابق في تفسير معنى التّقريب: يقال له هذا التّقريب ما حده وما المُراد منه، وفي أي وجه يشترط التّقريب، أَيَّ مَجَّزَّ مصلحة أو في وجه آخر أقرب من ذلك؟ فإن اكتفى بمجرد التّقريب في المصلحة أعملت جميع المصالح، وإن اشترط الاشترك في الوجه الأخصر، فهو المؤرخ بعيشه، وبين الدرجتين رتب متفاوتة في القرُب والبعد، لا تنضبط بحال.(١)

لكن قد يقال: إن كان هذا ردِّ الأبياري على ابن الجُويني، فكيف يدفع ما قَسَر به الأبياري نفسه المصالح المرسلة في منهب

(1) أبو حفص الفاسي، شرح لامية الزرقان: المجلة ٣٥، ص ٨، ونقل هذا النص عن أبي حفص علال الفاسي في كتابه مائق الصيد الشريعة ١٤٥-١٤٥.
مالك، من أنها المصالح التي تجري على سُن المصالح التي جاء به الشريعة، فهل يُصح أن يُقال إن معنى التقرب الذي جاء به ابن الجويني هو هذا الذي قَسَر به الإمام الأبياري منذهب مالك. وقد ذكر التاج السبكي أنَّ الجويني قارب في منبه الذي ذهب إليه ما نسبه لمالك: قال ابن السبكي في مباحث العلة: "فإن دلَّ الدليل على إلغائه فلا يُعلِل به، وإن فعلى المرسل قيله مالك مطلقًا، وكاد الإمام الحرمين يوافقه مع مناداته عليه بالنكير..."\(^{11}\). ***

---

\(^{11}\) السبكي، جمع الجوامع، (مع حاشية العطار)، 2/227-228-328-329.
المبحث الثاني
المصالح المرسلة في المذهب المالكي
حجيتها، وشروط العمل بها، ومجاله

تمهد:
بعد نيل مفهوم المصالح المرسلة ومذاهب العلماء في حُجْيَة
هذا الأصل الاجتهاديّ، تأتي على تجليّة منهب المالكية والتحقيق
فيه: في حُجْيَة هذا الأصل، وفي الشروط المشتركة لإعماله
والتفريع على مقتضاه، وفي المجالات التي يكون لهذا الأصل
جُوَالٌ فيها. وعليه، فإن هذا المبحث سيتناول خمسة مطالب:
هي:
المطلب الأولى: حُجْيَة المصالح المرسلة في المذهب المالكي.
المطلب الثاني: التحقيق فيما عزاه ابن الجوزيٌّ للإمام مالك.
المطلب الثالث: التحقيق في تفرّد المالكية بأصل المصالح
المرسلة.
المطلب الرابع: شروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب
المالكي.
المطلب الخامس: مجال العمل بالمصالح المرسلة في المذهب
المالكي.
المطلب الأول

خِيَانَة المصالح المرسلة في المذهب المالكي

تتابع علماء المذهب المالكي على نسبة القول بالمصالح المرسلة إلى ماليك، وعلى عدّ هذا الأصل من الأصول التي تميّز بها المذهب المالكي عن سواه من المذاهب، إما على سبيل التمّرّد المطلق به، وإما على سبيل كثرة التّفريع على وفّقه، كما سأتأتي بحثٌ في موضوعه.

والمصلحة تُقّايرِ الاجتهاد المالكي في أي وَجهة هو مُولّيها، وهي مُشابِهة له في أي شعبٍ من شعّاب التّنّظر سّلك فالمصلحة بحثٌ في "فَطْرُ الرَّحَى في المذهب المالكي"(1). وهذه مَزيَّة مُميزة تجعل هذا المذهب من أسدّ المذاهب في الابتينات إلى المصالح التي راعاه الشَّارع في أحكامه، وأحسناها في مَسيرة طبيعة التّطور الحاصل في الحياة، وأجودها في التّنّظر إلى مصالح التّنّاس تخصّصا لها ورَفْعًا للخِرَّج المتّوقَع أو الواقع بالخِلق، ممّا يكِّنل لهذه السِّريعة الخالدة الصّلّوحيَّة للتّنّشّيع في كل زمان ومكان، من غير أن تَخُّرّ بالتّنّاس عن سَماحة الإسلام ويعِيّيه.

وأغدَّ هذا القاضي ابن العربيٍّ قَيَّم مَنْعِب ماليك ومحققٌ يُبِّرّ أن نَطَّر ماليك يَنْتَقِل عن نَطَّر غيره من الأئمّة، بأنّه أكثر أُحْظى للمصالح، واعتبارًا لها في اجتهاداته؛ فقال في مسألة اختلاف فيها ماليك.

(1) أبو زهرة، ماليك ص/335.
والشافعي – رحمهما الله تعالى –: «وَالشَّافعِيُّ وَمَنْ سَيَّاهُ لَا يَلْحَظُونَ الشَّريعةُ بعِينَ مَا لَكُمْ كَفَّارَةً، وَلا يَلْتِفَونَ إلى المصالح، ولا يَعْتِبُرونَ المقاصِدَ؛ إِنَّما يَلْحَظُونَ ظُوْارِهِرَ، ومَا يَسْتَنْبِطُونَ منها» (1).

وكلامٌ ابن العربي وِإِن كان فيه من التَّعَميم الذي ليس يُرضى ولا يَوْافَقُ عليه، إِلَّا أنَّ آوِلَ تَمْيُّز مَالِك وأصحابِه بالَّنْظَر المُصْلِحِي مِمَّا لا يُمكِن أن يَذْفَعَ مُتْصَفًّ.

وفي هَذِه المِقَام أُورِد نُصُوصًا من أئمَّة المَنْهَب المَالِكِي في تَقْرِير هَذَا الأَصَل أَصِلٌ لِمَالِك، وأصْلٌ لِلمَنْهَب المَالِكِي:

قالَ أبو عَبْد الجَبَرِي (ت 783 هـ): «وَقَدْ تَرْدُّدَ لَهُ رَحْمَةِ اللَّه نُصُوْصٌ فِي حَوَادِثٌ عَدَّلَ فِيهَا عَن الأَوْصُلَاتِ الَّتِي أَصِلَّهَا: إِنَّا... أو صَرْبٌ مِن المصالحة، إِذْ كَانَ مِن مَنْهَب رَحْمَةِ اللَّه عَلَيْه الحُكْم بالأَصْلِ فِيما لَا نَصَّ فِيهِ، مَا لَمْ يَمْنَعْ مِن ذلِكِ مَا يَوْجِبُ الانتِقِاد لَه» (2).

و قال ابن العربي: «... عَوَّل مَالِكُ كَفَّارَةً فِي هَذِه المِسْأَلَة عَلَى المصالحة، وَهِيَ أَحَدُ أَرْكَانِ [أَوْصُلَا] الْفَقْهِ عَلَى مَا بَيْنَاهُ...» (3).

(1) ابن العربي، أحكام القرآن 125/2.
(2) الجبري، التوسط بين مالك وابن القاسم، [نُقِلَ عَن مَلَاحِق مَقْدَمَة ابن القصار، تحقيق السُّلَيمَانِي، 113-114].
(3) ابن العربي، القبس 5/150.
وقال ابن رشد الحفيد في «بداية المجتهد» عن القياس المرسل: 
«وقد أدركه كثير من العلماء، والظاهر من منهب مالك القول به» (1)، وقال في موضع آخر: «مالك، حالاً، ما يعتبر المصالح، وإن لم يُستَنِد إلى أصول منصوص عليها» (2)، وقال:
«...القياس المرسل، مبني المصلحي، الذي كثيراً ما يقول به مالك» (3).

وقال ابن رشده الحفيد في كتاب «الضَّروري في أصول الفقه»:
«وقد عَنّى مالك قال:
«وَلَيْنَ أُقَلِّبَ الْبَيْنَاءُ عَلَى هَذَا، فَإِنَّهُ كَثِيرًا مَا يُقَلِّبُهُ إِلَى هَذَا الجنس» (4).

قال القرافي في «الذخيرة»: «المصلحة المرسلة قال بها مالك، وجمع من العلماء» (5).

وقال ابن السراج: تقرّر من أن منهاب مالك القول بالمصالح المرسلة، وهي أن تكون المصلحة كلية محتاجًا إليها. . . (6).

وقد عَدّ هذا الأمر من قواعد المذهب وأصوله غير واحد من أهمّة المذهب، منهم الدّرّدير، حيث قال: من قواعد منهاب مراوعةً

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 3/380.
(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 35/1.
(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/378.
(4) ابن رشده الحفيد، الضروري في أصول الفقه، ص 128.
(5) القرافي، الذخيرة، 45/10. ونقل ذلك عنه ابن فرحون في الجملة، 2/153.
(6) المعيار المعرّب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، 5/226.
المصالح العامة (1). وقال الشافعي في تناوله لبعض المسائل المبنية على المصلحة: "... فعالِٰبها من المصالح العامة التي بَّتى عليها الإمام مَنْذِبه" (2).

وعزاه للمالكيَّة المقرَّية في مواضيع من قواعده، قال: "الالتفات إلى المصلحة من قبل المرسل الذي تُشيِّب الماليَّة، وينكره الجمهور بلفنّان، وإنَّ قلّ منهم من يسلَم من الوقوع فيه!" (3).

وقال في مسألة قال فيها ابن الجوزيَّة بالمصلحة المرسلة: "وهذا بالمالكيَّة وأهل المصالح المرسلة أولاً، بل هو وَجَّه مَنْذِبه" (4).

وَتَسَبَّ هذا الأصل لمالك ابن عاشور، حيث قال: "وقد اعتبرها ماليَّك... متى تحقّقت المصلحة أو قربت" (5).

وَتَسَبَّ الآمدي للمالكيَّة إنكار نسبة أصل المصالح المرسلة لمالكي، قال في "الإحكام": "وقد أتفقت الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتثال التمسك به، وهو الحق، إلا ما تقول عن مالكي إن يقول به، مع إنكار أصحابه لذلك عنه. ولعل النّافل إن صَحَّ عنه، فالأشباه أنه لم يقَل بذلك في كل مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعا، لا فيما كان من المصالح غير..."
ضروري ولا كلي ولا قواعده قطعي، وذلك كما لن يتَّكرَس الشَّمَاع
بجماعة من المسلمين(1). فبعد أن نقل إنكار المالكة لِمَّا عَزَّى
لإمامهم، حُمَّل الأمام ذَلِك من ماليك على المذهب الذي ارتباه
الغزالي، وهو كون المصلحة ضرورية كلية قطعية.

هذا، وقد وَقعت على نص غريب لابن مرزووق يفيد أن بعضًا
من أثمنة المذهب أنكره أن يكون الأخذ بالمصالح المرسلة من
ماليك، قال ابن مرزووق في جوابه عن بعض النَّوازل:
»... وبالجملة، هذه المسألة من المصالح المرسلة التي تسبيها
أكثر العلماء لمالك؛ وأنكر ذلك بعض كبار مذهبه (كذا)....«(2)
أي أنكرها نسبة هذا المذهب إليه.

ولعل ما أنكرهم المالكة كنا في كلام الأمامي وبعض
المالكة كنا في نص ابن مرزووق: هو ما عزاه ابن الجويني وصَدِّي
تابعه من الشافعية لماليك من الاسترسل في الاعتماد على المصالح
المرسلة، من غير أن تكون هذه المصالح جارية على سِن المصالح
المعتبرة في الشَّرع. وهذا باطل عرُوزه لماليك، وقد تبرأ من هذه
النسبة غالب المالكية، كالابيباري وغيره، كما تقدَّم الإلَّام إليه.
وبتربى البرزلي العقوبة بالمال في حق الجناة قطعا لفسادهم
وشرهم: على أصل مالك في المصالح المرسلة(3). وردَّ الشَّماعُ

(1) الإحكام للأمدي، 4/167.
(2) المعيار المربع عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، 5/350.
(3) الشماع، مطالع التمام 142/1421.
في "مطالب العمام" عليه، وَبِيَنَّ أنَّ القول بالمصالح المرسلة أكثر المالكية على عدم تصحيح نسبته لمالك، قال: "ونحن لاننكر أنَّ مالك يقول بهذا الأصل من المصالح المرسلة، ولاندعيه له على التحقيق، ولكن أكثر أصحابه على إتكاره، إذ لا يوجد في تأليف المالكية، وإنما تَبع ابن العربي فيه مقالاته الإمام في البرهان على صيغة التمريض. لكن ابن العربي كلامه يقتضي تحقيقه لذلك من مذهب مالك".

وجعل الشَّماع عُمَدة ابن العربي فيما عَزاه لمالك كلام الجويني، قال: "والظاهر أنَّ ابن العربي إنما اعتقد في تقول مالك بها على ما في البرهان لإمام الحرمين فقط. فإنه قد ذَكر في كتاب الاستشفاء الذي له في القياس أنَّ أهل المذهب أنكروا ذلك من مالك، وأنكرو أن تَدل مسألة عليه، حتى أُغربَ هو عليهم بما في البرهان.

وصاحب البرهان لم يقطع به قول مالك، إنما قال: "نَقل عن مالك الأخذ بها"، وهذا بناءً على تقول التمريض، والتحري نسبة القول إلى مالك. ولكن ابن العربي أدَّى أنَّ مالك يقول بهاء وجلب تساءل كلهما أو أكثراً لم يقل فيها مالك بأنه".

وَيُؤكَد من كلام ابن الشَّماع:

أولاً: أنَّ أكثر المالكية على خلاف هذا الأصل. وخالف في

(1) الشَّماع، مطالب التمام 155.
(2) الشَّماع، مطالب التمام 155.
ذلك ابن العربي، فعزاه لمالك.
ثانياً: أنَّ ابن العربي نقل إنكار أهل المنبه نسبة المصالح
المرسلة لمالك.
ثالثاً: أنَّ ابن العربي اعتقد في الرد على المنكرين على حكَّاء
الجويني. على أنَّ الجويني نقلها بصيغة التمريض، كما يقول
الشماح.
رابعاً: يُظهر من ابن العربي أنه يحقّق نسبة هذا الأصل لمالك.
خامساً: أنَّ ابن العربي ساق مسائل استشهد بها على قول
مالك بالمصالح. ورد عليه الشماح، بأنَّ كل تلك المسائل أو
أكثرها مما لم يعتمد مالك فيها على رأيه، فله فيها أدلة غير
الرأي.
أما الأوَّل، فلا يسلَّم به، فكثر الملاكية على اعتبار الأصل
والتعويل عليه. إلا أن يُراد الاسترسل في المصالح مما يخالف
النصوص ولا يجري على سَنان المصالح الشرعية. وليس ابن
العربي الوحيد الذي نسب الأصل لمالك، وقد تلقَّمت الحكَّاءة عن
أبي عبيد الجيبي وهو في القرن الرابع، والظاهر أن الشماح اعتمد
على نقل الأمدي فيما تسَّبه لأصحاب مالك، حيث نقل كلمه في
كتابه.
أما الثاني، فالظاهر أن ابن العربي نقل إنكار بعض من
المالكين.
أما الثالث، فابن العربي كثيراً ما يتعقَّب الجويني فيما يحكىه
عن مالك وأصحابه، وهو وإن نقل عن الجريني، فليس عُمدته في نسبة الأصل إليه. ومن نظر في كتاب ابن العربي استبان له أنه يخرج كثيراً من المسائل الفرعية على أصل المصلحة، وهذا يدل على أن نسبة هذا الأصل لممالك كان مستندًا لاستقراء فروعه، وانظر "القبس" فهو مَحْشُوْعٌ بالمسائل مما تجري على هذا الأصل (1)، مما بيته ابن العربي. وقد ذكر الشماع أن ابن العربي نقل مسائل شاهدة على ذلك.

أما رابعًا، فنُعم ابن العربي يحقق النسبة. وليس بالمنفرد بذلك.

أما خامسًا، في قول الشماع أن المسائل تلك لا تبنى على المصالح، فإنه لم يأت بها حتى ينظر فيها، كما نظر هو، وليس بين أيدينا كتاب "الاستشفاء" الذي آتَّلَع عليه الشماع.

ونعم قد عارض بعض المالكية في الاحتجاج بالمصالح المرسلة مطلقة، ومنهم من تردّ في قوله وردّه، وتأرجح بين الأخذ به وأطروحة.

وممّن وقفت على أنهم عارضوا القول بالمصالح أو ترددوا في قبولها، من المذهب المالكی: أبو بكر بن الباقلاًنی، وابن رشد الحفيد، وابن الحاجب، والمقرّب

أما أبو بكر بن الباقلاًنی، فقد اقترب في ذكر المذاهب ما ارتضاه من رد الاستدلال المرسل مطلقاً، على أن احتجازه في إيطال هذا

(1) انظر مثلا تقريره لأصل المصلحة في القبس: 2/2008.
النوع من المصحال - كما سيأتي - يُنفّذ على أنه يتكلم عن المصحال التي لا تستند إلا إلى النظر العقلي. وفيه ما فيه!

وأًما ابن رشد الحفيد، فأثبَه إلى أنه وإن كان يحسب في عدد المذهب المالكي، بحكم البيئة التي تنشأ فيها وهي الأندلس، وبحكم المنصب الذي كان يمبأَه وهو القضاء(1): فإن الإمام حُر الرأي، ليس تابِعًا فيما يُقرَّره لأي مذهب؛ وهذا كتاب «بداية المجتهد» لـ: من نظر فيه وفي ترجيحاته لا يُقدَّم صلى إلى أن مؤلفه مالكٌ ينصِّر لمنهِب مالكي، أو لغيره، لذلك فإن ما ينقد إليه ابن رشد لا يعد تخرجًا، ولا وَجِهة في المذهب، وإنما هو اختيار من منهِب ابن رشد الحفيد في كتاب «بداية المجتهد» وكتب الصوري في أصول الفقه، حصل لي أن منهِب ابن رشد الحفيد في المصحال المرسلة هو منهِب المشرد الذي لا ينصح إلى أي طرفّ من قبولٍ أو ردّ، فهو من جهة يجعل القرآن بالمصالح.

(1) وكثروا في الأندلس لا يُولون حظَّة القضاء إلا لم يتحكم بالمذهب المالكي.

(2) يقولون إن من أهم ما تَمَيَّزت به طريقة المتكلمين في أصول الفقه، هو علم التبعية لمذهب من المناهِب، وإنما هو تقرير وانتصار لما يظهر من صواب في المسألة. وهذا يُقَّلِّف من مُصَّلِّف إلى مُصَّلِّف؛ في بعض الأحيان ممن يُدعِي مُصنِّعه في طريقة المتكلمين، هو أثرٌ في أكثر ما يُنصِّر له إلى مذهب من المناهِب الفقهية المشتركة، وبعضهم لا يُكِد يُوقِّف له فيما يُحرّرهم من مسائل الأصول على مَثِيلٍ إلى مذهبهج.
المرسلة استثناف شرع جديد، وهذا مما لا يجوز إجماعًا، حيث قال في مسألة كان مدرك مالك فيها المصلحة: «.. وهذا هو بأن يكون شرعًا زائدًا أشبه منه بأن يكون شرعًا مستنبطًا من شرع ثابت؛ ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل، وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع، إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه. ومالك كفالة يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها»(1).

وقال ابن رشد الحنفية في مسألة نكاح المريض: «ورد جواز النكاح بإدخال وارت قياض مصالحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء، وكونه يوجب مصالح لم يحترمها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرات فيه إثبات الحكم بالمصلحة، حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياض يوهن ما في الشرع من التثوفيق، وأنه لا يجوز الزيدا فيه كما لا يجوز النقصان..»(2)

ثم إنه يقرر في المقابل بأن التثوفيق عن الاعتدام على المصالح المرسلة، يقضي إلى الحيلاة عن العلة في بعض الوقائع، قال ابن رشد الحنفية في مسألة نكاح المريض: «.. حتى إن قومًا رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياض يوهن ما في الشرع من التثوفيق، وأنه لا يجوز الزيدا فيه كما لا يجوز

(1) ابن رشد، بداية المجتهدين 1/25.
(2) ابن رشد، بداية المجتهدين 3/26-81.
النقضان. والتحقِيق أَيْضًا عَن اِعْتِبار المُصَالِح تَطْرُقَلِلَلْنَاسِ أَنَّهُ
يَسْرُعُوا لِعَدْمِ السَّتَنَّ اِلَّيْنِ بِذلِكَ الجِنَس إِلَى الْأَظْلَمَ...»)۱(.
كما يُقَرِّر أنَّ القول بالمصالح المرسَلة في بعض الأحيان هو
كالضَّرَوْرِي، قال: «...وهذا من باب القياس المرسَل، وقد فَلَنَا
في غير ما رَفْعُه إِلَّا يَقُول بِهِ أَحَدُ مِن فِقهاء الأُمِصار إِلَّا
مَالِكَ، ولكنه كالضَّرَوْرِي في بعض الأشياء»)۲(.
وبعد عَرْضه لهذا التَّرَكَّد، يُقَرِّر أنَّ الأوَّلَي فيما كان هذا سبيلُه
أن يُتَّبِعُ أمرَه إِلَى العُلِّماء بِجَهَّةُ يَسِيرَ شِرْعَتُ الفَضِلاء، الذين لا
يَتَّهِمون بالحكم بهَا. قال في مَسْأَلَةٍ نَكَاحِ المَرِيض: «...فَلَفَّوَضْ
أمثال هذه المصالح إلى العلماء بِجَهَّةُ يَسِيرَ شِرْعَتُ الفَضِلاء، الذين لا
يَتَّهِمون بالحكم بهَا...»)۳(.
على أنَّ ابن رُشَدُ الحفِيدُ في كتاب «الضَّرَوْرِي» كان مُبَالِاً أَكْثَرَ
إِلَى ردِّ الاستدلال المرسَل منه في كتاب «بداية المجَهد»; قال في
الضَّرَوْرِي: «...فَإِنْ كَثِرَ مِن الْقَائِلِينَ بِالقياس لا يَقُول
بِهَا...وَحَقًّا لِهذَا الْسَّنَفُ أَنَّ يُرْفَعَ، ولا يَجْعَلُ ذَلِيلاً شَرْعِيَّاً، لِأَنَّهُ
كثِيرًا ما يَشَبَّهُ المصالح وَ تَخْلَفُ، وذلك بِحَسْبَ وَقْتِ وُقُوفِهِ،
وَحَالةُ حَالَةٍ. والقَائِلُونَ بِمِثْلِ هذَا لَيْسُ هُمْ فِي الْحَقِيقَة مُسْتَنِبِّيْن
عَن الشَّرْع، بل هُم شارِعُونَ. ومِثْلُ هذَا قُولُ بَعْضُهُم: «يَحْدِث

(۱) ابن رُشَد، بداية المجَهد ۳/۱۸۲-۱۸۱.
(۲) ابن رُشَد، بداية المجَهد ۴/۶۰.
(۳) ابن رُشَد، بداية المجَهد ۳/۱۸۵-۸۲.
للنداء أحكامٍ بُقِينٍ ما أخْتُبَوا من الفجور، أو قول شبيه بهذا. وقد عَمِل مالكٍ رحمة الله على هذا، لأنَّه كثيرًا ما يَنفث إلى هذا الجنس»(١)

إِلَّا أنَّهُ قال قَبْلَ ذلك: «الّنظر في المصالح قد تَدْبَّبَ إليها الشَّرع؛ لِكِن بِمِقْدَارٍ مَّا، وِبِحَدٍ مَّا، وَهُوَ ما شَهِدَ لنا بِكُونِها أو كُونَ جَنِسِها مِصَلحة»(٢).

أَنَّا ابن الحاجب، فَقَد رجح في مُختَصَّره الأصلي أنَّ المصالح المرسِّلة ليست من حُجَّة الشَّرع

أَنَّا المُقَّرِّرُ، فِيْنَّا لَم أَتَبِّئَنَّهُ مُنْهَبًا فِي المَسَألَةٍ عَلَى رَجَٰهُ الحَجْزَمُ؛ إِلَّا أنَّهُ يَتَحَلَّلُ عليه نوعٌ تُرْدِدُ في المَسَألَةٍ، فَمَن كِلَامِهِ: قَالَ: «حُجَّةُ الشَّيءِ إِنَّما يُعَتِّبُ بِأَصْلِهِ، لَا بِحَسْبِ عَوَارِضِهِ، فَقَالَ: النَّكَاحُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَالْعَلَائِقُ مِبَاحٌ، وَنِحْوَ ذَلِكَ. وَمَالُ المَتَأْخُرُونَ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ وَالْمَشْافِعِيَّةِ إِلَى اِسْتِبْارُهُ بِعَوَارِضِهِ، فَقَسَّمُوا النَّكَاحَ إِلَى أَرْبَعَةٌ أَقْسَامٍ أَوْ خَمْسَةَ عَنْدَ الأَحْكَامِ; قَالَ الحَفِيظُ(٣)».

وَهَذَا هُوَ الْمُرِسِّلُ الَّذِي أَكْثَرُ النَّدَاءِ عَلَى عَدْمِ قِبْوَهُ. قَلَتْ: مَعَ أَنَّ مِثْلَ ذَلِكُ بِجُرِي فِي أُرْكَانِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا، وَمِثْلُهُ كُنْدُمُ لَمْ بَانِيِّ الشَّرِيعَةِ؟(٤).

(١) ابن رَشْد الحَفِيظ، الضروري في أصول الفقه ص ١٨٨.
(٢) ابن رَشْد الحَفِيظ، الضروري في أصول الفقه ص ٩٨.
(٣) الهَربُوْنِي، خِصْةُ الْمُسَؤْلِ شَرِّح مُخْتَصُرِ مَنْتَهيِ السُّؤْلِ /٤٤٢٠٦٤١/٢٠٠٩، ص ١٠٩.
(٤) أي ابن رشد. وكلامه موجود في «بداية المجهود».
(٥) المقري، القواعد رقم ٥٦٩.
وعلى ذلك بأنّ صنع الفقهاء هو هديَّة للشريعة ممَّا يوجِّح
بأنَّه منكر لمسلك الاستصلاح، حائلٌ عنه، وغير تأصِّر له، ولا
راض به؛ ولكن يحتَل أنَّ إنكاره إنَّما هو فيما سلكه بعض الفقهاء
من لحَظ العوارض في تقرير الأحكام، والأصل أن يُحرَّر الحكم
ويُقرَّر حكَّمًا تجريديًا دون لحَظ العوارض؛ وإنَّما تلاَّحَظ هذه
العواوْض حال التَّطبيق والتَّنزيه، وعليه فقد يكون الإنكار على غير
أصل الاستصلاح؟ قال المَقرِّي: «الغزالي واللَّحمي وغيرهم»، ربما
قَسَمَوا أحكام الشيء على حسب بعض العوارض، والوَجْه أَلا
يَفعَّل ذلك، وأن يوقَّت بالأمر عند حكمه الذي هو له من حيث هو
هو؛ لأن الألفيات إلى المصلحة من قبل المرسل الذي تَشَبِّه
المالكيَّة وينكره الجمهور باللَّسان، وإن قَل منهم يسلم من
الوقوع فيه»١).}

على أنَّ المَقرِّي ممَّن يَتْبَع أصل الاستحسن، كما سيأتي في
موضعه؛ والاستحسن في كثير من معانيه أخذ بالصالح المرسلة
واسيْمَسات بها؛ وهذا ممَّا يَفْوِي جانب نسبة إنكاره لأصل
الاستدلال المرسل. ولكن يزيد الاستحسن على المصالح المرسلة
أنه في مُقَابلِ قياس في الشَّرع، وكان إنكار المَقرِّي للاستحسن لِمَا
فيه من ترك لُقْدُ أقيسة الشَّرع؛ وهذا لا يَحَسِّن عند المَقرِّي رحمه
الله.

١) المَقرِّي، القواعد رقم ٤٨٦.
المطلب الثاني

التحقيق فيما عزاه ابن الجوزي للإمام مالك (1)

مَن تتبّع نُصوص إمام الحرمين في «البرهان» وفي كتاب «الغزالي»، رأى الجوزيَّ غزّا لمالك أمرًا يلزم التحقيق فيها، والتحقيق منها، وطلب الوثيقة لها؛ فكثر ممّن جاء بعده كما أخذ من كلامه قُدودًا في نسبة مذاهب لمالك لا يقول بها على الصورة التي تم فيها الجرّ، والهيئة التي كانت بها الإضافة. فهناك أمرٌ نسبها إلى مالك أوردها وأعراضها من كلامه، ثم أقّفها بالمناقشة:

الأمر الأول: الاسترسلاؤ في الأخذ بالمصالح المرسلة البعيدة

عن المصالح المألوفة للشّارع في تصرّفاته:

»نسب الجوزيَّ لمالك استرسلاؤه في الأخذ بالمصلحة من غير أن تكون من جنس المصالح التي قامته الشّريعة بالشهادة لها؛ قال الجوزيَّ: »وقد أشتهر منهبًا في استصالات مرسلاً يراها، انسى ذلك القواعد عن ضبط الشريعة« (2).

ثم قال ميّنا معنى التّ قريب واتباعه لمالك استرسلاؤه في الأخذ بالاستدلال المرسل: »والذي نُبكيه من مالك تُركه رعاية ذلك، وجريانه على الاستدلال في الاستصحاب من غير

(1) المقري، القواعد رقم 486.
(2) الجوزي، البرهان، فتره 1499.
اقتصاد(1).

الأمر الزائني: النّيل الذي اجتاله الجويني فيما أضافه للإمام مالك، أنّ إمام دار الهجرة قد أقرّ في بعض السياسات التي لا تتّضمن أصول الشرع، كالقتل استضلاحا، وأخذ المال عقوبةً;

فهذا من صنعي مالكُ دلَ الجويني على المنهج الذي تسببه إليه. قال إمام الحرمين: وأقرّ إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستدلال، فُنِيَّثت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة، والمعاني المعروفة في الشريعة، وجرّ ذلك إلى استحداث القتل وأخذ المال بمصالح تّتضنها في غالب الأظل، وإنْ لم يجد لكل المصالح مُستندةً إلى أصول...

(2)

غالبًا إنكار الجويني على مالك في المصالح المرسلة كان مُنحّيًا إلى مسائل تتعلّق بالسياسة في التّعزير، كما قدّمته. وأسند الجويني مُترك مالك في هذه المسائل إلى بعض الآثار المروية عن بعض الصحابة، جعلّها مالكُ أصولاً، وبيّن عليها، ثمّ قرر الجويني أنّ تلك الأصول محتملة، ولا تفيد ما تعا إله مالك، بل يُصبح تأويلها بما يرجع إلى أصول الشرع مُواقفةً.

قال الجويني عن الإمام مالك: "ولكنّه ينحل بعض الأنهار في الأمور الكتليّة، حتّى يكاد أن يثبت في الإيالات والسياسات أمورًا لا تُناصر قواعد الشريعة، وكان يأخذها من وقائع

(1) الجويني، البرهان، قرّة 1153.
(2) الجويني، البرهان، قرّة 1129.
وأفضليّاً لها محامل على موافقة الأصول بضرب من التآويل، فكان يمسك بها ويتخذها أصولاً، ويبذل عليها أمراؤها عظيمةٌ (1). ثم ضرب للذلِّك أمثلة، فقال: «كما زُويَ أن غَمَرَ قال للمغيرة، وكان قد أخذ قناته من لحيته، فظن غمر به استهانة، فقال: «أين ما أبنت، وأين أبنت بنتك»، ونقل عنه مشارطة خالد وعمر بن العاص على أموالهما; فاتخذ ذلك أصلاً، فرأى إراقة الدماء، وأخذ أموال بينهم من غير استحقاق، لمصالح إياليته، حتى انتهى إلى أن قال: أقتل ثلاث الخلق، في استبقاء ثلثيهم» (2). ثم وجه الجويني ما حكاه عن بعض الصاحبة، بما ليس خارجًا عن الأصول، وغير داخل في اعتبار المصالح التي استرسل فيها مالك، على زعم الجويني: و«كان من السِّمك أن يعمَّل قولٌ على التَّغليظ بالقول. وكانوا يعتادون ذلك، وكذلك من بعدهم. وأخذت الأموال محمولة على علَّمه بانسياق خالد وعمر، فيما لا يستحقان من مال الخمس وأموال المسلمين، ولا يبلغ من حزٍ غمر درك مبلغ ذلك. فإذا أمكن هذا، فلا وجه لإطلاق أيدي الولادة في الدماء والأموال» (3).

الأمر الثالث: من الغريب أن الجويني بعد نسبته لمالك ما تقدم دون أي تردد في ذلك، عاد وأثار تشكُّكًا، فعلّق صحة نِبُوت ما

(1) الجويني، البرهان، قرية 181.
(2) الجويني، البرهان، قرية 181.
(3) الجويني، البرهان، قرية 181.
يُروى عن مالك من الاسترسال المُعيب في الاستصال:

قال الجوينيي مُشْكِّكًا في نسبة القول بالاستدلال المرسل، على وَقَّع ما عَزاه له:  
أمَّا ما ذَكَرهُ -أي البَقِيلائيِّ- من خُروج الأمرِ عن الضَّبط، والمصير إلى انحلال، ورُدَّ الأمر إلى آراء ذوي الأحلام -فهذا إنَّما يَلَّهُ مالكًا وَزُهِّرهِ؛ إنَّ صِحَّ ما زُوِيَ عنه»(١).

ثمَّ بعد ذلك حَقَّقَ مَنْ ظُنَّ بِمالكِ الاسترسال في الاستصال مُطلَقةً؛ وإنَّما وجهة مالكِ فيما عيب عليه وعَذِّل فيه، كان اعتمادًا منه على قَضایا مَرْوِيَة عن الصحابة جَعَلها أَصْوَلاً وَبَنَى عليها، لا على أنَّ من متنه الاسترسال مع الاستدلال المرسل في أبوب الفقه كُلّها.

قال الإمام الحُرمي مُظْلِّلًا:  
(وَمَن ظَنَّ ذلِك بِمالك) فقد أخطأ؛ فإنه قد انتَخَذ من أَفْضَيْن الصحابة رضي الله عنهم أَصْوَلاً، وشبِّه بها مَأْخَذ الوقائع، فمال فيما قال إلى فتَاوِيهِم وأَفْضَيْنِهِم؛ فإذا لم يَر الاسترسال في المصالح، ولكنَّه لم يَحْظ بِتلك الوقائع على حَقَّائقها»(٢).

فهذا مَجْعُول ما وَقَع للجوينيي فيما عَزاه للإمام ماليك، ويلوح منه.

(١) الجويني، البرهان، قرئة ١٣٨، ١٢١.
(٢) الجويني، البرهان في أصول الفقه قرئة ١٥٥. على أنَّ الجوينيي يَسْبِب لمالك تَمْسَكَه بِمَطلْقِ المصالحة حتى لو لم يَثبت أَنَّ الشارع اعتُبر جنَّها. وهذا ما لم يَقْلِ به مالك ولا سُلَك سبيله، وسياَتُهُ تَجْبَلِهُ ذلك في قَابِل المباحث.
التالى: التحقيق فيما نشب لمالك من القتل استضلاحاً.
ثالثاً: القتل تعزيراً.
الأمر الأوّل: استرسال مالك في الاستصلاح من غير ضابط يرجع إليه:

هذه النقل من الجوعيني لاqué من أنثة المالكيّة الرَّدَّة والإنكار، فمالك لا يتعلق بمطلقة المصلحة، ولا يجري وراء المصالح التي يُبتهلها العقل المحض، فذُبحه الذي هو معلوم عند أصحابه: أن المصالح المعتبرة عندنا هي ما كانت على تِسْقٍ المصالح التي اعتبرها الشرع في أحكامه وتصُرُفاته، وعلى هذا، فليس بين مذهب مالك ومذهب الشافعي الذي عزاه الجويني له بن قرْقٍ، بل هما عين المناهِب وذاثٌ.

قال الأبياري: «إِنَّا قُلْنا: لسنا نُريد بالمصلحة في هذا المكان مجرَّد جلِّب المنفعة ودفع المضررة؛ وإنَّما نُريد بها المحافظة على (1) وأشار إلى هذا الاضطراب الشماع في مطلع التمám: 115-116. (1)
رعاية مقصود السّرّع... وعلى الجملة، فليس بين مذهب مالكٍ والشافعي قرقٌ بوزو. وأمّا الإمامٍ(1) فإنّه يقصد أن يُفرق بين المذهبين؛ وهو لا يَجد إلى ذلك سبيلاً أبداً(2).
وقال الشافعي: «الاستدلال المرسلُ الذي اعتمدَه مالكٌ والشافعي؛ فإنه وإن لم يشهد للفرع أصلّ معيِّنٍ، فقد شهِّد له أصلٌ كامِّيًّا(3).»
وذلك استنكره أبو العباس القُرطبي، فقال: «كَبّ الشافعيّ ومُعظمُ أصحاب أبي حنيفة إلى الاعتماد عليه، وهو منهِّج مالكٍ»؛ قال: «وقد اجتُرأ إمامُ الحرمين وجزَّ فيهما تسبيّه إلى مالك من الإفراد في هذا الأصل، وهذا لا يُوجد في كتاب مالك، ولا في شيء من كتب أصحابه(4).»

الأمر الثاني: التحقق فيما نسب لمالك من القتل استضلاحًا:
مَما تَنقله أبو المعالي عن مالكٍ: إجازته قتلُ نبات الأمة لاستضلاح ثلثيها، وَجَّل يَنشعُ على ماليكٍ في ذلك، وأنَّ الذي أسّله إلى هذا القيَل هو استرساله في الاستضلاح دون ضابط:
قال الجويني: «...ومالكُ النَّزَم مثل هذا في تَجْويهِ

(1) الجويني.
(2) مقدمة تحقيق كتاب التعيين شرح الأربعين للطوفى 18-19، نقلاً عن شرح البرهان للأبياري 2/18-19، مخطوط مكتبة برستون، ونقل هذا النص كذلك عن الآبياري أبو حفص الناصبي في شرح الرفاعية: المائم 35، ص 7.
(3) الشافعي، المهابات 1/409.
(4) الزركشي، البحر المحيط 8/184.
لأهل الإيالات القتلى في النهيم العظيمة؛ حتى تلقى عنه التيقان أنه قال: أنا أقتل ثلاث الأمات، لاستيعاب تشكيلها(1).

وقال الجويني: «وبيان ذلك بالمثال: أن مالكنا لم يزل نظره كان أثر ذلك تجوب قتل ثلاث الأمات، مع القطع بتحريز الأولين عن إرثية معمودة، إلا من غير سبب متأصل في الشرعية. ومنه تجوبه التذيب بالقتل في ضبط الدولة وإقامة السياسة. وهذا إن عهد، فهو من عادة الجيابرة؛ وإنما حدثت هذه الأمور بعد انقراض عصر الصحبة(2).»

وقال الجويني في «الغياثي»: «...ثم التدابير لا تبطل الحدود على ما فصله الفقهاء. وما يعمم الاعتقاد به الآن ... أن أبناء الرُّمان لَعَبَوا إلى أن مناصب السلمنة والولاية لا يستديل إلا على رأي مالك، وكان يرى الأزديان على مبادئ الحدود في التدابير، ويسعى للوسائل أن يقتل في التديب، ونقتل التقلع عنه أنه قال: للإمام أن يقتل ثلاث الأمات في استضلاع ثلثها(3).»

والسماوات الأعظم من المملكة يتضمن من نسبة هذا القول لمالك، ويتبعون أن يكون منقولا عنه، بل أن يكون ثابتا. وفي المقابل نجد بعض المملكة يتصرفون لقتل الجويني، ويتابعون فيه، ويجازون عليه. وفي هذا المقام سأعرض لمن أيده هذا القتل

(1) الجويني، البرهان، قرة 1357.
(2) الجويني، البرهان، قرة 1355.
(3) الجويني، غياث الأمم في النيابة الظلم، 13/163.
من المالكين أو تأوَّله، وإلي مَنْ رَكَه وأَنْجَره: 
المؤيِّدون لِما عَزى لمالك:
قال الزِّرقاني في سراحه على المختصر: «قال صاحب الَّتَوضيح (1) ما معناه: يَجوز قتَلُ ثلَاث مسلمين مفسدين، لإصلاح التَّلَاثين، حيث تَعيَّن القتَلُ طريقًا لإصلاح الثَّلثين دون الحبس أو الضَّرَب؛ وإلَّا مَنَع صَوْنا لللَّه.». (2)، وتَبع النَّفراوي السَّيِّد الزِّرقاني في عَرْووه هذا، وَنَقله دون أن يَعترض أو يَنكر; قال النَّفراوي: «...فَالعملُ بها من المصالح العامَّة التي بَنَى عليها الإمام مِنهبَه، حتى تَربَّب عَنِّه العلامة خَليل في «الَّتَوضيح» أنه قال: يَجوز قتَلِ ثلَاث المفسدين من المسلمين لإصلاح الثَّلثين، حيث تَعيَّن القتَلُ طريقًا للإصلاح، لا إن كان يَخصَّص بَنَحو الحبس أو الضَّرَب، ويبعَذ ذلك بِقرائِن الأحوال».
هكذا قالا وَنَقلَا وأَقرَا، وَخليل في «الَّتَوضيح» إنما نَقلَ هذه المقالة عن أبي المعاَلي الجوينيّ، وليست مِن كلامه هو، كما يُوهِمه نَصِ الزِّرقاني والنَّفراوي رحمهما الله. وَظاهر أنَّ مُتمسِك مَن نَقل ذلك عن مالك هو مَن أوَّده خَليل بِن إسحاق في «الَّتَوضيح»، فَنشقَّ إذا ما ذَكَره فيه:

(1) هو خَليل بِن إسحاق صاحب المختصر الفقهِي، وكتاب التَّوضيح هو شرْعَ لمخصص ابن الحاج الفرعي.
(2) الزِّرقاني، شرح مختص خَليل 7/55، الوزاني، المعيار الجديد 11/93، الطبعة الحجَّية.
(3) النَّفراوي، الفواكه الدوائي 2/181، 118/2، 181/2.

فالرقماني وَمَنْ تَبَيّنَهُ فَهُمُوا مِنْ كَلَامِ خَلِيلٍ أَقْرَ أَبَا المعالي في عَرَوْهُ قَتْلَ ثَلَاثَ الآمَةِ لَاِسْتِضْلاحَ ثَلْثِيّا لِمَالِيْكِ، فَقَلَّلْتُهُا فِيما ُظَنْهُ لِهْمِ- المازري في ذلك، وهو الإمام في المذهب، وَنَقْلُهُ النَّقْلُ المَعْتَمَدُ.

وَيُعْتَرِضُ عَلَى الْرُّقَانِيَّ وَمَنْ تَبَيّنَهُ بَعْضِ الْعَرَبِ.

الأول: أنّ قَوْلَ المازري: «ما حـكاه أبو المعالي صحيح» راجعًة لآوَلَ الْكَلَامِ، وَهُوَ أَنّهُ كَثِيرًا مَا يَنْبِي مَذْهِبٍ عَلَى المَصْلَحَ، لَا إِلَى قُوْلهُ: «نَقْلُ عَنْهُ قَتْلَ الثِّلَاثَ...» (2).

الثاني: يَحْتَمِلُ أنّ المازري حـكَلِ ما نَقْلَهُ أبو المعالي عَلَى مَسَأَلةٍ تَنْرِئِ السَّلَامُ بَعْضِ المَنْسِمِينَ (3).

وَمَنْهُ لا يَنْتَقِمُ أَنْ يُعْتَمِدُ عَلَى ما قَالَهُ المازري لِيْمَا عَلِمَ مِنْ

(1) خليل بن إنساح، التوضيح 7/218، وَنَقَلَ ذلِكْ عَنْ خَلِيلِ: الحُطَابِ، مَوَابِح
الجليل 5/430، عَلِيْشِ، مَنْحِ الجَلِيلِ 7/513، وَمَا بِنِّ المُعَوْمِينَ زِيادَةً مِن
الْمَوَابِحِ وَالْمَنْحِ. وَكَلَامِ المازري، يُذْهِرُ أَنَّهُ مِنْ شِرْحِ الْتَلْقِيْنِ، وَلَمْ يَبْتَغِ
عَلَى النَّصِّ فِي المَطْبَعِ مِنْهُ. فَلْيُحَقِّقْ مِنْ سَلَامَةِ النَّصِّ المَتْقَولَ عَنْهُ، وَسَيِّاَبِهِ الْذِّي
أَورَدَهُ فِيهِ. وَيَبْتَغِ أَنَّهُ ذَكَرَ ذلِكْ فِي مَسَأَلَةٍ تَضْمِينِ الصَّناعِ.
(2) بنائي، الفتح الرباني 7/56، عَلِيْشِ، مَنْحِ الجَلِيلِ 7/123-514.
(3) بنائي، الفتح الرباني 7/56، عَلِيْشِ، مَنْحِ الجَلِيلِ 7/123-514.
احتمال كلامه، لا سيما مع اعتراض غالب الماليكيّة على هذا
القتل، وانتفاه من به.
ويظهر من كلام الزرقاني السابق، زيادة في المسألة المنسوبة
لمالك شرطاً، فقد حمل ذلك على تعين القتلة طريقا لإصلاح
الثلثين الباقين؛ قال: «... حيث تعين القتلة طريقا لإصلاح
الثلثين، دون الحبس أو الضرب؛ وإلاّ مّنع صوّنا للنماء». قال
الشيخ عليش في المنح: «وأئمّة تأويل الزرقاني بأنّ المراد قتل
ثالث المفسدين إذا تعين طريقا لإصلاح بقيتهم، فغير صحيح، ولا
يحل القولّ به، فإنّ الشارع إنما وضّع لإصلاح المفسدين الحدود
عند تُبرد موجباتها، ومن لم تصلّح الله تعالى
ومثل هذا التأويل المفاهيم هو الذي يُوقع كثيراً من الظلمة المفسدين
في سفّك دماء المسلمين. نعود بالله من شرور الفساد»(1).
والبرزيّ صرح نسبة ما حكاه الجروني، وجعله منصوصا
لمالك! قال: «وقد نصّ عليه الإمام مالك!»(2). وقد ردّ عليه
الشماع وأطال.
واستصوب الطوفي الحنبلي ما نقل عن مالك إنّ دعت إليه
ضرورة، بعد نقله عدم معرفة أهل المنبه له، قال: «مع أنه إذا
دعت إليه ضرورة متّجه جلياً»(3).

(1) عليش، منح الجليل 241/514.
(2) الشماع، مطاعم التمام 241.
(3) شرح مختصر الروضة 311/421.
المُنْكَرُونَ لِمَا غَزَّرَهُ مَالِكٌ:
لَقَدْ تَتَابَعَ الْمَالِكِيَّةُ عَلِى النَّبِيِّ مِنْ هَذَا الْقَنْتَلَ وَالْاِنْتِفَاءِ مِنْهُ؛ وَمَنْ
نُصِوصُ المَالِكِيَّةِ فِي ذَلِكَ:
قَالَ ابْنُ النَّافِئِيّ: "نَسْبُ الْخُرَاسَانِيْنَ الْحَنْفِيْنَ وَالشَّافِعِيْنَ إِلَى
مَالِكٍ أَنَّهُ هَلَكَ بِعَضْعِ الْأَمْةِ فِي الْإِسْتِضَلاْحِ وَاجِبٌ. وَهُوَ بَريٍّ مِنْ
ذَلِكَ"(١).
وَأَنَّهُ ابْنُ شَامِسٍ أَيْضًا فِي "الْتَحْرِيرِ" عَلَى الْإِمَامٍ؛ وَقَالَ:
"أَقْوَالُهُ تُؤْخَذُ مِنْ كُتْبِهِ وَكَتِبُ أَشْحَابِهِ، لَا مِنْ نَقْلِ النَّافِئِيْنِ"(٢).
وَقَالَ ابْنُ الْمَلْكَى المَقْتَرَثُ مِنْ الشَّافِعِيْنِ فِى حَوَاشِيهِ عَلَى "الْبَرْهَانِ":
"إِنَّ هَذَا الْقُولُ لَمْ يُصَبحَ نَقْلُهُ عَنِ مَالِكٍ؛ هَكَذَا قَالَهُ أَشْحَابِهِ"(٣).
وَقَالَ الْفَرَاقِيْنِ فِي "الْبَنَاتِ الأَصْوَلِ": "وَأَمَّا مَا نَقْلَهُ أَيْ
الْرَّأْيِ- مِنْ إِيَابَةِ الْلَّمْعَاءِ؛ وَالأَمْوَالِ بِمَا قَالَهُ، فَالْمَالِكِيَّةُ لَا يُسَاعِدُونَهُ
عَلَى صَحِيحَ هِذَا الْقَنْتَلَ عَنِ مَالِكٍ. وَكِنْذَا مَا نَقْلَهُ الْإِمَامُ فِي
الْبَرْهَانِ" مِنْ أَنَّ مَالِكَا يُجِبِّرُ قَنْتَلُ ثَلَاثِ الأَمْةِ لِلْإِسْتِضَلاْحِ الْمَالِكِيَّ:
المَالِكِيَّةُ يُنْكِرُونَ ذَلِكَ إِنْكَارًا شَهِيدًا، وَلَمْ يَبْقِ ذَلِكَ فِي كُتْبِهِمْ،
إِنَّمَا هُوَ فِي كُتْبِ المَخَالِفِ لَهُمْ، وَهُمْ لَمْ يَجِدُوُهُ أَضْلاً"(٤).

١) ابْنُ النَّافِئِيّ، الْقِبْسٌ ٣/٤٦٠.
٢) الزَّوْكِشِيّ، الْبَحْرِ الْمَحْيِطُ ٨/٨٤.
٣) الْجَوْيِنِيّ، الْبَرْهَانِ، ٨/٨٤.
٤) الْفَرَاقِيْنِ، بَنَاتِ الأَصْوَلِ ٩/٤٧٧٦، الْحَطَابِ، مَواَجِبُ الْجَلِيلِ ٥/٤٣٠، لَمْ يَجِدُوُهُ أَضْلاً.
الْفَتْحِ الْرَبَّيْنِيِّ ٧/٥٥، عَلَىِّ مَنْحِ الْجَلِيلِ ٧/٥١٣، الْوَزَانيِّ، الْمِعَارِجُ الْجَدِيدِ ٣/١٧.
وقال الطُّوفي الحنابلي في «شرح مختصر الروضة»: «قلت: لم أجد هذا منقولا فيما وقفت عليه من كتب المالكيّة، وأسألت عنه جماعة من فضلاءهم، فقالوا: لا تعرفه»(1).

وقال الشَّماخُ: «هذا الذي زعمه الإمام لم ينقله أحدٌ من أصحاب مالك عنه»(2).

وقال محمد بن عبد القادر الفاسي: «هذا الكلام لا يجوز أن يُستَر في الكتب لئلا يَغتَر به بعض ضعفة الطُّلباء، وهذا لا يوافق شيئا من القواعد الشرعية»(3).

وقال الحجوُي: «وأمّا ما نقله إمام الحرميين عن مالك من أنه يُدْجِر قتل الثلث من الأمة لاستصال الثلثين، فقد أنكر نسبته إلى الإمام»(4).

وقال الشيخ محمد الخضر حسين: «وقد أدَّى بعض أهل العلم من غير المالكية أن الإمام مالكًا أتى بائتبًا على قاعدة المصالح المرسولة بجواز قتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين. والمالكية يُنكرون نسبة هذه الفتوى إلى الإمام مالك أشدّ الإكبار، ويقولون: إنّها لم تُنقل في كتبهم البنتة، وإنّما تكملوا كما تكلّموه في مسألة العدوّ يُضْعُف أمامه الأسرى المسلمين يَحْرَس بهم في الحرب، فأثّروا

(1) شرح مختصر الروضة 3/211.
(2) الشَّماخُ، مطالع التتمصص/115. وعنه: بناني، الفتح الرباني/56، علیش، منح الجليل/513.
(3) بناني، الفتح الرباني/56، علیش، منح الجليل/513.
(4) الحجوُي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي/156/1.
بأنه يجوز دفاع العدوّ بنحو الرَّمَيِّ، متى خُفِّت استئصال الأمَّة، ولو
أدى الدُّفاع إلى قتل أولئك الأُخرين من المسلمين» (1).
وقال محمد الأمين الشنقيطي: «أَمَّا دَعْوَاهُم عَلَى مَالِكٍ أَنَّهُ يُجِرِّ
قتل ثلث الأمة لإصلاح الشهبان وأنه يُجِرِّ قَطَع الأعضاء في
التَّفَعِّلات- فهي دَعْوَات بِالَّلَهَة، لَمَّا يُقَلِّلها مَالِكُ وَلَم يَرْوُها عَنْهُ أَحَدٌ
من أصحابه، ولا تُوجِّد في شيء من كتب مَذَهَبه، كما حَقَّقَه
القرافي، ومحمَّد بن الحسن البناني وغيرهما. وقد كُوَّنا مَنْهَبٌ
مالِكٍ زَمَة طَوِيلاً، وَعَرَفْنَا أَنَّ تَلَكَ الدَّعْوَات بِالَّلَهَة» (2).
وتلخص لي من اعتراضات الملكيَّة على هذا التَّ błل وُجُوهُ:
الأول: هذا التَّображен مما تتَّوَجَّرَ الدُّوَاعي على نَقِلْه، فلا يَقَبْلُ فيه
الواحد، ولو كان مَمَّن أَخَذَ عَن مَالِكٍ، فَكَيْفَ وَبيْنِه وَبِينِه
أَعصار؟! (3).
الثاني: مَنْهَبٌ الأئمَّة لا يَعوَّل على ما وُجِّدَ منها في كِتَب
المخاليَّين لهم (4)، والعمدة في ذلك ما نقله أُحَل منْهَبٍ أَمَا التَّображен
الذي يَقَبْلُها غيّرُهم فلا يَقَبْلُ منها إِلَّا ما وافق عليها أُحَلُّ المَنْهَبٍ،
أو كانت مَرْؤُيَّةً بِأَساَنِيْد تَصَحُّ إلى مَنْ نُسِبَ إليه.

(1) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/176.
(2) الشنقيطي، المصالح المرسلة.
(3) الشعر، مطالع النهائم ص/115، وعنة: الوزاني، المعيار الجديد 95/11، الطبعة الحجرية.
(4) الشعر، مطالع النهائم ص/115، وعنة: الوزاني، المعيار الجديد 95/11 (الطبعة الحجرية).
لذلك قال ابن شاش مَنْكِرًا على الجويني: أقواله تؤخذ من كتبه وكتب أصحابه، لا من نقل الناقلين! (1).

وقال الفزاعفي في نفاس الأصول: ولم يوجد ذلك في كتبهم، إنما هو في كتب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصلاً (2).

الثالث: أن مالكًا سُئل عن حُصُر العدو وفِيه مُسلم أو مَركِب للعدو وفِيه مُسلم: هل يجوز أن يُحْرَق أو يُغْرَق؟ قال: لا (3).

فأوْلَى أن لا يُجْبَر قَتَل ثُلث الأَفْئَة لاسيضلاح ثلثها.

الرَّابِع: اعتَرَض بعض المالكية على ما نقله الجويني، بأن هذا الذي نَسَبَه لم يأْتَهْ نَقْلًا عَن مالِكٍ وإنَّما أَلَزَهِه إِيَّاه بِعَضْع المخالفين، قال الشَّماع: اما نقله إِمَامُ الحُرومين لم يَنْقِلْه أحدٌ من علماء المذهب، ولم يُخْبِر أَنَّه رواه نقلته، إنما أَلزَهه ذلك (4).

قد يقال: إن قول أبي المهاي فيما تقدِّم: نقل عنه الثقات وغير ذلك من عبارات الجويني المفيدة للنقل، مما يعْكِر على ما قاله الشَّماع.

وقول الجويني: نقله الثقات يَحْتَمِل أن يكون مَرَاده أن ذلك

(1) الزركشي، البحر المحيط 8/84.
(2) الفزاعفي، نفاس الأصول 9/4276، الحطاب، مَواَهِب الجليل 5/430، اليَامِنِي، الفتح الرباني 7/55، عليَّش، منح الجليل 7/513.
(4) اليَامِنِي، الفتح الرباني 7/56، عليَّش، منح الجليل 7/513. وانظر: مطالع التمام ص/115.
مرويٌّ بالإسناد إلى مالك، ويَحتَبي أن يكون عزاه بعض الثقافات إلى مالكٌ دون سنّ؛ لأن ذلك مما يشمله معنى النقل. والاحتمال الثاني هو الزواج؛ لأن هذا النقل لَو كان مُرويًا عن مالكٍ بإسناد لُبان مُخرّج، وَلِكَان مُحْتَفظ اهتمام المالكيّة؛ ولِتَمَّنَا لم يَكن شيء من ذلك، دلًّا على أن مُراَد الجوينيٍّ من «نقل الثقافات» حكايّة بعضهم ممّن عاصره أو من غيرهم عن مالكٍ ذلك القول. وحينها يرجع السؤال عن ما أخذه في ذلك، ويَستِقِيم على هذا تطبيق الاحتمال في أنه مِنْ قَبِيل الإلزام، لا أن مالكٌ قاله. كذلك فإن كلام ابن العربيّ المتقدّم يشير إلى هذا الذي ذَكَرَه الشُّماع.

السُّبُب في عزو هذا العزو لمالك:
لمّا عَلِم بعض المخالفين أن مالكٌ يقول بالاستصلاح خرجوا على هذا الأصل هذه المسألة، وألزموا مالكًا بها؛ وتَدُوّل هذا الفرع بين المتفقين بين خارج المذهب، حتى أَلِسِقّ بِماليك ولِيطَ به؛ وهو بَري منه.

ومن أجد ما وَقَفت عليه في تاريخ نسبة هذا القول وسبيله، ما قاله قَيْم المذهب القاضي ابن العربي في كتاب «الفقه»، قال كَذَّلِكَ: وانتهى النظرك إلى نازلة عظيمة، وهي: إذا عُلِم الأحراز من أهل السفينة أن بَناء جميعهم مُهلّكٌ، وأن خلَص بعضهم مُتَيِّنٌ، فَتَسب الخراسانيون الحنفيون والسافعيون إلى ماليك أن هالاك بعض الألفة في الاستصلاح واجِبٌ، وهو بَريٌّ من ذلك.

وَإِنّا سَمعوا من قوله اعتبار المصلحة، فاعتبروها بِرْغيهم حتَّى
تَلَّغوا بهَا هذا الحَد،وكانَ بنَ حَقِّهم لِجلالَة أَقْدَارهم في العَلَم من سَحَةَ حُفُظهم وَذًّافَ فِهمهِم- أن يَتُقَبَّلُوا لِمَقْضِدَهُم بالصُلح، وأن يَجِروها مُجِرَّاهَا، وَتَقِفُوا بها حَيثُ آتِهِت. وَلاِس بَينَ الْأَمَمَ فِي هَذِه المسَأْلَة أَنْهُم يَضَبِّرون لِقَضَاء اللَّه، حَتَّى يَنفَدُ حُكْمُهُ فيهم."(1)

ثالثًا: التَعْزِيز قَلَأًا:
وَأَمَّا مَا عُرِيَ لِمَالِك فِي أَن يَزَى الْقُتْل تَعْزِيزًا؛ فَالشَهُورُ فِي مَذْهَب مَالِك أنَّ التَعْزِيز لا يَكُون بالقَتْل.

قال ابن شاَس عَن التَعْزِيز: "وَأَمَّا قَهَّرُهُ، فَلا يَتَقِلَّر أَقْلُهُ وَلَا أَكْرُهُ، بَل هو مَوْكُولٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَام بِحَسَب مَا يَرَاهُ فِي جَنِائِهَ، وَلَا يَلْزِمَهُ الْاقْتِصَار عَلَى مَا دَوِنِ الحُدُود، وَلَا لِهِ الْاِتْتِهَا بِهِ.

(1) ابن العربي: القيس: 3/ 4. 4. ولا ابن العربي كلامً شبيهًا بهذا في كتاب «الاستفاء».

تَقَلَّلَ عَنْهَا الشَّمَاعُ فِي «مَطَالِعَ الْتَمَا» ص/ 147: "قَالَ القَافِضيْ أَبُو بُكْر بِنِّ العَرَبِي فِي مَسَأَلَةَ السِفِيْنَة: هَذَا مَا قَالَ مَالِكُ قْطَ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِهِ، يَتَّدَّ أَنَّ الْقُوُم لَمْ يَسْمَعُوْنَ أنَّ مَالَا يُقَولُ بِالصَّلَحِ أَلْزَمْهُ هَذِهِ الصُّخْرَةُ؛ وَلَا تَلْفَهُوْنَ، إِلَّا نَزُوْيِهِم مِن السِفِيْنَة الْأَمْوَل لِصِيَانَةِ الْأَنْفُس، أَنَّ رَمِيَ الْأَنْفِ لِصِيَانَةِ الْأَنْفُس، فَلَا يُشْرِعُ صِيَانَةُ نفس بعضه، وَلَوْلَا قَتَلَهُ قَلْتُ: إِذَا أَكَرَّهُ رَجُلٌ، لَمْ يَصْرِ عَلَى البَلَاء، وَلا يَقْدِي نفسه بِقْتَل ذَلِكَ المَبْتَغِي (كَذَا)، صِحَّ مِن كَتَبِ الْأَسْتَفَاءَ". هَذَا; وَقَد أَوْجَلْ خَلْفُ الْلَّهَمْي فِي مَسَأَلَةَ السِفِيْنَة؛ فَقَد ذَكَرَ أَنَّ الْمَرْكَب إذا ثَقِل بِالنَّاس، وَخِفَ غَرْقِه، فَإِنَّهُ يَقْتَرَعُون عَلَى مِنْ يُرْسِأٍ: الْرَّجُلُ وَالْمُسَأَءة وَالْعَيْدَة وَأَهْلُ اللَّهَمَة فِيهَا سُوَاءٍ. الْبِنَايَة، الفَتَحَ الْرَبَّيِّ 7/ 5- 57، عَلِيش، مِنْهُ الْجَلِيل 7/ 14. قَالَ بَنُ عُرْفَةُ: "عَقَبَ غَيْرٌ وَاحِدٌ ثُلَّةٌ الْمُخْيَمْ طَرْحَ اللَّهَمَة لِنَجْنَةٍ غَيْرَهُ، وَرَبَّمَا نَسِبَ بضَعْهُم لِحُرْقِ الْإِجْعَام، وَقَالَهَا لَا يَرَقَّى الأَكَفِي لِنجَاةِ الْبَلَاءِ وَلَوْ ذَكَرَ، «مَتَعَالِعَة الْتَمَا» لَأَبِي الْعِبَاس الْشَّمَاعِ، ص/ 148- 147.
إلى القتل»(1). قال علیش: «قد قالوا: ليس للإمام التعزير بالقتل. فبلزم من
امتناع التعزير بالقتل: امتنع التعزير بما يَؤْتِي إليه، على أنّ
الضْرَّ بُ المنتهى للموت قَتْلٌ، وقد قالوا: لا ينتهى الإمام في
التأدب للقتل»(2).
لكنهم قالوا: إنّ التعزير الذي يُظنُّ السَّلامَةُ من القتل فيه، إنّ
أُدّى إلى القتل، فلا قصاص فيه.
لكننا نجد ابن فرحون يُحكي حكاية على خلاف ما تقدَّم، يقول:
هل يجوز أن يَبلغ بالتعزير القتل أو لا؟ فيه خلاف. وعندنا يَجوز قتل
الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس بال العدو. وأمّا الدّاعية إلى البدعة
المفرّق لجماعة المسلمين فإنه يستنكر، فإنَّ تاب ولا قَتْل»(3).
والظاهر أنَّ ما أَدْعِي فيه بَلوُعِّ التعزير إلى القتل، إنما كان ذلك
إلّاحاً له بعض الحُدود، خاصَّةً القَساس، فالمبتدعُ الدّاعيةُ مثلاً إنّمَا
يَقُلُّ في المنهج للكثير، قال إسماعيل القاضي: «لم يَرَ مالكُ
استتبابَ القُدرة وسائر أهلِ الأهواء وقتَلْهُم إنَّ لم يَتَوَهوا، من جِهَة
الكَفْرْ، وإنَّما يَرَى قَتْلُهم من جِهَةَ القَساس في الدَّين، لأنَّهم أَعظمُ
قَساسًا من المحارِبين»(4).

(1) ابن شاّس، عقد الجواهر الثمينة 3/1178.
(2) علیش، منح الجليل 9/6306-611.
(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام 1/347.
(4) ابن عبد البر، الاستذكار 2/154. وقال ابن تيمية: «قولاً: إنَّما جُوِّرَ مالكُ وَعِيْرُه
قتلَ القُدرة لأجل القُساس في الأرض، لا لأجل الزَّنَة»، السياسة الشرعية، ص 63.
المطلب الثالث

التحقيق في تفرّد المالكية بأصل المصالحة المرسلة

صرّح غير واحد من المالكية كابن العربيّ وبعض أهل المذاهب الأخرى، بأنّ منذهب مالك تفرّد بجعل المصلحة المرسلة أصلاً من أصول الأدلة الشرعية، قال ابن العربيّ: "انتُكرّد بجعل المصلحة أصلاً من أصول الأحكام والطأفة دونهم، ولقد وقّف فيه من بينهم"(1)، وقال: "المصلحة، وهو [في] كل معيّن قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليفة، ولم يُساعدّه على هذين الأصلين -أي: المصلحة وسدّ الدّرائع- أحدّ من العلماء؛ وهو في القول بهما أقوم فيهما، وأُهذى سبيلاً(2)، وقال: "وهما المقاصد والمصالح، فهُم أيضًا ممّا انتُكرّد بها مالك دون سائر العلماء"(3). وقال ابن رشد الحفيد: ".. وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما وضح إنه ليس يقول به أحدّ من قُتاهاء الأمصار إلاّ مالك"(4).

غير أن بعض المحققين قرّروا بأنّ كون المصلحة المرسلة أصلاً من أصول الأحكام، ليس مما تفرّد به منذهب مالك، بل سائر

(1) ابن العربيّ، القبس 2/383، وانظر 2/494، 802.
(2) كذا في القبس، وليست ثلاثة في المسالك.
(3) ابن العربيّ، القبس 2/779.
(4) ابن العربيّ، القبس 2/886.
(5) ابن رشد، بداية المجتهد 2/300.
المذاهب على القول بها؛ إلّا أنّ لمذهب المالكية مزيد اعتناء بهذا الأصل، وذلك بكثرة الاستناد إليه في تفريعاتهم ومسائل اجتهادهم، كما كانت المالكية أُجُرِّب المذاهب على الإفصاح عن هذا الأصل، والثّيّج به، وبيانه، والاحتجاج له، حتّى عّدّه من عّدّه من مُفرّدات أصول مالك التي تعيّر بها، وخالفت فيها غيرًا من المذاهب.

قال محقّق المذهب شهاب الدين القراقي: "يُحَكَّى أنّ المصلحة بين خصائص مذهب مالك، وليس كذلك..." (1)، وقال في موضع آخر من "شرح التدقيق": "أَمَّا المصلحة المرسلة، فالمثقل أنّها خاصة بِنَّا؛ وإذا اقتُلدت المذاهب وجعلنهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرّقوا بين المساَةين لا يُطلّبون شاهدًا بالاعتبار لِذلك المفهوم، بل يكتُبون بمطلقة المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حيتن في جميع المذاهب" (2).

وقرّر كذلك عدم تفرّد المالكية بأصل الاستدلال المرسل: المقرّي في "قواعد"، قال "كُلّه": "...الإفصاحات إلى المصلحة من قبّيل المرسل الذي تثبت المالكية، ويُتَّقَّبُه الجمهور بإنسان، وإن كلّ منهم من يَسْلَمُ من الوقائع فيه" (3).

(1) القراقي، فتاوِس الأصول 9/4279، شرح تقيق الفصول 448.
(2) القراقي، شرح تقيق الفصول 394، انظر نفس المفهوم في: فتاوِس الأصول 9/4279، المشاط، الجوهر الثمينة 255.
(3) المقري، القواعد رقم 486.
ومَاتِي على ذلك فقيه المذهبين ابن دقيق العيد، حيث قال:

«الذي لا شُكَّ فيه أنّ لمالك ترجيحًا على غيره من الفقهاء في هذا النوع، وليه أحمد بن حنبل. ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما» (1).

وقال الطوقي الحنبلي: «أجمع العلماء، إلاّ مَن لا يعتد به من جاويدي الظاهريّة، على تَغْليل الأحكام بالملالح ودرء المفسدين، وأشدّهم في ذلك ملايِك، حيث قال بالمصالح المرسلة؛ وفي الحقيقة لم يختص بها، بل الجميع قائلون بها، غير أنّه قال بها أكثر منهم» (2).

وقال الشيخ محمد الخضر حسين في الآخرين: «والجاري على بعض الألسنة والأفلاح أنها أصل من أصول المذهب المالكي، والواقع أنّ لها يّدًا في سائر المذاهب المعويل عليها، وللمالكيّة القِسط الأوّل في استعمالها» (3).

سبب عزو تفرّد المالكيّة بهذا الأصل:

وينتبخس سبب إضافة تفرّد المالكيّة بهذا الأصل في سببين:

الأول: عُدّت تحرير محل النزاع: الذي يظهر لي أنّ أهمّ عامل كان في أنّ نُصِّي إلى المالكيّة التفرّد بهذا الأصل: عُدّت تحرير محل النزاع، وعدم إياز المسألة محل النظر؛ ذلك أنّ كثيرًا منّ تناول

---

(2) الطوقي، التعيين شرح الأربعين 244-245.
(3) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 3/64.
المسألة فُرِضَتْها في المصالح التي لا تستُنِد إلّا إلى نظر العقل وفقهه، ولا يُنظر إلى البتة في النّزع ووُجٌّه جَلْب المصالح فيه. وليس الأمر على هذا النّحو، فالمالكيّة -كما تقدَّم- إنما تقول بالاستصال الجَاري على وقُفٍ سَنِّ النّزاع في مصالح الأحكام التي قَرَّرها.

والباحث يجد في كثير من مسائل الأصول الاضطراب في تحديد مجال الخلاف في تلك المسائل وتحرير محل النزاع فيها، فمُعَمَّم لصور النزاع ومن مختصّص ومُضيق لها؛ فلذا على الناظر فيما يُنقل من خلاف في مسائل أصول الفقه: أن يكون على ذكر بن هذى الملحظ، وأن يُسِرّ إلّا نقل على صورة المسألة التي تبَّاها الناقل نِفسه، وبعد ذلك يَرْجِع بالنظر إلى كلّ صورة من صور المسألة عند كلّ ناقل، ويعدّها يَحَاول استخلاص صورة النزاع الفعليّة إن وُجِدت، وينزل بذلك كلّ نقل منزلته من صورة النزاع الفعليّة.

قال ابن عاشور -بعد تحريره لمحل النزاع-: "وَهُذَا كَلِّهُ يُظْهَر أنَّ الخلاف في هَذِه المسألة بيننا وبين الشافعية لِفَظيّة، كما قال المصنّف (أي: الفَراهي)، وأنّ تشبيه إمام الحُربين نَزِعَةً من نزاع مُناظرات المخالفين المتّبعة في القديم، وهي نَزاعُ كَان الأُجْدَر يَهْمِم العلماء التَّنَكُب عن سُلوكها"(1).

وًمِن أجل المسألة وَخُسْرٌ عن وَجْهِها يَبتَنِى الأشكال: المَحْرُور

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والت صحيح على شرح التنقيح 2/129.
إسماعيل البغدادي الحنفي في «جددة الناظر»(1)، حيث قال: «لا تظهر مخالفة السُّلفي لمالكي في المصالح، فإن مالك يقول: إن المجتهد إذا استقر مادة الشريعة ومصدره أفقي نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكياساتها، وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها؛ لكنه استنادا من هذه القاعدة كل مصلحة صادقها أصل من أصول الشريعة»، قال: «وما حكاه أصحاب السلفي عنه لا يغدر هذه المقالة؛ إذ لا أخشى منها إلا الأخذ بالمصلحة المعتبرة بأصل معيين، وذلك مغايرا للاستнесен الذي اعتقدها مذهبا. فإن أن م نأخذ بالمصلحة غير المعتبرة، فقد أخذ بالمسالة التي قال بها مالك؛ إذ لا واسطة بين المذهبين»(2).

ومن هذا فأقول: إنه حتى مع بيان محل النزاع الفعلي في المصالح المسلمة، فإنها تتبنى موضع خلاف من بعض أهل العلم، ويظهر هذا جليا في كثير من الفروع التي استنادت إلى المصالح المسلمة، وخلاف فيها من خالف من أهل العلم، إنكارا لأصل الاستصحاب. فالحكم لا يُكفي في شرعية ارتباطه بعض الكلمات المصليحة التي جاء بها الشرع، بل لا بد أن تكون الشرعية، بدلاً الفرع إلى أصل وارد في الشرع حكمه. والمالكية أنفسهم في كثير من الفروع التي قبل بانبنائها على المصالح المسلمة، ليسوا على

(1) «جددة الناظر وجهة المنظر»، كتاب في الجدل، والفخر إسماعيل، هو: إسماعيل بن علي بن حسين البغدادي. اشتهر تعريفه بغلام ابن المنى، توفي سنة 1016 هـ.
(2) الزركشي، البحر المحيط 8/85-84.
اتفاق فيها. وقد سبق ما ذكرناه عن ابن مزروق والشماع في إنكارهم لذلك.

ثانياً: عدم الاعتداد بهذا الأصل تنظيرا والقول به تطبيقا من باب المصلحة: قد بات من القاطع أن غالب المذاهب أثبت القول بالمصالح المرسلة تأصيلا؛ لكنها سلكت بعض شعاعها تطبيقا وتفريقا، وهذا يستدعي توافقا للاطلاع على السبب الذي أنتج هذا الخلف بين المقامين، أعني مقام التَّنظير ومقام التَّطبيق. ولعل السبب الذي أشار إليه بعض أهل العلم من أجواد الاتجاهات التي قيلت في تفسير هذه المباينة بين المقامين؛ ومحصول هذا التَّخريج: أن ترك القول بهذا الأصل في التَّنظير كان مذره المصلحة؛ لمَّا يعتر به هذا الأصل أهل الجور من الحكَّام والسلاطين، فيجعلوه تكآة لهم في فسادهم وانخلاصهم عن أحكام الشَّرع، ثم يرجعون ذلك إلى المصالح المرسلة، وخاصة أن أصل الاستصلاح ارتبط عند كثير من العلماء بالاستصلاح المتعلقة بالسياسات التَّعزيزية التي تقتضيها المصلحة، فتركمن ترك من العلماء القول بهذا القول تأصيلا وأخذوا به في بعض تطبيقاتهم الاجتهدية التَّفريعة جدراً من الفساد الذي أشر إليه. وقد أشار ابن تيمية إلى ما كان من أمر بعض الظلمة الذين أتَّخزوا من أصل الاستصلاح مدرجَةً للظلم والعتور والاستبداد الذي يجافي العدل الذي قامَت عليه السَّريعة(1).

قال محمد رضي رضا: "إذنا فر أكثر علماء الأمة من تقرير هذا (1) ابن تيمية، مجموع الفتوى 1/11 443/1220.
الأصل تقريرًا صريحاً، مع اعتبارهم كلّهم له كما قال الفرافي:-

خوافاً من اعتُخاذ أئتمة المجرور إياه حجارةً لانتباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس ودمائهم، فرأوا أنّ ينتفوا ذلك بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص ولو بصرْب من الأقبسة الخفيفة، فجعلوا مسألة المصالح المرسلة من أدقّ مسالك العلة في القياس، ولم ينوطوها باجتهاد الأمراء والحكم).

لكنْ يُجاب عن هذا التَّخُوفُ: أنَّ أصل الاستدلال المرسل لا يُحوض فيه إلاّ من تأهُّل إلى منصب الاجتهاد؛ أمّا من كان خليًّا من شروط الاجتهاد، فليس له كلام في الشُّرع أصلاً، لا في المصالح المرسلة ولا في غيرها. ثمّ إنّ شروط التي وضّعها المالكيَّة في الأخذ بالمصالح المرسلة ممّا تجعل للمجتهدين أعلامًا هادئة لنّالاً يبدّع عن جُدْد الشُّرع ولا يجب طريقة.

وإذا خلصت الدُّراسة إلى بيان احتياج المالكيَّة بأصل الاستدلال المرسل والتحقيق فيه، فإنّ من تمام التّحقيق أن يُطرّق بالنَّظر جلاء الشروط التي وضعتها المالكيَّة في الأخذ بهذا الأصل؛ وهذا ما ستتناوله الدُّراسة بالبحث في المطلب الآتي:

(1) محمد رشيد رضا، تفسير المثار 7/125.
شروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي

الاستدلال المرسل أصل من أصول الأدلّة الاجتماهيّة عند المالكية، والأخذ به ليس أخذًا بمطلق المصلحة، بل إنّ له ضوابط تضبطه، وشروط تحكمه. وجعلت الشروط التي وضّعتها المالكية من استقراضهم فروعًا مذهبه، تلبّص فيما يلي:

الشرط الأوّل: الملاءمة لمقاصد الشارع:

ليس كل ما يُظن أنّه مصلحة يكون كذلك في نظر الشّرع، وعلى فإنّ المعيار الذي يُحب أن توزّن به المصالح وَرَتَّبًا لا يُحس فيه ولا شَكَّط، هو ميّزان الشّرع، فما ذل الاستقراض القطعي أو الظُنّ القريب منه أنّ جنّا من المصالح اعتُبر ولوحظ في شرع الأحكام الإسلاميّة، كان ذلك دُستورًا لمفقيه، بحيث يحمل على تلك الأجناس من المقاصد والمصالح المعتبرة شرّعا ما عُرِض عليه من نوازل تحتاج إلى بُتّ في الحكم، وقطع في القضاء.

فالمُرشّد الأوّل الذي يجب اعتباره في القول بالمصالح المرسلة: أن تكون هذه المصالح ممّا شهد لها الشّرع بالاعتبار بأصولها الكلّيّة وعِموماتها المعنوية، وإنّ لم يّكن لها من الأصول الخاصّة ما يقوم باعتبارها والشهادة لها.

قال الشاطبي: «لا بّد من اعتبار الموافقة لقصد الشّارع» لأنّ
المصالح إنما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشَّرَع كذلك"(1).
وقال الشاطبي ذاكرًا شروط المصالح المرسلة: «الملاءمة لمقالمة الشرع، بحيث لا تناقم أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من أدلته»(2).
وقال: «قَسُّمَ العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للمของเขา، فإنه استرسل فيه -أي- مالك - استرسل الميلٌ العريق في قبئ المعاني المصلحة. نعم، مع مراجعة مقصود الشرع ألا يخرج عنه، ولا يتناقض أصلا من أصوله، حتى لقد استعمل العلماء كثيرًا من وجوه استرسلانه، زعيمين أنه خلَّع الروقة، وفتح باب التشريع. وهيهات ما أبعده من ذلك! رحمه الله»(3).
وبناءً على هذا الشَّرط، فالصالحة التي تعارض النصوص الشرعية لا اعتبار لها، ولا تَفْعِيل عنها، لا على أن النص وارد على خلاف المصلحة، بل لأن النص يقضي أن أحكام الشَّرَع وارد على وفق المصلحة والتَّعَايِل المعقول، فإذا ورد نص من الشَّرَع عارض مصلحة، فالرجل يوافق في عدَّ هذه المصلحة مصلحة لا ملائمة، لا تستلوك، وقع، أو عثار في النظر عرَّض، فالصالحة حينها لا تُستَد مصلحة ملائمة، بل هي إلى الإلغاء ما هي. والشرع إذما وَلَّى لأهل الاجتهاد النظر في المسائل التي لا نص فيها، أمَّا ما نص فيه على حكم فالمعارضة له استندادًا لمصلحة -

(1) الشاطبي، المواقيع 1/41، الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/156/1.
(2) الشاطبي، الاعتصام 2/129/2.
(3) الشاطبي، الاعتصام 3/54/3.
في نّظر المعترض- افتئات على الشرع في التشريع، وذلك ب إسل لا يجوز، بل قد يصل إلى خلع الريقة!

قال ابن عاشور معدلا شروط المصلحة المرسلة في منهب
مالك: «. .أوان لا يعارضها طيل شرعي، أو مقصد من مقاصد
الشريعة. . هذا صريح منهبا مالك رحمه الله(1)».

وقال الحجوي: "أمّا ما عارضها نص فتلقى عند مالك وغيره،
ولذلك انتقد المالكية على يحيى بن يحيى الأندلسي(2) لتم أتيت
الأمير عبد الرحمان الأموي. . بأنها فتوى شاذة، لأخذه
المصلحة في مقابلة النص، وذلك لا يجوز، لأنه يُؤدي إلى تغيير
حدود الشريعة بتغيير الأحوال، فتنحل رابطة الدين، وتفسد
العُرف. . فلا يُنظر بالممالكة أنهم يأخذون بالمصالح المعارضة
للنص!»(3).

ووهذا ما قرّره البغدادي الحنابل في "جنت الناظر"، قال: "إنّ
مالكًا يقول: إنّ المجهد إذا استمرت موارد الشرع ومصادره، أفضن
نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها، وأنّ لا
مصلحة إلّا وهي مُعتبرة في جمّسها، لكنه استنشى من هذه القاعدة
كلّ مصلحة صائمة أصل من أصول الشريعة"(4).

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التثقيف 2/221.
(2) وهذا على التسليم بأن هناك مخلافا للنص، وقد تقدم أن بعض المالكية نظرا في
ذلك.
(3) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي 159/1/85-86.
(4) الزركشي، البحر المحيط 8/120.
ومناذ هذا الشرط أن المصالحة المرسلة لا يكتفى فيها بمجرد عدم معارضتها لأدلتها الشرع وأصوله ومصادره، بل يجب أن تكون منحوتة في سلوك المصالح التي اعتبرها الشرع في أحكامه، وجارية في أودية المصالح التي تنجبرت بها يناسب هذه الشريعة. ومنه يدل على عدم اعتبار الشرع لمطلق المصالحة في نظر العقل، أن الشريعة جاءت بمقاصد على خلاف كثير من الأحوال التي اعتبرها العقلاء في بعض الأزمان مصالح جرى بها نظام حياتهم، واستقررت في نفوسهم على أنها مصالح لا غنى لهم بدونها، وأثبتت الشريعة في مقابلتها مصلحة أرجح منها، فانقلب ما استقر في الفنوس من تلك المصالح إلى اعتقادات مفاسدة تنفر عنها نفوسهم، وتجمع بها فطرتهم التي استقامت بشريعة الله).

قال ابن عاشور: "نعم، إن مقصود الشارع لا يجوز أن يكون غير مصلحة، ولكنه ليس يلزم أن يكون مقصودا منه كل مصلحة".

• الشرط الثاني: مجال المصالح المرسلة في الأحكام المعطئة لا التعبيلي منها:

منها:

من أهم ما يشترط في المصالح المرسلة: أن تكون فيما يدخل فيه التمثيل على التفصيل، ومجال ذلك هو العادات والمعاملات، لا العبادات التي لا مدخل فيها -في الجملة- للتتمثيل بالمناسبة.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 299.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 299.
المصلحة التفصيلية الظاهرة المتقبلة لدى العقول.
قال الشاطبي: "موضع المصالح المرسلة ما عُقِّل مَعَنَاه على التفصيل، والتّعُبّدات من حقيقة أنها لا يُعَقِّل مَعَنَاهَا على التَّفصيل"(1)، وقال: "عامَّة النَّظَر فيها إنّما هو فيما عُقِّل منها، وَجَرَى على ذِوق المناشِبات المعقولة المعنى، التي إذا عُرِضَت على العقول تلقَّتها بالقبول، فلا مَدَخل لها في التَّعُبّدات، ولا ما جَرَى مَجراها من الأمور السَّرِيعَة"(2).
وَجَرَى على اشْتِراف هذا السَّرِيَّة الأبياري(3) وابن عاشور; قال ابن عاشور في تعريف المصالح المرسلة أنَّها: "، المصلحة العامة اللازمة في نَظَر العقل قطعا أو ظنًا قَريبا منه، فذللك لا تدَخِل التَّعُبّدات على التَّحقيق، وهو مُختار الشاطبي في "الموافقات"(4).
منهب مالك عدم الالتفات إلى المعاني في العبادات:
وَمَن تَتَبَع فقَة مالك استباَن له أنه لا يَلتيَّث في أبواب العبادة في الأغلب إلى المعاني المصلحية، ولا يَثْبِي الأحكام على مَفَتَّضَاها، وهذا لَعْلَبة التَّعُبّد فيها، وترجيحه لجَانِب التَّوقيف والتَّسليم على جانب التَّحليل التفصيلي.
قال الشاطبي: "ولنَلَك التَّرَم مالك في العبادات عِدَم الالتفات.

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/57.
(2) الشاطبي، الاعتصام 3/136-67.
(3) حلول، التوضيح شرح التقنُّح 4/07.
(4) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التقنُّح 2/211.
إلى المعاني، وإنّ ظهرت لبادئ الرأي؛ ووقوفًا مع ما فهم من مقصود الشارع فيها من التسليم على ما هي عليه١٠٠.

ومن مُثّل عدم لحظ ماليك للمناسبات المصلّية في أبواب نعمة١٠٠.

أنه لم يلتفت في إزالة الأبحاث وزرع الأحداث إلى مطلقة١٠٠.

النظافة التي اعتبرها غيره، حتى اشترط في رفع الأحداث النبوية١٠٠.

ولم يَفْحِم غير الماء ماقمه عنده - وإن حصلت النظافة- حتّى يكون بالماء المطلقة١٠٠.

وامتنع من إقامة غير التّكبير والقراءة بالعربية مقاتها في التّحريم والتحليل والإجزاء١٠٠.

ومثّل من إخراج القيمة في الركّة١٠٠، مع أن المعنى الذي له شرعت الركّة هو إغنهاء الفقير؛ وذلك يحصل بالإخراج عين ما وجبت فيه الركّة كما يحصل بالقيمة؛ بل ضُمّا كانت القيمة في أحليين أفعّل وأصلح للسّعاة ومن وجبت لهم؛ فلم ينظر إلى ذلك مالك، وغلب على ذلك جانب التّعبّد، على أن الركّة من العبادات

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/3. 54/3.
(2) الشاطبي، الاعتصام 3/4، الحطاب، مواهب الجليل 2/2، الخرشي، شرح مختصر خليل 1/129-138.
(3) الشاطبي، الاعتصام 3/54، الحطاب، مواهب الجليل 1/404/4، الدريدير، الشرح الكبير 1/32/3، على جليل 1/73.
(4) الشاطبي، الاعتصام 3/4، المواقح، إلكيل 2/206، حاشية العدوي على شرح الخرشي 1/265.
(5) الشاطبي، الاعتصام 3/54، الحطاب، مواهب الجليل 2/356.
التي للتعليم فيها والمناسبات المصلحية أوفرُ نصيب. واقتصر في الكفارات على مراوعة الغد، وما أشبه ذلك (1). قال الشافعي: "دورانه في ذلك كله على الوقوف مع ما حلّه الشّارع، دون ما يقتضيه معنى مُناسبٌ إن تَصوّر؛ لقلّة ذلك في العبادات وتُدّوريه، بخلاف قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعقل" (2).

والقول بأن الأصل في العبادات عدم معقولية المعنى على التفصيل، ليس من مُنّرّدات مالك واختصاصاته، بل إن باقي الأئمة على وفاق معه في ذلك (3). أما ما كان من المصالح جاريًا على وفق المُناسبات المصلحية المعقولية والمتّمشئة في باب العادات، فإنّ لمالك التصِّدُم في اعتبار المعاني المصلحية، وبناء الحكم على سنتها ومّهيّئها؛ وقد "استرسل في استرسال المُنّيّ غريق في فهم المعاني المصلحية" (4).

ومنذ ينظر إليه في هذا المقام: أن الاستحسان ممّا يجري في باب العبادات، كما سيأتي في موضعه من بحث الاستحسان، والاستحسان هو عمل بالمصالح المرسلة في مُقابل الدليل الأصلي؛ فكيف يجمع بين هذا وبين ما اشترطه الشافعي وغيره؟

(1) الشافعي، الاعتصام 3، 548، سحنون، المدونة 1، 093، 2 240-242، 235-240.
(2) الشافعي، الاعتصام 3، 549، المواقف، التاج والإكليل 3، 362، الخشري، شرح مختصر خليل 4، 120.
(3) الشافعي، الاعتصام 3، 550.
(4) الشافعي، الاعتصام 3، 548.
والذي يُظهرُ في الجواب عن هذا الإشكال: أنّ المصالح المرسلة تُجري في باب العبادات، ولكن بصفة وجهيّة لا مُطلقة، فالمصالح المرسلة التي يُعمل بها في باب العبادات إنما هي المصالح التي تكون من قبّ لرفع الحرج والتخفيف، وهي من المعاني المُصلحية المعقولة المُضيقة؛ أمّا أن يُستَنَد إلى المصالح في إثبات عبادات أو هيئة غير منصوص عليها، فهذا لا يَصحُ؛ لأن المَغلَب في ذلك هو التَّوقيف؛ إذ إثبات عبادات وهيئة للعبادات لا يكون إلاّ من الشَّارع الحكيم؛ «والأصل ما عمّ في الباب، وغلب في الموضوع» (1). وسأأتي مزيد بسط لهذه المسألة حالًا بحث أصل الاستحسان، إن شاء الله تعالى.

الشرط الثالث: تعلُّق المصالح المرسلة ببعض رتب المصالح:

أثّق من قال بالمصالح في المنصب المالكي: أنّها يُحتج بها إنّ وقعت في مربحة الضروريّات أو الحاجيات، أمّا إنّ نزلت في الرتبة إلى التحسينيات أو ما يُسمى بالتنزفات، فقد اختفَّ المالكيّة في ذلك؛ وسأتناول كلّ مربحة على حدة:

المصالح المرسلة الضرورية:

ممّا لا يَختلف فيه بين القائلين بالاستمالح في المنصب المالكيّ، أنّ المصالح المرسلة المُراجعة إلى جفْظ ضروريّ من الضروريّات التي جاءت السَّريعة بحفظها-: مصالح مُعتبرة تبنى

(1) الشاطبي، المواقف ۲/۳۰۱۳۰۲.
عليها الأحكام، ويُنتَيِّى على وَفُقِها وَمُقْتَضَاها. والمَلَاحِكُ أَنَّ المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ الْأَقْيَلَةُ إِلَى جَفْوِ الْخَرَّابِيَّاتِ هِي مِنْ قَبْلِ الوُسَائِلِ الَّتِي يُتَوَسَّلُ بِهَا إِلَى جَفْوِ تَلَكَ الْخَرَّابِيَّات، فَلاً تَدْخَلُ المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ -مَا كَانَ مِنْ هَذَا الْسَّيْلِ- فِي جُمْهُرَةِ المَقَادِشِ، وَإِنَّمَا هِي فِي رَمْرَةِ الوُسَائِلِ الَّتِي تَكُونُ وُصْلَةً إِلَى تَحْقِيقِ المَقَادِشِ. لَذا، فَإِنْ قَاعِدةً (۱) لَا يَتَّمُّ الْوَاجِبِ إِلَّا بَعْدَ وَجْهِهِ فَهُوَ وَاجِب، مَمَّا تَشْهَدُ لأَلِي الْأَسْتِدَالِ المُرْسَلِ الَّذِي يُرْجَعُ إِلَى جَفْوِ الْخَرَّابِيَّاتِ (۲).

المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ الْحَاجِبَةُ:

كَذَلِكَ أَتَّقِلُ الْمَالِكِيَّةُ عَلَى أَنَّ المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ الَّتِي تُلْعِبُ عَلَيْهَا وَضُفْعُ الْحَاجِبَةِ، مَمَّا يَصْحُبُ الْخَمَاسُ الْبَيْنَهُ وَالْبِنَائِهَا عَلَيْهَا، وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذلِكَ أَتَّقِلُ الْمَنْهَبِ وَمُحْقَقَهُ، كَالْقَرَافِيِّشِرْيِّ، وَالْشَّافِيِّ (۳)، وَأَبِنِ السَّرَّاجِ (۴)، وَأَبِنِ عَاشِرَةَ (۵).

المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ التَّحْسِينِيَّةُ:

أَنَا المَصَالِحُ المُرْسَلَةُ الَّتِي انتُظِمَتْ فِي سَلُكَ المَصَالِحَ التَّحْسِينِيَّةِ، فَإِنَّ بِأَنَّ هَلَكَ الْمَنْهَبِ خَلَاقُ فِي الْأَعْتَادَةِ بِهَا وَالْتَعْلُقُ بِسَبِيلِهَا، فَالَّذِي ذَهَبَ إِلَى الْقَرَافِيِّ فِي (تَفَاسِيلِ الأَصْوَلِّ) أَنَّ المَصَالِحَ المُرْسَلَةُ مَعْتَزِبَةً فِي أَيْلِ مَرْتَبَةً مِنْ مَرَاتِبِ المَصَالِحَ وَقَطَعُتُ، حَتَّى وَلَوْ

(۱) الشَّافِيِّ، الْعَاوَّلِمِ ۳/۵۶-۵۸.
(۲) القَرَافِيِّ، نَفَائِسِ الأَصْوَلِ ۹/۴۰۲-۴۲۷۲۰.
(۳) الشَّافِيِّ، الْعَاوَّلِمِ ۳/۵۶-۵۸.
(۴) المَعْلِمُ المَعْرِفُ عَنْ فَوْا عِلَمَاءِ إِفْرِيقِيَّةِ وَالْأَسْنَنِ وَالْأَنْبَسِ وَالْمَغْرِبِ ۲۶۶/۵.
(۵) أَبِنِ عَاشِرَةَ، حَاشِيَةُ الْتَوْضِيحِ وَالْتَصْحِيحِ عَلَى شَرْحِ النَّقِبِ ۲۲۱/۲.
كانت المرتبة الدنيا، أعني مرتبة التحسين والترشيح.
وخلال في ذلك الشاطئي وابن عاشور، فاشتبهوا في المصالح المرسالة أن لا تكون نازلة عن مرتبة الحاجي، فإنَّ نزلت إلى مرتبة التحسينات، فلا يصح التعويل عليها.
منهج المجيرين:
قال الإمام القرافي في «نفائس الأصول» راجعاً على مِنْ قَصَر المصالح المرسالة على رُتبة الضروريات دون الحاجيات والتحسينات: «قوله -أي الرُّوْزَايِّي-: لا نحكم بالمصلحة المرسالة في محل الحاجة والتمة لأنَّ إثبات شرع بالرُّوْزَايِّي». 
قلنا عليه سؤالان:
أحدهما: المتبع، بل ما تَبَّت ذلك إلا باجتهاد صحيح، وأنَّ الاستقراء دل على أنّ الشرائع مصالح، وأنَّ الرُّسُل عليهم السلام إنما بَعثوا بالمصالح ودرء المناسد، فمَن أثبت ضرورة أو حاجة أو تنمَّة بالمصالح، فقد اعتمد على قاعدة الشرائع، فلا يكون إثباتاً للشرع باللهوى.
وثانيهما: أنَّ إنه كان إثباتاً لللهوى، فينافي أن يَمْنَع ذلك في الضرورة بطريق الأولي، فإن الضروريات أهم النياتات، فإذا مَنَعنا اتِبْعَاعُ اللهوى فيما خفَّ أمرُه، أوَّلَ أن نَمَعَّه فيما عَظَّمَ أمرُه»(1).
فترة كيف أن القرائي جعل المصلحة المرسالة في أي رتبة حظَّت مصلحة معترضة؛ إذ إنها مُستندة إلى قاعدة الشرع وأصوله.

(1) الفَرَّاَي: نفائس الأصول 9/4270–4271.
الكليّة المُشاهدة لها بالاعتبار.

وقال القرافيّ -كذلك- في بِتائه لدليل إجماع الصحابة على الاستناد للمصالح المرسلة: «.. رضي الله عنهم حَذَّدوا أُمورًا بالمصالح المرسلة، وأجمعوا عليها؛ منها: .. وأمّور كثيرة لاتُعْدِ ولا تُحِصى لِم يُكَن في زمن النبي ﷺ شيءٌ منها؛ بل اعتمد الصَّحابة فيها على المصالح مُطلّقة، سواء تَقَدَّم لها تَظْهَر أم لا؟ وهذا يُتَبَّع القطع باعتبار المصالح المرسلة مُطلّقة؛ كانت في مواطن الضرورات أو الحاجات أو النِّفَات» (1).

فقال القرافي: يُقَرر أن المصالح المرسلة مُعتبرة عند المالكيّة سواء أكانت واقعة في زِبَة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات.

تَّمْعَبَ المأمون:

تَقَدَّم أن السَّاطبيّ وابن عاشور مَمَّن اشترط في المصالح المرسلة أَلَا تكون في هذه المرتبة؛ وفي هذا المقام أُسْوَق نصوصهم، ثم أُقِفَّها بالمناقشة والتّرجيح:

قال السَّاطبيّ: «وعلى كل تقدير، فليس منها ما يَرْجِع إلى التحسين والتنزّين البينَة» (2).

وقال ابن عاشور: «وقيَّد الخُرَائِيّ المصلحة بأن لا تكون في مرتبة التحسين؛ وهو قيد لذم» (3)، وقال: «وَشَرِّطّها أن تكون في

(1) القرافي، نفائس الأصول 9/427-428.
(2) الشاطبي، الاعتصام 56.
(3) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح 2/169.
غير مرتبة التحسين... هذا صريح مذهب مالك (صلى الله عليه وسلم)。
والذي يظهر في هذه المسألة: أنَّ اشتقاق تبؤؤ المصلحة رتبة
الحاجيات أو الضروريات، وأنَّ لا نحنَّط إلى الرتبة الدنيا وهي
رتبة التحسينات- إنما يستقيم ويلزم القول به في حال معارضة
المصلحة المرسلة لعَموم لفظي أو عَموم قياسي، إذ مَسؤوَّ العدول
عن أدلة الشَرع من قياس أو عَموم لا يكون إلا لأصل قوي يعتمد
عليه من ضرورة مُلمحة أو حاجة عامة ماسة؛ أمَّا المصلحة
التَحسينية فلا ترقى لأن تعارض أدلة الشَرع القياسي واللَفظية، فلا
تكون موجبة للاستثناء منها. وأنتَ إنَّ تقتَري بِالأحكام السَرعية
المعدل بِها عن القياس والقواعد العامة، فإنَّك واجب أنَّ عَمَمتها
مُخرّجة على الاستثناء المؤسس على ضرورة لازمة أو حاجة عامة،
مثل الرخص العامة كالمساقيء والإجازة، وقلَّ ما تجد فيها استثناء
على أساس رعاية أصل تحسيني، والمجهد إنما يجري في اجتهاده
على سنين الشَرع في وضع التَشريع، ومكنافته فيه.
أَمَّا المصالح التي لا معارض لها من أدلة الشَرع، ولا معارض
لها من مصالح أخرى مَقابلة لها- فإنَّ القواف -والحالة هذه
عند الحاجيات، وعند مُجاوزتها إلى التحسينات، ليس مُمّا تُقوى
حُجْته، ولا ممّا يظهر وَجهه؛ فكما أنَّ المصالح الضروريَّة
والحاجية مُعتبرة في الشَرع، فكذلك المصالح التحسينية.
وِمَثَّهى ما احتَج به القائلون بالمصالح المرسلة أنَّ اعتبار جنس

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح 2/211.
المصالح التي اعتبرها الشافع في المصالح التي لا نص فيها، ولا أصل لها يقياس عليها - مما يشهد لها بالاعتبار، وهذا بناء على الاستناد إلى حجية العُمومات المعنوية، وإلى أن ذلك أولى من بعض الأقیسة؛ وهذه الأدلة مما تجري على أجناس المصالح التحاسنيَّة؛ إذ هي من قبيل العُموم المعنويّ، وما قيل في الأولويّة ينسحب عليها؛ إذ لا فرق.

قال الفرائيَّ: «فِمَّن أثبتَ ضرورة أو حاجة أو تنميت بالمصالح، فقد اعتمد على قاعدة الشافع، فلا يكون إثباتا للشرع بالهوية»(1).

وذلك فإن قول ابن السراج: «تقرّر من أن مُنهب مالك» يقول بالمصالح المرسلة، وهي أن تكون المصلحة كلية محتاجا إليها»(2) مَّخَّرَج على ما قَلّمته من أن ماليكا يُستند إلى المصالح الحاجيّة الكُلِّيَّة في تجويز ما ذلَّ الدليل الأصلي على مَنْعه استحساناً؛ فتشرع المصلحة المرسلة التي تكون على هذا التحو تحقّق كونها مصلحة كُلِّيَّة محتاجا إليها.

والدليل على أنَّه أراد هذا المعنى: أنه مبَشرة بعد تقريره لهذا السرط ذكر مثلاً لاعتبار ماليك للمصلحة المرسلة حاجيّة، وكلها أمثلة استحسانيَّة، أُغنى أنَّها مصالح مُرسلة حاجيّة معارضة لعمومات لفظيَّة أو قياسيَّة، قال ابن السراج في تميله لما قرره: «كقوله -أي: قول مالك- بِجَواز تأخير الأجَرة في الكُرَاء

(1) الفرائي، نافاس الأصول 9/271.
(2) الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب 5/266.
المضارعون، أعني كراء الذَّاتة إذا نقد الدينار أو نحوه؛ وعلَّمه بأنَّ الأكرباء اقتطعوا أموال الناس. فانظَر كيف أجاز بالتبع للضَّرورة (1) إلى غير ذلك من المسائل التي اعتنَّ في إجازتها بحاجة الناس إليها؛ كالرد في الدَّرهم، وخلط الزيت في دار الضَّربة وقسمته بعد تصفيته، وخلط الزيتون في المعصرة، اقتسام الزيت... (2).

فانظر إلى قوله: «اعتَن في إجازتها بحاجة الناس إليها»، فتجوزه كان في مُقابل دليل يوجب عَدَم الجواز؛ فتجوزُ الرَّد في الدَّرهم مُستنثثُ من دليل تحريم ربا الفضل (3)، وتجوز خُلْط الزيت وخلط الزيتون مُستنثثُ من دليل تحريم المزابِة (4)، وهذا استنادًا إلى المصطلحة الكُلبيَّة الحادِجيَّة. وكذلك المثِّال الأوَّل في تجوزه تأخير الإجراء في الكراء المضارعون؛ فإنَّهُ تجوز لِمَا دلَّ (1) أنظر مسألة كراء المضارعون في: المقدمات المهمات 1/451، المواق، التاج والإكيل 7/500، متح الجليل 7/440.

(2) الورشني، المعبر المعرَب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب /422..

(3) قال الحطَّاب: «وصُرَّرتُها أن يعطي الإنسانُ درهماً، ويأخذ بوصفهُ قُليًا أو طعامًا أو غير ذلك، وبالبعض الباقِيَّة فضاً؛ والأصل فيها الميعون... لأنه لا يجوز أن يُضاف لأخذ الثَّمرين في الصَّرف جَنس آخر؛ لأنه يُؤتَّى إلى الجهل بالتماثل، والجهل بالتمثال كتحقيق الغالِب؛ وهذه المسألة مُستنثثُ من القاعدة المذكورة للضَّرورة. وكان مالك يقول بكراءة الرَّد في الدَّرهم، فهُم حَفظ لضَّرورة الناس. ولما رجع إليه أخذ ابن القاسم، وهو المشهور من المذهب مُواهب الجليل 4/1809-1330. وانظر عند: الخرشي، شرح مختصر خليل 5/444.

(4) سيأتي تناول مسألة خلط الزيتون في العصر في بحث الاستحسان.
المدلول على منعه من تحريم اللذين بالذين؛ وموجب التجريز بالضرورة(1)، والماليكية وغيرهم يتجوزون في إطلاق الضرورة على الحاجات العامة؛ كما هو مقرر في موضعه.

وكل ذلك فإن قول ابن السراج: إن مالكًا يراضي الحاجيات كما يراضي الضرورة(2)، محج على ما قلنته، من أنه إذا أثبى على صحة الاستناد للضرورة في تجريز الممنوع، فإن مالكي كذلك يسهم إلى المصالح الحاجية الكليّة في تجريز الممنوع.

لكن يبقى الأشكال عن السبب الذي دفع السُّلطاطي وبعده ابن عاشور أن يُشترط، في المصالح المرسلة أن لا تنحيد إلى زئبة التحسينات.

والذي يظهر لي - والله أعلم - أن كثيرًا من المصالح المرسلة لا تكاد تصفو من معايضة لها من أهلة الشرع القياسيّة واللُغظيّة - على اختلاف قوة هذه الأدلة وضعفها -؛ وقد تقدَّم اشتروط كون المصلحة في حال المعارضة ضروريّة أو حاجيّة؛ فأحسب أن لهذه الكثرة أثرًا فيما ذهب إلى السُّلطاطي وابن عاشور.

ومما يُلغي النظر أن تأصيلات السُّلطاطي في مجال المصالح المرسلة في كتاب «الاعتصام» كان ملحوظًا فيها النظر إلى البدع

---

(1) انظر مسألة الكراء المضمن: الباجي، المنشور/5 115، الموافق التاج والإكيل/7 439/40، 551-552.
(2) الموافق التاج والإكيل/7 496 -497، مبارة، شرح تحفة ابن عاصم/2 102.
وعدم جرِّيها في باب المصالح المرسلة.
فقد يكون لهذا أثرٌ فيما نحن بصدد بحثه؛ فإن كثيرة من البناء الإضافي إنما تُلْجِي في المصالح من بابة التحسينات؛ إذ الهيئات مثلا في العبادات هي من قبيل التحسينات، فنَّمَ ابتداع هيئة مُعيِّنة في عبادة ثانية شرعاء، فهو يرجعها إلى باب التحسينات؛ ففعلُ السَّاطِبي أراد قْطًع الباب وحُسَنه رأساً بمنع أن تكون المصالح المرسلة في رتبة التحسينات.

وذا هذا إذا صحّ، فإنَّه غير لازم البيَّة، إذ لا يُمكِّن المبتدعُ من الابتداع بهذا المُتممٍّك؛ لأنَّ في الشروط الأخرى ما يُبِدِلُ البناء التي من هذا القبيل؛ فاشتراطُ كون المصالح المرسلة مَعْقولة المعني بحيث لا تدخل في باب العبادات يقطع البناء ويحمض مادتها، ولا حاجة بنا إلى هذا الاحتياط بمنع المصالح التحسينية.
فإذا تحرّر هذا، فإن القول بالمصالح المرسلة الواقعة في رتبة التحسينيات إن سليمت من الأدلة المعارضة، فهي مُعتبرة إذا استوفيت الشروط التي نحن في سياق تجريها.

الشرط الزاهي: يُشترط في المصلحة المرسلة أن تكون عامَّة لا
خاصَّة:

شرط بعض أئمة المذهب المالكي أن تكون المصلحة المرسلة عامةً بحيث ينسحب نفعها على عامَّة الناس، ولا تكون خاصة بالأفراد، وعزِّوا هذا الشرط لمقتضى المذهب المالكي. ومِمَّن نَصَّ على اشتراط هذا الشرط ابن السراج: قال: التقرّر
من أنّ مذهب مالك يُقال بالمصالح المرسّلة، وهي أن تكون المصلحة كليّةً محتاجة إليها، ومراده من كليّة أن تكون عامةً؛ وهذا كالشرط الذي اشترطه الغزالي، إذّ جعل شرط قبول المصالح المرسّلة أن تكون ضروريّة وقفعية وكليّة؛ ثمّ فسر الكليّة بأنّها المصلحة العامّة لا الخاصّة.

واشترط هذا الشرط كذلك السّيّد الغزالي، إنّه عند العموميّة في المصالح المرسّلة وسدّ الدّرايع من خواصّهما، وما كان خاصًا بالسيّيء فهو شرط له؛ قال رحمة الله عليه: «وليس القول في سدّ الدّرايع ورغوب المصالح المرسّلة بأقلّ أهميّة من القول في الرخصة، وتعلّقهما بمجموع الأمّة من خواصّهما، بحيث لا يُفرض في أحوال الأفراد».

وقال كذلك في سياق ذكره لشروط اعتبار المصالح المرسّلة: «وشرطها... وأن تكون عامةً؛ هذا صريح مذهب مالك المصلحة».

بل قد شرط هذا الشرط قبل الإمام ابن العربي في القبس حينا عرف المصلحة التي يقول بها مالك رحمة الله؛ قال: «المصلحة، وهو كلّ معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المفهوم العامة في الخليقة».

(1) المعبر المعرّب عن فتاوى علماء إفريقيّة والأندلس والمغرب/5/226.
(2) الغزالي، المستصفى/1/211/4.
(3) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية.
(4) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التقييم/2/221.
(5) ابن العربي، القبس في شرح موطئ مالك بن أسس/2/779/4.
وأيضاً، لما هو أن النبي ﷺ قد قَرَّرَ هَذَا الدِّينَ. وإذاً، فإن القاضي ابن العربي وابن السراج هو شرطًا لأمَّم في المذهب المالكي، فالنظر في المصالح المرسلة يَجِب أن يكون نظرًا كليًا لعموم الناس، ولقد جرى لأئمة المالكية التعبير عن المصالح المرسلة بعبارة: المصالح العامة، وهذا منهن دلالًا على مركزيّة صفة العمومية في المصالح المرسلة المتعددة بها. ومن هذه النصوص:


وقال ابن رشد في مسألة ضمان الصُّناع: «الأصلُ في الصُّناع أنه لا ضمانٌ عليهم، وأنهم مُؤتِّمون لأنّهم أُجراءَ، وقد أسقط النبي ﷺ الضمان عن الأجراء، وختص العلماء من ذلك الصُّناع وضمنهم نظرًا واجتيازًا؛ لضرورة الناس لعلبة قَتَر الصُّناع، ورفقة دقاتهم، واضطرار الناس إلى صَنعتهم، فتضمنهم من المصالح العامة الغالبة التي تَحبُّ مُراعاتها»(2).

وقال النفوذي في مسألة اللّوث في المسامحة التي اعتمد فيها مالك المصلحة المرسلة: «فالعمل بها من المصالح العامة التي بَنِى

(1) الددرير، الشرح الكبير/174، الصاوي، بلغة السالك/4247.
(2) عليش، منح الجليل/513.7.
عليها الإمام مذهبه(1). وَمَن تَتَبَع مَسَائِل المالكية وَجَدَّها طَافِحة باعتبار المصلحة المرسلة إذا كانت عامّة، والتَّنَصِيص على العُموم في هذه المواضع يُنَلُّ على أنَّها من شروط اعتبارها. ولمزيد بيان هذا الشرط وتأريره أسوق في هذا الموضوع مسائل بَنِي مالك على المصلحة العامة:

(1) كِرَاءَة شراء عَنَب الحصَر والرُّمَان الأخضر والإِجاص والتفاح وساير الشَّماَر قبل أن تَطَيِّبَ على أن تَقطع، في الأمصار القليلة الشَّماَر.

لا خلاف في منهب مالك تجويزُه شراء عَنَب الحصَر والرُّمَان الأخضر والإِجاص والتفاح وساير الشَّماَر قبل أن تَطَيِّبَ على أن تَقطع؛ إلاَّ أنَّ مالكًا كره ذلك في غير الأمصار التي يَقَلُ فيها الشَّماَر، وأحب أن يَمنع من ذلك؛ رَفِّقُهُ بُنَاهُ ذلك المكان، ونظرًا لمصلحتهم (2).

ففي «العُتْبِيَة»: وَسَئلَ مالك عن العَنَب الحصَر وعن الرُّمَان الأخضر والتفاح، وكل ذاك لم يطلب، باع على أن يَقطع؛ قال: لا بَأس بنِئاك . . فَكَلِّما أَصَرَّ بالنايس مثل هذا، فأرى أن يَمنعوا إلا الأمصار؛ فإنَّ فائحتهم كثيرة، ولا أرى به بأساً (3).

(1) الغزراوي، الفوائد الدواني 2/181.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 7/275-276. وانظر المواق، التاج والإكيل 6/401.
(3) المرجعان السابقان.
فترة كيف أنَّ مالكُا مَنَعَ بيع الشمر التي لَمَّا تطَب بعدُ في الأمصار القليلة للشمر؛ نَظَرَّا للمصلحة العامة التي تَتَضَمي احتياج الناس إلى هذه الشمر طَابَة الطيب. وتَقييم الكراهية في الأمصار، لأنه لو أُبيح لهم لوُشكُ أن تُباع كُلُّ الشمر على هذه السَّماكِلة.

(2) يَمْنِعُ منْ ذيَح بعض الأعْنام لَحاجة النَّاس إليها حيَّةً؛ ومن بارع نَظَرٌ إمامُ دار الهجرة يُح، أنَّ قال بمعنى ذيَح الفَتْيَ من الإبل المحتاجِ إليه في الحمولة، ومنع ذيَح الفَتْيَ من البقر القوِيَة المحتاجِ إليه في الحرث، ومنع ذيَح ذوات النَّور من النَّعم. ومُدركُ مالك في منع ذيَح هذه الأعْنام ومنع بيعها للذِيَح، هو النَّظَرٌ إلى حاجَة النَّاس العامةً لهذه الأعْنام حيَّةً، في الحمل والحرث والنَّور؛ فقيِّدَ مالكُ حقَّ التَّصرُف في البغلِ بالمصلحة العامة التي تَتَضَمي إيقَاء هذه الأعْنام حيَّةً لِيَنفع بها؛ فللهُ دَرَهُ من فقيهٍ!

قال ابنُ رشد: "يَمْنِع من بيع الفَتْيَاء من البقر القوِيَة على الحرث للذِيَح؛ نَظَرًا للمصلحة، وصلًاُّا لهم".(

(3) كراهةُ تنُقُّش الشمر، لأنه مَيْضَبُ بالناس.

ومن المصالح العامة التي راعها مالكُ كراهةُ التنُقُّش للشمر؛ ومعنى التنُقُّش الذي كَرِهه مالكُ: أنَّ يَحْتَد في بشرة الشمر أذنًا كالجرح، فيسرع إليها التَّرطيب قبل أُوانِه؛ وذلك من الغشٍ إن لم

---

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 7/727-725، الناج والإكيل 6/1401، الحلب.

مواهب الجليل 3/210، عليش، منح الجليل 7/155.

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 7/727-726، وناظر المواق، الناج والإكيل 6/451.
164

(1) رواه مالك في الموطأ في كتاب البيوع، باب ما ينافي من المساومة والمبايعة، رقم 1995، عن أبي الزناد عن الأعجع عن أبي هريرة قال: (لا تلقوا الزكاة في البيع، ولا بيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجحوا، ولا تبيع حاضرٍ لباقٍ. ولا تجبروا الإبل والعتم، فمن ابتغاؤها بعد ذلك فهو بخير التقوى، بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن شئت ردها وصاعًا من ثمر). ورواها من طريق مالك: البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحمل الإبل والبقر والغنم. رقم 201، ومسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل عن بيع أخته. رقم 1515.  

(2) روى يحيى بن يحيى في روايته لموطأ مالك: عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله قال: (لا يبيع بعضكم على بيع بعض). قال ابن عبد البر في "التهميد" (3/16): (هكذا روى يحيى هذا الحديث دون زيادة شيء، وتابعه ابن بكير وابن القاسم وجماعة. ورواها قوم عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله قال: (لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلة حتى يزيج بها الأسواق). وهذه الزيادة صحيحة لا ينكرها ويدعمها، وهي صحيحه. وأنما سائر أصحاب مالك، فإنما هذا المعنى وهذه الزيادة عندهم في حديث أبي الزناد. وهي صحية معرفة من حديث مالك وغيره عن نافع عن ابن عمر في النهي عن تلقي السلع حتى ييطد بها الأسواق). ورواها بالزيادة من طريق مالك: البخاري (عن عبد الله بن)
اضطر بالناس مثل هذا، فأرى أن يمنعوا، إلا الأعمار(1).

قال ابن رشد: "أَكَّرَ عَنْ النَّقُّشَ بالمدينة نَظَرًا للامةة؛ إذ فيه فساد للشمسة، وذلك ضرر بهم؛ فوجب أن ينظر في ذلك لهم"(2).

وقرأ مالك مدركه بما ثبت في النَّسَب من تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ إذ نهى رسول الله ﷺ عن تلقي السلع، وعن أن يبيع حاضر لباد، لأن المعنى في ذلك الرفض بأهل الحاضرة والنظر لعامتهم؛ فقد ثبت في الشروط أصل الشرع كلي هو تقديم المصلحة العامة على الخاص(3).

(4) الجلب والتعشير:

الأصل في مذهب مالك أن يمنع البائع من البيع بخلاف باع السوق؛ لِمَا في ذلك من الضَّرر، واستند المالكية من هذا المنع الجالب من غير أهل البلد، فله أن يبيع كيف شاء; ومناظ الاستثناء في التجزية في هذه المسألة: هو النظر إلى المصلحة العامة؛ ذلك

 يوسف النسيب في كتاب البيع، باب النبي عن تلقي الركيان وأن يمنعه مرود، رقم 2/1265، وأبو داود (عن عبد الله بن مسلم الفقيهي) في كتاب البيع، باب في التلغية، رقم 2/4367، وأحمد (عن عبد الرحمن بن مهندي) رقم 2/4368، ورواه أحمد (عن أبي نوح قردار) رقم 2/5394، والآخرين (عن خالد بن مخلد) رقم 2/454.


(2) المرجع السابق.

أنَّ الجَالِبَ لَوْ أَلْتِمَ بالبيع بِسِعْرِ السَّوق لَكَانَ ذَلِكَ سَبِيلًا إِلَى قُطْع
الجَلَبِ، وَفِي ذلِك مِن الضرَّرِ العَامِ مَا فِيه؛ فَأَجَاز الْمَالِكِيَةُ لِهذَا
الجَالِبَ أَن يَبيع كَيف شاء، نَظَرًا لِلمُصْلِحَةِ العَالِمَةِ(١).

قَالَ ابْنُ العَرَبِيَّ مُفْرِرًا مَدْرَكِ الْمَالِكِيَّةَ: وَهَذَا مَبْنِيًا عَلَى قاعدة
المُصْلِحَةِ؛ فَإِنَّ الجَالِبَ لَوْ قَبِلَ لَهَ كَمَا يُقَالُ لِلرَّجُلِ مِن أَهْلِ
السُّوقِ: إِنَّا أَنْ تَبِيعُ بِسِعْرِنَا وَإِنَّا أَنْ تَقُومَ عِن سُوقِنَا، لَانْقِطَع
الجَلَبُ وَاسْتَضْرَبُ النَّاسُ(٢).

وَمِن السَّمَائِلِ المَشْبَهَةُ لِهذِهِ السَّمَايَةِ مَسَأَةُ التَّعْشِيرِ؛ فَإِنَّهُ يُؤَخَذُ
مِن كُلِّ جَالِبٍ مِن أَهْلِ الدَّمَّةِ العُشْرُ، إِلَّا إِذَا كَانَ الجَلَبُ إِلَى مَكَّةَ;
تَكَثِّرُهُ لِلأَقْوَاتِ فِيهَا، لَكِنَّهَا مُحْتَدَّ الْمُسْلِمِينَ وَقِيلَتُهُم، وَبِالنَّاسِ
حَاجَةٌ لَكُلِّهَا الْقُوَّةِ؛ فَاقْتُضَتْ المُصْلِحَةُ العَالِمَةُ الْعَظِيمَةُ أَنُّ يُؤَخَذُ مِن
أَهْلِ الدَّمَّةِ نَصْفِ العُشْرِ.

قَالَ ابْنُ العَرَبِيَّ: «كَلْوُ مَنْ جَلَبٌ مِنْ النَّاسِ إِلَى بَلَادِ الدِّينِ،
أَخْذُهُ مَنْ عُشْرُ، إِلَّا أَنْ يَجَلِبَ إِلَى مَكَّةَ؛ فَإِنَّهُ يُؤَخَذُ مِنْهُ نَصْفٌ العُشْرِ;
مُصْلِحَةُ سِبْبُهَا الْمُحِيضُ وَالْمُتَحِيضُ عَلَى جَلِبِ الأَقْوَاتِ إِلَيْهَا،
وَفَائِدَتُهُ كَثِّرُهُ فِيهَا. وَلَمْ تَحَظَّ ابْنُ حَيْبَ مِن أُسْحَابِنَا هَذِهِ المُصْلِحَةِ,
وَقَوْمُ المَتَصَوْدِقُ: قَالُ: إِنَّ الجَالِبِ لِلْطَّعَامِ لَمَّا يَكُونَ أَنْ يَبيعُ إِلَّا بِسِعْرِ
النَّاسِ، مَا خَلَاقِّ وَالْشَهِيَّ، فَإِنَّهُ يَكُونُ فِيهِ بَحْكِمَ نَفَسِهِ لِلْحَاجَةِ،

١) المَوَاقِعُ، التَّاجُ، والإِكَلِيلُ، ٢٥/٦، البَاجِيُّ، المَنْتَقِيُّ ١٨/٥، ابْنُ العَرَبِيَّ، البَاجِيُّ،
في شَرِيحَ مَوَأَتَ مَالَكَ بَنِ أَس١٨/٦٨٣.

٢) ابْنُ العَرَبِيَّ، البَاجِيُّ في شَرِيحَ مَوَأَتَ مَالَكَ بَنِ أَس١٨/٦٨٣، وَانْظُرُ: البَاجِيُّ،
المَنْتَقِيُّ ١٨/٥.
ولتمام المصلحة بهما\(^{(1)}\).

وهذه بعض المثل من مذهب مالك تبنيه عمّا وراءهما بين رأّغي المصلحة العامة للناس، وتقديمها على المصلحة الخاصّة في حالة التعارض والتّماد.

وممّا يتعلّق في أن شرط العموميّة أن الحكّم إذا ثبت استناداً إلى المصلحة المرسلة، كان حكّمًا عامًا، بحيث لا ينظر في التطبيق إلى خصوص الأعيان والأفراد؛ حفظًا لقانون المصلحة من الأئمة. قال ابن رضي: "ما طريقه المصالح وقائط الدراي لا يخصص في موضوع من المواضع"\(^{(2)}\). فمثلاً إذا قلنا -على ممّنضى منهج مالك- بتضمين الصّناع فيما يعاب عنه استنادًا إلى المصلحة المرسلة، فإنّ كل صانع يضمّن مالم يضم على الصّياع بينة ولم يكّن من تفرّظهم، ولا يّخصص من هذا الحكم العامّ صانع من صانع، فلا يقال إنّ فلانا الصّنانع أمين فلا نّمضّنّه؛ لأنّ طرّد الحكّم وتحميمه ممّا يكفلّ للحكّم الاحترام، ويقطع السّبيل على هوى التلاعب في التطبيق من قبل القضاة.

هل يشترط في المصالح المرسلة أن تكون قطعيّة؟: 

اشتراط القطعية أو ما قاريها من الظّلّ في المصالح المرسلة سبّق اشترطها من الغزاليّ، أمّا المالكيّة فكان لهم اعتراض عليه وانتقاد: 

---

(1) المرجع السابق.
(2) ابن رشد، المقدمات المبهذات ٢٤٤٢، [دار الغرب الإسلامي]. ونقله عن ابن رشد: المواق، الناج والتّكيل ٥٥٨٧، وعلى، منح الجليل ٥١٤.
فابنُ المنهيّر اعترض على الغزاليّ اشتراكه هذا الشَّرَطُ رأسًا:
فقال: «هو احترامٌ من قائله؛ ثمّ هو تصويرُ بما لا يُمكن عادةً ولا
شَرعًا: أمّا عادةً، فإنّ القطع في الحوادث المستقبلة لا سبيلٌ
إليه؛ إذ هو غيّبٌ عنها...»، قال: «وحاصلُ كلام الغزاليّ رُدُ
الاستدلال؛ لتضييفه في قبوله باشتراط ما لا يُتصوّرُ وجودُهٔ».
والذي يُعينينا في هذا المقام اعتراضه على شَرَطُ القطعيّة؛ فابنُ
المُثّيّر يرى أنّ لا تحقيق لهذا الشَّرَطُ في الواقع؛ إذ القطع في الحوادث
المستقبلة لا سبيل إليه، واشتراط ما لا سبيل إليه هو في الحقيقة منع
لمشروط. وهذا يُفضّي لنا إلى أنّ ابن المثيّر لا يشترط القطع لاعتبار
المصالح المرسلة، إذ لا سبيل إليه عادة. وعلّه، فإنّ الطَّالفُ في هذا
المقام هو المعترأ، والاستمساكُ به والتّعويل عليه والعملُ على
مُقتضاه ممّا ثبت في الشَّرع ثبتًا قاطعًا. وغالبُ المصالح المرسلة من
قبل المصالح القطعيّة التي غالبًا فيها جانبٌ كونها مصلحةً واقعًا، وإذا
اكتُشف في تطبيق أصل الاستدلال المرسل على القطع لكان ذلك آليًا
لا محالةً إلى انحساره انحصارًا يُقرّب إلى القول بمنع الاحتجاج به؛
وعلّه فإنّ شرط قطعيّة تحقّق المصلحة من الشروط التي لا وَجَّهُ لها
في منهب مالك؛ إذ من المعلوم من منهبه أنه يذهب في الاعتماد
على الطالفُ كُلّ منهب في استجواب المصالح ودرء المفاسد.

(1) الزركشيّ، البحر المحيط 8/7.
(2) انتُظر على سبيل المثال مراث العلم بالمال عند المالكية في: اعتبار المالات
واشتراط القطيعة حتي وإن كانت عادياً في المصالح المرسلة
مما يُفضِّل إلى غلق اعتبار باب المصالح المرسلة؛ إذ القطع في
الحُوَارِز الحادثة من حيث وقوع المصلحة وأثرها وقوَّتها من النُذور
والقلْلاء بحيث لا يُناظر اعتبار الباب به، إلا من جهة غلق الباب دون
القولُ فيه.

ومن مثِّل اعتبار الملكيّة ظنًا المصلحة واقعًا، دون أن تكون
محقَّقة الوجود يقينًا - مسألة تضمن الصناع؛ فقد اعتمدت الملكيّة
في تضمينهم على المصلحة المرسلة؛ إذ لو لم يُضمنوا لكان في
ذلك ظنًا راحِجًا في أن يتعدل بعض الصناع على أموال الناس.
وهذا الحكم كان تكيرًا على تحقيق مصلحة حفظ أموال الناس;
نظرًا إلى ظنًا تحقُّقها واقعًا.

وظهور أن رابطة العلم بتحقيق المصلحة يكون بالنظر العامومي،
لا بالنظر الخصوصي.

النظر في أصل المصالح المرسلة مهمة المجهدين:
ومن باع على الشروط المحرَّرة في الأخذ بالمصالح المرسلة، فإنَّ
مُهمَّة النظر في المصالح المرسلة هي مُهمَّة المجهد الراسخ في
علم الشريعة، العالم بمقاصدها، البصريّ بتصاريفها؛ ومَن لم يَكن
من أهل الاستقراء لهذه الشريعة الغرَّاء، فلا حق له في النظر في
المصالح المرسلة، وحقيقًّا به أن يَنكِف عن التّفاصيل فيما لا يُصلَّة
له به؛ قال النَّبي محمد الخضر حسَّين: الرعاية المصالح المرسلة
من أمِّم القواعد التي تأتي بثمار طيبَة، متى تناولها الرَّاسِخُ في
عُلوم الشَّريعة، البصيرُ بتطبيق أصولها(1).

وتلمحُ نُوهاء اشتراع الاجتهاد فيما كان هذا سبيله فيما يلي:

أولاً: العُلمُ بسُكوث الشّروع عن المصلحة هل هي مُلغَةُ أو مُسْكوتة عنها أو مُعتبرة بأصل خاص؟ لا يكون إلا لأهل الاجتهاد المُحيطين بأدلّة الشَّريعة، والمُظَّلعين على مداركها وقواربها.

ثانيًا: تفَرَّق أن من شرط اعتبار المصلحة المرسلة قيام أصلٍ كليّ في الشروع شاهدًا لها بالاعتبار؛ وتحصيل الأصول الكلّيّة في الشريعة لا تتألّق إلا لأهل الاستقراء من المجتهدين، أمّا من كان غريباً عن علوم الشريعة، جاهلاً بتصوراتها وتصاريحها، فما أبعدَه عن هذا المنصب، وما أنتُ عن التّكلم في هذا اللّون الدّقيق من الاجتهاد!!

ثالثًا: مسلك المصالح المرسلة هو من أدقّ المسالك الاجتماعية وأوعرها؛ لذا تباينت آراء العلماء فيها تباينًا تقدَّم الإيماء إلى طرف مته٥، فالاسترسل في هذا الأصل من غير بِصيرة ولا تثبت يفضي إلى تجاوز الحدَّ، وقد يخرج بصاحبه من الاستباط من الشروع إلى التشريع رأساً، كما أن الإحجام دون إعماله ينود إلى مُرابَلة العدل، ومُفارقة؛ فلهذا كان هذا المسلكُ الاجتهادي بحاجة إلى رسومٍ قدم في الشريعة، وشفوف نظر فيها. قال ابن كثي٥ الغير: "... والاسترسل في ذلك غظيم، وتقع فيه مُنكَرات عظيمة الوقف في الدين، واسترسل قبيح في أذى المسلمين، ولست أثَّار على من اعتبر المصالح

(1) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/19.
المرسلة، ولكن يُحتاج إلى تَنْظِير شَدِيد، وتأمل شديد، وعدم التجاوز للحد المعتبر(1).

وهذا ما حدث بابن رشده الحفيد -بعد تردد في القول بالصحيح المرسلة- أن يُفوَّض النَّظر في هذا النوع من المصالح إلى العلماء العالمين بحكم شريعة ومقاصدها، المؤمنين فيها، قال ﷺ: » قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء... حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرعٌ زائد، وإعمال هذا القياس يُهْن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقض، والتوقف أيضاً عن اعتبار المصالح تطرق للنسبة أن يُسَرَّعوا لدعم السّمَّى التي في ذلك الجنس إلى الظلم، فلفظٌ ضّأ أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكم الشرع الفضلاء الذين لا يَتَّحُمون بالحكم بها... (2)

وقد خال بعض من المعاصرين أن هذا الأصل سُمِّح مركبه، سهل طريقه؛ فأخذوا فيه أخذ غير المتضصر بمعالم الشرع، ولا المتهدي به؛ فتنكروا عن سوي المنهج، وجعلوا عن واضح الجدل؛ حتى رأوا تفسّر أحكام الدين المشدودة غرّاه بذَّهو المصالح؛ وما المصالح وتنكيباتهم إلا كما المنجد والمغور، أن يُلتقينا!

---

(1) ابن دقوق الأعبل، شرح الإمام 188/2، وقَّعه عنه الزركشي في البحر المحيط 8/88، «لست أُنظر على من اعتبر أصل المصالح؛ لكن الاسترسل فيها وتفيقها يُحتاج إلى نظر سديد، ربما خرج عن الحد المعتبر».

(2) ابن رشد، بداية المجتهدين 23/8، 881.
المطلب الخامس
مجال القتل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي

الفرع الأول
خصوص المصالح المرسلة بالأحكام المعلَّة

المجال الخصٌّ لإعمال أصل الاستدلال المرسل هو في الأحكام التي تتأسس على المعقَّلية التقييدية، والجائرة على نهج المصالح الملائمة للنظر العقلي، لذا كانت أبواب المعاملات هي الباب التي يلج منها أصل الاستدلال المرسل، والطريقة اللأَّاجب الذي يجري فيه، والأرْض الخصبة التي يعمّل فيها، وذلك أن أبواب المعاملات هي أبواب متيّبة على العُلُّ المتعَّقة، ومنسوجة نسجًا تُعدُّ فيه المعقَّلية ومناسبة الظاهرة لحمتهما وسِداها.

أما أبواب العبادات فهي أبواب يندر أوضاعها وفيها وقوع التَّعَطيل التَّفاصيلي، الذي يكون على أساس إعمال الأصول المصلحة؛ وقد شُبِّق في شروط الأخذ بالمصالح المرسلة تقرير هذه المعاني وإبناها في منهبه مالك؛ لكن يبقى هنا أن يندَّل على التفرقة بين أبواب المعاملات وأبواب العبادات في أَخْذ المعاني المصلحيّة في الأولى دون الثانية، ومحصل الأنِّاء المثبتة للالتفات إلى المعاني في أبواب المعاملات دون العبادات ثلاثَة أدلَّة: 
الدليل الأول: لقد دل الاستقراء المفيد للفتح أن الشارع قاصد في أحكام العادات والمعاملات إلى معايير الخلق، بحيث تدور أحكامها مع تلك المصالح ووجوداً وعندما؛ فترك الأمر يمتنع، فإذا علقت به مصلحة راجحة تدرك المنع إلى الجرائز، كما هو الشأن في الحُرَّم بالذَّلِيلِ، فقد منع في البيع، فلم يجرى على المكارمة في الفرض جاز تحصيلًا للمصلحة الرائحة. وقد تفقَّدت أبواب العبادات فلم يوجد هذا المعنى لائحاً فيها كما وُقَف عليه في العادات والمعاملات؛ فمثلاً: إذا نظر إلى الظهارة وجدت تتعدى محل موجبه، وكذلك الصُّلُوات تعيَّنت فيها أعمال مخصوصة على هيئات مخصوصة بحيث إن خرجت عنها لم تكون عبادات؛ وذلك كله لا يدخل في منطق التَّعَمَّل التَّفصيليّ.

الدليل الثاني: أنّنا رأينا الشَّارع في أحكامه في العادات والمعاملات يتوسَّع التَّوسَع الذي ليس يَخْنَى في بيان العلل، وإِبَراز المناطح، وتعليل الأحكام بها؛ فنَلَت هذه الكثرة من الشَّارع على أنه قاصد في تلك الأحكام أتباع المعاني، وفِيه تنبيه لأهل النظر على اقتفاء العلل فيما جرى هذا الحدَّر، وأخذ في هذه السبيل.

أما العبادات فإن الأمر على خلاف ذلك، في العُموم الأغلب.

الدليل الثالث: أنَّ الالتفات إلى المعاني المصلحيّة في العادات ممّا كان معلومًا عند أهل الفترات، وقد عوَّل عليها المُقلاء منهم حتّى

(1) الشاطبي، المواقف 2/305، 300.
(2) الشاطبي، المواقف 2/307، 301، 303.
استقامت مصالحهم، وُجِّرت حياتهم على نوع أساسي وانتظام؛ بحيث قامت لهم حضارات مشهورة، ومدنٍ ذات راقيّة؛ إلّا أنهم قضوا في جملة من التفاصيل؛ فسُجِّل أن ثبوت المُحَلِّم مبائل الكمال التي لا يناسبها نظام، وترجُح بها إلى معايير التّمام. أمّا وجوه العبادات عند أهل الفترات فقد ضَلُّوا فيها الضلال البعيد، ولم تُنَكَّ العقول لتنقل بذرِّك وجوه التّبعيد وأوْضاعه؛ بل من هذه الجهة دخل على كثير منهم التغيير للسُّرائع المتقدمة؛ إذّ أفراد عقولهم فيما لا مَجال لِإِيْمَانِهِم. ومنه عُلِمَ افتقار أبواب العبادات إلى التّوقيف من الشّارع، والمؤرّخ عنده، وعدم الالتفات إلى المعاني؛ بخلاف أبواب العادات المعمولات(١).

وعلى هذا النهج مَثَّى مالك وأصحابه، وبهذا الأصل تَمَسَّكوا واعتمدو؛ قال الشّافعي: "فالمصالح المرسلة عند القائل بها لا تَدْخُل في التّبعادات البَيْنَة؛ وإنّما هي راجعة إلى حُفْظ أصل الصلة وحياطة أهلها في تصرُّفاتهم العادلة، ولذلك تجد مالك، وهو المسترسل في القول بالمصالح المرسلة، مُشَدَّدا في العبادات أنّ لا تقع إلاّ على ما كانت عليه في الأوَّلَين"(٢).

وإذ استبان مجال توظيف أصل الاستدلال المرسل، فإنّي أُعِيّب البحث بتجليّة موقع هذا الأصل في السياسات الاستصلاحيّة في المذهب المالكيّ:

(١) الشافعي، المواقفات ٢/٣٠٧، ٣٠٦ و٣٠٥. وانظر في المسألة كذلك: المواقفات ٢/٣٠٦.
(٢) الشافعي، المواقفات ٣/٧٥٠-٧٥٤.
الإفتاء الثانية

الإمضاء على الحِكَام في الأحكام

السياسية الإصلاحية التحريضية

في إجلاع مظاهر سلوك مسائل الاستصلاح تلافى الفساد
الحائض للحلق، ومعلجة ما يعتري المجتمعات من انجراف وشرور؛ والسياسة الشرعية التي يرجع دليل اعتبارها إلى المصالح
المرسلة كفيلة بأن تكون سبلة للتصدى لهذا الفساد الحادث الذي
لا تجد له في الشرع حكما منصوصا على عينه أو أصلا يُناس
عليه؛ وإن طبيعة تبدُل الأحوال وتغيير الأزمة والأمنة والبيئات
ممّا يتوجب ضرورة أن تكون المصالح وإلى جنبها المفاسد
والشرور متجددة، وهذا ما يلزم حياله اللجوء إلى خطة الاستصلاح
لتصليح المصالح المستجدّة وتلافى المفاسد المستجدّة.

وقد قَرَّرُ عِلماء المالكيّة أن خطة الاستصلاح من أهم المخطط
التي يستند إليها في التوسعة على الحكّام في الأحكام السياسيّة
الإصلاحية التعزيرة، وعدم الجمود في هذا المقام على
سياسات ثابتة لا تغيّر، ولا تلتحظ تغيير الأزمة والأمنة والبيئات.
وممّا يحسن أن يُتبّيه إليه أن كثيرا من السياسات التي رويت لنا
عن الصّحابة رضي الله عنهم كانت سياسات تحكمها طبيعة الظروف
من زمان ومكان، وطبيعة الواقع الذي كان في عهدهم، غير أنّ
بعض الفقهاء معَ أنَّ جاؤوا بعد عهد الصحابة حسبوا أنَّ هذه 
السِّياسات شرائط عامَّة إلى يوم القيامة، فليس لهم أن يتصرَّفوا فيها 
بما يقتضيه الطُّرف المكيّف لطبيعة المصلحة، وقد تَبَّه إلى هذا 
الخليل ابن القيصر حيث قال رحمه الله في سباق ذَكره لبعض 
الاجتهادات الصاحبة المرتَكزة على المصلحة:

والمقصود: أن هذا واتهمه سياسة جزئية بحسب المصلحة، تختلف 
باختلاف الأزمنة، فظنها مَن ظنها شرائط عامَّة لازمة للآفة إلى يوم 
القيامة. . .(1).

وكتيرًا ما نجد المالكيَّة يُطلَلون بعض الأحكام السياسيّة التَّعريبيّة 
وغالبًا من قبيل التشديد- بأن الرَّمَان قد فسد، وأن الحكم 
الذي كان في العهد الأولى إنما كان والناس أهل أمانة وبيانة، أمًا 
وقد ضَعَف الوازع فإنه من الَّخلط على الشريعة، ومن الظلم 
للخلق، ان يترك الأمر من غير معالجة مرتَكزة على رعي المصلحة 
الشريعة التي أسس عليها التشريع. فالضَّرر والحُرج لا يحق بالخلق 
إلا لم يُستأنف النظر فيما هذا سبيله.

قال القريشي مَقبلًا أصل التَّوُسعة على الحكَام في الأحكام 
السياسيّة الشريعة: أن الفساد قد كثر وانتشر، بخلاف العصر الأول، 
وُمَتَّع ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشريعة بالكليَّة، 
لقوله: لا ضَّرر ولا ضَرار. (2) وترك هذه القوانيين يودي إلى

(1) ابن القيم، الطريق الحكَمية 19.
(2) رواه مالك في الموظأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم 211، عن
الصّرر، ويُؤثّر ذلك جميع النّصوص الواردة بِنفِي الحَرّجٍ(1).

تَمّ إنّ النّشَاع في أصل وَضّعه للنّشّع، كان نَاظَرًا إلى اختلاف
الأحوال في بناء الأحكام على أساس اختلاف المصلحة فيها.
وعـُدّاً ما يُفسّرُ الاختلافات والمُباينات الكثيرة في النّشّع الذي قد
يُظَنّ من أن يَنْبُع النّظر فيها أنّها تفرّق بين المتماثلات، والأمر
ليس كذلك، بل كان التفرّق على أساس المصلحة المختلفة
بِحَسّة الظرف الموجب له والذّاعي إليه(2).

وـمِن القواعد التي بُسُمَة لأصل النّوسعة على الحُكّام في
السّياسات التعزيزية، قاعدة النّوسعة في حَال ضَاق الأمر ويَنّا
الحرّج والعقّة؛ لأنّه إذا مضّاق الأمر عن استصلاح الفساد إلّا
بالاتّباع في هذه السّياسات توسّع فيها؛ وقاعات النّوسعة ملحوظة
في كلّ أبواب الشّريعة في حَال ضاق الأمر(3).

= يحَيّي الحاصلي مرسلاً. وللحديث طَرّق لا يُسلّم واحد منها من ضعف. وقوَى
بعضهم هذا الحديث بكتة طرقة، منهم ابن الصلاح (جامع العلوم والحكم)،
wالحاوي في (الأربعين)، وأخره ابن رجب الحنابل، وقال ابن عبيّ البر (التمهيد
108/20) (1): وأمّا معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول. وقد احتَج مالك بهذا
الحديث في (الموطأ) (رقم: ١٣٣٦، جزءًا به، واحْتَج به كذلك الإمام أحمد
وجَرّ ب نفسه للنبي ﷺ (جامع العلوم والحكم). وانظر تفصيل طرق الحديث عند
ابن رجب الحنابل في (جامع العلوم والحكم)، والزّيلعي في (نصّ الراية)،
والألباني في (إرواء الغليل ١٨٥)، والسلسلة الصحيحة ٢٥٠).

(1) الفراقيّ، الذكرية ١٠، إبن فرحون، تكسرة الحكّام ٢/١٥٣.
(2) الفراقيّ، الذكرية ١٠، إبن فرحون، تكسرة الحكّام ٢/١٥٤.
(3) الفراقيّ، الذكرية ١٠، إبن فرحون، تكسرة الحكّام ٢/١٥٥.
لكن إعمال أصل الاستدلال في السياسة الشرعية يجب أن يكون برعشي المصالح الشرعية المعتبرة، وأن يوكل النظر فيها إلى أهل الدراية والعلم، وأن لا يتعذى بها إلى ظلم الناس، أو إلى تحقيق مصالح خاصة بطائفة بعينها.

الفرع الثالث

أهمية أصل الاستدلال المرسل في تدبير أمور الأمة

إن من أعظم الخطط التشريعية الكفيلة بعملية الشرعية وصولحيتها في أن تكون شريعة مُهيمنة على الحياة، وحاكمة لها على غير نظام وأقوم سبيل: خطبة المصالح المرسلة، التي تشير للمجتهد الناظر في أحوال الأمة وما ينوبها الطرق والمسالك المصلحة التي تجعل فن الأمة أمة متمهنة متحضرة، تتويج العدل وتشهد المصلحة التي ارتضها الشارع للأمة في أحكام شرعه، قال ابن عاشور: "طريق المصالح هو أوسع طريق يسلكه الفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازله ونواتها إذا التبست عليه المسالك، وإن لم ينتبه هذا المسلمك الواضح والحجة البيضاء، فقد عدل الإسلام عن أن يكون دينا عامًا ولا يلزم.

وممّا يجلّى هذا الذي قدمته، أن القيام - بمفهومه الضيق - (1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 15:31-32.
كخطة تشريعيّة لا يقوم بتغطية جميع الحوادث بالأحكام، كما أن النّظر في هذا النوع من الاجتهاد هو نظر جزئيّ؛ إذ يتعلّق القايس بتشبيه فرع بمسألة ورد فيها التّص أو الإجماع. فيحتاج ذلك إلى أن يرجع في كلّ مسألة حادثة إلى تقضي الجرائم والنظير فيها وتلعب وجة الشبيه. وهذا ما قد لا يسمح به الظروف لتسارع الأحداث في تطلّب الحكم الشريعي. أمّا خطة الاستدلال المرسل، فإن المسائل الحادثة تُعرّض على أجناس المصالح التي عُهدت في الشَّرع اعتبارها، ثم الخُلوص إلى المشابهة بين المسألة الحادثة والأجناس المصلحية الشريعة؛ وهذا من اليسر والشرع الذي لا يكون في القياس الأصولي الخاصّ.

على أن بعض ما يتعلق بالمصالح المرسلة هو ما كان من قبيل السياسات العامة المصلحة، التي لا تحتمل أن ينَّمَّب بها المجتهُد إلى التشبيه بجُزئيات التّشريع، بل النّظر فيها ينبغي أن يكون بمقاييسها على أساس منطق التّشريع في أحكامه ومنهجًا فيه وروحه التي تسري في كيانه؛ ففي ذلك ما يكسب الحكم الذي ينتهي إليه فُؤادًا ورِجاحةً، لإيالته إلى الأصول القطيعيّة أو القررية من القطع.

وتأسّسًا على ما بسبق؛ فإنّ ظبيفة الإمام الذي يتولّى أمرّ الأمّة هو السّعي في مصالحها جليّاً لها، ودعاً لّما يكون خارماً لها؛ قال القاضي ابن العربيّ: «الإمام ناظر للمسلمين، فينظر فيهما هو أغْوُدُ»

(1) انظر: اب عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٩٩٩-٣٠٠.
لهم بالملحة، وأنفع في الآجة والعاجلة"(1). ومن حكمة شرط العلماء لمتوالي الإمامة العظمى شرط الاجتهاد؛ فبذلك يمكن للإمام أن يكون نظرًا في مصالح الأمّة متكيفًا بقواعد الشّرع، وسائلاً منهاجها. والأحكام التي تَستَنّى إلى المصالح المرسالة والتي تتعلق بعُمور الأمّة، ينبغي أن لا يختصّ بها الإمام؛ تسديدًا للاجتهاد، وتلافية للاستبداد؛ ففيجب أن يُشرّك فيها المجتهدون نظرًا وتفريًا، لا على أنّه شرط كمال وتمام، بل على أنّه شرط وجوه وزوم.

* * *

(1) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/598، الفراهي، النخيرة 10/43.
المبحث الثالث

المصالح المرسلة في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحجيتها، والاعتراضات الواردة عليها، وعلاقتها بالنصوص الشرعية، وبالأصول الإجتهادية في المذهب

وتكون دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجيّة المصالح المرسلة.
المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على أصل حجيّة المصالح المرسلة.
المطلب الثالث: علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية، والأصول الإجتهادية في المذهب.
المطلب الأول

الأدلة الناهضة بحجية المصالح المرسلة

أصل الاستئصال يستمد حجيته من أدلّة الشريعة؛ فلذلك كان هذا الأصل أصلًا من أصول الشريعة، قال الشافعي: «المصالح المرسلة وهي من أصول الشريعة المبني عليها، إذ هي راجعة إلى أدلّة الشريعة» (١).

ومن خالف في أصل حجيته فهو محجور بما سيأتي من أدلّة قاطعة في المسألة؛ لذا فلا اعتداءً بمن خالف فيها، قال ابن عاشور: «ولا يخالف في أصل اعتباره منصفًا بعدما يمر على تصاريف الشريعة، وقَّمٌ أساطين حملتِها» (٢).

وهذا الذي حمل القاضي ابن العربي أن يقتَسِم في العبارة على مَن لم يعتبر المصالح المرسلة والاستحسان، وعَدَ المُتْبَكِر لذلك إنّما أَتي من عدم فهّم الشريعة؛ قال: «ولَم يفهَّم الشريعة مَن لم يَجْهَم بالمصلحة، ولا رأى تَحْصَص العلة!» وقد رَمَ الجُوَيْنِي رَدَّ ذلك في كتابه المتاءح، التي هي نُجْهة عقيدته ونخيلته فخُرِّته، فلم يستطعه؛ ونُفَاَضَت الطُوْسيargest Thunderbolt الأكبر في ذلك وراجعته، حتَّى

(١) الشافعي، المواقف ٢٨٤/٧٤.
(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢٢١/٢٢١.
وقَفْتُ(1). بل لقد بَلَغ الأمرُ بابِن عاشور أن يُلْحِق مَن قَال بَرِّد الاستدلال المرسل من غير ترددٍ بنفاة القياس، قال بابِن عاشور: «وَيَسْبِعُ أَن يُكُون المخالف في تحصيَّلها بدون ترددٍ ملَّاحٍ بنفاة القياس...»(2). وجُمْلَة الأدلة الناهضة بحَجِية المصالح المرسلة تتمثل فيما يلي:

الدليل الأول: عمَّ الصَّحابة وإجماعهم.

لقد لحقَّت النَّبي ﷺ بريءٌ والذين قد تم وَكَّل، فخلق الصَّحابة الأكادم رضي الله عنهم نبيَّهم في منصب التوقيع عن الله، وسياسة الأمة والنَّظر في مصالحها، فقاموا بهذا المنصب حقَّ القيام، وكانوا لمن بعدههم أئمَّة يَهْتَدِى بهديهم، ويستنبط طريقتهم في الاجتهد السياسي والنَّظر المصلحي.

الناظر في عهد الصحابة يجد بأن هناك تُحَدِّيات واجهها، من أبرزها:

وفاة النَّبي ﷺ، وكان مصداً للأشكال؛ وأتِسْعَ الرّقعة الإسلامية أتِسعا لم يَكُن في عهده ﷺ، مما استدعى نظراً جديداً في طريقة إدارة الدَّولة بحيث تُحَفَّظ مصلحة الأمة في أي موقع كانت. وكان من نتائج الأمر السابق، أنَّ أمَّا وَشَعُوب دخلت تحت بِظَلَّة الإسلام وحُكمه، لهذه الشعوب حضارتهما ومدنِّيتها وثقافتها

(1) ابن العربي، أحكام القرآن ٢٧٩/٢.
(2) ابن عاشور، مقاتض الشريعة الإسلامية ٣١١.
وعاداتُها؛ ممَّا استدعى بعض المعالجات السياسيّة والمُنظَر المصلحي في كثير من التحال والمجاليات.

وإنَّ المتصفح لسياسات الصحابة وبخاصة الخلفاء الراشدين، ليعجب من هذا التوسع في الأخذ بالمصالح والاستناد إليها دون تهيب ولا تلقّو، مع المحافظة على قصد الشارع في الأحكام، بل إن الصحاقة قد أخذوا بالمصالح وسلكوا سياسات لم يكن لياخذ بها الفقهاء بعدهم.

والصحابة بحكم معايشتهم للتنزيل ومجالستهم لنبي الإسلام، وإشراكهم لهم في التطبيق، ومشاركتهم في القضايا الخاضعة للسياسة والمصلحة، كل ذلك كان عونًا لهم وسندًا في تلك الاجتهادات المصلحية التي ستوها. وخير من اقليدي به بعد النبي ﷺ هم الصحابة، فهم أكملُ الأمة رأيا، وأسدلهم نظرًا، وأفهمهم لدين الله.

قال الأبياري محتاجًا للمصالح المرسلة: »إذا نظر المصنف في أفضية الصحاقة، تبين له أنهم كانوا يتعلّقون بالمصالح في وجوه الرأي، ما لم يُدّن التليل على إلغاء تلك المصلحة... وهو أمر مقطوع به عن الصحابة«(1).

وعلى نهج الأبياري في الاستدلال قال الفراتي: »... أنهم حذّدوا أمورًا بالمصالح المرسلة وأجمعوا عليها منها: ... وأمور لكثيرة لا تُحد ولا تُحصى، لم يكن في زمن

(1) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤٠٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٥٠.
النبي ﷺ شيء منها، بل اعتمد الصحابة فيها على المصالح مطلقة، سواء تقدم لها نظير أم لا. وهذا يفيد القطع باعتبار المصالح المرسلا مطلقة، كانت في مواطن الضرورات، أو الحاجات، أو التماثل.(1)

بل إن غالب ما وقع من إجماع في عهد الصحابة ﷺ كان مستندًا المصالح المرسلة، حاشا المعلوم من الذين ضروراً، وفي هذا يقول الشيخ ابن عاشور: «ونحن إذا اتقننا إجماع سلف الأمة من عصر الصحابة ومن تبعهم، نجدونا ما اعتمدوا في أكثر إجماعهم - فيما عد المعلوم من الذين بالضرورة - إلّا الاستناد إلى المصالح المرسلة العامة أو الغالبة، بحسب اجتهادهم الذي صب تواطؤهم على أدلة ظنٍّية قريبة من القطع، وقلما كان مستندهم في إجماعهم دليلا من كتاب أو سنة. ولا جل ذلك عد الإجماع كثيراً ثامناً، لأنه لا يُغلب مستندهم، ولو انحصر مستندهم في دليل الكتاب والسنة لكان مُلَحَّقًا بالكتاب والسنة، ولم يكن قسيماً لهما.(2)

ومن القضايا التي كان مرجع الحجة فيها لدى الصحابة ﷺ أصل الاستدلال المرسل:


(2) ابن عاشور، مبادئ الشريعة الإسلامية 312.
1- جمع المصحف في عهد أبي بكر وفي عهد عثمان
فَيَغْلِبُ الصَّحابَةِ هذا كان سياسة منهم، مُستندين في ذلك إلى المصالح المرسلة، فلم يسَّق لِصُنعهم الذي أُقِدَّموا عليه فُعل منه ولا أمر منه لهم بِفعله والإقدام عليه؟ قال القرافي: «ولم يُقَدَّم فيه أمر ولا نظير»(١)، وعدم الأمر وانتفاضة الأساليب في عهده لم يكن حاجزاً للصحاباء دون الإقدام على ما صنعوا ذلك أن الموجب الذي استندوا إليه والمقتضى الذي اعتمدوا عليه في جمع القرآن لم يكن في عهد النبي عليه الصلاةِ وعليه السلام، فرأوا أن من مصلحة الدين حفظا له أن يجمعوا القرآن في مصحف جامع لم يمض من كثرة القتال بالقراء الذين جمعوا القرآن جفظا، فحَشَثُوا إن ترتكوا الأمر من غير عفَّة ويثاب، أن يبدأ الأمر عن الإصلاح، قال الشاطبي: «ولم يرد نص عن النبي عليه الصلاةِ وعليه السلام من ذلك، ولكنهم رأوا مصلحة تناسب تصرفات الشَّرِيعَة قطعاً؛ فإن ذلك راجع إلى حفظ الشريعة، والأمر بحفظها معلوم، وإلى منع الدعوة للاختلاف في أصلها الذي هو القرآن، وقد عُلِّم النَّهي عن الاختلاف في ذلك بما لا مزيد عليه»(٢).

(١) القرافي، شرح التفيح ٤٣٦، نفائس الأصول ٩٢٧١/٩، ابن فرحون، البصرة ٢/١٠٤، الشاطبي، الموافقات ٢/٣٤١-٣٤٧، الإعتصال ٢٥/١-٢/٤، ١٣١١/١.
(٢) القرافي، شرح تفتِّيح الفصول ٤٤، ابن فرحون، البصرة ٢/١١٧-١٢٢/١، ابن عاشور، مقدمات الشريعة الإسلامية ١٢٠-١٢٣، أبو زهير، مالك ٣١٨.
(٣) الشاطبي، الإعتصال ٣٣/١٦.
فأساسًا ما اعتمده الصحابة في الأمر الذي فعّلوه هو المصلحة المرسلة؛ وقد عبر عنها كل من عمر بن الخطاب وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما بقولهما: "هو والله خير"(1).

قال ابن عاشور: "فقول عمر: "هو والله خير" ثم اشراح صدر أبي بكر، فعلم منه أنّه من المصلح؛ لأنّ الخير مُراد به الصلاح للأمة. وقول أبي بكر وزيد بن ثابت: "لم يفعله رسول الله ﷺ فعلم منه أنّه مصلحة مرسلة ليس في الشريعة ما يشهد لاعتبارها، وقد أجمع الصحابة على اعتبار ذلك"(2).

فإذا ثبت أنّ لا دليل للصيحة في القول بجمع القرآن إلا المصالح المرسلة، ثبت بذلك أصل المصالح المرسلة بإطلاق؛ لأنّه إذا ثبت جزئيّ واحدٌ في المصالح المرسلة -وسلم به المعترض - ثبت به مطلق المصالح المرسلة؛ إذ لا يَستقيم البتّ الإقرار به دليلًا في مسألة ثم يَعترض عليها أصليًا؛ وفي هذا يقول الشاطبي: "إذا ثبت جزئيّ في المصالح المرسلة ثبت مطلق المصالح المرسلة"(3).

2– اقتصار الجمع في عهد عثمان على حرف واحد من الحروف السبعه(4): 

(1) تقدم ترتيبه.
(2) ابن عاشور، مقصد الشريعة الإسلامية 312-313، وانظر المواقف 2/341.
(3) الشاطبي، الاعتصام 1/45، 311.
(4) القرافي، شرح تيقين الفصول 446، ابن فرحون، الفصوص 2/153.
ومن أجل واعظم السياسات الشرعية التي ناء بها الخليفة الرافض عثمان بن عفان، جمع الناس على حرف واحد، وكتابته المصحح للأمور لتكون إماماً لهم، ثم تحريره المصحح ممّا في أيدي الناس. والسّابق الداعي لعثمان لما صنعه هو ما وقع من اختلف بين أفراد الأمة، وقد أستعت الرقعة الإسلاميّة وانضوى تحت لواء هذا الدين شعب وأجناس، فلم يستوعبو هذا الاختلاف في الأحرف التي نزل القرآن بها، بل كان ذلك سبيلا لفتنة بعضهم، فكان الرأي المصلحي الحاضر من عثمان بمشورة من كبار الصحابة الاقتصر على حرف واحد، وحمل الناس عليه؛ وهذا حسبًا لما نرى الاختلاف في القرآن، المؤدي إلى الاختلاف في الدين نفسه(1).

- وتزكّر عمر قسمة المخائم من أرض سوا سواد العراق
- لتكون عدّة لنوائب المسلمين إذا قلّت الفتوى(2). فنرى من هذا الاجتهاد الفريد من عمر بن الخطاب عدم قسمة الأرض المفتوحة عنة على الفاتحين، وإنما تركها أرض خراج. وهذا الفعل المصلحي من عمر كان على أساس من المصلحة العامة التي يجب أن تراعى في الاختلاف، فرأى هو وبعض جملة الصحابة أن الدولة أستعت رقعتها وامتدّ سيطها، والدول المجاورة للدولة الإسلامية تترِضى الفرصة بالدولة الفنيّة، وتترقب

---

(1) ابن القيم، الطريقة الحكيمة 19، إعلام المواقع 4/283.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 316.
منها صَعْفًا مُّواطية، ولم تكُن الإيرادات التشغيلية لتفي بالاحتياجات الدولة وحَظَّت أمها؛ فكان الرأي الحكمٌ أن تُرك أرض السُّواد يد أهلها الأصليين على أن يُفرّق عليهم الخراج الذي يُستعان به في تلبية احتياجات الخلافة الإسلاميَّة.

ولا يُقال: إن هذا الاجتهاد من عُمَرُ قد خالفه فيه بعض الصَّحاباء، فلا يَستقيم أن يُدخل ضمن إجماع الصَّحاباء على الاستناد إلى المصالف المرسلة. لأنه يُجاب عن ذلك: بأن الإجماع حاصل لا بحُصول هذه الواقعة الواحدة، وإنما الإجماع في المقرُّ المُشترّك بين كلٍ هذه الوقائع والاجتماعات، التي تَقطع معها أن الصَّحاباء رضي الله عنهم كانوا يَرَجُون إلى هذا الأصل في الاستدلال إن أَعْرَفُهم النَّليل السَّمعي.

٤- تضمن الصَّناع:
قصَب بعض الخلفاء الرَّأيدين رضي الله عنهم بِتضمين الصَّناع؟
وُجَّهَت المصلحة في تضمينهم: أنَّ النَّاس لا استغناء لهم عن الصَّناع، ولهم بِهِم حاجة مَاسة، وهم يعجرون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التَّفريط وترك الحفظ، فلو لم يُحمَّل بتضمينهم مع الحاجة الملحة إليهم، لَأَدَّى ذلك إلى أحد أمرٍ: إِنَّا ترك الاستصاناع جملة؛ وهذا مَا يشُق على الخلق ويوثقيهم في الحرج والَّجْنَة؛ والسَّرعُ قَصد في أحكامه إلى رفع الحرج عنهم، ودفع المشقَّة الواقعة أو المتوقَّعة بِهم.
وإِمَّا أن يَعملوا ولا يضمنوا ذلك إن أَعْدوا الهلاك أو الصِّياغ.
فتنبِع أمُوال الناسِ، وِيكون ذلك سببًا إلى تطبيق الصناع على الخيانة وعَدَم التَّحرِز؛ لا سَيَّما مَع فَساد الرَّماحِ، وَقَلِيلَة الْدِّينَة والأمانة. وَعَليهِ، كَانَت المصلحة أنْ تُضَمِّنَوا جْفَطًا للمصلحة العامَّة، وَتَقْدِيماً لها على المصلحة الخاصَّة(١).

وَهذَا المَعنى هو الَّذِي رَمَى إليه عالِيٌّ فيما رَوَى عنهِ: "لا يَصِلُح النَّاس إلاّ ذلك"(٢).

٥- الاِشَتراك في القتَل:

ذَقَبْ عَمَّر بن الخطَّابِ٣ وَجَلَّةً من الصَّحابة رَضي الله عَنهم إلى إنفاذ القصاص على الجَماعة المشتركة في قتل الواحد، وَهذَا منهم اعتمادا على المصلحة المرسلة؛ إِذْ لا نُصْ في عين المسألة وَحْصوصها، وَلِيس لهذه المسألة أَصل مُعيَن يُقاس عليهِ؛ فَلا يَقَال إنْ أَصله قُتْلٌ المنفرد؛ إِذْ إنَّه قاتل حقيقَة، وَالمشترك ليس بَقاتل حقيقَة؛ غِير أنَّ المصلحة الكلَّيَّة القاضية بِحفظ الدُّماء المُعصومة وَحقَّنها، تَقْضي بِوجوب القصاص على المشترِكين؛ إِذْ لَو لم يَجب القصاص لآكلَ ذلك إلى انخراط هذا الكُلْيَّة، وَذلك بِأن يَتَذَا رَ النَّاس بالاشتراك في القتَل لَتَلَافى القصاص عنهم لعلمهم بارتفاعه؛ وَهذَا أَعْظَم حِراَقٍ وَخَرَم لِهذَا الكُلَّيَّة؛ فَاقْضِتَ المصلحة الكلميَّة في

(١) السِّلَاح، مواهب الجليل ٥٣٠، عليّ، منح الجليل ٧، الشاطبي، الاعتمام ٣٢، أَبْرُزْرَة، مالك ٣١٩.
(٢) ابن أبي شِيَبَة، المصنف رقم: ٢١٠، ٣٦٠، وفي صحته نظر.
(٣) مالك، الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيبة والسحر، رقم: ١٥٦١، سحنون، المدينة ٤٥٤.
حفظ الأنصار وِجوب القصاص على المشتركون في قتل الواحدة؛
وَهذَا عِنْ الْقُولِ بالمصلحة المرسلة۱).
ومن ذلك -على وجه الاختصار- : تدوين ديوان العطاء۲)، وترك عمر الخلافة شورى بين سنة، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما، ولم يَتقَدَّمْ فيهما أمر ولا نظير، واتِّخاذ السجن وغير ذلك مما فَعَلَه عمر۳)، وهَذَا الأوقاف التي بإزاء مسجد رسول الله ﷺ والتوسعة بها في المسجد عند ضيقته۴). إلى غير ذلك من النُماذج الاجتماعية التي كان أساس الاعتماد فيها على المصلحة المرسلة التي يشهد لها بالاعتبار الأصول الكليةٌ في السَّريعة.

الدلل الثاني: أصل القول بالعموم المعنوي:
من أعظم المسالك وأجلِّها في تقرير الأدلة الشَّرَعية والاستدلال لحججِها، اقتِناص ذلك من تصاريف الشَّريعة وتصرُّفاتها المبهرة في جميع الأبواب؛ بحيث يحصل من الاستقراء للجزئيات والاتِّباع لها أنَّ الشَّريعة تجري على منطق في التشريع ومنهج في السنن، يُعلم

(۱) الشاطبي، الاعتصام ،۳۰۴/۳، ابن العربي، البقس في شرح موطأ مالك بن أنس.
(۲) العلوي، نشر القدر ۹۷/۲، ابن عاشور، مقاتذ الشريعة الإسلامية ۱۳۱۳، ابن فرحون، النصرة ۲/۱۵۳، المشاط، الجواهر السبعة ۲۰۴.
(۳) الغزاني، شرح تفتيح الفصول ۴۴، نفاس الأصول ۹/۴۲۷۲-۴۲۷۱، ابن فرحون، النصرة ۲/۱۵۳، العلوي، نشر القدر ۹۷/۲، المشاط، الجواهر السبعة ۲۰۴.
ذلك لا بديلٌ واحدٌ مُفرِّدٌ، وإنّما يؤخذ من مجموع أدلة متكررة تلتي في قدر مُشترك يكون مناط الحكم في السّنّة والتشريعة؛ فيُعتمد هذا الأصل الكلي المستبت من تفاريق الشريعة دليلاً عامًا يُستند إليه في بناء الأحكام.

وأصل الاستدلال المرسل مأخوذ من هذا المسلك في إثبات الأدلّة وتقريرها؛ إذ إنّ استقراء المناسبات المصلحية يُفيد أنّ الشّارع ينص إلى تحقيق مصالح معيّنة؛ فيحصل من هذا الاستقراء القطع بأسول مصلحية كليّة مأخوذة من جزئيّات متنايرة في التشريعة، فإذا عُرِض على المجتهد الذي ارتكزت في ملكته الاجتهادية تلك الأصول المصلحية الكليّة نازلة لا نصّ فيها فيعمّد عليه، ولا وجود لأصل معين فيدرّ إليه النازلة قياسًا، فإنّه يعرض تلك المسألة على الكليّات القارية في ملكته، فيجعلها جارية على أصل من تلك الأصول، وأن المنطق التشريعي الإسلامي يشهد لها بأنّها من جنس المصالح التي شرعها الشارع في أحكامه، فلا يكاد هذا المجتهد أن يتردد في إلحاق هذه المصلحة بتلك المصالح التي انتظمها الأصل الكلي، وكانت كلّ المصالح التي هي منتظمة فيها شاهدة بالاعتبار لهذه المصلحة التي سكت الشرع عن اعتبارها عيناً بذلك أو بأصل.

فلا ضير فيها أن لم يكن لهذه المسألة دليل أو أصل معين، ما دام قد شهد لها أصل كلي في الشرع بالاعتبار؛ وحكم هذا الأصل الكليّ حكم العموم اللفظي في دلالة على الأفراد؛ فكما أنّ
العموم اللفظي حجةً في الدلالة على الأفراد المذكورة فيه، فإنَّ الأصل الكلي هو بمثابة عموم معنوي يدلُّ على الأفراد المنضوية تحته. وشبيهًا بالعموم المعنوي المتواتر المعنوي؛ فإنَّ التواتر فيه لم يَكن بالتخصيص عليه، وإنَّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزيئات والوقائع التي أفادت معنى مشتركة، وإن اختلأت الصور والوقائع كحدود حاتم طيء وشجاعة عليّ (1).

فمثلاً لو فرضنا عدم وجود صيغة عامَّة على رفع الحرج، فإنَّنا نعلم كونه أصلاً شرعيًا لا بنيل واحد، وإنَّما بدلًا فوق الحصر والعدُد؛ فالمنتبِع لأحكام الشَّارع الحكيم يجد مراعله لهذا المعنى في كثير من الأحكام، فمثلاً الرُّحص كلُّها تُلْج من باب رفع الحرج والمشقة، فيعدُّ أصل رفع الحرج من قبيل العموم المعنوي الذي يُشير حجةً في دلائه على أفراده (2).

الدليل على اعتبار العمومات المعنوية:
إذا ثبت هذا؛ فإنَّ الذي شهد بحجة العمومات المعنوية جملة أدلة:

أحدها: أنَّ الاستقراء هكذا جريانه، فهو تنبُّع جزئيات معني معين يُستخلي من هذا الاستقراء كليًّا عامً يتضمَّن حكماً عامًا؛ فإذا ثبت هذا الكلي أجري حكمه على كل فرد ينضوي تحته؛ وهذا

(1) الشاطبي، المواقفات 1/394-395. وانظر تقرير الشاطبي للعموم المعنوي في المواقفات 6/351-353.

(2) الشاطبي، المواقفات 6/351-353.
هو معنى العوم (1).
التالتي: مفهوم التواتر المعنوي يجري على هذا الأصل؛ فإن التواتر فيه لم يكن بالتصنيص عليه، وإنّما جاء ذلك بانضمام كثير من الجزئيات والوقائع التي أفادت معنى مشتركا وإن اختلفت الصور والوقائع، كجود حاتم طيء وشجاعة علي عليه، فإن الجود والشجاعة بُنياً علينا بالإطلاق دون تقييد، وعلى العوم من دون تخصيص، ولم ينتقل إلينا الحكم بهما على حاتم وعلي عليه نصاً؛ وإنّما زوّيت لنا روايات وحوادث كان القدر المشترك فيها يفيد معنى الجود والشجاعة؛ وهكذا هو العوم المعنوي (2).
التالث: أصل النّراع كان العمل به من قيّل السّلف على هذا الأصل؛ لأن المنصوص فيه أمور خاصّة (3)؛ كما سيأتي بيانه في بحث سد النّراع.
النّリアル التالث: إذا كان القياس حجة فإن المصالح المرسلة
أولى بالحجّية:
لقد استند بعض العلماء القاتلين بالاستصلاح بدليل أن الأخذ بالمصالح المرسلة أولى من الأخذ بالقياس الأصولي، خاصة القياس المستند على علةٍ مُستبطةً؛ إذ مُحصّل القياس: إلحاق جزئي لا نص على حكمه بجزئي آخر جاء في الشرع التنصيص على

(1) الشاطبي، المواقفات 298/3.
(2) الشاطبي، المواقفات 298/2.
(3) الشاطبي، المواقفات 300/3.
حكمه لعلّة جامعة بهمها؛ أمّا الأخذ بالمصالحة المرسلة فهو إدراج مصلحة لا نصّ على اعتبارها في الشّرع تحت أصلٍ كليٍّ قطنيٍّ أو قريب من القطع، وهذا لدخول هذه المصلحة تحت جنس المصلحة التي دلت عليها الأصلُ الكليُّ؛ إذًا فلا يلزمنا إلقاء الجزيئي بالجزئي بأولِها من إلقاء الجزيئي بالأصل القطعي أو القريب منه؛ قال ابن عاشور: "ولا ينفّذ مُبْتَغى التردُّد في صحة الاستناد إليها، لأننا إذا كنت نقول بحجية القياس الذي هو إلقاء جزئي حايدٌ لا يعرف له حكم في الشريعة بجزئي ثابت حكمه في الشريعة للمماثلة بينهما في الغلبة المستندة، فإنّ نقول بحجية القياس مصلحة كليّة حادثة في الأمة لا يعرف لها حكم على كليّة ثابتة اعتبارًا في الشريعة باستقراء أدلّة الشريعة الذي هو قطعي أو نظري قريب من القطعي، أوّلُنا وأجدُر بالقياس وأدخلُ في الاحتجاج الشريعي".

ويراّز وِجِّه الأولويّة يكون كما يلي:

يعرض للقياس في طريق إجرائه ثمانية احتمالات;

أولاً: يدخّل الاحتمال الأول في الأدلّة التي ثبتت به أصول الأقیسة؛ إذ لا بدّ للأصل المقبّله عليه أن يدلّ عليه دليلٌ؛ وغالب الأدلّة المثبتة لأصول الأقیسة أدلةٌ ظنیة لا قطع فيها.

ثانياً: يدخل الاحتمال الثاني في تعمّق الأوصاف التي يكون على أساسها إلقاء القربع بالأصل، فعمليّة الوقف على هذه العلل

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 309.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 310.
مما يعكس الرأي والعلل، لذلك تجد العلماء كثيرًا ما يختلفون في علّل الأحكام، كجلة تحريم الرّيا.

ثالثًا: كذلك فإن الاحتمال يدخل عملية القياس في إجراء المشابهة بين الفرع وأصله في العلة التي بني الحكم عليها، أي إنه قد يجري الرّيا في تحقيق مناط الحكم في الفرع.

أما إذا رجعنا إلى المصالح المرسلة، فلا تجد هذه الاحتمالات

بهذه الصفة التي تثبت في القياس:

أوّلًا: الأصول الشرعية الكلية التي تستند إليها المصالح المرسلة هي أصول قطعية أو قريبة من القطع، لأن دليل هذه الأصول هو استقراء الشرعية في مساندتها المصلحية، وعلم المستفاد من هذا النوع من الاستقراء هو القطع أو الطَّلْع الذي يُنابعه ويقارنه ويدانيه (1).

ثانيًا: المصالح «وافية للناظر فيها ووضوح متفاوتة» لكنه غير محتاج إلى استنباط ولا إلى سلوك مسرِّبة (2).

ثالثًا: كما أن «أوصاف الحكمة قائمة بذواتها، غير محتاجة إلى تشبيه فرع بأصل» (3).

إذا تقرر أن القياس يدخل عليه صنوف من الاحتمالات، وكان مع ذلك حجة: فأولى أن يكون الاستدلال المرسل حجة، لقلة

(1) ابن عاشور، مقتضى الشريعة الإسلامية 310.
(2) ابن عاشور، مقتضى الشريعة الإسلامية 311.
(3) ابن عاشور، مقتضى الشريعة الإسلامية 310-311.
الاحتمال المتطرّق إليه مُقارنةً بالقياس.

وعليه، فمَّن أثبتَ القياسِ، وهم جُمُوحُ الأمة، لزمَ عليه أن يثبت المصالح المرسلة؛ إذ من تفاها على إطلاق فهو قريبٌ من نفاة القياس؛ قال الشيخ الطاهر بن عاشور: «ويُشبه أن يكون المخالفُ في تحصيلها بدون تردِّدٍ مُلَحَّقًا بنفاة القياس...» (1).

ويمَّن أشار إلى قُوة المصالحة قيَّمَ المهندب الفاضي ابن العربي المعافي، قال: «والمصلحة من أقوى أنواع القياس» (2).

على أن بعض الأفغِسة في الشرع قد تكون في كثير من الأحيان أقوى على من بعض المصالح المرسلة. وهذا يختلف من قياس إلى قياس ومن مصلحة إلى مصلحة، فالقياس المنصور على علتٍ هو من أقوى الأدلَّة، إذ هو في الحقيقة امتداد طبيعي للنص الشرعي. كذلك فإن بعض المصالح المرسلة، قد تكون أقل قُوَّةً كُلَّما كانت أدللة معارضة في المقابلة لها، وكلما كانت الأركان المؤسسة للاستصلاح يعترف بها الضعف، أُثر ذلك في قُوَّة الحكم المؤسِّس على هذا الأصل، فمثلا الأصول الكلية، قد يختلف الناس في ضبط بعضها، كذلك، فإن تحقق بعض شرائح الاستصلاح أمره اجتهدُ، كعموم المصلحة، وكتصنيف المصلحة إلى ضرورية والاجهاد والتحسينية، وهذا ما يؤثِّر في درجة الحكم.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 311.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن 2/204. ونقله عنه: الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/121.
المؤسس على الاستصلاح.

ومنا ينبه إليه: النظر في طريق تحصيل الأصل الكُلْيِ؛ 
فالاستصلاح يُعتن به إن تعيين ذلك طريقًا لتحصيل ذلك الصلاح.
اِمَّا لو كان الصلاح محفوظًا بطريق شرعية منصوص عليها في 
الشَّرْعُ، أو يُشْهِد لها أصل مُعيَّنٌ، فاللجوء حينها إلى مُقتضى تلك 
الأدلة لازمٌ.
المطلب الثاني

الاعتراضات الواردة على أصل حجية المصالح المرسلة

أقول بيدّ: إن غالب الاعتراضات على أصل الاستدلال المرسل كانت مبنية على تصور خطأ له، فضلًا من اعتراض على المالكية أن المصالح المرسلة يرجع فيها إلى مطلق ما يحكم به العقل الإنساني دون أن يكون للمشرع في هذا النوع من الأدلة صلة أو علاقة. والأمر على خلاف ذلك، فقد تقدم في غير موضع اشتمال جريان المصالح على وفق المصالح المعتبرة في الشريعة.

ولله ذو الفقار حيث يقول بعد أن أبان أن كلام المعترفين وافق على غير موضع نزاع: «ومالك إنما يعتبر المثل بين المالكين بقواعد الشريعة، حتى يكون ظنها ونظره بنفر من مخالفتها، ويتحمل لموافقتها. فهذا فرقظم، وجواب ساد لا مدع له، بل هو دافع للتشريع بالكتابة».(1)

ومع هذا، فأننا في هذا المقام أورد بعض الاعتراضات على المالكية، وهذا ما يزيد الأصل وضوحًا وبيانًا؛ والحقائق تثير لصاحبها كلما كثرت الاعتراضات عليها، وحوّلت الاستفسارات حولها؛ لأن مع الاعتراض الدفع والنقص، ومع الاستفسار البيان.

(1) الفراغي، نفائس الأصول، 9/278.
والقَسَّرُ؛ وَكَمْ مِن بَابِ عِلْمٍ فُتِّحَ لِشُبَهَةٍ أَثَارَت، وَسُؤُالٌ عَرَض.

وِجْمَةُ هَذِهِ الْاعْتِرَاضَاتِ تَتَلَفَّصُ فِي الأُمُورِ الْآثَارِ:

الاعْتِرَاضُ الأَوَّلُ: لَا قَلِيلٌ عَلَى حُجْجَةِ هذَا الأَصْلُ:

مُلْحَقُ هَذَا الْاعْتِرَاضُ: أَنَّ الأُلْدَةَ هِيِّ: الْكِتَابُ وَالْسَنَةُ،

وَالْإِجْمَاعُ مَلْحَقٌ بِهَا، وَالْقِيَاسُ مَمَّا أَتَىَّقَ عَلَيْهِ مَمَّا يُعْتَدُّ بِهِ؛ وَعَلَى

هَذَا فَأَلْدُهُ الْشَكْعُ المَتَقَدِّمُ مَمَّا ثَبَتَ الْدِلْلِ الْشَرِيعِيَّ عَلَى قَبْوَلَهَا;

فَمَن أَعْتَى وَجَدَ أَصْلٌ أَخْرَأَ ذَلِكَ بِالْدِلْلِ الَّذِي يُشْهَدَ لِهِ بالاِعْتِرَاضِ;

إِذْ أَعْمَ الْدِلْلِ الَّذِي هو الْدِلْلِ عَلَى عَدْمِ الحُجْجَةِ، إِذْ الحُجْجَةُ مُفْتَقَرَةُ إِلَى

الْدِلْلِ (١).

وَيُبْرَأُ عَلَى هَذَا الْاعْتِرَاطُ بِمَا تَقْدَمُ بِهِ مِن الأُلْدَةِ التَّناَهِضَةِ

بِحُجْجَةِ الْإِسْتِدْلَالِ الْمَرْسَلِ، مِن إِجْمَاعِ الْمَدْحِيَّةِ عَلَى الْعَمَّامِ عَلَيْهِ

فِي وَقَاعِدٍ كَثِيرَةٍ فَرَكَةَتِ الإِشَارَةُ إِلَيْهَا; وَكَذَا مَا تَقْدَمَ تَأْصِيلُهُ فِي

الْعُمْوَمِ المَعْنَوِيّ، وَكَذَٰلِكْ فَإِنَّ الْقَوْلَ بِالْإِسْتِدْلَالِ أَوْلِيٌّ وَأَجْنَدُ مِن

الْقَوْلِ بِبَعْضِ الأَقْيَسَةِ، فَهَذَا هِيِّ: الأُلْدَةِ التَّناَهِضَةُ بِأَعْتِبَارِ الْإِسْتِدْلَالِ

الْمَرْسَلِ زَالَ عَبْرَةً بِهِ هَذَا الْاعْتِرَاطِ.

الاعْتِرَاطُ الْثَّانِيُّ: الْقَوْلُ بِالْمَكْمَلَةِ الْمَرْسَلِ يُخْرِجُهَا عَن

الضَّبْطِ، وَالْشُّرِّعُ يَأْبِي ذَلِكَ:

وَاعْتِرَاطُ الْبَاقِلَانِيَّ بِمَا مُحْصُلُهُ: أَنَّ الْأَحْدَتِ بِمَطْلُقِ المَكْمَلَةِ

والْإِسْتِدْلَالِ فِيهَا مُوَجِّعٌ فِي عَدْمِ الْضَّبْطِ، وَمُوَجِّعٌ لَاتَسْعَاعِ الْأَمْرِ

المَقْتِضِيَ الْمَكْسَوْتَةِ؛ إِذْ المَكْمَلِ وَوُجُوهُهَا مَتَشْرِيَةُ لَا حَضُرُ لِهَا،

(١) الجوَيِّ، الْبَرْهَانِ فِيْرَةٌ ١٣٢، بُنِّ السَّمعِيِّ، قَوَاطِعُ الأُلْدَةِ ٢٥٩٣.
فيصير الأمر مُؤكولاً إلى تَنْظَر أَرِياب العقول، ويُخْرَج الأمر عن أن يكون من اجتهاد أهل الشَّرع، وهذا يُفضي إلى تبديد أحكام الشرع وترك الناس لآرائهم؛ وتعلوم على القطع أن ذلك باطل، فبطل ما كان مُوصَلًا له، وسيما مُفظٌّيًا إليه (1).

وردُه هذا الاعتراض هيَن لَا كُلَمَة في كَفَعه؛ إذ إن الاعتراض هذا لا زِمُ لمُنْ يُمْسَك بمَتَطلَق المصلحة، أمَّا الماليكية فَتُرجِعون إلى المصلحة التي يُشاهد لها قَانُون الشَّرع؛ وقَانُون الشَّرع أو أصول الشَّرع الكليَّة هي التي تَكفل الَّصِبَط وعَدَمَ التَّطلَل عن رَسَوم الشَّرع وحُدوده؛ فبذلك يَنتمي المَحَدُوْر الذي حَشْيَه القلَبي أبو بكر بن الطَّيِّب. أمَّا رِجَوع الأمر إلى أن يُصير الحكم في أمثال هذه النوازل إلى عقول العُقَلاء؛ فسيأتي ردُه في الاعتراض الموالي، إن شاء الله.

الاعتراض الثالث: القول بالمصالح المرسلة يُفضي إلى أن يتَكَلَّم غيرُ المجتهدين من أهل العقول في دين الله؛ وذلك من الباطل:

القولُ بالاستدلال المَرَسل يُفضي إلى أن يَقْحَم غيرُ علماء الشَّرع في التَكُلَّم في دين الله؛ إذ القولُ بمَتَطلَق المصلحة يُوجب أن يكون لأرباب العقول الراحَحات نصِيبه وافِر في القول بالمصالح المرسلة. وهذا باطل؛ إذ لا يَوُكَّل النَّظَر في الأحكام

(1) الجريني، البرهان فقرة 1132، فقرة 1139، ابن السعاني، قواعد الأدلة 2/209.
الشريعة لغير المتاهللين من أهل الاجتياهد.

وهذا الاعتراض ضرير لا سيد له؛ فالناظر في المصالح المرسلة ممّا يلزم في حق أنه يكون محيصاً بتصريفات الشارع في التشريع ليعلم هل هذه المصلحة من جنس ما اعتبره الشارع في أحكامه أم لا؟ بل إن المرتبة الجهادية المشترطة في النظر في المصالح المرسلة أرفع من المرتبة المشترطة في غيره من الاجتياهد؛ إذ إن كان قاصر البائع في التعرف على مقاصد الشارع في التشريع لا حق له في الإقدام على النظر فيما سبيله الاستدلال المرسل؛ إذ الوقوف على مقاصد الشريعة وكياليته القطعية والقريبة من القطع لا تكون إلاّ لمن حصل له استقراء موارد الشريعة ومصاردها وتصرفاتها في تحصل الصلاح ودرء الفساد.

وإنما أتي صاحب الاعتراض من النسبة غير الصحيحة في القول بالمصلحة المطلقة لمالك؛ والأمر على خلافه.

وإذا ما قرّره أسانس المذهب نذبًا على الجويني فيما ألزم به

منذهب مالك كصيغة:

قال الفراوي معتبرًا على الجويني: «وأما قوله: “العالم بالسياسة إذا أخربه المفتوح بعده الأصول، فيكون له الأخذ برأيه.” قلنا: لا يلزم ذلك؛ فإن مالايغا يشترط في المصلحة أهلية الاجتياهد، ليكون الناظر متكيفًا بأحقياق الشريعة، فشباب عقله وطبعه عمّا يخالفها، بخلاف العالم بالسياسات إذا كان جاهلا بالأصول، فيكون بعيد المتبوع عن أخلاقيات الشريعة، فيهجم على مخالفات أخلاق

(1) الجويني، البرهان: فترة 1140، ابن السمعاني، قوانين الأدلة 259/2.
السَّريعة من غير شُعورٍ(١).

الاعتراف الرابع: الأخذ بالمصالح المرسلة كفيلة بأن تختلف الأحكام باختلاف الزمان والمكان:

وممّا تُفرَّع عن الاعتراف الثاني من أن القول بالاستدلال المرسل يُفضّي إلى عدم الضغط: أن المصالح المرسلة كفيلة بأن تجعل الأحكام تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة؛ وهذا حُروجٌ عن الضغط قال الجرّوني في سوقه لاحتجاج الباقلاني على انطلاق التعلق بالمصالح المرسلة، مُ מרًا له على ما قال—: "ثمّ يختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان وأصناف الخلق؛ وهو في الحقيقة حُروجٌ عمّا ذَرَّ به الآولون"(٢)، وقال الجرّوني: "ثمّ وجوب الرأي تختلف بالأَمَّام والبَقَاع والأَوْقات، ولو كان الحكيم ما ترشد إليه العقول في طرق الاستدعاو، ومسالكه تختلف، للزم أن تختلف الأحكام باختلاف الأسباب التي ذكرناها"(٣).

وَهَذَا الإِلزَامُ الَّذي أُلّم به المالكية قد التزمه بعض أئمة المذهب كالبياري(٤) وغيره، إذ اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة والأمكنة.

(١) القرافي، نافئ الأصول ٩/٢٧٦، وانظر لمزيد من البسط: القرافي، نافئ الأصول ٩/٢٧٨، أبو حفص الفاسي، شرح لامية الرفاق: المزمزة: ٣٥، ص٧، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣/١٦، ١١٣.

(٢) الجرّوني، البرهان فترة: ١٢٣.

(٣) الجرّوني، البرهان: فترة ١٤٠، ابن السمعاني، قواعد الأئمة ٢/٢٦٠، ٢٦٠.

(٤) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح ٢/١٦٩.
لاختلف المصلحة وتغييرها وتفاويت أثرها -: ما استُنثِر في الشريعة الدُوام والخلود، فهذه خصيصة لهذه الشريعة لازمة، فلا غنى على المالكية في ذلك، وهي من محاَزيم الشرعية أن كان بعض أحكامها المبنيّة على المصلحة تتغير بحسب تغيير مناط الحكم وهو المصلحة؛ فليس إذا الاختلاف في أصل الخطاب، وإنما الاختلاف في تغيير مناط الحكم، والحكم يقع في مناطه وجوهًا ووجهًا، فإنما المصالح المرسلة راجعة إلى تحقيق المصلحة، فإذا انتفت أنتفاء الحكم لزاماً إذ لا يستقيم بقاء الحكم مع ارتفاع مقتضيه ومناطه، وإنّا كنا نقضاً.

ويتبني على هذا أن الأحكام التي بُنيت على المصلحة ورُوعيت فيها، يجب أن لا تُعد أحكاما قارئة في كل زمان ومكان، وإنما ذلك راجع وآليل إلى المصلحة المبنيّة عليها الحكم، فتَيَتَحقَّقت وُجَدَ الحكم، وتمت فائتة وانخراًت ارتفع الحكم، وعليه فإنّ الأحكام التي من هذا القبيل يلزَم أن يُستأنف فيها الجهاد للفتّر إلى مدى تحقيق المصلحة، وأن لا تجعل أحكاما مُتقدَّبة عن مناطها المقتضية لها؛ لأن في ذلك متنافة لمعقولية التشريع الثابتة بالدّلائل القطعية.

(1) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣۷۰٦٦٦/٣و۱٧-٢٠٦٦.٨٥
علاقة المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية 
وبالأصول الإجتهادية في المذهب
لأصل المصالح المرسلة ارتبط ببعض أصول الأدلة، كالنصوص الشرعية، والقياس، والاستحسان، وسد الذرائع، ومراها الخلاف. وأبحث في هذا الموضوع علاقة أصل المصالح المرسلة بالنصوص الشرعية وبالقياس؛ أمَّا علاقة هذا الأصل بأصل الاستحسان وسد الذرائع ومراها الخلاف، فسأُرجِئ البحث فيها إلى حين تناول كل أصلي من تلك الأصول؛ لأنَّ إبراز العلاقة بين أمرين والتمثيل بينهما يُوقَّفُ على العلم بالطرَّفين.
الفرع الأوَّل

علاقة المصالح المرسالة بالنصوص الشرعية

ممّا يجب الوقوف عنه في هذا المقام العلاقة التي تربط المصالح المرسالة بالنصوص الشرعية؛ وأُولى ما يُنبأ عليه أن مرجع المصالح المرسالة إلى أدلة الشريعة اللَّفظيّة؛ لأنّ أجناس المصالح أو ما يُعرف بالأصول الكلية المصلحيّة إنّما استنبطت من استقراء نصوص الشّارع من كتاب الله ومن سنة رسول الله ﷺ؛ ومنه فإن الاستدلال بأصل الاستدلال المرسال هو استدلال راجع إلى الكتاب والسنة.

ولأ شكّ أن المصالح المرسالة التي تتوافق مع النصوص لا إذلال فيها، فالعبارة بالنص الشريعيّ بل لا يُلِّج إلى الخطط الشريعيّة الاجتهاديّة إلا عند فقدان النصوص الشريعيّة، فإنّ وُجّدت فلا حاجة عنها إلى المسالك الإجتهاديّة.

والنصوص الشريعيّة في دلالتها على أفرادها إما أن تكون نصوصًا في معناها بحيث لا تحتمل غير ما دلت عليه، وإما أن تكون نُوصِعًا مُحتملة كالعام المحتل للنصوص.

فيتّحَل من هذا أن المعارضة بين المصالح المرسالة وبين النصوص الشريعيّة تكون كما يلي:
أولاً: تعارض المصالح المرسلة مع النصوص المحتملة كالعمومات اللفظية.
ثانياً: تعارض المصالح المرسلة مع النصوص الخاص الذي لا احتمال فيه. وهذه النصوص المعترضة لما تقتضيه المصالح المرسلة معارضة تامة العبرة بالنصوص؛ لأنَّ من شرط اعتبار المصلحة المرسلة أن تكون مسكوناً عنها؛ إذ المصالح التي جاءت النصوص على خلافها هي مصالح ملغاة؛ وقد تقدَّم ذلك في بيان شروط العمل بالمصالح المرسلة.
أما التعارض بين المصالح المرسلة وبين النصوص المحتملة فإنَّ للمالكية في ذلك رأياً وسأبحث في هذا الفرع من النصوص المحتملة النصوص العامة؛ لأنَّ غالبًا ما تكون النصوص الشرعية المحتملة المعارضة للاستدلال المرسل نصوصًا عامًة.
وعليه، فإنَّ إذا تعارضت المصلحة المرسلة مع بعض العمومات الشرعية، فإنَّ الشرَّابيَّة في منتهب المالكية نفسها تخصيصًا العام بالمصلحة المرسلة، إذاً قويت المصلحة في تناول المسألة وضعف العموم أمامها عن تناول المسألة واعتبار حكمه لها. والعموم كما يُخصَّص بالقياس عند المالكية(1)، فإنَّ يُخصَّص بالمصالح المرسلة التي تكون في أحوال أقوى من القياس وأثبتته.
وقد عُرِّف هذا القول بالمذهب المالكي أقسامه وأسمائه وأهل الاستقراء والتَّحقيق فيه، كابن العربي والساطبي.

(1) القرافي، شرح تقييم الفصول ٢٠٣.
قال ابن العربي معلولاً: "لفرع ثامناً عن مالك: "وكل ذلك يرى تخصيص العموم بالقياس والمصلحة" (1)، وقد تكرر لابن العربي كثيراً عزوه لمالك هذا المذهب، وتعليمه للكثير من المسائل الفقهية في المذهب بتخصيص العام بالمصلحة؛ وهذه جملة من النصوص له، قال: "...وهذا يبني على الأصل، وهو أن القياس والمصلحة حل يُقَلّمان على العموم أم لا؟ مذهب مالك أنهما يُقَلّمان على العموم" (2).

وقال في شرح حديث: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" (3): "فخصال مالك هذا العموم، وحمله على بعض محتالاته بالمصلحة. وهذا أصل يُنفرد به عن سائر العلماء" (4).

وقال: "وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح، وقد مهيناه

(1) ابن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/686.
(2) ابن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس 459/460.
(3) رواه مالك في المواء، كتاب التكاح، باب ما جاء في الخطبة، رقم: 1489، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن الأعرج، عن أبي هريرة، مرفوعاً، ورواه (رقم 1490) عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. وروى البخاري ومسلم الحديث من غير طريق مالك: البخاري، في كتاب التكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكره أو يدعل، رقم: 142، من حديث ابن عمر. ورواه في كتاب البيوع، باب لا بيع على يع بيع أخيه، رقم: 140، من حديث ابن المسبب عن أبي هريرة، ورواه مسلم في كتاب التكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة معتها...، رقم: 140، من حديث ابن سيرين عن أبي هريرة، ورواه في كتاب التكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، رقم: 141، من حديث نافع عن ابن عمر.
(4) ابن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/683.
في أصول الفقه؛ والمصلحة من أفرّة أنواع القياس۱).
وقال ابن العربيٌ: «العموم إذا استمر والقياس إذا أطرد، فإنّ
مالكًا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأيّ كليل كان، فإنّ ظاهراً
أو معنى، ويستحسن مالك أن يخصّ بالمصلحة...»۲). ونقول
الاستاذ أبو إسحاق الشاطبي هذا النصّ عن ابن العربيٌ في
«المواقفات» و«الاعتصام» مُقرّا له، ومسندًا به، ومنهَا بما جاء
فيه۳).
وقال الحجريٌ: «واعلم أن المصلحة المرسلة عند المالكية من
جملة المختصّات...»۴).
وتخصيص العموم بالقياس من أنواع الاستحسان، الذي سيأتي
بيانه.
تأصيل مسألة التخصيص بالاستدلال المرسل:
العموم إِنَّما يكون عمومًا بالقضّى المقرر للقول، فإِنِّا العموم
الحكم على أفراده تكون في الأفراد التي يمتّلّقون بالتّخصيص الملازم
للعموم، فما جاء على خلاف القضّى أو كان بعيدًا عن القضّى بأنّ لا
يُنظر بالي، فإنّ إذ خالفه في أفراد العموم ليس بالمستقيم؛ لأنّه خارج
عن أنّ يكون انتظار القضّى من صدور عنه اللّغظ العامّ.

۱) ابن العربي، أحكام القرآن ۲۰۲۰/۲، الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه
الإسلامي ۱۲۱/۱.
۲) ابن العربي، أحكام القرآن ۲۰۸ۻ-۲۷۸۶.
۳) الشاطبي، المواقفات ۳۲۰۹، الاعتصام ۳۲/۱۲۳.
۴) الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ۱۲۱/۱.
وتأسسيًا على هذا، فإنَّ الأفراد المُندرَجة في العموم -بحسب ظاهر اللَّفظ- والتي تعارض بعض الأصول الشرعية المصلحيَّة المستقرة من تفاصيل الشريعة، مما يجب أن تخرج عن أن تكون مسحوبة بقصد صاحب العُموم؛ لأن الشرع كلُّه لا يتجزأ، فهو منظومة تشريعيَّة متكاملة لا تعالُر فيها ولا تُخالَف، ومن طبيعة هذا التكامل والتلازم أن بعض الشريعة يفسر بعضها وتوضَّحها، وأحقًّ ما نُسَّر به التفصُّل: الأصول الكلية للشريعة، والتخصيص ما هو إلا بيان وتفسير لمُراد الشَّارع.

ولكن كان العُموم ممَّا يُخصَّص باللفظ الخاص حتى ولو كان خِيَّرًا آحاديًّا، ويُخصَّص بالقياس: فأوَلًا أن يُخصَّص بالقواعد الشرعية القطعية أو القريبة من القطع، وهذا ما يُنفي التعارض في جمل الشريعة ومقاصده؛ إذ إنَّا لو أجرينا العام على عمومه مع المعارضة لبعض القواعد الشرعية القطعية أو القريبة من القطع، لكان في ذلك تطبيقًا لإدخال التعارض في مقاصد الشارع في أحكامه؛ وهذا باطل، فما أَدَّى إليه باطل، فبطل إذا القول بعدم التَّخصيص بالقواعد التشريعيَّة التي تقوم بها خطَّة الاستدلال المرسل.

وفي سياق هذا المعنى يقول القاضي أبو بكر بن العربي في مسألة تغريب الزناة: "الحكم الثالث: وهو التغريب، وقد اختفِ العلماء فيه؛ ف أسقطه أبو حنيفة لأنه زيادة على القرآن بخبر الواحد... وقال الشافعي: يُغَرب كلُّ زان يُكرّ، عمّا بلا عموم هذا"
الحديث. وخصّصه مالك في المرأة والعبد؛ أمّا المرأة فلا أن تُغربيها مُعرض بها للوقوع في مثل ما جُلّدت عليه، وإنّما تُحقق المرأة بالحجاب حيث تعرف.

وحذروا نكتة بديعة في أصول الفقه لم تذكر فيها، بُني عليها إمام الحرمين في كتاب العمد، فقال: إنّ العومم إذا وَرَّدَ وقلنا باستعماله أو قام كليل على وجه القول به، فإنّما يتناول الغالب دون الشاذ الذي لا يخطر بالقائل. وصِدق; فإنّ العومم إنّما يكون غموضًا بالقضّ المقارن للقول، فما قطع على أن القائل لم يتصل به يتناول القول، وعلى هذا لا يتناول الحكم في العموم ما يعترض عليه بالإبطال، ولو أدخلنا المرأة في التغريب لأعاصر بالإبطال على التحصين الذي لا يجلبه شرع الحج»(1).

وقد يُهوّل بعضهم في مسألة تخصيص العام بالمصالح المرسلة بأنّ العومم متصوص عليه والمصالح المرسلة مُستنبطة، فكيف يجوز -والحال هذه - أن يترك المتصوص للمستنبط؟

وهذا اعتراض أورزه ابن العربي وردته بردى قويم؛ قال: «... وقال جماعة من العلماء: الرّبا منتصوص عليه متواعد فيه، والمقاصد والمصالح مستنبطة، فقد تعرضت قاعدتان: إحداهما قاعدة الرّبا، وهي متصوص عليها متفق فيها، والثانية: قاعدة المصالح والمقاصد، وهي مُستنبطة مخالفة فيها؛ فكيف

(1) ابن العربي، التيسير 4/119-120، وانظر: الباجي، المنقى 7/137، الحراق، الناج والإكيل 8/397، الخرشي، شرح مختصر خليل 8/32.
يُتساويان؟! فَضلاً عن أن ترجع قاعدة المصالح والمقاصد!

وإِسْتَهْوَلَ هَذَا الْقُولُ جَمَاعَةٌ!

والجواب فيه سُمِّحَ: فَإِنَّ الْرَّيَا، وَإِنَّ كَانَ مَنْصُوضًا عَلَيْهِ فِي ذَاتِهَا

وهي الزيادة، فإنه عَامُّ في الأحوال والمُحالَة، وِلِلْعَمْوِ فِي التَّخْصِصِ

بالقياس: فَكَيْفِ بِالْقَوْاَدَ المُؤْسِسَةِ الْعَامَةَ؟(1)

فَنُصُوَّرُ أَهْلُ التَّحْقِيقِ فِي المَنْهِبِ جَلِيلَةٌ وَبِيْنَهُ الدَّلَالَةُ عَلَى أَنَّ

مِنْ مَنْهِبِهِمْ تَخْصِصُ العَمَّوِ المِلْصَالَةِ المِرْسَلةُ؛ وَعَلَيْهِ فَلا عَبْرَةٌ

بِمَّنْ نَقْبُ عَزْوُهَا هَذَا الْقُولُ لِمَايَاكَيْنِ مِنْ بَعْضِ المَعَاصرِينَ كَالْبَوْطِيِّ في

«ِصَوَابِطِ المِلْصَالَة»(2).

وَنَسَبَةٌ أَهْلِ المَنْهِبِ مُقَدَّمَةً فِي الْعَبْتَارِ عَلَى مَا نَسِبَهَا المَخَالِفُونَ

لِهُمْ، وَمِنْهِبُ الْإِمَامِ إِنَّمَا يُؤْخَذُ عَلَى أَهْلِهِ الْمِباشِرِينَ لَهُ، وَالْعَالِمِينَ

بِهِ، وَالمَسْتَقِرِينَ لِفُرُوعِهِ.

وَمِنَ الْفَرَوْعِ الفَقِهِيْةِ الشَّاهِدَةِ عَلَى إِجَازَةِ المَالِكِيَةِ التَّخْصِصِ

بالمِلْصَالَةِ المِرْسَلَةِ:

المَسَأَلَةُ الْأَوْلِيَّةُ: عَدْمُ وَجُوبِ إِرْضَاعِ الْشَّرِيفَةِ لُولَّدهَا:

الأَصْلُ عِنْدَ مَالِكِ كَرَّةً: أَنَّ الْمَرَأَةَ يَجِبُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُ بِنْهَا،

إِلَّا أَنَّهُ اسْتَنْشَى مِنْ هَذَا الْحُكُمِ الْعَامِ الشَّرِيفَةِ الْحَسْبِيَّةَ، فَقَالَ لَا

يَجِبُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهَا إِلَّا فِي حَالِ لَمْ يَقْبَلِ الْطَّفْلُ غَيْرًهَا(3); وَكَانَ

(1) ابن العربِي، القَبْسُ 2/820.
(2) البَوْطِيُّ، صَوَابِطِ المِلْصَالَةُ 3/14–15.
(3) الخَرَاشِي، شَرِحُ مَخْتَصِرُ خَلِيلٍ ٢/٢٠٦، أبو الحسن، كَتَابَةُ الطَّالِبِ الرَّبَاطِي ٢/١٢٨، عَلِيُّ، مَنْحُ الجَلِيلِ ١٩/٤١٩.
مراجع هذا التخصيص من اللَّغَة العَالِمَة في الآية هو تخصص الْعُمُوم بالفصلة، لأنّ فِي إِلَّامِها بِما لَيْسَ مِن شَأْنِها ضَرْرًا بِهَا، وَالْضَّرْرُ المرفوعٌ؛ قال ابن العربيّ: "إِلَّا أَنَّ مَالِكًا دَوَنَ فَقِهاء الأمرِاء الأَصْرَأَ إِسْتَنَدُ الحسِبَةَا، فَقَالَ: لَا يَلْزَمُهَا إِرْضَاعُهَا، فَأَخْرَجُهَا مِن الآية، وَخَصَّها فيها بأَصْلِ مِن أَصُولِ النَّقْهِ، وَهُوَ العَمَلُ بالفصلة..." (1).

وَوَجِّهَ التَّخْصِيص بالفصلة: "أَنَّ هَذَا أَمْرٌ كَانَ فِي الجَاهِلِيَّةِ فِي ذِي الحسَبَ، وَجَاءَ الإِسْلاَمُ عَلَيْهِ فَلَمْ يُصْبِرْهُ، وَتَمَادِيدُ ذُؤُو النَّروةِ والأَحْسَابِ عَلَى تَفْرِيقِ الأَمْهَاتِ لِلْمُتَّعَةِ بِبَدْعِ الرَّضَعِ إِلَى الْمَراضِعِ إِلَى زِمَانِهَا، فَقَالَ بِهَا... فِحَقَّنَا شَرْعَا" (2).

وَقَالَ ابْنُ أَبي زِيدٍ فِي كِتَابِ "الْذِّبَّةِ عَن مَتَّاعِ مَالِكٍ" فِي مَسَأَلَةِ رَضَاعِ الْمُرَأَةِ وَلِدَهَا: "... وَذُلِكَ أَنَّ اللَّهَ يُقِيلُ: "لَا تَسْكَنَا وَلَدَتُكُمْ..." [البقرة: 233]; وَهَذَا مِن الصَّرْرِ أَنَّ يَلْبَغُ مِنْهَا أَنْ يَخْرَجَ بِهَا إِلَى تَحْمِيلٍ ما يَشْقُّ عَلَيْهَا، وَمَا لِيْسَ مِنْ شَأْنِها، وَلَا مَعَرَفَهَا، وَلَا تَتَقَوَّمُ مِثْلَهَا بِمِثْلِهَا، وَلَا (يَقَدَّرُ) مِثْلَهَا عَلَى إِمَاسَك الصَّبِيحِ وَتَعاَهَدُهُمْ، وَالْقِيَامِ عَلَيْهِمْ؛ فَلَا تَكَلَّفَ ذَلِكَ؛ لَوْنَ ذَلِكَ مِن الصَّرَّرِ المرفوعٍ..." (3).

---

(1) ابن العربيّ، أحكام القرآن 278/1، انظر 275/1، التزويدي، الفواكه الدوليّ.
(2) ابن العربيّ، أحكام القرآن 278/1.
(3) الكلمة غير واضحة في المخطوطة؛ وما أيّته يفي بالمعنى.
(4) ابن أبي زيد التزويدي، النّبِي عن مذاهب مالك 144/1.
المسألة الثانية: جواز التّصرف في الغنيمة بما تدعو إليه الحاجة:

الأصل أن الغنيمة قبل القسم ما يحرم على المجاهدين -نمن تعلّقت حقوقهم بها- أن يتصرّفوا فيها بكل وجه من أوجه التّصرف، والذي دل على هذا عمومات شريعة، غير أن مالكًا خصّص هذا العموم بمصلحة حاجية تتبع بالجيش، فأجاز على أسبابها للجيش أن يأكلوا منها وتصرّفوا فيها بما يقتضيه المصلحة الحاجية الكليّة، وقادة الجيش هم أعرف بما يقتضيه الظرف في تكيف الحاجة وتدريبها، قال الفاضلي ابن العربي: "أمّنَت الأمة على أنهم لا يجعل لهم التّصرف فيها قبل القسمة، وقد استنال من ذلك علماؤنا ما تدعو الحاجة إليه من طعام يأكلونه، أو دابّة يركبونها، ما لم يعجّوها... وإنّما المعاوّل في ذلك على المصلحة؛ فإن المسلمين يدخلون بلاد العدو فتقرأ الحاجة وتعرّض الفاقة، فلو قسمت الغنيمة قبل التّحصيل لكان ذلك فسادا في القضية، وحُرّما في الحال، ولو مُّنع الناس الأكبر منها حتّى تقع المقابل أضرّ بذلك بهم، فجزؤ الأكمل بالمعروف، وهذا من دلال المصلحة وأحكامها التي اقترب بها مالك\(^{1}\).

(1) المواق، التاج والإكيل 4/550، الخرشي، شرح مختصر خليل 3/116،
الدرير، الشرح الكبير 179/180.
(2) ابن العربي، القياس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/650-652.
المسألة الثالثة: الخطبة على الخطبة:
لا يُشرَّع للخاطب أن يخطب على خطبة أخيه المسلم؛ قال النبي ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» (1)؛ وهذا التهيئ عام في كل الأحوال، فما صدّق على أنه خطبة لا يكون للرجل أن يخطب على هذه الخطبة. لكنُّ مالِك رأى أن هذا الوضع إنما أراد به صاحب السَّرُّ: الخطبة التي صحَّحها التَّراكن بين الخاطب ومن خاطبه إلىهم، أمّا حيث لم يقع التراكن فإن ذلك خارج عن مقصود صاحب السَّرُر؛ لأن في ذلك قدَاة عامٍ يُلْبِّي على النَّاس؛ بحيث لا يشاء أحد أن يدخل الصَّرَّر على امرأة أو على رجل يريد خطبة امرأة إلاّ فعل بأن يخطب، فتبقي المرأة مُعلقةً به؟ والسَّرُر في أحكامه لم يقتضى إلى ما فيه الصَّرَّر بهم، بل إن هذا الحكم وهو النَّهي عن الخطبة على الخطبة - إنما جاء لدفع قساد القطيعة بين المسلمين؛ فكيف يُشرَّع حُكم يكون جالبا لقساوة أعظم من الصلاح الذي يتوقع حدوثه منه! هذا ما لا يليق بمعقولية التشريع، ولا ينتمي مع منطق التَّعليل (2).

قال مالك في الموطأ بعد روايته للحديث: «وتفسير قول رسول الله ﷺ: فيما نرى والله أعلم: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»: أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه ويتقفان على صداقة».

(1) تقدم تَجْريِه.

(2) الباجي، المحتوى 3/265، ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس 2/183، الحطب، مواهب الجليل 3/410-11، الخريشي، شرح مختصر خليل 168/3.
واحد معلوم، وقد تراضيّاً، فهي تَشترط عليه لنفسها، فتلك التي نَعَّى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يَعَن بنّاكل إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمرّه، ولم تَركن إليه أن لا يخطبها أحدٌ; فهذا بابُ قَساوٍ يدخل على النَّاس»(1).

* * *

(1) مالك بن أنس، الموطأ ۲/۵۲۳.
الفرع الثاني
المصالح المرسلة والقياس

أولًا ما يُقرَر أن المصلحة المرسلة نوع من أنواع القياس بمعنى المفهوم العام، فهذا ابن رشد الحفيد يجعل الاستدلال المرسل نوعًا من أنواع القياس، فهو يُسمّيه (القياس المرسل) و(القياس المصلحي) و(قياس المصلحة)؛ قال ابن رشد: "... فهو التقاط المصلحة، وإذا النوع من القياس هو الذي يُسمى المرسل، وهو الذي ليس له أصل معيين يستند إليه..." (1).

وجد جعل الفاضي ابن العربي المصلحة المرسلة فيما تدخل في أنواع القياس وتنخرط فيه، بل إن المصلحة تتعدع عنده من أقوى أنواعها وأثيثها وأدلُّها على المنللول؛ قال: "والمصلحة من أقوى أنواع القياس" (2).

وبهذا اندرج المصالح المرسلة في المفهوم العام للقياس: أنً

(1) ابن رشد، بداية المجتهد 35/1.
(2) ابن رشد، بداية المجتهد 209/4.
(3) ابن رشد، بداية المجتهد 209/4.
(4) ابن رشد، بداية المجتهد 328/3.
حقيقة القياس هو إلحاق فرع بأصل لعلَّة جامعَة بينهما؛ وهذا
مُتحقَّق في الاستدلال المرسل بتسمِّيح، فالأصلُ هو الجنس
المصلحي المستقرًا من فروع التشريعة، والفرع هو المسألة التي يُراد
إثبات الحكم لها، أمَّا العلَّة الجامعَة فهي المصلحة الموجودة في
الفرع المشمولة بجِنس المصالح. وعلى هذا، فإنّ كل أركان
القياس مُتحقَّقة على تسمُّح في هذا اللُّون من الاستدلال، وهو
الاستدلال المرسل أو القياس المرسل على حسب تعبير ابن رشد
الحفيد.

ولقد تقدَّم في مبحث الأدَّة المُؤَهِّضة بحُجَيَّة المصالح المرسلة
أنّ تقريّر أنّ المصالح المرسلة في بعض الأحيان أفروى من بعض
الأقيسة، وقد ذكرّ ثمّ الوجه الذي رُجِحَت بها المصالح المرسلة على
تلك الأقيسة.

***
المبحث الرابع

الشواهد التطبيقيّة للمصالح المرسلة في المذهب المالكيّ

تمهيد:
كان لأصل المصالح المرسلة بالغ الأثر في تفرعات المالكية، وفي فقههم الذي امتاز بمُساوقته لمصالح الخلق المتجددة، والانتفاعاتها فيها في تقرير الأحكام، والاعتبار بها في حال الصدر بالفيتا؛ وفي هذا المبحث أسوق بعض النماذج التطبيقيّة التي تجلي للناظر فيها مُدَى اعتماد المالكية على هذا الأصل، وتعويلهم عليه:

المسألة الأولى: توظيف الضرائب عند الحاجة.

المسألة الثانية: العقوبة بالمال.

المسألة الثالثة: اشتراط الخطة في الدعوى.

المسألة الرابعة: الخلوّات.

المسألة الخامسة: جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادًا على المصلحة المعتبرة.
المسألة الأولى

توظيف الضَّرَابِب عند الحاجة

من المسائل التي لها تعلق بالاستدلال المرسل مسألة فرض الضَّرائب على الرَّعيَّة أو على أهل اليسار منهم، إذا ضاقت بيت المال عن الوفاء بمُستحقاته، خاصةً ما كان متعلقاً بنفقات الجيش الذي يحمي البيضة، ويقوم على حفظ أمن الأمة، ولتحسين مدارج الإسلام ببناء الأسوار العالية، وترميم ما انتلمن منها.

وقد تناول علماء المذهب المالكي هذه المسألة بالبحث والنظر، لا سيما أيام الضعف الذي بدأ يُشري في كيان الأمة، مما ضرّى عليها الأعداء المناخمين لها المتصقرين لإقليها، فأتى أهل التحقق في منهب مالك كابن العربي (١)، وابن منصور والشَّاطبِي والمالكِي (٢) وغيرهم بوجب فرض هذه الضَّرائب استناداً منهم على المصاصح المرسلة التي تقتضي حفظ أمن الأمة بكل سبيل، والأصل أنه لا يجب شيء في المال غير الزكاة؛ لكن مصلحة الأمة العامة أوجب ذلك. سئل القاضي أبو عمر بن منصور عن

(1) ابن العربي، أحكام القرآن ٣٥٣/٣.
(2) الشهري، المعشار المعرّب ١٣١/١١، الشبكي، نيل الابتهاج ١٣٣/١، كتابة المحتاج ٩٣/١.
مسألة التوظيف أو ما يعرف في الأندلس بـ«المعونة»، فقال: «إن الأصل أن لا يطالب المسلمون بمغامر غير واجبة بالشرع، وإنما يطلبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسنة، كالفيء والركنز ورث من يرثه بيت المال، وهذا ما أمكن به حمل الوطن (كذا) وما يحتاج له من الجند ومصالح المسلمين وسد ثلّم الإسلام، فإذا عجز بيت المال عن أرزاق الجند وما يحتاج إليه من آلة الحرب وعدة، فيورع على الناس ما يحتاج إليه من ذلك . . . »(1).

وقال الشاطبي: «توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسلة، ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الأندلس في زماننا الآن؛ لكثرة الحاجة لما يأخذه العدو من المسلمين سبّر ما يحتاج إليه الناس وضعف بيت المال الآن عنه. فهذا يقطع بجوازه الآن في الأندلس؛ وإنما النظر في القدر المحتاج إليه من ذلك، وذلك موكول إلى الإمام . . . »(2).

فوجه المسألة أن فرض الضرائب في هذه الحال من المصالح الملائمة للمصالح الشرعية؛ ووجه الملاءمة يظهر فيما يلي:

في فرض الضرائب تحقيقًا لمصلحة ضروريّة؛ ذلك أن ترك الفرض ممّا يؤدي إلى إضعاف قوة النظام الحاكم أو على تعبير

(1) الونشيريّي، المعيار المعرّب والجامع المغربي عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب 11/128-129. وسبّل له أن ذكر فيها ابن منظور في المعيار 5/33.

(2) التبتكي، نيل الانتهاج بتطبيق الديباج 1/33، كتابة المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج 93، محمد علي حسين، تحليب الفروق 1/141-142. انظر المعيار 11/131، المشاط، الجواهر الثمينة 253.
الأقدمين يؤدي إلى ضعف شوكة الإمام أو بطلانها؛ وفي ذلك ما يجعل بلاد المسلمين عرضة للضرر الماحق، من استيلاء مباشر أو غير مباشر وتبغيّ للعدو؛ وهذا متى يعلم على وجه القضاء من شريعة الله السّمعي إلى نافيه. ومنه، فما أدّى إلى تحقيق قوة الإمام واحذًة الأخذ به اعتمادًا على الأصل القطني في السّرع الذي يُفيد بأنّ من قصد الشّارع أن تكون الأمة قوّة مرهوبة الجانب١.

ثمّ إنّ ترك الحبل على الغارب دون أن يّتخذ من الإجراءات التي تكفلّ مانعة الأمة، يعرّضُ أموالِ العامّة في حال استيلاء العدوّ على بلاد الأمة وقِدراتها إلى التّنصّص والاستيلاءّ؛ فبُذل القليل في مقابل جُفّان الكثير أوّلًا عند مّن كانت عندّهّ صُبابة من عقّ؛ ومنه فإنّ قرّض الضّرائب في حالة الحاجة التي يقّدرها مّن وليّ أمر المسلمين ممّا يستند إلى أصليّ تشريعيّ قويم، هو الاستدلال المرسل٢.

كذلك فإنّ الأب في طفله أو الوصي في يتمه أو الكافل فييّنّ يكفّله، مأمور برعاية الأصلح له، وهو يصرف ماله إلى وجوه من التّنفّقات أو المؤنّ المحتاج إليها. وكلّ ما يراه سبيلاً لزيادة ماله أو حراسته من التّنفّف، جاز له بذل المال في تحصيله. ومصلحة الإسلام عامّة لا تتناقض عن مصلحة طفله، ولا إمام المسلمين يتقاعد عن نظر واحدٌ من الآحاد في حقّ محجوره.

(1) الشاطبي، الاعتصام 37/126/4، الونشريسي، المعيار المعرّب 11/3-133-134.
(2) الشاطبي، الاعتصام 37/277، الونشريسي، المعيار المعرّب 11/3-134-135.
ولَوْ وَطِيَّ الكَفَّارُ أَرْضَ الإسلام لَوَجَب الْقِيامُ بِالْجَمْهُورِ، وَإِذَا كَبَّرَ الْإِمَامُ وَجَّبَ الْجِبَاحُ وَكَفَّرَ الْقَلْبُ وَتَعَلَّمُهَا إِلَى الْمَهَلَّةُ، زِيَادَةً إِلَى إِنْفَاقِ المال، وَلِيسْ ذَلِكَ إِلَّا لِحَماَيَةِ الْيَتِينِ ومَصلحة المُسْلِمِينِ. فَإِذَا قَلَّرَنا هُجْوُمُهُ وَاسْتَشْعَرَ الْإِمَامُ فِي الْشَّوْكَةِ ضَعْفًا، وَجَبَ على الكَفَّاءَ إِمَادُهُمْ(۱).

وَالدِّيَالُ مَحْلُ الْبَحْثُ مَمَّا لَا تَخْصُصُ الْحَفْازُ عَلَى الْأَمَنِ الخارجيّ، بل هي مَفْرُوضة كَذَلِكَ في حَالِ الخوف مِنْ انخراط الأمن الداخليّ، وهو خَوْفُ مَسْتَمرّ، قال السَّناطي: «وَإِذَا قَلَّرَنا انخْرَاطَ الكَفَّارِ الَّذِينَ يَخَافُونَ مِنْ جِهَتِهمَّ، فَلَا يُؤْمِنُونَ مِنْ انتِفَاحِ بَابِ الفَتْنَ بَينَ المُسْلِمِينَ؛ فَالدِّيَالُ عَلَى حَالِهَا كَمَا كَانَتَ، وَتَوَفَّقَ الْفُسَادُ عَيْنُ، فَلَا بَدٍ مِنْ الحَرَاسَ(۲).

وَقَوْضُ الْضَّرَائِبِ لَحَاجَةَ الْأَمْتَةِ لَا تَكُون على جَهَةِ الْاستِقْراضِ إِلَّا إِذَا رَجَحَ لِخَزَينَةِ الدُّنْيَةِ دَخَلَ مَنْتَظِرٌ؛ أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْئًا دَخَلَ مَنْتَظِرًا، وَضَعَفَت مُسَالَكُ الدُّخَلِ، فَلَا بَدٍ مِنْ العمل بِتَوْظِيف الْضَّرَائِبِ لَعَلَّ وَجَّهَ الْاستِقْراضِ(۳).

وَمِنْ الْعُجْبِ أَنَّ أَبا سَعِيدٍ بْنَ لْبِ سُكَّل عَمَّا كَان مُوَظَّفًا مِنْ خُرَاجِ لِبَناءِ السُّورِ فِي بَضَعَ مَواَضِعِ الأَنْدِلُسِ عَلَى أَهْلِ ذَلِكِ المَوْضِعَ، فَأَفْتَى أَنَّهُ لَا يَجْوَز ولَا يَسْعَوَ ؛ وَخَالِفُهُ أَبُو إِسْحَاقَ
السّاطبيّ فاقتم بأنَّ فرض الخراج من السّاكن لولي الأمر مُستندًا فيه إلى المصلحة المرسلة، ومُعتبِراً في ذلك على قيام المصلحة التي إن لم يَقُم بها الناس فَيُطونوا من عندهم ضاعت(1).

وأما نُسب إلى ابن لبّ إن حمل على ظاهره، فإنه من الصَّعف والزهاء بحيث يعلم على جهة القطيع بطلانه. ويثبت أنَّ فتى ابن لب محملة على نظر آخر، وهو أنَّ الولاية إذا كانا يُلجهون إلى فرض الضرائب على غير وَجِه العدل، فقد تكون الخزيئة ملائمة، وللمجد كفايتهم، فَفُترض الضرائب على الرعيّة ظلمًا وحُكماً. إلّا أنَّ معازف السّاطبي لا بِن لب يُدُل على أنَّ المسألة على خلاف ذلك، والواقع التاريخي يُؤكّد ذلك، فقد كانت الأندلس تستثنى من أخطافها، وانحسر الوجود الإسلامي فيها.

(1) التبتكي، نيل الابتهاج بتطبيق الديوان 1/433-34، كتابة الحقيق لمعرفة من ليس في الديوان 93-4، محمد علي حسين، تهذيب الفروق 1/141-142، 142-141، البشري، المعيار المعرّب 131/11 وما بعدها، المشاط، الجوهر الثمين 254-253.
المسألة الثانية

العقوبة بالمال

من المسائل التي كان لها أن يُجَّب بعض المالكيّة فيها إلى أصل الاستدلال المرسل، مسألة العقوبات الماليّة إنّ تعلّم إقامة الحدود الشرعية. وقدّ أن تتناول الدّراسة المسألة تقدّم للمسألة تمُهيداً بِيِّن وَجْهًا:

يُقَرّق في الفقه بين العقوبة في المال والعقوبة بالمال:
أمّا العقوبة في المال (1)، فهُو تسلّط العقوبة على الجاني في ماله يتلاقاه عليه، بمعنى أن تكون الجناية في نفس ذلك المال.
أمّا العقوبة بالمال، فمعناها أنّ من باء بجنايةٍ من الجنايات المستوجبّة للعقوبة، يُعاقب بأخذِّ مالٍ قليلٍ أو كثيرٍ، وربّما زادُب شيء مُعلوم لكلّ جناية (2).

والذي له تعلّق بالبحث هو العقوبة بالمال؛ وقد كان لهذه المسألة بين المالكيّة سجالات ومُناقشاتٍ من القرن التّاسع في تونس والمغرب؛ ذلك أنّ سلطة الحكّام على الأقاليم التي كانت

(1) المهدي الوزاني، حاشيته علي شرح التاودي للاشمية الرقاق ص 390-392.

(2) التاودي، شرح التاودي للاشمية الرقاق 2/249-250.
خاضعة لهم كانت سلطة مهلهلة، بحيث لا تكون لهذا السلطان أن يَسْتَهْلِك الأحكام الشرعية على الذي ارتكب حادًا من حُجُود الله في بعض تلك الأقاليم.

فكان رأي البعض أن يستعاض عن تلك الحُجود بعقوبات مالية لتكون زاجرة لأهل العرامة والفساد. فأن ينفقوا على التناس بالفساد والإفساد، فأُفتى البرزلي التوسي بجواز العقوبة بالمال في هذا الظرف، وتابع بعض المالكية.

ولخالف كثير منهم البرزلي في هذه الفتوى، وقالوا بحرمته ترك الحُجود إلى غيرها؛ وقد ألقى السامع المالكي غضبَي البرزلي رسالة انتقده فيها لقوله بجواز العقوبة بالمال، وقد سمى كتابه هذا بـ "مطالب التمام، ونصائح الأنام".

قال البرزلي في رسالته التي كتبها في تقرير العقوبة بالمال: والذي أقوله الآن في بواضي إفريقية وأعرابها والمِلَاد الثانية عنها من الحواضر، التي هي محل بث الشرع، وغَلَب عليهم الجهل،

(1) راجع خالد، شرح التاودي للاجتهام والرقاق 2/490، حاشيته على شرح التاودي على لامية الرقاق 2/490-267، ونظر المسألة بعينه عند العلمي: النزول 1/153 وما بعدها. ونظر فتوى البرزلي في "مطالب التمام" للشامي، فقد نقلها بحرفها، وقضى كلمة كلمة!

(2) المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاودي للاجتهام والرقاق ص 157/490-267، الهواري.

(3) والكتاب طبع مؤخرًا، اعتمد به عبد الخالق أحمدون، وهو من مشورات وزارة الأوقاف المغربية، والطبع تحتاج إلى مزيد ترجمة.
والتعريض للأموال، والأخذ بالثياب، والهروب بالحريم، وأخذ الأموال بالخيانة، والغش، والحرابة، والمعاملات الفاسدة: أن يفعل بهم ما يقطع هذه الفساد، من التعرض لبعض مال الجاني ويتبني وسجنه، عقوبةً له ...

والنظر المصلحي في هذه المسألة: أن في إهمال الأمر وترك أهل الفساد من غير رجوع أو ردع، تصرف لهم على فسادهم ومساعدة لهم عليه؛ مع ضعف السلطة وعدم تمكينها من إقامة الحدود، فكان من مصلحة العامة أن لا يترك المسيح بل يقابله ركوب ما لحقه الضّرر بالغير، ففعلهم أن القصد من إجراء الحدود هو الرجوع، وفي حال عدم التمكن من إقامة الحدود فلا ينبغي أن تتكرر هذه المقصدة، بل إن المصلحة الكبيرة في حفظ النفس والأموال تسوك أن يؤدي بالعقوبة المالية حالاً، استثنائياً لمعالجة الفساد الذي يعمر في حال عدم التمكن من إقامة الحدود(1)، قال ميارة: «... فنفلك أولى من الإهمال وعدم الرجوع وترك القوي يأكل الضعيف، فمعظم المفسدة في ذلك يخفي فيه العيان عن البيان، وذلك مقص لخبار العمان وهدم البيان، بل إذا تعذر إقامة الحدود ولم تبلغها الاستطاعة وكان الفقير يحتاج

---

(1) الشماو، مطالع التمام ص/149، وانظر المجلة الحسنية، العدد 14، سنة 1418 هـ، مقال: القاضي أبو العباس أحمد الشماو كتابه مطالع التمام ونصائح الآلام عبد الخالق أحمد ص/271، تقول عن مطالع التمام للشماو 199/أ.

(2) انظر: المهدي الوزاني، حاشيته على شرح التاردي لفلاحة الزقاقي ص/390-393.
إلى إيقاع الزواجر، وكانت الاستطاعة تبلغ إلى إيقاع تعزير يزدجر به- تزيلت أسباب الحدود منزلة أسباب التعزير، فيجري منها ما هو معلوم في التعزير. وليس المراد أن الحد يسقط بذلك، ولكن ذلك غاية ما يضمن الاستطاعة في الوقت دفعا للمفسدة ما أمكن، فإن أمكنا بعد ذلك إقامة خدج أقيم إن اقتضت الشريعة إقامته؛ والظالماً أحق أن يحمل عليه(1).

وللمسألة مناقشات طويلة الذين، نقضًا وتأييدًا؛ ليس هذا موضع إدخال الطبل فيها. فلتراجع في مجامعها التي أشرت إليها في الهواشم، خاصًا كتاب الشماع: مطالع التمام، فقد أطال التماس في إبطال فتيل البزللي؛ رحم الله الجميع.

(1) التاودي، شرح التاودي للامية الزقالق 2/494، 254.0
المسألة الثالثة

اشتراط الخِلَّطة في الدعوى

ومن النَّظَر المصلحي في مسائل الفقه: مسألة اشتراط الخِلَّلة في قبول الدعوى، فمَن أَدَّعى على شَخص فَنَّكر، وأَراد المَدَعِي تَحلِيقه، فلا تَلزمَهُ سنةُ حَتَّى يُبِينَ المَدَعِي أنَّهَا خَلَّّلَت بَينهُ وَبَينهُ لَو بَشِهادة أمَّرأة، وتَكون الخِلَّلة بَدَينَ وَلَوْ مَرَّةً واحِدةٌ من سَلف أو غيره أو تَكُرَر بِالْتَقْدِيد (*)

ومَكَّن المالكية في اشتراط الخِلَّلة في توجُّه اليمين إلى المدُعِي عليه، هو الاستدلال المرسل، لأنَّ في قبول كل دعوى دون أن يكون ثَحَة من أمارة على صُمَّر المَدَعِي على المَدَعِي عليه تَظْريَّةً لأهل الفساد على أهل الصُّلاح؛ بِهِيْثْ لا يَشَاء أَحَدُ أَن يَدُعَى على أهل الصَّلاح إِلَّا فَعَلٌ، وَفي ذلِك من الفساد ما فيه؟ ولم يَكُن الشَّرع لِيترك أهل الفساد يتعرّضون لأهل الصَّلاح استناداً منهم لحكم في الشَّرع، قال الْتَسَسُوْلي: «وَلَعَمَّرَيْنِ إِنَّ هَذَا هوَ (*)

(*) الخَرَشِي، شَرح مَختصر خَلِيل ١٥٥/٧، النُّجَارِي، الفوادِي الدوائِي ٢٢٠/٢، ٢٢١، الدَّرِير، شَرح الكبِير مع حاشية الدسوقي ١٤٥/٤، عَلِيش، منح الجليل ٢٣٤/٨، السَّجَلِي، شَرح الْبِراَقِيَّة السُّمِّيَّة ٢٧٤/٧٧٧، عبد الوهاب، الإِشْرَاف ٢/٧٣٨/٧، ابن العربي، الْقَبِس، ٣/٨٩٦، محمد الخَرَس حَسِين، رِسَالَة الإِلَصَاح ٣٠٠.}
الضوابط في هذا الزمان القليل الخير، ولقد شاهدنا غالبًا سفينة الناس يدعى بدعواوى على المعلومات بالخير والعدل، مع بعيده عنه، وعدم محاصلة أمثاله وملابسته، وليس عرضاً إلّا الازدراء به، وحظ مرتبتة، حتى صار اللهجة يلبسون السفينة ذلك، وربما أدعوا عليه بالعهمة بما فيه كفرة بالسرقة والعصبة ونحوها، لسماعهم أن يمين السفينة توجهاً مطلقاً على المشهور المعمول به، فتبيّنُ لمن رافق الله أن لا يمكّنهم من تحليفه بما يدعى عليه من المعاملة في الغرض المذكر.“

وكون الخُلّافة شرطا في توجه اليمين هو المشهور، وعلى مالك وعامة أصحابه، وعلى مَّن رضي ﷺ ابن أبي زيد في الرسالة، قال ابن رضي: «وقال مالك لا توجب اليمين إلا بالخالصة، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة، قد عُدّمه من قال بها النظر إلى المصلحة، لكِي لا يطرق الناس بالدعاوى».

والمالكي نافع في اشراط الخُلّافة، وقال بتوجه اليمين على المَّدْعَى عليه مطلقاً، وهو الذي عليه عمل القضاة عند المتّاخرين من المالكية.

---

(1) التسولي، حاشية التسولي على شرح التاودي للامي الروافد المرزبة، ٢٤٤، ص ٢.
(2) الخيرشي، شرح مختصر خليل ١٥٥ /٧، ابن أبي زيد، الرسالة، مع شرحها: الفوائد الدوائية، ٢٢٠، السجلماسي، شرح اليوهنيات الثمينة ٢ /٧٧٥.
(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢ /٣٥٤.
(4) الخيرشي، شرح مختصر خليل ١٥٥ /٧، السجلماسي، شرح اليوهنيات الثمينة ٢ /٧٧٦-٧٧٥.
المسألة الرابعة

الخلوات

ومن المسائل التي لاحظت فيها المتآخرون من المالكية المصاحب
المرسلة: مسألة الخلو، أو ما يعرف بـ: الجلسة، والزينة،
والحكر، والجزاء، والإنزال، والتصبة.

وحاصل المسألة: أنّه كراء للحانوت أو الدّار أو الأرض على
التأبيد والاستمرار بِكراء الوَجْل، فإذا اكترى ذلك المكتري صارت
المنفعة بِلبكّا له على التأبيد، مع بقاء الأصل لمن كانت له،
فللمكتري الحقّ في المعاوضة عليها، والهبة لها، وتقع المواريث
عليها(1). ويكون التعامل بالخلو في الأحباب
قال البناي بعد أن ساق فتاوى الشّمس اللفظي والناصر اللفظي
بجواز الخلو: «. . بمثال الفتوى المذكورة وقعت الفتوى من
شيوخ فاس المتآخرين، كالشيخ القصّار وابن عاشر وأبي زيد
الفاسيّ وعبد القادر الفاسي وأُضرابتهم؛ ويُعبّرون عن الخلو
المذكور بالجلسة، وجرى العرف بهما لّمّا رأوهم من المصلحة فيها،

(1) الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ص/479-480، ابن عاشور،
مقاصد الشريعة الإسلامية ص/164، الوزاني، فتحة الأكياس في شرح عمليات
فاس 1362.
في عهدهم كَرَاءةً عَلَى التَّهَيَّةٍ(١) والمجوزن للخِلْوٍ من المالكَيْةٍ اعتمَدا في القول بالجَواز على المصلحة المرسلة، فقد اعتَبَرا التَّماح في رسالته التي أَلَفها في المسألة من المصلحة التَّهَيَّة الحَاجِّةِ؛ أي إنَّها من المصالح المرسلة الواقعة في الرَّتبة الثَّانية من مراتب المصالح، إضافةً إلى أنَّ الحاجة إليها ليست خاصَّة بفرد من الأفراد، بل إنَّ فيها احتياجًا عَامًا، فإن ذلك جَرَى العَرف بها(٢).

وَوَجَّهَتُ المصلحة في ذلك: أنَّ كثيرًا من الحوانيت والأراضي الواقفَيْةُ ممَّا يُحْتَاج لِصِلاحيَّتها للإِنْتِفَاع بَذْلٌ مَالٍ ونفقات لِتَهْيِيِتها لمزاولة النَّشاط الذي يُلائِم طبْيَة الحانوت أو الأراضي؛ لكن الناس يُحْجِمون عن كَرَاء هذه الحوانيت والأراضي لأنَّهم يَتَوَقَّعون إِبطلَ الكراء وانتهائه، فَتَنْهَبُ تُنفقاتهم في التَّهَيَّة والإصلاح هَباءً؛ فرأى بعض فُقهاء المذهب المالكِيَّ أنَّ يُؤْيَد كَرَاء تلك الأحباب التي ليس لها أموال تُنفَق على تلك الحوانيت والأراضي للإصلاح والتَّهَيَّة(٣).

وللمالكية تفصيل في بعض وجوه الخلو، وفي بعض منها نظر قوي من بعض المالكية في المنع؛ لما في ذلك من تَضْطِمِيع للأوِقَاف، وسُوء تَصْرِيف فيها من قِبَل النَّظَار.

١١ عِليش، منح الجليل ٧/٥٢، الوزاني، شرح عمليات فاس، ٣٦٦. ١٢ الجملي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص/٤٦٤، نِقلا عن إزالة الفناء. ١٣ ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح، ٢/٢٣٣.
المسألة الخامسة

جواز الاستناد إلى آثار الأقدام في إثبات السرقة ونحوها اعتمادًا على المصلحة المعتبرة

ومن الأمثلة على الاستناد إلى المصالح المرسلة، ما ألقى به بعض المتأخررين من المالكية من جواز الاستناد إلى آثار الأقدام لإثبات السرقة؛ حفظًا لأموال الناس وكلاًكيًا للمساعد العام.

وقد ألقى بهذه الفكرة عالم من علماء الجزائر (1) يُعرف بخليفة بن خسّن في المائة الثالثة عشر؛ إذ كان قومه يبايعون في افتقاء الأثر ومعرفته، فجعل من الأثر كليلاً يستند إليها للإثبات بالسرقة وإثباتها؛ اعتبارًا منه على المصلحة الكبيرة في حفظ الأموال الكبيرة اعتبارًا على وجن القطع. وقد أنقر على هذا الفقه فتواه فقهاء بلدة تُعرف ب: «الخنقة»؛ وكان مرتكرًا اعتراضهم على أن هذه المصلحة لا شاهد لها بالاعتبار الخاص؛ فأنشأ قصيدةً أجابهم فيها، ووضعها مُستندًا في قُنّاه، وردَّه على ما اعتراضوا به عليه؛ قال رحمه الله (2):

(1) من قصار من بلد سوف، محمد الخضر، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم 180.
وله نظم مختصر خليل بن إسحاق،طبعه قديماً في مصر، سماه: «جواهر الإكبار في نظم مختصر خليل».
(2) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان 170-176، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم 180.
هؤلاء الذين يقولون إلى السادة الأشراف من أهل "خثرة": إنهم لم ينكرو المعلوم إلا جاهلين تقدم أولئك، والقياس دليلٌ، ولكن إذا عمّ الفاسد بحاوته، كتبهم بعد وعدهم وفوقهم، وما هو إلا مصطلح و hüكيمَ إذا عمّ بالخوف الحق شمل مصالح عمت، والصلاخ جميلٌ، وإذا وركت يوما عليه سؤال: تترفق عرب السائقين بأرضهم، وما أنتم من أعلمٍ بذلك، فلما أهملت آثار سرّاق أرضنا وفي الآخرين بالآثار إصلاح أمورنا فور فئات الخط الذي غاب ربه لحرفان أكثر المستاء عميلٌ، ومما اعتبر عنه فقهاء "خثرة" على الشيخ خليفة بن حسن: أنَّ النظر في المصالح المرسلة التي لا شاهدة لها بالاعتبار الخاص، إنما هو مؤكولٌ إلى نظر المجتهدين؛ أمّا من لم يبادر منزلة التقليد، فليس من هذا الأمر في قبيل ولا دير (٢). وهذا الاعتصار الذي اعتبر به يدلّ على أمرين: الأول: أنَّ التقليد غير المتبصر لبعض الفقهاء -رحمهم الله- (١) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ٥٦٦٧-٧، نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم ١٨٠، المرجعان السابقان.
في العصور المتاخرّة، كان له أثر في الركود الحضاري للأمة؛ إذ لا تقوم للمحترمة ساقًا إلاّ وهي ناهجة تنهج المصلحة التي تطلّبها طبيعة الزمان والمكان؛ فإذا جُعل النظُر في المصالح المرسلة من مهمّة المجتهدين، ثمّ أُدعي أن الاجتهاد أوصِف الباب دونه، وقضى أهل القائمون به، فالنتيجة هي تغلطُ المصالح، وتظريب النّاس في أن يظلّسوا الصلاح في غير الشريعة الغرّاء.

الثاني: أن الأمة مع ما كانت عليه من أثر التخلّف لم تٌعلّم عُلماء يفّقهون أن أحكام الإسلام واردّة لحفظ المصالح، ودائرة على مقتضى الحاجات(1)، كخليفة بن حسن ﷺ.

(1) محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. ٣٦٦٦
الفصل الثاني

الاستحسان في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ هي:
• المبحث الأول: الاستحسان: المفهوم والمضمون.
• المبحث الثاني: الاستحسان في المذهب المالكي: حجية، وأقساما، وشروطا، ومجالا إعمالا، ومقتضيات الأخذ به.
• المبحث الثالث: الاستحسان في المذهب المالكي: الأدلة الناهضة بحبيته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب.
• المبحث الرابع: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي.
البحث الأول

الاستحسان: المفهوم والمضمون

وفي هذا البحث أربعة مطالب: هي:
المطلب الأول: الاستحسان: مفهومه في اللغة والاصطلاح المالكي.
mطلب الثاني: أركان الاستحسان.
mطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بأصل الاستحسان.
mطلب الرابع: مذاهب العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان.
المطلب الأول

الاستحسان
مفهومه في اللغة والإصلاح المالكي

الفرع الأول: الاستحسان لغة:
استحسن المرء الشيء: علّه حسنًا(1).
فمحصل معنى الاستحسان: اعتقاد المرء حسن الشيء، بغض النظر عن واقعية الحسن في الشيء المستحسن؛ فكلّ الناس مذاهب فيما يستحسنونه، فيما يستبغيونه ويستقبلونه.

الفرع الثاني: الاستحسان: مفهومه اصطلاحا عند المالكة:
إصل الاستحسان قد أثار بين أهل الأصول اعترافاً حادًا ومسلالاً طويلة، بين قائلٍ به ناصر له، وبين منكر له مشنع على من استمسك به؛ ولقد بَرَزت هذه المنازعة جلياً في عهد الإمام الشافعي الذي ألف فيه كتاباً وسماه ب: «إبطال الاستحسان»، فحمل فيه الغارة على من جعل الاستحسان من المدارك الشرعية التي تكون من متسقّكات المجتهد في اجتهاده؛ فعذ الشافعي قائلٌ، الاستحسان تلذذا(2)، ونقول عنه أنّ مّن استحسن

(1) الجوهري، الصحاح، 5/2095، ابن منظور، لسان العرب 117/117.
(2) الشافعي، الرسالة 507.
فقد شرَّعَ(1) إلى غير ذلك من العبارات التي تَطَوي في ضمنها بالغ الاستثناء ونهاية الاستنكار. ونجد إنكار الشافعي للاستحسان، في كتاب الرسالة(2)، كذلك.
ولكنَ الأئمة الذين اتخذا من الاستحسان مُلَكَّا شريعيًا، أُنْكروا أن يكون الاستحسان الذي يَقْولون به تحكيمًا للهوى واتباعًا له، فرُجوعُهُم في الاستحسان إلى أُذَّة الشَّرَع، فما تَرَكوا القياس في مُقابل الاستحسان إلا لِتَلْسِيل أَقُوَى في نَظْرهم واجتهادهم.
ويظهر أن الشافعي رَجَد في كلام أهل العراق قولهم القياس كذا، والاستحسان كذا(3)، فتعتبر هذا المسلك منهم، ورأى ذلك تَرْكًا لموضوع الحجَّة من القياس، ودُعاءًا مع ما يُعطبه العُقَّال بلا رجوع إلا الشَّرَع وأدلته.
والذي يَبرز عند النَّظر في تاريخ أصل الاستحسان، عدمُ الوضوح في معناه في بَدَاعة أمره، إذ مقاَبة الاستحسان بالقياس، لا يُفيد مضمونه، بل هو مُثيرٌ للإنكار بَدَاء الرأي. وكان على من قال به أن يُفصِّل عن مضمومه إِفساحًا يَبيِن به للمُخالفين فضده منه، قال ابن عاشور: "وعندَي أنَّهم لَو شَرَّحواُ مُراكمهم وَلَوْ بَتأويل، لَمَّا أُخَوَّجوا الشَّافعي إلى ذلك القيِّل"(3).

---

(1) الغزالي، المستصفي 1/409.4، قال النافث السبكي: "حتى قال الشافعي -فَيَدْ نقل عنه القلاط: مِن استحسن فقد شَرَعَ، وأُنْا لم أَجِد إلى الآن هذا في كلامه.
(2) الشافعي، الرسالة، ص 503، وما بعدها.
(3) ابن عاشور، حاشية شرح التقييم، 2/129.
والذي يُظهر لي أن من أسباب عِدّم الوضوح في هذا الأصل، ممّا أَفضَّل إلى خلاف كبير فيه:

أولاً: إن الاستحسان يعد من أدق مسائل الاستدلال والاحتجاج؛ لوقوعه - كما سيأتي - بين أدلّة متعارضة متناقضة، ممّا أدّى القائلين به إلى الاختلاف في تحديد مفهومه، فقُلُب معناه وخفافه في ذاته كان من أجل أسباب هذا الاضطراب؛ فالأحد بالاستحسان هو أخذ بديقي العلم، ولطيف المعنى، والمعاني الدقيقة والمسائل الحقيقية يعصر - خاصة في البداعات - إبرارها في حدود لفظية؛ وهذا الذي وقع في مفهوم الاستحسان، فقد عرّف بعضهم - كما سيأتي - بقولهم: "هو دليل ينقذ في نفس المجتهد تقضي عنه عبارته، فلا يقدر على أن يتفوه به" (1). وعقب عليه أبو العباس القرطبّي بقوله: "ويظهر أن هذا أشبه ما يفسّر به" (2).

وهذا الأمر ليس خاصًا بعلم الأصول، بل هو شامل لكلّ العلوم وعَامّ في كلّ الفنون؛ فمثلًا: نجد في علم الحديث كثيرًا من أهله يُعْدُدون الوُقوف على عِلْم الحديث علمًا تقضي ألسنتهم عن الإفصاح عنه، فربما يُنكرون الحديث ويدفعونه، فإذا سُئلوا عن سبب الإنكار لم يَكن لهما من جواب إلا المعرفة، ويقولون: أرَأيت لو أتبتِ القَبِلَة فأرْيَتِه كُرَاهَتَكَ، فقَالُوا: هذَا جَيِّدَ، وَهَذَا بِهِرْج؟

(1) الدريد، الشرح الكبير 3/102، الزركشي، البحر المحيط 8/103.
(2) الزركشي، البحر المحيط 8/103.
أَكْتَبْهُ تَسَلَّمَ عِنْ ذَلِكْ، أَوْ كَنتُ تُسَلَّمُ الْأَمْرِ إِلَيْهِ؟!

وَأَهْلُ الْحَلِيْثَ إِذَا أَنْكَرُوا بَعْضَ الْأَحَادِيثِ، فِيْنَمَا كَانَ ذَلِكّ
لَأَسْبَابَ خَفِيَّةٍ وَعَلْلَ دِقِيَّةٍ، وَإِيَّازُهَا يَحْتَاجُ إِلَى عَارِضَةٍ قَوِيَّةٍ،
وَقَصْصُ بَعْضِهِمْ عَنْ بِيْانِهَا لَا يُذْدَلُّ -أَبْدَأَ- عَلَى إِسْتَحْلَالٍ تَجْلِيْهِاً،
فَهَذَا الْحَافِظُ أَبْنُ رَجْبٍ إِلَّا تَحْلِيْلُهُ فِي كِتَابِهِ الْمَاتِعِ: «شَرْح عُلْلُ
الْتُوْمِرِيِّ» أَبْرَزَ كَثِيرًا مِنْ هَذِهِ الأَسْبَابِ وَالْعَلْلَ الَّتِي يُسَبِّبُ إِلَيْهَا أَهْلُ
الْحَدِيثِ فِي تَعْلِيْمِهِمْ الأَحَادِيثِ وَتَسْقُيْهُمْ الأَخْبَارِ؛ فَنَظَّرْهَا عَلَى أَنْ
تَلْكِ الْمَقَالَاتِ تَحْرَجَتْ عَلَى جَهَةِ ضَعْوَةٍ إِبْدَاءَ المَسْتَنَدِ لاَ عَلَى
إِسْتَحْلَالْهَا؛ وَمَا يُكَرِّحُ عَدْرًا عَلَى الْبَعْضِ فَهُوَ مِسْوُرٌ لِلْبَعْضِ الأُخْرَ.
وَأَعْتُبْرَهُ هَذَا -كَنَّكَ- فِي الْبَلَاغَةِ، فَقَدْ كَانَ قَبْلَ الْإِمَامِ الْجُرْجُانِيِّ
ذُو قُرْبَتِهِ لَا يُرْجَعُ فِيْهَا الْنَّاسُ - فِي الأُلْبَـبِ - إِلَى قُوَّانِينِ مُحْكَمَةٌ أَوْ
ضَوْابِطٍ مُحْرَّةَ؛ وَإِنَّما هِيْ الذِّوْقُ وَالمَعْرَفَةُ. لَكِنْ ذَلِكْ لَمْ يُكْنَ مَنْيَاً
مِنْ أَنْ يُحْرِرَ الْجُرْجُانِيُّ قَوَاعِدَ الْبَلَاغَةِ وَقُوَائِيْنِهَا فِي كِتَابِهِ العَظِيمِينَ
«كَلَّاَلِ الإِعْجَازُ» وَ«أَسْرَارِ الْبَلَاغَةِ»؛ رَحْمَهُ اللَّهُ وَأَلْقَى مَقَامَهُ.
لَهَذَا قَالَ الْقَاضِي أَبْنُ العَرْبِيَّ عِنْ الْإِسْتَحْسَانِ: «وَأَمَّا أَصْحَابُ
مَالِكٍ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِمْ قَوْيُ الْفِيْكَرِ (١) وَلَا شَدِيدُ العَارِضَةِ يُبَيِّنُهُ إِلَى
الْوُجُودِ . . . »(٢).

(١) أَبْنُ رَجْبٍ، جَامِعُ الْعَلَومِ وَالْحَكِيمِ فِي شَرْحٍ خَمْسِينِ حَدِيثًا مِنَ جَوْمَعِ الْكَلَّٰمِ ٢/٦١۰، وَالْمَثَلُ، أَبْنُ أَبِي حَاتِمِ، تَقْدِيْمُ الْجَرْحِ وَالتَّصِيِّرِ ٣٤٩-٣٥١.
(٢) فِي نسخَةِ مِكْتَبَ الْمَلِكِ عَلِيِّ الْعَازِيْنِ: «الْفَلَكَ».
(٣) أَبْنُ العَرْبِيِّ، المَحْيَىُ فِي عَلَمِ الأَصْولِ ص/١٣٠.

اختلاف المالكيّة في تحديد مفهوم الاستحسان في المذهب:

لقد تباينت تعريفات الأصوليين لمفهوم الاستحسان تبايناً يَكَاد يُوقَع التناظر في اللهد وبره الحيرة. وكما وقع الخلاف في تعريفه بين القائلين به نجد أن الذين أكرموه وَقَّوا كونه حقّاً وديلاً شرعيًا عَرَفوه بخلاف مفهومه عند من قال به.

وقد وقع بعض هذا الاختلاف في تفسير الاستحسان الذي يقول به المالكيّة؛ قال ابن رشد الحفيف: "وقد اختلّفوا في معنى الاستحسان الذي يُنَجِب إليه مالك كثيرًا؛ فضَعفّه قوم وقالوا إنه مثل استحسان أبي حنيفة، وحدّدوا الاستحسان بأنّه قولٌ بغير دليل.

(١) الشافعي، الاعتلام ٣٠٨.
(٢) الجرجوني، الوساطة بين الحنفي وخصومه ٤٣٠.
(٣) السنوسي، اعتبار الممالك ٢٩٢.
ولمعنى الاستحسان عند مالك هو ...»، وقال الباجي: «وقد اختفت تأويلات أصحابنا في الاستحسان».

وفي هذا المقام أورد كل ما وقف عليه من تعريفات وتقريبات لمفهوم الاستحسان، لأخلص بعد ذلك إلى مفهوم يكون أقرب إلى مراذ مالك وأصحابه. ومما ينبغي أن يتبَّه له في هذا المقام أن التعريفات المختلفة والمتنبأة من هنا لا استقيم أن يُفهم أو أن لا يُعنى بها؛ إذ الصواب اعتبارها وسُرّها ومُحاولة التقرب بينها؛ هذا لأن مُن يتصدى لتعريف بعض الحقائق إنما يُعرف ما انتقد عنه من معناها؛ وقد يكون هذا التعريف والتقرب من لا يقع على حقيقة المعرفّ من جميع جهاته، فيكون فيه مصدر؛ لكن أن يكون التعريف لا صلة له بالمعرفّ به، فهذا ما يُستبعد أن يقع لأهل العلم. وعليه، فالتعريف وإن قصر فإن معرّفه قد تعلّق بطرف من حقيقة الشيء المعرفّ؛ لذلك كان يتبع كلام العلماء في التعريف أجرد الطرق للكشف عن حقائق المعاني ومضامينها على جهة الشمول والاستيعاب.

التعريف الأول: مَن قَسّر الاستحسان بأنه طليق ينقد في النفس:

قال الدُردير في «الشرح الكبير» معرّف الاستحسان: «وهو معنى ينقلح في ذهن المُجتهد تفصُّل عنه عبارته»، وتبيّنه على هذا:

(1) ابن رشد، بلدية المجتهذ 4/72.
(2) الباجي، كتاب الحدود في الأصول 65.
(3) الدُردير،شرح الكبير 3/102.
التّعرف الصّاوي (1) وهما تابعين لغيرهما فيه، والمراة بالمعنى دليل الحكم الذي استحسن (2)، وأمّا الحكم فيجب أن يُعبَّر عنه ضرورةً.

وأوّلًا: ما لا يُفتَّر على الإبانة عنه، ليس يُدْرَى هل هو حق أو بائِث؟ وهل هو حقيقة أو وهم وخيال؟ قال الغزالي كَطِلَةً: وهذا هُوَسٌ، لأن ما لا يُقَدَر على التّعبير عنه لا يُدْرَى هو وهم أو تحقيق؟ (3).

وردَّ عليه القرطبي فقال: «.. ما يحصل في النّفس من مجموع قرائن الأقوال (4) من علم أو ظن، لا يتأتى عن دليله عبارة مُطابقة له. ثم لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلال بالمعيّر عنه، فإنّ تصحيح المعاني بالعلم اليقين لا بالّنطق اللّفظي، قال: «ويظهِر لي أن هذا أشبهً ما يُفسَّر به الاستحسن» (5).

(1) الصاوي، بلغة السالك ١٤٦/٣. (2) الدريد، الشرح الكبير ١٠٢/٣. (3) الشاطبي، الاعتصام ٩٣/٣، العلوي، نشر البنود ١٦٧/٢، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٠. (4) الغزالي، المستصفى ٤١٣/١٣٣، الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٢. ووقع في البحر تّعرف كلمة: هُوَسٌ إلى «هو بين». وانظر: الاعتصام ٣٣/٣٣ قد رد الشاطبي هذا الحدّ، والغ فيه. (5) كذا. (6) الزركشي، البحر المحيط ١٠٣/٨.
وقال ابن تيمية: «وقد قال من طعن في ذلك -كابي حامد وأبي محمد-: «ما لا يعبر عنه فهو هوس»، وليس كذلك، فإنه ليس كل أخذه يمكنه إيانة المعاني القائمة بقلبه، وكثير من الناس يبيئها بيانًا ناقصاً」.

ثانياً: أن الفُصوص في العبارة عن الأدلة من المجتهد غير مُتصوِّرة؛ قال الشيخ محمد الخضر حسين: «ومن هذا الذي وصل إلى رتبة استنباط الأحكام ولا يستطيع أن يُعرف عمادًا في ضميره، ويعد على ما خطر له من المعاني؟」.

ويُردّ على هذا بما تقدّم قريبًا من كلام القرطبي؛ إذ لا يلزم من الاختلال بالعبارة الإخلال بالمعبر عنه؛ وأن تصحيح المعاني بالعلم القيقلي لا بالنطق اللُفظي.

ثالثًا: إنّ عند ما كان على هذا المنوال من اللجوء إلى عُسر العبارة في تعريف الأدلة مما يفتح الحُرقات في التشريع، ويُسرع للمساعد بابًا عظيماً؛ إذ لا تجّد صاحب بدعه أو منهب رديًّا إلا وهو يدعي أن له متمسّكا يقضى بيانه أن يبلغه」.

والذي يظهر لي أن هذا الذي تقدّم ليس تعريفًا للاستحسان من القائلين به؛ إذ مفاده راجع إلى تقرير لما يَجلد المستحسن في نفسه عند الاجتهاد الذي يستند إلى الاستحسان؛ فهذا التقرير هو تعبير عن

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى 10/477.
(2) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 3/72، العلوي، نشر البوادي 167/2.
(3) الشاطبي، الاصطدام 93/16، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 3/72.
حالة شعورية تتعلق في نفس المجتمعة، فهو يقف على الحكم ويطمئن له مُستنداً إلى دليل الشرع؛ إلا أنَّ البيان عن ذلك يقف دون الكشف عنه في قولب للفظية وصيغة كلامية؛ وهذا كما يُقل عن الشافعي: {أُجَدُّ بيانَها في نفسي، وليس يُطلق به لساني}١١. فمن قال ما قال لم يُكن يقصد إلى تعريف حقيقة الاستحسان؛ وإنَّما كان قدصده إلى إبراز دقة هذا المسلك وعسر العبارة عنه؛ على أنَّ المتمسّك به ليس متمسّكا بهواء، وإنَّما تسعيه دليل شرعي يطمئن له؛ وهذا مفاد قولهم: {وهو معنى أو دليل يتدفق . . .}.

التعريف الثاني: مَن غُرف الاستحسان بأنه الأخذ بأقوى الدلائل:

من أوائل من عُنوا بتعريف الاستحسان في المذهب المالكي وإيداع حقيقة مضمونه، إمامًا من أئمة المدرسة العراقية التي كان لها أهمُّ اضطلاع في تدوين أصول الفقه المالكي، وهذا الإمام هو ابن خويزنداد البصري١٦٢، فقد عرف الاستحسان في كتابه {الجامع لأصول الفقه} بقوله: {ومعنى الاستحسان عندنا: هو القول بأقوى الدلائل}١٦٣.

---

١٥) اليرجالي، الوساطة بين المحتبي وخصومه ٤٣٠.
١٦) تُوفي في نهاية القرن الرابع.
١٧) الباجي، كتاب الحدود في الأصول، الإشارة ٣٦٨، إحكام الفصول فقرة ٧٤٩، ونقل ذلك عن الزركشي في البحر المحيط ٥٧، حولولو، التوضيح شرح التحقيق ٤١٠، الغلوي، نشر البنود ١٦٢، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح ٧٠، المشاط، الجواهر الثمينة ٢١٩.
ومَنْتَضِى هذا التَّعَرِيف أنَّ الاستحْسانِ يُكوِّن في حال تعارض الأَدْلَة فيما بينها، فتَقْدِمِ المجتهد من ذلك أَقْوَى الأَدْلَة وأَرْجِحُها، فيكون هذا التَّرجيح استحِساناً(١).

غير أنَّ هذا التَّعَرِيف من ابن خوِيز مَنْداد لم يُجْلِّ مَضْمُونَ الاستحْسانِ وَلَم يُفْضِل إلى حَقِيقَته؛ إذَّ تَعْرِيَفَهُ هذا يَدْخُلُ في الاستحْسانِ كِلَّ تَرجيح يِقَع للمجتهد، سوَاء أَكَانَ التَّعَارِض بَيْنْ آيَتَينِ أَوَّ بَيْن حديثين أو بين قَيْاسين؛ فَيَلِزَم من هذا التَّعَرِيف جَعْلُ الفَقَه كَلِهِ استحِسانًا؛ إذَّ لا تَخْلُو مَسألَةً مِن تَحَارِض الأَدْلَة فيِّهَا، وَعَمَلُ المجتهد حينها البَصَرُ في أَقوَاها لَتَقَدِيمِه وَالعَمَلَ بَهٍّ(٢).

وَمَكَّنَ الاعْتِراَضُ عَلَى هَذَا التَّعَرِيفُ مُتَوجِهَ فِي أَنَّهَا لَمْ تُبْيِنَ حَقِيقَة التَّلِيل المَرْجَوح، وَحَقِيقَة التَّلِيل الرَّاجِح، وَالسَّبِيل الدَّافِع للترْجيح.

والَّذِي أَفْادَهُ تَعْرِيَفُ ابن خوِيز مَنْداد أنَّ مِن حَقِيقَة الاستحِسانِ وَجُدَت تَعَارِض بَيْن دَليلين، فِيِّسْتَحِسانِ المجتهد تَقْلِيمِ التَّلِيل الأَقْوَى عِنْدَهَ.

وَجِرَى القَاضِي ابن الْعَرَبِيُّ عِلَى تَعْرِيَفَ ابن خوِيز مَنْداد بَأَنَّهُ عَمَل بِأَقْوَى التَّلِيلين؛ إِلَّا أنَّهُ زَادَهُ بِيَانًا وَوَضُوْحاً فَأَبَرَز أَرْكَانَ الاستحِسانِ وَعَناصره المَكْوَّة لَهُ؛ قَالَ ابن الْعَرَبِيُّ: (وَالاستحْسانُ عِندَنَا عِنْدَ الحَنَفِيَّة هُوَ العَمَل بِأَقْوَى الدَّلِيلين...)(٣). وَسِيَاتَيِّ قَرِيبًا تَحْلِيلٌ تَعْرِيَفِهِ.

(١) الباجي، كتاب الحُلُود في الأصول ٦٥.
(٢) الباجي، كتاب الحُلُود في الأصول ٦٥.
(٣) ابن العربي، أحكام القرآن ٢٧٧٨-٢٧٧٩٢.٢٧٨.
وسار ابن رشد الحفيد والشاطبي على خطى ابن خويزنناد وابن العربي في عد الاستحسان عملاً بأقوى الدليلين:
قال ابن رشد الحفيد: «وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي ينجب إليه مالك كثيراً، فضلَّه قوم وقالوا: إنه مثل استحسان أبي حنيفة، وحندوا الاستحسان بأنه: قول بغير دليل». ومعنى الاستحسان عند مالك: هو جمع بين الألفة المتعارضة، وإذا كان ذلك كذلك، فليس هو: قول بغير دليل».(1)
وقال الشاطبي بعد أن أوردو تعريفات المالكية والحنفية للاستحسان-: «والذي يستثمر من منبههما أنه يرجع إلى العمل بأقوى الدليلين. هكذا قال ابن العربي، قال: المعلوم إذا استمر... هذا ما وقال ابن العربي، ويشير بذلك تفسير الكروج الذي أنه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى».(2)
ووهذا ما فسر به الشيخ الظاهر بن عاشور مصطلح مالك في قوله:
«فهو شيء استحسن منه قول العلماء»؛ قال ابن عاشور -في سؤله لمصطلحات مالك التي رواها ابن أبي oyos-: «وقوله قبل ذلك «فهو شيء استحسن منه قول العلماء» أي: رأجه. فهذا مراده بالاستحسان هنا، وهو الأخذ برجوه القولين، أو أقوى الدليلين».(3)

(1) ابن رشد، بدية المجتهد 6/72.
(2) الشاطبي، الاعتصام 138-137/138-137.
(3) ابن عاشور، كشف المغطى 17-18. وله كلام مشابه له في «حاشية التوضيح»، حيث قَصَر الاستحسان في كلام مالك براجع الرجوع بين الدليلين.
وقال ابن عاشور في «حاشية التوضيح» مُبَيِّنًا مَعَنَى الاستحسان في كتب الفقه المالكي، وَمُبَيِّنًا الْمَرْجَحَاتِ الَّتِي رَجَحَتْ كَلِيًا عَلَى أَخْرَ: «الاسْتَحْسَانُ قد أَلَّفَهُ فَقَهَاوُنَا عَلَى مَعَنَى تَرْجِيحٍ أَخْدَ الدَّلِيلِينَ عَلَى الأَخْرُ بِمُرْجَحٍ مُّعْتَبِرٍ، لِيَسِيْ فِي الشَّرْعَ مَا يُخَالِفُهُ، وَقَدْ أَسْتَقْرَأَتْ لَهُمْ مِنْ هَذَا مَعَانِي خَمْسَةٌ، وَهَيْ: الأَخْدُ بِالْعُرْفِ، أَوْ الْحَيْثَابُ، أَوْ مَا أَسْتَقْرَأَ عَلَيْهِ عَمْلُ أَهْلِ الْعَلَمِ كَالْصَّحَابَةِ وَالْتَابِعِينَ، أَوْ تَرْجِيحٌ أَخْدَ الْأَثْرَيْنَ عَلَى الأَخْرِ، أَوْ غَنُوْلُ عَنْ قِيَاسِ وَإِنْ كَانَ جَلِيلًا إِلَيْهِ أَخْرَ وَإِنْ كَانَ أَخْنَى مَنَه، لَـأَنَّ المَعْدُولَ إِلَيْهِ أَوْلَى بِالْإِعْتِبارِ لِمُعْضَدَاتِهِ».

وَوَافَقَ اِبْنِ خَوْيِزَ مِنْدَادٌ عَلَى أَنَّ الاستحسان هو عمل بأقوى الدلائل، لَمْ يَتَّلِفوا عَنْ هَذَا الْقَدْرِ، وَإِنْ أَمَّا زَادَوا فِي الْبِيَانِ وَالْكَثْفِ، كَمَا سَبَأْتُ. وَالْإِصْطَلاْحُ وَإِنْ كَانَ لَا مُشَاكَحَةٌ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ منْاسَبَةَ الْإِسْمِ لِلْمَسْمَى مَمَّا يَجْذُرُ بَالْمَصْطَلِحِينَ إِعْتِبارُهُ»(2)، وَعَلِيَّهُ، فَوَجَّهَ تَسْمَيَةَ الْأَخْدُ بِأَقوى الدلائل استحساناً: أَنَّهُ فِي اِخْتِيَارِهِ لأَلْحَسْنِ، هَذَا إِنْ أَمَّا يَكُونُ فِي شَيْئَينَ حَسَنِينَ، وَإِنْ أَمَّا يُوصِفُ الْقُولُ بِالْحَسَنِ إِذَا جَازَ الْعَمْلِ بَهِ لَوْ لَمْ يَعَارِضْهُ كَلِيًّا.

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/229.
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/230.
(3) آل تيمية، المسودة 2/838.
ثمَّ أقول بعد هذا: إنَّ مَنْ تَقَلَّلَ تعريف ابن حُوَيْز مِنْدَاد، قَصَرَ في نَقْلِه تَقَصِّيرًا بَالِغًا، إِذْ لِكَلَامَ ابن حُوْيَز مِنْدَاد تَدُمُّهُ هَامَّةً أَباَنُهُ، وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ فَرَحُونُ في كِتابِهِ "كَشْفَ الْنِّقَابِ الحَاجِب" وَ"الْتَبِيَّذ" كَلَامَ ابن حُوَيْز مِنْدَاد مِنْ كِتابِهِ "كَشْفَ الْنِّقَابِ"، وَسَأَلَّاهُ فِي هَذَا المَوْضُوِعِ تَمَامَ كِلَامِهِ مَعَهُ مَعَهُ. وَصِلِّى بِيَبَانِ مَفْهُومَ أَصْلَ الْإِسْتَحْسَانِ عِنْدَ المَالِكِينِ:

قَالَ ابْنُ حُوْيَزَ مِنْدَادُ فِي كِتابِهِ "الْجَامِعُ لَأَصْلِ الْفِقْهِ": "عَوْلَ مَالِك رضي الله تعالى عنه على القول باِسْتَحْسَانِ، وَبِتَيْ عَلَيْهِ أَبُوْابَة، وَمَسَائِلٍ مِنْ مَذْهِبِهِ، وَأَنْكَرَهُ بِعِضْعَه، وَشَنَّعَ عَلَى الْفَتْلِيِّينَ بِهِ. وَمَعْنِى فُوْلُنا إِسْتَحْسَانُ [عَنْدَنَا]: هُوَ الْقُولُ بَأَقْوَى الْتَلَّيْلِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ تَوْنَى الْحَادِثَةُ مُتَرْدَدًا بِيْنَ أَصْلٍ، وَأَحْدَ الْأَصْلِينَ أَقْوَى بِهَا شَبَهًا وأَّقِبَرْ، وَأَلْصَلُّ الْأَخْرُ أَبْعَدَ، إِلَّا مَعَ الْقِيَاسِ الْبَلَدِيِّ، أَوْ عُرُفَ جَأْرًا، أَوْ ضَرْبٌ مِنْ الْمَصْلَحَةِ، أَوْ خَوْفٌ مَفْسَدَةً، أَوْ ضَرْبٌ مِنْ الْضَّمْرِ وَالْعَدْرِ، فِي عَدْلٍ عَنِ الْقِيَاسِ عَلَى الْأَصْلِ الْقَرِيبِ إِلَى الْقِيَاسِ عَلَى ذَلِكَ الْأَصْلِ الْبَعِيدِ. وَهَذَا مِنْ جَنِسٍ وَجَوْهَ الْعَتَابِ، وَأَتَمَّ طُرُقَّ لِلْقَافِسِينَ، كَمَا تَقُولُ: إِنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ بِيْعَ الْعَرَابَا بَاطِلٌ، وَلَكِنْ جَازَ ذَلِكَ لِلْسَّيِّ. وَكَمَا تَقُولُ إِنَّ الْرُّعَفَ وَالْقِيَّةٌ سَوَاءً، وَلَكِنْ جَاءَتِ السَّنَةُ بِالْبَيْنَاءِ فِي الْرُّعَافِ فَخْصَصَانَا، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ... (١)

يُؤْهَجُ مِنْ كِلَامِ ابن حُوَيْزَ مِنْدَادُ أَمَّرُ: (١) ابن فَرَحُون، تَبِيْنَةُ الْحِكَامِ ٣٠٠٠، كَشْفَ الْنِّقَابِ ٢٥٠٨-١٢٦٤.
- تجاذب الفرع من أصلين، يكون أقرب من أحدهما وأقوى شبيها به، لكن تأييد الأصل الآخر البعيد بعض المعضدات رجحته على الأصل الأول، وعُدلت به عن المقارنة به.

- ثم بين المعضدات التي بها كان ترجيح رد الفرع إلى الأصل البعيد على الأصل القريب الأقوى شبيها به. وذلك: القياس الظاهر، والغرف الجاري، والمصلحة، وخوف المفسدة، والضرب، والعذر.

وضررب بعض الأمثلة في ذلك من بعض الاستحسانات الشرعية، التي أُلحق بها الفرع يغير الأصل الأقرب، وذلك: العرايا؛ فقد أجازته السنة، على أنه مخالف للأصل القريب، وهو المزاينة. وحجم بالسنة في الرعاية بالبناء، ففرق بينه وبين القيء، على أن القياض الذي يبتكر الأذهان، أن حكيم الرعايا حكم القيء في عدم البناء.

وظاهرة من كلام ابن خويز منداد أنه أراد من ترذد الحادثة بين أصلين: تجاذب الفرع من قياسين متعارضين، أحدهما أقرب، والآخر أبعد. وهو ما يسميه الحنفية: قياسًا ظاهرًا، وقياسا خفيًا.

إن نظرنا إلى المعضدات التي تأييد بها الأصل البعيد، تجد أن المصلحة، وخوف المفسدة، والضرب، والعذر، يمّا تلج في الباب نفسه، وهي المصلحة، بمفهومها الواسع. فترزع المفسدة مصلحة، ورفع الضرر صلاح، وزرع العُنْف في التخفيف ليس بخارج عن معنى المصلحة. كما أن العرف الجاري، على ما سنحققُه، هو راجع إلى اعتبار المصلحة، لأنهم يريدون من العرف العرف الذي...
يَقُولُونَ عليه، وهو ما جَرَى به صَلاحُهُم، والعادة أن الناس مُخْلَوْنُوا وأعراضهم ما لم يَتَحَقَّقَ المخالفة للشَّرَع فيها.

ويتَّبَع قول ابن خوَيز منداد «القياس الظاهر»، ما أراد منه؟ هل أراد أن رَد الضرع إلى الأصل البعيد اعتقَد بقياس آخر ظاهر، أو أراد أنه مع رَدَ الضرع إلى الأصل البعيد، فإنه أظهر في الفَوَّاء، فالظاهر هنا ظاهر قُوَّة، لا ظهور اعتباره إلى الأذهان؟ لا أدرِي!

والميْظَر لى أن ابن خوَيز منداد استنفد كثيرا في تقرير معنى الاستحضان من كلام الحنفية فيه. وانظر مثالا على ذلك كلام أبي بَكْرُ الرازي في أصوله، وقارِن بهما. ومثل ابن خوَيز منداد، نَرَى أن ابن العربي - كما سيأتي - اقتبس من كلام الحنفية في تقرير معاني الاستحضان، مع لَحَظ لمذهب مالِك في ذلك.

التعريف الثالث:

قال أبو عبيد الجبيري (ت ٧٨٢ هـ): «...وقد ترَدُّ له رحمة الله نصوص في خوايت غدٍّ فِيهَا عن الأصول التي أُصِلِّها: إِنَّا لَحَفْاءَ العَلَّةِ فيها التي تُوجِب البناء عليها، وتضطر إلى الرَّد إليها؛ أو ضَرْبٌ من المصلحة، إذ كان من منبه رحمة الله عليه الحكم بالأصل فيما لا نَصَف فيه، ما لم يَمْعِن من ذلك ما يوجِب الانتقاد له...»(٢).

(١) أبو بكر الرازي، الفصول في الأصول، ٢٢/٣، وما بعدها.

(٢) الجبيري، الوسط بين مالك وابن القاسم، [تقلا من ملاحقة مقدمة ابن القصر، تحقيق السليماني، ٢١١٣].
وهذا النص من الجبيري من أعر النصوص وأقنمها في بيان مفهوم الاستحسان عند مالك، وإن لم يصرح باسم الاستحسان في نصه المنقول. ويعود من كلام الجبيري: أولاً: أن مالكًا يعدل في مسائل عن بعض أصول، بمعنى أنه يترك القياس.

ثانياً: أن سبب ترك القياس الظاهرة أحد أمرين:

الأول: "الخفاء الجلالة فيها التي توجب البناء عليها، وتضطر إلى الرد إليها". أي إن الجلالة خفية في تلك الحوادث في نظره، فلم يلحقها بها. وليس هذا مما يدخل في مفهوم الاستحسان.

الثاني: وإذا أن يكون ترك مقتضى القياس لضرر من المصلحة رآها، إذ إنه كان يعول على المصلحة في فقهه. وهذا ما يعرف بالاستحسان المصلحي.

ثم يقول الجبيري بعد ذلك، مختارًا الاستحسان بالأصول الظاهرة وترك العدل عنها: "وهذا الضرر من مسائله عسير مطلب، لأنه مخموم مكون في جنب ما هو مبني منها على الأصول التي قلمنا ذكرها. فإذا وجد كان نادرًا، وكان المختار استعماله من ذلك ما هو أولى به على أصوله، وأمضى على مقتضاته، وأليق بمعانيه وأغراضه، وإن أدى ذلك إلى رأٍّ نعمة المسألة المأثوره عنه، لأن أتباع الأصل المتيفين صحته أولى من أتباع عام من يقول".

(1) قال السلياني: مطموسة في الأصل، واقترح ما أثبته.
محتمل لوجود (1) الاحتمالات، قد تفرّد بنقّل مّن يجوز عليه السّهُو و
الغُلُط (3).

التعريف الرابع:
قال ابن أبي زيد الفيرواني في بعض مسائل المذمَّب التي لم
يفهمها الظَّاهري: (4)... وهذا وَجَة من الاستحسناء؛ وهو التَّوْسُع
في القول عند تعلُّق الفَّرْع بغير أصلٍ واجِدٍ في التشبيه؛ وهذا غير
بَعيد... (3).

ولا يُقَدَّم من كلام ابن أبي زيد، تتّولَعّه لِوجوه من وُجوه الاستحسناء،
لذلك لا يكون ذلك تعريفاً للاستحسناء، أو لكلّ وجوهه.
ومتّضَيّئ نصّ الإمام ابن أبي زيد أنّ النّظّر في بعض المُتّروعة
يُفضّه إلى تركّدها في التشبيه بغير أصل، فتكون الفَّرْع مُتّارّعاً عليه
بينهما، فليس يخْلُص لأصلٍ دون غيره. وعليه، ليس إلّاحاق هذا
الفَّرْع بآصل من الأصلين بأوْلِيٍ من إلّاحاقه بغيره، لذلك يُجْعَل
حُكَم هذا الفَّرْع أَيْدِحاً من حُكَم كَلٍّ من الأصلين، فيتوسّط في
الحكم على هذا الفَّرْع،
وأَيْضًا ما يكون هذا في المسائل التي يكون الخلاف فيها قوّيًا،

(1) لعلّه: وَجُوه.
(2) الجزير، التوْسط بين مالك وابن القاسم، [نُقَّل من ملاحِق مقدَّمة ابن الفصيرة،
تحقيق السليماني، 131].
(3) ابن أبي زيد الفيرواني، الذَّب عن مذهب مالك 110/ ب - 111/ أ. ويشبه بهذا قوله
ابن العربي: (4)... تردد الفَّرْع بآصلين، وحكمه إذا تردد بينهما: أنّ يُؤُول على
كلّ واحِد شَبَهَة ويرَكّب عليه حُكَمُه، وهو أصعب مسائل النظَّر،! القبض 2/ 191.
فلا يُمْحَطُ المالكية في طَرْدٍ أصلي بعيْته، حتى وإن كان هذا القول هو القول الرجع لدِيهم في المسألة، وذلك لِمكن قُوَّة دليل المخالب، الذي لم يُسَقْط بالكليَّة، لذلك نَجِّلهم يُخْفَفون من آثار قولهم، بعدَم تَرْتِيب بعض مُقتضيات كلِّ قولهم. وهذا ما يُعَرَّف عنهم بِمراعاة الخلاف، ومَعَروف لَدِي العالمين بِمَنْعَب مالِكِ، أنَّ أصل مُراعة الخلاف أو قاعدة مُراعة الخلاف هي من القواعد المريَّة في المنبه، والمُعَتبر بها فيه، إذ مَسَى الإمامُ وكثيرٌ من أهل منبه في التفرع على هذه القاعدة، والتَّسْجح على منوالها. وَمَا يُنَبِّه له: أنَّ قاعدة مُراعة الخلاف يَنِمَّ أدرَجها بعض المَحقِّقين في المنبه في سبيلُ أصل الاستحسان، كما سيجيء، لأن الاستحسان في مفهومه هو تَرْكُ لِنظرَ الدَّليل العام في بعض مُقتضياته، لِوَجَهُ اقتِضى التَّرك في ذلك المحل. والمسألة التي ذكر فيها ابن أبي زيد هذا المفهوم لِالاستحسان، هي: أن الرجل إن زوج بِدرهماَن، فإن أتمها ثلاث، ثبت النكاح وإلا فسخ، هذا قبل البناء، أما بعد البناء، فيجب على الإمام: وَوَجَه المسألة: أن هنالك أصليين: الأصل الأوَّل: أنَّ من تزوج بما لا يَصِيخ من الصداق، يَفْسَخ قبل البناء، ويُكْبَت بعده بصداق المثل. والأصل الثاني: يُكَاحِل التَفْويض، إذا تَنَسَّل أُقَل بِمن الصداق المثل، فلم تَرْضَ به، فِسْخ النَّكاح، وإن أتمه مَضَى ذلك، هذا قبل البناء. وإن تَدْخل أَجْير على تمام صداق الولد، إن كان لم يَفْرَض
شيءًا.
فترة ابن القاسم تعلّق من كلّ أصل بسبب، فلم يُمحض
القياس على أصلٍ من الأصلين. إذ تعلق بالأصل الأول وهو عّدُمُ
الأقرار على هذا النّكاح، لأنه تزوج بصدقٍ ذَلَّت الدلالٍ عنه
على عدم صحته. لكن لما جاء يُرتب على هذا الأصل مُقتضاً;
وهو الفسخ، رأى أنّ مسألة تحديد أغلق الصّداق مختلفٍ فيها،
وليس المختلف في كالمتفق عليه، فنظر إلى الأصل الثاني -الذي
فيه إتمام الصداق المثل إنّ أعطى أجل له ما لم ترض به المرأة-، إذ
له به شبة، فحكمه في إتمام الصداق إلى ما يُصخص (وهو ثلاثنة
درهم). وهذا الفرع ليس قياسًا مُذِضحًا على الأصل الثاني، لأنه
لو قاسه عليه: لكان مطلوبًا بإتمام مهه المثل.
وهذا التفسير لهذا الوجّه من الاستحسان، هو مراوعة الخلاف
الذي قالت به المالكتي. وسيأتي بحثه إن شاء الله.

التعريف الخامس: الاستحسان تخصص العموم أو القياس:
جُرّى القاضي ابن العربي على تعريف ابن خريز منداد بأنّ
الاستحسان عمل بأقوى اللTAILين؛ إلا أنّه زاده بيانًا ووضوءًا
فأثار أركان الاستحسان وعناصره المكوّنة له؛ قال ابن العربي:
والاستحسان عندنا عند الحفظة: هو العمل بأقوى اللTAILين. وقد
بيّنا ذلك في مسائل الخلاف؛ نكتُبه الجزية هاهنا:
أنّ العموم إذا استمرّ والقياس إذا افترض، فإنّ مالاً وأبا حنينة
يُربّيان تخصص العموم بأيّ كليل كان، من ظاهر أو معنى,
ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة... ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة(1)، ولا يرى الشافعى لعلة الشّرع إذا بثبت تخصيصًا. ولئن يفهم الشّريعة من لم يحكم بالمصلحة، ولا رأى تخصيص العلة(2).

وهجئى هذا التّعارف: أن الاستحسان عند مالك هو تخصيص العام أو تخصيص القياس بالمصلحة؛ فالنّليل الأصلي إذًا أن يكون عُمومًا لفظياً، وإنما أن يكون قياساً مُتعدّداً؛ والنّليل الأقوى الذي يرجح على النّليل الأصلي هو المصلحة التي قال بها مالك مطلقاً.

إلا أن ابن العربي لم يُبيِّن الوّجة الذي دعا إلى الخروج عن القياس إلى المصلحة؛ لكن يظهر أن جرّيان العلوم والقياس على خلاف المصلحة هو ذاته سبب العدول وموجبه؛ إذ الأدلّة لا تكون أبدًا مجافية للمصلحة؛ وحيث وُجِد ذلك وَجَب أن تُستثنى، ويُعمل بالمصلحة المعتبرة شرعًا، وهذا وَجَه وضع الشّريعة، إذ إنها استثنت كثيرا من الصور من أصل القياس لمصلحة راجحة اقتضت هذا التّخصص والاستثناء؛ وهذا ما أشار إليه ابن العربي بقوله:

(ولئن يفهم الشّريعة من لم يحكم بالمصلحة، ولا رأى تخصيص العلة)، أي إن الاستحسان الذي يقول به مالك هو افتقاء لطريقة وضع الشّرع، فِنّ استحسان فِنّ فَهم الشّرع أخْد.
التعريف السادس: ترك ما يقتضيه الليل على طريق الاستثناء والترخيص:

وقال ابن العربي بعد أن ساق أقسام الاستحسان عند الملكية مع التمثيلات عليها: «فهذا نموذج في نظائر الاستحسان، وكلّ مسألة مبينة في موضوعها فذلك لتعلموا أنّ قول مالك وأصحابه: واستحسن كذا، إنّما معناه: أُورث ترك ما يقتضيه الليل على طريق الاستثناء والترخيص بمعارضة ما يعارضه في بعض م questõesاته» (۱).

وتعريف ابن العربي هذا يبرز أهمّته:

أولاً: أنّ الاستحسان ترك للعمل بالليل في بعض اقتضائه الأصليّة؛ فليس الاستحسان ترگا للليل رأسا، وإنّما هو ترك جزئي لا ترك كليّ؛ وهذا أدق من تعريف من عرفه بأنه: «عمل بأقوية الليلين»؛ لأنّ ذلك يشمل ترك الليل المرجوح بالكليّة والعمل بالليل الأقوى الزاجح؛ وهذا ليس مقصودا من الاستحسان؛ وإلا لصار الفقه يجمعه استحساناً والأمر على خلافه. على أنّه يجري في كلام مالك لفظ الاستحسان، وهو يريد منه متعلق الترجيح.

ثانياً: لم يُبيّن في التعريف حقيقة الليل الأصليّ الذي منه الاستثناء، كما لم يُبيّن الليل المعارض الذي به يكون الاستثناء؛ ولكن يشير إليه ما سأليته فيما يأتي في قوله: «على طريق الاستثناء والترخيص». لكنه قبل هذا التعريف قدّم أقسام الاستحسان التي

(۱) ابن العربي، المحمول في أصول الفقه ۱۳۲. وقله عنه: الشاطي، الاعتقام ۲۳.
لاستناداً من كلام المالكية، يظهر مما ذكره من تلك الأقسام الأسباب الداعية إلى ترك مقتضى النليل، فهي عنتله: المصلحة، والعرف، وإجماع أهل المدينة، وترك النليل في اليسير رفعًا للحرج وإيثاراً للتوسع على الخلق. وسيأتي في أقسام الاستحسان تحليل كلام ابن العربي، لكن نقول في هذا الموضوع: أن ترك النليل رفعًا للحرج وإيثاراً للتوسع، يرجع في الاعتبار إلى النظر في المصلحة. أما الحرج فإن كان عرفًا تشريعيًا، فهو أبل إلى المصلحة كذلك.

ثالثاً: قوله: "على طريق الاستثناء والتّرخص" يحمل معنى كون الاستثناء إنما كان نظرًا للمصلحة التي أدّت إلى التّرخص. إذ ومناط باب التّرخص اعتبار المصلحة المقتضبة للاستثناء من النليل الأصلي.

التعريف السابع: الالتفات إلى المصلحة والعدل:
قال ابن رشد الحفيد: "ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل"(1).

أوَّل ما يُعترض عليه هذا التّعريف قوله: "في أكثر أحواله"، وطبيعة التّعريفات تأتي ذلك، إذ من شروط الحدود والتّعريفات أن تكون جامعة لأفراد حقيقة المعرّف، ومائعة لما خرج عن مضمونه، والأئل في قول ابن رشد يقابله "الأقل"، وهذا "الأقل" -حسب التّعريف- ليس داخلًا في التّعريف، وإن كان مما يطلق عليه لفظ (1) ابن رشد، بداية المجتهد 2/142.
الاستحسان. ولو ضَرَبَ ابن رشد على قوله «في أكثر أحواله»، لما
جَابَت الصواب، فالاستحسان كذلك هو، عند من قال به.
وقد يُقال: إن هذا التَّقريب من ابن رشد للاستحسان يُلبَس
بالمصالح المرسلة. لذلك لو كان في التعريف معنى يدل على
العدول عن أصلي والخروج عنه للمصلحة والعدن، لكان أجوَد.
ومن أجل ما أفادنا هذا التَّقريب من ابن رشد لمعنى
الاستحسان، أن أساس العدول عن الاقضاء الأصلي هو التَّنَظَر في
المصلحة والعدل، فيما بذلك من الأسس المكرونة لحقيقة
الاستحسان، وهم المسوغان اللذان يُستند إليهما في قطع المسألة
عن حكم نظامها.

التعريف الثامن: تقديم المصالح المرسلة على القياس:
ومن الأمثلة الذين عَرَفوا الاستحسان عند المالكيّة، ولاعنى
تعريفهم قُبولا واسعا لدى علماء المذهب: الإمام الأبياري في
شرح «البرهان» للجُوَيني؛ قال الأبياري: «الذي يَظهِر من منْهَب
مالِك في الاستحسان: أن استعمال مصلحة جزئيَّة في مقابلة قياس
كلي؛ فهو تقديم للاستدلال المرسل على القياس»(1).

وقد ارْتَضى الشاطبي هذا التعريف، حيث قال في

(1) حَوَلَ حُلَوي، القياس 4/10، العلوي، نشر البلود 2/167، المشاط،
الجواهر الثمينة 221، الزركشي، البحر المحيط 98/8، وفله الشاطبي في
الاعتقام مهما قال له، قال: «وَرَحُّلَ غير ابن العربي من أهل المذهب بأنه عند مالك
استعمل مصلحة جزئيَّة في مقابلة قياس كلي. قال: فهو تقديم الاستدلال المرسل
المواقفات: «وهو في منغب مالِيَّ: الأَخْذُ بِمَصَلَحَةٍ جَزِئِيَّةٍ في مُقاَباَلَةٍ كَلِِّيَّةٍ، ومَقْتِضَاءٍ: الرُّجُوعُ إِلَى تَقْدِيمِ الاستِدَلَالِ المُرْسَلٌ على الْقِيَاسٍ» (١).

وَقَال السَّاتَابِيُّ في مَوْضِعٍ أَخْرَى: أَلَِّي الْاسْتِحْسَانٌ عَلَى رَأِي مَالِيَّ. . . مَعَاهُ بِرَجُعُ إِلَى تَقْدِيمِ الاستِدَلَالِ المُرْسَلٌ عَلَى الْقِيَاسٍ) (٢).

وَهَذَا مَقْتِضَى كَلَامٍ أَبِي الْحَسَنِ الصَّغِير، فَقَدْ نُقِلَ فِي شَرْح التَهْذِيب، أَنَّ الْاسْتِحْسَانٌ هُوَ تَقْدِيمُ الْمَصَلَحَةِ المُرْسَلَةَ عَلَى الْقِيَاسٍ) (٣).

فَمُحَصَّلُ هَذَا أَمْوَرْ: أَوَلَٰ: الدَّلَٰلُ الْأَصْلِيُّ الْمَعْدُوُّ عَنْهُ إِلَى غِيِّرِهِ فِي بَعْض مَقْتِضَائِهِ، هُوَ الْقِيَاسُ الْكَلِيُّ. هَذَا مَا وَرَدَ عِنْ الأَبِيَّارِيِّ وَالسَّاتَابِيِّ؛ إِلَّا أَنَّ السَّاتَابِيَّ وَقَعَ لِهِ فِي كَلَامِهِ اضْطَرَابًٍ ظَاهِرٌ; سَيَأْتِي بِيَانُهُ فِي أَرَكَانِ الْاسْتِحْسَانِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

ثَانِيَأَ: يُؤْخَذُ مِنَ التَّعْرِيبِ أَنَّ الدَّلَٰلِلَّ الَّذِي كَانَ بِهِ الْعَنْوَلٌ عَن الْبِقُكرَاءِ الأَصْلِيَّ هوَ الْمَصَلَحَةُ المُرْسَلَةُ. وَعَلَيْهِ، فَمُحَصَّلُ الْاسْتِحْسَانِ تَقْدِيمُ لِلاستِدَلَالِ المُرْسَلِ عَلَى الدَّلَٰلِلَّ الأَصْلِيِّ. قَالُ: السَّيِّخُ الْجَرْشِيُّ: «والْاسْتِحْسَانُ تَقْدِيمُ مَرَاعَةِ المَصَلَحَةِ» (٤).

١ الشَّاتَابِيُّ، المواقفاتٌ/١٩٣٩/٤٠٠.
٢ الشَّاتَابِيُّ، المواقفاتٌ/١٩٤٠/٤٠٠.
٣ ابن عَاضُور، حاشية شَرْحُ التَّقْنِيقٌ/٢٠٢٠/٢٢٠.
٤ البَرْخِيُّ، شَرْحُ مَخْتَصَرٍ خَلِيلٌ/١٩٨٥/١١٩.
ثالثاً: لم يُبيِن في التَّعريف الأمر الذي ذُكِي إلى هذا العدول؛ ولكن يبدو أن الاستدلال المرسل أقوى في الاعتبار من القياس، فهذا وجه التَّرجيح والتَّدليم.

رابعاً: ظاهر من هذا التَّعريف أن معنى الاستحسان على هذا النحو هو أخص من التَّعريف الذي يُعرَى لابن خوَيز منداد(1)؛ لأن في تقديم الاستدلال المرسلم على القياس عملاً بأقوى اللَّيلين، وليس كل عمل بأقوى اللَّيلين تقديرًا للاستدلال المرسلم على القياس، وهذا ما دعا ابن عاشور أن يقول: «ولعل هذا جزء من تفسير الباجي وابن خوَيز منداد(2)؛ وليس الأمر على ما حمله ابن عاشور(3)». بل القَوَاب أن يقال: إن التَّعريف المنسوب لابن خوَيز منداد أدخل في الاستحسان ما ليس منه، وتعريف الأبياري وُضِع على أكثر حقيقة الاستحسان معاَنيه.

والذي يَظهر لي أن القياس الذي نَصَ عليه الأبياري يُوحَذ بِمَفهومه العام الشَّامِل للقاعدة العامة؛ فالاستدلال المرسلم المعارض للقياس الخاص أو القاعدة العامة مُقتَدَم، والذي يشهد لهذا الذي قَلَّب:(4)

أن السَّيخ حُلولو ذَكر مسألة تضمين الصَّناع، وحُرَّجها على أنها

(1) وقُلْتُنا ما في هذا النِّزَوً من قُصُور في جلَّ كلام ابن خوَيز منداد تامًا.
(2) ابن عاشور، حاشية التَّوضيح والتصحيح/230.
(3) ابن عاشور يرى أن نَظَف الاستحسان عند مالك وأبي حنيفة مَرَاد منها مطلق التَّرجيح بين اللَّيلين، وأما ما عَرَف به أهل الأسْioms الاستحسان، فهو واقع على الاستحسان الأصطلالي الذي عَرَف بعد تدوين أصول الفقه.
من مسائل الاستحسان، ووجّه ذلك أن قاعدة الإجارة علّم تضمين الأجر؛ ونقل عن القرافي قوله: «عند التضمين قاعدة لا لظة»(1)، وقُدِّمت المصلحة العامة على هذه القاعدة حفظًا لأموال الناس من الضرائب والتعديّ؛ قال حلولو: «ويُمكنُ رُدّ مسألة تضمين الصلّي إلى ما قال الباحثيّ؛ لأنه استعمل المرسل، لأنَّهم إنَّما ضمّنوا لأجل المصلحة العامة في مقابلة القياس العامَّ الذي هو عدم الصلّي في الأجراء»(2)، وقد قال قبل بأن عدم التضمين قاعدة؛ فنفهم أنّ قضى الباحثيّ من القياس العام ما يشمل القياس الخاص والقاعدة العامة.

التعريف التاسع: قّطّع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول.

عرف أبو الحسن الكُرْهَيْيُ الاستحسان فقال: «الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجهي أقوى يقتضي العدول عن الأول»(3). وَأُقر القاضي عبد الوهاب المالكيّ هذا التعريف، وجعله مقتضى مذهب المالكيّة؛ قال القاضي عبد الوهاب المالكيّ مَعْلُومًا على تعريف الكُرْهَيْي: هو قولٌ المحصولين من الحنفيّة... ويجِب

(1) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١١.
(2) حلولو، التوضيح شرح التنقيح ٤١٢-٤١٣.
(3) البخاري، كشف الأسرار ٤/٣، الشاطبي، الاعتصار ٢/١٣٧-١٣٨، الزركشي، البحر المحيط ٨/١٠٠٠.
أنّ يكون هو الذي قال به أصحابنا(1)。

وحاصلٌ هذا المفهوم للاستحسان: أنّه استثناء للمسألة عن حُكم نظائرها من دليل أصلي إلى حكم آخر؛ لوجه أقوى اقتضى العدول. وهذا التعريف ممّا لا يبغّد عن التعريف السّابقة في الجملة؛ لذلك قال الشّاطبي بعد أن أورد تعريفات المالكيّة والحنفيّة للاستحسان: «والذي يُستّلِى من مذهبهما أنه يرجع إلى العمل بالقوى الليلين. هكذا قال ابن العربي، قال: العموم إذا أستمرّ... هذا ما قال ابن العربي، ويُنجم بذل تلك تفسير الكرخيّ أنّه العدول عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى(2)».

وقد اختلفت نقول أهل الأصول لتعريف أبي الحسن الكرخي في بعض الزيادات، وهو في عمومه متقارب، ولا أدرى الصيغة التي أوردتها القاضي عبد الوهاب وعلى عليها، والزركشي حين ساق نصّ كلام القاضي أبي محمد، أورد تعريف أبي الحسن عن إلكياء ونصّه: «قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول عن الحكم الأول فيه إلى الثاني، سواء كان قياسا أو نصاً». وقوله «عن نظائرها»، يفهم منه أن الدليل الأصلي في المسألة هو دليل القياس، إذ أكثر ما يستعمل «النظر» في القياس. ويُؤيّده ما نقل في «التحليل» عن الكرخي: «...إذا طُرِدوه عُلّة فاقطضت

(1) الزركشي، البحر المحيط 8/101.
(2) الشاطبي، الاعتصام 137/138-139.
تلك العلة حكما في موردها بخلاف موجب القياس ...»
وفي هذا التعريف الذي نقله إلكر، يُظهر أن الدليل الذي يكون به العدول، إما قياس أو نقص، ما دام أنه أقوى في الاعتبار من الدليل الأصلي في خصوص تلك المسألة. وبعض الأئمة نقلوا عن الكَرْخِيَّ بِيَانٍ أقسام الاستحسان، وكان منها إضافة للاستحسان بالننص والاستحسان بالقياس: الاستحسان بالعادة، والاستحسان بقول الصحابي (١). ونقل في «التلخيص» أنها: «قد يكون ذلك كتابا أو سنة أو اتفاقا أو بَعْضٍ من الاستدلال والاعتبار» (٢).

التعريف العاشر: تَرْكُ مُقْتَضِى القياس لِمَا يُؤْدِي طُرُقَهُ إلى مبالغة في الحكم:
ومن أحسن التعريفات التي وَقُتَت على الاستحسان، ما عَرَفَه به القاضي أبو الوليد الباجي في كتاب «الحدود» له؛ قال: «ومن ذلك أن يرى طرد القياس يؤدئ إلى غلو وِبُعْلُجة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مُخالفة القياس لمعنى يَفْضِلُ به ذلك الموضع من تخفيف أو مقارنة (كذا)» (٣).

(١) الجروني، التلخيص ٣/٢٢٧٩.
(٢) الغزالي، المنخول ٧٧٥.
(٣) الجروني، التلخيص ٣/٣١١.
(٤) الباجي، كتاب الحدود في الأصول. ٦٦. كذا في المطبوع: أو «مقارنة» ولم أجد لها وجهًا. والظاهر أن تصحيفاً وقع في المخطوطة الذي اعتُمد في التحقِّق؛ ذلك أن المحقِّق اعتمد على مخطوطة تشبه لتحقيق الكتب، وهي نسخة سقيمة وقع فيها كثير في التعريفات والاغلاق؛ وهذا منها فيما يظهر.
وتعتبر منهجية الفقه في هذا التعريف، فقد أشرنا بما يقرب منه ويشابهه، قال ابن رشد في "البيان والتحصين": والاستحسان الذي يكون من عامٍ من القياس هو أن يكون طرد القياس ياً يُؤكَّد إلى علوى في الحكم ومُباغة فيه، فيُعدَّ عنه في بعض المواضع لمعنى يُؤثَّر في الحكم، فيختصَّ به ذلك الموضوع.

(1) في المطبوع من البيان والتحصين: "أعم"، وكان فيه "الاعتصاب" بكلام "البيان"! ونقل هذا النص عن "البيان" بليغًا في "البيان"، وله "أعظم". ويشبه لما في البيان والتحصين: (8/ 206): وهو قول له "وَجَّهَ يَمِين مِن طَرِد القياس على مُقَطَّعًا، لأنَّ طرد القياس إذا كان يُكَشف [و] يَنَبِيعُ إلى غُلَب وَمِبَالَةً في الحَكِيم، كان العدو على موضوع لمعنى يُختصَّ به ذلك الموضوع آنٍ، وهذا عندهم من الاستحسان الذي هو أغلب من القياس، فقد روي عن مالك أنه قال: "تنسور أشعار العلم الاستحسان".

(2) نقل الشافعي هذا التعريف في كتاب "الاعتصاب"، ووقع في المطبوعة التي قام على تحقيقه الشيخ رشيد رضا تصحيفه تابع عليه أرهاط من المعارِفين، وهو أنه تحرف "طرد القياس" إلى "طرد القياس".

(3) ابن رشد، البيان والتحصين: 45، 156/ 154، الشافعي، الاعتصاب 135، وراجع: البيان والتحصين: 5، 5، 58/ 6، 12، 4/ 6، 7، 5، 6، الواقعة، التاج والإنكيلاد.

227. الغريب أن تعريف ابن رشد الجد هو الذي أشتهى، دون تعريف الباجي، مع كونه أصله، كما هو ظاهر. ولا شأن تعريف مُنِيحًا لما تقول، قال: "وهذا وَجَّهَ الاستحسان أن يُعدَّل عن حقيقة القياس في مُفَجِّع من المواضع لمعنى يُختصَّ به ذلك الموضوع، يُرجَّح به ما ضَعَف من الأفْلَاحين المتعارضين". ابن رشد، البيان والتحصين: 7/ 456. وقال في المقدمة المهمات: (13/ 3): "الاستحسان في الأحكام إذا يكون على منهج من آجره وأخذ به، لمعانى يُختصَّ بالدروى، فيُذهِل من أهلها عن إلحاقها بالأصول".
وهذا المعنى للاستحسن هو غالبًا ما يقصدهم إليه المالكية:

متدَّمهم ومتأخروهم؛ قال الباجي: «وهذا كثيرًا ما يستعمله
أشهب، وأصبع، وابن الموت».(1)

وأنا هذا التَّعريف أمورًا:

أولاً: أنّ حقيقة الاستحسن هو ترك طرد القياس في مواضيع
معيّنة؛ فالتأليل الأصليّ الذي يكون العدول عنه في بعض المواضع
هو القياس لا كلّ دليل.

ثانيًا: لقد أبان التَّعريف عن الموجِب الذي اقتضى العدول عن
طرد القياس، وهو الغلو في الحكم النابي بالقياس والمغالبة فيه،
فكان الاستحسن أن يترك هذا القياس لهذا المقتضى في المحلّ
الذي وقَّع أو تَّوْقَع فيه الغلو والمغالبة. ومن المشروّر أن الغلُو
المغالبة ممّا يشملهما مفهوم الحرج والمشقة، والشرع الإسلاميّ
거래 في تَّصريف أحكامه رائعًا لهما، ودائمًا لأسبابهما؛ قال ابن
رشد الجَّد: «إذا أدى طرد القياس إلى غلو في الحكم ومغالبة فيه،
كان العدول عنه إلى الاستحسن أولى. ولا تكاد تَّجُد التَّغْرِق في
القياس إلاّ محالًا لمنهج الشريعة»(2). والاستدلال المرسل ممّا
يشمل مفهوم رفع الحرج والمشقة، فالموجب للعدول عن طرد

(1) الباجي، كتاب الحدود في الأصول 66.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 119/11.12. وهذا ما أشار له شيخ ماليك: ربيعة
الزَّوَّعي، حيث قال: «إذا بشع القياس فتَّعَه — يعني إذا شنع— المعرفة والتاريخ
للفسيوي 167/2.773.
القياس هو الاستدلال المرسل، وعلى هذا فإن هذا التعبير وتعرف الأرادي يلقىان في رأي مُستَك. فالاشا: أفاد هذا التعرف أن العدول عن القياس يختص بالموضوع الذي كان فيه الغلط والمبالغة، فلا يُعدل عن القياس في كل المحلي، وإن لكان ترك القياس بالكلية.

ومقتضى هذا المفهوم للاستحسان أن يكون مرجوع إلى تصخص العلة في القياس؛ لذلك نجد أن هذا المفهوم معنى أنه نفاة الاستحسان، قال الباولي: و"هذا الاستحسان ينفيه نفاة الاستحسان ويُنكرون، والواجد فيما لا نص فيه ولا إجماع اتباع مقتضى الأدلة وما يوجب النظر، واجتنتاب العدول عنه باستحسان دون دليل يقتضي ذلك الاستحسان"(1).

وقد عين الباولي على تفسير الاستحسان بهذا المفهوم الذي أورده، بأنه إذا قصر الاستحسان بذلك فهو موضع خلاف، ويكون حسب بأنه: "اختيار القول من غير كليل ولا تقليد"(2).

وهذا مثير أغرب ما يكون؛ فالأخير بالاستحسان إنما يأخذ بالناتل الذي قابل القياس، وهو الاستدلال المرسل أو غيره من الأدلة، وهو أصل في الشرع وقاعدة من القواعد الأصليّة في المذهب المالكي، وليس إذا قولا من غير دليل؛ وإنما هو استماس الذلال راجح في مطابق الذلال المرجح.

---

(1) الباولي، كتاب الحنود في الأصول 27.
(2) الباولي، كتاب الحنود في الأصول 88.
التعريف الحادي عشر: ترك القياس للعرف:
قال حُلولو: «وقال في "المنتقى" في... الوضيَّة للأقارب:
الاستحسنٌ عند أشهب تخصيص العموم بالغُرف، فما قال في
وصيَّته: "يه من أقرابي "، القياس دخول مَن يرث، والاستحسنٌ
عدم دخوله»(1).
وبع الشيخ حُلولو على ذلك العلوي"(2)، وأبناء عاشور،
والماضِّي(3)، وقال ابن عاشور: "ورأي يأبى الوليد البايجي في
باب الوضيَّة من "المنتقى على الموت" عن أشهب كَنِّيَّة أنَّ
الاستحسن تخصيص العموم بالغرف"(4).
وفي كلام حُلولو وأبناء عاشور والعلوي والماضِّي ما يُوَهمُ أنَّ
mَّطلِق الاستحسن عند أشهب يُراد منه تخصيص العموم بالغرف.
وليس كذلك؛ بيانه: أنَّ البايجي كَنِّيَّة ذَكَر مسألة وَردَ فيها
استعمال أشهب للفظة "الاستحسن"، فعقَب البايجي على هذه
الكلمة وأفاد أنَّ مَرَّاد أشهب منها في هذا الموضوع هو تخصيص
العموم بغُرف الاستعمال، لا أنَّ الاستحسن الذي يَجَّري في كلام
أشهب هو من ذلك القَبل فقط؛ قال البايجي في "المتلقى" في باب
الوضيَّة: "... قال أشهب: لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون

(1) حُلولو، التوضيح شرح التقيق 410، العلوي، نشر البندود/2، المشاط،
الجواهر الشرمئة 220.
(2) العلوي، نشر البندود/2 126/6.
(3) المشاط، الجواهر الشرمئة 220.
(4) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/120.
استحسنًا وليس بقياس، وكَانَتَهُ أرَاد غَيْرَ الْوَارِث كَالمَوْصِي لِلْفَقْراء بِمَالٍ وَرَجْلٍ فَقْرٌ بِمَالٍ لَا يَدْخِلُ مَعَ الْفَقْراء فِي أَموَالِهِم، رَوَاهُ ابْنُ الْمَوَاز عَنْ مَالِكٍ. وَمَا قَالَ اسْتَحْسَنَ أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ لَوْسِي بَقِيَّةٍ، إِنّمَا يُرِيدُ بِالْأَسْتَحْسَانِ التَّضَيِّعُ بِعُرْفَ الْاَسْتَعْمَالِ، وَالْقِيَاسُ عِنْدَهُ كَحْمَالُ الْلَّفْظِ عَلَى عُمُومِهِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ فَلْيُعْرِفُ مَقَاصِدُهُ مِنْ الْأَسْتَحْسَانِ وَالْقِيَاسِ(١).

وَعَلَى هَذَا، فَإِنَّ مُعْنِي الْأَسْتَحْسَانِ الْوَارِدُ فِي كَلَامِ أَشْهَبِ الَّذِي فَسَرَهُ الْبَاجِيُّ، إِنَّمَا هُوَ إِطَالَةٌ مِنْ إِطَالَاتِ لِفَظِّ الْأَسْتَحْسَانِ عِنْدَهُ، لَا أَنَّ مِفْهُومَ الْأَسْتَحْسَانِ عِنْدَ أَشْهَبٍ مُّقَلِّبًا هُوَ التَّضَيِّعُ بِعُرْفَ الْاَسْتَعْمَالِ، الَّذِي يَدْلُّ عَلَى هَذَا أَنَّ الْبَاجِيُّ نَسِئَ فَسَرُ الْأَسْتَحْسَانِ بِأَنَّ كَرَّةَ الْقِيَاسِ قَدْ يُؤْدِي إِلَى غُلُوٍّ وَمَبَالِغَةٍ فِي الْحَكْمِ، فَيُسْتَحْسَنُ فِي بَعْضِ الْمَوْاضِيعِ مِخَالِفَةُ الْقِيَاسِ لِمُعْنِي يَخْتَصُ بِهِ ذَلِكَ الْمَوْضُعُ؛ ثُمَّ قَالَ الْبَاجِيُّ: «وَهَذَا كَثِيرًا مَا يَسْتَعِمِلُهُ أَشْهَبٌ، وَأَصْبَعٌ، وَابْنُ الْمَوَازِ(٢). فَتَنَبهَا، وَالْطَّاهِرُ أَنَّ إِطَالَةَ أَشْهَبِ الْأَسْتَحْسَانِ عِنْدَ تَقْدِيمِ عُرْفٍ الْاَسْتَعْمَالِ عَلَى مُقْتَضَى الْغُرْفِ الْلُّغوي هو مِنْ الإِطَالَاتِ الْلُّغوي لِلَّفْظِ الْأَسْتَحْسَانِ، وَلَيْسَ مِنْ مُرَادِهِ الْأَسْتَحْسَانِ الَّذِي هُوَ شَائِعٌ فِي كَلَامِهِ وَكَلَامِ أَهْلِ الْمَنْهَبِ؛ لِهَذَا نَزَى أَنَّ الْبَاجِيَ عِلْمٌ أَنَّ هَذَهَا الإِطَالَةِ عَلَى خِلافِ مَا هُوَ مُعْلُومٌ، فَأَرَادَ النَّبِيّ الَّذِي لَنَّا يُحَمِّلُ
على مفهومه الاصطلاحي الذي هو عام في إطلاقات أهل المذهب؛ فقال: «وما قاله أشهد أنه استحسن وليس بقياس، إنما يريد... وإنما ذكر ذلك ليعرف مقصوده في الاستحسن والقياس».

الخلاصة: التحقيق في الاستحسن الذي يدور في كلام المالكية:

غالب التَّعريفات السَّابقة لا تتباعد بل هي جارية في مسلك واحد، وبعضها يُبيّن البعض الآخر، ويكييف عناه، ويبرز بعض المعاني التي لم تتناول في بعض التَّعاريف قال الشاطبي -بعد أن ساق كلًا من تعريف أبي العريج، وتعريف الأبياري، وتعريف ابن رشد-: «وهذه تَّعريفات قريب بعضها من بعض»، والأمر كما قال.

وتستخلص من تلك التَّعريفات جملة من المرتكزات يقوم على أساسها مفهوم الاستحسن:

المرتكز الأول: من حقيقة الاستحسن أن يتعارض دليلان ويوخذ بالأقوى.

المرتكز الثاني: يتأسس مفهوم الاستحسن على مبدأ الاستثناء؛ لأنّ في ترتكز للدليل الأصلي في بعض مقتضياته لمّا عارضه من دليل أقوى.

المرتكز الثالث: طبيعة الدليل الأصلي الذي يكون منه الاستثناء

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/265.
إنّا أن يكون عموماً لفضيلة أو قياسًا متعارفاً أو قاعدة كلٌّ؛ وهذا المرتكزُ ممّا وقع فيه بين أهل المذهب بعضَ اضطرابٍ؛ إذٌ منهم من يـُقصّر الدّليل الأصلي على القياس، ومنهم من يـُعمّم؛ وسيأتي بسط هذه المسألة حين تناول أركان الاستحسان. لكن الغالب في استحسانات المالكية أن يكون الدّليل الأصلي في المسألة المستحسنة قياسًا ظاهرًا أو قاعدة، فيعدل عنه؛ لذلك لما ذكر الباجيُ مفهوم الاستحسان الذي فيه ترك لمقتضى القياس مجانيّة للخطر فيه، قال: "وهذا كثيرًا ما يستعمله أشهب، وأصابع، وأبن الموارج". وصلّق، فأُدرك ما يستعمل هؤلاء الأنّام الاستحسان في مُقابل القياس.

المرتكز الزائد: العدول عن الدّليل الأصلي لم يكن من إملاء الشهِّي، وإنّما هو أتباع للدّليل القويّ.

المرتكز الخامس: أصل الاستدلال المرسل هو الدّليل الذي يكون به العدول عن الدّليل الأصلي؛ تحقيقاً للعذلّ وتحصيلاً للمصلحة المعتبرة في الشّرع. على أنّ هنالك استحساناً قياسياً يكون العدول فيه من القياس الظاهر إلى قياسِ خفي، ولا بُدّ لهذا العدول من مُعَضّد يـُقوّي القياسِ الخفّيِ، من بعض المعاني، الراجعة إلى المصلحة والعذلّ؛ وهذا ما يـُشهد له كلامُ ابن خويز مناد السابق. وانظر ما سبّت في أركان الاستحسان.

ولحل الاستحسان القياسيَّ هذا الذي يـُعدّل فيه عن القياس

(1) الباجي، كتاب الحدود في الأصول. 66.
الطُّواحِر إلى قِياسٍ خفيفٍ، كان سبب العدول فيه هو المعنى المصلحي، لكنهم كانوا يُحُررون على ردّ الفرع إلى بعض أصول الشِّرع، حتى وإنْ بَعُدت، لذلك فإنَّهم لا يلتزمون في كلّ مسألة استحسانية خالفت القياسَ أنْ يُذْكِروا لها أصلاً بَعيدًا، بل ظاهر صنيعهم في كثير من الفروع هو الاكتفاء بالمعنى المصلحي.

التعرف المختار:

وإذا تجلّت حقيقة الاستحسان يبيان هذه المُرتكرات؛ فإنْ أقرب التعاريف لمفهوم هذا الأصل في المنعب المالكيُّ هو أنْ يُقال:

"الاستحسان هو تقليم للاستدلال المرسل على الدليل العام في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثناء".

وبيان هذا التعرف يكون كالآتي:

"تقليم للاستدلال المرسل": أبان هذا الجزء من التعرف أنَّ الدليل الذي يكون على أساسه العدول عن مقتضى الدليل الأصلي هو أصل الاستدلال المرسل.

"على الدليل العام": وفي هذا تجليئة لطبيعة الدليل الأصلي الذي يكون منه الاستثناء، فهو دليل عام، وأعني به ما يشمل العموم اللَّفظيّ والقياس بمفهومه العام الشامل للقاعدة.

"في بعض مُقتضياته؛ على طريق الاستثناء": وتركُ الدليل الأصلي استحساناً لا يكون ترَكًا كليًّا؛ وإنّما هو ترُكٌ له في بعض المحال التي عارضها أصل الاستدلال المرسل، ومنه فإنّ حقيقة الاستحسان تقوم على أساس الاستثناء.
المطلب الثاني

أركان الاستحسان

واذ انتهت الدراسة من بيان مفهوم الاستحسان عند المالكيّة،

نأتي على ذكر أركان الاستحسان؛ وهي ثلاثة أركان:

أوّلاً: الدلائل الأصليّة.

ثانياً: الدلائل المستحسن به.

ثالثاً: مناطق الاستحسان.

وسأبحث كل ركن في فرع مُستقلٍ:

الفرع الأول

الدلائل الأصليّة الذي يعتّل عنه

الذي يقتضيه منهب مالك وأصحابه: أنّ الدلائل الأصليّة الذي
غيل عنه واقترحته منه مسألة الاستحسان هو الدلائل العامّ، سواء
أكان هذا الدلائل عامًا عمومًا لفظياً أو عاماً عموما قياسيًا -إذ
مُقتضى القياس المتّعدّي أن يكون عامًا حيث وُجدت العلة-، أو
قاعدة من القواعد الكليّة التي يشملها معنى القياس بمفهومه العام.
والذي يدل على هذا من مذهب مالك، نصوص أهل المذهب من محققته ونظارته:

قال ابن العربي في تعريف الاصطحاب: «والاصطحاب عندنا
و عند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين...»، ثم قال: «العموم إذا
استمر والقياس إذا اقتصر فإن مالك وأبا حنيفة يريان تخصيص
العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنی، ويستحسن مالك أن
يخص بالمصلحة» (1) فلا يشترط في الاصطحاب الماليكي عند ابن
العربي أن يكون الدليل الأصلي المعدل عن قياساً أصولياً؛ بل إن ذلك
يشمل العموم اللظيف.

و بهذا المعنى قرَّره كذلك في كتابه «المحصول»، فبعد أن ساق
أقسام الاصطحاب عند الماليكي مع التسجيلات عليها، قال: «لهذا
أُفْتوى في نظائر الاصطحاب، وكل مسألة مبنية في موضعها؛ ذلك
لتعلمنا أن قول مالك وأصحابه: «واستحسن كذا»، إنما معناه:
أوَّلٌ تراذ ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والتَّرك،
بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته» (2). فالمدلِّل الذي يُؤَرِّج
مالك تركة هو مطلق الدليل، وليس مقصورا على القياس، والأمثلة
التي ساقها دليل على ذلك، إذ ليست كل الأدلة الأصلية فيها
أيضاً.

غير أن الذي يعمّر على هذا التأصيل، أن غير واجد من

(1) ابن العربي، أحكام القرآن /796-798.
(2) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه /798-2008/2.
المالكية جعلوا التَّلِيلَ الأصليَّ المعدول عنه هو القياس; ومن هؤلاء الأعلام الأبياريُّ في "شرح البرهان"، حيث قال: "الذي يظهرُ من مذهب مالك في الاستحسان: أنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كليٍّ، فهو تقديم للاستدلال المرسَل على القياس" (1).

وقد ارتجَّض الشاطئي هذا التعريف حيث قال: "وهو في مذهب مالك الأخذ بعملية جزئية في مقابلة دليل كليٍّ، ومقتضى الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسَل على القياس" (2)، وقال في موضع آخر: "أصل الاستحسان علىرأي مالك... معناً يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسَل على القياس" (3).

فمُحَفَّل هذا: أن التَّلِيلَ الأصليَّ المعدول عنه إلى غيره في بعض مقتضياته هو القياس الكليٍّ. هذا ما وَرَد عن الأبياري والشاطئي؛ إلَّا أن الشاطئي وَقَّع له في كلاه نوعٌ اضطراب أشار إليه الشَّيخ مازا في حواريه على "الموافاتات"; قال: "وبالجملة فإنَّك تجد عند التأمل أن المؤلف تارة يبني كلامه على فهم أن الاستحسان تقدير الاستدلال المرسَل على القياس، وسيرة يجعله عامًا؛ كما يعلم...

(1) حَلَوْل، التُّوضِيْح شرح التَّقْيِيح ٤١٠، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، وقوله الشاطئي في الاعتقام مهما قاله; قال: "وحدث غير ابن العربي من آهل المذهب بأنه عند مالك استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي، قال: فهو تقديم الاستدلال المرسَل على القياس". الاعتقام ٣٨/٥.
(2) الشاطئي، المواقفات ١/٠١٨-٠٣٠.
(3) الشاطئي، المواقفات ١/٠٠٤.
بتتبع عباراته من أوّل كلامه في الاستحسان إلى آخره۱).
فالشاطبي يجعل النّليل الأصليّ المعدول عنه في بعض المواضع هو القياس، وفي مواضع أخرى يعمّمه، فيجعله مطلق النّليل. ومن مثّل ذلك آنّه نقل في كتابه تعريفي ابن العربي السالفين للاستحسان، وفي كلّ منها لم يقصر النّليل المعدول به على القياس بل عمّم في أحد التعريفين، وخصّص في أحدهما النّليل بالعموم اللَّنفي والقياس; قال الشاطبي مُعلقا على كلام ابن العربي الذي ذكره في «المحصول» وأحكام القرآن: «وهذا الذي قال هو نظر في ملائحة الأحكام من غير استيعار على مقتضى النّليل العام والقياس العام»، وفي المذهب المالكي من هذا المعنى كثير جدًّا: ...۲)، وهذا من الشاطبي إقرار لّمّا أورده ابن العربي، وتأمل قوله: مقتضى النّليل العام والقياس العام).
وقال الشاطبي-كذلك- غيّب إيراده لفروع في الشّرع جرب على التّسق الاستحساني: .. فإن حقيقة ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفسد على الخصوم، حيث كان النّليل العام يقتضى مّنغ ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع أصل النّليل العام لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك النّليل من المصلحة، فكان من الواجب رغبي ذلك المآل إلى أقصاء۳)، وغالب الأمثلة الواردة في

۱) دراز، تعليقه على المواقفات ۴/۱۰۹.
۲) الشاطبي، المواقفات ۴/۱۰۹.
۳) الشاطبي، المواقفات ۴/۱۰۷.
الشّرع على المنهج الاستحسانيّ هو استثناءً من دليل عامّ اقتضى المنع، كما هو نصّ الشّاطبيّ في الكلام المنقول عنه سابقًا. وهذا مجزئيّ في إثبات كون الدّلائل الأصليّة المحدود عنه هو مّطلق الدّلائل؛ سواء أكان عموماً لفظيّاً أو قياساً كليّاً.

أما ما أثير عن الأبياريّ وملّ شابعه في قصر الدّلائل الأصليّ على الفيقيـّة- فيجع عن أنه ترك الفيقيـّة للاستدلال المرسل هو نوع من أنواع الاستحسان في المذهب المالكيّ؛ غالب ما يكون استحسانات المالكيّة جارية على هذا النوع، وآخنة في هذا السّبيـل. أما ترك النّعمان اللفظي للاستدلال المرسل فهو وإن كان موجوداً في مذهب مالك، إلا أنه ليس بغالب ولا أكثريّ بال.Comparator للنّوع الأوّل، لهذا نجد ظاهر كلام أبياري وغيره يوههم أن الاستحسان المالكي مقصور على هذا النوع من الاستحسان، وليس كذلك، وإنّما اهتم أولئك الأعلام بإبراز حقيقة الاستحسان الدّارج في كلام المالكيّة، والشائع في إطلاقهم، والمبشوش في تفريقاتهم.
الفرع الثاني

الدليل المقتضي للعدول

الدليل المستحسن به: هو دليل من أدلّة الشّرّع ولم يكن العدول عاريًا عن الدليل أو خلييًا منه؛ إذ يحرم الخروج عن الدليل إلا للدليل أرجح منه، اقتضى العدول عنه والخروج منه. قال ابن رشد: »وأمثال العدول عن مقتضى القياس في موضع من المواضع استحاثًا لمعنى لا تأثير له في الحكم، فهو ممّا لا يجوز بإجماع؛ لأنّه من الحقّين الباهوز المحرّم بنصّ التّنزيل، قال عزر وجلّ: «يبّنود إنّا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحقّ ولا تتبع الهوى فضلاً عليك عن سبيل الله» الآية [ص: 26]«(1).

والدليل الذي يستحسن الماليكي العدول به -غالبًا- عن مقتضى الأدلّة الأصليّة، هو الاستدلال المرسل، كما تقدم بسطه فيما سلف.

وانتظرّ ما تقدّم في المركّرات.

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 157/4.
الفرع الثالث

مناطق الاستحسان

مناطق الاستحسان هو العلة التي من أجلها ترك الدليل الأصلي وعُلِّي عنه إلى الدليل الذي كان به الاستحسان، وظاهر أن علة العدل هي قوة الدليل المستحسن به على الدليل الأصلي، لذلك عرف من عرفه من المالكية بأنه أخذ بأقوى الدلائل، لا سيما وأن عامَّة استحسانات المالكية ممّا ترتكز على أصل الاستدلال المُرسِل؛ وهو من القوة به مكان. وَرجَّم الله ابن رشد الحفيد ما أقوى عارضته حين قال: «ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل» (١).

***

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/٥٤٢.
المطلب الثالث

المصطلحات ذات الصلة بأسلوب الاستحسان:

من المصطلحات التي لها بأسلوب الاستحسان صلة مصطلحًا:
المصالح المرسلة، وتخصص العلة.

الفرع الأول

المصالح المرسلة

انما المصالح المرسلة، فهي الأساس الذي يقوم عليه أصل الاستحسان في أكثر معانيه في المذهب المالكي؛ لأنَّ الدليل الذي يرتكز عليه المستحسن في ترك مقتضى الدليل الأصلي. ومن الملاحظ أن كثيرًا ما يخرج العلماء مدرك بعض الفروع الاستحسانيَّة على أنَّها مصالح مرسلة، كما في مسألة تضمن الصناع، فمنهم من يجعلها مثلاً للمصالح المرسلة، ومنهم من يعلُّها مثلاً لأصل الاستحسان؛ وكل منهم مصيب؛ ذلك أنَّ مَن جعل ذلك من المصالح المرسلة لم يَحَجَّ جهة المصلحة المتحضرة بغض النظر عن الدليل الأصلي، ومن نظر إلى أن هذه المصلحة
غُورِضَت بقاعدة عدم التَّضمين في الإجارة فُقِدَت المصَلحة وَاستناد المسألة من أصل القاعدة: عند ذلك استحساناً. وسيأتي فضلُ بيانٍ لهذا في المبحث الاربع، إن شاء الله تعالى.

الفرع الثاني

تشخيص العلة (١)

ومن المصطلحات التي ترتبطِها وَشُائِجَ العلة بأصل الاستحسان، مُصطلح "تشخيص العلة"؛ ومَكْحَلَ الصلاة أن كثيراً من أهل الأصول عَنِّوا الاستحسان من قَبیل تَّخصِيص العلة كابن العبري (٢)، والشَّاطبي (٣)، وأبي بكر الرازي الجصاص (٤)، وأبي

(١) الذي يقصده أهل الأصول من تخصيص العلة أو تفضيله هو أن توجد العلة في مصلحة ويختلف مع ذلك الحكم، الجراني: البهاءن ٢/٩٩، الشيرازي: شرح المعجم ٢/٢٢٠، القرافي: تناص الأصول ٣/٣١٣.

والعلاوة إما عقلية أو سمعية، فالعقلية يجعلها تخصيصها بإجماع أهل النظر، فمن شرط صحتها أطرادها، وإنما اختُففوا في العلة الشرعية، هل يجوز تخصيصها أم لا؟ أي. ابن الفضَّل، المقدمة ١٨٠، الجراني، التلخيص ٣/٢٧١، الزركشي، البحر المحيط ١٣٥.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن ٢/٢٧٩-٢٨٨.

(٣) الشاطبي، المواقف ٤/٢٠٩.

(٤) ذكر مختصر للاستحسان، منها: تخصيص العلة بالنص وبالإجماع وبالقياس. أصول الجصاص ٤/٢٢٤، ٢٣٣.
الحسين البصريّ، والرازيّ، وابن تيمية، وابن القيم.
قال أبو الحسين البصريّ عن الاستحسان: (وذلك راجع إلى تخصيص العلة)، وتبعه الرازي، فقال: (إن القياس إذا كان قائما في صورة الاستحسان في سائر الصور، ثم ترك العمل به في صورة الاستحسان، وقي معمولا به في غير تلك الصورة-؛ فهذا هو القول بتخصيص العلة). أرتفع ابن تيميّة ما ذهب إليه أبو الحسين والرازي، فقال: (فسر غير واحد الاستحسان بتخصيص العلة، كما ذكر ذلك أبو الحسين البصري والرازي وغيرهما؛ وكذلك هو؛ فإن غاية الاستحسان الذي يقال فيه إنه يخالف القياس حقيقته: تخصيص العلة)، وقال: (القول بالاستحسان المخالف للقياس لا يُمكِّن إلا مع القول بتخصيص العلة)، ونقله ابن القيم عن شيخه مَقَرّه به.
والنظر في كل من الاستحسان وتخصيص العلة يُفضِي بالتأثر إلى تَلْمِيح الشابه بين مفهوم كل من المصطلحيين، فالاستحسان الذي يكون فيه العدول عن العموم اللفظي إلى ما يقتضيه الاستدلال المرسل، ليس له مع تخصيص العلة من اتفاق إلا مفهوم التخصص. أمّا الاستحسان الذي يكون فيه العدول عن

---

(1) البصري، المتعهد 2196/2.
(2) الرازي، المحمول 2127-128.
(3) ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان 122.
(4) ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان 122.
(5) ابن القيم، بدائع الفوائد 126/4.
القياس الكلي إلى الاستدلال المُرسل فهو في حقيقته قولٌ بتخصيص العلة، ولا يتأتى القول بهذا النوع من الاستحسان إلا مع الأخذ بتخصيص العلة.

لكن يشكل في هذا الموضوع أن بعض الأئمة القائلين بالاستحسان، نفوا أن يكون من قبيل تخصيص العلة، وعَلَّوْا ذلك فسادًا في العلة كالسُرْحَسِي. وبعضهم نراه يحتضن بالاستحسان، ولا يقبل تخصيص العلة، كالقاضي أبي يعلى.

والجواب عن هذا الإشكال يقتضي بياناً:
قرَّر ابن تيمية (1) أن بعضًا من الخلاف في جوانب تخصيص العلة، إن لم يكن أكثرهم، دائمًا في اختلاف أهل العلم في إطلاق العلة، فمن الاستقراء تبين أنهم على طريقتين:
الأولى: يُطلقون العلة على العلة الموجبة النائمة التي يدخل في تكوينها التنصيص على الشروط وانتقاء الموانع، ويكون هذا الذُكر جُبَّرًا للعَلَّةَ من النَّقَض. وهذا النوع من العلة لا يَصحُ تخصيصها، ومَتَى انتقضت فسَدَت.
الثانية: يُطلقون العلة على العلة المقتضبة وإن كانت ناقصة، وهي تقتضي الحكم بشرط توفر الشروط وانتقاء الموانع، فيصحُ تَخْلَفُ الحكم عنها إِذَا لمَّاءُ شرط أو وجود مانع. وتخصيص هذا النوع من العلة يَصحُ عند ابن تيمية إن بين المستدل المُفرَّق المؤثر

بين صورة الأصل صورة التخصيص. أمَّا أن يَكتَبٓ بِمَجرَد الدليل المخصَّص دون بيان الفرق كما يُصَٰح في تخصيص العموم اللفظي، فهذا ما لا يَصَٰح.

وعلى هذا فالذي تَّبَّت عن القول بالاستحسان ثم ضَعَّا إلى تَّقَّضِيَ العَلَّة المخصَّصَة، فإنه على الطريق الأولى من تفسير العَلَّة على أنها العَلَّة النافعَة الموجبة، كالقاضِي أبي يَعْلَى (١).

وَبَعْضٌ مََم أنَّ الْأَسْتَحِسانَ كَانَ نَاقِظِزاً فِي إِبِطَالَه لِهِل إِلَّا أَنَّ في الاستحسان تَّقَّضِيًا للعَلَّة، وَذَلِكَ لَا يَجَوزُ لَأَنَّ فَّسَرَ العَلَّة بالعَلَّة النافعَة الموجبة.

لَذَلِك فَإِنَّ الْأَسْتَحِسانَ يَسْتَتَقِيم القول بِهِ عَلَى القول بِتَحْصِيص العَلَّة المقتضِيَة التي قد يَتَخَلَف الحكِم عنها لانتفاء شرْوُط أو تَّقَّضِي مانعٍ؛ لذلِك لأَنَّ يَرَضِي الفرق عند ابن تَمَيمِ- فيمَا هذا سَبِيله. وَهَذَا ما يَفِهَمُ فِي كَلَام ابن رَشَد الجَد، قَالُ: "وَأَمَّا العَدْلُ عَن مُّقتضِي القياس فِي مَوْضِعٍ مِن المَوَاطِيِّ استحِسانًا لِمَعْنَى لَا تَأثِيرُ لَهُ فِي..."
الحكم، فهو ممّا لا يجوز بإجماع؛ لأنّه من الحُكَّم بالهُوَى المحرَّم بنصّ التنزيل\(^\text{1})

ويتجزّى السرخسي\(^\text{2}) على انتصاره للاستحسان وسطه له، ينكر تخصيص الجلّة، وينفي كون ذلك منهيًا لأصحابه؛ وهذا لجريانه على أنّ الجلّة هي الجلّة الموجبة التأمة. ومثله بمثال جيّد، قال:

«إذا جُرِّزنا دخول الحمام بـَأَجْرٍ بطريق الاستحسان، فإنّما تركنا القول بالفساد الذي يُوجبُ القياس لانعدام علّة الفساد، وهو أنّ فساد العقد بسبب جهلة المعقود عليه ليس لعين الجهالة، بل لأنها تُقَضِّي إلى مُنازعة مانعة عن التسليم والتسليم، وهذا لا يوجد هنا وفي نظامه، فكان انعدام الحكم لانعدام الجلّة لا أنّ يكون بطريق تخصيص الجلّة\(^\text{3})».

كذلك لما تناول أبو بكر الرازي الاستحسان\(^\text{4})، وأورّد على نسمة أنّ القول بالاستحسان فيه تخصيص للجلّة، قال بأنّ ذلك لا يلزم، لأنّ تقييد الجلّة (أي جبرها) ممّكن تلاقائًا للنفورض، بحيث لا يكون معهًا تخصيص للجلّة. لكنّه لم ينسب هذا الرأي لأصحابه، لما وجد مشايخ مُتفقين على نسبة تخصيص الجلّة للمنهوب.

\(^{\text{1}}\) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/157.
\(^{\text{2}}\) السرخسي، أصوله 2/208.
\(^{\text{3}}\) السرخسي، أصوله 2/208.
\(^{\text{4}}\) أبو بكر الرازي، الفصول في الأصول 4/256.
المطلب الرابع

مناهج العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان

لما كثر الاختلاف بين أهل العلم في هذا الأصل كان لزاماً أن يُعرَض إلى حقيقة الخلاف، هل هو خلافٌ حقيقيٌ أم هو خلافٌ في الاصطلاح؟

الفرع الأول

تحرير محل النزاع

لقد اضطرَب بعض العلماء في حكایة حقيقة الخلاف في المسألة، فمنهم من أطلق وقائع الخلاف، ومنهم من عَمَّ انتفاء الخلاف وأنَّه راجع إلى الخُلف في العبادات والاصطلاحات، أمَّا المضمون فتمتَّق على رأي الزركشي: "أنَّه ابن السمعاني على أنَّ الخلاف بيننا وبينهم لفظي... وَقَرِيبْ مِنْهُ قولَ القَافَالَ..." (١). والظاهر أن التَّitere والإطلاق في هذا المقام ليس بسَبَيد ولا مُتَّجه؛ فقد وقع الانتفاق على بعض معاني الاستحسان دون بعض، ولقد سَبَّرت أنواع الاستحسان ومفاهيمه المختلفةة، فتحصَّل لِمَا يلي: ١٢٧/٣

(١) الزركشي، البحر المحيط ٩٩/٨، محمد الخضر الحسن، رسائل الإصلاح ٣١/٦٢٧.
أولاً: ترك الدليل من غير وجه حجة:

اتفق العلماء قاطبة على أن ترك الدليل سواءً كان نصًا أو قياسًا، دون وجه حجة، معًا لا يجوز الإقدام عليه؛ ومن عزا مثل هذا المنهب المتهافت إلى بعض أئمة الإسلام كأبي حنيفة، فقد دهل ووهم الرؤهم القبيح؛ قال الأبياري: "ولا نشك أن أحدًا من العلماء يُجيز الإسناد في الأحكام إلى مثل هذا!" (1)

وقال ابن العربي: "... ولست أعلم أحدًا من أهل القدوة قاّلته!" (2) وقال: "... وما كان ليفعل ذلك أحدًا من أتباع المسلمين؛ كيف فهّب حنيفة!" (3).

ثانياً: ترك القياس لدليل الكتاب والسنة والإجماع:

وهذا النَّوَع من الاستحصاء ممّا لا خلاف فيه بين العلماء؛ لأنَّ الأصل المتَّفق عليه أن القياس أضعف في الدلالة من نصوص الكتاب والسنة (4) والإجماع؛ بل لا يجوز للمجتهد أن يَرَكْب متن الاشتت إلى إذا عيّن المسألة منصوصا عليها في كتاب الله أو في سنة رسول الله ﷺ وَلَم تَكْ مسالة إجماليّة.

قال الباجي: "القياس منه صحيح ومنه فاسد، فإذا لم يمنع من الأخذ به مانع، فهو القياس الصحيح والأخذ به واجب، ولا يحل

(1) حلوول، التوضيح شرح التنقية 412.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن 1/633، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 4/114.
(3) ابن العربي، أحكام القرآن 4/178.
(4) نعم، وَقَع خلاف بين أهل العلم في تقديم خبر الآحاد على القياس، بما هو مِسوّط في موضعه من كتب الأصول.
استحسنُ تركه والأخذ بغيره. وإذا منع من الأخذ به منع من نصِّ كتاب أو ستة أو إجماع أو قياس هو أولى منه؛ فإِنَّه قياس فاسد وتركه واجب، وهذا مقتضى القياس. فمن سمَّى هذا استحسانا فقد خالف في التَّسمية دون المعنى(1).

ثالثاً: ترك القياس لقياس أقوى منه:
كذلك فإنَ هذا القسم من المتِّفق عليه بين العلماء؛ إذ الكلُّ مُتفقون على أنَّ الأقْسِيم في حال تعارضها وتدافعها يُؤخَذ بالأقوى منها والأرجح.
قال الشَّاطبي: "والأخذ بأقوى القياسين متفق عليه"(2).
لكن قد يختلفون كثيرا في أَذاعَ قَوَة القياس الخفيف، ومنه تَقديمه على القياس الظاهر. وقد سبق أن بَيَّنت أن أكثر ما يكون العدول عن القياس الظاهر إلى القياس الخفيف، لما اقتضاء القياس الظاهر من مخالفة للمصلحة والاعتداء، وهذا سبب العدول، ويهتمُّ القياس الخفيف. وهذا ما قد لا يُسلَّمه كثيرٌ من لا يُف柔 في الاعتماد بالمصلحة، ومن يَجِر في فقهه على طرْد الأقْسِيم الظاهرة؛ لما في الظاهر من قوَّة في الأصل.
لهذا، فإنَ الخلاف يُصوِّر في هذا المَلْحَظ المذكور.

رابع: تخصيص القياس بدليل المصلحة:
أما الاستحسان الذي يرجع إلى تخصيص العلة أو تخصيص
القياس بالاستدلال المرسلي، فقد اختلط فيه العلماء، إذ مسألة تخصيص العلامة ممّا اختلط فيها، فأجاز ذلك مالكٌ (1) وأبو حنيفة (2)، ومنّ الشافعي تخصيص العلامة (3)، وعدّ ذلك نقضًا للعلة وإيطالة لها. وعلى هذا، فالاستحسن من هذا المفهوم ممّا جرى فيه خلاف أهل العلم، وليس موضع وافق بينهم.

وعلى تفسير الاستحسن بهذا المعنى، قال القالف والماوردي: "نحن نُخالِفُهم بناءً على أنه لا يجوز تَحْصِيصُ العلامة عندنا" (4).

خايسًا: تَحْصِيص العلوم اللَّفظَي بالمصلحة المرسلي:

وهذا النوع ممّا انفرد به المالكيّة على ما حكاه القاضي ابن العربي (5). وقد سبق في بحث أصل الاستدلال المرسلي أن تَوْلِّث مسألة تخصيص العلوم بالمصلحة المرسلي.

ومنه فإنّ هذا النوع من الاستحسن ممّا جُرِّي فيه الخلاف بين أهل العلم.

سادسًا: تخصيص اللليل بالعرف:

سيأتي في بيان أقسام الاستحسن عند المالكيّة أن هذا القسم يرْجِعُ في الحقيقة إلى تخصيص اللليل بالاستدلال المرسلي.

(1) الراجحي، إحكام الفصول فقرة ٧٠٣، ابن العربي، المحصول ١٣٨.
(2) الدوربي، تقويم الأدلة، ٣٤٨، السمرقند، الميزان، البخاري، كشف الآسرار ٤٥٧-٥٨.
(3) الشيرازي، شرح الليل ١٨٦.
(4) الزركشي، البحر المحيط ١٠٠.
(5) ابن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس ٢٨٣/٢.
وعليه، فإنَّ الخلاف الواقع هناك ينسحب على هذا النوع؛ إذا سُلم جعلُه نوعاً مُستقلاً.

فتحمل من هذا كلّه أنَّ هناك خلافًا في أصل الاستحسان؟ وموقع الخلاف يتمثّل في تخصيص الانتهاء العام من عموم فظيّ أو قياس بالاستدلال المكسي، وهذا هو عين الاستحسان المكسي. ويدخل الخلاف كذلك ما ذكرته قبل من تقديم للفيض الخفيّ على القياس الظاهرة، للخلاف في التحويل على بعض المعصّدات التي هي مُظاهره للفيض الخفيّ.

الفرع الثاني: مذاهب العلماء في الاستحسان المختلف فيه:

بناءً على ما تقدّم من تحرير محلّ النزاع نخلص إلى ذكر مذاهب العلماء باختلاف ليكون ذلك أتمّ في تصوّر المسألة وتبيان حقّيقة النزاع فيها:

فقد قال به مالك (1) وأبو حنيفة (2)، وأئمة الشافعي (3).

أما أحمد فعمل عليه روايتان الأولى بالجواز، حكاها عنه أبو الخطّاب (4)، والآخرى بالمنع، حكاها عنه أبو عيال (5).

ومن الفوائد العظيمة ما أفاده الباجي من أن الاستحسان قد جرى عملُ العلماء في الملاحظة والجحاج بتركه في زمانه؛ قال

(1) ابن العربي، أحكام القرآن 278/2, الشافعي، الاعتصام 137/2.
(2) البخاري، كشف الأسرار 4/4, الدبشي، تقويم الأدلة 400-404.
(3) الزركشي، البحر المحيط 8/9-10.
(4) الكلوناني، المنهيد 4/87, المرداوي، التحبير شرح التحير 3822.
(5) المرداوي، التحبير شرح التحير 3822/8.
الباحي: «وذهب إلى الأخذ به من تقدّم ذكره من أصحابنا، ويه قال أبو حنيفة كَذَٰلِكَ وأصحابه؛ غير أنّهم قد تركوا استعماله في المناظرة في زماننا هذا»(1). والذي ظهر لي في سبيل ترك ذلك في مجالات المناظرة: أن المناظرة مبنية على أكثر سُبْلها على نقض علل الخصم التي عليها يبني حكمه، فلو أن المناظر لم يلتزم ترك الاستحسن، لكان لا يعدّ ما يورده عليه المناظر من نقض العلة نقضًا بل تخصيصًا، وهو يلتزمه، وإذا التزمه خرجت المناظره عن معناها، فهمه نقض المناظر العلة التزم الخصم ذلك بناءً على جواز تخصيص العلة، أي الاستحسن، فتخرج المناظرة عن معناها التي لها وُضِعَت.

قال ابن تيمية بعد بيانه للعلة الموجبة والعلة المقتضية: «إن كان هذا الخلاف يترتب عليه إصطلال جَنَّلٍ، وهو أنه هل يُقبّل من المستدل جَنَّل النقض بالأفرع بين صورة الفرع وصورة النقض، أو لا يقبل منه ذلك، بل عليه أن يأتي بوصف يَتَّرَد لا ينتقض البينة، ومن ثم انتقض انقطع فيه؟ أيضًا إصطلاحان للمتجاوزين: (1) وكان الغالب على أهل العراق في حدود المائة الرابعة قبلها ويعدها إلى قريب من المائة الخامسة، إلزام المستدل بطرد علتة في مختاطباتهم ومناظراتهم ومصتشفاتهم. (2) وأما أهل خراسان، فلا يلزمون بهذك، بل يلزمونه ببيان تأثير العلة ويجبرون النقض بالفرق، وهذا هو الذيetCode على»

(1) الباحي، كتاب الحدود في الأصول 68.
العراقين بعد المائة الخامسة.

وتوجد الكتب المصنفة لأصحابنا وغيرهم في الخلاف بحسب
اصطلاح زمانهم ومكانهم، فلما كان العراقين في زمن القاضي
أبي علی والقاضي عبد الوهاب بن نصر وأبي إسحاق الشيرازي
وتحويم يُوجِبُون الاطراد غَلَبٍ على أقيستهم تحرير العبارات
وضبط القياسات المضطردات، وتسفاد منها القواعد الكليات...

ولما كان العراقيون المتأخرون لا يلتزمون هذا فتنحوا على نفوسهم
سؤال المطالبة بتأثير الوصف وطوائف من متقدمي
الخراسانيين(1). وهذا يوافق كلام الباچي، فإن الباجي من القرن
الخامس، توفي سنة ۴۷۴ هـ، وهو تلميذ أبي إسحاق الشيرازي.

***

(1) إقامة الدليل على بطلان التحليل ۲۸۴-۲۹۵.
المبحث الثانى

الأستحسان في المذهب المالكي حجية، وآقاساء، وشروطه، ومجال إعمال، ومقتضيات الأخذ به

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ هي:
المطلب الأوّل: الاستحسان: حجيّته في المذهب المالكي.
mالمطلب الثاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعه في المذهب المالكي.
mالمطلب الثالث: الاستحسان: شروطه، ومجال العمل به.
mالمطلب الرابع: الأصول المصلحية المقتضية للعُدول عن الدليل الأصلي، وكواشف عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان.

***
المطلب الأول

الاستحسان: خُجَّته في المذهب المالكِي

لقد تتابع جُمُالاء المذهب المالكِي على عدَّ الاستحسان أصلاً من أصول مذهب مالك وأصحابه، ومن هذه النصوص المشرّحة بصحة هذه النسبة وثبوتها:

قال أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خویز منداد البصري في كتاب "الجامع لأصول الفقه": "ولقد عوّل مالك جدّاله على القول بالاستحسان، ويتبّغ عليه أبواباً وسائل من مذهبه" (1).

وقال ابن العربي: "وعلماً ما من المالكية كثيراً ما يقولون: القياس كذا في مسألة، والاستحسان كذا" (2)، وقال: والاستحسان عنينا وعند الحنفيّة هو العمل بأقوى الدلائل... 

وقال الشافعي: "إن الاستحسان يراه معتبرًا في الأحكام مالكِ

وأبو حنيفة" (3).

(1) ابن فرحون، تبصة الحكام 2/125، كشف النقاب 2/768.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن 2/276-278.
(3) ابن العربي، أحكام القرآن 2/276-278.
(4) الشافعي، الاعتصام 2/137.
وقد عَدَّ غير واحد من المالكية الاستحسان أصلاً من أصول المذهب المالكي، وأثبتوا أن مالك كثيرًا ما يأوي إليه في فروعه الفقهية، ومن بين ذلك: أبو محمد صالحٍ، والحجوي (1)، وأفاد الشيخ ابن عاشور أنَّعبارة الاستحسان كثيرة الوقوع في أقوال مالك وأصحابه، قال: «تلقى هذه العبارة (الاستحسان) كثيرًا في الاستدلال للفروع من كتب الحنفية، وقد وقعت أيضًا في مواضيع من كتب فروع المالكية في حكاية أقوال مالك صاحبهم وأصحابه» (2) على أنه فسر معناها على أنه ترجيح بين كليلين بالأخذ بأقوامهما، وقال ابن تيمية: «..وكتب مالك مشحونٍ بالاستحسان» (3). وقال أبو يعلى الحنبلي: «وكتب مالك بن أنس مشحونٌ بذكر الاستحسان في المسائل» (4).

ويعد تبَّعًا لأقوال الإمام مالك وأصحابه وُجِئت طائفة كبيرة من الفروع الفقهية في المذهب كان أساس الاعتماد فيها على الاستحسان الذي سَبَقَ بيان حقيقته، وهذا ليس خاصًا بمالك بل إنه يُمتد إلى تلاميذه كابن القاسم وأشباهه، وإلى تلاميذ تلامذته كأصبع بن الفرج، ومن بعدهم كمحمد بن الموّاز:

(1) الخراوي، الفوائد الدواني 1/232، التسولي، البهجة في شرح التحفة 1/250.
(2) الوزاني، المعيار الجديد 1/73/493، الحجوي، الفكر السامي 1/456.
(3) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/456-457.
(4) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/249.
(5) آل تيمية، المسودة 2/135.
(6) أبو يعلى، العدة 5/1607.
قال الباجي بعد تفسيره لمعنى الاستحسان: «وهذ كثيرة ما يستعمله أشهب، وأصبغ، وابن الموارز» (1). وقد أحسن الباجي أيّما إحسان في التنسيق على هؤلاء الثلاثة، فهم بحق أكثر من يجري في كلامه لفظة الاستحسان التي تقابل القياس.

ومن الأقوال المأثوره عن مالك بن داود: «الاستحسان تسعة أشعار العلم» (2). قال أصبغ في بعض مسائل «المستخرجة»: «...فإن استحسن هننا...استحسانًا، والقياس أن يكون سواء،... والاستحسان في العلم يكون أغلب من القياس، وقد سمحت ابن القاسم يقول ويُرْوَى عن مالك أنه قال:

الباجي، كتاب الحدود في الأصول 66.

(1) الباجي، البيان والتحصيل 4/105, 58/5. وانظر عند: ابن فرحون، تبصرة الحكام 60, كشف النقاب 125. والظاهر أنّ إطلاق «تسعة أشعار» لا يُراد حقيقة؛ فهي جاريٌّ مجري البالغة؛ وهنا معهود في كتاب العرب. من ذلك قول الأصمعي: ۳۸۸. استحسان شعره سردًا. الأصمعي، فحولة الشعراء.

وفي الموضع: أن مالكًا بلغه أن عمر بن الخطاب أراد الخروج إلى العراق، فقال له كعب الأحبار: لا تخرج إليها يا أمير المؤمنين، فإنّ بها تسعة أشعار السحر، وبا ضمة الجن، وبا النداء العمال.

وفي مُسنده البارميجي: عن عمرو بن ميمون قال: ذهب عُمْرُ بنِ ثقَبَي العلم. فذكرت لإبراهيم، فقال: ذهب عُمْرُ بسعة أشعار العلم.

وكتب ابن نتك: لا تدعوك اللحِي ولا الصُّورُ *** تسعة أشعار من ترى بقر العطالي، يمتها الدهر 3/410.»
تسعة عشر العلم الاستحسان... »(1)

ومن مواقع وُرود الاستحسان بالمفهوم الاصطلاحِي في كلام
أئمَة المذهب:
قول ابن القاسم في مسألة من مسائل المدوَّنة: «خفَّفْهُ أي
مالك- على وجَه الاستقلال منه له في القياس. ولقد قال لي مالي
مرة: لا يعجبني؛ ثم خفْفَهُ، وجلَّ قوله في القديم والحديث ممَّا
حملتاه عنه نحن وإخواننا على التخفيف على وجَه الاستحسان;
ليس على القياس»(2); فطرد القياس يستوجب يَقَلا وغَلُوَّا تَرْه
الشَّرْعَ عنهما، فخفَّف مالك واستدنا المسألة من أصل المنع,
تعويلاً على أصل الاستدلال المرسَل.

وقال ابن القاسم في بعض مسائل «المدوَّنة»: «إنَّما استحسن
مالك... وما هو بالقياس، ولكنه استحسن... »(3).

وقال أشهب في مسألة من مسائل الكتاب: «إنَّما هو
استحسان، والقياس فيه أنَّه مفسوخ... فالقياس فيه أنَّه يُفسخ
ولكني استحسن أنَّه جائز؛ لأنَّ هذا ممَّا لا يجد الناس منه
بُدَا... »(4); أي إنَّ حاجة الناس الحاسة لذلِك التعامل حَدَثٌ
بأشهب أن يستحي المسألة من القياس المتضني للفسخ; فترى كيف

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/155.
(2) سحنون، المدوَّنة 3/20.
(3) سحنون، المدوَّنة 4/191.
(4) سحنون، المدوَّنة 3/25.
ترك القياس للاستدلال المرسلٌ.
ومن أكثر فقهاء المذهب المالكي المتقدمين ذكرًا للاستحسان الاصطلاحي أصبه بن الفرح، فقد أثرت عنه مسائل صرح فيها بترك القياس والأصول التجريدية والقول بال岸حسان حيث خسن ذلك، تلاهًا لما يعتبر تطبيق القياس وطركه من غلو ومغامرة لمنهج الشرع:
قال الشاطبي: "وقد أبلغ أصبه في الاستحسان حتى قال: إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم، والأهلة المذكورة تعضد ما قال".
وقال أصبه في بعض مسائل "المستخرجة": ".. فإني أستحسن هننا... استحسانًا، والقياس أن يكون سواء... والاستحسان في العلم يكون أغلب من القياس...".
وقال أصبه في مسألة خلاف فيها ابن القاسم وأشهب: "قول ابن القاسم أحب إلى استحسانًا، قال: والقياس قول أشهب".

(1) وهذا كذلك يدفع ما تقدم عرّبه لأصحاب من أن الاستحسان عنده هو ترك القياس للمرفوع، وفي "النوادر والزيادات" تقول مَستفيدة عن أشهب نص فيها على الاستحسان في مسألة القياس.
(3) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/150.
(4) ابن رشد، البيان والتحصيل 6/150.

إلى غير ذلك من الأقوال والتصوّص المثبتة في كتب المسائل ك: «المدوّنة» و«العنبيّة» و«التوادر والزيادات».

وبعدها هذه النقل المستفيدة عن مالك وأصحابه لا يبقى للشك أدنى مخالفة في أنَ الاستحسان أصل في منهاب مالك وأصحابه؛ وأن ذلك لا يكون من قِبِل البداء والتَّشَهَّي، وإنما هو ترك لدليل لمعارضته بدليل أقوى منه وأثبت.

وإذا ثبت هذا، نسوق قول القاضي عبد الوهاب عن الاستحسان: ليس ذلك بمنصوص من مالك؛ إَلَّا أنَ كتب أصحابنا معلومة منه، ونص عليه ابن القاسم وأشهر وغيرهم(4).

ونردف ذلك بقول القرطبي: فقد أنكر أن يكون الاستحسان أصلا من أصول مالك؛ وقال: «ليس معروفا من مذهب»(5).

أما قول القاضي عبد الوهاب فِي قال:

(1) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات 12/75.
(2) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات 13/134.
(3) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات 14/104. كذا في المطبوع: أمَلْكُ.
(4) آل تيمية، المسودة في أصول الفقه 2/82، الزركشي، تشيف المسلم 3/427.
(5) الزركشي، البحر المحيط 8/95.
أولاً: إن النصوص المتقدمة المنقولة عن مالك، والتي صرح فيها بالاستحسان تدفع أن يكون القول به غير منتصوص له، ويكفي في ثبوته من نقله أصبع عن ابن القاسم عن مالك قوله: "الاستحسان تسعة أعيار العلم". وإذ أصيب لقول مالك هذا كان في سياق بيانه لما يؤول إليه طرف القياس في كل المجال من إعراء وعُلو، فيستدعي ذلك أن يتفاني هذا الإعراء بترك القياس والأخد بالاستحسان، وهذا هو الاستحسان الأصطلاحي، واستدل على أصبع بكلام مالك المتقدم مما يدل على انتباه مفهوم الاستحسان في كلام مالك على الاستحسان الذي تعقد له أصبع، أو على الأقل يكون مفهوم الاستحسان عند أصبع من مسومات مفهوم الاستحسان في مقالة مالك المتقدمة، وإلا فالاستدل على القول باطل؛ وهذا ممَّا يعده عن مثل أصبع.

ثانياً: على قَرْض أن ماليك لم ينص على لغة الاستحسان بمعناها الأصطلائي، فلا يلزم من عدم التلقيف بهذا الأصطلح أنَّه غير قليل بمضمونه؛ والدليل على ذلك أن بعض المسائل التي رواها ابن القاسم عن مالك والتي لم يصرح فيها مالك بمدرك أباد فيها ابن القاسم نفسه أن اعتقاد ماليك فيها كان على الاستحسان الأصطلائي، ومن ذلك: قول ابن القاسم في مسألة: "خفّه - أي مالك - على وجْه الاستقال من له في القياس. ولقد قال لي مالك مرة: لا يعجبني؛ ثم خفّه، وجَّل قولته في القديم والحديث مما حملنا عنه نحن وإخواننا على التخفيف على وجْه
الاستحسان؛ ليس على القياس»(۱). وقال ابن القاسم في بعض مسائل المدونة: «إِنَّمَا استحسن مالك... وما هو بالقياس ولكنه استحسن...»(۲). فترى كيف أن ابن القاسم أثبت مدرك إمامه، وهو أخير بذلك لأنه المباشر لسؤال الإمام، فهو أعرف بمقاصده ووجه أقواله ومداركها; وهذا بمنزلة التنصيص على هذا الأصل. وهذا ما يثبت كون الاستحسان من أصول مالك الثابتة عنه، والمعلومة عند أصحابه الذين تتلمذوا له. على أن ظاهر كلام القاضي عبد الوهاب لا يدل على نقية هذا الليل عن مذهب مالك، وإنما يُفيد أن مالكًا لم يوضح عليه ضرارة. أنما ما قاله أبو العباس القرطبي، فالذي يظهر لي أنَّه كان يَرَمَي إلى إِنكار الاستحسان الذي لا مُستند له، وهو استحسان -ولا شك- باطلٌ ومنكر، ولا قائل به من أئمة الإسلام؛ ومنما قد يشير إلى ذلك أن الْزَرْكشَي نِقّل هذه العبارة عن القرطبيٌّ عَقِب نسب الاستحسان من إمام الحرمين إلى مالكٍ; قال الزَرْكشَي: «وَنَسِبِي إِمَامُ الْحَرْمِينِ لِإِمَامَ مَا لَكَ؛ وأَنْكَرَ الْقُرْطَبِي، وقَالَ: لَيْس مُعْرُوفًا مِن مِنْهُم; فَلَعْلَ إِنكار الْقُرْطَبِيٌّ إِنَّما كان على أساس أن الاستحسان عند إمام الحرمين هو ترك الليل من غير حجةٍ; ومالك لا يقول بهذا النوع من الاستحسان ولا أحد من أصحابه، بل ولا يُعرف عن أحد من الأئمة المقاتلين بهم.

۱ سحنون، المدونة ۲۹۱۱.
۲ سحنون، المدونة ۳۲۰۰.
تأويل ما رُويّ عن أمّة المالكية في الاعتماد على الاستحسن:
وقَع لأبي عبد الله المقرّيّ من المالكية تأويل للنصّ المأثور عن مالك: «الاستحسن تسعة أشاعر العلم»، بحيث خرجَ عن أن يكون دالًا على حُجيّة أصل الاستحسن، قال المقرّيّ: «... والاستحسن آفة النصوص والأصول، وله درّ محمّدٍ(1) إذ يقول من استحسن فقد شرّع.
وأئمّ مّن قال: الاستحسن تسعة أشاعر العلم، وقال أصحابه: 
الاستحسن عمّاد الدّين، وقلّ ما يكون الغريب(2) في القياس إلا مُخلافًا للسنّة، فإنّ لم يكن معناه أنّ ذلك في الوقائع التي تُعرض للقضاء والمفتين فيعتبرونها بقرائتها وعلى حسّ أحوال أصحابها من غير أن يجعل الحكم أو الفتيا عامةً في فرض تلك النازلة مع إهمال قرائتها: فلا وَجْهَة له، كما أنّ هذا قد لا يجد عنه الحاكم ولا المفتى مندوحةً، وإنّ جُرّى ظاهرُ حكمه على خلاف النصّ أو القاعدة، فإنّ تناوله قول الشافعي لم يسحق إطلاقه أيضاً، ولذلك قيل: الاستحسن شيء ينتمي في نفس المجتهد 
تّعُسر العبارة عنه، فافهم!»(3).
وما أبداه المقرّيّ من تأويل لكلام أصحاب ومالك مردودّ بالسياق

(1) من اصطلاح المقرّيّ في كتاب القواعد أنه إذا أطلق نسبة القول ل: «محقق» فإنّما يعني محمّد بن إدريس الشافعي، لا ابن الحسن الشباني، ولا ابن الموارز، ولا ابن سحنون، ولا ابن عبد الحكم.
(2) كذا في كتاب القواعد، وقد تقدم عند الشافعيّ: «المغرِق».
(3) القواعد، المقرّي رقم 1083.
الذي أورد فيه أصيب قول المالك، وقد فسّر ابن رشد الجزء الآخرين مالك، وأصيب على الاستحسان الاصطلاحي (1)، لا على ما تأوله أبو عبد الله المقرّيّ؛ كما أنّ تمالُ جُمهور المالكية على إجراء هذه المقالة الثالثة عن المالك في أصل الاستحسان، مُستدليّين بها على قول مالك، به أصلا شريعيًا؛ كل ذلك يُؤكّد كون الاستحسان الذي قصدته هو الاستحسان الاصطلاحي، أو على أقلّ تقدير يكون الاستحسان الاصطلاحي من مُسْمِولات الاستحسان الذي أوركّه إمام دار الهجرة في ذلك القيل.

على أنّ المعنى الذي تأوله المقرّيّ ممّا يقول به المالكية (2). اختيار الباجي والمقرّي من المالكية فلم الأخذ بالاستحسان:

ومع هذا الذي تقدّم، فإنّا نجد بعض المالكية اختاروا القول

برد الاستحسان وعدم الأخذ به، وتفتّوا أن يكون أصلا تشريعيًا.

ورد من رأي ذلك كان على جهة الاختيار منهم، لا على أنّه منهب المالكية.

ومن الذين علّم منهم إنكار الاستحسان وردّه القاضي أبو

الوليد الباجي (3)، وأبو عبد الله المقرّيّ، وبلغ في إنكاره

وغزاه القرافي إلى العراقيين من المالكية (4). ولم يرتبّض أبو

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/156.
(2) انظر مثالاً في ذلك: الونشريسي، المعيار المعرّب 10/79-80.
(3) الباجي، كتاب الحدود في الأصول 27.
(4) القرافي، شرح تلافي الفصول (مع الحافية لابن عاشور) 2/230. قال القرافي: "وهو حجّة عند الحنفية وبعض البصريّين وباّ، وأنكوه العراقيين". واحتفظ النسخ
عُبيد الجميري من مالك ما كان على خلاف الأصول (١)، وهذا منه
إنكارٌ لمسلك الاستحسناء. والجميري على أندلسيته، فعلّمه عراقيٌّ،
رَحل إلى العراق وتلمذ على الشيخ أبي بكر الأبهرٍ.
كما شُبه الباجي - وهو عراقي العلم - إلى بعض الأصحاب،
mُبهمًا منهم؛ قال الباجي في «المختفى» في سياق مسألة بحثها:
وهو سائَن لمن قال من أصحابنا بالاستحسناء؛ فأما القياس
والمثل فالملعْن من ذلك؛ ومن أنكر من أصحابنا الاستحسناء مَنْ
ذَكَرُ كَلِّهٔ، وهو الشوَاب عندى» (٢).
وقد يَلْغ الباجي أن يقول بعد أن فَسَر الاستحسناء بتفسيره
الممرٍّي في المذهب -: «وإذا قلنا إنه ترك مقتضى القياس، فحلّه

= الخطبة في ذلك (كما في تحقّيق الغامدي، ورَجَح قراءة: المصريين، على أن أكثر
السخ النفثي من التقيق وشرح: البصريين). (وذلك هي النسخ الثلاث
المطبوعة في تونس: «البصريين»). وقد رَجَح غير واحد أن «البصريين» تعَزَّز من
المصريين، مُقابلة للمصريين بالعراقين، وبعد مقاتلين البصريين. وأحسب أن
لا تُغَرف ولا تُصَمِّف، وإنما يُريد القرافي من بعض البصريين: ابن خير مناد
البصري، قَوْلهُ في الاستحسناء من أشهر الأقوال، والله أعلم. على أن المصريين
من المالكية قَالُون بَأَصل الاستحسناء، كائب القاسم، وأشهب، وأصبع، وابن
الموازة، كما تقدَّم. والقول الفصل في هذا هو النظر في مأخذ القرافي، والقطع أنه
عن الإشارة للباجي، قال (١٣٣): «ذهب بعض البصريين من أصحاب مالك وأبي
حنبلة إلى إثباته، ومنه شيوخنا العراقيين والشافعي».
(١) الجميري، المتوسط بين مالك وأين القاسم، [نِقلا من ملاحق مقدمة ابن القصر،
تحقِّيق سليماني، ١٣٣]. وقد سبق نقل نصه.
(٢) الباجي، المختفى، ٨٨-٨٨/١.
بما تقدّم من أنه اختيار القول من غير دليل ولا تقليد"(1)، فجعل الاستحسان اختياراً من غير استناد إلى دليل ولا تقليد، وقد سبق
ما في كلام الباجي من خلل.
وقال المقتري معلناً على بعض قول الخزالي في مسألة من
مسائل الفقه: «قلت: هذا استحسان وليس من أصول مذهبه... على أن تقدير الانساع وإصلاح أمور الناس ونحو ذلك فيما خالف الأصول الشرعية- وهم لا حقيقة له، إنما رُيّن للمستحسنين ليتجرؤوا على مخالفته أصول الدين»(2). وقال المقري منكرا
وما اختاره الباجي وبعده المقتري إنما هو اختيارٌ منهما، ولم يس배 إلى المذهب.

على أن ما يسبب للبرقيين من المماليكين، قد يحمل على
إثارةهم تخصص العلة الموجبة، الداخل في تشكيلاً ذكر اتفاء
الموانع. فلو أخذ الاستحسان على تخصص هذا النوع من العلل،
كان سعيدًا. لذلك فإن ظاهر الاختلاف المنقول -لا حقٍ- راجعً

(1) الباجي، كتاب الحدود في الأصول 68.
(2) المقري، القواعد رقم 966.
(3) المقري، القواعد رقم 27، وانظر كذلك: القواعد رقم 411، 419، 966.
(4) المقري، القواعد رقم 1083.
إلى اختلاف في العبارة عن مفهوم الولئ وتخصيصها. ومنه يدل على هذا: أن ابن تيمية نسب طريقة جبر الولئ بتخريها وتثقيفها والتصنيف على الشروط واختفاء المواقف فيها: للعراقيين من القرن الخامس، ونص على القاضي عبد الوهاب بن نصر (ت 422 هـ).
ومهما يُؤيد هذا: أن أكثر العراقيين من المالكية غير قائلين بتخصيص الولئ، ويتقلون عن المنذهب ذلك، ويتبكون على مَن فيهما عن الإمام مالك»، للمؤلف.
المطلب الثاني

الاستحسان: أقسامه وأنواعه في المذهب المالكي

مَمَّنْ عَنْبِيَّ يَتَبَعُّ أنواع الاستحسان الواقع في المذهب المالكي:

القاضي ابن العربي من المتقدّمين، وابن عاشور من المتّاخرين، فقد تتبعاً مواقعاً الاستحسان في كلام فقهاء المالكية وخرجوا بأنواعه

وكان الأساس الذي قام عليه كلٌّ من التّقسيمين، هو لحظ التّليل الذي كان به الاستحسان، والمعنى الذي كان العدول لأجله، على اعتبار أنّ تقسيم ابن عاشور لّحظ فيه مطلّق إطلاق لفظة «الاستحسان» ومَشْتَهَاتِها، لا حُصُوص الإطلاق الاصطلاحيّ، إذ فسّر الاستحسان

عند مالك على مطلّق الترجيح بين الدليلين، كما سيأتي.

وهو أوان سوق كلٌّ من التّقسيمين:

التقسيم الأول: تقسيم القاضي أبي بكر بن العربي المُعافريّ:

قال ابن العربي: «واختلف أصحاب أبي حنيفة في تأويله على أربعة أقوال.

وأما أصحاب مالك فلم يُكن فيهم قويّ الفكر(1)»، ولا شديد

(1) في النسخة الخطية بمكتبة الملك عبد العزيز العامة: «الفلك»، وهي صحيحة، وهي كتابة عن العارضة. وهذه القراءة أشبه أن تكون الصواب الذي جرى به قلّم ابن العربي.
المعارضة(1)، يُبرّزه إلى الوجود؛ وقد تبَّعاه في مذهبنا وآلفيناها
أيضاً مُتقسمًا أقسامًا:
فمنه: (ترك الدليل للعرف)، ومنه: (ترك الدليل للمصلحة)،
ومنه: (ترك الدليل لجامع أهل المدينة)(2)، ومنه (ترك الدليل في
اليسير لرفع المشقة ويثار التَّوْسَعة على الخلق)(3).

(1) في النسخين المطبوعين: التركية، والسعودية، وفي المطبوع من فتاوى البرزلي:
المعارضة. والعبارة ليست واردًا في المواقف والاعتصام والبحر، للاختصار. أما
في شرح ابن ناجي على الرسالة: "لم يكن فيها شديد عصرة بيرزه...". وهي
قراءة جيدة!
(2) هكنا في المحصول لابن العربي، وكذلك تُلقَّه الزَّكَّاشي في "البحر المحيط". وعند
ابن ناجي في شرح الرسالة: "ترك الدليل لجامع الصحابة!". وعبد الشاطبي في
"المواقف" و"الاعتصام": "تركه للإجماع". والصواب ما جاء في كتاب
"المحصول" وما تلقه عنه الزَّكَّاشي، لورود النص كذلك في "المحصول" وهو
المصدر الأصلي، ولأن النص الذي ضربه ابن العربي على ذلك مما وقع فيه
الخلاف فلا محل له فيها للإجماع. لذلك استشكل الشاطبي التمثيل بذلك النص:
قول: "هكنا الإجماع مما ينطَّخ فيه، فإن المسألة ذات قولين في المذهب وغيره،
ولكن الأشهر في المذهب المالكي ما تقدَّم؟ حسبما نقص عليه الفاضي عبد
الوهاب". الاعتصام 370.
(3) ابن العربي، المحصل في أصول الفقه 131. وعنه باختصار: الشاطبي،
المواقفات 2/198، الاعتصام 3/65، ابن ناجي، شرح الرسالة 2/193،
الشروكي، البحر المحيط 98/8 [نسبه الزَّكَّاشي لبعض مُحققي المالكي، ولم
يَّتَصَّع على ابن العربي]. قال ابن ناجي: "وسمعت شيخنا أبو مهدي عيسى رحمه الله
تعالى يقال: "أي آخر الذي ذكره يا ابن العربي". قال في كتابه المسمى بالمصول في أصول
الفقه ...". شرح الرسالة 2/193. وفي فتاوى البرزلي تَّصَّع على أن تعرف ابن
العربي هذا للاستحسن قاله في كتابه النَّزَّات المحصول. البرزلي 1/109. وأقولُ
في هذا المقام: "تَّصَّع أن يَّتَصَّع من الكتاب المطبوع باسم "المحصول"، هل هو..."
النقسم الثاني: تقسيم الشيخ محمد الطاهر بن عاشور:
قال ابن عاشور: «والذي استخلصته من مطالب من كتب يفسّرها المالكية أن الاستحسان قد أطلقه فهؤلآنا على معنى ترجيح أحد النّيلين على الآخر برجح معتبر، ليس في السّرع ما يُخالفه، وقد استقرّت لهم من هذا معاني خمسة، وهي:
(الأخذ بالعرف) أو (الأحتياط) أو (ما استقر عليه عمل أهل العلم كالصحابة والتابعين)، أو (ترجيح أحد الأثنين على الآخر)، أو (عدل عن قياس وإن كان جليا إلى آخر وإن كان أخفى منه؛ لأن المعدل إليه أولاً بالاعتبار لمضادات).» (1)
والملاحظ الأولنا يبرز لنا أن النّقسم الوحيد الذي يلتقى فيه التقسيم هو الأخذ بالعرف مقابل النّيلين، وعلى ذلك فإن البحث سيتناول هذه الأقسام بالدراسة مع ذكر الأمثلة والاعتراضات عليها، والكشف عن التداخل الذي ربما يعكر بعض هذه الأقسام.

كتاب (المحصور)، أم هو مختصر المعروف بالكتاب المحصور؟ فإن كان هذا المطبوع هو (المحصور)، فلا أدرى ماذا تبقى لأبي العبيدي أن يُتلكّه في كتابه!
قال ابن العبيدي في (قانون التأويل) (ص/ج ۲۴۷) في ترتيب طلب العلم: «... وتطلّع على شيء من أصول الفقه كالمحصور»، أو (كتبه) إن استطاعه، وأيّ استطالة في كتاب (المحصور) المطبوع! ثمّ رأيت في مكتبة تحقيق كتاب المسالك، لمحقّقه محمد السليماني، ووفقه على نسخة خطية من الكتاب في مكتبة الأسكندرية، باسم: (كتاب المحصور)، فقوتي عندني الزّوي في ذلك، والكتاب نسخة أخرى في مكتبة عبد العزيز العامة (رقم ۴۴۸)، بعنوان (كتاب المحصور). على أن الأمر يُحتاج لمزيد من البحث! (1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح/2۲۹.
مع بعضها:

أولاً: ترك الدليل للغـرف:

مثـل: ابن العربي والشاطبي لترك الدليل للغـرف برد الأراء.

لحـرف: "مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه الغـرف.

كقوله: (والله لا تخلت مع فلان بيتاً) فلا يعترف بهدفه معه المسجد وما أشبه ذلك.

ووجيهه: أن اللفظ يقتضي الحدث بدخول كل موضع يسمى بيتا في اللغة، والمسجد يسمى بيتا، فيبحث على ذلك، إلا أن غرف النعاس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعـرف عن مقتضى اللفظ، فلا يبحث.

فمقتضى ما ذكره ابن العربي والشاطبي أن الغـرف في اللغة ممـا يخصـص عموم ألفاظ المكـلفين؛ فتقتـل الغـرف القولي على الأقضـاء الأصليـ للـفظ في اللغة، وهذا التقتـيم هو من وجه الاستحـسان.

وعلى هذا يحمل الكلام أشهر في مسألة الوصيـة حيث خـصـص اللفـظ بعـرف الاستعـمال؛ ومرجع المسألة هذه هو القول بالعـرف البياني واعتبـاره.

أما ابن عاشور فإنه لم يأت إلى التمثيل لهذا القسم فإنـه مثل بمثال من غير نوع الغـرف الذي مثل به ابن العربي والشاطبي؛ قال ابن عاشور: (الأخذ بالعـرف): استحسن الشفاعة في التمار مع

---

(1) الشاطبي، الاعتقام 3/8، ابن العربي، المحصول في أصول المنسق 121، ابن تاج، شرح الرسالة 193/2، الزركشي، البحر المحيط 98/8، المشاط، الجواهر الثمينة 222.
ضعف ضرر الشربة فيها; رغبًا لعرف الناس في اجتيازها بطولًا وعلم رغبتهم في شراء ما يتجه منها كل يوم.

وقال ابن العربي: "اتفق علماء الأصرار على أن الشفعة إنما تكون في العقار دون المنقول. وإنفرد مالك عن جمهور العلماء بفرعين:

أحدهما: أنه قال الشفاعة في الشمار، وهي من المنقولات.
وقال سائر العلماء كل منقول لا شفاعة فيه كالعروض، وهذا قياس جلي.

وعقو مالك على ركنين: ... الركن الثاني: وهو أن النبي أضحك في بيع العرابي، واستثنى من الزبا لضرر المدخلة، وكذلك صرر المدخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشفعة."

قد بين ابن العربي أن العلماء اختلوا في علة الشفاعة، بعد

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/ 320.
(2) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرابي، رقم: 1814.
(3) من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أخى في بيع العرابي بخرصها. .. ومن طريق مالك رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمرة على رؤوس النخل بالذهب والفضة، رقم: 2090، ومسلم في كتاب البيوع، باب تجريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرابي، رقم 1541. ورواه مالك في الباب نفسه، من حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أخى لصاحب العرية أن بيعها بخرصها. ومن طريق مالك رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع المزاينة، رقم 1881، ومسلم في الباب نفسه، رقم: 1539.
(4) ابن العربي، القبس 2/ 856-855، ونظر مسألة الشفعة في الثمار عند: الباجي، المتعدد 5/ 201، الخرشفي، شرح مختصر خليل 6/ 188، الدردير، الشرح الكبير 3/ 480.
اتّفعاقهم على أنّ أصلها موضوعٌ للْفَعْل الضَّرْر، ومنهم من قال العلة ضَرْر الخلطاء. ومنهم من قال: إنّها لضَرْر الشَّركَة، وذلك فيما يلزم من مَؤونة القَسْمَة[١].

ولم تجب السُّفعة في الْغَرُوض لانعدام عَلَة ضَرْر الشَّركَة فيها.

أما الشَّمار، فعلى مُشابهتها الأخوْرَف في أنها مَنْقولة، فإنّ عَلَة السُّفعة غير مَتَحَقِّقة فيها، إذ لا ضَرْر في الشَّركَة التي يُحْذى منها القَسْمَة. ومع ذلك فهناك ضَرْر آخر مَعْتَبِر خَلَف ضَرْر الشَّركَة وهو ضَرْر كَثَرة الْتَرْدُد على الشَّريْك لَتَلْبِي الْقَسْمَة، فقامت ذلك مَقَام الضَّرْر النائِج عن الشَّركَة التي يُلْزَم منها مَؤونَة القَسْمَة. وهذا الضَّرْر مَعْتَبِر في الْشَّرع، فهو شَبيه بضَرْر المَدَافِع في اسْتِدِناء الغَرَابِي مِن المِزَابِة المُنهِي عنها.

والعُرْف الذي يُستَنِد إليه في تجوْيز السُّفعة في الشَّمار هو من قَبْيل العُرْف التشريعي؛ وُسَتَنِد هذا العرف في الحقيقة هي المصلحة المنظورية إليها من نفسي الضرر، لا مجرَّد العرف؛ إذ جَرَيان عْرُف النَّاس في الغالب يكون على وَقْف مَصلحتهم التي يتواظرون عليها، والخروج عن ذلك إلى خلافه يُوجَع النَّاس في الخرج ويُبَحث عليهم المشقَة؛ لذلك كان العرف ممّا يعتَمَد عليه في الاستناء من الدلَّيل العام الذي يُقِيد بأنّ لا شفعة في الثمار لأنّها من المَنْقُولات التي لا ضَرْر في الشَّركَة فيها.

وعلى هذا، فحَقَيقَة الاستناء من الدلَّيل العام بالعُرْف التشريعيّ

١ ابن العربي، القبس٢٠٦٨ـ٨٥٦٢.
هي المصلحة التي تشهد لها بالاعتبار أصول شرعيّة، ومرجع هذه الأصول إلى الأدلة المعترنة. فالعُرف ما هو إلا كاشف عن غموم الحاجة إلى تلك المصلحة ومداً قوتها.

فلاستدلال المرسل الذي يعتمد عليه في الاستثناء من التّليل العام ممّا يُشمل العرف التشريعي، لكون مرجع الاعتبار فيه إلى المصلحة المرسالة. إنما يُنطوي هذا القسم مما يُنظر فيه؛ لدخوله في جملة الاستحسان الذي سئّده الاستدلال المرسال، إلاّ إذا كان إبراده على سبيل الإيضاح لطرق الكشف عن المصلحة الحاجية.

والوُقوف عليها، فيكون هذا القسم مذكورًا بالتبغ للبيان.

والعرف التشريعي هو الوارد في كلام الحكية كذلك.

أما العرف التشريعي الذي يُخصّص اللَّفظ العام، فلا أرى له وجها في خشره في أقسام الاستحسان الاصطلاحى. فإن الاستحسان الذي عرّفه كل من ابن العريّي والشاطبي لا ينطبّع على هذا النوع من العرف، لأنهما جحلا من حقيقة الاستحسان أن يترك اللّليل في بعض مُقتضياته لدليل أرجح منه؛ فحين نجد في هذا القسم ما يَنطوي حقيقة الاستحسان، فالعرف اللَّفظي الذي يكون أوسّع مدَّولا من اللَّفظ في أصل الوضع العربيّ يُؤخذ به ويُقَدّم على أصل الوضع، وهذا ليس فيه تخصيص ولا استثناء، بل إنّ فيه أخذًا بما هو أعظم من الأقضية الأصوليّة للَّفظ في أصل الوضع العربيّ، وهذا ما يُخالف تعريف الاستحسان عند المالكيّة.

كما أنّ العرف اللَّفظي الذي يُخالف المعنى الوضعي للَّفظ في
أصل اللغة مُختلفة مُطلقة، مُتَّلَفٌ في الاعتقاد على مدلول اللَّفظ في أصل وَضَعُه؛ لأنَّ العبرة بما قَضِدَ إليه المتكلَّم، ومن أهمّ مسالك تحديد قصد المتكلِّم العرف؛ إذ الغالب على المتكلِّم تَكَلُّمه على وَفق العُرف المعهود، وعليه تُحَمِّل أَلْفَاظه إِلَّا أن يُصَرَّح بِخِلافه؛ وهذا ما يَتَدَافع مع حقيقة الاستحسن لأنَّ فيه تَرَّجُم لِلأَقْتَضاء الأصليّ بالكليّة، وليس فيه تَخْصِيص ولا استثناء.

وِابن العربي بعد أنَّ بيْن أَقسام الاستحسن ومَعانيّه في مذهب المالكيين، دَيَّلَه بتَعريف حقيقة الاستحسن، بقوله: «قول مالك وأصحابه: وأَسْتَحْسَن كَذَا»، إنَّما معناه: أَوْيُرُ تَرَك ما يَتَضَمِّيه الدَّلَّيل على طريق الاستثناء والترخص، بمعارضته ما يَعْارِضه في بعض مُقْتَضياته.}

ولِيس في المثال الذي اجتَلَّه ابن العربيّ، وتبعه فيه مَن تَبَعه، ما يَحْقَق معنى الترخص المؤسس لمفهوم الاستحسن، والذي يَتَضَمِّني معنى مُصالحِيّ من تَخْتِيف أو رفع ضَرر أو تحصيل صلاح مُعَتْبِر.

نعم، لا أُجِد الاستحسن على أنهَ مَسْتَكَّ بِأَقوى الدَّلِيلين مُتَّلَفًا، لِكَان هذا المثال مُستَقِيمًا في جَبِاْته على ذلك المعنى. وقد تقدَّم تقدير أنَّه مَسْتَكَّ للعَرِف القوْليّ على المدلل اللغوي الوضعيّ، في قول الموصى: «هي على قراءتي»، قال أَشْهُر: لا يَدْخُل في ذلك قرآبة الوراثون استحسن أنَّ وليس بِقياس، قال

(1) ابن العربي، المَحْصُول 132.
الباحي: «وما قاله أشهب أنّه استحسان وليس بقياس، فإنه يُريد بالاستحسان: التخصيص بعرف الاستعمال، والقياس عنده حمل اللّشف على عّمومه؛ وإنّما ذكرت ذلك ليعرف مقصده في الاستحسان والقياس!»(1). فسمّى أشهب ذلك من صنيعه استحسانًا.

ثانيا: ترك الدليل للمصلحة:
مثال تَرْك الدليل للمصلحة في مذهب مالك: مسألة تضمين الأجر المشترك(2)، ومسألة تضمين صاحب الحمام الشياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السمسار المشتركون، وكذلك حمال الطعام(3).

فالأجراي مُؤتمنون بالدليل الشرعي لا بالبراءة الأصليّة، وعُارض هذا الدليل المصلحة العامة المتضمنة إليها؛ إذ لو لم يُضمّنوا لكان ذلك تظريقياً للأجر المشترك أو لصاحب الحمام أو السفينة أو حامل الطعام أو السمسار المشتركون: على التّعدّي على أموال الناس، وعدم التحرّز فيها؛ فاستثنيت هذه المسائل من الدليل الشريعي العام المقتضي عند التّضمين لأنّهم مُؤتمنون؛ رعيّاً للمصلحة المرسلة العامة التي تستوجب حياطة أموال الناس،

(1) الباحي، المتنقى 6/177-181.
(2) ابن العربي، المحمول في أصول الفقه 131، ابن ناجي، شرح الرسالة 2/193، الزركشي، البحر المحيط 8/98، الشاطي، الاعتشار 3/183، المشاط، الجواهر 222.
(3) الشاطي، الاعتشار 3/198-200.
والنظر لهم، وتقديم مصلحتهم على المصلحة الخاصة للأجراء ومن
إليهم.
ويَدْخَل في مفهوم المصلحة كما تقدَّم في كلام الأئمة: نفي
الضرر، ورفع القداس، ورفع المشقة والحرج، والتخفيف [وهو رفع
الحرج والمشقة]، والمدٌ [وهو الحالة التي يكون فيها من وقع
عليه الحرج والمشقة]، والحُرْص [وهو رفع الحرج والمشقة]،
mالعرف المصلحي [المحتاج لبعض المعاني المصلحية من نفي
للضرر أو تحصيل للصلاح].
ثالثا: ترك الدليل لإجماع أهل المدينة:
والمثال الممثِّل به لترك الدليل لإجماع أهل المدينة: من قَطَع
ذَنْبُ بَعْلَة القاضي، فالواجب عليه غرم عموم قيمة البلحة، على أنه
قطع الذنب فقط! فيغم قيمة القداس لا قيمة النقص الحاصل فيها.
ووجوه ذلك: أن بعلة القاضي لا يحتاج إليها إلا للركوب، وقد
امتنع ركبته لها بسبب فتح ذلك العيب في منزلته، حتى صارت
بالنسبة إلى ركبته أو ركب مثله كالعمد.
ومعلوم من مذهب مالك أن عمل أهل المدينة عنده مُقدَّم على

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/270. وانتظر عند: ابن العربي، المحضور في أصول الفقه
131، ابن ناجي، شرح الرسالة 2/193، الزركشي، البحر المحيط 98/8. وهذا
التمثيل يتُوقَّد في إثبات الجزء الذي يذهب أصل الانتفاع. وهو تمثيل لا يروقه قال
الفاضي عبد الوهاب في كتاب الإشراف: ووَقَّعُوهَا مَسْفُوهُم وُجَدُّوهُم في ذنب
حمر القاضي، وذنب حمار السرطي قصدًا للهزل والتهنئة بالدين! الإشراف 2/268.
[استندت تُجَب-* qضي أبي محمد من تعليق مُحقِّق (الاعتصام).]
الدليل الطبي: من خبر الآحاد أو القياس، سواء كان الدليل
المعارض لعمل أهل المدينة دليلاً عاماً يشمل بعُمومه ما جرى عليه
أهل المدينة، أو كان الدليل خاصاً. وعليه، فدخول الخاص في
مُقابل الدليل الذي يكون به الاستحسان – وهو هنا عمل أهل
المدينة - يُخرج المسألة عن أن تكون من الاستحسان
الاصطلاحي، المتضمن لإثار ترك الدليل في بعض مُقتضياته، لا
أن يترك الدليل ينطلق الدليل الخاص لعمل أهل المدينة في
طُرح لِلدُلِيل الخاص ضِرَبة لازِبة; وليس فيه استثناء ولا
تخصيص.

ومع ذلك، ربما جرى عمل أهل المدينة بشيء يكون دليل يعارضه
على جهة الجزئية، كاللفظ العام أو القياس، فيُقدِّم العمل على
الدليل الطبي، ويُعد ذلك من قبيل التخصيص أو الاستثناء.
ومع ذلك يُلاحظ في هذا المقام: أن بعض ما كان من العمل المدني
آخذًا هذا السبيل، فالملغة المرسلة تشهد له بالاعتبار. ومن
أمثلة ذلك: المسألة المعروفة بِبِيعة أهل المدينة (1)، وحاصِلها: أن
أهل المدينة أجازوا أن يشتري الرجل لَبَا أو رُطبًا أو لحَمًا أو خَيْرًا
مَمْن يُلبِم العمل في ذلك بِسِرْعًة مَعْلَوم، ويبَيخذ كل يوم قَدْرًا
مُحددًا، على أن يكون الثمن مُؤَجِّلًا إلى أجل مَعْلَوم أو في حُكم
المعلوم. وهذا التجوز يلغي من باب الاستثناء من أصل منع الَّذِين
بالَّذِين لحاجة الناس ومصلحتهم.

(1) الحطاب، مواهب الجليل 4/538/5، عليّش، منح الجليل 5/384/5.
قال ابن القاسم: "قال مالك: وقد كان الناس يبتاعون اللحم
ببيع معلوم، فأخذ كل يوم وزنا معلوما، والشم إلى العطاء:
فعلم يَرَاهُ الناس بذلك باشأ. واللحم وكل ما يبيع في الأسواق ممّا
يَتَابِع الناس به، فهو كذلك لا يكون إلا بأمر مَعْرَفٍ ويبيّن ما
يأخذ كل يوم، وإن كان الشم إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا
كان ذلك العطاء معلوما مأمونًا، إذا كان يشرع في أخذ ما اشترى.
ولم يَرَه مالك من اللّتين بالّتين"(1).

وفي "الحكيم": "عن مالك عن عبد الرحمن المجرم عن سالم
بن عبيد الله قال: كنتا نبتاع اللحم من الجزأرين ببيع معلوم، نأخذ
 منه كل يوم قطرلا أو رطلين أو ثلاثة، ويشترط عليهم أن يدفعوا
الشم من العطاء. قال: وأنا أرى ذلك حسنًا. قال مالك: ولا
أرى به باسأ إذا كان العطاء مأمونًا، وكان الشم إلى أجل، فلا
أرى به باسأ!"(2).

قال ابن رشيد: "قوله: "كنتا..." إلخ، يدلّ على أنّه معلوم عندهم
مَشْهور، ولا يشتهر ذلك من فعلهم سُمّي بيعة أهل المدينة. وهذا
أجازه مالك وأصحابه أتباعًا لِمَا جَرَى عليه العمل بالمدينة. . . قوله
في هذه الرّواية: "وأنا أراه حسناً" معناه: وأنا أُحبِرُ ذلك استحسانًا
اتباعًا لعمل أهل المدينة، وإن كان القياس يخالفة"(3).

---
(1) سحنون، المدونة 3/315-316.
(2) الحطاب، مواهب الجليل 3/384، عليش، منح الجليل 5/385-386.
(3) الحطاب، مواهب الجليل 4/538، عليش، منح الجليل 5/385.
ووجّه المصلحة في بيعة أهل المدينة بينها القاضي ابن العربي

بقوله في «القبس»: 

«وأمر السّلم في اللّبن والرُطب والشروع في أخذه، فهي مسألة
مدنية اجتمعت عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة;
لأنَّ المرء يحتاج إلى أخذ اللّبن والرّطب معوّمة، ويشكّ أن يأخذ
كل يوم ابتداءً، لأنُّ التّقد قد لا يحصّر، وأن الценّار قد يختلف
عليه، وصاحب التخل واللّبن يحتاج إلى التّقد، لأن الذي عنه
عرض لا يتصرّف له. فلما اشترّكا في الحاجة رخص لهم في
هذه المعاملة؛قياسًا على العُرايا وغيرها من أصول الحاجات
والمصالح»١).

رابعا: ترك التّدليل في البيسر لرفع المشمّرة وإيثار التّوسعة٢).

ومن الأقسام التي أورَكّها ابن العربي في تقسيمه للاستحسان
عند المالكيّة: ترك التّدليل في بعض مقتضياته في البيسر من أجل
رفع المشمّرة وإيثار التّوسعة على الخلق. فمما 의사ه واستثناء العدول
لم يكن «اليسير» في نفسه، وإنما هو رفع الحرج وإيثار التّوسعة؛ إذ
ظرف التّدليل المقتضي للمنّع أو إبطال العقود على ما كان يسيرًا،

(١) ابن العربي، القبس ٢/٨٣٢.
(٢) قال القاضي عبد الوهاب في مسألة في شرح الرسالة: "إنا أجزيناها لضرورة
استحسانا في القليل". [القاضي عبد الوهاب البغدادي ومنهجه في شرح الرسالة،
ص ٤٤٨]. فنظر كيف جعل سبب الاستحسان في القليل: ضرورة، وهذا يشٌب
اصطلاح الحنفي في الاستحسان الناعم لضرورة.
مُمَّا يُوقَع النَّاسُ في الحَرْج والمشقة (١)ً، وهم ما مَرْفوعان في السَّرَعٍ;
وعليه فإنَّ سبب التوْسّة ورفع الحرج هو اليسير.
ورفع الحرج والتّوْسّة على النَّاس ممّا يقوم بهما أصلُ الاستدلال المرسل. قال أمّر هذا القسم إلى الاستحسان الذي مَرّدُ مستنده الاستدلال المرسل. وإيراد هذا القسم في أقسام الاستحسان لا بَد أن لا يكون على أساس أنّه قَسِيم للاستحسان المعتمد على الاستدلال المرسل، وإنما يُبيّنُ أنّه يُورّد على أنّه نوعٌ من أنواع هذا الاستحسان.
قال ابن رُشدٍ في شرحه بعض مسائل «المستخرجة»: «... وما كان قال مالكٌ من إجازته في اليسير، إنه هو استحسانٌ، لأنّه عَدّل عن اتّباع مقتضى القياس وطرد العلّة في القليل والكثير...»(٢).
وقال الشاطبيٌ مُعْدّلًا أمثلة عن الاستحسان: «تركَ مقتضى الدّليل في اليسير لتفاهته وتزازره؛ لرفع المشقة وإثار التوْسّة على الخلق»(٣).
ومن أمثلة هذا النوع في مذهب مالك:
إجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة (٤)، وإجازة البيع

(١) التي عُدِّل من السَّرَع رفعهما؛ ولا تعني مُطلق الحرج والمشقة.
(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل ٧/١٣٧.
(٣) الشاطبي، الاعتصم ٣/٨١٧.
(٤) الشاطبي، الاعتصم ٣/٧١٧، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٢، ابن ناجي، شرح الرسالة ٢/١٩٣، الزركشي، البحر المحيط ٩٨/٨، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٢٢.
والصارف إذا كان أحدهما تبعًا للآخر (1).

وأجاز المالكية بدل النذر الناقص بالوازن لتزارع ما بينهما (2).

والآصل المعن في الجمع؛ لأن ذلك مسؤول بعوم النهي عن ربا الفضل الدائم في حديث أن النبي ﷺ نهى بيع الفتاة بالفاضل، والذهب بالذهب، مثلاً بمثل، سواء بسواء (3). فالقضاء الأصلي للنَّليل هو المعن؛ لكن عرض لهذا النَّليل في حال تنزله في المسائل السابقة من الحرج والمشقة ما ووجب الاستثناء من أصل المعن؛ إذ اعتبار مقتضى اللفظ الأصلي في اليسير في يوِّي إلى الحرج، على أن الناس تسامح في هذا القَدر.

قال الشافعي مؤثثًا وجة الجواز في المسائل السابقة: «وَجَهُ ذلك: أنِّ التأهله في حُكم العدّ، ولذلك لا تنصرط إليه الأعراض».

(1) الشافعي، الاعتصام 3/ 171، ابن العربي، المحصول في أصول الفقه 132، ابن ناجي، شرح الرسالة 193/ 2، الزركشي، البحر المحيط 98/ 8، المشاط، الجراح الشميلة 223.

(2) الشافعي، الاعتصام 3/ 171، المشاط، الجراح الشميلة 224.

(3) مروي في الصحيحين بألفاظ وطرق مختلفة: رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، رقم 2175، ومسلم، في كتاب المساقاة، باب النبي عن بيع الْوَرَق بالذهب دينار، رقم 1590، من حديث أبي بكر. ورواه مسلم في كتاب المساقاة، باب البيع، رقم 1584، من حديث أبي سعيد الخدري، وفيه: «... فمن زاد أو استزاد فقد أرتي»، ورواه مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب الورق نقداء، رقم 1587، من حديث عائبة بنت الصامت، وفيه: «... فمن زاد أو استزاد فقد أرتي»، ورواه مسلم في الباب نفسه، رقم 1588، وفيه: «... فمن زاد أو استزاد فهو ربا».
في الغالب، وأنَّ المشاَّحَة في اليسير قد تُؤدي إلى الحرج والمشقة؛ وهما مرفوعان عن المكَّفٍ. ومن أبرز ما يُجْري على هذا النَّوع من الاستحسان تَجْوِيْز الغَرْر اليسير في البَيْعٍ، والقَاعِدة أنَّ الغَرْر في المعاملات مَمْنوعٌ؛ لَكِنَّهم استثناوا من هذا الأصل ما كان من الغَرْر يسيرا لمصلحة الخلق في رفع الحرج عنهم والتسير عليهم، وإلا لانحِسَرت أبواب المعاملات وضاقت وصار الناس إلى غربِ وضيق؛ وكل ذلك مما جاء الشَّريعة برفعه.

قال الشاطبي: «إنَّ جميع الغَرْر في العقود لا يُقَدَّر عليه، وهو يُضيِّق أبواب المعاملات، ويحسِّن أبواب المعاوضات. وإنَّ الغَرْر إنَّما يُطلِب تَكْمِيلًا ورَفعًا لما عَسَى أن يقع من نِزاع؛ فهُوَ من الأمور المكَّمَلة؛ والتكمِيلات إذا أُفضِّى اعتبارها إلى إيطال المكَّمَلات سَقَطت جُملةً؛ تَحصِيلًا للمَمْهَم، حسبما تبيَّن في الأصول. فَوَرَجَّح أن يُساَحَم في بعض أنواع الغَرْر التي لا ينفُك عنها؛ إذ يشِق طِلب الانتِيْكاك عنها، فسومَح المكَّفٍ بَيْسِير الغَرْر؛ لضيِق الاحترام مع تَقَاهَة ما يَحصُّل من الغَرْر. . . .».

وقَوْرٌ مالِيك وأصحابه حافِلَةٌ بالتفريعات على هذا الأصل،

(1) الشاطبي: الاعتياض ۳/۷۱. وتُنظِّر: الجهارة الثمينة، للمقْاطِ ۲۴۳. ۲) المواقف، التاج والإكْلِيل ۲/۲۳۰/۶، الخرشي، شرح مختصر خليل ۵/۷۵، الدردير، الشرح الكبير ۳۰۷۰. ۳) الشاطبي: الاعتياض ۲/۷۴۰۷۷.
فكثرًا ما نجد الإمام يخفف في بعض المسائل التي يسري فيها الغرر ويستثنيها من أصل المنع (1)؛ لما في عمد التجوير من الحنتج والحرج؛ قال الشاطبي بعد ذلك: قال العلماء: ولهد بالغ مالك في هذا الباب وأمكن فيه (2).

قال ابن أبي زيد القيرواني في كتاب الّذبّ: «والغرر اليسير في الأصول معفوب عنه» (3)، وقال الّطهري: «وقد جوز في البيع يسير الغرر» (4).

وقال ابن العربي: «...لا يتلق ضمان العواقب على القطع في مسائل الفقه، ولا بد من احتمال الغرار اليسير؛ وذلك كثير في مسائل الإفروض» (5).

وقال المّقري في القواعد: «والأصل أن لما لا تخلو الّيٍّاعات في الغالب عنه أو لا يتوصل إليه إلا يفساد أو مشقة: مُعكرٌ، وما سوى ذلك ممنوع» (6).

ومن أمثلة المفهوّ في الغرار اليسير في مذهب مالك: جواز أن يستأجر الأجير بطبعه، وإن كان لا ينضبّ مقدارٍ أكثره؛ فالأصل المنع لأن الإجارة على أجرة مجهولة ممّا لا يجوز، كثرة لقاعدة

(1) ابن رشد، المقدمات المهمّذات 379/1.
(2) الشاطبي، الاعتصام 75/2.
(3) ابن أبي زيد القيرواني، الّذب عن مناهج مالك 28/1.
(4) ابن أبي زيد القيرواني، الّذب عن مناهج مالك 28/1.
(5) ابن العربي، القبض 824/825-825.
(6) القواعد، المقرري رقم 924.
الإجراء. لكن استنثفت هذه المسألة من أصل المنع «ليسارة أمره»، وجَفَّ خِطبه، وعدَّل المشاَّحة بين الناس في ذلك(1). وأجاز مالك تطروَّق يسير المَرَّ إلى الأجل، فقال: يجوز للإنسان أن يَشْرَى يسُلَّمَ إلى الحصاد أو الجذاذ. والأصل المنع، لما في ذلك من جهالة الأجل؛ إذ اليوم بعينه لا يُنضِبّ، لكن أجاز مالك ذلك لأن العُرف يقضِي بأن الناس يتسامحون في الأجل المتقارب، كما هو الشأن في التَّأجيل بَوْقَت الحصاد والجذاذ، ولهم إلى التأجيل إلى تلك الآجال حاجة (2).

والمنطق الحقيقي في المنع قد يُرسَع، إذ المنع من الجهالة في البيوع، كانت الحكمة منه هو قطع التنزيع، وحيث رأيت التنزيعُ مُنعِمًا بِثورة السامح بين الناس فيه، مع وُجود الجهالة، فإنَّا الخَصَّة إن تعللت حاجة الناس بالتجرير، كضرب الأجل بَوْقَت الحصاد مثلاً.

وقولنا في تسامح الناس وعدم التشاحين يُنظر فيه إلى الغالب من أحوال الناس، ولا يُلتفت إلى المَدْرَس الذي لا يُثبَّت الأحكام عليه، فأنَّ لم تعدد في الناس من يتشاح في النزير اليسير! أما إن لم يكن التسامح عامًا غالباً، حيث ينضب في عُمومه، فالحكم يرجع إلى أصله. على أن هنالك مجال للاجتهد في تحقيق مناطق اليسير في أعيان الجزيئات.

(1) الشاطبي، الاعتقام 3/75، سحنون، المدونة 3/478.
(2) الشاطبي، الاعتقام 3/75، سحنون، المدونة 3/196.
ومن النيل على النظر في التحقق من وجود التسامح بين الناس أو ارتفاعه: أنَّ مالكًا -كما يُقَرّر الشاطبي- يُفزُق بين تَفْرَق يسير الغرر في الشمن وبين تَفْرَق فيه الآثام، لأنّ المضافة في تعيين الأثمان وتقديرها ليست في الغرر كالمضافة في الآخر؛ إذ قد يُسامح البائع في التفاوض الآثام، ولا يُسامح في مقدار الشمن على حالٍۙۚ

وأجاز مالكُ التفاصُل في المبادلة اليسيرة، والأصلُ المنع؛ لأنّ الفضل ممنوع في الصرف لعُموم النهُي فيه، لكن استنسى اليسير لعَمَّ لتعلّق الأغراض باليسير، ومُسامحة النَّاس به، وهذا ما يشهد له قاعدة المعروف؛ قال ابن العربي: ".. فإذا أثبت هذا، فبيعت الدهانير مراطلة اعتبار الوزن ولم يُعتبر العدد، وإن بيعت معاكاة اعتبار العدد والوزن معا، ولم يجز في ذلك تفاصيل؛ إلا أنَّ مالكًا جوزه في اليسير، كثلاثة دنانير يبادل فيها الرَّجُل صاحبه كاملاً باقلاً، فإنَّ مالكًا سامح فيها؛ بخلاف سائر الفقهاء مُستمدة من قاعدة المعروفّۖۚ

ومثال اليسير: ما في "العنبية"، وقال مالكُ فيما يُفسِّل عند المقارض إذا قدم من سفَره، مثل الجبة وأشباه ذلك: "ما علِمتَ أنه يُؤخذ منه مثل هذا". وفي نوازل سحنون: "أَنَّ رَبّ المَال إذا أخذ ماله من العامل، لا يؤخذ منه الزياب التي كان اشتراها لسفههۚۚ

١ الشاطبي، الاعتصام ۶۵/۷۵۲.
(۲) ابن العربي، القياس ۸۲۵/۲.
من مال القراض، إلا أن يكون لها قَدْرٌ وِيَالْ»(1).
قال ابن رشد معلقا على ذلك: «وهو استحسان على غير حقيقة القياس؛ ليَسَارَة ذلك مع العُرُف الجاري فيه. على أصله في... المدونة في الرجل يُكَسَّر أمرائه كسوة السنة فرضا من السلطان أو غير فرضا، ثم يموت أحدهما قبل انقضاء السنة-: أنه استحسن ألا يتبع شيء من ذلك لما بقي من السنة، بخلاف النفقه»(2).
وله: فإنَّ إجراء الأدلة والقواعد الكلية على الجزئيات من غير لحظ للقرائن والعوارض المحتَّبة بها ومال التنزيل: فمَا يؤفِق في خلاف ما قَصَدت السُّرُوع له، ومن هنا جاء أصل الاستحسن ليتلاقى ما قد يَعْرُج تطبيق الأدلة الثَّقيلة من عام أو قياس أو قاعدة من مُجازنة للعذال والمصلحة؛ ولله درُّ أصبع حيث يقول: "إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة"(3)، ويُقتضى بمفارقة السنة: مُفارقة طريقة السُّرُوع في التشريع ومنهجه فيه، إذ الأدلة لم يكن ينتج عنها خلافا ما قصدت إليه.
وخت خشَّاطي هذا النوع من الاستحسن يقوله: "فتأمَّلوا كيف وجه الاستثناء من الأصول الثابتة للحرج والمشقة؟ وأن هذا من رَّغم الزَّراع آنه استحسان العقل بحسب العوائد فقط؟: يتبين لك بؤن ما بين المنازلتين!"(4).

1) ابن رشد، البيان والتحصيل 367/1336.
2) ابن رشد، البيان والتحصيل 367-376/1336-1337.
3) الشاطبي، المواقف 4/110، حلوول، التوضيح شرح التقيق 4/12.
4) الشاطبي، الاعتصام 2/145-146، 145-146.
خامساً: ترك الدليل للاحتياط:
قال ابن عاشور مُمثلاً لهذا القسم: «جعل الشاهد الواحد مع القسامة موجباً للقاصص، مع أنه عدول عن بابه؛ لأن القصاص ليس من الأموال؛ لكن ذلك لدليل وهو الاحتياط في حفظ النعمة»(1). ومِرآد ابن عاشور من هذا المثال أن مالًا رأى ثبوت القصاص بشهادة الشاهد الواحد مع أيمان القسامة(2)، ومدرك هذه المسألة هو النظر إلى الحفاظ على قصد الشارع في حياطة النفس وحفظه؛ وهذا مُراده من الاحتياط؛ ومعلوم أن مرجع ذلك إلى معنى الاستدلال المرسل.

سادسًا: ما استقر عليه عمل أهل العلم كالصحابة والتابعين:
قال ابن عاشور في التمثيل لِمَا استقر عليه عمل أهل العلم كالصحابة والتتابعين: «قول مالك رحمه الله: أستحسن في جنين الحررة غرة(3) تقوم بخمسين دينارًا أوستمئذات درهم، وتكون من البيض لا من السود»(4).

ولقد بحثت عن هذا النص الذي نسبه ابن عاشور لمالك، فلم أوفق للمؤقوف عليه. لكن الذي يُظهر لي أن هذا النص مث مأخذه ابن عاشور من كتاب كشف التنّقاب الحاصل من مصطلح ابن

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح/320
(2) المواقف، النج والإكيل/58-357، 358
(3) والغرة هي: عبد أو ولدة الباجي، المتقى، 7/80، الدربير، الشرح الكبير/268
(4) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح/230

ومعنى الاستحسن هو في كَوْنَ العَرَّةِ من العبد أو الأمة من البيض؛ ومعنى الاستحسن هو الاستحباب لا على ما فُسره ابن عاشور. قال الداردي: «ويستحب فيها أن تكون من البيض، إلا أنْ يَبْلُوْهُا فَمِن وسَطِ السُودان(2).


---

(1) ابن فرحون، كشَف التعاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/122.
(2) الداردي، الشرح الصغير ص/311-312.
(3) ابن فرحون، كشَف التعاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب ص/122.
(4) ابن فرحون، كشَف التعاب الحاجب ص/122-123.
وكل هذا نص يدل على أن مراده من "الأحسن" معنى الاستحباب؛ إذ كل المسائل التي اجتذبتها من الأمور المستحبة في المذهب.

فيكون هذا النوع من الأنواع التي لا صلة لها بمفهوم الاستحسان الاصطلاحي؛ وإنما هو إطلاق للفظ الاستحسان على معناه اللغوي.

 سابعًا: ترجيح أحد الأثرين على الآخر:

قال ابن عاشور في التمثيل لترجيح أحد الأثرين على الآخر:

"قول ابن الحاجب: "وتقديم يقلبه في الهوی للسجود أحسن"،

ومن هذا قول مالك كيفية في مواضيغ من الموطأ: "وهذا أحسن ما سمعت"."(1)

ويُبرّض على ابن عاشور أن ابن الحاجب إنما أراد بالأحسن في مسألة الهوي إلى السجود معنى الاستحباب(2)؛ وليس من مراده المعنى الذي ذكر الشيخ، كما سبق بأنه قبلاً هذا.

أما قول مالك في الموطأ: "هذا أحسن ما سمعت"، فليس خاصا بترجمة أحد الأثرين على الآخر؛ وإنما المراد منه ترجيح قول على آخر بغض النظر عن كيفية الترجيح أو السلف المعتمد

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح/ 230.
(2) ابن فرحو، كشف التقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب/ 127. وانظر مسألة استحسان تقديم اليدين في الهوي للسجود: المواق، التاج والاكيل/ 248-249، الحجاب، مواهب الجليل/ 541/1، الخرشي، شرح مختصر خليل/ 287/1.
فيه؛ لأنَّ عبارة مالكِ لا تُغطي إلا هذا؛ وقد كسر ابن عاشور نفسه عبارة مالك في كتاب «كشف المغطى» بأنه معنى ذلك ترجيح الأخذ بأقوى الليلين (1).

ثامناً: ترك القياس لقياس أقوى منه:
مثل ابن عاشور للاستحسان الذي يكون فيه العدول عن قياس وإن كان جلياً إلى آخر وإن كان أخيفاً مته، لأن المعدل إليه أوثي بالاعتبار لمعضدات: اختلاف المتراءسين، وقد اختلف أشبع وأصبع، فقال أشبع القول قول المرتمين مطلقًا; قياساً منه للمرتمين على المستدير والموضوع عنه؛ لأنَّ أمين مثلهما (2).

وقال أصبع: القول قول الأشبع منه مع يمينه؛ قياسًا للمتراءسين على المتتبعين في أن القول قول الأشبع منه (3).


قال ابن عاشور: «قياس أشبع أحسنُ؛ لأنه معضود بضعف الآمارات، وبيان الرهبان سلم للمرتمين الرهبان بسبب أنه محتاج إلى تسليم الرهبان إليه، فليس

---

(1) ابن عاشور، كشف المغطى 18-17
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/300.
(3) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/330.
(4) ابن رشد، البيان والتحصيل 119/11.
كالمودع؛ ولهذا قال ابن رشد في «اليان»: «قولٌ أصبع استحسانٌ».
وقول أشهب إغراق في القياس؛ يعني طرد القياس»(1).
قال ابن رشد شارحا لذلك: «.. على ما قال أشهب إلا أنه إغراق فيه، كما قال أصبع. والعدلُ عنه في هذا الوضع إلى مراعاة الأشياء أنه يعد أن يرتهن الرجل في مائة دينار أو ألف ما قيمته دينار، أو لئوا وأظهر من قول أشهب استحساناً؛ لأن الاستحسان في العلم أغلب من القياس. فقد قال مالك: تسعة أعشار العلم الامتحان، وإن أدى ظرف القياس إلى غلَّر في الحكم ومُبالَغ فيه؛ كان العدول عنه إلى الاستحسان أولى، ولأكذب تبجَّد التغرق في القياس إلا مُخالَفًا لنهاية الشريعة»(2).
ويُبديَ من هذا المثال أن المالكيَّة قد تُطلَقون لفظة الاستحسان ويُريدون بها تَرجيح القياس خفيًّا على القياس ظاهريًّا؛ لِمَا تفَصَّل هذا القياس الخفيٌّ بِمُعَضَّدات تَرجَحته؛ وغالبًا ما تكون هذه المعضادات من قبيل المصلحة، كما تقدَّم في كلام ابن خويز مذداد.
قال الشيخ محمّد الخضر حسين: «وهذه العبارة من العلامة ابن رشد تريّك كيف تطلَقون الاستحسان ويُريدون منه القياس الخفيّ المعارِض للقياس الجليّ»(3).

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/230.
(2) ابن رشد، البيان والتحصير 1/120.
(3) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 3/72.
وإذا نظر إلى الاستحسان بأنواعه المتقدمة وجد أنهما دائرة في
كل رعاية المصلحة وحائمة حولها؛ لأن أكثر ما يدفع بالمجتهد
إلى قطع المسألة عن نظائرها وإعتاتها حكما متناقضا: هو رعاية
المصلحة التي تتخلل لو أجريت المسألة على ما يقتضيه حكم
أمثالها.
فحقيق الاستحسان هو استثناء من النّليل العام الذي يقضي
طرده وتعيمه في كل الممالك إلى مشقة وحريضي ضيق، أو إلى
تبونى مصلحة راجحة، أو إلى جلب مفسدة غالبها، فالشقيق
الذي أوجب تسكب القياس ومفارقة الدليل الأصلي هو إنكار
التوسعة ورفع الحرج والمشقة والانتفاع إلى المصلحة والعدل،
وأما هذا النظر يرجع إلى رعاية مقاصد الشرع حال تطبيق الأدلّة
التجريدية وتلزيمها على الوقائع والحوادث؛ يرفع المشقة عن هذه
الأمة والتيسير على المكلفين والتوسعة علىهم.
ولا يلزم في الاستحسان الذي يلزم له القياس أن يوافق أصلاً
آخر بحيث يفسس عليه، فتتجد مثلا ابن رشيد يقول: (وهذا
استحسان على غير أصل). لا لكن كثيرا ما تتجد بعض
الاستحسانات توافق بعض الأصول البعيدة، وتلك الأصول كثيرا
ما لا تكون هي أساس العقول عن القياس الظاهر، بل المعنى
الاستحساني هو سبب العقول. وقد يتكلف بعض أهل العلم من
القائلين بالاستحسان رد هذا الاستحسان لتلك الأصول البعيدة،
دفعة لأن يكون قائلين من غير بناء على أصل. وكثيرا ما نرى
المالكية يقولون: «استحسن على غير قياس»، ثم لا يُقابلون ترك ذلك القياس بقياس آخر، وإنما الشأّن في ذلك هو إبداء المعنى الذي له خصائص الفرع من طروض القياس. وبعض الاستحسنات ضعيفة لضعف المعنى الذي له ترك القياس إذ هو معنى غير معتبر، فليس كل استحسن قابل قياسًا قليلًا.

***
المطلب الثالث

الاستحسان: شروطه، ومجال العمل به في المذهب المالكي

الفرع الأول

شروط العمل بالاستحسان في المذهب المالكي

الدليل الذي يُستحبز المالكيَّة العدول به عن مقتضى الأدلة الأصليَّة، هو الاستدلال المرسل. وعلى ذلك، فإن الشروط المُعتبرة في الاستدلال المرسل التي سبق بحثها في فصل المصالح المرسلة هي مُستترطة في الاستدلال المرسل الذي يُستند إليه المستحبين في استشارة المسألة المستحصَّنة من الأسئلة الأصليَّة للدليل، إلا أن هناك فارقًا في بعض الشروط ساُبِبُها في هذا الموضوع، أمَّا الشروط المشتركة فقد أُعِدَّ ذُكرها في بحث المصالح المرسلة عن إعادتها:

أولاً: رتبة المصلحة المرسلة في الاستحسان:

مرّ في بحث شروط المصالح المرسلة أن المالكيَّة على ما رّجح من الخلاف بينهم لا يشترطون في المصلحة المرسلة وُقُوفُها عند مرتبة الحاجيات وعدم انحفاظها إلى رتبة التحسينات بل إنهم
يُعمَّمون في الأخذ بالمصلحة المرسلة في أيّ رتبة وقفت أو حلّت; فسواء عندهم كون المصلحة ضروريّة أو حاجيّة أو تحسيسيّة ما دام قد شهدّ لها بعض أجئاس المصالح المعتبة شرعًا، إذ لا فارق بين اعتبار المصلحة المرسلة في رتبة دون رتبة.

أَنّ المصالحُ المرسلةُ التي يُعتمّد عليها في الاستحسان المالكيّ، فإنّ فيها معنى زائد اقتضى اشتراط كون المصلحة المرسلة في رتبة الضرورى أو في رتبة الحاجيات، وأنّ لا تنزل إلى رتبة التحسيسيات والترميتات، وهذا المعنى المقتضى لهذا الشروط الزائد هو: أنّ المصلحة المرسلة في الاستحسان لم تكن رافعة لمليل البراءة الأصليّة، بل هي واردة على بعض الأدلة المعتبرة شرعًا من العوْمو اللفظي أو القياس، والحُروف عن مُقتضيات الأدلة لا يكون إلاّ للمصالح القويّة في ذاتها، والمصالح التّرميزيّة ليست كذلك. وللآدلة سلُطانها وُقدْسيّتها، فلا تُترك لما كان من قليل المصالح التّرميزيّة، وإنّ لكان ذلك ذريعة إلى خروج الشريعة. وفُروغ مالك كمالهُ تبني عن أنّه إنّما كان يستثنى من التليل بما رجع إلى المصلحة الحاجيّة أو الضروريّة، لا ما آل إلى المصلحة التحسيسيّة؛ ومن القواعد التي تقعها المالكيّة، أنّ مالكًا يعتبر الحاجة في تجويع الممنوع، كاعتبار غيره الضرورى في ذلك.

قال ابن العربيّ معلّدا لقواعد اعتمدها مالك في أبوب اليوم: "القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويع الممنوع، كاعتبار الضرورى في تحليل المحرم; ومن ذلك استثناء القرض من تحريم
بع الدَّهَب بالذَّهَب إلى أجل. وهو شيء انفرد به مالكٌ لم يُجَرَّوه
أحده من العلماء سواه...»(١).
وذلك فإن قول ابن السَّراق: «إن مالكاً يَراعي الحاججات كما يراعي الضروريات» (٢) مَحْرَج على ما قدّمناه من أنه إذا أتفق على أن الاستناد للضرورة في تجويع الممنوع من الأصول المرعية، فإن مالكًا كذلك يَستبِئ إلى المصاصح الحاججات الكُلّية في تجويع الممنوع، سواء بسواء؛ وسيقان كلام ابن السَّراق بدلًا على هذا؛ فإنه أورد هذا النص في سياق تجويعه لبعض العقود التي دلَّ على المنع منها بعض الأدلّة العامّة، فآجازها اعتمادًا منه على أصل مالك في مراعاة الحاججات.
ثانيًا: دخول الاستحسناء في العبادات والمعاملات:
من تنبُّعي لكثير من الفروع المنهيّة في باب العبادات. تَبيِّن أنَّ مالكاً يجري الاستحسناء في هذا الباب وَيُعمِله فيه كما أَعمل هذا الأصل في أبواب المعاملات؛ إلَّا أنَّ الملاحض أنَّ غالبما ما يكون الاستحسناء في العبادات من قِبَل التَّرخيص والتَّخفيف زَفَعًا للحرج والمشقة؛ وهذا القدر الذي كان على أساسه الاستحسناء قَنُّر مَعْقَولٌ المعني معقوليًّا تسمح بإجراء هذا الأصل المصلحي فيه؛

(١) ابن العربي، الفيس في شرح موطأ مالك بن آنس ١٢٩٠/٢. وانظر جواز الأجل في
القرض عند المالكية: السوقي الحاشيّة على الشرح الكبير ٣/٢٤٦.
(٢) المواقف، التاج والإكيل ٤٩٩/٧، مياء، شرح تفاحة ابن عاصم ٢/١٠٢. قال
الوزاني: «والشرع يُرَخَص في الكلي الحاجي...» الوزاني، تفاحة الأكيد ١٤٦.
ولقد كان سبب المنع من إجراء المصالح المرسلة في باب العبادات -كما سبق بيانه- هو غياب المعقولية التفصيلية الظاهرة في غالب أحكام العبادات؛ لكن وجّدنا باب الترخص والتخفيف في العبادات مقبولًا معقولية ظاهرة؛ فكان الاستحسان بالمنع من الاستحسان استمساكا بالحكم واتناف المناط الموجب له؛ وذلك باطل. وعلى ذلك ما تقدم من عدم إجراء المصالح المرسلة في باب العبادات وبين أعمال الاستحسان - وهو مؤسس على الاستدلال المرسل- في الباب نفسه من تنافض ولا تدافع.

وغالب رفع الحرج والترخيص يجري على رتبة الحاجيات. قال الساّطبي عند بحثه لأصل التعبيد في العبادات وعدم التعليل التفصيلي فيها: "..اللهُمَّ إِلا قليلًا من مسائلها ظهر فيها معنى فهمها من الشرع، فاعتبرنا به أو شهدنا في بعضها بعدم الفرق بين المنصوص عليه والمسكوت عنه، فلا خرج حينئذ. فإن أشككل الأمر، فلا بُد من الرجوع إلى ذلك الأصل، فهو العروة الوثقى للمكنفة في الشريعة، والوزر الأحمى).1

وأورد في هذا الموضوع مثاليين من فروع ماليك التي قال فيها بالاستحسان في أبواب العبادات:

المثال الأول: عند مالك INSTALLFont (1) الشافعي، الاعتصام 3/05.01.
الرَّطْبِة وأبرَّارها ووَصْلَّى فيها دون أن يُغسل ١)، للْمَسْفَقَة التي تَلَحَّق
الناس في خَلْعُهما أو غسلهم، لكنْرَّ كَرَّر ذلك عليهم كَلَّمَأ أقنعوا
أو أدرَّبوا، وأُلْقَاءت لا تفَكُّك عنها، ولا يَمْكَى التَّوْقُق منها، فخْصَّ
الْحِجْر بالمسح من أبرَّار الدّواب وأُروَّافها الرَّطَبَة لهذه العَلْلَة، كَما
خَصَّ المَسْفَقَة بالمسح بالأَحِجار لكتَرَّر الأذى عليه وَمَسْفَقَة غَسِيله
اَبْنَا كَلَّمَا كَرَّر عليه الأذى، كما جَوَّز لمن يُكَثِّر التَّرْدَاد إلى مَكَة
من الحَطَّابين وغيرهم أن يَدْخُلوها بِغَيْر إِحْرَامٍ; وَمِثْل هَذَا
كِثْرٍ ٢).

المثال الثاني: سُلَّ مالك عن الفرس في مثل الفَوْر وقد الأَسْفَار
يكون صاحبُه يُمْسِكْه في بُول الفَوْر، قال: «أَمَا في أرض
العِدْوِ، فَإِنِّي أُرْجُو أنْ يَكُون خُفِيفًا إِذَا لم يَكُن لِهِ مِنْ يُمْسِكُهُ غَيْره،
وَأَمَا في أرض الإسلام فلَيْتَّقُه ما استَطَاعٍ; وَبِيِنَ اللَّه يُسِرُّ!» ٣)
قال محمد بن رشد شارخا هذه الرواية، وذَاكَرْا وَجَهَة التَّحْفِيظ
والإِسْتِنْشَاء: «وَهَذَا كَمَا قَال، لَأَنْه مَمَّا لَا يَسْتَطِيع المَسَافِرُ التَّوْقِي
مَنْه، لَا سيَّما الغَازِي في أرض العِدْوِ، فَهُوَ مَوْضُعٌ تَحْفِيظ
لِلْحُضُور، كَمَا خَفَّي مسح الحِجْر من الزُّرُوت الرَّطَبَ، وَكَمَا جَوَّز

١) المواق، الناج والإكيل ١٢٣٦-٢١١/١١٥١، الحطاب، مواهب الجليل ١/١٥٣-١٠٥٣.
٢) الخشجي، شرح مختصر خليل ١/١٠٠-١٠١١، ١١٤، ١٥٤.
٣) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٤/١.
للمرأة أن تُصّلِّي في القَوَّة الذي تُرْضَع فيه إذا لم يكن لها ثَوَّب غيره(1)، مع أن تَثْرَأ البول عنه جهَّة(2)، والضَّرْعُة الَّوَارِدة في كلام ابن رشد ليست هي الضَّرْرَة الاصطلاحيَّة، بل مَعَانَاها في هذا الموضع الحاجة الماسَة.
والمسائل التي ذكرها ابن رُشْد تُمَثِّلُ المسأة المشروحة، وتَجْرِي على المعنى نفسه، وهي داخلة في الحاجة لا الضَّرْرَة كما هو جَلِّي.
ثالثا: اعتبار القَوَّة والضَّعْف في طَرْفِ الْبَلِيل:
إجمال أَصُل المصالح المرسلة في الاستناد إلى العَمُومات
اللفظية والقياسية، يكون مَلْحَوْثًا فيه قوة طَرْفِ الْبَلِيل، أعني المصلحة المرسلة، والعموم المقابل، فبعض العمومات قويَّة، وبعضها ضعيفة، وبعضها مُتَرَدِّدة بين الطرفين. وكذلك هو القياس، في رَبِّ من القوَّة متفاوتة. والمصلحة كذلك هي قوة وضعفا. ومن أَشْر إلى هذا السِّلَح: ابن العَرَبِي(3) والفَرَافِي(4) والطَّوفِي(5)، وقرَّره من المعاصرين الشيخ ابن بَيْه(6).

(1) المؤاخ، التاج والبَكِيل 1441-1377 ب، الحطب، مواهب الجزيل، 145/146.
(2) الخرشي، شرح مختصر خليل 1385/1386.
(3) ابن رشد، البيان والتحصيل 1385/1386.
(4) سبأني نقل نصه.
(5) فارط،Volumes 117/1385/1386.
(6) قال الطوفِي في سياق تأييد لنفي الليثي: «... وهو عامٌّ ضعيفٌ، فيخشى بهذا الاجتهاد المصلحي المتبلي، وقصص العموم طريقٍ ضعيف». شرح مختصر الروضة 1385/1386.
(7) ابن بَيْه، الفرق بين الضرورة والحاجة، ص 145/146.
العموم في رتب مُختلفة:
العموم يتفرّد من حيث قوته ماأ يتناوله بالفُضْهاء، فبعض العمومات قوية وبعضها ضعيفة.
وبعض العمومات تضجع عن تناول بعض الأفراد بخصوصها.

ومن الاعتبارات المنظورة إليها في لحظ قوّة العموم وضعفه:
فرق بين عام ورد في باب بخصوصه ثم عارض هذا العام مصلحة، وبين عام وارد لا في خصوص باب بل هو عموم يشمل ويشمل غيره، ثم دافعته مصلحة من المصالح، فلا شك أن العام الأول أقوى من العام الثاني، فللاستحسان إنما يجري في العام الثاني أكثر ما يجري في العام الأول، وهذا لحظا لقوة العموم.

قال القراقي: "تعتبر من التصوص الأصول ما هو خاص بذلك الباب في نوعه دون ما هو أعم منه، فإذا كانت المصلحة في الإجراءات، اعتبرنا توصوص الإجراءات، أو في الجنايات اعتبرنا تصوص الجنايات. أما نص يشمل ذلك الباب وغيره، فلا يُعتبر به، لأن هذه المصلحة أخف منها، والأخص مقدّم على الأعم، لا سيما إذا كان النص يشمل جميع الشريعة، فقد كثر تخصيصه، فضعف التمسك به".(1)

ومن مُضعفات العموم في تناول بعض الأفراد، أن تكون تلك الأفراد بما لا تخطر بالباب أو يبعد خطورها به. قال ابن العربي في مسألة خصّها مالك من عموم بالمصلحة: "وخُذوا نكتة بديعة".

(1) القراقي، نفائس الأصول 9/4095-94/4095.
في أصول الفقه لم تُذكَر فيها، تَبَّ علیها إمامُ الحرمین في كتاب
العمد، فقال: إنَّ العموم إذا وَرَدَ وقنا باستعماله أو قام كَلِيلٌ على
وجوب القول به، فإنَّما يَتناول الغالِب دون الشَّاذ التَّأذر الذي لا
يُخطر بِبال القائل. وَصَدِقَ؛ فإنَّ العموم إنَّما يكون عَمومًا بالقَضِّد
المقارن للقول، فَما قُطع على أنَّ القائل لم يَقصده لا يتناوِله
القول، وعلى هذا لا يَتناول الحكم في العموم ما يَعترض عليه
بالإبطال، وَلَو أدخِلنا المرأة في التغريب لاعتراض بالإبطال على
التخصص الذي أُجِلَ شَيء الحُدْ(1).

كذلك كثرة التخصيص من العامّ مما يَضعنه، لذلك يكون
التخصص منه بِدليل المصلحة معتبرًا. وقد تقلَّد في كلام القرافي
إشارة إليه.

كذلك كونُ العُموم لم يَسق للدلالة على بعض المعاني، وإنْ
كان لفظه يُشملها.

ومما يَنبِه له في هذه الموضوع: أنَّ التخصص هو من قَبْل
البيان، فالصورة المخصوصة من العموم ليست داخلة في حُكِّمه،
إذ لو كانت داخلة لكان التخصص تَسْخَّحًا، وليس هو بَسْخٌ.

كذلك فإنَّ المصالح المرسلة ليست على رَبّيّة واحدة:
فمنها ما يرجع إلى الضَّروريات، ومنها ما هو أَيْل للحاجات،
ومنها ما يَترُد إلى التحسينات.

(1) ابن العربيّ، البس/١٩٠٧، ١٢. وَانظر ما سبق في تخصص النصوص بالمصالح
المرسلة.
كذلك فإنَّ العُموم في هذه المصالح ومَذَى قُوَّتها على الواقع
يَختلف، وقد تختلف الأنظار فيه كذلك.
النُصوصِ الخاصَّة في التَّحريم لا يُجري فيها الاستحسان:
وإذ تثبَّن مما تقدَّم مفهوم الاستحسان، فليس من سبيله:
الاعتراضُ على النَصوصِ الخاصَّة بِذَغِوى الحاجة العامَّة؛ فالحُرامُ
المتصورُ عليه لا يُعَقَّ الإقدام عليه إلا من ضرورةٍ.
ومُذَرُّكُ النظر في ذلك: أنَّ الاستحسان كان الاستمساكُ به
صحيحةً من الاستمساك: أنَّ كان الدلائلِ المعارضِ له من العُموم
ليس قاطعًا في تناوله للمسألة المستحسة، فلَمَّا علَّمَا أنَّ الدلائلِ
العامَّ قد عارض بعض الأصول المصلحة استدلالنا بذلك على عَدَم
إرادة تناول العام لِتلك المسألة في حُكمها. أمَّا النص الخاص،
فلا يَصِيحُ أنَّ يُنكر بِذَغوى وَجود مصلحة عامَّة، ذلك أنَّ النص
الخاص قطعي في تناول ما ذَكَّ عليه، خِلافًا للدلائل العامِّ الظنيِّ
الذي ضَعَف عن تناول بعض أفراده.

(1) ابن بية، الفرق بين الضرورة والحاجة، ص 133. وهذا البحث من أحسن ما بَجَت
به الحاجة، والاستناد إليها في الأحكام الاجتماعية. فانظر فيما مفيد.
الفرع الثاني

مجال العَّمل بالاستِحسان في المذهب المالكي

تُسوَّغَ مالِكُ في باب العادات في الأخذ بقاعدة الاستحسان؛ لكون هذا الباب جاريًا على وفق المناسبات المعقولة، كما تقدَّم في بحث المصالح المرسلة التَّنَزِيل عليه. فمنطق الاستحسان يتوافق مع قانون المصالح الذي يبني عليه التشريع في العادات؛ فإنّا رأينا الرّسَالَع يتبقّى من الحل إلى الحِرمة ومن الحُرمة إلى الحل بحسب تعيّن المصلحة المتخصِّصة عن هذا الفعل أو ذاك.

وهو ما يعكس أنّ مذهب مالك مرن بمراة مصالح الخلق في معايشتهم، وأن مراة الحاجات في التعامل ورفع المشقة والحِرمة والإصرار على يسات من مذهب الذي تُثبّط به خُصَّة الاستحسان، والتي تُعد من الخطط التشريعيَّة الموئلَة لأصل المصلحة.

قال الشَّاطِبيُّ بعد أن قرَّر أن أبواب العادات ممّا تجري على أصل المعقوليَّة التقسيميَّة: "وقد تسوَّغ في هذا القدر مالك كفَّاله حتَّى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة؛ وقال فيه بالاستحسان وتَّبَقى عنه أنه قال إنه تسعة عشر العلم (1). لكن يُلْحَظ أن جانبي كٍبيرًا من الرُّخص كائنة في أبواب العبادة؛

(1) الشاطبي، المواقفات 2/306-307.
وغالبًا ما يكون الاستحسان في أبواب العبادات متعلقة بالترخص والتخفيض، لمعقولية ذلك، كما تقدّم بسطه.

***
المطلب الراقي

الأصول المصلحيّة المقتضية للغدول عن الدليل الأصليّ، وكواشف غموم الحاجة المقتضية للاستحسان

الفرع الأول

الأصول المصلحيّة المقتضية للغدول عن الدليل الأصليّ

الأساس الذي يعتمد عليه أصل الاستحسان عند المالكية، هو أصل المصالح المرسلة؛ والمصالح المرسلة تستمد حجيّتها من استقراء تفاريق الشريعة المُنفّضيّة عنه تقرير كليّات مصلحيّة تنزل منزلة الغموم في دلالتها على أفراد المصالح شهادة واعتيبارًا. وقد تتبعت بعض فروع المالكية الاستحسانيّة حاولت استخلاص بعض الكليّات المصلحيّة التي يستند إليها في الاستحسان؛ فتشكل لي ثلاث كليات وقواعد: أولها: قاعدة المعروف؛ ثانياً: قاعدة الرفق؛ ثالثها: قاعدة الضرار والفساد.

• القاعدة الأولى: الاستناد في الاستحسان على قاعدة المعروف:
من الأصول التي كانت عبدها لمالكيّ في كثير من استحساناته قاعدة المعروف؛ فإن الاستقراء للمسميات المصلحيّة ذاّ على أنّ
كثيراً من الأحكام الشرعية المعدل بها عن القياس، والتي جرت على منطق الاستحسان ومنهجه، مما استثناها الشارع الحكيم من الاقتراعات الأصليَّة للأدلة: كان الملاحظُ المُنظَّر إليه هو المعروف والإنسان؛ فليس من العدل في الشَّرع أن يُعَامل مُريد الإنسان وطالبُ العرف بما يُعَامل به من قصد إلى المماكسة والمشاحنة، فكلِّ طريق وسبيل في التعامل معه؛ فيَّن كان معادلًا عنَّهم، وإنشاء الإنسان فيما بينهم، ورفع الكَفَ عُنَّم انتهى هذه السبيل، وضفت إلى هذا المُهيج، وعلى حقف في أحكام التَّشريع عُنَّم كان سالِبًا سبيل العرف والإنسان ما لم يُحْفَ على غيره.

ومن المُتلِّك الجليَّة في هذا الذي قلَّمثه: القدرُ، فإنَّ حقيقته ربا نسيئة، لأنَّ فيه دفع مال عينًا وأخذ مثله إلى أجل؛ إلَّا أن الشَّارع أباحه لمَّا كان قصدُ المُقرض هو المكارمة والمعروف وطلب الإنسان، فاستثني من أصل المنع. ومما يدل على تعليق الجواز بهذا المناط، أنَّه لو عُلم بقرائن مُحتَّبة أنَّ القدر لم يُقصَد به المعروف، رجع الحكم إلى المنع، كما هو الحال في القدر الذي يُجرَّ تفعًا للمُقرض، فالنفع العائد على المقرض كل على أنَّ قضاءه لم يُكن متوجهاً إلى المعروف الذي له أبحي القدر، وإنَّما كان عائدًا إلى المماكسة في عقَّد وضيع أصلًا للمكارة والمعروف.

(1) القرافي، النخِيرَة 5/ 221، 255-289، 290، 437، 437، الشاطبي، المواقف 4/ 280، الباجي، المنتهى 4/ 2807.
ومثل القرض: الحوالة والشركة والتولية والإقالة، استثنيت في
الشرع من أصول اقتضت المنع، لذا أخذت مسألة المعروف(1).
قال ابن رشد: "فإن دخل الحوالة وَجَهَةٌ من وجوه المكاسبة،
رجعت إلى الأصل، فلم نجز(2)."

ومن مثل ذلك الاعراض، قال ابن العربي: "اعتبر قضاة المعروف
في العراق، واستثني من قاعدة الربا، بخروجها عن مقصود البيع
في المكاسبة وانحطاطها في شعب الرقيق والمكارمة(3).
فلما رأى ماليك، "كن الله أن الشارع تهج في تشريع هذا المنهج،
وقصص إلى هذا المعنى: فإنه جعل ذلك أصلا في العدول عن
الاستضافة الأصلية للدليل، فاستحسن بقاعدة المعروف.
قال المقري: "مفرزًا قاعدة ماليك في الاستثناء بالمعروف: "قاعدة: قد يباح بعض الربا عند ماليك إما للمعروف كالمبادلة، أو للرقيق كالرذد
في الضرهم؛ ترجيحًا لمصلحتهما على مفسده؛ لأن الشارع اباح لهما
ربا النسيلة المجمع عليه في الضر، فالقضى أوّل(4).

وجهة الأولوية في الإباحة هنا، أن ربا النسيلة أشد تحريما من
ربا الفضل، إذ ربا الفضل ما حُرِّم إلا على جيزة الوسيلة إلى تحريم
النساء.

---
(1) ابن رشد، البيان التحصيل، 1195/6-295/6.293-294
(2) البيان والتحصيل، 1195/6-295/6.347-348.
(3) ابن العربي، القبس، 1195/6-295/6.803-804.
(4) القواعد، المقري رقم 1769.
وقد قَرَّر هذا المعنى من قبل القاضي ابن العربي، حيث جعل قاعدة المعروف من القواعد التي بَيَّن مالك عليها فقهه في أبواب المعاملات الماليّة، قال ابن العربي في «القبس»: «قال مالك من بين مشيخة الأمصار وعلمائها: ما كان مين شرك أو إقالة أو تولية فإنه مُستثنى من بيع الطعام قبل قضبه، وإن كان لذلك بيعا حقيقة، ولكن أسد العلماء في تجويزه ذلك لطريقين: أحدهما: أن هذا من باب المعروف والمشاركة، فلا يدخل تحت لفظ البيع المبني على المباينة والمكاسبة، وهي قاعدة ينفرد بها كما قَلمَناه . . .

ومن أمثلة النظر إلى قاعدة المعروف جواز التنازل في المبادلة اليسيرة؛ قال ابن العربي: «. . . فإذا أثبت هذا فبعث الدنانير مَرأَطة اعتبر الوزن ولم يعتبر العدد، وإن بعث معاذا اعتبر العدد والوزن معا، ولم يجز في ذلك تنازل، إلا أن مالكًا جوزه في اليسير كثلاثة دنانير يُبَدِّل فيها الرجل صاحب كأيامًا بناقض، فإن مالكًا سامح فيها بخلاف سائر الفقهاء مُستِمِدًا من قاعدة المعروف».

قال ابن القاسم: وسمعت مالكًا قال في رجل دفع إلى آخر له ذهبا أو ورقا ناقصا أو طعاما مأكولا، فقال له: أحسن إلى أبيل لي هذه بأجود منه، وأنفقه فيما تنفق. قال مالك: إذا كان على

(1) ابن العربي، القيس 2/829.
(2) ابن العربي، القيس 2/825.
وَجِّهَ المعروف على غير شرط، إن شاء تم على ذلك وإن شاء رد عليه مثل ما أخذ منه لم يلزمه غير ذلك - فلا أرى فيه باسًا بدًا بيد(1).

قال محمد بن رشد شارحا المسألة: «أجاز مبادلة الذهب أو الورق الناقصة بالذهب الوازنة والطعام المأكول بالطعام صحيح على وجه المعروف، ومنع ذلك في الذهب والورق فيما قل منه مثل الينار والثلاثة إلى الستة على ما في المدونة، وإن كان سحنون قد أصلح الستة وركَّها ثلاثة...»(2).

وقال الوزيرثيسي مقررا هذه القاعدة: «المعروف يُسَّع فيه ما لم يُسوَّع فيه غيره»(3).

والمعروف والإحسان والمواساة بين الناس ليست من المصاحح التحسينية، كما قد يذهب إليه خلَّد من لم ينعم النظر، فالمعروف من المصاحح الحاجية التي تُحِفْل للأمة وتوقف رابطة الأُخوَّة فيما بينها، وتجعلها أمَّة مُتكافئة متواسية. قال ابن عاشور في سياق تناوله لعقود المبرعات: «عقود المبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة، الخادمة لمعنى الأخوَّة، فهي مصلحة حاجية جليلة، وأثر خلق إسلامي جميل»(4).

(1) العتيبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل)، 6/438.
(2) ابن رشد، البيان التحصيل، 6/439-448. وانظر تفتَّبة كتاب ابن رشد.
(3) الوزيرثيسي، عدة الورق، 5/ص 393.
(4) ابن عاشور، مقصود الشرعية الإسلامية ص 487.
وأما تَجْدِيه من الأحكام التي وَرَدت على خلاف ما يُعْطِيه القياس الظاهر الذي يَبْتَبِئ الأذهان، هي أحكام اعتُرِفَت بها بعض الأوصاف التي أُوْجِبَت مَخالَفتها لذلك القياس، فهي ما خَرَجت عن تلك الأقیسة إلا وهي راجعة في الاعتبار إلى بعض المعاني المصلحية المقتضبة لاستثناها من تلك الأقیسة.

تَمَّ إنما يُقال فيه: "إِنَّه خِلاف القياس"، قد خَفِيت فيه العلة التي لأجلها كانت المخالفة. كالقرْض، فإنَّه مَخالِف للقياس لِمَا فيه من النساء، إذ فيه دَفْع مَال وأَلْحُد مثيله إلى أجل، وربَّا النسية حُرَم لما فيه من الْطَّلَم، وأَيْنَ أَتَت واجِدَهَا هذا الْطَّلَم في الْقَرْض المَحسَن! فهذا الْقَرْض هو مَحْصُوْن مَثْلٌ وإِحْسَان، وما أَبْعَدَه عن الْطَّلَم! فكِيف يَقَال بعدنا إنَّ الْقَرْض مَخالِف للقياس! فثُرِى أنَّ الْقَرْض لِسَن في المعنى الذي له دِلَّ الأصل الذي قيل إنَّه خَفِيَت (1)

كما تَجِدُ الشروط الموضوعة لبعض ما قبل إنَّه مَخالِف للقياس،

(1) وأَحْسَن مَنْ قَوْرَ مَا قَيل فيه الإله على خلاف القياس: ابنَّ تَمِيمية رحمة الله. فقد قرَّر أنه لا يُرْجَع حُكْم على خلاف القياس، بل كلُّ حُكْم في الْقَرْض هو على وَطْن القياس الصحيح، عَلَه من علبه وجهله، ومَجِهر الناس على أنّه في الْقَرْض أَحْكاماً على خلاف القياس. لكنه خلاف في أكثره تَفْقُر، ذلك أنَّ المخالفة المَرادة هي المخالفة الظاهرة، وما خَرَج الحُكْم عن القياس الظاهر إلا لمعنى من المعاني المعبرة، فالحُكْم ما خَرَج عن القياس إلا وهو يَأْوِي إلى مَعنى في الْقَرْض مَعْتبر، وهذا ما يَسْلِمُه ابنَ تَمِيمية، أمّا أن يَرَاد من مخالفة القياس: أنَّ المخالفة لم تكن لمعنى مَعْتبر، فهذا الذي يَنْقِبُه ابنَ تَمِيمية وغيره على أنّه ابن تَمِيمية يَخَالف في أمر آخر، وهو تُكْيِّف بعض الأحكام الشرعية من هذا الضرر (كبعض المَقود من مَلِّ مَحْوالة وإجارة وغيره)، بحيث كِيفها تكييفا خَرَجت عن أن تكون مَخالفة للقياس حتى في الظاهر.
مما تُحَيْفَلُ العِلْمَةُ المقْتَضِيةِ للمَحَرَّمِ، فَالسَّلَامُ مِثْلًا قَيْلُ إِنَّهُ عَلَى
خُلُفِ الْقِيَاسِ لَمَّا فِيهِ مَنِ الْقَرْرٍ وَبِعْصَ ما لِيسَ عَنْهُ، وَمَا أَيْحَى إِلَّا
لِأَنَّ الْقَرْرَةِ حَاجَةٌ إِلَيْهِ؛ لَكِنَّ الشَّارِعَ عِنْدَ إِيَابِهِ لِهِذَا الْعَقْدَ وَضَعَ
شُروْطًا تُحَيْفَلُ بِهَا الْقَرْرُ الْمَحْذُورُ قَدْرُ الإِمْكَانِ، مَعَ مَا فِي هَذَا
الْعَقْدِ مِنَ الْحَاجَةِ، فَقَسَمَ هَذَا كَلْهُ إِيَابَهُ هَذَا الْعَقْدُ.
جِوازُ الشَّرَعِ مُسَامَحَةٌ وَرَفْقًا لِمَا جَرَّ عَادَةُ الْنَّاسِ عَلَيْهِ:
وَجَرَّبَ الْعَادَةُ بِالْمُسَامَحَةِ فِي بَعْضِ الْعَمَالَاتِ، مَثَلًا يَقْتَضِي
التَّخْفِيفُ والاسْتَثْنَاءُ مِنْ أَصْلِ الْمَنَعِ، لَمَّا عُيِّنَ مِنْ أَنْ مَقْصُدُ الشَّرَع
في الْمَنَعِ مُنْ كِشْرُ من الْعَمَالَاتِ هُوَ التَّنَازُعُ والخَصَاصُ بَيَنِي
الْمَتَّعِيِينَ؛ فَإِذَا ارْتِفَعَ مَنْاطِقُ الْمَنَعِ وَهُوَ النَّزَاعُ بِمَا جَرَّ عَلَيْهِ
الْنَّاسِ مِنَ الْمُسَامَحَةِ عِنْدَ المَشَاخِطِ، كَانَ ذَلِكَ رَافِعًا لِلْمُحْكَمَ
لَارْتِفَعَ مَنَاطِحُهُ، وَالْمُحْكَمُ مَعْلُوْجُ بِمَنَاطِحِ وُجُودًا وَانْتِفَاءً. كَمَا أَنَّ
الْمَسَامِحَةُ مِثْلًا يَشَمُّلُهُ أَصْلُ الإِهْسَانِ فِي الشَّرَعِ، وَهُوَ أَصْلُ شِرْعَي
يَقْتَضِي عَلَى الأَصْلِ المَانَعِ بِالْتَجَوِيزِ؛ لَأَنَّ المُسَامَحَةِ مِثْلًا تَوَثِّقُ أَصْلَ
الْمُعْرُوفِ.
قَالَ ابْنُ دُحْوَنِ الْمَالِكِيُّ مُعْلَمًا وَمُوْجِّهًا بَعْضَ مَسَائِلِ «الْعَتْبَيَةَ»:
إِنْمَا جَازَتْ هَذِهِ المَسَأَلَةُ عَلَى الْمُسَامَحَةِ، وِيَمَا جَرَّتْ بِهِ عَادَة
الْنَّاسِ؛ وَأَصْلُهَا أَلَّا تَجَوِيزُ، لِثَمَا فِيهَا مِنْ الْمَجْهُولِ . . .(1).
• القاعدة الثانية: الاستناذ في الاستحسن على قاعدة الرَّفْقِ:
وَلَئِنْ كَانَتْ قَاعِدَةُ المُعْرُوفِ مِنَ الْقُوَاِدِ المُصْلِحِيَةِ الَّتِي كَانَ
(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 328/11.
على أساسها الاستحسان من الاقتراعات الأصلية للأئمة، فإن قاعدة الرَّفق بالنَّاس لا تنزل في الأهميَّة عنها، بل إن اللُّجأ إليها في الاستحسان أكثر، والصَّغر إليها في الاستحسان أقوم.
وقاعدة الرَّفق بالنَّاس من القواعد المصلحية التي تحقق معاني التوسعة العامَّة على الناس في تعاملاتهم، وترفع منهم الحرْج والمشقة التي ربما عرضت لهم، ففيما كان العُلوق بالاقتراع الأصلي موجباً للضيق والحرج الذي علَم من الشرع رفع مثله، فإن قاعدة الرَّفق تخففُ الحرج الواقع وتخفف من عُلُوئاته، استحسانًا. فالشَّاطبي في سياق إيراده لأدلَّة اعتبار المأل: »... والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلهما؛ فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرَّفق المشروع«. والشَّارع في أحكامه قد اعتمد على قاعدة الرَّفق والارتفاع في استثناء بعض الأحكام من الاقتراعات الأصلية التي توجب الحرج والمشقة، فأعمال الرَّفق في تلك المحال للتوسعة العامَّة:

ومن الممثل الجارية على قاعدة الرَّفق عقد السلم، فالشَّاطبي الأولي يدُول باقتضاءه الأصلي على منع هذا العقد، لأن فيه بيع معدوم؛ لكن الشرع أجاز هذا العقد استثناء من الأصل رغبيًا لقاعدة الرَّفق بالنَّاس، وحكمن الرَّفق أن البائع قد يكون في حاجة إلى مال يرفع بعثين، والمشتري يرفع ب sacrific السلمة.

(1) الشاطبي، المواقف 4/198.
(2) ابن القيم، إعلام المواقعين 1/302، وانظر النهضة في القرافي 5/224.
ولكن كان الشرع استحسان تخفيفًا، فكذلك المجتهد؛ لأنَّ ناهج مناهج الشرع في التشريع اجتهدًا، وليس معنى كون العلماء ورثة الأنباء إلا كونهم ينهجون مناهج الشرع في التشريع اجتهدًا، بحسب ما أدارهم إليه استقراء الشريعة الغراء؛ قال الشافعي: «المجتهدُ نائبٌ عن الشرع في الحكم على أفعال المكلفين»(1). قال مالك مثلاً تخفيفه لبعض المعاملات: «.. وليك فلتئاس في ذلك من الرقق بهم وقلة غناهم عنه، لأنَّها نفقات لا تكاد تنقطع؛ إلاّ أنَّه لا يجوز لأحد دخول مكة إلا بإحرام، وقد جوز لمن قاربها من الحضاةين وغيرهم لكنة ترددهم عليها، وأنَّهم لا غنى بهم عن إدامة ذلك، ولمنافع الناس بهم أن يدخلوها غير إحرام(2)، فماليكَ خقف المسألة واستحسنها من أصل المنع بقاعدته الرقق والتوسعة، ثمَّ إنَّه لم يقف عند ذلك بل استدل على قاعدة الرقق بأنَّ الشرع لم يُجز دخول مكة إلا بإحرام؛ وطرد اقتصاء الدليل الأصلي يوجبه المنع مطلقًا حتى على من يكثَّر الدخول إليها والخروج منها كالحضاةين؛ غير أنَّ انقاذ معنى زائد، وهو المشقة والضيق اللاحقان بمن يكثَّر ترددته على مكة، أوَّجب أن يُستثنى ذلك من الحكم الأصلي، ويُخفف استحسنًا؛ ولا يعلم خلافًا في ذلك بين أهل العلم، كما قال ابن عبد البر(3).
وأشار إلى قاعدة الرّفِقّ أساساً للاستحصال الممّرِيّ، قال تعالى: قاعدة: قد يُباح بعض الرّيا عند مالك، إذا للمعروف كالمبادلة، أو للرّفِق كاردّة في الديمو؛ ترجيحًا لمصلحتهما على مفسدته؛ لأنّ الشرع أباح لهما ربا النسية المجمّع عليه في الرّفِق، فالفضل أولى. . .(1).

وقال الممّرِيّ: قاعدة: التوسعّة العامة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول; قياسًا على ما وُردت به التصوص، فمّن تمّ استثنى المبادلة، والرّيا في الديمو، وتأخير رأس مال السلم ثلاثة وقبض المعيّن ونحوها، قياسًا على القرر ونحوه(2); ومما تمّ الممّرِيّ من القياس على القرر وعلى ما وُردت به التصوص، أن الأحكام التي جُرت على الاستحصال بقاعدة الرّفِق تُعدّ أصولًا لأصل مالك الذي اعتمده من الاستناد إلى التوسعّة العامة للاستثناء من الأصول.

ومن أمثلة الاستحصال المؤسسّ على قاعدة الرّفِقّ: مسألة بيئة أهل المدينة فهي مسألة مبنية على الالتماس إلى الرّفِق والتوسعّة على الناس؛ لأنّ المرء يُحتاج إلى أخذ اللبن والرّطّب مباوّمة، ويشقّ أن يأخذ كل يوم ابتداء؛ لأنّ الرّفِق قد لا يحضره وأنّ السعر قد يختلف عليه، وصاحب النخل واللبن يحتاج إلى النقد؛ لأنّ الذي عنه عروض لا يتصرف له، فلمّا اشتركا في الحاجة رخص

(1) القواعد، المقري رقم 879.
(2) القواعد، المقري، رقم 884.
لهما في هذه المعاملة، قياسا على العروبا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح»(1).

• القاعدة الثالثة: الاستناد في الاستحسان على قاعدة الضرار والفساد:
  هذا، وعلماً بتبدّى في فقه مالك كحالة أنّه يجعل من قاعدة رفع الضرار والفساد من الأسس المرجعية والقواعد المحتملة إلى الاستحسان والاستثناء من أصل المنع الذي يعطيه الاقتراع الأصلي للثقل. والأساس الذي يقوم عليه منطق الاستثناء بقاعدة رفع الضرار والفساد، أن الشروع في تشريعه لأحكامه كان قاصدا لجلب المصالح ودفع الضرار منهم ورفع الفساد الغائر بهم، فلَو أن تطبيق الثقل الأصلي أدّى في بعض الحالات إلى خلاف ما قصد إليه الشروع، بأن كان هناك فساد غالب أو ضرار راجح، فإن الاستحسان بالاقتراع الأصلي - وهو ظنّي بحكم العموم فيه- ممّا يُؤكِّد إلى المناقضة، وإلى حُرم الأصل القطعي المفيد بأن التشريع تشريع مصلحي. وعليه، فإنّ معقولية التشريع تقضي بأن يلحق الفرع الذي عين به الضرار المعتبر، نتيجة تطبيق الثقل الأصلي عليه، ببعض قواعد الشروع التي تكمل للشرع أسباقه وإطراد منهجه، والقاعدة هنا هي قاعدة رفع الضرار والفساد.

وعن أمثلة استحسان مالك كحالةً بقاعدة الضرار والفساد:
  أن العلماء الأمصار اتفقوا على أن الشفعة إنما تكون في العقّار دون المنقول، وانفردّ مالك عن جمهور العلماء بفرعين كان أساساً

(1) ابن العربي، القبس 2/824-825.
قولة بهما الاستحسان المؤسس على قاعدة الضرر والفساد: 

الفَرْعُ الأوَّل: قال مالك بالشفعة في الشُّمار، وهي من المنقولات، وقال سائر العلماء: كل منقول لا شفعة فيه كالمروض، وهذا قياس جلي.

قال ابن العربي مُبيناً مُذَكَّر مالك: "...النبي ﷺ أخص في بيع العرايا واستثنائه من الرُّبا لضرر المداخلة، وكذلك ضرر المداخلة في الثمرة مثله عند القضاء بالشفعة"(1).

أما الفرع الثاني: فقد قال مالك بثبوت الشفعة فيما لا يُقسم من العقَار إلا بفساد هيئته وغيّر صيغته كالحمام والبئر، قال ابن العربي مُكلفًا مذهب مالك: "وذلك لينهى بذلك لم يتفق له سواء، وذلك أن الشفعة وضيحيت كما قلنا كثُرة لضرر مؤونة القيمَة، والخسارة في تغيير هيئة الحمَّام والبئر أكثر منها في مؤونة القيمة، فكيف يدفع ضررٌ بأعظم منه؟ وإنما يرفع أعظم الضررين بأهون منه، وهذا بين لمن تأمّله، ولهذا قلنا: إن رواية المصريين أقوى(2). ولم يُكن في قوله: "مَا قَلَّ يَنْثِي أَوُّهَانُ تحْيَبًا مَّفَروضًا" [النساء: 7] متعلقًا؛ لأنَّ عموم تخصُّصه قاعدة الضرر والفساد المتبقي عليها(3).

وأشار ابن العربي في ختام كلامه إلى مسألة قيمة المؤروث التي تؤدي إلى تغيير هيئة فتبطل المنفعة أو تنقص القيمة؛ فهل يُقسم.

(1) ابن العربي، القبس 2/856.
(2) الدرديّر، الشرح الكبير 3/476، علييش، متح الجليل 7/195-196.
(3) ابن العربي، القبس 2/856؛ وانظر: عبد الوهاب، الإشراف 1/137.
الموروث أو يُراعى ما ذُكرته من إبطال المنفعة وتنقيص القيمة؟ رأى ابن كِنانة القسمة مُطلقًا، لقوله تعالى: «هَمَّامَ قَلِ يَنْهُ أَوْ كَذَّرْ نَيْبًا مَفْرَوَضًا» [النساء: 71].


ومما أُبداه ابن العربي على ما استندل به لقول ابن كِنانة، وهو قوله تعالى: «هَمَّامَ قَلِ يَنْهُ أَوْ كَذَّرْ» (3) - أن الآية لم تتعرّض للقسمة ولم تستنكل لها، وإنما جرّت الآية على بيان وِجْوب النصيب في المال قَلِ أو كَثِير. قال ابن العربي: «وهذا بعيدٌ، فإنه ليس في الآية تعرّض للقسمة؛ وإنما اقتضت الآية وِجْوب الحَظ وِالنصيب في الترِك قليلا كان أو كثيرا؛ فقال سبحانه وتعالى: «وَلَيْلًا نِّيَبًا» [النساء: 71]. وهذا ظاهر جدًا. فأماما إِبِرَارُ ذلك النصيب فإنا يُؤخذ من دليل آخر» (4). فترى كيف ضعِّف ابن العربي تناَوِل العموم للمسألة التي نحن فيها.

---

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 2/297.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 2/297.
(3) ابن العربي، أحكام القرآن، 2/297.
كواشف عموم الحاجة المقتضية للاستحسان

وَمَمَّا يَتَعلَّقُ بالأسس التي يكون عليها الارتكاز في أصل الاستحسان، الكواشف التي تُبين عن الحاجة العامة المقتضية للتبَّخيف والاستحسان؛ والذي حصل لي من هذه الكواشف كاشفان بينهما ارتباط: الأول: عموم الالَّوِي، والثاني: المعرِّف.

أوَّلًا: عموم الالَّوِي كاشف للحاجة العامة المقتضية للاستحسان:

مِمّا يَسَوَّق الأفْتِاءَ في الفروع الفقهية للتَّنَصِيص على مُوجِب العدول عن الاقتضاء الأصلي للالَّوِل - أن الالَّوِي عامَةً بهذا الأمر، فلزم من ذلك أن تخرج عن أصل الالَّوِل العام، ونستأنف للمسألة حكما آخر بحيث يكون الحكم فيها أقرب إلى العدل، وأنَّوَى عن الخرج والمشقة العامة(1).

والذي يظهر لي أن عموم الالَّوِي هو في حقيقة الأمر كاشف يَكْشَف عن عموم الحاجة، وشَدَّة أثر هذه الحاجة عند الناس؛ وعموم الالَّوِي تَعلَّق بالضَّرر الَّلَّاحق بالالَّوِل، إذا لم تجر المصلحة المقابلة للمفيدة؛ فالعلماء نتجؤرون فيطلقون على السبب الموجِب للعُدول اسم الكاشفي عنه لاقترانه به، ودلاليه عليه.

(1) انظر مثلاً عند: المواق في الناح والالكيل 6/98، 107/7.
قال صاحب "تهذيب الفروع" مبَرَّرًا قاعدة الشريع فيما تعمُّله البلوى، وأنها من موجات التخفيف: "والقاعدة في المثل: السماحة تخفيف كل ما عُمِّلت به البلوى، والتشديد فيما لم تعمَّل البلوى". ومن الأمثلة التي خفَّف مالك فيها واستحسن، وكانت عُموم البلوى هي الكاشفة للمصلحة الحاجية العامة:

ما أورده العتبي في "المستخرجة": "ست الجمل عن الرجول يشتري من البيع بالدايق والدائمين والثلاثة، فتكون درهمان أو ثلاثة، فيعطيه درهم. قال: لا أرى باسأر، ودين الله يسر!".

قال محمد بن رشيد شارحًا للمسألة: "إنما خفَّف ذلك وقال: لا أرى باسأر ودين الله يسر"، ولم يُطلق القول بإجازته، لأن الدراهم التي قضاء إياها إنما اجتمعت له قبل من دوات مقطعة شيئا بعد شيء، وهي لو جمعت بعد أن تُوزن مقطعة لم يكن بُد من أن تنقص من وزن الدراهم التي قضاء أو يزيد عليها... وأجازه في هذه المسألة لأنها نقاط تكشر وأمر يعم، فلا يُقدَّر على التوفيق منه بأن يقضيه فيما يجمع له قبَلهم من الدواوين ذهبها أو فلوسا أو عروضا إلا لمشغله يدخل على النأس في ذلك".

ومن المسائل التي أفتى فيها المتأخرون من المالكية

(1) تهذيب الفروع 3/182.
(3) كذا في المطبوع من البيان والتحصيل؛ ولهما: "يجمع".
(4) ابن رشد، البيان والتحصيل 6/463، وانظر: التاج والإكيل 6/186.
بالاستحسان اعتمادًا على عموم البلوئي، مسألة جواز كراء الأرض
بما تنبه، قال الحجوي: «وكان العلماء لا يقتون في منع مسألة
حتى ينطروا إلى حاجة الناس إليها، أو عموم المعاملة بها، رُخصوا
وأباحوا وما ضيقوا... وانظر «المعيار» وغيره فتاوي من أفتى:
بجواز كراء الأرض بما تنبه لعموم البلوئي بها...»
فما تعمَّ به البلوئي ويكتُن احتياج الناس إليه، ممَّا يقتضي
التخفيف.

ومن أمثلة ذلك ما جاء في «العنبي»: «سُئل مالك عن العامل
بِئِله يقول للرجل العامل مثلي: أعطني خمسة أيام، وأعينك خمسة
أيام. قال: لا نأس بذلك؛ لأن الناس يسألون عن مثل هذا كثيرًا،
يأتي الرجل إلى أخيه يقول له أعطني على حصاد زرعي وعمله
أيام، وأعينك مثل ذلك على حصاد زرعك ودراسه وعمله، فلا
أرى بذلك ناسًا تستعينه في أيام شغالك حتى يفرغ، ثم تعييه بعد
فراغك في أيام شغل هذا الآخر أيضاً، فلا أرى بهذا بأساء
والناس يتعارضون على الأعمال إذا كثر عمل هذا أعانه هذا، وإذا
كثر عمل هذا أعانه هذا»(2).

فتأتي كَيف أن مالكَ كُشف عن عموم الحاجة التي هي مَناط
التخفيف والاستثناء بكثرة سؤال الناس بعضهم بعضًا عن ذلك؛ إذُ

(1) الحجوي العلامي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي/2 562-563 وانظر:
ابن العربي، القسي في شرح موطأ مالك بن أس س/63 842-843.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 8/488.
كثر السؤال مبني على حاجة النَّاس لهذا النوع من التَّعامل، فإذا
تحققت الحاجة نظر الفقيه في إمكان إخراج المسألة عن الامتناء
الأصلي، إذا كانت هذه المصلحة تَنْزوَى تحت المصالح الحاجة
العامة التي يكون على أساسها الاستثناء والاستحسان.
قال محمد بن رشد مُبيِّناً وجه الحاجة إلى التَّخفيف في هذه
المسألة: "وهذا كما قال إنّه جائز لَبَنَس به، فَيَا في ذلك من
الرفق بالنَّاس للتعاون على أعمالهم، وقد يكون العمل ممّا لا يقدر
الواحد على عمله مُنفِداً، فلو وَقَع من هذا لأضرِ ذلك بالنَّاس،
وعمّلت عليهم أعمالهم؛ إذ الكثير منهم لا يقدر على الاستجار
على عمله، وإنْ قُدر مما استغرقته الإجارة، فكانت هذه ضرورة
تُبيِّن ذلك. وإنّما يجوز ذلك فيما قلَّ وقَرْب من الآيام وإن اختفت
الأعمال... وقد سئل سحنون عن الرَّجِل يقول للرَّجِل: "أحرِث
لي اليوم، وأحرِث لك غداً"؛ قال: لا بأس بذلك. قيل له: فإنْ
قال له: "أحرِث لي في الصَّيف، وأحرِث لك في الشَّتاء؟" قال: لا
خير فيه. قيل له: فالمرأة تقول للمرأة "انسجلي اليوم، وأنسج
لك غدا"; قال: لا بأس به..."(1).
ثانياً: جريان الْعَرْف يُعدّ كاشِمًا لعُموم الحاجة المُقتضبة
للإنسان:

ومن الكواشف التي يُقلَع منها إلى مَدَى أثر الحاجة وعُمومها:
العرف، فالغالب على الخلق أنهم إنما يتعارفون فيما بينهم في

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 448/8.
معاملاتهم بما تقوم به مصلحتهما، وتستقيم به منافعهم؛ وعلى هذا فإنّ العرف الجاري ببعض المعاملات ممّا ينبغي أن يُلْحَظ إليها بين الاستحسان إنّهُ كانت مُزايدةً لبعض مُقتضيات الأدلة الأصليّة العامة؛ شرط أن تكون هذه المصلحة العامّة مما تندرج في بعض الأدجاس المصلحيّة المأخوذة من استقراءات الشرع.

ومما يشبه هذا: أن بعض المالكيّة مَشَأ بعض معاملات الناس التي جرى بها غُرْفُهم وكانت باطلة على مذهب مالك إذا كان لها وجه من أقوال العلماء ولو ضعيفًا; قال ابن عاشور: «وقد يقع الإغفاء عن خلل يثير ترجيحًا لمصلحة تقرير العقود، كالبيع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفروضات المقرَّرة في الفقه. وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتى حضرة غرناطة في القرن الثامن يُتَّبِّع بقرير المعاملات التي جرى غرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك، إذا كان لها وجه ولو ضعيفًا من أقوال العلماء».

قال أبو سعيد بن لب: «ما جرى به عمل الناس وتقادم في غرفهم وعاداتهم، ينبغي أن يُلْتَصَم لمحرج شرعيّ ما أمكن على خلاف أو وفَق؛ إذ لا يلزم ارتباط العمل بمنهج معيّن، أو بشهور قولٍ قائل».

1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 2) البورشبي، المعيار المعبر 6/427. وقد نسب الموافقة للشاطبي ما يُقْرَب من هذا: «قال الشيخ أبو إسحاق الشاطبي: الأولى عندي في كل نازلة فيها قولان: فعمل الناس على وفاقة أحدهما - وإن كان مرجوحاً في النظر- أن لا يُعْرَض لهم، وأن يُجرِّوا على أنهم قَلْدُوه في الزمان الأول، وجرى به العمل؛ فإنهم إنّ
الاستاذ أبو سعيد بن لْبّ مالكيّ أندلسيّ، والأصل عنهم في الأندلس أنّهم لا يُفتنون إلا بقول ماليك ولا يقضون إلا به، فتركل قول مالك لمصلحة إقرار معاملات الناس التي جرى بها غرفُهم يشبه الاستحسان الموصلي في المتّفق الذي استورد عليه في الغُدْل، والِكاِفيٌّ عن مدى الحاجة لمصلحة عموم المعاملة. لكن يختلف الاستحسان عن ذلك في كون الاستحسان فين ترك للدليل العام في بعض متّفقاته، أمّا هنا فهو ترك لقول المقلّد، وربما كان دليله خاصًا.

قال الحجويّ: «وكان العلماء لا يُفتنون في منع مسألة حتى ينظروا إلى حاجة الناس إليها، أو عموم المعاملة بها، رحموا وأباحوا وما ضيقوا...» (1).

***

= حملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعقلة وفتح لأبواب الخصم، وربما يُحالفي في ذلك غيري! وذلك لا يصدق على القول به، ولي فيه آسوا!». سنن المهديين 4-96.

(1) الحجوي الثعالبي، الفكر السلمي في تاريخ الفقه الإسلامي 2/562-563.
المبحث الثالث

الاستحسان في المذهب المالكي
الأدلة الناهضة بحجيته، والاعتراضات الوردة عليه، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب، وهي:
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجيته الاستحسان.
المطلب الثاني: الاعتراضات الوردة على الاحتجاج بالاستحسان.
المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الاجتهادية في المذهب المالكي.
المطلب الأول

الأدلة الباهرة بحجة الاستحسان

ب - التمهيد:

الناظر في كتاب الأصول يجد أن بعض من أخذ يستدل على حجة الاستحسان كان موردًا لأدلة لا تدُل على الحجبية دلالًا راجحة؛ بل أن تكون الدلالة قاطعة، فكم من دليل سبيق ولا تعلق له بحجة الاستحسان. وحك أن عمدة الممالكية في الاحتجاج لهذا الأصل هو غير تلك الأدلة، وسأورد في هذا المقام بعض الأدلة غير الدلالة دون أن أوجن فيها، ثم أقتني عليها بالأدلة المفيدة للحجبية القاطعة لهذا الأصل الاستدلالي؛ على أنه مشا يلحظ أن المخالفين من الأصوليين يضروحون لنقل الأدلة التي لا تنفيد الحجبية، وقل منهم من نقل الأدلة الحقيقية للمسألة:

فَأَمَّنَّ الْأَدْلَةُ الَّتِي لا تُقَدِّمُ الْحِجْبَةُ: استدلوا بقوله تعالى: {ِلَيْنَ يَسْتَغْفِرُونَ الْقُولَ يَسْتَغْفِرُونَ أَحْسَنَهُمْ} [الزمر:18]. ووجه الدلالة من هذه الآية: أن فيها مدخلا لمن يبِيع أحسن ما أنزل إلينا١.}

(1) الغزالي، المستصفى 1/ 411، ابن رشيق، لباب المحصول 6/ 451، الباجي، إحكام الفصول فقرة 751، الأمدي، الإحكام 1/ 150.
وجيhib عن الآية بأنَّها تتضمنُ الأخذ بالأحسن دون المستحسن، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما (1).

ومِمَّا استبِلْ(2) به ما زُوِيَ مرفوعًا: "ما رآه المسلمون حسنًا، فهو عند الله حسن (3). ووجه الاستدلال من الحديث: أن

(1) تحقّق المؤلف ٢٤١/١، الإمام، الإحكام ٢/١١، الزركشي، البحر المحيط
(١٠٨/٨)

(٢) الباجي، إجْهَام الفصول فترة ٦٧٤، الذهبي، تحقّق المؤلف ٢٤١/٢، ابن لححون،
تبصرة الحكام ٢/٦، كشف النقاب ١٢٦، الغزالي، المستصلي ٢/١٠١، ابن
رشيق، لباك الحمودّ ٢/٥٠، الزركشي، البحر المحيط
(١٠٠/٨)

(٣) قال الزهلي: "ولم أجلَّه إلا موقوفًا على ابن معنو، وقال ابن عبد الهادي:
الزبير مرفوعًا عن أس النسائي ساكن، والأصبح يقال على ابن مسعود.
(كَفَّ لَوْحٍ) ٢٢١، أما الرواية الموقوفة على ابن مسعود يُقال الله عنه: فرواها أحمد
في المسند ٢٤١، ومن طريق أحمد رواه الحاكم في المسند ٢٤١،
والبراز في المسند ١٨١، والبيهقي في كتاب "المدخل" (نصب الراية)، عن
أبي بكر بن عباس ثم عاصم عن زين بن حبيب عن عبد الله بن مسعود، وقال
الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرج بها.

رواه أبو داود الطالسي في المسند (٢٤١)، ومن طريق أبي داود رواه البيهقي في
كتاب الاعتقاد (٣٣٢)، والطبراني في معجمه الكبير (٨٥٨٣)، من الحديث
المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود. والمسلمي تكلموا في
روايته عن عاصم، إذ كان يغطِف فيها.

رواه البيهقي أيضاً في "المدخل" (كما نصب الراية)، من طريق عُقَار بن رُيَّض عن
الأحنم عن مالك بن الحارث عن عبد الرحمن بن زيد، قال: قال عبد الله، بِه
رواه الطبراني في المعجم الأوسط (٣٠٤)، من طريق عبد السلام بن حرب عن
الأحنم عن شقيق أبي وائل عن عبد الله بن مسعود.

وكم يُظَهِّرُهُ، فقد اختُلِفَ في سنده هذا الحديث على عاصم، وعلى الأحنم،
وراجع للمزيد: علل الأقواف بني ٢١١. وقد رَجَحَ البيهقي في "المدخل" فيما
استحسان هذه الأمة المتضمن في علمائها هو عند الله حسنٌ
وأجيب وِيْنَ هذا الحديث بأنَّ أهل الحديث لا يُشْتَيْتُونه،
فَالصحيح فيه أنَّه موقوف على ابن مسعود (١٠).
وعلى التسهيل بصِحْبِه يُقَال: إنَّ الحديث إنَّما يُدْلِّل على حُجيَّة
الإجماع، لا على ما استدلالهم به (٢).

الأدلة الدالة على الحجية:
أما الأدلة القوِّيَّة التي اعتُمِدَّها المالكية للاحتجاج بأصل
الاستحسان فهي راجعة إلى الأدلة الآتية:

الدَّلِيل الأوَّل: الإجماع:
استدلال المالكية على حُجيَّة هذا الأصل بالإجماع، وكان لهم
في تقريره طريقان:

الأول: مَايِلْت عن الصَّحابَة رضي الله عنهم أجمعوا
فيها، وكان مستنداً في ذلك الاستحسان، فكان ذلك دليلاً ضمَتِيًا
على كون الاستحسان من أصول الأدلة.

الثاني: مَسَائل كثيرة لم يُقْفُ فيها الإجماع على آنادها، وكان
مُستنداً من قال بها الاستحسان؛ فلم ينكر أحدٌ من الصحابة رضي

= *اختِفَ فيه على عاصم، رواية أبي بكر بن عباس (نصب الراية). كمَا أنَّ عاصما
*يَخْطَف عليه في رواياته بين زرٍّ وأبي وائل، قال العجلِي: «كان يختلف عليه في زرٍّ
وأبي وائل».

(١) البحاج، إحكام الفصول فقرة ١٥٢، الآمني، الإحكام ١٥٦/٤.
(٢) تحقُّل المسؤول ٤/٤، الآمني، الإحكام ١٦٣/٤، الزركشي، البحر المحيط
١٥٠/٨.
الله عنهم على من اعتمد منهم عليه; فكان إجماعًا سكوتياً على تقرير هذا الأصل.

الإجماع على مسائل مدركها الاستحسان:
مما أجمعوا عليه جواز دخول الحمامة من غير تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل. والأصل في هذا المنع، لجهالة الملة وجهازة قَدْر العوض الذي هو الماء؛ إلَّا أنهم أجازوا ذلك استحسانا استنادا إلى قاعدة المعروف والمسامحة(1)

وأجاب بعض السافعياء عن هذا التَّنْلِيل بأنّ المصير في هذه المسائل إنّما كان الإجماع لا الاستحسان(2).

و هذا الجواب ضعيف؛ إذ الإجماع لا بُدّ له من مُستنِد يرجع إليه، ولَمّا نَظَر في هذه المسألة وما جَرَى في مضمورها، وَجِدَ مُستنديها الاستحسان، فكان إجماعهم على أمرين: إجماع على الحُكم الجزيئ، وإجماع على المَستَنْد، وهو الاستحسان، وعلى
إذاً التَّنْلِيل يَسْلَمُ من المعارضة.

الإجماع السكوتيا على مدرك الاستحسان:
عمل الصحابة وفتياهم على مقتضى الاستحسان:
من أهم ما اعتمد القائلون بالاستحسان من أدلة: أن الصَّحابة رضي الله عنهم وهم أعلم هذه الأئمة وأفهمها لدين الله وأفقهُها فيه، قد جَروًا على أصل الاستحسان في مسائل كثيرة، ونعم، لم

(1) الشاطبي، الاعتصام 2/143-144.
(2) الزركشي، البحر المحيط 8/105.
يُسْتَوِّحُوا بهذا الإصلاح، وإنَّما مضمون اجتهاداتهم ومركَّبهم فيها هو الاستحسان الاصطلاحي لا يَحِيدُ عنه ولا يُجاوِرُهُ، والعبرة بالمضامين والمعاني لا بالأشكال والضّيغ.

قال أبو العباس القَبَّاب المَالِكيُّ بعد ذكره لِإِنكار كَثِيرٍ من الأمَّة الاستحسان: "ولقد كنت أقول بِمثل مَقال هؤلاء الاعلام في طُرُح الاستحسان وما يُليّ عليه، لَوْ أنَّهُ اعْتِضَدَ وَتَفْقَرَ يُبِدْ أَرْجَاهُ كَثِيرًا في فتاوى الخلفاء وأعلام الصحابة رضي الله عنهم بِمَحْضِ جُهُورهم مَا عِدَّ النَّكِير، فتَفْعَلَ ذلك عَنْدَي غَايَة، وَسَكْنَتَ إِلَى النَّفْسٍ، وَانْشَرَّحَ إِلَى الْصَّدْرُ، وَأَقْبَلَ بِهِ النَّفْسُ؛ لِلأَّمَرَ باِتْبَاعِهِمْ وَالْاِقْتِدَاءِ بِهِمْ رضي الله عنهم". (1)

وإِذَا ثبت ذلك عِنْ الصَّحَابة، كَانَ مِن أَجْلِي مَا يَحْتَجُّ بِهِ القَّاِلُونَ باِسْتِحْساَنِ إِذْ عَدِمُ نُكْرِ الصَّحَابة عَلَى مِن سَلْكَ سِبْلِ الاستحسان مَثْلُ عَلَى الإِقِرَارِ؛ فَكَانَ بِذلِكَ إِجْمَاعًا سُكُوبِيًا. كَمَا أنَّ كَثِيرَةَ المَسَائِلِ الآخِذة هِذَا السِبْلُ، يَنْقُلُ عَلَى قُدُرٍ مِشْتَرِكٍ فيهَا، وَكُونَ الاستحسان حَجْةً عَنْهُمْ رضي الله عنهم.

وَمِن هَذِهِ المَسَائِلِ المَأثُورة عَن الصَّحَابة رضي الله عنهم التي أُوْزِرَهَا أبو العباس القَبَّاب:

المثال الأول:

المرأةُ يَتُزوِّجُها رجلاً، وَلَا يَتَعْلَمُ الْأَخِرُ بِقَلْبٍ غِيْرِهِ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْبِناءِ، فَأَفْتَاهَا عَلَى الأَوْلِ بِذلِكَ: عَمْرُ وَمَعَاوِيَةَ وَالْحَسَنٌ

(1) الشاطبي، الاختصاص 80.
رضي الله عنهم، وَتَسْبِبُ مِثلُهُ أَيْضاً لِعَليِّ رَضيَّ الله عَنْهُ. 

وَهـذَا جَارٌ عَلَى غِيرِ الْقِيـاسِ; إِذَا الأَصْـلُ أَنَّ الْعَـقْدَ إِفَّاقَةً صَـحِيحَةً 

لَيْسَ يَصْـحَبُ أَيْ عَـقْدُ عَلَى الْمَرَأَةِ الَّتِي قَدْ عَـقَدَتْ عَلَيْهَا، لَكِنَّـهَا صَـارتْ رَوزِـجاً 

لِلْعَـقْدِ الأُولِ; فَلَمْ يُصَادِفَ الْعَـقْدُ الْثَـانِي مَحَـلَّاً; وَالْقِيـاسُ يَقَضِي أَنْ 

لا رَـفِّيَ بِهَا مَا قَـبِلَ الْـدُخُولُ وَمَا بَعْدَ الْدُخُولُ(١). 

إِلَّا أَنَّ الصَـحَابَةِ رَضيَّ الله عَنـهُم فَرَقَوا بِالحـالتين; فاتَّبَعـوا 

حَالَةَ ما بَعْدَ الْدُخُولَ مِنَ الأَصْـلِ، فَجَعَلُوا الْمَرَأَةَ الْمَدَخُوـلَ بِهَا مِنْ 

قِبْـلَ الْرَـوْجَ الْثَـانِي مَـثِيلًا لَّهَا عَلَى الْعَـقْدِ الأُولِ. وَالْمَثِيلُ الَّذِي اتَّخَـذَـهُ 

هـذَا العَـدُولُ: هـو الْنَّظَـرُ المَـصْلِحِيُّ الَّذِي يَضْـمِي أَنْ فِي الْفَسْـخَ ضَرَرًا 

بَالْغًا بِالْمَرَأَةِ؛ فَكَانَ لَا زَاً أَنْ يُتَشْتَـئِ مِنَ الأَصْـلِ أَعْتِبَارًا بِمَا تَـقَبَّـلَ 

حَـالَ تَطْـبِيـقُ الْاِقْتِضـاءِ الأَصْـلِيُّ مِنْ قَـسَـمِ وَضْرِرْ، وَهـذَا عَيْنُ 

الِعِسْـحَـانِ. 

مَثاَـلُ الثانِي: 

وَمَثِيلُ ذَلِـكَ مَا قَالَ الْعَـلْـمَاءِ فِي مِسَـأَـلَةَ امْرَأَةِ المَفْقُودِ: أَنَّـهُ إِنْ قُـمَ 

المَفْقُودُ قِبْـلَ نَـكَاحِهَا، فَهـوَ أَحْـقُّ بِهَا. وَإِنْ كَانَ بَعْدَ نَكَاحِهَا 

وَالْـدُخُوـلَ بِهَا، فَاتَّبَعَ. وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْعَـقْدِ وَقِبْـلَ الْبِنَاءِ، فَقَوْلُهُ 

فَإِذَا يَقَالُ: الْحَكْمُ لِـهَا بِالْـعِيْـنَةَ مِنَ الأَـوْلِ إِنْ كَانَ قَـطِعًا لِحَـصْـمَهُ، فَلا 

حَـيْثُ لَـهَا وَلَوْ قَـلَمْ قَـبِلَ تَرْوُـجَهَا؛ أَوْ لِيـس بِصَابِعٍ مُنِّعَ، فَكِفَ 

تُـبَاِـحُ لَعِيْرِهِ فِي عَـصْـمَةِ المَفْقُودُ؟!

١(١) الشاطي، الاعتصام ٣٣، ٩٢٨٠. 

٢(٢) الشاطي، الاعتصام ٣٣، ٩٣٠٨.
هذه المسألة تجري على المُدرك نفسه للمسالة الفارطة؛ إذ التفرّيق بين ما قبل الدخول وما بعد الدخول كان مُفارقةً لطرد الأصل، واستثناءه منهما لوجة النظر المصلحي المعتبر شرعًا من تلافى الضَّرر والفساد الألَّاحق في فَسَحِ نكاح من دُخُلٍ بها. وقال القَبَاب بعد ذكره لمناذج من اجتهادات الصحابة رضي الله عنهم مؤسِسة على النظر الاستحسانيّ: "ومثله في قَضايا الصحابة كثير".

الدلائل الثاني: الاستحسان راجع إلى أدلّة الشّرع:
ومما يُحَبَّب به في هذا المقام: أن الاستحسان ما هو إلا رجوع إلى أدلّة الشّرع وترجيحها على أدلّة أخرى؛ فمن الاستحسان عند مالك ترجيح الاستدلال المرسل على الدليل العام أو القياس العام أو القاعدة العامة في بعض الأفراد الجزئيّة؛ فحقيقة الاستحسان على هذا هو استمتناك بالاستدلال المرسل الذي قوي على الأدلة المقابلة له؛ والاستدلال المرسل يرجع إلى أدلّة الشّرع -وقد تقدّم تناوله في محتله-؛ إذ هو مأخوذ من استقراء فروع الشريعة وتصوراتها بحيث أفكاّت أصول شريعة كليّة قام على أساسها أصل الاستدلال المرسل، ومنه الاستحسان المؤسِس عليه.
قال الإمام الشافعي: "كل أصل شريعي لم يشهد له نص معيّن، وكان ملائماً لتصورات الشّرع ومأخوذًا معناه من أدلته- فهُو صحيح يبني عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار (1) الشافعي، الاستحسان 84.
بمجموع أدلته مقطعاً به؛ لأنَّ الأدلَة لا يَلْبِّيَ أن تُدْلَى على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها ... ويدخل تحت هذا ضرور الاستدلال المرسل الذي اعتمدناه مالكُ والشافعيُّ؛ فإنه وانَّ لم يَشْهِد للفرع أصل معيين فقد شهد له أصلٌ كليٌّ. ... وكذلك أصل الاستحسان على رأي مالكٍ يتبري على هذا الأصل؛ لأنَّ معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس».

ومن المقرَّر في الأصول أنَّ الأدلَة يَحْصُلُ بعضها البعض، ويَقِلُّ بعضها بعضًا؛ فكذلك القول في الاستحسان، فهو تَحَصَّبُ لبعض الأدلَة العامة بالاستدلال المرسل الراجع إلى بعض الأصول الكلية المقاسدة المأخوذة بالاستقراء من تفاصيل الشريعة؛ قال الشاطبي بعد بيانه لمضمون الاستحسان عند مالك وأبي حنيفة:

«وإذا كان هذا معناؤه عن مالك وأبي حنيفة، فليس بخارج عن الأدلَة البينة؛ لأنَّ الأدلَة يَتَبَيَّنُ بعضها بعضًا وَتَحَصَّبُ بعضها بعضًا كما في الأدلَة السنة مع القرآن».

الدليل الثالث: اتباع منهج الشريع في التشريع في البناء على

ووفق منهج الاستحسان:

أمَّا ما اعتَمَدَه المالكِيُّ في الاختيار للاستحسان، واعتماده أصلاً شرعيًا قطعياً - أن الشَّارع الحكيم في أحكامه وتصرفاته كان سالِيّاً منهج الاستحسان وَاجْنَبًا في طريقه.

(1) الشاطبي، المواقف 9/1400-1401
(2) الشاطبي، الإعتصام 1433-1434
وفي هذا يقول الشافعي: «فإنّ من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه؛ وإنّما رجع إلى ما علّم من فسّدة الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرًا إلا أن تلك الأمر يُؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك... وله في الشّرع أمثلة كثيرة» (1).

فالأستفْرَاء مِلْلًا على أن كثيّراً من الأحكام كان يجبُ أن تُمِّنَّ بقاءً على أصل اللّيل العام المانع؛ إلّا أن الشّارع استثنى الصروّ والمسائل لما يؤُول إليه تطبيق اللّيل العام على تلك الصروّ والمسائل من فوات مصلحة راجحة أو حصول مفسدة غالية؛ لأن اللّيل العام ما وضّعه الشّارع إلا ليكون مُحصّلاً للمصلحة الشّرعيّة، فلمّا تقاوَد عن ذلك أرّم -بما تقرّر من مُغْفِلّية التشريع- أن لا تجّرّي تلك المسائل على الأصل العام، وأن ينظر في اللّيل المقابل الذي نُشأ حاّل تنزيل النصّ وتطبيقه.

قال الشافعي: عبّر إيراده لمفروض في الشّرع جزّه على النّسق الاستحساني: «فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المال في تحويل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان اللّيل العام يقتضي منع ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع أصل اللّيل العام لادّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك اللّيل من المصلحة؛ فكان من الواجب رفع ذلك المال إلى أقصائه» (2).

(1) الشافعي، المواقف للشافعي، المواقف 4/206-207.
(2) الشافعي، المواقف للشافعي، المواقف 4/207-208.
أنماة ذلك في الشرع:
كالقرض مثلاً، فإنه ربا في الأصل لأنَّه الدرهم بالدرهم إلى أجل، فهو من ربا النسبية، ولكنه أباح لما فيه من المرفقة والتأسسة على المحتاجين، بحيث لو بقينا على أصل المنع لكان في ذلك ضيف على المكلفين، ولأمنح أصل الرقيق من هذا الوجه (1).
ومثال ديع العري بخصاح ثَمَّر، فإنه ديع الرطب بالياسبوس وهو ممنوع بالسنة الثابتة (2)، لكنه أباح لما فيه من الرقيق ورفع الحرج بالنسبة إلى المغرى والمعرّى (3).
ومثال: القروض (4)، والمساقاة (5)، والجلف (6)، فإن الدليل العام يقتضي المنع منها، إلا أنَّ الشرع أجازهما استنادًا للمصلحة الرائجة (7). قال ابن العمري مَبَنِيّ رجاء استحسان الشرع استثناء عقد المساقاة من أصل النهي عن الإجارة المجمولة: "المساقة مرفق الشريعة، ورخصة من الله مستثناء من الإجارة المجمولة (8).

(1) القرافي، الذخيرة 5/131، 255، 290، 289، 37، الإدجاح، المتنقلي 4/280، 287، الشاطبي، المواقاتات 4/207.
(2) الشاطبي، المواقاتات 4/207. وحديث العراقي سبب تجريبه.
(3) الشاطبي، المواقاتات 4/207، ابن رشد، المقدمات المهمات 2/165، الإدجاح، المتنقلي 4/226.
(4) الحطاب، مواهب الجليل 5/356، الفراوي، الفواكه الدواني 2/122، علليل، مرح الجليل 7/230.
(5) علليل، مرح الجليل 7/230، ابن العريي، القيس 3/242 (دار الكتب العلمية).
(6) الدسوقي، حاشيته على شرح الخشفي 4/350، علليل، مرح الجليل 7/230.
(7) الشاطبي، المواقاتات 4/207، ابن رشد، المقدمات المهمات 1/440-444.
الأجرة للحاجة، كما أنَّ الجمل مُستثنى من الإجارة المجهولة
العمل للحاجة\(^1\).

وقد جاز في الشَّرع بِيعُ الجزء فيما شُقّ فيه الكيل أو الوزن أو العد؛ قال ابن رَشِيد الجد़: «..بيعُ الجزء فيما يتأتى فيه الوزن أو الكيل غَرْرًا، إلا أنَّ السَّنة قد جَوزَتُه لمشقةٍ مُؤونة الكيل أو العد فيما في عدَّة مُؤونةٍ ..\(^2\)»، وقال: «..بيعُ الجزء الأصليَّ فيه أن يُباع كيلا أو وزنا؛ رُخصة وتوسعةٌ أجازته السَّنة ..\(^3\)».

وقال الشاطبي: بعد سُوقه لأمثلة من الشَّرع جارية على المنطق الاستحساني: «..وأشبَّه من هذا القيل كثيرة»\(^4\).

وفي نهاية تقرير هذا التَّدليل على أصل الاستحسان، قال الشاطبيُّ مُبَّهراً على أنَّ هذا هو أساسُ مَنْرَك مالك في القول بأصل الاستحسان: «هذا تَمْيَّزَ من الأدلة الدائِلة على صِحَّة القول بهذه القاعدة؛ وعليها بدَّ مالك وأصحابه»\(^5\).

ومن فَهَم الشَّرع حقَّ فهمه، وَحَبَّ شُعُوبه وَمسالكَه في التشريع، قال بالاستحسان ضرورةً؛ لأنَّ الشَّرع نفسه لا يُحَظَّ في تشريعه مُهْجَ الاستحسان؛ وهذا ما دَعَا الإمام ابن العَربَي أن يقول: «ولم يَفْهَم».

(1) ابن العربي، القبس 3/۲۷۴.
(2) ابن رشيد، البيان والتحصيل ۲۶۲.
(3) ابن رشيد، البيان والتحصيل ۲۷۴، وانظر في نفس المعنى ۴۶۳.
(4) الشاطبي، المواقف ۲/۱۰۷.
(5) الشاطبي، المواقف ۴/۱۰۷.
الشريرة مَنْ لَمْ يَحْكُم بالصلحة ولا رأى تخصص العلَّة”(1)،
والذي يريدَه بتخصص العلَّة هو الاستحسان، كما تُقدَّم.
تأصل مُدرك الاستحسان على أساس القياس على الرخص:
ومن المالكيَّة مَن يُعْبَر عن أصل الاستحسان بأنه قياس على الرخص، فمالك وأصحابه جعلوا الأحكام الورادة في الشريعة على خلاف الأصل أصولاً يقيسون عليها إذا تحقق مناطق العدول في الفروع المجتهد فيه؛ قال المَفْتَي: "قاعدة: التوسعة العامَة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول؛ قياسا على ما وَرَدت به النصوص. . .(2)؛ فالقياس على الرخص العامة ممَّا جعله مالك أصلاً للاستحسان ودليلًا عليه.
وقد نبَه على أن الاستحسان من حقيقة القياس على الرخص العامة المستثنىّة المصلحة والحاجة: القاضي ابن العربي في توجيهه لمسألة بُنيت على الاستحسان، وهي بيعة أهل المدينة المتقدِّمة الذَّكر؛ قال ابن العربي: " . . . فلما اشترَكًا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة؛ قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح"(3)، فرَجَح ابن العربي مُدرك المسألة إلى القياس على العرايا المستثنىّة من أصل المنع بجامع علة الحاجة المقتضبة للعدل عن الأصل.

---
(1) ابن العربي، أحكام القرآن 2/276-278.
(2) الفوائد، المقرى رقم 884، ونظر: رقم 879، 893.
(3) ابن العربي، القبس 2/82، 824-825.
وكلما في مسألة شفاعة الشمر، فإنه تَرُك القياس الجلي فيها،
وهو إلحاقها بالعرض التي لا شفعة فيها، واستحسن بأن جعلت
الشفعة فيها، لجَدَّة للضرر الحادث من المداخلة، إذ الشمر مما
نَجَّى بطناء، فأشبه ذلك الرَّحمة الواردة في السَّرِّ في العرايا، إذ
اقتُطعت من أصل الممنع من المزابنة للضرر الحادث بالمداخلة.
قال ابن العربي: «... النبي ﷺ أَرْضَى في بيع العرَايا (1)،
واستثناء من الرَّيا وَضْرَ المداخلة، وكذلك ضَرِّ المداخلة في
الشمر مثله عند القضاء بالشفعة»(2).

ويبيع العرَايا من الأمثلة الاستحسانية التي وَرَّد الشَّرع بها، بايًا
أحكامه على منهج الاستحسان القائم على الاستثناء من القواعد،
تلافيا لضرر معتبر، أو تحصيلا لصلاح مقصود. وقد مثل ابن
خويزمنداد بالعرَايا في سياق بِسْطه أصل الاستحسان؛ قال: «كما
تقول إن القياس أن بيع العرَايا باطل، ولكن جاز ذلك للسُّنَّة»(3).

وإذا للقياس على الرُّخصة العامَّة لموقعها عظيما في الاجتهد
المتعلق بِعُروض الآلهة، فكما أنَّ الفَرَّاد تَعْرِضُ له مشاق وحاجات
وضرورات توجَّه من المجتهد أن يُفتيه بالرخصة السُّريَّة، فكذلك
حال الآلهة ممَّا يجب أن يَنْظَر إليها نظراً كلِّياً جَمِيلياً، بحيث تَتَخلَّصُ

(1) سَلَف تَرْجُيهِ.
(2) ابن العربي، القبس 2/855-856. وانظر مسألة الشفعة في الشمر عند: الباجي،
المنتقى 6/201، الخرشى، شرح مختصر خليل 18/218، الدريد، الشرح الكبير
3/480.
(3) ابن فرحون، تبَصْرَة الحكام 2/60، كشف النقاب 126.
المشاق التي تحقق بها ويتلمّح الحرج الذي يعمّرها، ويكون على أساس ذلك التّرخيص إذا تحقّق مناطُه؛ جرّبًا على منهج الشّارع في رّحصه العامّة التي استناؤها من أصل المنع (١).

الدّليل الرّابع: إذا جاز التّخصيص بالأدرة الظّنية كالقياس، فأولئك أن يجوز التّخصيص بالقواعد الشّرعية:

استدل بعض المالكية على حُجّيّة الاستحسان بدليل أولويٍّ.

٨دِحَّلُه: أن مَن قال بجّواز التّخصيص بالقياس، أّزمه القول بجّواز الاستحسان؛ إذ حقيقّة الاستحسان هي تّخصيص الدّليل العامّ بالاستِدلال المرسل، والاستِدلال المرسل يّاسبد إلى قواعد الشّرع.

cالقبطية أو القريبة من القطع، فالاستحسان هو تّخصيص الدّليل العامّ بالقواعد الشّرعية العامّة، كقاعدة الضّرّ والفساد، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة المعروف، وقاعدة التّوسعة العامة وغيرها.

و هذه القواعد قواعد قطعيّة في الشّرع أو قريبة من القطع؛ فلن يجاز التّخصيص بالقياس الذي يعزوه الظنّ من جهّات ويتنوّعّه الاحتياط، فأولئك وأُخرى أن يجوز التّخصيص بالقواعد الشّرعية.

ولله ذُر يّبّن العربي حيث قال: «العموم يّتخصّص بالقياس، كيف بالقواعد المؤسّسة العامة؟» (٢).

(١) ابن عاشور، مقدمة الشريعة الإسلامية ٤٠٦.
(٢) ابن العربي، القبس ٢٠٠٨٢.
المطلب الثاني

الاعتراضاتُ الواردةُ على الاِحِيجاج بالاستحسان

قد ترُفَّخ لأصل الاستحسان بعضَ الاعتراضات من المنكرين
لحجتيه، ومن المعترضين على جعله أصلا مُستقلًا؛ من ذلك:

الاعتراض الأوَّل: الاعتراض على هذه التسمية ما دام

الاستحسان راجعا إلى أَدلة الشرع:

من الاعتراضات التي وجهها المخالفون للملكيَّة: أنَّ تفسيركم
للاستحسان بما فسرتم به، يُخرِّجه عن أن يكون دليلا مُستقبلاً؛ فهو
على قولكم راجع إلى الأَدلة المعتبرة عندكم.

قال ابن خويز منداز مُجيبًا عن هذا الاعتراض بعد تَّقُلْه له:

»هذا اعتراضٌ علينا في التَّسمية، ولكن أَل لِو صنعة أن يَتَواضعوا
بينهم تسمية يَصطفىون عليها، وإن لم يعرفها العرب، كأسماء
الأصوات، وتسمية أهل الفريج والنحو والفقه والحساب أسماء
لا تَعرَفها العرب؛ إلَّا أن تلك الأسماء وَصَعَوها لِتَعارفوا فيما
بينهم أشياء؛ فلا معنى لمنعنا من التسمية، وقد كشفنا عن
معناها«.

(1) ابن فرحون، بصرة الحكام ٢/١٩٠، كشف النقاب ١٢٧.
(٢) ابن فرحون، بصرة الحكام ٢/١٩٠، كشف النقاب ١٢٧.
الاعتراض الثاني: النَّهِي عن أتباع الهوى والقول بلا علم:
ومن أبرز ما اعتَرض به المخالفون في الاستحسان: أن القول
بـه قولٍ بما لا دليل عليه، فهو رجوعٌ إلى مُجرَد الهوى والتشهِي من
غير ما مُستنِدٌ شرعِيًّا يرجع إليه؛ وقد نهى الله تعالى عن أن نقول
في دينه بالهواء، قال الله تعالى: "لا نَّبِيعُ الْهَوَىٰ" [ص: 26] (1).
وهذا من أهِم ما يكون من الاعترافات؛ لأنّ فيه رَشْعًا لأشنَة
الإسلام الذين أجمعت الأمْثَل على الاقتراء بهم بتنكِبهم عن أدلَّة
الشَّرْع بالبَدِّاء والتشهِي؛ وحاشاهم من ذلك. قال ابن خويز مِن الـ
مشاهدا هذا الاعتراض: "وهذا القائلُ طَلَّ الاستحسان هو شهوات
النفوس، أو ما استحسَنُه بغير دليل. وليس الأمرُ كذلك، بل معناه
ما قلَّمناه؛ ولو سألنا واصطفِف عن معنى قولنا لا استغيث عن تَشْوَيد
كِتَابه! ... ومعنى الاستحسان ما حسن في النَّسِيحة، ولم يُنافها" (2).
ولم يَتَقَرَف الإمام الشافعي بتحرِيم الاستحسان من غير حَجَة ولا
دليل؛ بل هذا من المَقَث على بين أُئُثُنَة الإسلام، ولقد وردت عن
أئمّة المالكِيَّة نصوص تتحِير هذا المسلَك المُرْدِي:
قال ابن القاسم فيما يُنظر فيه من أحكام الشرَع: "... تارِك
للاستشارة لأهل العلم يَحكم باستحسانه، ويقتَطع الأحكام برأيه؟
فهذا الذي يتصَفح أحكامه...) (3)، فقضي ابن القاسم أن القاضي

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام 2/160، كشف النقاب 126.
(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام 2/161، كشف النقاب 126.
(3) العتيبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) 9/155.
الذي يرجع إلى مجرد استحسانه الذي لا سبب له ولا مأخذه، فإنَّ أحكامه تتصَفَح وتراجع ويُنقض منها ما كان على خلاف الشرع. وفي هذا يقول الشاطبي: "فإن مَن استحسن لم يرجع إلى مجرد نوقفة وتشبهه؛ وإنَّما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة" (1).

وذكر القرافي في شرح "المحصول" أن ما روي عن الشافعي أنه قال "مَن استحسن فقد شرع"، إنَّما هو في مثل هذا؛ وهو الحقُّ، وإلا فجميع ما تقدم في حقيقة الاستحسن الاصطلاحي راجع إلى التماسك بالدليل (2).

وقال ابن العربي: "قوله تعالى: "وبعثت عليه النّبئ الكذب وهم يعممون" [آل عمران: 75] هذه الآية ردُّ على الكفرة الذين يحملون ويحرمون من غير تحليل الله وتحريمه، ويجعلون ذلك من الشرع. ومن هذا يخرج الردُّ على مَن يحكم بالاستحسن من غير كليل؛ ولست أعلم أحد من أهل القبلة قاله!" (3).

وقال ابن العربي: "... أنَّه جمُهور من الناس على أبي حنيفة القول بالاستحسن ... فقالوا: إنه يحرم ويحلل باللهويَّة من غير دليل. وما كان ليفعل ذلك أحد من أتباع المسلمين، كيف أبي حنيفة؟!" (4).

(1) الشاطبي، الموافقات 4/260-262
(2) حصول، التوضيح شرح التنقيح 4/112
(3) ابن العربي، أحكام القرآن 1/63، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 4/141
(4) ابن العربي، أحكام القرآن 2/278

(1) الزركشي، البحر المحيط ١٠٤/٨
علاقة الاستحسان بالأصول الاجهادية في المذهب المالكي

يُرِجِبُ بين الاستحسان وبين بعض أصول المالكيّة صلات وثيقةً، وبينها كذلك وبينه فروع تفصله في حقيقته عنها بحيث عُدَّ أصلاً مستقلاً؛ وسأبحثُ في هذا الموضوع علاقة الاستحسان بالمصالح المرسلة، وعلاقته بالقياس. أمّا علاقة الاستحسان بمراعاة الخلاف وبدأت النّروا، فسيأتي بحثه في الدراسة المخصصة لكل من هذين الأصلين.

الفرع الأوَّل

علاقة الاستحسان بالقياس

من أجل ما يُظهِر في العلاقة التي تحكّم أصل الاستحسان وأصل القياس- أنَّ الاستحسان في كثير من مَعانيه هو استنادًا وتخصيص اللقياس في بعض المجالات التي دلَّ عليها القياس بتناول العلة المتعديّة لها؛ فستند إلى الدليل المستحسن به لإخراج تلك المجالات عن مَتنّى ضرّ القياس. وعليه، فإنَّ الاستحسان على هذا المعنى في مَقابلة القياس، وفي الموازاة له. وأكثر تَغبيّات الفقهاء عن الاستحسان تكون بقولهم: "القياس يَقتضي كذا، ولكن
الاستحسان يُدلُّ على خلافه، أو قولهم: "وهذا استحسان على غير قياس".

والنوع الثاني من استحسان المالكية الراجع إلى تقديم بعض الأقيسة على بعض حال التعارض، هو في الحقيقة ألمَّ أصلُ بباب القياس، إذ الأقيسة تتعارض فيُقدَّم أفواها. على أنَّ اعتبار المعاني المصلحية ملحوظ في الترجيح؛ كما تقدَّم.

وبين الأصلين علاقة من جهة أخرى؛ وهي أنَّ أساس الاستحسان -كما مرَّ- قائم عند كثيرٍ مِن المالكية على أصل القياس على الرُّخص الثابتة في الشَّرع؛ وعلى فِإنَّ الاستحسان ممَّا يُدخِل في مفهوم القياس العام مِن هذه الجهة.
الفرع الثاني

علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة

الاستحسان المصلحی عند المالکیة من الاصق الأصول بالمصلح المرسلة، بل إن المصالح المرسلة تُعد زيکا تكوينیا رئيسا في بینته وحقيقته، فالأستحسان المصلحی كما تقدّم جلاؤه هو:
رَجُوعٌ إلى المصلحة المرسلة في مقابلَ دليل معارض من قیاس أو عَمومٍ لغظیّ، فتُقدّم المصلحة المرسلة على الدليل المعارض، فيكون استحسانًا مصلحا. أممًا المصالح المرسلة فلا يُشترط فيها وَجَودُ مَعَارِضٍ من الأدلة بل إنها تُفَرَّضُ كذلك مع الخلوٍ من المعارض؛ ومنه فإن المصالح المرسلة أعْمَم من الاستحسان المصلحی عَمُومًا مُطلقة، فكل الاستحسان مصلح هو مصلحة مرسلة، وليس كل مصلحة مرسلة استحسانا مصلحا؛ لأنّه قد يتغی الدليل المعارض.

وفي هذا يقول القَرافي بعد إيراده سؤالا في وجه التفرقة بين المُدرکين: «الاستحسان أخصّ؛ لأنّا نَشَرَط فيه أنّ يكون له معارض مَرَجح، ويرجح الاستحسان عليه، وكذلك قلنا فيه هو ترك وجه من وجه الاجتهاد لوجه أقوى منه. والمصلحة المرسلة لا يُشترَط فيها معارض، بل قد يقع تسليمه.}
عن المعارض؛ لأنَّ المعارض هاهما يُريد به الخاصَّ بذلك الباب،
وهو مُتَّبع في الاستحسان دون المصلحة المرسلة. (1)
وبِعَ الشَّاطِبيُّ القَراْفِيِّ في ذلك، فقال في كتاب "لاعتصام" بعد
تحريره لمعنى الاستحسان: "فَإِنَّ قَبْلَ هذَا مِن باب المصالح
المرسلة لا من باب الاستحسان. قلنا: نعم، إلَّا أنّهم صوَّروا
الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد، يخلف المصالح
المرسلة". (2)
فَتَضَمَّن الصُّنَاع مثلاً هو من قَبْل المصلحة المرسلة، ومن قَبْل
الاستحسان:
أَمَّا كُوْنَهُ مِن قَبْل المصلحة المرسلة، فوَجُهُ: أنَّ المصلحة في
تَضَمَّن الصُّنَاع أنَّ الْتَنَاس لَا استُعْنَاء لهم عن الصُّنَاع وبهم إليه
حاجةٌ مَّاَسَة، وهم يَخِيِبون عن الأمتَعة في غالب الأحوال،
al-أَجْمَلُ عليهم التَّقَرِيب وترُك الحفظ، فلَو لم يُحَكَم بتضمنهم مع
الحاجة المِلْحَة إليه لآدى ذلك إلى أحد أمرين:
إِمَّا ترك الاستصانة جملةً، وهذا مَّا يشْكُّ على الخلق ويَوْفِعُهم
في الحرج والدُّعَوت، والسُّرْع فَصَّد في أحكامه إلى رَفع الحرج عليهم
وُدْفَع المشقَّة الواقعة أو المتوَّقَّعة بهم.
وإِمَّا أنَّ يَعْمَلوا ولا يضمنوا ذلك إنّ ادْعَوُوا الهِلاك أو الصَّيَاو،
فَتَضَمَّن أَمْوَال الْتَنَاس، ويكون ذلك سبباً إلى تطبيق الصُنَاع على

(1) القَراْفِي، نَفَائِس الأصول ٩٦٢٧/٩.
(2) الشَّاطِبيِّ، الاعتصام ٣٦.
الخيانة وعدم التحرّز، لا سيما مع فساد الزّمان وقلّة الدّينانة والأمانة. وعلى هذا، كانت المصلحة أن يُضمنوا حفاظًا للمصلحة العامة وتقييدا لها على المصلحة الخاصة. فكان ذلك من قبل المصلحة المرسلة لمّا نُظر إلى المسألة من جهة تَحصيل المصلحة الموجبة للتّضمين.

وهذا المثال يُجّري كذلك على الاستحسان ويشجع عليه، وذلك بالنظر في الدّليل المقابل للمصلحة المرسلة التي تقدّم بيانٌ وِجْهَهَا؛ فالصداع ابتذاءً مُؤتمّن بالدّليل الشرعي، ولم يُكن ذلك استنادًا إلى حكم الهراءة الأصلية التي ترجع إلى الحكم العقليًّ، فلمّا مضّنا كان ذلك في حَيّز المستثنى من ذلك الدّليل السّرعي، فذّحت بهذا الاعتبار والنظر تحت معنى الاستحسان.

أما عِلْقاً المصلحة المرسلة بالاستحسان القياسي، فالظاهر أنَّ أكثر ما يُترّك له القياسُ الظاهر إلى القياس الخفيّ ذي الأصل البعيد: هو النظر إلى المصلحة كذلك. وهذا ما يُبيّنه كلام الإمام ابن خويز منداد، فقد جعل أساس العدول عن القياس على الأصل القريب إلى الرّد إلى الأصل البعيد: هو ما عَصّي الأصل البعيد من معانِ صيّرة القياس الثاني أُقرّ في العبه من القياس الظاهر. وذّكر من تلك المعاني: المصلحة، ورفع الضرر، ودفع المفسدة، والعذر، والعرف. وكل هذه المعاني مما يشملها معنى المصلحة.

1 الشاطبي، الاعتصام 141/142.
2 الشاطبي، الاعتصام 141/142.
قال ابن خويز منداد في كتاب "الجامع لأصول الفقه": «ومعنى قوله استحسن [عندنا]: هو القول بأقوى الدليلين؛ وذلك أن تكون الحادثة مترددة بين أصليين، وأحدهما الأصلي أقوى بها شبهًا وأقرب؛ والأصل الآخر أبعد، إلا مع القياس الظاهر، أو عرفه جار، أو ضرر من المصلحة، أو خوف مفسدة، أو ضرر من الضرر والعقير؛ فيعديل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على ذلك الأصل البعيد...»(1).

* * *

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام 3/106، كشف النقاب 125-126.
المبحث الرابع

الأدلة التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي

لقد كان لأصل الاستحسان أثرٌ بالغٌ الأهميَّة في واقع الأجهزة التفريعيَّة في المذهب المالكي، فلا تكاد تجدُ بابًا بين أبواب الفقه إلا ولاستحسان فيه أثر. وهذا المبحث مخصص لعرض بعض المسائل في مذهب المالكيين كان مثيرًا للجهد هو أصل الاستحسان:

المسألة الأولى: تضمين الرأعي المشترك.

المسالة الثانية: الإجارة على من مجهول.

المسالة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات.

المسالة الرابعة: خلط الأذعاب والزيتون واللبن.
المسألة الأولى

تضمن الرأى المشترك

الرأى إنما أن يكون خاصًا أو مشتركًا، والرأى المشترك هو الذي يُعرف لسائر الناس، فهو الذي يُصَب نفسه نحو كل من أتاه بغمته. وأما الرأى الخاص، فهو الذي يُعرف لجماعة معينة أو لشخص معين، كعشرة من الناس يتلقون لبقرهم رأيًا خاصًا. وكل من الرأي المشترك والخاص إنما أن يكون رشيدًا أو لا: فإن كان غير رشيد، فلا ضمان عليه سواء كان خاصًا أو عامًا. وإن كان الرأى رشيدًا وهو خاص، فلا ضمان عليه إلا أن يكون منه تعدٌ أو تفريط.

إن كان الرأي مشتركًا غير خاص، فعليه الضمان على ما جرى عليه العامل عند المتأخرين، وهي المسألة محل البحث. والضمان إذا قيل به إنما يكون إذا لم يثبت أن الضياع كان غير تعدٌ ولا تفريط، ولا يكون له بينة على الضياع من غير سببه. والمشهور في منته مالك أن الرأى المشترك لا ضمان

---

1) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح النافودي للأدب الأخلاقية 2/3، 2006، عليش، فتح العلي المالك 2/217، الزواوي، نفحة الأكيس في شرح عمليات فاس 3/74.
2) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح النافودي للأدب الأخلاقية 2/7/2005، 2006.
عليه(۱)، قال ابن سلمون: "ولا ضمان على الرأعي فيما تلف من الغنم وغيرها، إذا لم يتعدّ ولا فرط، وأقضى ما عليه فيما ضلَّ. وكَلِّكَ: اليمين أنَّه ما فرط ولا ت تعدَّى. وإن شرط عليه الضمان، فلا يَلَّهُمه، وفَيَسَحَّم الإجارة ورَكَت إلى أجرة المثل فيما رُحُي. والحكم في ذلك واحد، كانت الغنم لواجيء أو لجماعة. ورَوَي عن ابن المسيب أن الرأعي الذي يُلقي الناس أعناهم إليه، أنَّه ضايِمِ، لمَّا تلف منها، وراء كالصَّانع(۲)."

لكن المحتاجين من المالكية خالفوا مشهور منهبهم إلى ما اختاره ابن حبيب وإلى ما روي عن ابن المسيب من تضمين الرأعي المشترك(۳) استحسانًا، قال ابن حبيب: "والأخيرُ بهذا القول أحبُ إليه؛ لأنَّه صار كالصَّانع الذي أجمع كلٌّ من علمت من أهل العلم على تفضيله، وكذلك راعي الدواب الذي تجمع إليه بحراستها في رغبيها على أن له في كل دابة شبيها معلومًا في كل يوم(۴)." وقال في "العمليات الفاسية" مُعيِّنا أن القول بالضمان ممَّا جرّى به العقل:

ضمان راع غنم الناس رفيقه بالصَّانع في العُرْف المُعيِّن(۵)

(۱) مبارة، شرح الجامعة ۲/۱۹۳.
(۲) عيش، فتح العلي المالك ۲/۲۷-۲۷۷.
(۳) ابن فرحون، تبصرة الحكام ۲/۳۳۱، عيش، فتح العلي المالك ۲/۲۷۷.
(۴) ابن فرحون، تبصرة الحكام ۲/۳۳۱، عيش، فتح العلي المالك ۲/۲۷۷.
(۵) الزراي، تحفة الأكياض في شرح عمليات فاس ۳۶۴، ۳۶۵-۳۶۶، عيش، فتح العلي المالك ۲/۲۷۷.
والأخير أنَّ الرَّاعي، وإنَّ كان مُشترِكًا، أمينًا، ولا ضمان على أمين; قال السُّجلماسي: «والأخير في الأجر، من حيث هو راع أو غيره، أنه أمين لا ضمان عليه إلا ما استثناه الأئمة وضمنَّوهم للمصلحة العامة، كالصَّانع«[1].

لكن تُرك الأصل المقتضي لعَدَم الضَّمان لِمَا عارضته مصلحة راجحة، وهي أن تترك عدم التَّضمين ممَّا جَعل الرُّعاة يخونون، أَنْ كَانَ منهم على الحكم بِأِصل الأمانة، خاصَّةً نَمَا قدَّسَت الْدَّم وانخرمت الأمانة في الناس، قال اليزناسي في «شرح تُحَفة ابن عاصم»: «لِمَا ذِكِّرَ مِنْ يَلِيم بِسَمْان كَثِيرًا مَا أَحْكَم بِتَضْمِين الرَّاعي المُشترِك عندما يُظْهَرُ لي مَخايل كُلِّ رُعاة وِتَعْدَيْهِم وِتَفْرِيقُهُم؛ وَذَلِكَ غَالِبُ أَحَوَالِهِم»[2]. فَمَتَّى كَّانَ صَنَعَهُ اليزناسي أَنَّ الحَكَم بعَدَم تَضْمِينهم مِمَّا يَنْتَجُ عنه تَلْفُ أمور الناس، والناس بِحاجة مأَسَّة إلى هؤلاء الرُّعاة؛ فَاعْتَمَدَ في ذلك على المصلحة، وَقَطَعَ المَسَأَلَة عَن أَصْلِها المقتضي عَلَمَ التَّضمين رعَابًا للمصلحة العامة.

وقَالَ أَبِو عَلِيّ الْتَّبَالِي: «وَالقِيَاس وَالنَّظَر عَنْدُمُ ضَمان الرَّاعي المشترِك، وَالذِّي تَقْتَضِي كَثَرَةُ خَيْبَة الرُّعاة في هَذِهِ الأَزْمَنَة هو ضِمَانُه»[3].

(1) عَليش، فتح الْعَلِي الْمَالِك ٢٣٧/٢، الْوَزَانِي، نَحْفَة الأُكْبَار في شرح عمليات فَاس ٣٦٥.
(2) عَليش، فتح الْعَلِي الْمَالِك ٢٣٧/٢.
(3) عَليش، فتح الْعَلِي الْمَالِك ٢٣٧/٢.
ومما يُلْحَظُ بِمِسَالِةٍ تَضَمْنِينَ الرَّأَعِيِّ المُشَارِكِ: تَضَمَّنْ صَاحِبٌ الحَمَّامِ، فَالأَصْلُ في المعنى أنَّ الْمَنْهَبَ أنَّ لا ضَماَنَّ عَلَيْهِ(1)، كَنَّ مِنْ قَتَّاءِ الْمَالِكِيَّة مَنْ قَالَ بِالْتَّضَمِينِ لَمْ يَكُنْ تَشْكِي الْمَنْهَبَ مِنْ أَصْحَابِ الحَمَّامَاتِ؛ لَقَيلاَةُ الْذِّيَانَة وَحَرَابُ الْذَّمَم; اسْتَنَادًا مِنْهُمْ إِلَى الْمُصَلَّحةِ الرَّأَعِيَّةِ الَّتِي هِي مِنْ أَصْلِ مُنْهَبِ مَالِكِ(2).

ومَا يُلْحَظُ فِي المعنى الماليكي أنّ المتآخرين من أهل المعنى على التزامهم أتباع مشهور المعنى، فإنّهم تركوا هذا المشهور في كثير من المسائل، وأخذوا بعض الأقوال الضعيفة المروية في المعنى، بل أخذوا بأقوال خارج المعنى، وجرى بذلك عمل القضاء والمفتيين؛ وكان الدافع من وراء الحقيقة عن مشهور المعنى إلى غيره، هو لحظ المصلحة، لِيَّما في تغيير الزمان، وخلاف البدائل من الأثر في تكون المصلحة، وتبلّذها.

ومَسَائِلةٌ تَضَمْنِينَ الرَّأَعِيِّ المشَارِكِ ليست مسالة مُتقفا عليها بين المتآخرين من أهل المعنى، بل خالفة بعضهم، ومن أبرز المخالفين الإمام الشافعي صاحب المعلمة الكبيرة: "المعيار المعرجي"، وله في المسالة تأليف ينحصر فيه لÝتّضمن التضمين، سماه: "إضاعة الحُلك، والمرجع بالدرك، على من أفتي من قتاءه فاس بتضمين الراعي المشترك". وقد أُخُص هذا الجواب في كتاب "غلبة البرّوق"(3)، ومن(4) الدسوقى، حائثة على الشرح الكبير 4/ 26، أبو الحسن، كفالة الطالب الرياني 2/ 300، 310، 320، 348. 548-227.
الوجوه التي ذُكرها في عدّم التضمن وخلاف الرعاة للصناع، مما
يجري في سياق المصالح المرسلة:
عُدّم تحقُّق الحاجة العامَّة للرعاية الماشية، لأنَّ مُقتنيات الماشية
قليلٌ من الناس، على خلاف الصناع فإنَّ احتياج الناس لهم عامٌ.
قال الوثنريسي: «فلم تكن الضرورة في الرعاة كالضرورة في
الصناعة»(1). ومما يُضعف الحاجة في الرعاة ويقوّيها في الصناعة:
أنَّ الرعى مقدور على كلٍّ أُخرى، من غير استرقاء لغيره. وهذا
بخلاف الاستصناع، لا يُقدَّر على الصنائع إلا بعد تعلّم وممارسة;
ثم تعلم كلٌ الصناع ليس من مقدور الناس عادةً. فلم تكن
الضرورة في الرعاة كالضرورة في الصناع؛ فافترقت(2).

(1) الوثنريسي، عنّة البروق
(2) الوثنريسي، عنّة البروق
المسألة الثانية

الإجراء على ثمن مجهول

القياس أنَّ الإجراء لا تصح بأجرة مجهولة، فإنَّ وقعت الإجراء على أجرة غير معلومة فهي إجراء باطلة (1). لكنَّ المالكية استثناها من هذا الأصل مسائل يُؤديُّ فيها طرُد القياس إلى الحرج والمشقة المرفوعين في الشريعة؛ استندًا إلى أصل الاستحسان. ومن هذه المسائل التي استثناها المالكية:

ما جاء في "العَتْبِيَة": "سُئِل مالك عن الخُيَاط الذي بني ويبن الخُلُطُة ولا يكافِد يُخالِفُ، أسلَحْه الثَّوب، فإذا فرغ منه واجبه أراضيه على شيء أدفعه إليه. قال: لا بأس به" (2).

فالعاقدان لم يُبيِّنَا الأجرة التي تُستَحْقَّ نظير الخِيَاطة، فهي إذا مجهولة؛ لكنَّ إبطال مثل هذا التَّعَامل ممَّا ينافى مع السماحة التي هي من أهم مَظاهر الشريعة الإسلاميَّة، إذ الخُلُطُة بين الخِيَاط والمستحِيق ممَّا ينافي احتمال وقوع المشاَبَحة، وطرُد القياس في مثل هذه المسألة من الحرج، وممَّا يُجافي اليسر والمكارمة في الشريعة الإسلاميَّة؛ فعلى هذا استثْنَت من أصل المنع استحسانًا.

(1) الهواج، التاج والإكيل 7/494.
(2) العتيبي، المستخرجة مع شرحها البيان والتحصيل 8/423.
قال ابن رشد في شرح مسألة "العتبة" : "وهذا كما قال؛ لأنه مَما قد استجزاه النَّاس ومضَوَّع عليه... والمَنَع من مثل هذا وشبهن تضحيَّة على النَّاس، وحُرَّح في اللَّين، وعَلَّف فيه؛ قال الله ﷺ: "وما جاءَ على في كَرَّ من حَرَّح" [الحجج: 87]، وقال: "فَتَأَمَّل الأُجْنَابِ لا تَغُنِّوا في دَبِيكُمَّ غَيْرَ اللَّهِ" [المائدة: 77]. ... وقد كَرَّة التَّحْكِيم أن يستعمل الصَّائع حتى يُقاطع على عمله شيء مُسْتَنَبِّى، وكَرَّ ذلك ابن حبيب أيضًا، وقال: إنه لا يبلغ به التَّحْكِيم. والأَمَّر في ذلك وابْعِيْن إن شاء الله، وله التَّوْفِيق")

وانظر إلى قول ابن رشد: "الله مَما قد استجزاه النَّاس، ومضَوَّع عليه" فإنَّ فيه إشارة إلى أن عُوْفَ النَّاس المنتشر بينهم بالمسامحة في بعض التعاملات ممَّا يكون سَبِيلا للتَّحْكِيم؛ إذ الجهالة كانت سببا للمنع من تلك العقود، لِمَا تَفْضِي إليه من التَّرَاع، ومع ثبوت انتفاء المِنْانِة بِتَسْامُح الناس فيما بينهم في ذلك، يتَّثْيِب عَلَّة المعن.

ومن هذه المسائل المُستثناء استحسانًا، ما سُيّل عن ابن عبد الله المرواق من أنَّه لا بَد لصاحب البهائم الذي يشتي بالساحل بِهِمَّة أن يَدْعِي إلى بعض دور قْرَى السَّاحل فيِّنْفَق صاحب الدّار عليه، ويُعْطِي صاحب البهائم بِهِمَّة لصاحب الدّار يَنْتَفِع بها، وكلاهما يَنْتَفِع بصاحبه؛ فقال المرواق: "وهذا -والله أعلم- كله قريب، وقد أَلْفَات البُقُوم وقد شَدَّدوا عليهم في هذا، وهم لا بَد.
فأعلوه... وفي مثال هذا التشديد من الحرج في الدين (1).
وفي مثال هذه المسائل يقول سحنون: "الله عبدي أعلم أكثراً
الإجراءات على القياس، لبطلت" (2).

المسألة الثالثة

مسألة الإذن في إحياء الموت

المشهور من مذهب المالكيّة أن الأصل في الأرض الموت
أنها لمن أحيها، ولا يشتترط فيها استثناء الإمام؛ واحتجوا لذلك
بقوله: "من أحيها أرشا ميتة فهي له" (3)؛ إلا أنهم استثناوا من
هذا الأصل استحسانا الأراضي القريبة من العُمران، فقالوا: إن
إذن الإمام شرط في إحيائها (4).

قال مالك: "إذا أحيها فهي له، وإن لم يستثن الإمام... ولا
يكون له أن يحيي ما قرب من العُمران... ما قرب من العُمران
وما يشاح الناس فيه، فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا ببطيعة من

(1) المواقف، التاج والإكيل 7/44-5495.
(2) المواقف، التاج والإكيل 7/49695.
(3) رواه مالك في الموضأة، كتاب الأقضية، باب القضاء في عمارا الموت، رقم: 1424.
(4) الحطاب، مواهب الجليل 1/ 11، الخريشي، شرح مختصر خليل 70/700،
الذردي، الشرح الكبير 69/69، عليش، معج الجليل 8/73.
الإمام(1).

فالأساس الذي كان ملاحظًا لمالك في استثناء الأراضي القريبة من العمران، هو الالتقاء إلى توقيع الضرار الذي ينتج نتيجة التبخلية بين الناس وبين تلك الأراضي؛ لأن الناس يرغبون على وجه القطع في الأراضي التي تكون قرينة من العمران، فيحصل من تكاثر الرغبات تصاعدًا، وتعارضها وتدافعها، مما يفضل إلى النشاط والمخاومة؛ وقد نهى الشارع على وجه القطع عن الوسائل التي ينجز عنها التدابير والتكامد؛ وعليه فإن النظر للمصلحة هي الأساس الذي كان ينترك عليه مالك في استثنائه الأراضي الموات القريبة من العمران من أصل الإباحة العام؛ وهذا هو الاستحسان.

قال المغربي: «الموات عند الشافعي على أصل الإباحة، كالحطب والحشيء، فلا يفتقر إحياؤه إلى إذن الإمام، وعند البهائم في حماية الإمام، يفتقر إلى إذنه. وقال مالك القريب، بحيث ينشاه، فإن في فتقره، والمقطع عن العمران لا يفتقر، فأصل الشافعي إلا أنه خالفه لعارض توقف الخصومة في القريب، استحسانًا»(2).

وبناءً على مدرك مالك، فإن النظر في مسألة إحياء الموات تقرر مُتجردًا، حيث كانت المصلحة مُفتضية لعدم الإذن خالق الناس والأراضي الموات، وما أوجب المصلحة أن يقيد الإحياء بالإذن

(1) سحنون، المدونة 4/473، المالكي، الأحكام 127.
(2) المقري، نقود رقم 1095.
فَيَبْيَضُ حَتَّى وَلَوْ كَانَ الْمُوَالِدُ بَعِيدًا عَنِ الْعُمَرَانِ؛ لَأَنَّ الْحُكْمَ مُبَيِّنٌ عَلَى أَمَرٍ مَعْقُولٍ، وَهُوَ تَوْقُعُ الْصَّرَرِ وَالْفِسَادِ مِنْ تَرُكِّ الْإِحْيَاءِ دَوْنَ ضَبْطٍ.

المسألة الرابعة

 الخلط الأذى والزيت والصنوبر واللبن

ومن مسائل الاستحسان مسألة خلط مجموعة من الناس للجلجلان أو الفجل أو الزيت لعصره، ليأخذ كل واحد منهم من الزيت قئر الجلجلان أو الفجل أو الزيت الذي دفعه.

ففيّ (العقيبي) قال ابن القاسم: سألتُ مالِكًا عن معاصر الزيت-زيت الجلجلان والفجل- يأتي هذا بأرادب، وهذا بآخر، حتى يجعلهم فيها عصورون جميعاً. قال مالك: (أَيْضًا يَكُرُّهُ هَذَا لَأَنَّ بعضه يخرج أكثر من بعض، فإذا احتاج الناس إلى ذلك فأرجو أن يكون خفيفاً) لأن الناس لا يدب لهم ما يصليحهم والشيء الذي لا يجدون عنه غناء ولا بد، فأرجو أن يكون لهم في ذلك سعةٌ إن شاء الله، ولا أرى به أبدا، والزيتون مثل ذلك، وقال سحنون - في هذه المسألة- : (لا خير فيه){1}.

{1) العقيبي، العقيبي مع شرحه البيان والتحصيل 12/16، وانظر: المواقف، التاج والإكليل 6/153، عليش، منح الجليل 4/504.}
فأصلُ المسألة المنعُ من خلط الزَّيتون أو غيره لأنّ في ذلك غررا ومزايّة؛ إذ لا يُدري على وجه التحقيق قدر الزَّيت الخارج من هذا الزَّيتون ومن ذلك، والجهالة في هذا الموضوع مُقتضبة للمنع. لكن استثني من هذا الأصل هذه المسألة للحاجة الماسة للناس؛ إذ كثيرٌ من الناس ليس لهم من الزَّيتون أو الجلجلان بحيث يُقرّه العاشر بالعصر، فيجمع العاصر من زيتون الناس القدر الذي يُمكنه معه العصر. فلمّا كانت حاجة الناس إلى هذا الخلط حاجّة ماسة، وليس لهم منها بد، أجَّازها مالك استحسناؤه وتخفيفه، وكان قدرُ القياس أن لا يَجوز ذلك، كما ذهب إليه سحنون؛ قال ابن رشد في شرحه للمسألة: "قولُ سحنون هو القياس، وقولُ مالك استحسنّ خِفِّقه للضَّرورة إلى ذلك؛ إذ لا يتأتى عصرٌ اليسير من الجلجلان والفجل على جدّته مُراعاةً لقول مَن يَجزى التفاضل في ذلك من أهل العلم؛ وهذا على نحو إجازتهم للناس خلط أَدْهامهم في الضرّ بعد تصييغها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت من الضرّ أخذ كلٌّ إنسانٌ منهم على حساب ذَكَرِه، وأعطى الضرّ أجرته"(١).

ومن مسائل الاستحسان الشبيهة بالمسألة السابقة، ما ورد في كتاب النوازل ممّا جرى عليه أمر الناس في الاشتراك في اللَّبن لاستخلاص الحبص؛ لِمَّا ينتج من الحرج في استبداد كل واجب منهم بلبه، لما يحتاج إليه من المؤونة والمشقة؛ فيجتمع جماعة.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل ١٦/١٢.
 أصحاب غنم فيستأجرون راعيا أو أكتر ويخلطون اللبن.
فأجاب فقهاء الأندلس بالجواز استحسانا؛ منهم أبو سعيد بن لب، وأبو إسحاق الشاطبي، وأبنا السراج.
وجود الأجوبة هو جواب شيخ المقاصد أبي إسحاق، فبين أن مسألة خلط اللبن لاستخرج جبنه ممأ تمثل »الأصول على منهع«؛ لأن الألبان تختلف في مقدار ما يخرج منها من الجبن، كما تختلف في مقدار ما يخرج منها من الربذ والسمن، فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء معلومة لم يَكُن الخارج منها من الجبن على تلك النسبة لكل واحد، بل على اختلاف النسبة أو بجهل التساوي في النسبة؛ فصار لكل واحد يُجازي صاحبته، والمزاينة منهئ عنها»(1).

ثم أبان أن الرخصة في هذه المسألة قويّة للحاجة الماسة التي تعتري الناس؛ قال: »إلا أن لطالب الرخصة في مسألة اللبن هنا مدخلًا؛ لأن لكثير من الناس الحاجة في خلط المذكور، ولا سيما لمن كان له اليسير من اللبن الذي لا يخرج منه جبن على أصل انفراذه ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلا بحرج إن خرج. وأيضا فإن العادة في الرعاة أن ينغموا بكثير من مواسى الناس إلى المواضع البعيدة طلبا للمراعي، ولو كلفوا عند الحلب أن يحلوا لكل واحد ممّنا له في الحاشية شيء، لم يمكناهم فضلا عن أن يعقولوا له جبهة على جدة، فصار الحرج فيه على أصحاب

(1) الونشريسي، المعيار المعرّب 215/5، الشاطبي، الفتوى 208-207.
المشاوية والرَّعاة أشدّاً مَا ... في مال الزيت؛ فافتقت هذا الأصل جوارَّ مسألة خلق الألبان بذلك القصد)!1.

وبعد أن أَصَلَ الشَّاطبيُّ المسألة على أصل الاستحسان، خرَّجها على مسألة من مسائل المذهب، وهي مسألة خلق الزيتون والجلجلان التي تقدّمت، قال ﷺ: "هذا ما ظَهَرَ لي في المسألة من غير نصٍ في خُصوص المسألة استند إليه)!2... ثمَّ وجَدْتُ في "العُتْبِيَّة" قال ابن القاسم: «سأتَ مالكًا عن مَعاصر الزيت ...». فهذا كله مَعَا يُدُّلُّ على صِحَّة ما ظَهَرَ لي في الَّذين والله أَصْحَاب، والظَّاهَرُ جوازُه عَمَّالًا بهذا الأصل المَقْرَرُ في المذهب)!3.

وأجاب ابن السراج بقوله: «المسألة تَجْرَى على الخلاف في خلق الجملتان والزيتون في المعصرة، والذٰلِكْ يَتَرَجّح - والله人類 هو جوازها للحاجة، ويُقَسَّمُ الجَبين على حسبه)!4. وعلى هذه الفتوى جَرَّى المتآخرون من المالكية، فذَاعُوا ذلك مَمَّا جَرَّى به العَلَمُ، قال صاحب "العمليَّات الفاسِيَّة": والخليط للزيتون عند العصر والزيت بالسِّبب للتَّحرِّي.

2. (2) يقتضى نِصَّا لأَثَمَّة المذهب؛ لا النَّص الشُّرعي.
3. (3) اليوشريسيي، المعيار المَعَرب 5، 17، الشاطبي، الفتاوي 5/211.
4. (4) اليوشريسيي، المعيار المَعَرب 5، 217/211، المواق، التاج والإكيل 6، 15/211. و أَجَاب كذلك أبو سعيد بن لب بالجواز؛ المعيار المَعَرب 6، 217/211، المواق، التاج والإكيل 6، 15/211.
وَمْثَلُهُ جَمْعُ كَحْلٍ لِلْقَمْصٍ، وَفِي كَحْلٍ، وَالْقَمْصُ أَيضاً نَسْيَةً
وَمِثْلُهَا عِبَادُ اللَّهِ أَتَى لِرَحْمَةِ الْمَكْرِيِّيَّةِ ذِي الْحَاجَّاتِ(١)
وَمِثْلُهَا يُجْرِي عَلَى تَفْعَّلَهُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ اسْتِرَاكُ الْقَارِبِ في عَمْنَة
الْخَبْزِ وَطْيَحِ اللَّحْمِ وَمَا أَشِبَّهُ هَذَا، ثُمَّ يَقْتَسَمُونَ ذَلِكَ أَوْ يَأْكُلوهُ
جَمِيعًا دُونَ مُشَاقَّةٍ بَيْنِهِمْ، فَقَدْ أَجَازَهُ أَهْلُ الْمَنْهَبِ.
وَالْأَصْلُ عَدْمُ الْجِوازِ، لِلْوَجْهِ الَّذِي تَقْدِمُ قَبْلُ فِي الْمَسَأْلَةِ
السَّابِقَةِ؛ لِكَنْ "الْشَّرْعُ" قَدْ جَاءَ بِالْتَسْهِيلِ، فَأَجَازَ الْعَلَّامَاءَ مِثْلَ ذَلِكَ
فِي طَعَامِ الرَّفِيعِ الْأَقْارِبِ والْحِيْرَانِ إِذَا اجْتَعَمُوا وَجَمَعَوْا أَطْعَمَتِهِمْ
لِعْجَنٍ أَوْ طَيْخٍ أَوْ غَيْرَهُمَا بِقَصْدِ الإِعَانَةِ وَالْاَرْتِفَاقِ فِي رَفِعِ مُؤْنَ
الْاِشْتِغَالِ أَوْ شِبَّهَ ذَلِكَ؛ لَٰكِنَّ جَمَعَهُ تَسْهِيلُ وَتَسْهِيلُ وَتَعاوْنُ لا يُقَصَّدُ
بِمِثْلِهِ قَصْدِ الرَّبَا وَلَا المِزَابِةُ وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْمَمْنُوعَاتِ؛ فَسَمِعَ
أَنْ يُخْتَفِرَ الْغَرْزُ الْبَيْسِرُ أَوْ الرَّبَا الْبَيْسِرُ. وَلِهُ نَظَارُ فِي الْشَّرْعِ كِبْعَ
الْعَارِيَةُ بِخَرْصَةٍ نَمْرَاءً، أَوْ رَّدَّ الْقِيْرَاطِ عَلَى الْذَّرُّهُمْ فِي الْبِعْرِ(٢).

٣٠٩

(١) الْبَزَانِي، عَلَّةُ الْأَوْكَٰيَةِ ١٤٥.
(٢) الْوَشْرِيْسِي، الْمَيْعَارُ الْمَعْرُوبُ ١٥٠۶-١٥١٦، الْشَّاطِئِي، الْفَتَاوِي ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
الفَضِيلَةُ التَّالِيَةُ
سدّ الذرائع في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل أربعة مباحث؛ وهي:

• المبحث الأول: سدّ الذرائع: المفهوم، والمضمون.
• المبحث الثاني: سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقسامها، وموجهات العمل به، ومجالاته.
• المبحث الثالث: سد الذرائع في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب.
• المبحث الرابع: الشواهد التطبيقية لأصل سد الذرائع في المذهب المالكي.
المبحث الأول

سد الدّرائع: المفهوم والمضمون

وفي هذا المبحث خمسة مطالب؛ وهي:

المطلب الأول: مفهوم سد الذريعة في اللغة والاصطلاح المالكي.

المطلب الثاني: الإطلاقات المصادفة لأصل سد الدّرائع والأنواع ذات الصّلة به.

المطلب الثالث: أهميّة قاعدة سد الدّرائع.

المطلب الرابع: صلة سد الدّرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد.

وبدقة المال.

المطلب الخامس: علاقة سد الدّرائع بالمصالح والمفاسد.
المطلب الأول

مفهوم سَدّ الدَّريعة في اللُّغة والإصطلاح المالكي

الفرع الأول

مفهوم الدَّرائع لَغة

الدَّريعة: الوسيلة والسَّبب إلى الشيء، وقد تَدَرَّع فلان بِدَرِيَّة، أي تَوسَّل. والجمع: الدَّرائع. يَقال: فلان تَرِيعتي إلَيكَ، أي سَبِّيب وَوَضَلَّتني الذي أَنْسَبَ بِه إلَيكَ، قال أبو وَجَرَة يَصْنِف امرأة: طالت بها ذاك اللُّوائِن مُشَبِهةُ دَرِيَّة الجَلِّ، لا تَغطَي ولا تَدْعُ أرَاد كَانَتِها جَنِّيَة لا يَطْمع فيها.

وإطلاق الدَّريعة على السبب هو إطلاق مَجازي، إذ الدَّريعة في أصل وضعها العربي معناها كمعنى الدَّرِيَّة: وهي التَّقَاطعَة التي يَسْتَرُب بها رامي الصَّبي، وذلك أن يَمْثِل بِجَنَبها فيرميه إذا أَموَّته، وتلك التَّقاطعَة تَسْبِبُ أَوْلَاً مع الرَّحْشِ حتَّى تَفْتَنُها. ويقال تَرُع، والجمع: دَرُع، بضمَّتين.

قال ابن الأعرابي: "سَمَعى هذا البحير الدَّريَّة والدَّريعة، ثمَّ (1) ابن منظور، لسان العرب 98/8، الزبيدي، تاج العروس 1/21.
(2) ابن منظور، لسان العرب 98/8، الزبيدي، تاج العروس 1/21.
جلة الفَرَزُّ مثلاً لكل شيء أدنى من شيء وقرب منه: 
ولا الفِضْلُ إلا أسباب تُقَرِّبُها كما تَقْرِبُ للمَثْقِفِ الدُّرعٍ(1).
وُنّقِلت لفظة «الفَرَزُ» من معناها الحقيقي إلى البيع الجائز 
المتحيّل به على ما لا يجوز، وكذلك غير البيع على الوجه 
المذكور؛ فهو من مجاز المُشابهة(2)؛ لأنَّا شَبّهنا كل شيء كان 
وسيلةً لشيء غير المعنى الحقيقي بالمعنى الحقيقي، وكُونهُ مجاز 
مُشابهة -يحسب الأصل- لا ينافي أنَّها صارت حقيقة عُرفيّة؟
ومعلوم أن مجاز المُشابهة هي الاستعارة، وهي هُنا تصريحية:
فالاستعارُ لفظ فَرَزٌ، والمستعار له العقدة المتوافق بها إلى ما لا 
يجوز(3)؛ فشَبّهنا كل شيء كان وسيلة لشيء غير المعنى الحقيقي 
بمعنى الحقيقي بجمع مطلّق التَّوسل في كلِّ؛ ثمّ صارت حقيقة 
عُرفيّة(4).

ويُؤْتِجُ من المعنى العربي للكلمة في أصل وضعها معنى التَّسْتَرُّ 
والضِّخافي؛ فالخُبائل للفِضْل يَتَسْتَرَ بالثُّقافة حتّا للبعير الذي يُريد 
صيده؛ وهذا المعنى ملحوظ كذلك في المعنى الاصطلاحي 
لللفَرَزٍ؛ فإنَّ المتنَّرُ -بالنظر العمومي- يَتَسْتَرَ بفعل المشروع 
توصلا منه إلى المعنوم.

(1) ابن منصور، لسان العرب 98/8، الزبيدي، تاج العروس 21/12.
(2) خليل، التوضيح 3/366، الخرشي، شرح خليل 5/62، الصاوي، بلغة المالك
3/118-119.
(3) العندوي، حاشيته على شرح الخرشي على مختصر خليل 5/92.
(4) مذهب الفروق 3/274.
مفهوم سدّ الذريعة في الاصطلاح المالكيّ

تهجّ المالكيّة في تعريف سدّ الذانّع وي بيان حقيقة هذا الأصل منهجين، فمنهم من ترّيّف المركّب الإضافيّ سدّ الذريعة، ومنهم مّن اكتنف بتعريف الذريعة» أو » الذانّع» دون أن يّتطرّق إلى بيان معنى هذا المركّب الإضافيّ، والسّبب في ذلك لائح لا يحتاج إلى كثير نظر؛ إذ الوقوف على تعريف المركّب يكون بإضافة لفظة سد، وهي لفظة بّيّنة في ذاتها يّقصّد منها المنعّ والحسم. وعليه، فإنّي سأتناول تعريفات المالكيّة في سياق واحد دون فصل بين مّن ترّيّف الذانّع، وبين مّن ترّيّف سدّ الذريعة.

التعريف الأوّل:
قال الباجيّ في كتاب »الحدود»: الذانّع ما يّتوصّل به إلى مّحّظور العقود من إيرام عقّد أو حُلّه(1).

وتعريف الباجي للذانّع هو أخضّ من المعنى اللغويّ المفيد بأنّ الذريعة هي وسيلة الشيء مُطلّقة؛ إذّ قُيّد الباجي الذريعة بأن تكون وسيلة تفضي إلى المّحّظور، لا مُطلّق الأفضاء. وعليه، فإنّ الوسائل التي تّوصّل إلى غير المّحّظور غيّر مشمولة بالمعنى.

(1) الباجي، كتاب الحدود ٨٢٨، إحكام الفصول في أحكام الأصول فترة ٩. 
الاصطلاحٰيّ للذَّريعة.

وهذا الذي نُعطيه عبارة الباجٍ. وهذا التَّعريف أورده في كتاب "الحدود"، وهو مظهِّر الضَّبط النَّافِم لحقيَّة المحدود وعدم التَّجوز فيه؛ كما أورده هذا الحَد في مُقَدَّمة "الإحكام" في بِيَانه لحدود المعاني الودارية في الكتاب.

غير أنَّ الباجي في كتاب "الإحكام" لم يَبْحَثَ مسألة الذَّريعة لم يَقِّد معناها بخصوص العقود، بل عَمَمَ وأطلَقَ قال: "الْقَابَ مَالِيَّةَ اللَّهُ" إلى المنع من الذَّريعة: وهي المسألة التي ظاهِرَها الإباحة وتَوَسَّل بها إلى فَّقِيل المحظر، وذلك نحو أن يَبِع السُّلعة بِمَاة دِينار إلى أجل، ويشترى بِخمسين نَقدًا. فهذا قد تَوَصَّل إلى سَلَف خمسين في مَاة بَذَّكر السُّلعة...

فرى كيف أنَّ تعريفه كان أَشْمَلَ مَمَا أورده في كتاب "الحدود" ومقلَّة "الإحكام".

والذي يظهِر لي أنَّ حقيقة الذَّريعة عند المالكيّة ومنهم الباجي أعْمَم من أن تكون مُقَيَّدة بالعقود، والذى يُنْطَلَ علَى هذا أمور: أَوْلاً: أنَّ المالكيّة يِبْنون كثيرًا من الأحكام التي لا صِلَّة لها بالعقود على مَدِرَّك سَدّ الذَّريعة، فسَدُّ الذَّريعة مِبْسِوث في مذهب مالك في كِلَّ أُبواب الفقه، فاعبادات مثَّل ممّا يجري فيها إِعْمَالٌ

(1) الباجي، إحكام الفصول فترات ١٨٩٤، الإشارة ١٤٣، الزركشي، البحر المجيد ٨/٩٠.
سند الذريعة كثيراً كما سيأتي، قال الشافعي: «قاعدة الذرائع التي حكَّمها مالك في أكثر أبواب الفقه».(1)

ومنها ينكر على أن قيد «العقود» لا مفهوم له، أن الباجي وغيره ممن قيد بهذا القدر كيف كان رُشد الجدد قد بَنَوَا بعض الفروع من غير باب العقود على ما خذ سند الذرائع.


سَدَّ الدَّرَائِع في باب البيع من الكثرة والانتشار بحيث علمه القاضي
ابنِ العريض من القواعد العشرة التي بُنيَّ مالك عليها أبواب البيع،
فَأُسْحَبَ أنَّ غلبة الإعمال في هذا الباب هو السُّبْبُ الدَّاعِي إلى هذا
التَّقليد، وهذا مِنْ قَبِيل ذَكر الشَّيء بأكثر المعاني العالية به، فلا
يُعْدَ هذا القيَد قيدًا حقيقًا فيؤخذ بمفهومه؛ إذ القاعدة أنَّ الوصف
الخارج على الغالب لا مفهوم له.
قال أبو عبد الله القرطبي بعد سوقه لأدلة المالكية على حجيَّة
سَدَّ الدَّرَائِع: «فهَذِه هي الأدلة التي لنا على سَدَّ الدَّرَائِع، وعليه بني
المالكية كتاب الآجال وغيره من المسائل في البيع وغيرها، وليس
عند السُّنَّافِيَة كتاب الآجال؛ لأن ذلك عندهم عقود مختلفة
مستقلة، قالوا: وأصل الأشياء على ظواهر لا على الظنون.
والمالكية جعلوا السلعة ليستوَّل بها إلى دراهم بأكثر منها؛ وهذا
هو الربا عليه، فاعلمه»(١).
وقد عَرَف ابن رُشد الدَّرَائِع بتعريف كان مضمونه تابعا لتعريف
الباجي، وإن اختلفت بعض الألفاظ؛ قال ابن رُشد: «وهي الأشياء
التي ظاهَرُها الصَّحَّة ويتوصَّل بها إلى استِبَاحَة الربا، وذلك مثل أن
يبيع الرجل سلعة من رجل بضائعة دينار إلى أجل، ثم يبيعها
بخمسين نقدًا. وذلك حرام لا يحل ولا يجوز. وأباح الدَّرَائِع
السُّنَّافِيَة وأبو حنيفة وأصحابهم»(٢).

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١/٤٠٥-٦.
(٢) ابن رُشد، المقدمات الممهدات ١/٣٦١.
ومعلومٌ من مذهب مالك أنّ المعنى الذي ينّجح مَنْعُ الإمامُ
بعض الأعقول هو الرَّيا المنصوص على تحريمه، فتكون الذَّرائع
مُخصَّصةً بِذَرائع الفساد.
التعريف الثاني:
قال القاضي ابن العربي: »... الذَّرائع... ومعناه: كلُّ فَقَلٍ
يَمِكن أن يُتَذْرِع به أو يُتْوَضَّل به إلى ما لا يجوز، وهي مسألة
انْقَرَّد بها مالك دون سائر العلماء«(1).
يُستفاد من هذا التَّعريف ما يلي:
أوَلًا: هذا التَّعريف يَلتقي مع تعريف الباقي في تخصيص
مفهوم الذَّرائع بِالذَّرائع المُفضية إلى المحظور.
ثانيًا: من الأمور الهامة التي أضاف هذا التَّعريف الإشارة إلى
مرتبة العلم بإفضاء الوسيلة إلى ما حُظر، فهل الذَّرائع تختص بما
كان الإفضاء قطعيةً، أو أنّه يشمل ما هو أعمّ من ذلك، أو أنّه
يُقَف في رَتبة معيَّنة من رَتب العلم؟ هذا ما أشار إليه ابن العربي
من طرفٍ خفيٍّ، وذلك في قوله: »كل فعل يُمكَّن» فالإمكانُ ممّا لا
يجري على معنى القطع؛ إذ لا يصحّ البتّة أن يُقال إِنَّهِ أقطع
بالإفضاء مع إمكان عدمه؛ لأنّ ذلك جمع بين مُتناقضين في محلٍ
واحد.
ومع هذا فإنّ الإمكان من الألفاظ المُجمَّلة التي قد يُراد به
إمكان الوقوع بالظُّلّ الغالب، أو بالظُّلّ غير الغالب، بل حتّى

(1) ابن العربي، القبس 786/2.
بالإمكان التأكد، وسيأتي أن الأخير غير معتدل به.
ثالثًا: لم يُبيّن طبيعة الوسيلة المفضية إلى المحظور، هل هي
من قِبَل المباحات أم أن ذلك يشملها ويعمّ غيرها؟
وعرف ابن العربيّ الدّرائع في موضع آخر بقوله: "الذّراعين،
وهي المباحات التي يُتوصّل بها إلى المحرّمات" (1).
والذي أضاف هذا التّعريف بيانًا طبيعة الوسيلة في اقتصادها
الأصلي، فهي من المباحات إذا قُطِع النّظر عن المال الممنوع
المتوضّل بها إليه.
إلا أن التّعريف أُهمّ ما أبرزه في التّعريف السابق من بيان
بعض ما يتعلق بمرتبة العلم بالإفضاء.
وعرف ابن العربيّ كذلك الدّرائع في موضع آخر بقوله: "قال
علماؤنا: الذّراعين التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في
بعض رواياته، وتحكيت على الشقافيّ وأبي حنيفة مع تبخرهما في
الشريعة: وهو كلْ عَمَلٍ ظاهر الجواز يُتوصّل به إلى محظور" (2).
أبان التّعريف كذلك أن حكم الوسيلة ينظّر له من جهتين:
الجهة الأولى: جهّة الإقتصاد الأصلي، والجهة الثانية: جهة
الاقتصاد التجاري. والعبرة بالجهة الثانية، فحكم الوسيلة حُكم ما
تنفيذه إليه؛ وأشار إلى هذا المعنى في قوله: "كل عمل ظاهر
الجواز" فتقييده الجواز يكون ظاهريًا ينفي أن هذا الحكم غير معتدل.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن/2:321.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن/2:265.
بـ; وإنما يُعتدُّ بالحكم الذي أفضت إليه الوسيلة المباحة في الظاهر.

ويقال في هذا التعريف ما قيل في سباقه فيما يخص مرتبة العلم بالإفساء إلى المحظور.

وقال ابن العربيّ: "فَمَنَّعَ الله تعالى في كتابه أَنْ يَفْعَل فعلاً جائزًا يُؤْذَى إلى محظورٍ، ولا يَجِل هذا تعلق علماً بهذا الآية في سدّ النّراع، وهو كلّ عقّة جائز في الظاهر يَوْلُ أو يُمْكِن أنْ يَتَوَصَّل به إلى محظور"(1).

وأَوَّل ما يَجِبه السّائر في تعريف ابن العربي تعليقه النّراع بكونها ممّا تختص بالعقود؛ وقد تقتَّل في تعريف الباجي ما يَرّد على هذا التّقليد من إيرادات واعتراضات، كما أَنّي أُبْنِ عن السّبب الدّاعي إلى التّقليد. ولكن يُنَسِّك في هذا المقام أنّ ابن العربيّ نصّ نصّ صريحًا في موضع آخر من "أحكام القرآن" أنّ جماعة النّراع تختص بباب الزّب، قال ابن العربيّ في مسألة التّعريض بالتعكّاح في حال عَدَة المرأة ذاكرًا لوجود التّعريض: "وأما إذا ذَكرًا لأجنبيّة، فلا حرج عليه، ولا يحِرر على الأجنبيّ في أن يقول: إن فلما يُريد أن يُزوجك؛ فإذا لم يَنْظُر ذلك بواسطة. ولهذا

(1) ابن العربيّ، أحكام القرآن 2/556. على أنه يحمل أنه وقع تصحيف في عبارة ابن العربيّ، فصحّف "عقد" عن "عمل"، فيكون هذا التعريف كالتعريف الذي سبق: "كُلّ عمل جائز في الظاهر يؤول". وقد استعمل ابن العربيّ أصل النّراع في تعليم بعض الفروع المتّخذه عن مجال العقود، كالصلاة والصيام، انظر مثلا: أحكام القرآن 2/582.
التعريفُ ونحوه من الذّرائع المباحة؛ إذ ليس كلّ ذريعة محظورًا، وإنما يختص بالحظر الذّريعة في باب الرّبا، لقول عمر ﷺ: فهُمّعوا الرّبا والرّبيّة١، وكلّ ذريعة ريبة؛ وذلك لْعظمَ حُرْمَة الرّبا وسُيّدَة الورد في عندهُ ﷺ.

ويحتبل كلام ابن العربيّ أنّ الانتِساع في إعمال أصل سّدّ الذّرائع لا يكون على النِّهُج الذي هو في الّبيعة، لّذّني جاء من التشديد في الرّبا والحياطة له. وعليه، فإنّ الانباضاط في إجّرائه هذا الأصل يكون على وفّق شِبْنَة حُرْمَة السّيّء المتوسّل إليه، وعلى نَهْج الشّرع في حِيآة بعض المحرّمات من انتِساع وتّضيق، وعلى أُحْزَم مَدْعا تتابّع الناس في بعض المحرّمات التي تفتقدُها الطّباع والجميلّات في استُجّلاب الحظوظ إلّيها، فكلّ ذلك يحارب مَدّى

(1) روى ابن ماجه في كتاب التجارة، باب التغليظ في الرّبا، رقم: 276، واحمد في المسند، رقم: 238، 331، ومحمد بن نصر المرموزي في والسنة: عن قادة سعيد بن المسبع عن عمر بن الخطاب قال: إنّ أُجْرَ ما نزلت آية الرّبا، وإنّ رسول الله ﷺ فرض ولم يفسّرها لنا، فهُمّعوا الرّبا والرّبيّة. (واللفظ لابن ماجه).

(2) بهذا البند، إن كان لم يسمع من عمر، فقد صحّح كثير من أهل الحديث روايته عنّه؛ إذ كان أعلم الناس به.

ورواه الدارميّ (129)، قال: أخبرنا شليمان بن حرب ثنا ابن سلمة عن داودٍ عن النبي ﷺ كأنه قال: يا أيها الناس إنا لا ندري لعلّنا نمركم بشيء لا نتجلّ لكم، ولعلنا نجعلكم أشياء هي لكم حلالًا، إنّ أُجْرَ ما نزل من القرآن آية الرّبا، وإنّ رسول الله ﷺ لم يبتغها لنا حتّى مات، فهُمّعوا ما يرّيكم إلى ما لا يرّيكم، والشّعبي لم يسمع من عمر.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن/287.
التعريف الثالث:
قال المازريّ عن سدّ الذّريعة: "واعتن الفقهاء: منع ما يجوز
فَتَلَا يُطرَّق بِهِ إِلَى ما لا يجوز".(1)
فسدّ الذّريعة هو إلحاق حكم الوسيلة بحكم المال لِمَا كانت الوسيلة
وُضَلَّة إلى هذا المال، فنُمَنِّع الوسيلة بحكم منع ما أفضت إليه،
وَغَابُ في تعريه البيان عن رتبة العلم بالإفشاء إلى المحظور.
التعريف الرابع:
وعنّ الذّريعة أبو عبد الله القرطبيّ المفسّر بقوله: "والذّريعة
عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يُخفَّف من ارتكابه الوقوع في
ممنوع".(2).
وعن ذلك
تعرّف القرطبيّ من أوجّى التعريفات بحقيقة الذّريعة؛ بيان ذلك
في الأمور الآتية:
أولاً: أبان أنّ الحكم الأصليّ للوسيلة هو عدم المنع، وهو
قوله: "غير ممنوع لنفسه"، فالمنع الذي عُرِضّ لهذه الوسيلة إنّما
كان لأمر خارجيّ، وهو المال الممنوع.
ثانيًا: قول القرطبيّ: "يُخفَّف" فيه بيانٌ جليّ لمرتبة العلم بالإفشاء
الوسيلة إلى المال المحظور، فالخوف في اللغة العربيّة يُقصَدُ به

(1) المازري، شرح التلقين 4/176، وعنه: ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح
2/242، مقاصد الشريعة الإسلامية 3/635-6، التحرير والتثوير 1/421.
(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 2/58-57.
الظنّ، لا الهم.

قال الله تعالى: «فَمَنْ خَافَ عِنْدَ النَّاسِ غَيْبَةَ الْكَرِيمِ ۖ فَلَا إِنَّكَ إِلَّا عَلِيٌّ وَلَطِيمٌ نَّجِيمٌ» [البقرة: 182].

قال ابن عاشور: «ومعنى «خاف» هذا الظنّ والوقوع؛ لأنّ ظنّ المكرّه خوفٌ، فأطلق الخوف على لازمه وهو الظنّ والوقوع، وإشارة إلى أنّ ما توفره المتوقّع من قبيل المكرّه. . ومن إطلاق الخوف في مثل هذا قولٌ أبي بكر بن عطاء التقي: »أخافُ إذًا ما بَيْتُ أنّ لا أُنْقَوْها!»

أيّ: أظنّ وأعلم شيئا مكرّوها؛ ولذا قال قبله: »نُرَوَّي عظامي بعد مَوْتِي عَرُوفُها«.(1)

وناسب أنّ يع braz بالخوف على ظنّ خصول المحظور، كون المحظور أمرًا مكرّوها.

وأحسب أنّ تعريف أبي عبد الله القرطبيّ مأخوذ عن شيخه أبي العباس القرطبيّ؛ لأنّ هذا الأخير عَرِف سِدّ الذّرائع بما يُشبّه التّعريف السَّالِف الذّكر، وهو سابق لأبي عبد الله، كما أنّ أبا عبد الله كثير التّقل عنه في كتابه «الجامع»؛ قال أبو العباس القرطبيّ مُّعرِفًا سِدّ الذّرائع: «الامتناع ممّا ليس ممنوعًا في نفسه؛ مخافة الوقوع في محظور».(2)

(1) ابن عاشور، التحرير والتنوير 2/153.
(2) القرطبي، المفهوم 1/285. ويشبهه تعريف ابن عرفة: «سِدّ الذّرائع هو الامتناع ممّا لم يلبّ عنه، حسبّة الوقوع فيما يربّ عنه». تفسير ابن عرفة 259/1.
التعريف الخامس:
قال الشاطبي: "سدّ الذّرائع... غالبها تذرُّع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن ماله غير مشروع".
وعليه فإنّه عراّف سدّ الذّرائع في موضع آخر بقوله: "سدّ الذّرائع هو: منع الجائز لأنه يجر إلى غير الجائز".
و هذا التعريف يرد عليه أنه لم يبين عن رتب العلم بالإفشاء إلى المال الممنوع.
التعريف السادس:
وعراّف القاضي عبد الوهاب الذّرائع في سياق بحثه للمبيوع بقوله في "الإشراف": "الذّرائع الأمر الذي ظاهره الجواز إذا قويت تهمة التذرّع إلى الممنوع".
وقال في "المعونة": "أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التذرّع به والتذرّع إلى الأمر المحظور".
فالأصل في الذّرائع أن ظاهرها على الجواز. وأحسّن في التعريف الأول وضمّه الجواز بأنه ظاهر، أمّا في حقيقة الأمر فحكمه أنه أبّل إلى المنع.
(1) الشاطبي، المواقف، 4/198.
(2) الشاطبي، الاختصاص، 177.
(3) عبد الوهاب بن نصر، الإشراف.
(4) عبد الوهاب بن نصر، المعونة، 2/337.
أما المتذرَع إليه فيكون ممنوعاً ومحظوراً.
وزاد هذا التعريف على التعريفات الساَبقة إذ خال منئ التَّهمة في الذَّراع، وسُرْط الاتهام فيها أن تكون قوَية. ذلك أن مُتعاطي ما أُبرح ظاهرًا إن قويَّة التَّهمة بأن الناس يقرون إلى الممنوع، سُدّ الباب رأسًا وحَسِيم التطرُق إليه. والتَّهمة تُعطى أن الإفشاء إلى الممنوع ليس قاطعًا، وإنما هو مبني على أساسي من الظَّن.

التعريف السَّادس:
قال القَرَافي: "ومعناه: حَسَب ماكَة وسائَل الفساد كفَعًا له؛ فمثِل
كان الفعل السَّالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة متعَّ مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور" (1)، وتَبعه على هذا التعريف كل من المقرِّي في "القواعد" (2)، وابن رحون في "تبصرة الحكَام" (3)، وغيرها (4).

وعَرَف القَرَافي يرجع مَناظر المنع في الوسائل إلى ما تؤول إليه من المفسدة، فحقيقة ضد الجارع عادلة إلى النَّظر في المصلحة والمفسدة والموازنة بينهما، فالوسيلة بحكم الإباحة فيها -في الاقتباس الأصلي- قد يكون فيها مصلحة، لكنَّ ربما كان ركوب هذه الوسيلة ممَّا ينتج عنه مفسدُ تربُّث على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصلي؛ فكان من مقتضى منهج السِّرع في التشريع أنَّ

(1) القرافي، الفروق 2/132، شرح تنقيح الفصول 448.
(2) المقر، القواعد رقم 228.
(3) ابن رحون، تبصرة الحكَام 2/364.
(4) المشاط، الجوهر الثمينة 225.
تُتمَّع هذه الوسيلة، مُسايرة لأصل المعقوليَّة في التشريع، ومُساوِكة لمركزَيْة المصلحة فيه.
لكن تعريف القرافئي لسد الذَّرائع عامًا جدًا، فالنسبُ المستلزم لملزومه الممتنع داخِل في مُثنِئِت تعريف القرافئي، وسُميَّة أن هذا النوع من الإفراز الديلازمي ليس من حقيقة الذَّرائع التي جَزَّرَت بين العلماء في أصطلاحهم.
ومشى السُّنَّيُّ ابن عاشور على خطى القرافئي في تعريف سدّ الذريعة فقال: «هَذَا المَرْكَب في أصْطِلاح الفقهاء لـ: إيطال الأعمال التي تؤول إلى فساد مُعتبِر»(1).
وعَرَفُ ابن عاشور أحسن من تعريف القرافئي، لتقبيه الفساد الذي تؤول إليه الوسيلة بكونه فسادًا مُعتبرًا، أي راجحاً على المصلحة التي تَعْطَيها الوسيلة في اقتضائها الأصلي؛ إذ الوسيلة التي تُثنِي إلى فساد وتكون مصلحة الوسيلة في اقتضاها الأصلي أرجح من هذا الفساد: لا تُتمَّع.
وَيَلَّحَظُ في عموم التَّعريفات أن الذَّرائع المقصودة في اصطلاح المالكيَّة هي ذرائع الفساد خاصَة؛ قال السُّنَّيُّ مَحَّد الظاهر بن عاشور رحمه الله: «سَدُّ الذَّرائع لَقب غلَب على ذرائع الفساد؛ ولكن من جهة اللُّغة يُدل على معنى قولهم إعطاء الوسيلة حكَم المقصود»(2).

(1) ابن عاشور، مقاتنات الشريعة الإسلامية، 325.
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/276، وانظر: حاشية التوضيح والتصحيح 2/272، مقاتنات الشريعة الإسلامية، 329.
وإن نَحْنُ نَظَرُنا في تعريف القرافي وأتباعه، ومَنْ تَقَأَّمَ بالتعريفات السَّابقة: تَظَهَّرَ أَمْرًا هَامًّا، وهو أنَّ المَتَنِّعَ إليه عند القرافي هو "المساند"، أمّا عند غيره: فالحصرِ المَصْمِّن وَالْمَصْمِّنَوْهُ "ما لا يَجْزَوْهُ" أو "المَحْظُور" أو "المَحْرَم".

وَقَد ذَكَرَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ بَيْنَ الدَّرَائِع الاصطلاحيَّة الْوَارِدةَ في كَلَامْ الفقهاء، هي الوسيلة التي تُنْفِضُ إلى فَعْلٍ مَحْرَمٍ (١)। أمّا الوسيلة التي تُنْفِضُ إلى فَعْلٍ لَا يَسْتَحْرَمُهُ فَعْلًا مَحْرَمًا (كَسْر بِالخمار المَفْضَّي إلى السَّكَر، وَالْزَنَا المَفْضَّي إلى اختلاط المَاء)، أو كان الشيء فَساَدًا (كَالْقَتْلِ وَالْزَلَّامِ): فَلِيَسْ هَذَا مِنَ الدَّرَائِع الْعَرْفِيَّة في اصطلاح الفقهاء. إذْ تَعْلَمُ أنَّ الْمَحْظُوراتِ إِنْما خَرَجَتْ لَوْ كُونَتْ فِي نفْسِها، أَوْ كُونَتْ مُفْضِيَةً إِلَى فَساَدٍ، بِحَيثْ تَكُونُ هي في نفْسِها مَنْفَعَةٌ، وَهِي مُفْضِيَةٌ إِلَى ضَرَرٍ أَكْثَرَ مِنْهَا، فَيَنْحَرُ. وَلَوْ أَذْلَكَ هَذَا فِي مُسَمِّي الدَّرَائِع، لَكَانَ فِي ذلِكْ إِذْ خَالِئٌ لِعَامَة الْمَحْرَمَاتِ فِي الدَّرَائِع، وَهَذَا وَلَنْ كَانَ ضَحِيحًا مِنْ وَجْهِه، فَلِيَسْ هَذَا المَقْصُودُ مِنَ الدَّرَائِع الاصطلاحيَّة. وَهَذِهِ الْوَسَائِل الَّتِي لَيْسَتْ دَاخِلَةً فِي الإِلَتِمَاس الْعَرْفِيِّ لِلْدَرَائِع، مُسَمِّيَ: سَبْبًا أو مُقْتِضَا وَنَحْوَهُ ذلك من الأسماء (٢).

وَظَاهَرٌ مِنَ الْتَعَرِيفات الَّتِي سَمِّيَتْها قَبْلُ تعريف القرافي: أنَّها تعريفات للدَرَائِع الاصطلاحيَّة الَّتِي أُشَارَ إِلَيْهَا ابن تَيْمِيَّة. أمَّا ما

(١) ابن تَيْمِيَّة، بَيْان الدَّلِيل عَلَى بَطَالَة التَحْلِيلٍ ٢٥٤.
(٢) ابن تَيْمِيَّة، بَيْان الدَّلِيل عَلَى بَطَالَة التَحْلِيلٍ ٢٥٤ بَاِخْتِصار.
ذكره القرافي، فقد توسعت في مفهوم الذّرائع. وقد انتقد التنقي السبكي وابنه أنساب القرافي في مسمى الذّرائع، بحيث أدخل فيها ما ليس منها، ثم ادعى بعد ذلك أن الكّلّ قائل بِها، لكن الخلاف في الانتساب في القول بها. قال التنقي: «... وقد أطلق هذه القاعدة على أعمّ منها؛ ثمّ زعم أنّ كلّ أحد يقول ببعضها؛ وسقدّّم لك أنّ الشافعي لا يقول بشيء منها، وأنّ ما ذُكر أنّ الآثمة أجمعت عليه ليس من مُسمى سدّ الذّرائع في شيء»(1)، «... إنّما أراد الشافعي رفعّت تحرير الوسائل لسّدّ الذّرائع، والوسائل تُستلزم المتوسل إلى...»(2).

وتّحريّر الأمر أنّه قال: هنالك إطلاعات للذّرائع الإصطلاحية، تختلف عموما وخصوصا، وهي ثلاثة إطلاعات: إطلاع خاص، وإطلاق عام، وإطلاق أعم:

الأوّل: وهو الإطلاع الخاص، فهو ما كان فيه المتذرّع إليه فِعلاً حراماً.

الثاني: وهو الإطلاع العامّ. وهو ما كان المتذرّع إليه مفسدة أو فعلاً حراماً. وهذا أعم من الإطلاع الأوّل عمومًا مطلقاً. (وقد جرى على هذا كثير من المالكية في فروع فقههم، فلا يقترون الذّرائع بما أدى إلى الفعل الحرام فقط).

---

(1) السبكي، الأشباح والنظائر 1/119. وعنه: العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجوامع 1399/2، الزركشي، البحر المحيط 93/8.

(2) المراجع السابقة.
ثالث: الإطلاق الأعمٍ، وهو أعمٌ من سابقه، وذلك بإدراج الوسائل المستقلة للمتوصل إليه. على ما جرى عليه القرافي.

وهذا أعم من سابقه.

والذي يقصده المالكة في خصوص بيع الآجال، والبيع عاماً، هو الإطلاق الخاص ؛ لذلك نرى أن المالكة فيما تقدم من تعريفاتهم عرفوا الذّرائع بهذا المفهوم.

وعلى هذا الملحظ ينبغي أن ينزل كل نقل وكل نص من كلام الفقهاء على مراده ومقصوده من الذّرائع.

وعلى هذا فترّ في الإطلاق الخاص للذّرائع بين الوسائل التي ينطّل بها إلى فعّال ممنوع، وبين الوسائل التي تنضّي إلى قساو، أو كان الشيء في نفسه قاسًا.

نعم، الممنوع بما هو ممنوع لا بد وأن يكون مشتملاً للفساد. لذلك كان مناط إحصاء حكم المتنزّل إليه بالوسيلة المأذون فيها بالأصل- هو الفساد.

وفي الأخير أخلص إلى استنتاج ركائز مفهوم سد الذّرائع عند المالكية:

أوّلا: الأصل في حكم الوسيلة في اقتصادتها الأصلي أن تكون مأذونًا فيها، فليس من حقيقة الذّرائع الوسائل المحرمة لذاتها، وإنّما تعني بالذّرائع الذّرائع المحبة في ذاتها بالنظر الأولى الذي يكون بقطع النظر عن الاعتبارات الأخرى.

ثانيًا: حكم الوسيلة بعد إعمال سد الذّرائع هو المنع؛ تنزيلاً
لها منزلة الغاية المتوسّل إليها وهي المعنوي.

ثالثاً: الإفصاح إلى المحظور يكون على أساسي من الطّرف الذي هو معمول به في أبواب الشّريعة؛ أمّا الوسائط التي تستلزم المحظور بذاتها فليست من حقيقة الّذينّ الرّائع، كما سيأتي الإبانة عنه في بحث أركان الّذينّ الرّائع إن شاء الله.

رابعًا: مناظ العدول عن الاقتضاء الأصلي إلى الاقتضاء التّبعي: ترجح مفسدة المال على المصلحة الأصلية للوسيلة.

خامساً: المستولى على الذّريعة حكمه المنع، فالّذين الرّائع في إطلاقها الاصطلاحي عند المالكية تختص بذرائع المحظور.

سادسًا: سدّ الّذين الرّائع تتعلّق بكُلّ أبوب الفقه، ولا اختصاص لها بباب العقود دون غيره من الأبواب. لكن تختلف في مّدى الإعمال تبعًا لاعتبارات تحكُّم ذلك.

التعريف المختار:

وتأسّسًا على المّرتكرات المستخلصة من تعريفات المالكية، فإنّ التّعرف الأقرب في نظري لأصل سدّ الّذين الرّائع عند المالكية هو:

«منع الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى الممنوع شرعًا إفشاءً ظنيًا» ترجيحًا لفساد المال على مصلحة الوسيلة في اقتصادها الأصلي على. وهذا تعريف للذّين الرّائع الخاصّة، فإنّ شئت أن تعرّف الذّين الرّائع بمفهومها العامّ، فأضاف: [أو فساد]: «منع الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى ممنوع شرعًا [أو فساد] إفشاءً ظنيًا».
ترجيحًا لفساد المال على مصلحة الوسيلة في أقضائها الأصليين.
فدخل المرتكز الأول في التَّعريف بقولي: «الوسيلة المأذون فيها».
ودخل المرتكز الثاني في التَّعريف بقولي: «منع الوسيلة».
ودخل المرتكز الثالث في التَّعريف بقولي: «المفضِّبة إلى الممنوع شرعاً إفشاءً ظنيًّا».
ودخل المرتكز الرابع في التَّعريف بقولي: «ترجيحًا لفساد المال على مصلحة الوسيلة في أقضائها الأصليين».
ودخل المرتكز الخامس في التَّعريف بقولي: «المفضِّبة إلى الممنوع شرعاً».
الفرع الثالث
أركان سدّ الدّرائع

أصلُ سدّ الدّرائع يقوم على أربعة أركان: الوسيلة، والمتوسلٌ إليه، ومرتبة العلم بالإفضاء، وسبيب العدول عن الحكم الأصليٌّ للوسيلة إلى حكم المتوسل إليه.

الركن الأوَّل: الوسيلة:

الوسيلة المتذرّع بها إلى الممنوع هي الركن الأوَّل في أصل سدّ الدّرائع، وهي ما يتوصّل به إلى الممنوع ويكون طريقا إليه. ومن تتبعي لكلام العلماء في مسألة سدّ الدّرائع تبين لي أن هناك خلافا في الوسائل المستلزمة للمتوسل إليه؛ فمن العلماء من يُدخّل هذه الوسيلة في مفهوم الدّرائع كالدّرائيين ومنه تبعه على تقسيمه الذي سيأتي الإبانة عنه؛ ومنهم من اعترّض على إدراج هذا النوع في حقيقة الدّرائع؛ إذ فرق بين الوسائل المستلزمة للمتوسل إليه، وبين الوسائل التي لا يقطع فيها بالإفضاء إلى المتوسل إليه، فلا خلاف يعلم في أن الوسائل المستلزمة للمتوسل إليه ممنوعة؛ وذلك أنه لا يعقل أن يمنع السّيء ثم لا يمنع ما أفضى إليه إفضاء تلازمًا.

ومن المعتقدين على عدّ هذا النوع من الوسائلي فإنّ
الذرائع تقي الدين السبكي وابن تاج الدين:
قال تاج الدين السبكي معيقاً على القرافي: «وقد أطلق هذه القاعدة على أعمّ منها؛ ثم زعم أن كله أحد يقول بعضها، وسماً لكي أن الشافعي لا يقول بشيء منها، وأن ما ذكر أن الآلته أجمعه عنه ليس من مسحات سداد الذراع في شيء»(1).

وقد اعتبرت النصي السبكي على ابن الرفعة حيث خرج قول الشافعي بساد الذراع من فرع فقهي مستند على الوسائل المتصلة للعوامل إليه، فقد ذكر الشافعي في باب إحياء الموت من الأمitem عند النهي عن ميعان الماء ليمنع به الكلا: «أنما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى»(2)، فقال ابن الرفعة: «في هذا ما يثبت أن الذراع إلى الحرام والحلال تُهة معاوني الحلول والحرم»(3).

فنازعة النصي السبكي فقال: «إنه أراد الشافعي رحمه الله تحريم الوسائل لا سداد الذراع، والوسائل تستلزم المتوسل إليه، ومن هذا منع الماء فإنه يستلزم من الكلا الذي هو حرام، ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل؛ ولذلك نقول من حبس شخصا

(1) السبكي، الأشبة والنظائر 1/119 وعنه: المطهر، حاشيته على شرح المحيط على جمع الجوامع 2/399، الزركشي، البحرين المحيط 96.
(2) الشافعي، الأم 4/51، السبكي، الأشبة والنظائر 1/119، العطار، حاشيته على شرح المحيط على جمع الجوامع 2/399، الزركشي، البحرين المحيط 96.
(3) السبكي، الأشبة والنظائر 1/120-121، العطار، حاشيته على شرح المحيط على جمع الجوامع 2/399، الزركشي، البحرين المحيط 96.
ومنعه من الّطعام والّشراب فهو قاتل له؛ وما هذا من سدّ الّذّرائع
في شيء... وكلام الشّافعي في نفس الّذّرائع لا في سلّها،
وأصل النزاع بيننا وبين المالكي إنّما هو في سلّها\(^1\).
وقد سبق إلى هذا التحقيق الإمام أبو العبّاس الّفاطمي المالكي،
فقد عدّ الّوسائل المستلزمّة للمحظور منّا لا دخل لها بباب
الّذّرائع، وإنّما يختصّ بباب الّذّرائع بالوسائل التي لا يلزم عنها
الممنوع؛ قال الّفاطمي: «أعلم أنّ ما يفاضي إلى الوقوع في
المحظور:
إِنَّما أَنَّ يَلَزُّ مِنْهُ الْوُقْعَ قَطْعًا أَوْ لَا. وَالآوِل لِنَيْسِ مِنْ هٰذِه
الباب، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلّا باجتنابه، ففعله
حرام، من باب ما لا ينطح الّواجيب إلّا به فهو واجبٌ.
والذي لا يلزم: إِنَّما أَنْ يَفْضَسِ إلى الّمحظور: (١) غالباً، أو
(٢) ينفّذ عنه غالباً، أو (٣) يتساوي الأمران وهو المسمى ب-
الّذّرائع» عندنا\(^2\).
بل قد سبق الجميع إلى عدم عدّ الّوسائل المستلزمّة في نفسها
للالممنوع القاضي أبو الوليد الّباحي حيث قال في «المنتقي»:
الّذّرائع يقوى منعها بتكّرر القصد إليه والغرس فيه، فيعبر عنه
 أصحابنا بقّوة التّهمّة فيه، ويضعف وجه الممنع بقلّة قصدته، وذلك
فيما يحتمل وجوّهًا من الصّحّة ووجهًا أو وجوهًا من الفساد

(١) المراجع السابقة.
(٢) الزركشي، البحر المحيط ٨/٩٠.
المقتضى للمنع، فيحمل على المقصود من تلك الوجهة؛ وأما ما كان الفساد له فلما فإن ذلك ممنوع لنفسه(1).

وهذا الذي تم تحريره مما يظهر من كلام ابن العربي حيث قال في «العارة» في مسألة الصلاة على الميت في المسجد: «إلا أن ما أليك لا احتراسه وخشية للذَّرائع ممَّع من إدخالهم في المسجد، لأن النَّاس يستبرلون في ذلك. . . وخشي الذَّرائع فيما لا يكون من اللَّوازم أصل في الدين(2)، فجعل الذَّرائع التي تُحسَّس ممَّا لم تكن من قبيل اللَّوازم.

ولا تختصر الذَّرائع التي يجب سلُها ومنعها بالأفعال، وإنما تشمل إلى جانب الأفعال ترك الأفعال التي يُتوَسِّّل بها إلى الممنوع(3).

الركن الثاني: والمتوسّل إليه:

المتوسّل إليه أو المتذَّرَع إليه هو المحظور الذي تُفضّل إليه الوسيلة المتذَّرَع بها إليه، ومن طبيعة هذا الممنوع أن يكون مُحترمًا للفاسد الذي من أجله متع شرعًا؛ إذ الشرع لا يمتع ما فيه الصلاح الراجح؛ حكمة منه تعالى ورحمة بالخلق. وعليه، فإنَّ شرط المتوسّل إليه أن يكون ممنوعاً محظوراً، ليكون داخلا في مفهوم

---

(1) الباجي، المتنقي، 4/165-166.

(2) ابن العربي، عارضة الأحذري، 198-199، الحطب، مواهب الجليل 2.

(3) علي، منح الجليل 1/511.

(3) محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 57/59.
سدّ الذّرائع التي قالت به المالكية ومن تبعهم من أهل المذاهب؛
لأنّ المنع من الذّرائع هو إعطاء الذّريعة حكم المتذرّع إليه، فإذا لم
يُكن المتذرّع إليه محظورا لم يكن هنالك في المنع من الذّرائع
إعطاء الذّريعة حكم المتذرّع إليه.

وهذا على الإطلاق الخاص للذّرائع.
أما على الإطلاق العام، فإنّ المتذرّع إليه: إذا أُنّ يكون فعلا
محظورًا، وإما أن يكون مفسدة. على أن تكون المفسدة هذه أُرجح
من مصلحة الوسيلة، لتمنع الوسيلة المفسدة إلى هذا الفساد.
تنبيه: وممّا ينبغي الإلماع إليه في هذا المقام أنّ للذّرائع
إطلاقين، من جهة أخرى غير ما تقدّم: إطلاق عام، وإطلاق
خاصٍ. أما الإطلاق العام: يُراد بالذّرائع فيه مطلق الوسائل،
بغضّ النظر عن إفراطها إلى المصالح أو المفاسد؛ فهو استعمال
للذّرائع بمفهومها العربي، وعلى هذا الإطلاق يشمل إلى جانب قد
الذرائع فتح الذّرائع.

أما الإطلاق الخاص: فَيُراد به الذّرائع التي تكون وسيلةً إلى
خصوص المحظور، وهو المعنى الذي يكثُر تداوله، والذّي سبق
تعريفه.

وعليه، فيجب أن يُلاحظ هذا التّبَوَّع في الإطلاقات، فمن
العلماء من يّجري في كلامه الإطلاقان، ففي مّواضع يُريد المعنى
الخاص، وفي مواضع أخرى يُريد المعنى العام.
الرَّكن الثالث: مرتبة العلم بالإفشاء:
تقدَّم قريباً أنَّ القَطع بِحُصول الممنوع من الوسيلة فيما كان طريقه التلازام بين الوسيلة والمتصلَّ، ليس داخلاً على التحقيق في مسمى الدَّرَجات الإسقاطيّة. وعليه، فإنَّ مرتبة العلم المعتمدة في المنع من الدَّرَجات هي مرتبة الظُّنّ بِمُختلف رُتبِّها، من الظُّنّ الغالب فما دونه. وسَيأتي لهذا الرَّكن مزيدٌ يَيان.

الرَّكن الرابع: مُناط العُدُول عن الإفشاء الأصليّ إلى الإفشاء التبجيٌّ:
أما عن مَناط العُدُول عَن الحَكم الأصليّ للوسيلة إلى حُكم المَال، وهو حُكم المَتنزَّع إليه- فهو تَرجُح مُفسدة المَال على مصلحة الوسيلة؛ إذ أُفضِت عمليَّة المَوازنة بين مصالح الأصل ومصالح المَال إلى أنَّ قوَيّ اعتبار مُفسدة المَال على ما يُستجَلِب من مصلحة الأصل؛ والأصل المَقرَّر في الشَّرَع أنَّ المَفسدة الزَّاجحة واجبة الدَّفع والمنع على المصلحة المرجحة؛ ومن ثَمّ مُنعت الذِّريعة وسُنِّت ترجيحًا لهذا المَال.

فسَدُّ الدَّرَجات إنّما يكون تطبيقه في حال الانتقال من الإباحة إلى الحظر؛ لأنَّ المصلحة التي كانت مُناظِرة للحَل، والإباحة قد انخرمت بما سَببه المَكلَّفون من إِجراء الفَعل على خلاف ما قَضَّد إليه الشَّرَع من مصلحة؛ فكان لزاماً -جرياناً مع معقولاً- هذه الشَّريعة أن يَنقل الحَكم من الإباحة إلى غيرها؛ حَفاظًا على مقصود الشَّارع أن يُحَرَّم.
المطلب الثاني

الإرسالات المتقدمة لأصل سدّ الدّرائع، والألفاظ ذات الصلة به

للملكيّة بعض الإطلاقات مُرادفة للدّرائع الاصطلاليّة عندهم، وبعضها لها بها عيلتة؛ فمن هذه الإطلاقات التي وقفت عليها:

١- الوسائل: قال القراقي: "وريما غيّر عن الوسائل بالدّرائع؛ وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللّفظ المشهور في مذهبنا، ولذلك يقولون سدّ الدّرائع" (١). غير أن الوسائل عادة ما تطلق على مطلق التوسّل، بقطع النظر عن المتوسّل إليه، فكلّ دّراعة وسيلة، لكن ليس كل وسيلة دّرعة، إذ الدّرائع تختص حال الإطلاق على ذرائع المحظور.

وسّبّق في كلام تقي الدين السبكي تفرّقته بين الوسائل والدّرائع، فالوسائل مخصصة عنده بما أفضّل إلى الممكن على جهة اللّزوم. ولهذا فإن الدّرائع عند بعضهم تختلف في مفهومها عن الوسائل (٢).

٢- الشبهة: قال القاضي ابن العربيّ: "...وأمام المعنى، فإنّ

(١) القراقي، الفروق ٢/٣٢.
(٢) السبكي، الأشياء والنظائر ١١٩/١٠-١٢٠٠، وعنه: العطار، حاشيته على شرح المحلي على جمع الجامع ١٣٣٩/٣، الزركشي، البحر المحيط ٩٣/٨.
وقد قيل عن مذهب مالك إشارةً إلى سدّ الذرائع: «ومذهبهُ
عُمِّرْيَةً، سَدُّ الحِيْل، وَأَقَاءَ الشَّبهات»١. 
فُمِراعة الشَّبهة عند المالكية - فيما قال ابن العربي - هو منعُ
الذرِيعة وقُطْعُها لَمَّا كانت هذه الذِّرِيعة مُثيرَةً لِشبِهة التَّوسل بالآدُون
فيه إلى الممنوِع منه. ولفظُ الشَّبهة تتضمن مَعنى زائدًا: وهو أنَّ
إِفْضِاء الوِسيلة إلى الممنوِع لا يُونَ على سَبيل القطع؛ بل إنَّها تُنِدِّل
على الإِفْضِاء الذي لم يُوقَ إلى مرتبة اليقين، وإِلا لم كان حراماً لا
شَهِيْة فيه. 
على أنَّ الظاهر من إِطْلاق الشَّبهة أنها أعْمِمَ منْ أنَّ تكوَّن
مُختِصَةً بالذَّرِائع، فليس كلُّ شَبهة ذِرىَة، وكلُّ ذِرىَة تَتَضَمَّن شَبهة
كُونها حرامًا. وهذا ما يَشْهَد له قوَّل ابن العربي في الأحكام: 
... الشَّبهات، ومنها الذَّرِائع»٢.
٣- التَّهَمَة: وِينَ إِطْلاقِ المِالكِيَة لِلذِّرِيعة إِطْلاَقُهُم لفظة

١ (ابن العربي، القبس) ٧٧٩ /٢
٢ (ابن العربي، القبس) ٧٨٦ /٢
٣ (الصاوي، بلغة السالك) ١١٧ /١
٤ (ابن العربي، أحكام القرآن) ٢٧٠ /٢
التهمة(1)؛ يقولون: مدرك المنع من هذا أنَّ مالكًا أنَّهم العاقدين
على القصد إلى الرُّبَى(2). ذلك أنَّ مَنْ مَنَعَ المالكية للذَّرائع كَانَ على
أساس أنَّهم الناس بِقَضْدِهم تَناوَلُ تلك الوسيلة للتنزُّع بها إلى
الحرام. والذَّرائع عِنْدهم تَعمَّل إنْ قَوَّيت التَّهمة في القصد إلى
الحرام، أمَّا إنَّ ضُعِفت التَّهمة، لم يُعَمَّلوا أَصْلُهُم ها.
وَظاهر أنَّ التَّهمة تَنْجَح إلى القَصد، أمَّا الشَّبهة فِسَطَتْهَا لاَحْتَمال
إِفساء الوسيلة إلى الحرام.
والمالكية يُنْزَعون العبارة عن مَنْى سَدَ الذَّرائع؛ يقولون:
حماية الذَّريعة(3)، وحَصْمُ الذَّريعة(4)، ومنع الذَّريعة(5)، وقطع
الذَّريعة(6)، وقاعدة الذَّرائع(7).
وَمن الألفاظ التي قد تَتنَسَّس بِسدَ الذَّرائع اصطلاح الحيل؛ لذا
سأَدَكُها بالبيان، مُظْهِراً وِجْهَة الفَّرَق بينها وِبين أَصِل سَدَ الذَّرائع:
تعريف الحيل:
قال الشَّاطبي عن قاعدة الحيل: «حقيقتها المشهورة: تقديمُ

(1) ابن أبي يزيد القوزاني، الذب عن مذهب مالك 11/ب، المقرئ، القواعد رقم
1868.
(2) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/205.
(3) المقري، القواعد رقم 995، المواق، التناج والاثكيل 8/270، حاشية العدوي
على الخرشي 5/32، القرافي، الفرق 3/269.
(4) المواق، التناج والاثكيل 9/268-267.
(5) ابن عشد، المقدمات المهدات 1/261.
(6) ابن عبد البر، الكافي 1/331.
(7) الشاطبي، المواقفات 4/198.
عمَلِ ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعيّ وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمَنَّ العمل فيها خُرَّم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فَّرَّارًا من الزكاة، فإنَّ أصل الهمة على الجواز، ولو مَنَّ الزكاة من غير هبة لكان ممنوًّا، فإنَّ كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جَمع بينهما على هذا القصد صار مَلَّ الهمة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة؟ ولكن هذا بِتَّرُط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعيةٌ.

وَسأَسِوَّقْ أَهْمَ ما يُروَّق به بين أصل سد الذرائع وبين قاعدة الجيل:

الفرق الأول: جَهَةُ القصد أو عَدَمُ القصد إلى الممنوع:

من أهم خصائص سد الذرائع: عدم اشتراط القصد إلى الفعل المحظور، فسواءً في الاعتبار والنظر أن يُنقَصَ الفعل المحرّم أو لا ينقَصَ، فالمنع لاجِّي به وجارٍ عليه. أمّا الحيل فإنَّ من أهم ما يَميِّزها أن تكون مقوَّرة بِقَصْد فاعلها؛ إِذْ لا يُعَد في سلك الحيل الأفعال التي لا قصد لصاحبها إلى إخلال الممنوع، وقد تقدّم قريباً اشتراط الشاهي في الحيل أن يقصد إليها المتحجّلٌ.

قال عالِل الفاسي: «والفرق بين الذريعة والحيلة: أنَّ الأولى لا يلزَّم أن تكون مقصودة، والحيلة لا بُدّ من قصدها للتحلُّص من

(1) الشافعي، الموافقات 4/4 ٢٠١.

(2) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٦-٣٦٥.
والأسِلُ الذي لا اختلاف فيه أنّه من قَصَدَ بالذُّيرة المَحْرَمَ، فقد رَكَبَ الإِسم، وأن ذلك حرام من قاصده، والذِّراتَع إنّما موضوعُها المنع من الوسائِل التي يُخشى أن تُتخذ وسائِل لإحلال المَحْرَم، فالتَّنَظِر الأوّلُ لم يكن مَتَجها إلى خُصوص قَصود النَّاسِ، لأنّ من النَّاس مّن يُقصد ومنهم من لا يُقصد؛ لكن جِمالية لمحارم الله مُنَعَّ الباب وخصَّصَت النَّيرة لتلاه يتتابع النَّاس في هذه الذِّراتَع فيفضي ذلك إلى الوُقوع في الحَرام، فسّدَ هذا الباب رأسًا.

ولو قَيِّد اعتبار أصل الذِّراتَع بالقصود لم يكن لهذا الأصِل معنى؛ بينُهُ: أنّ تعليق حُكم الذِّراتَع بِخصَص قَصوده يُفضي إلى أن يَجعل النَّاس طائفةٌ: الأولى: من قَصَد إلى الحَرام فيمنع، وهذا مُتَّفق عليه. والطائفة الثانية: من لم يَقصَد إلى الحَرام، فلا يَمَعْ. يَرتفع بذلك الخلاف، وهذا خلاف الواقع، وعليه أَرْمَ عدم اعتبار القِصد في الخصوص في المنع من الذِّراتَع. وأصل الذِّراتَع مَوضوع على خلاف ذلك، لأنّ المنع إنما يكون عمّا ولا يُنظَر إلى خصوص الناس، لأنّ العلّة التي من أّجلها مُنَعهُ الذِّراتَع هو حشيَّة تطرّق النَّاس بهذه الوسائِل إلى المَحْرَمات.

كذلك فإنّ النَّظر في سد الذِّراتَع هو نِظر في نتائج المَال، فإذا كانت الوسائِل تُفضي إلى مَفسَّدات ناتجة عن المحظور المتذرّع إليه،

(1) علال الفاسي، مَتَّاس الشريعة الإسلامية ومكارمها 121، ابن عاشور، مَتَّاس الشريعة الإسلامية 376-365، ابن تيمية، مجموع الفتوى 110-923 150-1514.
فإنَّ الباب يُحسم ويُسمع، بِعَضْفٍ النَّظر عن قصد كلٍّ فردٍ(1).
وَهَذَا الفَارِقُ لِهَارِبَتْ وَرُبِّيَتْ بِالشَّرُّ لِلْبَائِثِانِ، وَهُوَ النَّظر العَمومِيُّ.
في أصل الدَّرائِع، والنَّظر الخَصوصِيُّ في قاعدة الجُلُد.

الفرق الذَّاني: جهة العَموم أو الخَصوص:
وَمِنْ أَهمّ الفوَارِقِ الَّتِي يُمِيزُ بِهَا بَينَ سُنّ الدَّرائِعِ وَالجُلُدِ: أَنَّ
nَلْبَرَ في الدَّرَائِعِ نَلْبَرُ جَرِيْئِيًّا بِحَالِثَ النَّاسِ وَأَفَرادِهِمَ، فِي حَينِ يَكُونُ
النَّلْبَرُ في سُنَّ الدَّرائِعِ نَلْبَرُ كَأَنَّهُ مَتَّعِلُقاً بِالعَمومِ. وَالسَّبِبُ فِي
الخَصوصِيَّةِ فِي بَابِ الجُلُدِ، أَنَّ بَيْنَ النَّاسِ النَّحرَةُ فيَا مَتَّعِلُقاً بالقَصْدِ
غَيرِ المَشْروعِ الَّذِي يَسْبِطُهُ المُتَحِلُّ، فِقَدْ صَدّى مَتَوَجَّهٌ لِإِبْتِلَالٍ مَقْصُورٍ
مِنُ مقاَدِرِ المَشْروعِ، وَمَنْ كَانَ سَاعِي فِي ذَلِكَ فَعِيمَهُ فِي ذَلِكَ بَاطِلٌ
غَيرِ مَشْروع، فَلَبِّهَا أنَّ يَكُنَّ المَنْهُ وَالإِبْتِلَالُ مِرْتَبَطِيْن بِمَنَاطِيْمَا وَهُوَ
القَصْدُ، وَمَحْلُ القَصْدِ هَوَّ خَصَوصُ الأَفْرَادِ؛ فَقَبَّتْ بِهِذَا أَنَّ النَّلْبَر
في الدَّرَائِعِ نَلْبَرُ بِالخَصِصْوُ.

أَنَا سُنَّ الدَّرائِعِ فَحَكَمُهَا حَكَمُ كَلِّيًّا عَامًّ، فَإِذَا سُنَّ بَابٌ مِن
الأَبْوَابِ فَإِنَّمَا يُسْتَهْلَكُ عَلَى كَلِلِّ النَّاسِ لَأَلْيَأَ أَفْرَادِ مُعْمِيْنِنَّ؛ لِأَنَّ
اِنْقِدَاهُ الخَوْفُ وَالخَشْيَةُ مِنَ النَّطرِقِ بِالوَسَائِلِ إِلَى الْمَمْنَوَعِ لمْ يَكُن
بِالنَّطرُ إلى فَرْدٍ بَحَالُه؛ بِلْ إنَّمَا كَانَ بَلْ مُحَالُ أَحْوالٍ كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ،
فَأَتَارَ ذَلِكَ فِي نَفْسِ الْمَجَتَهِدِ النَّفْسِ البَائِثِ لَهُ عَلَى مَنْ هُوَ الْبَائِثُ كَلَّهُ،
وَحَسَمُ مَادَتِهِ، وَقَطَعُ وَسْبِيْهِ.

قَالَ إِبْنُ عَاصِمٍ فِي مِصْحَبَ سُنَّ الدَّرائِعِ: (وَلِهذَا المَبْحَثُ تَلْعِبُ).
قويٌّ ببحث التحقيق؛ إلا أنَّ التَّحقيق يُراد منه أعمالٌ أُخرى بعضٌ
الناس في خاصَّة أحواله للمَخلص من حقَّ شرعيٍّ عليه بصورة هي
أيضاً معتبرة شرعاً، حيث يُظن أنَّه جار على حُكم الشَّرع. وأما
الذَّرائع فهي ما يُضمي إلى فساد، سواء قصد الناس به إفساده إلى
فساد أم لم يقصداً، وذلك في الأحوال العامة. فحصل الفرق بين
الذَّرائع والحيل من جهتين: (1) جهة العموم والخصوص،
(2) وجهة القصد وعدمه)\(^1\).

وقال: «ليس القول في سَد الذَّرائع وَرَغى المصالح المرسلة
بأقل أهمية من القول في الرخصة، وتعلقهما بمجموع الأمّة من
خواصهما بحيث لا يُفرّضان في أحوال الأفراد»)\(^2\).

الفرق الثالث: من حيث استلزم إبطال المقصد الشَّرعي:

من لوازم باب الحيل أن يتحمل منه إيطالٌ مقصد من مقاصد
الشَّرع))\(^3\); إذ الباعث للمتحيِّل في سُلوك سبيل الحيل هو إيطال
حكم شرعي لازم له أو حق ثابت عليه؛ فلو لم تكن مُبطلة لما كان
للحيل من معنى؛ وعليه فإن الحيل لا بُد من كونها مُبطلة لمقصود
من مقاصد الشَّرع.

أما الذَّرائع فلا يلزم منها الإبطال؛ لأن الإفشاء في الذَّارع إلى
الممِّنوع لا يشترط فيه القطع؛ بل يكتفى بالظُنّ أو ما داناه، وإذا

---

(1) ابن عاشور، مختصر الشريعة الإسلامية، 3:266-367.
(2) ابن عاشور، مختصر الشريعة الإسلامية، 4:62.
(3) الشاطبي، الموافقات، 201.
أكثَرَتْ بنِي عَلَم قَطعَا تَخَلَّفَ إِيَطاَل مَقَصِد مُن مَقَصِد الشَّرَع في
كِلِّ مَقَصِد مَقَصِد شَرْعٍ.

قال ابن عاشور في سياق بيانه للفرق بين الحيل وسَدّ الدَّرَائِع:
الحيل المبسوط عنها لا تكون إلاّ مُبطَلَة لمقصد شرعي، والدَّرَائِع قد تكون مُبطَلة لمقصد الشَّارع من الصَّلاح وقد لا تكون مُبطَلَة(1).

وهَذَا الفَرْقُ للْفَرْق الأَوْلِ تَعْلَق قوِي، ذَلِك أَنَّ المَقَصَد في
الحِيْل إِنَّما يَتَوجّه إِلَى إِيَطاَل مَقَصِد الشَّرَع.

وَفَطِيْبًا للْطَرَوْم الإِيَطاَل في سَدّ الدَّرَائِع، هو بالنظر الخصوصيٍّ إلى
الأفراد. أمَّا إنّ نظَرنا إلى العُموم فَيُنَزِّلُ مِنْ عَدَم سَدّ الدَّرَائِع حُدُوثٌ
الإِيَطاَل، إذ ذلِك مُناَظَّم المَنْع في الدَّرَائِع.

(1) ابن عاشور، مَقَصِد الشَّرْعَة الإِسْلَامِيَة 1366-1365.
المطلب الثالث

أهمية قاعدة سدّ الدّرائع

يُعدّ أصل سدّ الدّرائع من أجل الأصول التي لها بالغة الأهمية في باب الاجتهاد بالرّأي؛ فهو من الأصول الجليلة التي يُتلقاّف بها الفاسّد، ومن الطرق الوقائية التي تُنصب لتلاّ يذوِّر الخلق في المحرّمات التي نهى الشّرع عنها. وإنّ لذلك لموقعها ذا أهمية كبرى في السيّاسة الشّرعية؛ إذ إنّ السيّاسة الحكيمة والإيالة الرشيدة تفضّي أنّ لا يُتّكر وقوع الفاسّد فيسعى لرفعة واجتهاده؛ وإنّما يكون الرّشاد والحكمة بقطع الطريق التي يُوسّع بها إلى الفاسّد؛ لأنّ مّنع آلّمادي أهون من قطع النّمادي، كما يقول الجويني (1).

قال الشّيخ محمد الخضر حسين: "ولهذه القاعدة المعروفة بسدّ الدّرائع وفتحها فائدة عظيمة، ومدخل في مواقع السيّاسة بديع" (2).

و هذا الأصل التشريعي هو من الأصول التي ينبغي عليها التشريع الإسلامي ذاته؛ إذ يعلم على وجه القطع باستقراء تصرّفات الشّارع في أحكامه أنّ الشّارع نهى عن بعض التّصرّفات والأفعال لا لأنّها مفسّد في ذاتها، ولا لأنّها مُستثمرة للفاسّد؛ وإنّما نهى عنها لما

(1) الجويني، غياث الأسد في النّباث الظلم فقرة: ۲۶۹.
(2) محمد الخضر حسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكلّ زمان ومكان، ۲۴.
قد يُ للتتابع النّاس في ذلك من انجرارٍ إلى المنهيٍ عَنه; فحَمَّلَ الْحَقَيْقَة توقياً من القِساد قبل حلوله. 
وقد عَد بعض المالكيّة سبّ الْذّرائع من خُصائص هذه الشِريعة عن باقي السّرائع من حيثُ مُبالتَها في حُسّم الْذّرائع وقَطعُها؛ إذ كان البناء على هذا الأصل ولحظِه في التشريع اعتيضاً عن التشديد والمبالغات في العقوبات التي كانت في السّرائع السِّابقة؛ قال السُّنّي ابن عاشور قَدّْلَها مُعلقاً على قول القرافي: «الكليّات الخمس حكى الغزالي وغيره الإجماع من الجمل على اعتبارها.» 
: يعني: أنّ الادعاء بين الجمل في وسائلها، فالجمل الماضيّة لم تكن نسُ سائر الْذّرائع، وكانت قد تنسب العقوبات، والإسلام اعتياً عن تشديد العقوبات بسّ الْذّرائع؛ وذلك أقطع للجرائم، وأصلح للناس، وأنسب بالحالة التي بلغّ إليها البشّر وقت تشريع الله تعالى لهم شرع الإسلام، قال تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يَتَّبَعُونَ الْإِسْلاَمَ» [آل عمران: 19] (1).

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/163، التحرير والتنوير 3/195-196، القرافي، الفروق 4/123.
المطلب الزاًع

صلّة سَدّ الدّراويث بقاعدّة الوسائّل والمقااضد، وبقاعدّة المآل

الفرع الأوّل

صلّة سَدّ الدّراويث بقاعدّة الوسائّل والمقااضد

أصلّ سَدّ الدّراويث يُعَدّ شعبيةً من شعاب قاعدة الوسائّل والمقااضد، وفرعًا من فروعها، وفَتًا من أفنانها؛ قال الّمُتّبَلّ بن عاشور: "وهذه القاعدة تدرج تحت قاعدة الوسائّل والمقااضد، فهذه القاعدة شعبية من قاعدة: إعطاء الوسيلة حكم المقاضد خاصة بوسائل حصول المفسدة" (1).

فالتّنظر في الأفعال والتحرّرات وفُرضي إلى تقسيم ذلك إلى ما هو من المقاضد التي تطلب لذاتها، وإلى ما كان من قبّل الوسائّل التي تكون وصلة إلى المقاضد وطرق إلىها.

فموارد الأحكام على قسمين (2):

(1) ابن عاشور، التحرير والتنوير ۶/۴۳۱-۴۳۲،۴۲۲.
(۲) القرافي، الفروع ۶/۳۳، شرح تقيق الفصول ۴۴۹، ابن فرحون، تبصرة الحكام ۲/۲۶۶۵، المقري، القواعد رقم ۱۴۵، المشاط، الجواهر الثمينة ۲۲۴-۲۲۷.
القسم الأول: المقادير، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد
في أنفسها.
والقسم الثاني: الوسائل، وهي الطرق المفاضلة إلى المقادير،
وحكمها حكم ما أفضت إليه من وجوٍ أو غيره؛ إلا أنَّها أخفض
رتبةً في حكمها ممَّا أفضت إليه، والوسيلة إلى أفضل المقادير
أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقادير أقبح الوسائل، وإلى ما
يتوسّط متوسطًة(1).

كما ليس كل وسيلة يجب سندها؛ بل الوسيلة كما يجب سندها
يجب فتحها، وتَكُرّه وتَذَّبَب وتَبَاح، بل قد تكون وسيلة المحرم غير
محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة(2).

وممّا يتعلق ببحث الوسائل والمقدادات مسألة (فتح الذّرائع)
فإذا كان مناطٍ سد الذّرائع هو لحظ المفسدة الراجحة الناتجة عن
الذّرعة مالاً، فإنَّ هذا مناطٍ يسري على لحظ المصالح الرائحة
المفاضلة عن الوسيلة مالاً؛ فيجب على هذا المنطق أن يفتح
الذّرعة وإن كانت ممثعةً في الأصل، ويكون الطَّلْب فيها على
حسب رتبة المقداد(3).

فالنظر في مآل الوسائل والموازنة بين المصالح والمفاسد

(1) القرافي، الفروق 2/33، شرح تقييم الفصول 449، ابن فرحون، تبصرة الحكام
2/165، الفروق، القواعد رقم 145.
(2) المراجع السابقة.
(3) القرافي، شرح تقييم الفصول 441، الفروق 2/33، ابن فرحون، تبصرة الحكام
2/165، المقرئ، القواعد رقم 231.
المفتضية عنها هو الطريق إلى تحديد الحكم الشرعي للوسائل؛ قال حلوول: "إن السئ قد يكون عند تجزيه مشيئاً على مفسدة فيمنع، ثم إذا أفضى إلى مصلحة راجحة أو أشتم عليها اضحللت تلك المفسدة في نظر الشرع وصارت مصلحة مأموراً بها".

ومن أمثلة ذلك: التَّوْسُ عُ إلى غداة الأسرى بدفع المال للعابرين، فدفع المال إليهم حرامًا؛ لأن فيه تقويته لهم على المسلمين، غير أن هذه الوسيلة المحرمة في الأصل ارتفع عنها هذا الوصف؛ لما أفضت إلى مصلحة راجحة وهي افتتاح المسلمين من الأسر.

وكل ذلك: دفع مال لرجل يأكله حرامًا حتى لا يرتكب ظلماً.

بالغير، إذا عجز عن دفعه عن الظلم إلا بذلك.

فهاتان الصورتان: الدفع فيهما وسيلة إلى الم👀صية، ومع ذلك فهو مأمور به لرجل حان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة.

(1) حلوول، التوضيح في شرح التحقيق 400-500.

(2) القرافي، الفروق 2/33، شرح تحقيح الفصول 449، وشرح القرافيّ حركة دفع المال للعابرين على أساس أن الكفّار مختاطبون بفروع الشريعة، فأخذهم للمرام حرام عليهم، ودفع المال له إعالة على الحرام؛ فكان حرامًا. والتحقيق الذي ذكره أحسن، ثم رأيت ابن عاشور أشار إلى هذا المعنى في حديثه على شرح التحقيق، فانظرها لزاماً، 2/266.

(3) القرافي، الفروق 2/33.
فصل سدّ الذرايع بقاعدة اعتبار المآل

أصلُ سدّ الذرايع من أصول النظر في المآل، فالمجتهد إِنَّما يَحْكُم في المسائل التي تُعَرِّض له بحكم المَنْع أو الإباحة أو غيرها من الأحكام بعد الْنظر الْمِلْي في مَآل ما يَسْتَنْدُعُ عَنْهُ فَعْلُ المَكَّلَف، فَالْفَعْلُ المشروع في الأصل إذا أُذى في مَآلِه إلى مفسدة تَرْيُو المصلحة التي تَنْتَج عن الفعل في أصله، أو أنَّ ذلك يَفْوَثُ مصلحة أَعْظَم مِن مصلحة الأصل، فِإنَّ البقاء على أصل المشروعيّة مَمَّا يَنَاقِضُ مَعْقُولَةَ التَّشريع.

وَقَدْ جَعِلَ الشَايْبِي قاعدة سدّ الذرايع من القواعد التي تُبَنِّى على أصل اعتبار المآل، قال الشَايْبِي في سياق تقريره لأصل الْنظر في المآل: «وَهَذَا الأصلُ يَنَتَبِي عليه قواعدٍ منِّها: قاعدة الْذِّرَائِع، التي حَكَّمَها مَالِكٌ فِي أَكْثَرِ أَبْوَابِ الفَقْهِ، لَأَنَّ حَقْيَتَها التَّوْسِع بَما هو مَصَلْحَة مَن فَسِدَة...»(1).

الطالب الخامس

علاقة سد الدّرائع بالمصالح والمفادات

إن الأساس الذي يقوم عليه أصل منع الدّرائع وحسابها، هو منطق التّوافز بين المصالح والمفاسد؛ فالدّرائع التي يجب سدّها هي الدّرائع التي غلب فيها فساد مالها ورّجح على مصلحة أصلها؛ ومشاكل هذا الأصل هو الفضّر نفسه؛ قال ابن عاشور: «فاعتبار السّريعة صد الدّرائع يحصل عند ظهور غلبة مفاسدة المال على مصلحة الأصل، فهذه هي الدّريعة الواجب سدّها»(1).

إذا تُؤمّلت الدّرائع التي قال العلماء بوجوب سدّها، وفورنت بالدّرائع التي قالوا بعدهم سدّها -على طريقة الفراشي وأتباعه-، تخلّى مناطق سد الدّرائع؛ فقد قالوا إنّ حصر الآبار في الطرق ممّا يحرّم الإقدام عليه سدًا للمّرائعة(2)، ذلك أنّ مصلحة حصر الآبار ينهو...

(1) ابن عاشور، مبادئ الشريعة الإسلامية 366.
(2) وقد تقتّلم أنّ هذا التّمثيل يشير إلى الوسيلة المفاسدة إلى المفاسدة على جيئة الدّرائع، كما أنّ الموسّل إليه هو مفاسدة في حدّ ذاته، وهي لا تدخل في مفهوم الدّرائع الخاص، ولكنّ لا يضرّ إيراّنا لذلك في هذا المقام، لأنّه لا يكُتّلف على الطريقتين -أعني من عّمّ مفهوم الدّرائع وأدخل فيها ما يلزم عنه الموسّل إليه وما أفضي إلى ضياء، ومنّ خصّصها بما ينضى إلى الفقّل الممنع وأخرج منها اللوازم- في أنّ الأساس الدّرائع هو ترجيح مفاسدة مال الموسّل إليه على مصلحة الوسيلة.
الأصلية هي الانتفاخ بالماء، وقد عارضتها مفسدة تزوي عليها؛ إذ خَفَّر اليَنْبِيلْب سَيِسَبُبْ بَرْدِي كَثِير مِن المُلْمِمِنْين فِيهَا، فَرِجَّحَت مفسدة المال على مصلحة الأصل، فسُكِّنَت النَّرَبعة لِلذَّلِكِ.

وفي المقابل نجد أَنَّ العلماء أَفْقَحوا على جواز التَّجَاوِر في البيوت، مَع أَنَّ فِي التَّجاورد مَدْنَةً الْزنَا والأطَّال على العورات وهذه مفسدة ولا شكّ؛ غير أَنَّ هذه المفسدة قد عارضتها مصلحة الأصل وأرَبت عليها، فإِنَّهُ لِو مُنِبَّ عَن التَّجاورد لكان معه مُفْضَيًا لِحُرِّض عَظِيم يَقَوْرْ ما لا يَطَاق، فهو حاجٌّ قَوِيَّ للأمة، عَلَى أَنَّ ما يَؤْوِل إِلَيْه التَّجاوِر من الْزنَا بَعْدًا.

قال ابن عاشور عن وَجْه الإِعْتِيَاد بِبَعْض الدَّرَائِع دُون بَعْض:
«ما هو عندي إلا التَّوازُن بين ما في الفعل -الذي هو نَرْبِعَة- من المصلحة، وما في مَلِك من المفسدة. في رجع الأمر إلى قاعدة تعارض المصالح والمفسدة. .. فما وَقَع منه من الدَّرَائِع، قد عَظَم فيه فساد ما له على صلاح أصله، مثل حَفِر الآبار في الطرقات. وما لِم يَقَع منه، قد غلب صلاح أصله على فساد مَلِك، كِرِّعَة العنب».

فَكَّل فَعَّل أَفَضَّى إِلَى المَحْرَم كَثِيرًا، ولم يَكِن في مصلحة راجحَةٌ شَرِعِيَّة، وكانت مفسدته هي الغالبة: حرِّمَه الشَّارِعُ قَطْعًا.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ۳۶۷.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ۳۶۷.
(3) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ۳۶۷.
ونهى عنه. أما إذا كانت مَصَلَحَتُهُ أرجحَ من مفسدته، رجحت
مصَلَحَتُهُ. وهذا أصلٌ مَّقْرَرٌ في أصول الشريعة(1).

ومن أمثلة ذلك في الشريعَة: أنَّهُ نَهيٌ عن النظر للأجنبية، لكنّ
لمَّا كانت الحاجة تُدْعَو إلى النظر إلى المخطوبة خصَّ ذلك
بالباحة؛ لترجيح مصلحة الباحة على المفسدة التي كانت سبب
التَّحريم. ثمّ كانت الباحة مختصّةً بما تدُعو إليه الحاجة، لأنّها
سَبِب الباحة فَصُحّت الباحة به(2).

تعقِب ابن تيمية على مَسْلَك مالِك في سَدّ الدِّرائع:
عَزَّا الإمام ابن تيمية لمالك أنَّهُ يُبَالِغ في سَدّ الدِّرائع حتى إنه يَنْهي
عنها مع الحاجة إليها؛ قال كَفَّاحهُ في معرض تناوله لمسألة الصلوات
ذوات الأسباب وَفَت النَّهي-: «ما كان منّيّا عَنْهُ سَدّ الدِّريعة لانّه
مفسدة في نفسه: يُشَرَّع إذا كان فيه مصلحة راجحَة، ولا تَموَّل
المصلحة لغير مفسدة راجحة. . . وهذا أصل لأحمد وغيره في أنّ ما
كان من باب سَدّ الدِّريعة إنّما يَنْهي عنه إنّما يُحْتَج إلى، وأمّا مع
الحاجة للمصلحة التي لا تحصل إلاّ به وقد يَنْهي عنه؛ ولهذا يُمْرِق في
العقود بين الحيل وسَدّ الدِّرائع، فالمحتال يُقَيِّد المحرَّم فهذا يَنْهي
عنها، وأمّا الدِّريعة فصاحبُها لا يُتقدِّد المحرَّم لكنّ إنّما لم يَحْتَج إليها
نَهي عنها، وأمّا مع الحاجة فلا. وأمّا مالِك فإنه يُبَالِغ في سَدّ الدِّرائع

(1) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى 4/654.
(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى 4/655. وانظر: كفاية الطالب الرحاني، لأبي الحسن،
2/411-412.
حتى يَنْتَهَى عنها مع الحاجة إليها‌(1).  
وتَحْصُل لي في النَّظَر في كلام الإمام ابن تَيْمِيَّة، أنَّهُ تَنْتَهَى هذا الحكم على جملة فروع فقهية تَذُكَّر على ما عَزَّاز لِمَالك من المباغة في سدَّ النَّزِيعَة مع ترْجُح مصلحة النَّزِيعَة على المال الممِّنوع (۲)،  
لكنه لم يَذْكُر في هذا المقام غير المسألة محل النَّظَر، فإنَّهُ قال ما قال في معرَض تناوله لمسألة الصَّلوات ذات الأسباب في وقت النَّهَيٍ، فالصَّلاة لَله فيَّه ليس فيها مفسدة، بل هي ذريعة إلى المفسدة، لئلاً يَتَشَبي بالضريكيين، فيفَضِّي الأمر إلى الشَّرَك، فإذا تعذرَت المصلحة إلا بالذريعة شَرَعَت. وعليه، فإنَّ الصَّلوات ذات الأسباب تُفْتَرَى بخروج الوقت، فتَشْرَعُ تحليلا لمصلحتها، وَيَحْمَل النَّهَي على التَّنْفِل المطلَّق، فِئَنَّهُ ليس في المنع منه مفسدة ولا تفوَّٰت مصلحة، لإمكان فعله في سائر الأوقات (۳).

يَقَال: إنَّ الفرع الذي استدل به الإمام ابن تَيْمِيَّة هو من باب العبادات، وقد عَلِم أنَّ مَنْهِب مالك فيه تغليب جانب التَّعْب والتوقيف والاحتفاظ وعدم الالتئام إلى المعاني المصلحة، وعليه، فإنّ توسُّع

(۱) ابن تَيْمِيَّة، مجمَّع الفتاوى ۲۳/۱۵۰-۱۱۴
(۲) قال ابن تَيْمِيَّة: "أَفْصَلُ مَالِكٌ في الْبَيْع أَجْرِدُمُهُ من أُصُولٍ غَيْرٍ... وَهَذَا كَانَ أَحْمَدُ مُؤَفِّقًا فيه الأُعْلَب، فإِنما يَحْرَمَانُ الْبَيْعَ، وَيَشَانِدُانَ فيَّ حَقَّ التَّشْدِيد، لَمَّا تَقَدَّمَ مِن شَيْءٍ مَّعْرِيْهَ وَعَظَّمَ مَفَضَّتَهُ، وَيَمْنَعُ الْأَحْتِيَالَ عَلَيْهِ بِكُلِّ طَرِيْقٍ، حَتَّى يَمْنَعَا الْذِّرِيَّة المَفْضَّة إِلَيْهِ وَإِنْ لمْ تَكُنْ حِيْلَةً، وإنَّ كَانَ مَالِكٌ يَتَلَّغ فِي سَدَّ الْدَّرَجات مَا لَهُ خَلُقُ تَفْعَلُهُ لَا يَخْلُقُ قَوْلٌ أَحَمَّدٌ مَّعْنَىً أَوْ لَا يَقُولُهُ، لَكِنْ يَوَافُقَ بِهِ عَلَى مَنْعُ الْحِيْل كَأَلْهَا". القواعد الفتنوية ۱۱۸-۱۰۹-۱۱۴.
(۳) ابن تَيْمِيَّة، مجمَّع الفتاوى ۲۳/۱۱۴
فلا يك في إعمال سد الذرائع في أبواب العبادات يختلف عنه في إعماله في أبواب المعاملات، لغليب التعبيد والتوقف في الأول، وترجيح الحل والاغتن في الثاني.

وفي خصوص المسألة، وهي الصلوات ذات الأسباب في أوقات النهار: يقال: إن النهي الوارد أرجح من الندب الوارد في خصوص تلك العبادات، تغليًا للترحم على التحليل.

النظر في سد الذرائع نظر متجدد:

وتأسست على ما سبق من ابتناء منع الذرائع على ترجيح مفسدة المال، فإن ما مدع للذرعة نظرًا لممال الممنوع، قد ينطلق فيه السد فنقلا لا رتفاع مناط السد وهو المفسدة، فلو أن ما سد ذرعة قد تغير في وقت لاحق مناطه، فإن انتفخت المفسدة: فإن البناء على حكم المنع يعد تنافضًا غير ساند؛ إذ لا يصح عند العقلاء بقاء الحكم مع انتفاء مقتضيهم.

وعلى هذا، ينفي أن يفهم أقوال الفقهاء في ضمن النسق الزمني والتاريخي والعادات التي كانت غالبًا في تلك الأزمان، ومن التكوين عن الفقه الحق طرد الأحكام المبنية على فساد عارض أو عادة، ومن طبيعة الأحاديث أن لا يلزم منها الاطراق من غير نظر إلى مدة تحقق مناط الحكم فيها أو لا.

قال البصاطي: «واتعلم أنه لا يؤخذ بأقوال الأئمة بقطع النظر عن المقاصد»(1).

(1) الدسوقي، الحاشية، 2/2012.
المبحث الثاني

سد الذرائع في المذهب المالكي: حجية، وأقسام، وموجهات العمل به، ومجالاته

وفي هذا المبحث أربعة مطالب؛ وهي:
المطلب الأول: حجية أصل سد الذرائع في المذهب المالكي.
المطلب الثاني: تقسيمات المالكية للذرائع وحكم كل قسم.
المطلب الثالث: موجهات العمل بأصل سد الذرائع.
المطلب الرابع: مجال إعمال أصل سد الذرائع.
المطلب الأول

حجية سدّ الذرائع في المذهب المالكي

الفرع الأول

إثبات حجية أصل سدّ الذرائع في المذهب المالكي

أصل سد الذرائع من أصول مذهب مالك المتنق بأهل المذهب، ولم يقف على أحد عرًا للمملكة أو لإمامهم خلاف ذلك، فهنا الأصل إجماعي في المذهب. والنصوص في المذهب التي تسبب هذا الأصل لمالك ومذهبه كثيرة مُستفيدة منها:

قال ابن عبد البر: "...وقطع الذرائع عنده - أي مالك - واجب. (1) وقال القاضي أبو الويلد الباجي: "ذهب مالك مُطيع الله" إلى المنع من الذرائع (2).

وقال ابن رشد الجدع: "ومنهج مالك مُطيع الله القضاء بها، والمنع منها" (3).

(1) ابن عبد البر، الكافي 1/ 321.
(2) الباجي، إحكام الفصول فتية 1/ 753, الزركشي, البحر المحيط 8/ 90.
(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات 1/ 131.
وقال أبو العباس الفرائي: «سدّ الدّرائع... هو أصلٌ عظيمٌ، لم يُظفر به غير مالكي، لِيَقَاء نَظُره، وجَوْكَة قُريحته»(1).

وقال الفرائي: «فمتى كان الفعل السّالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة، مات مالك من ذلك الفعل في كثير من الضُّوْر»(2).

وقال المشقري السّلّمسي: «قاعدة: أصلُ مالكي جماهيرُ الدّرائع...»(3).

وقال السّاطبي: «قاعدة الدّرائع التي حَكَمها مالك في أكثر أبواب الفقه»(4).

وقال ابنُ فرحن: «وهو منهب مالك جماعة»(5).

وقال البعذوي: «من القواعد التي أبني عليها المذهب سدُّ الدّرائع»(6).

وَعَدَ منهب مالك منهبًا عمريًا لانفيناه على أصل سدّ الدّرائع؛ قال بعض أهل المذهب عن مالك: «ومذهب عمري، سدّ الحيل واتّقاء الشّبهات»(7).

(1) الفرائي، المفسد، شرح ملخص صحيح مسلم ٣٢٥/٢، وعن عنه الزرقاني، شرح الموطأ ٣٣٧/٢.
(2) الفرائي، الفروع ٣٢، شرح تفتيج الفصول ٤٤٨.
(3) المقري، القواعد رقم ٩٩٥.
(4) الشاطبي، المواقيت ١٩٨/٤.
(5) ابن فرحن، تبصرة الحكام ٣٦٤/٢.
(6) حاشية العدوي على الخشفي ٥٣/٥.
(7) الصاوي، بلغة السالك ١١٧/١.
وسائل مالك التي صرح فيها تنصيصاً بمدَّرِك سد الّذّرات
كَيْراً، أَسوِقُ في هذا المقام مسألتين من كتاب "الموطَأ":

الأولى: قال مالك في "الموطَأ": "مَن رَاطَلَ ذَهَبًا بَنْذَهْبٍ، أَوْ زِرْقًا بَرْقِيَّ، فكَانَ بَيْنَ الْذَّهَبَينَ فَضْلُ مِثْقَالٍ، فَأَطْعِى صَاحِبِهِ قِيمَتِهُ مِن الْوَرْقِ أو مِن غِيرَهَا، فَلا يَأخُذْهُ؛ فَإِن ذَلِكَ قَبْيحٌ، وذِريَّةٌ لِلرِّبَاءَ، لَمَّا إِذَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأخُذَ المِثْقَالَ بِقِيمَتِهِ حَتَّى كَأَنَّهُ اسْتَرَاءَ عَلَى جَدْهُ، جَازَ لَهُ أَنْ يَأخُذَ المِثْقَالَ بِقِيمَتِهِ مَرَارًا، لَكِنْ يَجِبُ ذَلِكَ الْبَيْحَ بِيْنَهُ وَبِيْنَ صَاحِبِهِ. قال مالك: وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ ذَلِكَ المِثْقَالَ مَفْرَدًا، لَيُسْ مَعَهُ غَيْرَهُ، لَمْ يَأخُذْهُ بُعْشُرُ الْمَنِينَ الَّذِي أَخُذَهُ بِهِ؛ لَأَنْ يَجِزُ لِهِ الْبَيْحَ؛ فَنَقِلَ الدَّرِيَّةَ إِلَى إِخْلَالِ الحَرَامِ، وَالْأَمْرِ المَنْهِيِّ عَنْهُ"(1).

مَمْتَضِى كَلاَم مالك أنَّ مَن رَاطَلَ ذَهَبًا بَنْذَهْبٍ، فإِنَّهُ لا يَجِزُ أنْ يكون مع أَحَدَ الْذَّهَبَينَ وَرْقٌ أو عَرْضٌ أو غِيرُ ذَلِكَ، وَيَكُونَ العَرْضُ أو غَيْرُهُ فِي مَتَقَابِلَةٍ زِيَادةٌ أَحَدَ الْذَّهَبَينَ عَلِى الأَخَرَ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارٌ ذَيْنَارٍ، وَيَرْفُقُ مَعَ الْذَيْنَارِ ثُمَّاً أَو طَعَامًا أَو وَرْقًا أو غَيْرَ ذَلِكَ، لَيُكُونَ فِي مَتَقَابِلَةُ الْذِيْنَارِ الأَخَرِ، فَإِنَّهُ لا يَجِزُ ذَلِكَ، وَمَنْحُ مَالَك لَأَنْ هَذَا العَقَدُ مَمْتَنُوحٌ لِلْدَرِيَّةَ إِلَى الحَرَامِ الَّذِي لا يَجِزُ وَتَفْسِيرُ وَجَهَ الدَّرِيَّةِ الَّيَنِى نَصْ أَنَّ شَىْءًا مِنَ الْدَرِيَّةِ مَنْعٌ عَلَى مَالِكِ: أَنَّهُ إِذَا بَاعَ دِينَارًا رَدِيَّاً بِديْنَارٍ ذِيْنَارٍ جُيُدٍ، وَعَلِيمَ أنَّهُ لا يَعْنَى أنْ يُعْطِي بِذَلِكَ الْذَيْنَارِ نَصْفِ دِينَارٍ جُيُدٍ، جَعَلَ مع الْذِيْنَارِ مَا يُساوِي أَكْثَرَ مِنَ الْذَيْنَارِ الْجُيُدٍ.

(1) مَالَك بن أَنس، المَوْطَأ، رقم 1860.
يرجى تقديم النص العربي للترجمة.
النَقد، خوف أن يكون المبتاع تَجْوَرُ في بعض الكيل فيما عليه من الدُنيان رَجاء التَتأخير بعد الأجل، فيكون ذلك مِن وُجُه هديَة المديان، ومن اتباع بنَقل فقد سَلِمَ من ذلك(1).

***
لفرع الثاني

مدى اختصاص مالك بأصل سد الذرائع

وأما نسبة لمنهذ مالك الفرد به من قواعد الأصول: القول
بسد الذرائع. ومن الذين تسبوا له هذا الفرد: القاضي ابن العربي،
في مواضع عديدة من كتبه، قال: زاد مالك في الأصول موطأة
الشبيه، وهي التي يسميها أصحابها: الذرائع. ... والمصلحة...
ولم يساعده على هذين الأصولين أحد من العلماء، وهو في القول
بهما أقوم قيلاً، وأهدى سبيلاً (1)، وقلم: الذرائع، ومعنى: ...
وهي مسألة أنفرد بها مالك دون سائر العلماء (2).

غير أن ابن العربي في موضع من أحكام القرآن، عريض مُوافقه
أحمد في بعض الروايات عنه لماليك في القول بسد الذرائع، قال:
قال علماؤنا: الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في
بعض رواياته، وخفيفت على الشافعي وأبي حنيفة مع تبحرهما في
الشريعة. (3).

هذا، وقد قرر غير واحد من العلماء، كأبي العباس الفرطبي:

(1) ابن العربي، القبس 2/779.
(2) ابن العربي، القبس 2/784.
(3) ابن العربي، أحكام القرآن 2/265.
والقرافي، أنَّ هذا الأصل ليس من مُفرِّدات مذهب مالك، بل إنَّ المذاهب الأخرى قائلة به، وبابية لِكثير من تفريعاتها عليه، غير أنَّ المالكية احتفاظاً بهذا الأصل احتفاءً زائداً -بالمقارنة مع غيرهم-، فثبت عليه فروعًا عديدةً، خاصةً في بيوت الآجال، قال أبو العباس القرطبي: «وَسَدُّ الْذَّرَائِعَ ذَهَبَ إِلَيْهِ مَالِكٌ وأَصْحَابَهُ، وَخَالِفَهُ أَكْثرُ الناس تأصيلاً، وعَمِلَوا عليه فِي أَكْثرِ فِروعِهِم تفصيلاً»(1).
وقال القرافي: «وَيَحْكَى عَنَ الْمَذْهِبِ الْمَالِكِيّ اخْتِصَاصُهُ بِسِدَّ الْذَّرَائِعَ؛ لَوْسِكَ كَثْلِيكَ، بَلْ مِنْهَا مَا أُجْمِعَ عَلَيْهِ»(2).
وقال -بعد نفيه انفراد مالك بهذا الأصل-: «حَاصِلُ القَضِيَّةِ: أَنَا قَلْنَا بَسْتُ الْذَّرَائِعِ أَكْثرَ مِنَ غَيْرِنَا؛ لَا أَنَا خَاصِصُ بِنَا»(3)، وقال:«فَلْيَسُ سِدَّ الْذَّرَائِعَ خَاصًّا بِمَالِكِ كُلَّلِيّ»، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصلُ سِنَّتُهَا مُجمَّعُ عَلَيْهِ(4).» لكنَّ مفهوم الْذَّرَائِعَ عند القرافي هو ما تقدِّمَ من المعنى الأمَّم الذي لا يُنْهَلُ أحدٌ مِن القول بعضها.
والذي يُبِنِي أنَّ لا يَخْلُفُ فيهّ: أنَّ أحمدَ كُلَّلِيّ من الأئمَّة الذين أَعْمَلُوا سَدَّ الْذَّرَائِع إِجمالاً كَثيراً، فهي من أصول مذهب(5)

(1) الزركشي، البحر المحيط 8/90.
(2) القرافي، الفروق 3/266 وانظر: الفروق 2/32 ونقل الزركسي ذلك عنه 8/90.
(3) القرافي، شرح تنقيح الفصول 3/27.
(4) القرافي، الفروق 2/32.
(5) ابن الجار، شرح الكوكب الممير 4/434، المردادوي، التحبير شرح التحرير 8/2831.
وذوَدَونَ التَّأَظَّرَ ما كَنَّهُ ابْنُ قِيَّمَ الجُوْزِيَّةَ فِي "إِعَالَمَ الْمُوقَعِينَ"، وَشَيْخُهُ ابْنُ تَيْمِيَّةَ فِي "تَيْبَانَ الدَّلِّيْلَ عَلَى بَطَالَ الْتَحْلِيلِ"، فَهِيَ شَاهِدَةٌ عَلَى مَدَّى أَخْذِ الْحَنَّابَةَ بِأَشْلَى سَدَّ الْنَّرَائِعِ.

قَالَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ: "فَآسِلُو مَالِكٌ فِي الْبِبْوَعَ أَجْوَدُ مِنْ أَصْوَلِ عِرَّهُ... وَلَهذَا كَانَ أَحْمَدُ مُوَافِقًا لَهُ فِي الْأَلْغَبِ، إِنْ كَانَوْا يُحَرَّمُانِ الْرَّبَا وَيَشْدِدُانَ فِيهِ حَقَّ التَّشْدِيدِ، لَمْ تَقْدَمْ مِنْ شَيْءِ تَحْرِيمِهِ وَعَقْمَ مَفْسَدَتِهِ، وَيَمْتَعُ الْعَايْلَّ عَلَى بُكْلِ طَرْقِّهِ، حَتَّى يَمْنَعُ النَّمَّرَةِ المُفْضِيَّةَ إِلَى وَإِنْ لَمْ تَكْنُ حَيَّةً، وَإِنْ كَانَ مَالِكٌ يُبَالَغُ فِي سَدَ الْنَّرَايَعَ مَا لَ يَخْتَفِلُ قَوْلُ أَحْمَدُ فِيهِ أَوْ لَا يَقُولُهُ، لَكَنْهُ يُوَافِقُهُ بَلَّا بِخِلَافٍ عَنْهُ عَلَى مَنِعِ الْحِيْلَ كَلِّهَا" 1).

أَنَّا الإِمَامُ الْشَّافِعِيُّ، فَقَدْ اضْطَرَّبَ أَهْلُ مَذْهِبِهِ فِي مَا يُعَزُّ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ؛ فَمَنْهُمْ مَنْ عَزُّ لَهُ بَعْضُ صُورِ الْمُنْعَ منَ الْنَّرَايَعُ، وَمَنْ الْشَّافِعِيُّ مَنْ انتَفَى مِنْ أَنْ يَكُونُ الْقُولُ بِالْنَّرَايَعَ مَنْهِبًا لَهُ، كَمَا تَقْدِمُ عَنِ النَّفْقِ السَّبِيكِيِّ وَابْنِهِ التَّأَجَّ (2).

وَهَذَا المَوْضُوُعُ يَحْتَاجُ إِلَى مَزِيدِ بَيْانٍ وَتَحْرِيرٍ.

تَحْرِيرُ مَحلِ النَّزَاعِ:

الوِسَائِلُ تَخْتَلِفُ وَهِيَ عَلَى أَنْوَاعٍ ثَلَاثَةِ:

- النوع الأول: الوِسَائِلُ الَّتِي تَسْتَلَزُّهَا مَا تُوَسَّلِ إِلَيْهِ مِنَ الْحَرَامِ

1) ابن تَيْمِيَّةَ، الْفَوْقَعَ الْمُرَوَّاَةَا ١١٨-١١٩.
2) المَطْارُ، حَاشِيَتِهِ عَلَى شَرْحِ الْمُحْلِيِّ عَلَى جَمِيعِ الْجُوَّاَمِعِ ٢٣٩٩/٢، الْزَرْكِشِيِّ، الْبَحْرِ.
أو الفساد. فهذا النوع ليس داخلًا في محل النزاع، فالكثير قاتل
به، وليس من مشمولات النزاعات الاصطلاحية. وقد أُدخِل القَرْانِي
هذا النوع في مَضَامِن النزاعات، ثم حَكَّى الإجماع على القول بها
من حيث الجملة، وقد تَعَقِّبَه التَّقَي السبكي وابنُه في ذلك، بما سبق
بيانه.

- النوع الثاني: الوسائِل التي تنقضى إلى فَساد، ليست هي فعلا
مُحْرَّماً. فهذا النوع من الوسائِل لا يُخْتَلِفَ أنَّها إنّما كانت المفسدةُ
أرَجَّحَ من المصلحة، فإنَّها تُمَتَّعُ، وتُعْظَى حُكْمٌ ما أُفضِّلَت إليه.
ويَدخُلُ في هذا مفهوم الفعل الضارَّ. وهذا النوع من الوسائِل يُنظر
فيها على جهة الخصوص، أي إن المَرَأْ إِن استعمل وسيلة تسبِّبت
في مفسدة، وكانت أرَجَّحَ من مصلحة الوسيلة، فلا يَخْتَلِفُ في أنَّ
الوسيلة مسموحة. ويُقام في ذلك وزان التَّرْجيح بين المصالح
والمناسِد، من حيث القوة والعموم والعلم بالتحقيق، في كل من
المصلحة والمفسدة.

- النوع الثالث: الوسائِل التي تنقضى إلى فَغْل مُحْرَّم، مما ليس
من اللَّوازم.

وهذا على ضَرْبين:

الضَّرَّب الأوَّل: الوسيلة من هذا النوع، والتي يرتكبها المَرَأْ
قاَصِبًا الحرام، فلا يَخْتَلِفُ العلماء في حُرْمة ذلك.

الضَّرَّب الثاني: الوسيلة من هذا النوع، مع عَدَم العلم بَقَضِد
الأفراد على جهة الخصوص، لكن يظهر في الناس القَضَد إليها.
فيَتَّهِمونَ على جَهَةَ الْعَمَومِ بِأَنَّهُم يَقْصِدُونَ الْحَرَامَ، دُونَ أَنْ يُعَلِّمُونَ
عَلَى جَهَةَ الْحُصُوصِ قَصْدُهُم إِلَيْهَا. فَهَذَا الْضَّرْبُ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ
الخَلَفُ:
فَنُعْلِبَ مَالِكٌ إِلَى الْمَنَعِ مِن هَذَا الدَّرَجَةِ، لَأَنَّ الْقَضَّةَ وَإِنْ لَم
يُحَقِّقَ فِي الْحُصُوصِ، فَإِنَّ الْنَّظَرِ الْعَمُومِيِّ فِي النَّاسِ حَقَّقَ وَجَدَ
الْقَضَّةَ مِن كَيْبَةِ الْجَمَالِ، فَأَتَبَّعَ النَّاسُ عَلَى أَسَاسٍ ذَلِكَ، حَفَظًا
لِأَحْكَامِ الْشَّرَعِ وَمَقَاسِدِهِ مِن الْإِنْخَرَامِ. وَوَافَقَهُ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ،
كَمَا تَقَدَّمَ.
وَخَالِبُهُ فِي ذَلِكَ الشَّافِعِيٍّ، وَذَكَرَ إِلَى أَنَّ الْمُسَلِّمِينَ غَيْرَ مُتَهَمِّمِينَ
فِي نَبَيَّةِهِمْ، وَالْعَمَّالُ بِالْظَّاهِرِ يَقْضِي بِأَنَّهُمْ يُحَمِّلُونَ فَصُوُوكُهُمْ عَلَى
السَّلَامَةِ، لَأَلَيْهِ الْتَّهَامٍ (١). وَهَذَا مَا يَذْكُرُ عَلَيْهِ كَلَامُ مُحَمَّدٍ بْنِ
الحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ فِي «الْحَجَّةَ عَلَى مَنْهَبِ أَهْلِ المَدِينَةِ» (٢).

***

(١) الشَّافِعِي، الأَمَامُ ٤/١١٤ وَمَا بَعْدُهَا، ٧٠٧ـ٦٩٧.
(٢) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ، الْحَجَّةَ عَلَى أَهْلِ المَدِينَةِ ٢/٥٨٠٠، ٥٨٤، ٥٩٠، ٥٩٥، ٦٩٢ـ٦٩٤.
تقسيمات المالكية للذرائع وحكم كل قسم

الذرائع عند المالكية ليست على رتبة واجدة، وإنما هي رتب مختلفة، ويختلف الحكم فيها بالسند وفتبه بحسب المرتبة التي وقعت فيها، وللمالكية تقسيماتً مختلطةً أوردها في هذا الموضوع:

التقسيم الأول: تَقْسِيمُ الْفِرْطِيِّ:

قال أبو العباس الفرطي في بيان أقسام الذهائع: «اعلم أن ما يُفضي إلى الوقف في المحظور:

1) إنما أن يلزم منه الوقف قطعاً (2) أو لا،
2) والأول ليس من هذا الباب، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلّا باجتنابه فجعله حرام؛ من باب ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب،
3) والذي لا يلزم: إنما أن يُفضي إلى المحظور:
4) غالبًا أو (ب) ينفك عنه غالبًا أو (ج) يتساوى الأمران؛
وهو المسمى بـ «الذرائع» عندنا:
فالأول: لا يد من مراواته،
والثاني والثالث: مختلف الأصحاب فيه؛ فمنهم من يراعيه ومنهم}
من لا يُراعيه، وربما يُسمّيه التّهمة البعيدة والذّرائع الضّعيفة"(1).
والذي يُحاصّل من تقسيم الذّرائع عند الإمام أبي العباس الفرطبي:
أوَلًا: أنَّ الوسائِل المستلزمَة للمحظر لا دخُلّ لها في مسمى
الذّرائع ؛ وإنّما تدخل هذه الوسائِل في مبحث ما لا خلاص من الحرام
إلاّ به ففعله حرام، من باب ما لا يتمُّ الواجب إلاّ به فهو واجب.
وعليه، فإنَّ الذّرائع بفهومها الاصطلاحِي لا يدخّل فيها إلّا
الوسائل التي لا تستلزم المحظر.
ثانيًا: أساسُ القسمة في تقسيم الفرطبي هو يعيّر كثرة الإفشاء
إلى المححضر وقَلَّته ؛ فالذّرائع -حسب هذا التقسيم- تَلاثة: ما
أفضت إلى المححضر غالبًا، أو ما انفكَّ عن الإفشاء غالبًا، أو
يساوي فيه الإفشاء وعَدّمه.
ثالثًا: حَكّم ما أفاض إلى المححضر غالبًا عند المالكيّة، هو
المنع الإتفاقي. آنفّ ما انفكَّ إفشاء الذريعة إلى المححضر غالبًا، أو
كان الإفشاء بالتساوي مع عدم الإفشاء، فوفق الخلاف بين
المالكيّة في ذلك؛ فمنهم من مّنع الذريعة، ومنهم من لم يمنع.
وهو ما يُسمى عندهم بالتهيئة البعيدة أو الذريعة الضعيفة.
رابعًا: ما معنى قول الفرطبي: "يَنفِّذ عنه غالبًا"، هل يحمل
على الإفشاء نادرًا، أو على الإفشاء كثيرًا لا نادرًا، أو يحمل على
الأمرين جميعًا؟
فإنّ حملنا كلام أبي العباس على أنّ الانفكاك الخالِب مَفَسَّر بالنذرنة
(1) الزركشي، البحر المحيط 8/90.
في وقوع الحرام، فجعل مرتبة الاستواء أن تكون شاملة للذرية التي تنقضى للممنوع كثيرًا لا غالبًا. وما دام المالكيّة اختلفوا في الذريّة التي تساوِى فيها الإفادة وعندفه: فأولى حدوث الخلاف عندهم فيما ما جرى على إفاداته في الكثير لا في الغالب.

أما إن كُملنا قوله: «ينفك عنه غالبًا»، على تضمن مرتبتين من مراتب الإفادة: الأولى: ما كان الإفادة كثيرًا، والثانية: ما كان الإفادة نادرًا; فتكون الأقسام تامة في قسمته. والظاهر أن هذا هو الأقرب، وله تعالى أعلم وأحكم.

- التقسيم الثاني: تقسيم القرافي. ومن جرى على منواله:

ومن التقسيمات المشهورة للذرائع تقسيم القرافي. قال في الفروق في الفرق الرابع والسبعين والثلاثة: «اعلم أن الذريّة هي الوسيلة للشيء، وهي ثلاثة أقسام:

1) منها: ما أجمع الناس على سدّه;
2) ومنها: ما أجمعوا على عدم سدّه;
3) ومنها: ما اختلفوا فيه;

فالجميع على عدم سدّه، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتحاوز في البيوت خشية الزنا: فلم يمنع شيء من ذلك، ولو كان وسيلة للمحرم.

وما أجمع على سدّه، كالمنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ، وكحفر الآبار في طرق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن، وإلقاء السّم في أطمتهم إذا علم أو ظنَّ.
أنهم يأكلونها فيهلكون؛ والمختلف فيه، كالنظر إلى المرأة، لأنها ذريعة للمرأة، وكذلك الحديث معها، ومنها يبوع الآجال عند مالك كتبلاً(1).

هذا تقسيم القرافي، وتبعه غير واحد من علماء المذهب المالكي(2).

وقد تقدَّم أن قضى القرافي من الدَّرائع هو المفهوم الأعم الذي يشمل الوسائل التي تُفضي إلى فَساد ليس هو فعلا حراما. ويشمل الوسائل المفسدة إلى المتوصل إليه على جهة اللزوم، والذي يستخلص من هذا التقسيم جملة أعم:

أوَلَ: الذي يعطي النظر -بادئ الرأي- أن أساس هذا التقسيم هو النظر إلى مدى الافق الاختلاف في معنى الذريعة المفسدة إلى المفسدة؛ إذ قسم القرافي الدَّرائع إلى ما أجمع على سده، وما أجمع على عدم سده، وما وقع فيه اختلاف في السد أو عدمه. غير أن إنعام النظر في ذلك يفضي إلى أن هذا لا يعتبر معيارا للتقسيم، لأن التقسيم على حسب الافق والاختلاف هو تقسيم على حسب النتيجة الأولى إليها التقسيم بالإعتبار الحقيقي.

وعليه، فالظهور أن المعيار الذي لحظه القرافي في تقسيمه...

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام 2/365، وابن حسين، تهذيب الفروع 3/274، الخرشي، شرح خليل 5/92، الصاوي، بلغة السالك 3/118-119، المشاط، الجواهر الثمينة 227-228.
المتقدّم هو مُدِى العلم بإفشاء الوسيلة إلى المفسدة المنهّيَّة عنها:
فَمَا كان فيه الإفشاء قطعيًا أو ظنيًا، فإنَّ الوسيلة تُمنع، كالمنع
من سبب الأصابع عند مَن يعلم أنه يسب الله تعالى، وكحفر الآبار
في طريق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظنَّ، وإلقاء السم في
أطعمةهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيلكون.
وما كان الإفشاء فيه وهميًا أو نادراً، فلا منع من الوسيلة ولا سدُّ
فيها، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتجاور في البيوت
خشية الزّنا، فلم يمنع شيء من ذلك، ولو كان وسيلة للمحرَّم.
وحيث كان الإفشاء مُتَرَكِّدًا بين المنزلتين السَّابقتين، فإنَّ
العلماء اختلفوا: فقال مالك باسِّد، ومنع الآخرون، على حسَّب
ما بيّنه القرافي. كَالْتَنَظِّر إلى المروأة؛ لأنَّه ذريعة للزّنا، وكذلك
الحديث معها، ومنها يُبُوع الآجال عند مالك كِتَابَ الله.
وقد فسَّر ابن عاشور في حواشيه على شرح تناقيح الفصول (1)
تقسيم القرافي على ما يقرب ما قلّمته الآن.
كما أن المُقَرِّي في القواعد قسّم الذرائع إلى ثلاثة أقسام،
وجعل معيار القسمة قُرْب الوقوع وعَدَّه؛ والخوف والبُعد في الوقوع
هي عبارة مُرادفة لرتبة العلم بكترة الوقوع، وقلّته؛ قال المَقْرِيٌّ:

(1) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/265-274. جعل ابن عاشور القسم
المجمع على سلّه: ما كان إفشاءً مُحققاً، أو مظنوناً غلباً، والقسم المجمع على
علم سلّه: ما كان الإفشاء نادراً غير مُفرد. والقسم المختلف فيه: ما كان مُترَكِّدًا
على السواء.
«الذّرائع القريبة جدًا... مُعَتَّبَرة إِجْمَاعًا، كَحْفَر بَشَر فِي طَرِيقٍ.
والبعيدة كذلك ملْغاة إِجْمَاعًا، كَرَعَة العنب.
وَما بِنْهمَا مَعْتَرِف بِمَالٍ، كِإِعَادَةَ الجُمْعَةِ فِي مَسْجِدِهِ إِمَام
رَأْب، وَيْيَوِعَ الْجَهْوِر. مَلْغِي عَنْدَ الْجُهْوِرٍ(١).
هَذَا، وَإِنَّ لِلشَّيْخِ ابْن عَاشُور رَأْيًا أَخَرَ فِي كِتَابِهِ "مَقَادِشَ الشَّرَعِيَّة
ال الإسلاميَّة"، كَيْنَ جَعَل الْأَسَاسَ الَّذِي بُيِّنَ عَلَيْهِ تَقْسِيمَ الْقَرَافُيِّ هو
الموازنة بِنِنَ المصالح وَالْمَفَاسِدْ فَمَا رَجَحَ فِيهِ مَالَ فَسَادُهُ مْنَعْ، وَما
عَلَّبَ فِيهِ مَصَلَحة أَصْلَهُ لَمْ يُمْنَعْ، وَما وَقَعَ فِيهِ الإِخْتِلَافُ فِي بِحْسَ
الاختلافِ فِي التَّرجُيحِ بِنِنَ مَصَلَحة الأَصُلِّ وَمَفَاسِدَ المَآلٍ(٢).
وَالذِّي يَظَهَّرُ فِي هَذَا الْحَقَامُ أَنَّ بِنِنَ الْعَتِبَارِينَ تَوَاَشْجَا وَتَعَلُّقَا;
إِذْ إِنَّ الْمُعِيَّارَ الْدَّوَانِي هو مُكَثِّبٌ لِلْمُعِيَّار الْأَوَّلِ، فِمُقْتَضِى الْمُعِيَّار
الْأَوَّلُ الْتَنْظِرُ إِلَى جِهَةِ الْفَسَادُ المَتَفَضِّي عِنْ الوَسْبِيَّة مِنْ حِيْثُ الْعَلَّمُ
بالإِفْضَاءِ; وَهَذَا هُوَ الْتَنْظِرُ الْأَوَّلِ قَبْلَ عَمَلِيَّةِ المَوَازِنَة بِنِنَ المصالح
والِمَفَاسِدْ; إِذْ مِنَ الْخَطَا أَن يُوَارِزَ بِنِنَ مَصَلَحة مُتَحَقَّقَةً وَمَفَاسِدَة
مُتوَهِّمَةً؛ لِهْذَا كَانَ هَذَا الْعَتِبَارُ مُقَتَّلًا؛ ثُمَّ يَقْطَى بَعْدَ ذَلِكَ بِعَمَلِيَّةِ
الموازنة بِنِنَ المصالحِ والمَفَاسِدْ; وَهِيِ المَوَازِنَةُ بِنِنَ مَصَلَحة
الوَسْبِيَّة وَمَفَاسِدَة مَلْكَا بِالْعَتِبَارَاتِ المُخْتَلِفَةِ، فَمَا كَانَتِ فِيهِ مَفَاسِدُ
المَآل أَرْجَحَ سَدَّتَ الوَسْبِيَّة ومُتَعَتْ، وَمَا جَرَّى فِهِ تَرجُحُ مَصَلَحة
الوَسْبِيَّة عَلَى مَفَاسِدَ المَآل، خَلَّيْتَ الوَسْبِيَّة وَلَمْ يَكُنْ فِيهَا مَنْعٌ وَلَا

(١) المَقْرِي، القواعد رَمَٰم٢٩٩.
(٢) ابن عَاشُور، مَقَادِشَ الشَّرَعِيَّة الإسلاميَّة١٣٠٧٠٨٧٦٧.
قطع؛ ومعلوم أن عملية المواجهة ممّا قد يقع فيها الاختلافات بين المجتهدين والتبنيات في وجهات النظر؛ وهذا الذي يفسّر بعض الاختلاف في القسم الذي جرى فيه الاختلاف بينهم.

وممّا ينبغي التنبئ به في هذا الموضوع، أن مراقب الإفشاء إلى المفسدة ومراتب العلم بالإفشاء متصلان ومترابطان؛ فمرّة يعبّر عن هذا بذلك، ومرّة بهذا عن ذلك. وفجّرة هذه الصلاة أن كثرة الإفشاء وقائته هي مناظر مراقب العلم بالإفشاء.

فما كان الإفشاء طردياً فمرتبة العلم هي القطيع؛ وما كان فيه الإفشاء غالبًا فمرتبة العلم هي الطنّ؛ وما كان فيه الإفشاء نادرًا فمرتبة العلم هي الوهم؛ وما كان الإفشاء كثيرًا لا غالبًا فهو متردّد بين المرتبتين السابقين.

والمتي يُستخلص من هذه التقييمات ما يلي:

أوّلا: أوّلًا نظر يجب أن يلقي فيما كان من الوسائل مفسدة إلى المفاسد، هو النظر إلى كثرة وقوع المفسدة عن الوسيلة وقتّة ذلك، وهذا ما يتعلق بمراقب العلم كما تقدّم للنّوّ. وتوصّل أنّ ذلك على أربع مراقب:

المرتبة الأولى: الوسيلة المفسدة إلى المفسدة طردياً؛ وهذه المرتبة ممّا اختلف العلماء في إدراجها في مستوي الدرجات، كما تقدّم، وهو خلاف في الاصطلاح فلا يضر إذا تبين وغليهم؛ والأولى أن لا تدخل في الدرجات.

المرتبة الثانية: الوسيلة المفسدة إلى المفسدة غالبًا، بحيث...
يحضِّل الْفَلْسُ الْإِفْضَاءِ.

المرتبة الثالثة: الورشة المفضلة إلى المفسدة ناديًا، بحيث تكون مرتبتة العلم بالإفداء هي الوراثة. والمرتبة الرابعة: الورشة المفضلة إلى المفسدة كثيرًا، لا غالبًا ولا ناديًا.

ثانياً: وبعد أن يستبين المجتهد موقع الوسيلة من المراتب السابقة يخلص حينها إلى الموازنة بين مصلحة الأصل ومآل المفسدة؛ فما رجح فُلُّم واعتيَّر، وما شال في ميزان الموازنة أهيل وألغي.

ثالثًا: وحكم هذه المراتب كما يلي:

المرتبة الأولى: لقد اتفق العلماء على أنَّ ما كان من الوسائل مُستارة للممنوع، فإنَّها تُمْنع من باب ما لا يُخلص من الحرام إلا به فهو ممنوع. غير أنَّهم اختلفوا في إدخال هذه الوسائل في الدُّرائع أو لا، كما تقدَّم.

المرتبة الثانية: أمَّا ما كان من الوسائل مُفضيلة إلى الممنوع إفضاءً غالياً، فهي ممنوحة. وقد حكي القرطبيُّ أنَّ أثَّاق المالكيَّة على منع الدُّرائع الواقعة في هذه الرتبة؛ قال ابن عاشور: «العبرة في مناط الأحكام هي الأحوال الغالية»(1).

واعتبار الْفَلْسُ في هذه المرتبة هو أرجح من الاستمساك بأصل الإباحة؛ وذلك لأمور: أَحْدَهَا: أنَّ الْفَلْسُ في أُبُوب الْعَمْلِيَّات مَمَّا يجبر مَجْرِي العلم؟

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 285.
وعلِهِ فإنه يجري في هذه المرتبة(1).

والثاني: أنَّ المنصوص عليه في الشَّرِيعَة ممَّا جرى على أصل
سَد النَّرَائِع داخل في هذا القسم؛ فقد عَمِّن الشَّرِيعَة بعض الوسائط
لأَنَّ فيهما طُن الأنفس إلى المفسدة، ولا وجود لمقطع (2)؛ من
ذلك:

1- قولَه تعالى: {وَلَا تَسَاءَلَوا الْمَيْنَكَ يِدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسْبَحُوا
اللَّهُ عَدْرَةً يُغْيِرُ عَلَى هُمْ [الأنعام: 108]}؛ فإنَّهم قالوا: لتعتَفَّوا
علَيْهَا، أو لتعتَفَّوا إِلَيْهَا. فنزلت الآية. وقد يَسْبَب المسلمُ آفة
الكافر، فَمَّ لا يَسِبِّ هذا الكافر الله تعالى؛ لكن الطُن يَقيدِي بِأنَّ
هذا المال واقع في غالب الأحوال، فمُعِيتِتْ ذريته(3).

2- وفي الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: "إِنَّ مِن أَكْبَرَ الَّذِينِ
يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالْدُّلَّةَ!" قَالَ: يَا رَسُول اللَّهِ، وَكَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالْدُّلَّةَ؟
قال: لَيْسَ الَّذِي نَارُ الْرَّجُلُ إِلَّا الرَّجُلُ، فَيَسِبِّ أَباهِ، وَيَسِبِّ أَمَّهُ(4). وَمَفسَدَةُ
المال في ذلك ظَانَّة لا قطعية؛ لاحْيَان التَخْفَفِ(5).

3- وكان عليه الصلاة والسَّلام يَكِفَّ عن قتل المنافقين لأنَّه

(1) الشاطبي، المواقفات 2/359.
(2) الشاطبي، المواقفات 2/359.
(3) الشاطبي، المواقفات 2/360.
(4) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، رقم:
3873، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم:
390، والفظ للبخاري.
(5) الشاطبي، المواقفات 2/360.
ذرية إلى قول الكفَّار: إنّ محمَّداً يقَلُل أصحابه\(^{1}\); وهذا اعتمادًا على ظنّ مآل الفساد، وليس هناك من قطع.
4- وَنَهَى الله تعالى المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ: «راَيْعُنا» مع فضّدهم الحسّن؛ لاَتَخذا اليهود لها ذريعة إلى شَمْه على الصّلاة والسلام\(^{2}\).
قال الشَّاطِبي بعد أن ساق هذه الأمثلة ممّا بُنِي على سدّ الذريعة بسبب ظنّ فساد المآل-: «وَلَكَ كِتَابٌ ﷺ كُلّه مبني على حكم أصله، وقد أُلِبس حكم ما هو ذريعة إليه\(^{3}\).
وقال ابن أبي زيد القيرواني في كتاب «الذَّبّ»: «الأغلب من الأمور في أحوال الناس يَغِيظُ ربيّةً، كما قدّحبت في ردّ قبول شهادة الأب والأم في قول أكثر العُلماء، وفي ردّ شهادة العدوّ أو الخصم في قول جميعهم، وليس في ذلك إلا الظُنّة في أغلب الأحوال، من غير قطع ولا حتم\(^{4}\).

المرتبة الثالثة: أمّا الوسائل التي تُفضّي إلى الممنوع ناديًا، فقد اتفقوا على عدم اعتبار هذه الذريعة، فلا يُمَع المُنها، ترجيحًا لمصلحة الأصل؛ لأن ما وَقَع ناديًا لا عبرة به، والأخير باصل الإذن لازم:

---

\(^{1}\) رواه البخاري في كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، رقم: 3518، ومسلم في كتاب البر والصلاة والآداب، باب نصر الآخر ظالما أو مظوما، رقم 2584، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

\(^{2}\) الشاطبي، المواقيت 2/360. 

\(^{3}\) الشاطبي، المواقيت 2/360.

\(^{4}\) ابن أبي زيد القيرواني، الذّب عن مناهج مالك 2/37، ب، وانظر: 5/109.
لا أنَّ المصلحة إذا كانت غالبةً، فلا اعتبار بالندور في انخراهما؛
إٌذ لا توجد في العادة مصلحة غريبة عن المفسدة جملةً، فالشَّارع
إٌنما يعتبر في مراجعي الشَّرع غالبًا المصلحة، ولم يعتبر نَدْور
المفسدة؛ إجراء للشَّريعة مجري العاديّات في الوجود(1).
فالشَّرع ناسب على هذا المنوال من إهمالي النَّادر: كالقضاء
بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم
والغلط، وكبليحة القصر في المسافة المحدودة، مع إمكان عدم
المشقة، كالملك المَّرَف. وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة
الجزئيّة في التكاليف، مع إمكان إخلائها والخطأ فيها من وجوه;
لكن ذلك نادر، فلم يُعْتَبَّ وأعتبرت المصلحة الغالبة(2).
المرتبة الرابعة: أَنَّا عن الوسائل التي تُفضي إلى المفسدة كثيرًا
لا غالباً ولا نادرًا فضعت المالكية من ذلك.
ويتان مُدركهم فيما يلي:
أُولًا: اعتبار مالك ذو الذرة بناءً على كِثرة القصد وقوعًا؛
والذك أن القصد لا ينضبط في نفسه، لأنَّه من الأمور الباطنة الذي
لا يُستطاع القطع بها، لكن له مجالًا هنا، وهو كثرة الوقوع في
الوجود، أو هو مظنه ذلك، فكما اعتبرت المظنة - وإن صحّ
التَّكلف - كذلك تُعتبر الكثرة، لأنَّها مجال القصد(3).

(1) الشاطبي، المواقفات 2/583، 59-60.
(2) الشاطبي، المواقفات 2/359.
(3) الشاطبي، المواقفات 2/361.
وأصل هذا حديث أُمُّ وَلَدُ رَيْدٌ بني أَرْقِمٍ (١)، الذي سيأتي بيانه في مدارك هجيَّة سَدَ الدَّرَائِع (٢).
ثانيًا: وأيضاً، فإن الشَّارع في أحكامه قد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيرًا، كحدّ الحمر فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثير لا غالب، فاعتبر الشَّارع الكثرة في الحكم ورجحه على الأصل، إذ الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه. كما أن الأصل في مسألتنا الإذن، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر، وخرج على الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذرعة إلى الممثِّع (٣).
ثالثًا: ومن الأدلة القويَّة على المنع من الذَّرائِع الواقعة في هذه المرتبة، أن الشَّارع منع بعض الوسائل لإفضائها إلى المفسدة كثيرًا لا غالبًا; والمجتهد يجري على وفق ما بُنِى عليه الشَّارع أحكامه. وسيأتي بيانها في الأهلة الناهضة بحجة هذا الأصل، إن شاء الله.
رابعًا: تغليب جانب دفع المفسدة على جلب المصلحة:
ومن مدارك ترجيح سد الذرائع في هذه الرتبة، أن الشَّارع أشدّ اهتماماً لدفع المفسدة من جلب المصلحة؛ فإذا أشكَّلت الترجيح بين مصلحة الأصل ومفسدة المال، غُلِّب جانب المفسدة لذا لها.
قال المحقِّق: «قاعدة: عناية الشَّارع بدفع المفسدة أشده من عنايته بجلب المصالح، فإن لم يظهر رجحان الجلب فدلَّم

(١) سيأتي تخرجه.
(٢) الشاطبي، المواقف ٢/٣٦٢٠.
(٣) الشاطبي، المواقف ٢/٣٦٢٠.
الذرة... وقد كره مالك قراءة السجدة في الفريضة، لأنها تشوّش على المأمون، فكَّرهها للإمام، ثمّ للمنفرد خاصّا للباب... وكره الانفراد بقيام رمضان إذا أفضى إلى تعطيل إظهاره أو تشوّش الخاطر. ونهى الشرع عن إفراد يوم الجمعة بالصّوم، لئلا يَعْتَمَّ تعظيم أهل الكتاب للسّبت... وكره - أي مالك - ترك العمل فيه لذلك. وكره إطلاق رمضان بست من شؤال، وإنّ صحّ فيها الخبر، توْجَعَ ما وَقَعَ بعدّ طويل في من إصاب العَجْم الصّيام والقيام وكلّ ما يصنع في رمضان إلى آخرها، واعتقاد جهالتهم أنّها منه.
والمؤمنُ يَنْظُرُ بِنور الله تعالى!»(1).
وهو هذا لأنّ الشريعة كما يقول الشاطبي - مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز ممّا عصى أن يكون طريقا إلى مفسدة؛ فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتّفصيل، فليس العمل عليه بُدْع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها... »(2).
ومن أمثلة هذه الرتبة بيوع الآجال، التي منها: أن يبيع رجلٌ لآخر سلعةً بمائة إلى أجر، ثمّ يشتريها منه ثقتا بخمسين، فمنهبه المالكيّة على منعها؛ لأنّ البائع حُرّج من يده خمسون دينار، وأخذ عند خلول الأجل مائة، والسّلعة قد جُعلت ذريعة للرِّيا(3).
وأساس الخلاف بين المالكيّة والشافعية، يرجع إلى كيفية العمل

(1) المقرئ، القواعد رقم ٢٠١.
(2) الشاطبي، المواقف ٣٦٤/٢.
(3) القرافي، الفروق ٣٢/٢.
بالنسبة إلى الجرائم أو الفساد:

فالشائع الوحيد في جرائم الفساد تتعلق إلى خصوص الأفراد، فردًا فرداً، فما
علم أن الوسيلة التي ارتبطت لا ينتج عنها بالنظر الشخصي الفساد، فلا حرج عليه في تناول ذلك. كما أن الوسائل التي يمكن أن تتخذ طريقًا لبعض الأفعال المحرمة، كسبوảng الأجل، فإن الشائع كذلك ينظر في خصوص هذا الفرد، هل قد كفر الحرام أو
لم يقصده، فإن هو قد فرض حرمت، وإن لم يقصده لم تحرم، وإن جهل حال قسده، وهو الأكثر لأن القصد مغيب، فتسلم حالة
على السلمة، ولا يثبتهم، إذ أمرنا بحسن الظن بأهل الإسلام.
أمّا مالك، ف فلا يقتصر في النظر إلى الإفادة على النظر
الخاصي، مع اعتباره له. فباب سب الذرائع عند مالك، الحكم
على مرتبة الإفادة إلى الممنوع أو الفساد لا يكون فقط بخصوص
قرد مرتين يتعاطون الوسيلة. بل إن النظر عليه نظر عّمومي؛
بحيث ينظر إلى الإفادة من حيث عموم من يتعاطى الوسيلة، فما
كان الإفادة غالبًا أو أكثرًا، ولم يكن في الوسيلة مصلحة ترجح
المساس الناتج عن الوسيلة، فإن المالكي يمنعون هذه الذريعة ممّا
عامًا، ولا يتقورون إلى خصوص قصود الناس، فما ممّا ممّا من الذرائع
ممّا على جيئة العّموم، ولا يخصّ أهل الربأ عن أهل الديانة في
المنع؛ لأن التشريع هكذا شأنه: عموم في التطبيق على الأفراد،
والمالكي يقولون إن النظر العمومي فيمن يتعاطون الوسائل فتح في
نفس المجتهد أن الناس يثبتون في أنهم يقتصدون إلى بعض
الممنوعات التي حُظرها الشَّارع.
لذلك أحسب أنّ خلاف الشافعي في مسألة الذرائع بمعنىهما الخاصّ، ليس راجعاً كما قيل - لأنه لا يعتبر الوسيلة التي تُفضي إلى الفساد كثيرًا، فلا تمنع عنده. وإنما الخلاف راجع إلى الإفشاء نفسه إلى الممنوع، كيف ينظر له، هل ينظر له على جهة الخصوص أو على جهة العَموم، وهل يعتمد على الإتهام في الفَصود في ذلك.

وضابط خلاف الشافعي: أنك حينما وقَدِّمت أثْنَاهَا الفَصود، فاعلم أنّ الشافعي يُخالفُ في ذلك. أما ما يُنظر إلى قُوَّة التهمة وضَغْمِها: فما قُوِّيَت التهمة في الإفشاء إلى الفعل المحرم، ضعفت الذريعة، وما ضعفت التهمة في الإفشاء، لم تمنع، ما دام أن للناس في تلك الوسيلة حاجة ومصلحة. وما تردّ بينهما في حسب الثرب والبعد.
المطلوب الثالث

مُوجَّهات العمل بأصل سد الذراع

للعمل بأصل سد الذراع موجَّهات تكُفُّل التطبيق الحسن له:

ومن هذه الموجَّهات:

الموجه الأول: كثرة الفرض إلى الممنوع:

في بيع الآجال - مثلاً - نجد أن العقد مركَّب، فهناك عقدان:

الآول باع السلاعة بعشرة إلى أجل. والعقد الثاني: اشتراء البائع

الآول السلاعة تلك بخمسة نقدًا.

فكلٌ عقَّد من العقدين صَحيح، لا إشكال فيه. فالعقد الأول

بيع إلى أجل، وهو جائز. والعقد الثاني هو البيع المعروف.

لكن وقَّع في النفس ريبة، في قضَّانهم إلى التنزِّع بهذا

التركيب، إلى الربا المنهي عنه. بيان ذلك: أن السلاعة خرجت من

اليد ثم رجعت إليه، فهي إذا كالعَدم. فتخلص من العقد المركَّب

بعد تَقْدير خَنْف السلاعة: أنَّ الآول دفع خمسة لياخذ في الأجل

عشرة. وهذا هو الربا.

لكن الإشكال الذي يَطرْح عند المالكية: هل يَتهم المتعاقدان

في هذا العقد بأنهم تنزَّعا به إلى الربا، أم لا يَتهمان لأن التهمة

في ذلك ضعيفة؟
والإجواب: أنَّ تَحْدِيد درجة الانتهاك يكون بالنظر إلى مدى قِضْنِهِم إلى الحرام أو عدم قِضْنِهِم إليه.

وَمَعْرُوفٌ أنَّ القصد على الخُصوص لا يَمْكَن معرفته عادةً، لأنَّهُ أمرٌ مُّغيِّبٌ. لذلك سَلَكَ المالكِيُّ في التعرُّف على القصد: النَّظَر إلى عَمَل الناس هل لهم في الحقود الوسيطة المركبة حاجَةً وأَعْراض صحيحةً، بحيث يَصْحُ قِضْنِهْا، أمَّنَّ الظاهر أنَّ لا عَرَض لهم في تلك الصُّور الوسيطة المركبة؟

فإِن كان الأول، فإنَّ الانتهاك يُضَعِ، إذ كثرة قِضْنِ الناس لِتلك الصُّور الوسيطة، دلَّلٌ على توجُه قِصودهم نحوها، وأنهم لم يَقِصدوا الحرام، لذلك لم تكن تلك الصُّور لَعْوَة، لأنَّ القِضْنِ الصحيح المتوَجِّه إليه يَنافيه.

وَإِن كان الثاني، فإنَّ الانتهاك يُقْوَى، إذ ارتفاعِ قِضْنِ الناس تلك الصُّور الوسيطة في أَعْراض صحيحة، دلَّل على لَعَوَّهَا، وأنهم إنَّما قِصَّدوا الحرام المذْنَع إليه.

قال المقري: «قاعدة: قال المالكِيُّ: إذا كانت صورة الجواز ممَّا يَكْثِر القصد بها إلى الممنوع، اعتُبرت انتِفاقًا؛ وإنَّ ندرت، بحيث لا تَخْطُر إلاّ بالأخطر، لم تَعْتَبر. ...»(1)

وَمَعْنَى كثرة قصد الناس أنَّ كثيرًا من الناس يقصدون من هذه المعاملة ما آل إليه العقد، وأنَّ الوسائط ما كانت إلاّ مَتَنَّعًا بها، فالعِرض إنَّما كان مَتَوجِهًا إلى الرِّبَا.

(1) المقري، القواعد رقم 995.
قال الجرشي في شرح قول خليل: "وبمنع للتهمة ما كثر قصدْه - أي: ومنع كل بيع جائز في الظاهرة مُؤدٍّ إلى ممنوع في الباطن، للتهمة بأنه يكون المتبايعان قدًا بالجائز في الظاهرة التوصِّل إلى ممنوع في الباطن؛ وذلك في كل ما كثر قصدْه للناس" (١).

فالناس - مثلاً - يكثر منهم قصدْ بيع وسلف وسلف بمنحة، كأن يبيع الرجل الآخر سلعتين بدينارين إلى شهر، ثم يشتري واحدة منهما بدينار نقدًا، فتكون السّلعة التي خرجت من اليد وعادت إليها مُلغَّة، وخرج من يد البائع سلعة ودينار نقدًا، يأخذ عنهمها عند الآجل دينارين: أحدهما عن السلعة، وهو بيع، والآخر عن الدينار المتقود، وهو سُلّطَ (٢).

وكان يبيع سلعة بعشرة إلى شهر، ويشتريها منه بخمسة نقدًا، فالآخر البائع إلى أن شيئًا رُجِع إليه، وكف القائد الآن خمسة يأخذ عنها بعد ذلك عشرة (٣).

وهذا بخلاف ما يقلّ قصد الناس إليه، بحيث لا يوصَفْ بأنه كثير؛ وهذا لضعف أئمة الناس في الفضْد إلى الحرام (٤).

مثاله: أن يبيع الرجل الآخر ثوين بدينار لشهر، ثم يشتري منه.

١ الخرشي، شرح خليل ٩٣/٥.
٢ الخرشي، شرح خليل ٩٣/٥.
٣ الخرشي، شرح خليل ٩٣/٥.
٤ الصاوي، بلغة السالك ١٨٣/٢.
عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار، فمذهب المالكية أنه جائز ولا
يُنظّر لكونه دفع له ثوابين ليضمن له أحدهما، وهو الثوب الذي
اشتراه من بقائه عنده بالآخر؛ فتُهمه أنهما قدّما الضمان بجعل
ضعفًا; وذلك لقلة قصد الناس إلى ذلك. وأما صريح ضمان
بجعل، فلا خلاف في منعه عند المالكية؛ لأن الشارع جعل
الضمان والجاء والقرض لا يُفعل إلا لله(1).

ومثاله كذلك: أن تبيع الرجل نُقيَّاً بدينارين إلى شهر، وتشتريه
منه بدينار نقدًا ودينار إلى شهرين، فأل أمر البائع إلى أن دفع الآن
دينارا سلما للشترى ويأخذ عند رأس الشهرين دينارين: أحدهما عن
ديناره، والثاني سلفه منه يدفع له مقابله عند رأس السَّنة التَّانِي.
فهذا لا يمنع في مذهب المالكية، لضعف اتهامهما أنهما قدّما إلى
أسلفي أسلفك(2).

ولمَّا كانت القصود لا تنضبط بالمُنظّر في آحاد الناس، جعلت
المالكية كثرة القصد إلى الحرام مظلةٌ إلى وقوعه، فحسبت الباب
رأسا. فكثر قصد الناس إلى هذا التذرع، فما يفضي إلى شيوخها
وانتشارها، فتحصل بذلك المفسدة التي لها حرّم الربّ؛ فذلك هو
وجه اعتداد مالك بالتهمة فيه، فلو أن ذلك فشيء صار مال الفعل
مقصودا للناس، فاستحلّوا به ما فِنُغ عليهم(3).

(1) الصاوي، بلغة السالك 197/3، علشب، محل الجليل 5/78.
(2) الصاوي، بلغة السالك 197/2، علشب، محل الجليل 5/79.
(3) ابن عاشور، مقتضى الشريعة الإسلامية 269-278.
قال الإمام الشافعي مبيناً مدرك مالك في ذلك: «...إلا أن مالكاً اعتبره في سد النزاع بناء على كتلة القصد وقواعة، وذلك أن القصد لا يتضمن في نفسه لأنّه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا، وهو كثرة الوقع في الوجود، أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبارت المظنة، وإن صبح التخلف، كذلك تعتبار الكثرة لأنّها مجال القصد»(1).

وقال حلوول: (واعتبارنا المهمة في بيع الآجال، إنها هى لكون دين الناس للفالق؛ لأن كتلة الوقع مظنة القصد) (2).

المحجّة التاليّة: عدم الاعترار بالصور الظاهرة:

ومن موجّهات العمل بأصل سد النزاع عدم الاعترار بالصور الظاهرة؛ بل من الواضح أن يكون النظر نافذًا بحيث يميز بين ما هو حقيقي وبين ما هو صوري؛ في نوع الآجال التي متعها المالكية حسباً للمذوبة، كان متطلّع نظرهم: أن ظهور فعل اللغو في التعاقد المركب قدّح في نفس المجتمعة ظن القصد إلى الحرام. قال الشافعي: (ومالك ينكره بسبب ظهور فعل اللغو، وهو دالٌ على القصد إلى الممكن) (3).

---

(1) الشافعي، المواقف 2/361، وانظر: نفس المرجع 150-184/984، وقد قرر المعنى نفسه القاضي ابن العربي في عارضة الأحوزة: 151/5.

(2) حلوول، الترفيج في شرح التفتيح 4/40، وانظر: محمد الحسين، دراسات في الشريعة الإسلامية 30، رسائل الإصلاح 11.

(3) الشافعي، المواقف 4/400-2001.
وقاية المنهب في يوم الآجل لتحديد فعل اللُغُو من غيره،
أنْ يُنظر إلى ما خرج من اليد، وليما عاد إليها، بقطع النظر عن الوسائط، فإن تحقَّق من ذلك بيع مَنْعَةٍ مَعْ(1)، كما في الأمثلة السّابقة. فمن باع لرجل سلعة بما أنَّ البائع خرج من يده خمسون دينارًا، واحذى عند حلول الآجل مائة، فهو ريا، والسِّلعة قد جعلت دُرِّعة للرُّبُّ، وهي الواسطة.

وتحديد صورة اللُغُو، يكون مَرتِبًا كذلك بالموجِّه الأول في كثرة قَضَّاد الناس إلى هذه الوسيلة، مما عُلِم أن لمن الناس قُصُودًا صحيحة في الصورة الوسيطة، بأن كانوا محتجزين لها، ولهما فيهما أعراض صحيحة، ضعفت التهمة، ولم تكون الصورة هذه لغوًا، لأن الحاجة إليها كليل على قضاهل لها، وفضلهما لها دليل على عدم قضاهم إلى الحرام في الجملة.

أما إن لم يكن لهم في تلك الصورة الوسيطة حاجة، ولا لهم فيها عرض صحيح، دلل ذلك منهم على أنهم إنما يقضون التذريع إلى الحرام، فيكون قضاهم متوجًا إليه، ففقه التهمة حينها، وتكون الصورة الوسيطة لغوا، لأن ما لا يقضد فهو اللُغُو.

الموجة الثالثة: اعتبار العادة في تحديد كثرة القصد إلى الممنوع:
العادة معيار يوقف به على التهمة، ومن طبيعة العادة أن لا

تكون عامةً في كل رَمَان وفي كل مكان، وعلى هذا فإن التَّهَم أمر نسيم يختلف باختلاف الرَّمَان والمكان، وهذا ما يسبَنعي استثناءً الأجهاد في تحقِّق التَّهَم، ومدى وجودها واقعاً:
قال ابن عبد السَّلام في باب بيع الآجال: «وقوله -أي قول ابن الحاجب-: فإن كان مِمَّا يكثر القصد إليه، كبيع وسلف أو سلف جر منفعة، مُنِع وافقاً لَمَّا قرر المنع، وكانت أسباب ذلك المنع مختلفة بالقوَة والضعف، أخذ يُبنى القوي والضَّعيف منها، وقد عَمَّ أن هذا الباب مبني على العوائد، فالقوي ما اُكرِّدت به العادة أو كثر وقوعته، والضَّعيف ما قابل ذلك، والمتوسط ما بين ذلك»(1).

وأبان الشَّاطبي عن مثل ما قرَّره ابن عبد السَّلام، من أنّ المرجع في بيان كون الذُّرية مِمَّا يكثر تقصَّد النَّاس إليها للممنوع- هو العادة؛ قال في سياق ذكره للمنع من بيع الآجال: «... ولكن هذا بشرط أن يُظهره لذلك قصد، ويكثُر في النَّاس بمقتضى العادة»(2).

وتأسَّسًا على كون العادة والعُرف معيَّنًا في تحديد كثرة القصد وقُلّته وُتُدُور، فإنَّ ما بُنيَ من الأحكام على العادة والعُرف يقتضي التَّغيير بتيحي هذا العَرْف وتلك العادة؛ قال القرافي: «قاعدة: كلْ حَثَّ مْرَبَّ علَى عَرْف أو عادة، يُبطل عند زوال تلك العادة، فإذا

---
(1) ابن عبد السلام، تنبه الطالب لفهم ألوِف جامع الأمِهات لابن الحاجب 239.
(2) الشاطبي، المواقفات 4/198-200.
تعتبر تغيير الحكم 1). ومنه، فإن الاستماساك بكثير من تفريعات
الاسمية في ظل الأمر مما يجب أن ينظر إليه من جهة تحقيق كون
العادة التي كانت مرتكزة الحكم موجودة في الواقع حال الانتهاء أو
منعدم. ولقد تبّع على هذا الملخص القوي ابن عبد السلام التوّاسي
في شرح مختصر ابن الحاجب، وكذلك من بهدف كابن عاشور؛
وقد أنحنى ابن عبد السلام باللائمة على الفقهاء الذين لم يعتبروا
العادة فيها كان على هذا المثال:
قال: "... في ظل الأمر لم يقع البائع أسيراً بين المتبايعين
على نصيحة أن البائع يشتري السلعة التي خرجت من يده، وإنما
هو أمر يُتّهمان على أنهم هداه على، ويُستند في تلك الادعاء إلى
العادة. ... ثمّ هب أن تلك الادعاء وجدت في قوم في المملكة الثانية
بالسعودية أو بالبحرين كله، فلم تُنِم أنّها وجدت في العراق وفي
المغرب في المملكة السابقة؟! ونحن لا ندري الآن هل هي موجودة
بالسعودية أو لا؟
ثمّ هب أنّها موجودة في جميع البلاد في جميع الأزمنة...
وهؤلاء يجعلونه قانونًا عقليًا مطلقاً كالقواعد العقليّة التي لا يشذّ
منها شيء. ويحكمون على مسائل لم تقع بأنها متنوعة على تقدير
الوّقع، ويستدلون في ذلك المنع إلى الادعاء التي هي متأخرة عن
الوّقع، فيجعلون المتأخّر في الوجود سبيلاً في حصول المنع المتقدم في
الوجود. وإذا مثّقَق عن الفتح في هذا الباب، وما أشبهه من

(1) المواقف، التاج والإكيل 268/6.
الأبواب المستندة إلى العادة في الكتب؛ لأن الذي في الكتب من المسائل لها مثوى السنين، وتلك العوائد التي هي شرط في تلك الأحكام لا تعلم حصولها الآن؛ والسُّلُك في الشَّرط شك في المشروع!»(1).

و قال الشَّيخ محمد الظاهري بن عاشور: «كثيرٌ من الصعف الفقهٍ لدى المتاخمين: »(2) رابعه: الصعف في علوم الاجتماع وحاجات الأمّة، حتى أهملوا أحكام صوْرت من البَيْع، ونزلوا على بيع العُمُد اليوم أحكام بيع الآجال التي كانت في القرون الأولى من الهجرة، ولم يُخرجوا بترحيل أحوال البُيع الحاضرة. . .»(3).

ثم إن احتمال الوقوع عادة لا يعني أن يُنظر في الواقع وقوعّ قصد التذعر وحسب، بل يكون كذلك من العلم بعادة الناس في مختلف تصرفاتهم، ومن العلم بطبيعّة الإنسان وجبته: ليُلخص إلى مرتبة العلم بالاتهام. ونَعم، الواقع مُعين، لكن ليس مَحضورًا فيه. وقد يَؤخذ من كلام بعض المالكية ذلك، لكن الذي يظهر لي ما قُرِّره، والله أعلم.

الموجه الرابع: لا يُفرق عند سدّ الدُّراة بين المتَّهم وغيره.

من منعّب المالكية أنّ ما مَنَع لِلذِّريعة غَمٌّ، فلا يُنظر إلى آحاد النَّاس هل قصد إلى الممنوع أو لم يقصد؟ فسواء بُذرَت الوسيلة؟

(1) ابن عبد السلام، تنبه الطالب لمفهوم أفعال جامع الأمهات لابن الحاجب 138-239.
(2) ابن عاشور، أليس الصبح بقرب 201.
مَمَّن يَثْبِتُهُم بِالذَّنْبِ إِلَى الْحَرَامِ وَمَمَّن كَانَ بَرَاءًا مِن هَذِهِ الْهُمَّةِ؟
فِي مَنْ تَدْرَيْهِ يَشْتَهِي حَتَّى أَهْلَ الْذِّيَانة مَمَّن لَا يَتَنْثَأُ إِلَى الْهُمُّ وَلا
تَنْثَأُ مِنْهُمُ الْطَّلَّبَ ؛ طَرْكًا لِلْبَابِ، وَتَعْمَيْنًا لِمُحْكَمَ الْمَنْعِ.
قَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدِ الْقِيَوْمِيِّ: «..يُحْلِلُ المَتْحِهِم وَغَيْرِ المَتْحِهِم
في مَا أَصْلُهُ الْهُمُّ مَحْمُولاً وَاحِدًا»(۱).
وَقَالَ الْبَاجِيُّ عَلَى أَنَّ أَصْلَ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ فِي الْذِّرَاعِ أَنَّهُ مَمَّن
الذِّرَاعُ مَمَّنْ قَصَدَ إِلَى الْمَمْنُونِ وَمِنْ لَمْ يَقْصَدْهُ(۲).
وقَالَ ابْنُ رُشَدِ الْجَدُّ: «مَا تَرَطَّقَهُ الْمَنْصُوحُ وَقَطَعَ الْذِّرَاعِ لَا
يَخْصَصُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ الْمَوَاضِعِ; أَصْلُ ذَلِكَ شِهَادَةِ الابْنِ
لَا أَيْهَهَا»(۳).
وقَالَ الْمَازَّرِيُّ: «إِذَا كَانَ الْجَعْلَةُ هَذِهِ أَيٌّ جَمَاعَةُ الْذِّرَاعِ-
وَجَبَ .. أَنْ يَيْمَعَ مِنْ هَذِهِ الْبِيَعَاتِ مَنْ لَا يَيْمَعُهُمْ وَمَنْ يُيْمَعُهُمْ»(۴).
وقَالَ الْبَّرْدِيُّ: «يُيْمَعُ مِنْ الْبِيَعَاتِ مَا أَدْىَ لِمَمْنُونٍ يَكْشَرُ قُضَاهُ
لِلمَتَبَيْعِينِ، وَلَوْ لَمْ يَقْصَدَ بِالْفَعْلِ»(۵).
وَكَانَ لِلْمَالِكِيَّةِ وَمَنْ وَافَقَهُمْ فِي هَذَا التَّعْمِيمِ مَدَارِكٌ مِنْ الْنَّظَرِ;
هَذَا بِانْهَا:

۱) ابن أبي زيد القيرواني، الْجُبُرُ الْحَرَامِي، الْجُبُرُ ۴۷/۴.
۲) البَاجِيُّ، المَتْحِي، الْجُرُّ ۷/۳۷.
۳) ابن رَشَدِ الْمَقْدَمَاتِ الْمَهْدِئَاتِ ۱/۴۸۶، الْمَوَاقِي، الْجَلِّي، الْجَلِّي ۵۵۸/۷.
۴) شَرْحُ الْتَّلِيقِ ۳/۱۹۹، وَلِلنَّظَرِ ۳/۲۰۰.
۵) الْبَرْدِيُّ الْجُرُّ الصَّغِيرُ ۳/۱۱۷-۱۱۷. ۵۰۸.
أوَلًا: ضِبْطُ القواعد: فمن مدادَك التَّعَميمِ أنَّ ذلك لضبط
الأحكام وعْدِم اضطرابها؛ لأَنَّهُ لمَّا كان مُدَرَكُ المالكِيَّة في مَنْع
النَّراعِ، أَنَّ النَّرِيعة مظَنَّةٌ التَّنَزِّع إِلَى الَّحْرَام، أُقْيِمَت المظَنَّة مقامًا
المشْتَّة(1)، وعَمِّمَ حُكُمُها كَمَا يُعْمِمُ حُكُم الْعَلَّة مَعَ احتمال تَخْلُق
حَكِمَة الْعَلَّة؛ ضِبْطًا لِلْعَلَّة مَن أَن يَدْخِلُها الاضطراب؛ قال
المَقْرِي: "قاعدة: أُقْلُدُ مَنْهِب مالك في التَّبَعِ أَنَّهَا عَلَى ثَلَاثة
أَضْرَب: قَرِيبَة فَتْرَاعٍ، كِتَالَاق مَنْ تَرَاهُ فِي مَرْضَهُ؛ وَلَا تَخْلُقُ
بَلْ أَنَّها عَلَى الأَصْحَ، ضِبْطًا لِلْقُوِّاهُ، فَقَد وَرَثَ عَثمانُ امْرَأةَ عِبد
الرَّحْمَنِ، وَهُوَ أَبْعَدُ النَّاس مِن ذَلِك"(2).
وقَال ابنُ أبي زيد القيرواني: بعد سوَفه لَمْ تَثْلُل مِن الشَّرِعْ نسجت
على هذا المَنْوَل: "وَهَذَا مَمَّا تَنْسَقْ بِهِ الأَمْوَر، وَيَحْمِي كِتَاب
الله"(3)، وَيُرِيد بالانْساق الضَّبْط، وَعَمِّمَ التَّقُلُّلِ.
وقَال المَقْرِي: "إِذَا اعْتَبَرَت النَّراعِ، فَالَّذِينِ وَجَبُّ صُوْنَهَا
عَن الاضطراب بالضَّبْط والتَّعَميم، كِسَائَر العَلَّل السُّرعَيْة. فَلا يُجَوَّز
الجمع بالإِذن(4)، وَلَا تَخْضُُ الآَجَّال بِالْمَتَّهٍ"(5).

(1) ابن العربي، عارضة الأحوذي 5/201، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح
2/226.
(2) المقرئ، القواعد رقم 265.
(3) ابن أبي زيد القيرواني، الذهب عند مناهج المالك 4/أب.
(4) أي الجَماعة الثُّانِيَة بعد الجماعة الرائدة في المسجد، حتى مع استثناء الإمام;
حَسْنَ اللَّبَاب.
(5) المقرئ، القواعد رقم 230، وانظر: رقم 995.
ثم إن القُصُود مَمَّا لا يَظْلَع عليها إلَّا الله، فكيف يُصَلَّق البعض دون البعض، قال الباجي: "... لا يمكن أن يفصل فيه بين المَتَّهُم وغيره، فكان الحكَمُ فيه منع الجميع، كالمنع من الذَّرَاعٍ"(1).

وفي عَدَم الضَّبَط التَّقَلُّد، إذ كل يَذَاعي ويزعم أنه بري السَّاحة من قصد الحرام، ومن قصد الحرام لم يَعَسَّر عليه اذاعة القصد الحسن؛ قال ابن أبي زيد مَعْلُولا لِتَعْمِيم المنع: "... لتألا يذاعي كل أحد السلامة، وتختلف الأحكام"(2).

ثانيًا: مَتَّعَت الدّرِيّة على جهة العموم، لتألا يكون فعل الإنسان لِلذل إلى أن يَذَاعي بالقصد في مرة أخرى"(3). ثالثًا: لو لم تمنع الدّرِيّة على جهة العموم، لاعتقد مَرْتَكْبُها أن جنس هذه المعاملة حلال؛ ولا يُمِيز بين القصد وعَنْده(4).

رابعًا: القُصُودُ من الأمور الخفِّيّة التي قد لا يُقَطِّن لها صاحبها؛ قال ابن تيمية مَعْلُولا لِتَعْمِيم حكَم الذَّرَاعٍ: "ولتألا يفعلها الإنسان مع قَضِيّ خفٍّ يَخفي من نفسه على نفسه"(5).

خامسًا: قال المازِرِي: "إنّما كان عَلّة المنع حماية الدّرِيّة وَجَب أن يمنع منَّ لا يَتَّهم لئلا يكون ترك مَعْه داعيًا إلى أن يقع

(1) الباجي، المتقنّ 7/285.
(2) ابن أبي زيد القيرواني، الذهب عن مناهج مالك 4/1.
(3) ابن تيمية، الفتوى الكبرى 2/173.
(5) ابن تيمية، الفتوى الكبرى 6/174.
فيها منْ يَتَّهِم۴۱)。

سادسا: وَجَدَنا الشَّارِعَ الحكيم فيما مَنَعَ من الدّرايع، قد عَمِّ الحكم ولم يَرِط المنع يكون المرء قَصِّدَ أو لم يقصِّدَ فَنَّلَنا ذلك على تعميم الحكم في الدّرايع؛ لأنَّ مشروعية هذا الأصل كان على أساس اتباع منهج الشَّرِع في سَتّ الدّرايع؛ وكذلك أُثِّر هذا التَّعميم عن الصَّحابة في المسائل التي بَتَوها على أصل الدّرايع:

١- شهادة العدوّ على عدوّه: فشهادة كلٍّ واحد للأخر مرودة مطلقة، فلا يَنْظَر إلى بعد التَّهمة في الأفراد بخصوصهم؛ لأنَّ الغالب من أحوال الناس أنَّهم مَّهِمون في شهادتهم على خَصائصهم وأعدائهم؛ وإنْ كان يُوجِّدُ في أحاديث كثيرة من الناس مَن يَكون على غير ذلك من الأتّهام والظَّنَّة؛ إلّا أنَّ اللَّباب عَُولَ مَحمَّلا واحداً۴۲).

٢- مَنَع القاتل الميراث: كذلك مَنَع القاتل من الميراث سدا لذريعة استعمال الميراث بقتل الموتى، واستوَى في ذلك من تلحته التَّهمة أو لا تَرَكَّا للباب؛ قال ابن أبي زيد: «كما أنَّه قد مَنَع القاتل الميراث، وكان الأصل في ذلك التَّهمة بِنَّيل الميراث، ثم قد يقع قاتل قد علم أنه لم يقصِد للميراث، فلا يَنْظَر إلى ذلك النادر؛ وهكذا جَرَّت الأصول في هذا وشيبه»۴۳).

۴۱) المازري، شرح التلقين ۴/۳۲۰.
۴۲) ابن أبي زيد، اللَّبَغ عن مناهب مالك ۳۴/۳۴ ب.
۴۳) ابن أبي زيد، اللَّبَغ عن مناهب مالك ۳۴/۳۴ ب. وانظر:۴۷/۳. 

3- مَنْ طَلَقَ فِي مَرَض مَوْتِهِ: مَنْ طَلَقَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَض
الموت، ثُمَّ مات، وَرَتَّبَ، سَتًا لِذَريَّةٍ تَقْصِدْ جَرِيْمَانَ الرَّجُلَةَ مِن
الميراث، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ مَنْ قَسَدَ وَمَنْ لَمْ يَقْسِدْ، بَلْ إِنَّ عُمَانَ
وَرَتَّبَ زوجةً عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ عُوفٍ ١١٥٩، حَينَ طَلَقَها فِي مَرَض
الموت، ١٩٠، عَلَى بُعْدٍ عَبْدٍ الرَّحْمَنِ بْنِ عُوفٍ ١٩٠٠، مِن ذلِك
القصد. ١٩١

4- الْهَمَّةُ الَّتِي لَمْ تَحْرُزْ: كَذَلِكَ مَنْ وَهِبْ لَبِسَ وَرْتَبَهُ هَيْبَةً، ثُمَّ
لَمْ يَحْزَهْهَا إِلَى حَينَ مَرَضَ الْمَوْتِ، فَإِلَيْهَا تَرْجَعُ إِلَى مَالِ الْمِيْرَاث;
لِثُلُّهَا يَتَّخِذُ الْمَالُ مِنْ الْهَيْبَةِ دُونَ جِيَازَةِ ذَرِيَّةَ لِحَرَامٍ باقي الورثةُ مِن
الميراث. وَقَدْ كَانَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ الصَّدِيقٍ ١٩٠١، نَحْلٍ ابْنُهُ عَائِشَةٍ ١٩٠ٞ، مَالًا
لَمْ يَحْزَهَهُ، فَقَالَ لَهَا حَينَ حَضْرَتِهَا الْوَفَّاءُ: «وَاللَّهِ يَا بُيُوتُهُ، مَا مِنْ النَّاسِ
أَحَدٌ أَحْبَّ إِلَّا عَيْنٍ بَعْدِي مَنِكَ، وَلَا أَعْرُ عَلَيْكَ فَقْرًا بَعْدِي مَنِكَ،
وَإِنْي كَنْتُ نَحْلِهِكَ جَادًّا عَشِيرَيْنِ وَسَطًا، فَلَوْ كَنْتُ جَدَّدْتِهِ وَاحْزَنَتْهُ
كَانَ لَكَ؛ وَإِنْمَا هُوَ الْيَوْمُ مَالٌ وَأَرْبِيعُ..» ١٩٠٢؛ وَأَبُو بَكْرٍ بْنُ الْخَلَق
عَنْ قَصِدٍ التَّنَزَّعُ إِلَى جَرِيْمَانِ الْوَرَثَةِ مِيْرَاثِهِمْ، وَمَعَ هَذَا حُكْمُ بِالْهَيْبَةُ

(١) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّا، كِتَابُ الْتَلَاقِ، بَابُ تَلَاقِ الأَمْرِيْقِ، رَقْمٌ: ١٩٠١٠، عَن
ابْنِ شَهَابَ عِنْ طَلَقَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفِ وَعَنْ أَبِي سَلَمَةٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْن
عَوْفِ، أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنَ بْنَ عَوْفِ طَلَقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ وَهُوَ مَرْضٍ، فُرْضَهَا عَشَامُ بْنُ
عَفَانَ مِنْهُ، بَعْدَ انتِقَاسِ عَتْنَاهُا.
(٢) أَبِي زِيدٍ الْقَيْزَوْتِيَّ، الْذِّبَّ عَنْ مَنَاَحِبِ مَالِكٍ ١٩٠٣٠/١٠،
(٣) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمُوَطَّا، كِتَابُ الأَفْضَلِ، بَابُ مَا لَمْ يَجُوزَ مِنْ الْتَنَزَّعِ، رَقْمٌ: ١٩٠٤٠،
عَنْ ابْنِ شَهَابَ عِنْ عُروْةَ بْنِ الْزَّبَرَ عِنْ عَائِشَةِ رَضُّي اللهُ عَنْهَا.
التي لم تحز إلى الورثة。

**تَقْلِيد:**

هذا، وإنَّ الانتِهاء إن ضعفت بالنَّظر في عَامَة الناس، لكنَّه فَوَيِّ في طائفة بِحُصُوصها، فالمالكيون نَصَّوا على اعتِبار سَدَ الْذِّرائع فيهم.

فيَبِيع الآجال قَوْرَ الْمَالِكِيَّة بِأَنَّ النَّاس كِلَّهُم مُتَهْمِمون فيها، فلا يُخِصّ المنع بِطائفة دون طائفة.

أماَ بِيَبِيع النَّقَد، فلا يَتَهِمُّ فيها إلاً أَهْلُ العَيْنَة. وهذا نَفْوَة التَّهَمَّة فيهم، وضَعْفُها في باقي الناس. قال ابن رَشْد: (الَّيْبِيع النَّقَد لا يَتَهِم فيها إلاً أَهْلُ العَيْنَة).

**الموجِّهُ الخامس:** اعتبار الْوازِع في إعْمَال أَصِل سَدَ الْذِّرائع:

يَتَعْلَق باب سد الدَّرِيَّة بِمَوضوع الْوازِع الجَبلي، فَما كان فيه مَيل النَّفْس أَنْبَعَ إلى ارتكاب المَهْيِّ عنه، وأُذُن إلى التَّلَّبِس به، وأَقَرَّ إلى الالتحَاز بِمَفسدَتِه: بالَّغ الشَّرْع في سد الدَّرِيَّة المَفْضِية إليه. وَقَد يَلْيِس الشَّرْع -مُبَالِغَة في مَنَع الدَّرِيَّة- الْوازِع الذُّبِيِّي أَبواس الْوازِع الجَبلي، ليَكُون الاجتِنابُ مِن قَبْيل الاجتِناب الطَّبِيعي؛ لَمَّا كَانَ التَّفْوَسُ مِيَالَةً إِلَى ذَلِك المَهْيِّ عليه.

والعكس بالعكس، فَكَلْمَا كان المَهْيِّ عنه مَمَّا لَيس في الجِبْلِة.

---

(1) ابن أبي زيد الفيرواني، الذب عن مناهج مالك 46/4.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 226/7. وانظر: 114/7، 128، 168، 230، 397، 438.
نَزَوَّع إليه، فإن السَّرْعِ لا يَهْضِمُ كثيرًا بِسَدِّ الدُّرِّيَّة المُوَصِّلَة إليه،
اكتماء بمجرد النهي السَّرِيعِ. وأبلغ من هنا أن يُتآيَذ النهي السَّرِيعِ
بكون المنهي عنه مما تُنافره نِعْزَة الإنسان وطبيعته(1).

ولعلّ مالكُ بِمَعْرَف الشَّريعة ومساليك السَّنن فيها، نُسِّجُ قُلُوبه
على هذا المنوال، وسلّك سَبيل السَّرِيع في سَدُّ ذَرائع الفساد؛ قال
ابن عاشور: «ولعُلماء الشريعة نُسِّج على منوالها، هذا عند فَضَد
المبالغة في سَدُّ الدُّرِّيَّة:
فقد قال مالكُ كَلَّمَ اللَّهُ بِنِجَاسة عين الخمر، وهو يَعْلَم أن الله
إِنَّما نهى عن شربها، لا عن السَّلْطُخ بها، ولكنه حَصِل له من
استقراء السنة ما أفاده مُرَاعاة قُضَد الشَّريعة الانتفاعٍ عن شربها.
وإذ كان ذلك عَسْرًا، لَّسْدَة مَّيَّزُت النَّفوس إليها، بكثرة ما نَوَّه
الشَّارُوب بِمِحاسن رفقتها ولونها؛ أرادت السنة تقوية الواضع الدِنيّ
عن شربها بإشراب النَّفوس معنى قَذَرِها وجعلها كالْجَجاسات، في
حين أنَّه لم يَقُل بِنِجَاسة الخنزير الحي(2).

وقد وجدت لهذا الأصل الذي مَهِّده الشَّيخ الطَّاهر بن عاشور:
قُروَّه جاليًا عند المالكيّة:
قال ابن المُؤَلْف في جُلد الْفَرَسِ: لا يُصَلَّى به، وإنَّ ذَقَّه وُدِّيَ.
وقد اتفق على أنَّه جُلد حيوان مكروه لا مَحْرِم؛ فينَحْرَجُ من هذا أنَّ
جلد الحيواح المكروه لحمه عند ابن المُؤَلْف لا يُسْتَبَاح استعمالُه

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 286-385.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية 386.
بذكآة ولا دباغ؛ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك أنه إنما كره ذكآتها للذريعة إلى أكل لحومها؛ فمنع من ذلك لم يأت كثيرة التكرر والوجود، لا لعينها(1). وأما جلود السّباع فقد أجاز بيعها والضّلاة بها إذا ذُكِيت وإن لم تُذُبْغ؛ وذلك لِمَا لم تُكن لحومها موجودة؛ فلم يَحَفَ أن يكون استعمال جلودها ذريعةً إلى أكلها، فتأتى ذاتك كراهية لحوم الخيل وجلودها لِمَا خاف الذريعة إلى أكلها(2).

قال الباجي: "ولا يَمِتَّنُع مثلُ هذا في الشريعة؛ فإنّ لحم الخنزير محروم كلامه الميتة وكالخمر ثمّ شرب الحد في شرب الخمر لمَّا خفُّت التّسرع إليها، ولم يشرّع الحد في أكل الميتة ولا أكل لحم الخنزير، لمَّا لم يَحَفَّ التّسرع إليها"(3). ولهجُ الخنزير والميتة ممّا تألف منها الفطر السّلّيماء، فاكثَت بالنهي الشرع المتأيّد بالوازع الجبلي. خلافًا للخمر، لمَّا كانت المتعوّس إليها وابقة، والرغبات نحوها مُشرِّبةٌ - لم يَكَتِب بالوازع الجبلي، بل شربُ

(1) الباجي، المبقي 3/136، قال مالك: "وأكره ذكآتها للذريعة إلى أكل لحومها" ابن أبي زيد الفريروي، النوار والزيادات 2/376.
(2) الباجي، المبقي 3/136/7/137، ابن أبي زيد الفريروي، النوار والزيادات 4/376.
(3) الباجي، المبقي 3/136. قال ابن تيمية في سوقه أهل من الشرع على اعتبار أصل سِدّ الدّرائع: "أوجب الله تعالى إقامة الحدود سدا للتّسرع إلى المعاصي إذا لم يكن عليها زجر، وإن كانت العقوبات من جنس الشر، ولذا لم شرع الحدود إلا في معاصي تتفاضها الطاعة، كالزنا والشرب والسرقة والقذف، دون أكل الميتة والربي بالقدر ونحو ذلك، فإنه اكتف بتغليظ انعزال ...". الفتاوى الكبرى 3/172، بيان الدليل على بطلان التحليل 266-265.
الحدّ، وقال بعض الفقهاء كمالك بنجاستها مبالغة في سدّ الذريعة إليها لانجذاب النفوس إليها، وضعف الواضع الجبلي أمامها. ويكره ذبح الخيل لنفس المدرّك؛ قال الباقي: "...الذيج لم يكره في الخيل لأنه مثله، وإنما كرته لأنه ذريعة إلى إباحة أكلها"ً(1).

إذا تبَّت ذلك، فإنّ عمليّة سدّ الذرائع وفتحها عمليّة متحلّدة، تتوقف على الواضع من حين ضعفه قوته؛ فكلّما ضعف الواضع استدعى ذلك من المجتهد أن يسعى إلى سدّ الذريعة وحسنها، جفافًا على مقصد الشارع. وكلّما قوّى الواضع وصلّب، حُفّف من وظاية المبالغة في سدّ الذرائع؛ قال ابن عاشور: (فيظهر لنا أن سدّ الذرائع قابل للتنقيع والتوسيع في اعتباره، بحسب ضعف الواضع في الناس وقوته(2).

• الموجه السّادس: إمكانَ حصول مّال الذريعة بوسيلة أخرى، وعدم إمكانه:

من الكلاهظ الجليلة في هذا المقام، أنّ إعمال سدّ ذرائع المفساد يكون ملحوظًا في النظير في كون المال الممنون ممّا لا يتوضّع إليه بذرائع أخرى أو لا؛ فمّا منع وسيلة قد تفضي إلى المفساد، ثمّ كانت لهذه المفساد وسائل أخرى تكون وصلة إليها، لم يكن في مّنع تلك الذريعة مّن معنى؛ إذ قد يتوضّع إلى تلك

(1) الباقي، المنتهى ٣/١٧٠.
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٣٦٩.
المفاسد بغيرها من الوسائل.
قال الشَّيْخُ محمد الطاهر بن عاشور: «. . . على أنّ في احتياج الآمة إلى تلك الذريعة -بقطع النظر عن مائها- وفي إمكان الحصول مالها بوسيلة أخرى، وعدم إمكانات أنه: أثار قوّيًا في سد بعض الذرائع، وعدم سد بعضها»(1).
فمثلًا: يجوز زرع العنب اتّفاقًا، مع ما فيه من المال الممتنع من اتخاذه خمراً. ومطلوب النظر في الجواز، هو أنّ المال الممتنع، وهو السكر، ممّا يتحقق بغير العنب، فقد ينفّذ الخمر من الشعير ومن غيره من الأطعمة؛ فليس من الحكمة أن تحرم هذه الذريعة مع إمكان التّندر إلى تلك المفسدة بكثير من الذرائع؛ إذ ليس تحريم زراعة الشعير بأولى من تحريم زراعة العنب(2). فإن قال قائل: فلماذا لم تحرم زراعة كل ما بين شأنه أن ينفّذ ذريعة إلى السكر؟قيل: أن حُرّم ذلك لكان التّحريم متعلقًا بكثير من الأطعمة المباحة، التي يفاضى المنع منها إلى بلغ الحرج البالغ والمشتقَة العظيمة بالخلق؛ بل لا يُبّعد ذلك أن يكون بالغًا مبلغ الضرورة؛ فلمما تعلّقت حاجة الآمة إلى ذلك، لم يعمّل أصل سد الذرائع.
و هذا يذكّرنا بما يذكر عن الحكّم بن عبد الرحمن الملقب
بالمستنصر بالله (ت 367هـ)، «حيث رأى قطع الخمر من الأندلس، (1) ابن عاشور، مفاسد الشريعة الإسلامية 367.
(2) ابن عاشور، مفاسد الشريعة الإسلامية 367.
وأمر بإراقتها، وتشد في ذلك، وشاور في استعمال شجرة العنب من جميع أعماله، فقيل له: إنهم يعملونها من اليدين وغيره. فتوقف عن ذلك(1).

الموجّه السابع: إعمال سل الذرائع يكون بحسب ذُخول الحظوظ فيها.

لَمَْ ْا كاَنَّ سَّدٌ الذَّرائع مبنيًا على اعتبار اتهام الناس في قصدهم إلى الحرام، كان إعمال هذا الأصل بحسب كثرة ورود الاتهام على الناس أو قِيلَتْه. وهنا يختلف من آمر إلى آخر، بحسب تعلُق الحُظوظ بالشيء المتذرّع إليه. فحينما وَجَدْت المال، وَجَدت جرَّض النَّاس عليه، وحينها تَقَفُّ على الحُظوظ، ورأيت مع الحظوظ شَلوط سُبُل التذَّرع بالمال، فدَخَل إلى الممنوع وعليه، فإن أبْواب المعامَلات المألوفة يكون إعمال هذا الأصل أكثر من غيره من الأبواب، لوجود الحظوظ فيها، المفضلة إلى التذَّرع، إذ الاتهام نَقْرُ فيما كثرت حظوظ الناس فيه. وكذا يقال في الميراث، فإن المالكة تُعملن أصل الذرائع فيها، لما فيه من التذَّرع لنيل الحظوظ.

ولهذا الموجّه نَظَرَ إلى الوازع الذي تقدّم بِليه، لأن الوازع يَضْعَف بفوّة الحُظوظ، ويَقْوَى بضَعْفُها.

(1) الحميدي، جذوة المقتبس 1/43.
الموجه الثامن: إعمال سَدَّ الذَّرائع يكون بحسب شدة حرمة المتذرع إليه:

وإعمال أصل سَدَّ الذَّرائع لا يكون على جهة الإطلاق، فإنه يُلْحَظ في إعماله والتحويل عليه: النظر إلى الأمر المتذرع إليه وشدة حرمه، فكلما كانت الحرةُ شديدة كان احتمال الأنساع في سَدَّ الذَّرائع.

وإعمال سَدَّ الذَّرائع الذي يرجع إلى إهال النَّاس هو على خلاف الأصل عند المالكية وغيرهم، لأن الأصل المتفق عليه أن المسلمين لا يُظْنُّ بهم السوء، وأن العمل بالظاهر أصل مُعَوَّل عليه. لذلك لا يَنْتَقل عن هذا الأصل عند المالكية إلا بأمر قوي معتبر؛ لذلك أعمات المالكية الذَّرائع في أبواب واتسوا فيها، واقتفصوا في أبواب أخرى، بحَسب وُجُود المفتيَّات التي تؤيد الخروج عن الأصول السابقة. لذلك كانت شدَّة تحريم الربا، من أهم المعضَّدات التي قُوِّت اعتبار الذَّرائع في المنع منها، مع أن الأصل فيها الجوائز. لِما في ذلك من جفاء على مقايد الشرع من أن تخُروم، بسبب ما تسبب فيه المكلَّفون من استعمال الجائز في غير ما وَضّع له.

هذا الملحق له بالموجه الآتي صلةً، لأن عظَّم المفسدة، تابعة لشدة التحريم.

قال ابن العربي: «...يختص بِالحظر الذَّريع في باب الربا، لقول عُمَّر: (فَدَعُوا الَّيْبَا والرِّبَاةُ) ؛ وكل ذريعة ريبَة؛ وذلك لعظيم حرمة الربا وشدة الوعيد فيه من الله تعالى»(1).

(1) تقديم تفريجه.
(2) ابن العربي، أحكام القرآن 1/287. وقد تقدَّم ما فيه من أذاعه الاختصاص بباب الربا.
قال ابن تيمية: "فأصول مالك في البيع أَجْوَدُ من أصول غيره... ولذا كان أحمد مُواقبًا له في الأغلب، فإنهم يُحْرِّمان الرَّبَاء وَيُشَدُّان فيه حَقَّ التشديد، لَمَا تَقَم مِن شَدَّة تَحْرِيمه وعَظْم مَفسدته، وَيَمْنِعان الاحتيال عليه بِكَلِّ طَريِّق، حَتَّى يَمْنِعَا الدَّرِيعَة المفسِّدَة إلىِهِ وَإِنَّ لَمْ تَكُن حِيلَةً، وَإِنَّ كان مالِك يُبَالِغ في سَدَّ الدَّرِيعَة...". (1)

المَوجَّهُ النَّاسِع: عَظْم المَفسَدَة وَدوامَها:

وَمَن المَلَاحِحَاتِ التيْ تَكُونْ فِي الاعْتِبار حالَ المُوَارِنَة به مَصَالِح الوَسِيلة وَمُفَاسِد المَالٍ: عَظْمُ المَفسَدَة الَّتِي تَوَلَّى إِلَيْهَا الدَّرِيعَة؛ فَعَلِى قَدْر عَظْمُهَا يَكُونُ سَدَّ الدَّرِيعَة وَمَنْعُهَا، بْلِ إِنَّ خَطْوَة مَفسَدَة المَالِ وَعَظْمُهَا وَتَعْلِقَهَا بِعَمْوَمَ الامْتَهَانَة تُوجِّبِ أَن يُعْمَل أَصْلُ الدَّرِيعَة حُتَّى فِي الاِحْتِمَالاتِ الَّتِيْ تَكُون نَوَاعٌ ما بَعِيْدة، بِحَبْطُ لَو كَانَتْ فِي الْحَقْوَاتِ الْخَاصَّة لِمَا اعْتِبَرَتْ؛ لكَن لَمْ تَكَّنَّ مِتَعلِقَة بِعَمْوَمَ الْامْتَهَانَة، وَكَانَتْ المَفسَدَة عَظْيمَة شَاملَةٍ: فَاعْتِبَرُ هَذَا الاحْتِمَال أَوْلِي فِي الحِرْزِم وَفِي السَّيْسَة الصَّرِيعَة مِن الدَّرَجَة الَّتِيْ قَدْ تَفْضَّي إِلَى هَاتِيَك المَفسَدَة المَبْرِئَة (2).

قَالَ الشَّاطِبيُّ: "وَيَحْسَب عَظْم المَفسَدَة فِي المَمَنُون يَكُون أَتْسَاعُ المَنْع فِي الدَّرِيعَة وَشَدَّته" (3).

---
(1) ابن تيمية، القواعد النوروية 118-119. 
(2) انظر: ابن عاشور، التحير والتنوير 19/122-131. 
(3) الشاطبي، الاعتصام 1/167.
المطلب الرائع

مجال إعمال أصل سَدّ الذرائع

أعْمَلَ مَالِكُ سَدّ الذرائع في غالب أبوب الفقه، فلم يَكُن
للهذا الأصل اختصاصً بباب مَعْنِ أٍو بنوع محدَّد؛ قال الشاطبي:
"قاعدة الذرائع التي حكَّمها مالك في أكثر أبوب الفقه" (1) وقد
عَوَّل مالك على هذا الأصل في أبوب العبادات والمعاملات على
حدّ سواء؛ قال الشاطبي: "وسَدّ الدَّرِّيحة أصلٌ عنده (أي: عند
مالك) مَتَّع مَطْرَدٌ في العبادات والعبادات" (2).

غير أنَّ الإمام مالكا يختلف في مدى التوسيع والتضييق في
إعمال سَدّ الذرائع في أبوب الفقه، كَبِيعًا لما سار عليه التَّشريع
نفسه من المبالغة في سَدّ ذرائع بعض الأوبور دون بعض؛ فانْتِساب
الشَّرع في منع الذرائع متعلق بِعمَل المفسدة المفضَّلة إليها؛ قال
الشاطبي: "من عادة الشرع أنه إذا نهى عن شيء وشدَّد فيه، منع ما
حواليه، وما دار به، ورتب حول جَمَهاء... وكذلك جاء في السَّرع
أصلُ سَدّ الذرائع... وحسب عَظم المفسدة في الممَّنوع يكون

(1) الشاطبي، المواقفات 2/198.
(2) الشاطبي، المواقفات 3/225-226.
اتِسَاعُ المنع في الدِّرِّيحة وشَلْته (1). فتأسِّسَ على اقتِفاء المجتهِد أثرُ الشَّارع في تَشريِعه، والِهِدَا بِمِنْهِجه فِي وضع التَّشريِع: فإنَّ سُدَّ الدِّرَائع وفتحها يكونُ تابِعاً لمنهج الشَّارع في تغليب جانب الإباحة والمصلحة في بعض الأبواب، أو في ترِيج جهة المنع والفساد في أبواب أخرى؛ فما عَلِمَ أن الشَّارع رَجَح جانِب التَّحريِم والفساد في باب من الأبواب، كان لازماً علِى المجتهِد أن يَسْلُك سبيله في إعمال أصل سُدَّ الدِّرَائع بقدر ما أعمَل الشَّارع؛ وما كان من منهج الشَّرع تغليب الإباحة والحل وجهة المصلحة، فإنَّ الواجب أن لا يِبَالَغ في سُدَّ الدِّرَائع مَبالِغة تَخْرُج عن سَنَن الشَّارع في قطع وسائِل الفساد.

وَقِدْ تَقَدَّم قَبْلُ بِيَان أَثَرَ شَهَّة التَّحريِم فِي الاتِّسَاع فِي سُدَّ الدِّرَائع.

وَسَتَتَناوِل فِي هَذَا الفَرَع إِعمَالِ المَالكِيَة لَأَصل سُدَّ الدِّرَائع فِي تَسعِرات أَصِل:

ثلاثِة مَجالِت: في الِبِيِّنَة، والِبِعَادَات، والِسَّيَاسَة الشَّرِيعَة:

• أَوَّلًا: إِعمَال أَصِل سُدَّ الدِّرَائع فِي أَبواب الِبِيِّنَة:

من الأَبواب الَّتِي بَلَغَ فيها مَالكٌ بالاِخْذ بَسَدَّ الدِّرِيّة أَبواب الِرِّبَاء؛ فالِكَأِتُبُ في فَرُوع مَالك -بِخَاصَّة فِي بِيِّنَة الاِخْذ- يَجِدُه مُعيِنًا لُهَذَا الأُصَل إِعمَالاً كَثِيراً؛ وَهَذَا لِمَا جَاء فِي الِرِّبَاء مِن الوعِيد السَّلِيم، فَغَلَّبَ مَالكٌ جَانِبَ البَحَرَة عَلَى جَانِبُالِ حَلَّ فِيهَا;

(1) الشاطبي، الاعتصام 177/1.
قال العدوي معلقا على قوله تعالى: "إن خيار الناس أحسمهم قضاء" (1) لم أرد في سلف بُكِر رياضيًا - فَإِنْ قِيلَ: إن ظاهره جواز الزيادة في الوزن والعدد أو أحدهما. قلت: أُجيب بأنهم لعلّهم رأوه مُصادما لأُذن من النّبّ مَنْ كَبَّرَ الْكَلْمَةَ فَفِي تَقْلِيل الْرَّبَا، وهي قويّة جدًا. فقصموا هذا الحديث على جواز الزيادة في الصنف جمعًا بين الأدلة، وإنّ من القواعد التي أتين عليها المذهب سدّ الدّروات، فلو أجازوا الزيادة في الوزن والعدد، لوجد أكلة للربا طويلة للذُخول على الزيادة من أُول الأمر، ويلقرون لم نقص ذلك في أكثر الربا. فجعلوا هذه الماكة تقصي الحديث على زيادة الصنف قدًا لتقليل الربا ما أمكن، وحماية لجانب الربا (2).

ومن آثار مبالغة مالك في الحياطة للربا، أنه يُغْلِب دليل الحظر في باب الربا على دليل الإباحة؛ قال ابن العربي: "إذا تعارض دليلان أحدهما بالمجردة، والآخر بالإباحة: فمن العلماء يقبل مالك إلى الاستظهار، وقال: يقدم دليل الحظر، ومنهم قال: يُقدِّم دليل الإباحة. يختلف في ذلك منة مالك؛ إلاّ في باب الربا فيُقدِّم دليل الحظر، وذلك من فقهه العظيم! (3)."

وفي هذا السياق يقول ابن تيمية مبيناً مَنْ كَبَّرَ الْكَلْمَةَ توضّع مالك في

(1) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، رقم: 1986. من حديث أبي رافع مولى رسول الله ﷺ. ومن طريق مالك رواه مسلم في كتاب المساقطة، باب من استشفف شيئاً فقضى خيراً منه... رقم 1300.

(2) حاشية العدوي على الحريشي 1/53.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن 3/106.
الأخير بسند الذِّرائع في أبواب البيعة، وسديداً رأيه في ذلك:

...أصول مالك في البيوعات أوجود من أصول غيره... والامام
أحمد مؤلف له في ذلك في الأغلب، يحرم الفَرْي ويُشْدَدَان فيه
حق الشَّنِيد، لِمَا تقَلَّ من شَنِة تحرمه، وعمَّ مفسدته، ويمنع
الاحتال عليه بكل طريق، حتَّى قد يمنع الذِّريعة التي تفضي إليه،
وإِن لم تكن حيله، وإن كان مالك يبَالغ في سَدَ الذِّرائع ما لا
يخلف قول أحمد فيه أو لا يقوله، لكنه يوافقه بلا خلاف عنه على
معن الحيل كلهَا(1).

ثانيًا: إعمال أصل سَدُ الذِّرائع في أبواب العبادة:

وحسب المقصود التي استند فيها مالك إلى سَد الذِّريعة، المحافظة
على مباني الشَّرع وأحكامه من التَّغيير أو التَّبدِيل في الاعتقاد
والعمل في أبواب العبادة، وهذا المقصود له في فِقه مَلَك المُظهران:
الأول: المحافظة على استقرار الأحكام الشرعية؛ والثاني:
ِ حِياطة العبادة من أن يُزَاد فيها ما ليس منها.

وسأتناول كل مظاهر على جدة، ومدى إجراء مالك لأصل سد
الذِّرائع فيه:

المظهر الأول: المحافظة على استقرار الأحكام الشرعية:
من مبادئ مالك في فقه إعماله لأصل سد الذِّرائع، العمل
على الإبقاء على مراتب الأحكام الشرعية كـما شرَّعها الشَّارع، دون
تبدِيل أو تحويز؛ فالمباح يجب أن يبقى مباحًا في الاعتقاد وفي

(1) ابن تيمية، القواعد النورية 118-119.
العمل، والمندوبُ يجب أن يستمر في الاعتقاد والعمل على أنَّه كله، والثَّانِي ذاته في المكروه والحرام والواهب.
فمَا ذَلِكُ يُمْنِع الوسائِل الَّتِي تُضُفي إلى تدْبِيل هذه المراتب عن الوَضْع الَّذِي أُعَطِهِ لها الَّذِي يُجْرِمُ. فما كان ذريعة إلى أن يُتْبَع المباح إلى مَنْذَب في الاعتقاد أو العمل، فالمَنْذَب لازمًّ له، ويكون إعمالً سدّ الذُّرَائِع في هذا المعنى - من حيث التَّوسيع والتَّضييق - بحسب
كثرة طرق التَّبديل على هذه الأحكام أو قُلْلَها.
وَغالِبًا ما يكون التَّبديل والثَّحِيَر متعلقًا بالمَنْذَب والمباح؛ إذًا كثيرًا ما يُظْنُ أن المَنْذَب إليه واجبٌ لازمًا الأخذ به، كما يُظْنُ كثيرًا أن المَنْذَب من قبَّيل المباح الذي لا أجر في القيام به، وكذلك الأمر في المباح كثيرًا ما يُعتَقَد أنه من قبل المَنْذَب أو المكروه.
قال الشاطبي: «المَنْذَبُ من حقيقة استقراره مندوبًا، أن لا يُسْوَى بينه وبين الواجب لا في القول ولا في الفعل، كما لا يُسْوَى بينهما في الاعتقاد؛ فإن سَوَى بينهما في القول أو الفعل، فعلى وجه لا يُخْلِق بالاعتقاد(1)»، وقال: «وكما أن من حقيقة استقرار المَنْذَب، أن لا يُسْوَى بينه وبين الواجب في الفعل- كذلك من حقيقة استقراره، أن لا يُسْوَى بينه وبين بعض المباحات في الطرك المطلَق من غير بيان(2)».
وَهَذَا إنَّما يَتَعْلَّق بأهل الفُؤاد من العلماء، الذين هم أئمزة

(1) الشاطبي، المواقفات 3/ 321.
(2) الشاطبي، المواقفات 3/ 326.
يُؤَتِّسِى بهم، وأعلاهم يُهتَدِى بعملهم وسُلُوكهم، فيمَتَضِى الْمَنْظُور في المآل يُجِب أن تكون أعمالهم وأقوالهم منظورًا إليها من جهة مآل ما ينْتَج عنها من اعتقاد العامَّة أو بعضهم لِمَّا يَخْلَفُ أصل وَضْع الأحكام ومراّباتها؛ فإذا كانت مَدَارِم إمام مُقْتَدِى به لمَنْدُوب في ملاء، تُنفَّضى بالناس إلى اعتقاد وَجْرَب ذلك المنَدوب وحتميَّة القيم به، فإنَّ أصل الدَّرائِع يَقْضِى بِأنَّ المدَارِم المَظَهَّرة من هذا الإمام مَنْعُوَّة؛ تَنْزِيلاً لِحِكَم النَّدِرَعة منزلة حكَم ما يَتَنَّرَع إليه، واعتقاد الْعَماَّة أو بعضهم في الأحكام ومراّباتها خلاف ما وضعه الشَّارع، من الممنوع المحرَّم؛ لأنَّ فيه مناقِضَة لمُقَصُود الشَّارع في تلك الأحكام؛ فلزن ذلك أن يكون العامل الذي أفضى إلى هذا الممنوع ممنوعًا؛ وهو المطلوب.

وَالسَّببُ الذي يدفع العَماَّة إلى هذا اعتقاد، هو ما رَأىه من بعض أهل القدوة من: المدَارِم المَنظَفَة المَظَهَّرة لبعض المنَدوبات، أو التَّرك المطلق في الظاهر لبعض المنَدوبات أو المباحات.

ومن هاهنا نَتَّصَلُ إلى أنَّ السَّبب الأساس في انحراف اعتقاد الناس في مراّبات الأحكام، هو تنزيل بعض أهل القدوة لبعض الأحكام في العمل - من حيثّ المدَارِم المَنظَفَة التَّرك المطلق منزلة أحكام أخرى تَشُترَك معها في خاصَّية التَّرك والمدَارِم؛ فمَثَّل وَقَفَ الاشتباك للمعَامَة. وهذا إذا لم يَكْنَ فَعَّاً ما يَبيِّن المَرَتبة الحقيقَة لهذا الحكم بالبيان القولِي؛ أمّا إذا وُجِد البيان القولِي، وأُدْى مقصَدَه بأن أنتَفَى الانحراف في الاعتقاد بذلك البيان، ارْتَفَع حينها
إعمالُ سدٍ الذَّريعة.
ومن وجوه التَّرك المطلق لبعض المباحات، إذا كان المباح أو المندوب ينتمي فعله على وجوه، فتينبَّر فيه على وجوه واحد تجريفًا له، وترك ما سواء، فيعتقد الجاهل أنَّ الوجه المتروكة في عمل العالم غير جائزة.
(1)
كيفية معنِّي الذَّريعة فيما كان بهذه السبيل:
وعلى هذا، فالطريق لمنع ذريعة اعتقاد تنزيل بعض الأحكام في غير رُبِّبه، هو ترك السبب الذي ألقه ترتيب المعنى، فتترك المدأومة المطلقة حيث كانت هي السبب، ويُحَبِّب التَّرك المطلق حيث كان المقتضي لممتناع. فقدَّم المدأومة الأناشيرة للمندوب الذي نزل منزلة الواجب، بترك العمل به في بعض الأحيان، هو الطريق لمنع اعتقاد الفاسد.
(2)
ومن هذا اللفصيل ما نُقيَت من أن عمر بن الخطاب قرأ السجدة على المنبر ثم سجد وسجد مع الناس، وقرأها في كرَّة أخرى، فلما قرب من موضعها تهيَّئت النَّاس للسجود، فلم يسجدوا، وقال: إنَّ الله لم يكنها علينا، إلا أن نشاء.
(3)
المثال في الموط، كتاب الصلاة، باب ما جاء في سجود القرآن، رقم 51، عن هشام بن عروة عن أبيه أن عمر بن الخطاب، وهو منقطع بين عروة وعمر. ورواه البخاري في صحيحه، كتاب سجود القرآن، باب من رأى أن الله يُحَكِّم لم يوجب السجود، رقم 1077، من طريقين آخرين عن عُمر، وblings في آخرين.
ومن فَعْلَت مَا لَكِنَّهُ، أَنْقَلَ عِنْدَ الِتاَمُمَة مِنَ الْوَضْوءِ، فَكَأَحَبًَ أَنْ يُنْزِلَ؟ إِنَّكَارًا لَهُمَا يُؤمِّنُهُ سَؤَالُ السَّائِلِ بِمِنْ تَأَكُّدِ الْكَلَّبِ.

فِي هَذَا الْوَضْوءِ.

كَذَا كَذَا، فَإِنَّ الْمَنْدُوبِ الَّذِي تَرَكَ أَهْلُ الْقُدْوَةِ الْعَمْلَ بِهِ مَطْلُوبًا، يَنْبِغِي عَلَيْهِمْ أَنْ يَفْعَلُوا جِهَارًا لِيُرِفَعَا عِنْدَ الْأُنْبَاءِ تَوْهُم كَوْنَهُ مُبَاحًا، مِثَالًا: قَالَ مَا لِكَ في نُزْوَل الأَحَاجِ بِالْمَحْصَبِ مِنْ مَكَّةٍ، وَهُوَ الأَطْبَحُ.

قَالَ مَالِكُ: أَسْتَحْتِبْ لِلْأَئِفَةِ وَلَمْ يَقْتَدِى بِهِ أَنْ لا يُجَاوِرُهُ حَتَّى يَنُزِلَ بِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ فِي حُقُّهُمْ، قَالَ الْبَاجِيُّ: «أَنَّ هَذَا أَمْرٌ قَدْ فَعَلَهُ الْيَتِّي».

وَالخَلَفَاءُ، فَتَعِينَ عَلَى الْأَئِفَةِ وَمِنْ يَقْتَدِى بِهِ مِنْ أَهْلِ الْعَلَمِ إِحْيَاءً سَنَةً، وَالْقُيَامَ بِهَا، ثُمَّ لَمْ يُنْزَلُ هَذَا الْفَعْلُ جَمِيلًا، وَيَكُونُ لِلنُّزُولِ بِهِ هذَا الْمَوْضُعَ حُكُمُ الْنُّزُولِ بِبَسَائِرِ الْمَوْضُعِ، لَا فَضْيَةً لِلنُّزُولِ بِهِ».

قَالَ الشَّاَطِبَيِّ: «وَوَضَهَّرُ مِنْ مَنْهِبِ مَا لِكَ: أَنَّ الْمَنْدُوبِ لاَ بَدَّ مِنْ الْقَفَرَةِ».

بِهِ وَبِنَاءٌ وَهُمْ لَا يَبْدِعُونَ، وَذَلِكَ بِفَعْلِهِ وَإِظْهَارِهِ.

وَكَذَا يَقُولُ فِي الْمَبَاحِ الَّذِي نُرْزُلُ مَنْزِلَةُ الْمَنْدُوبٍ بِالْمَدَاوِمَةِ عَلَيْهِ مُطْلَبًا، بَأَنْ يَتَرَكُوْ العَمَلَ بِهِ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ لِيَبْذِلَ إِيَابَهُ؛ وَكَذَا الْمَبَاحِ الَّذِي تَرَكَ بَنَيًا مِنْ أَهْلِ الْأَسْوَةِ، فَإِنَّ عَلَيْهِمْ العَمَلَ بِهِ لِيَدُفِعَا عَنِ الْعَالِمِ مَا سُبَهَّة كَوْنَهُ مَطْلُوبُ الْتَرُكِ.

أَنَّ إِذَا كَانَ الْمَبَاحُ أَوْ الْمَنْدُوبُ يَتَأَلَّى فَعَلَهُ عَلَى وَجْهِه، فِي يَنْبَرِ.

---
(1) الشَّاَطِبَيِّ، المَوْفِقَاتُ 6/132.
(2) الْبَاجِيُّ، المَنْتَقِيُّ 3/44، الشَّاَطِبَيِّ، المَوْفِقَاتُ 6/237.
(3) الشَّاَطِبَيِّ، المَوْفِقَاتُ 6/227.
العالم فيه على وجه واحد تحرّبا له ويترك ما سواه، فيعتقد الجاهل أنَّ الوجه المتروكة في عمل العالم غير جائزة؛ فوجد سدّ الذريعة أن يأتي بالأوجه التي تركها مطلقاً، ليبيّن دخول مرتبتها في الحكم، ويدفع ما بالتَّاس من زلل في الاعتقاد.

ومثال ذلك ما نقلت عن مالك أنه سئل عن المرَّة الواحدة في الوضوء، قال: «لا، الوضوء مرَّتان مرتان، أو ثلاث تلثُّم» مع أنَّه لم يحذ في الوضوء ولا في الغسل إلاّ ما أصبَّ، قال اللَّخمى مُعَلَّما ذلك: «وهذا احتيالاً وجمياعة; لأنَّ العاملِيَّ إذا رأى من يعتد به يتوضأ مرَّة مرتَّة، فقلّ مثل ذلك، وقد لا يحسن الإسباع بواحدة، فيوقعه فيما لا تجزى الصَّلاةُ به»(1).

بل قد صرح بذلك مالك في بعض الروايات؛ قال: «لا أحب الواحة إلاّ من العالم»(2)، أي: يصنع ذلك في خاصّة نفسه. وفي منهب مالك من هذا القبيل كثير؛ وسَأَّلَ في هذا الموضع بعضًا منها تدل على ما وراءها:

من ذلك أنَّ الإمام مالكا كان يكره المجيء إلى بيت المقدس خيفة أن يتخذ النَّاسُ ذلك سنة، وكان يكره مجيء قُبور السُّهداء خوفًا من ذلك(3).

(1) الشاطبي، الموافقات 3/532، الحطاب، مواهب الجليل 261/1.
(2) الحطاب، مواهب الجليل 261/1.
(3) الشاطبي، الاستعمال 3/38، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/11.
والنظر: الطريثي، الحوادث والبدع 295.
وقد كره مالك إتباع رمضان بصوم ستة أيام من شوَّال مخافة أن يَعتقد العامة أنها في حكم صوم رمضان؛ قال القرافي: «قد وقع ذلك بالعججم» (1).

dليل على ذلك:

ومن الدليل على هذا الذي ذهب إليه مالك من التفريق بين مراتب الأحكام الأدنى الآتية؛ وهي أدهد تعنصً أصل سدّ الذرايع وتقويه:

فمن ذلك البيان القولي له في النهي عن أمور خشية أن تلحق بالواجب:

قال (2): «لا يتقلص أحدهم رمضان بصوم يومٍ أو يومين».

لئلا يُلحق برمسان ما ليس منه (3).

ومن البيان بالفعل أنه قام ليالي من رمضان في المسجد فاجتمع إليه الناس يُصلىون بصلاته، ثم كثروا، فترك ذلك؛ وعلل بخشية الفرض (4)؛ قال الشافعي: «ويحتمل وَجهين: أحدهما: أن يُفرَض بالوحي؛ وعلى هذا جمهور الناس. والثاني: في معناه».

(2) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب لا يتقلص رمضان بصوم يوم أو يومين، رقم: 1914، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(4) رواه مالك في الموطأ، كتاب الصلاة، باب الترغيب في الصلاة في رمضان، رقم 299، من حديث عائشة رضي الله عنها. ورواه من طريق مالك: البخاري في صحيحه، كتاب الجمع، باب تحريض النبي صلى الله على صلاة الليل والتوقيف...، رقم 1129، وسُلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب الترغيب في القيام رمضان وهو التراويح، رقم 781.
وهو الخوف أن ينظر فيها أحد من أمرته بعده إذا داوم عليها، الوَجْرَةَّ؛ وهو تأويلُ مُمكِّنٌ! 

ومن الأدلّة على منع الْذُّرائع المف잠ة إلى اختلاس الاختلاف في مراتب الأحكام، أن الصحابة كانوا يُحتجرون لهذا الباب، فقد ثبت عن كثير منهم أنهم كانوا يتركون الشيء المندوب إليه خشية اعتقاد الناس وجهوه; ومن أمثلة ذلك عن الصحابة: 

وردى عن عثمان، أنه أتم السَّلَة بمنى، ثم خطب الناس، فقال: "يا أبها الناس، إن القصر سنة رسول الله ﷺ وصاحبه، ولكن حديث طَعَامٌ من الناس فخُفِّت أن يستناو". فتوجه كيف أنّ(1)

(1) الشافعي، المواقيت 2/ 234.
(2) الشافعي، المواقيت 3/ 234، الاختلاف 2/ 235.
(3) رواه البه القِطْرِي في «السُّنن الكبرى»: (3/ 144/ 522/ 1). من طريق يعقوب بن حميد بن كاسب ثنا سليمان بن سالم مولى عبد الرحمن بن حميد عن عبد الرحمن بن حميد عن أبيه عن عثمان بن عفان، وسليمان بن سالم قال فيه أبو حاتم: شُهِّيَ، وذكر البه القِطْرِي في التحف، وقال ابن عدي (الكامل 270/ 370): قلبي الحديث… ولا أرى بقدر ما يرويه بأسًا.

وزوى عبد الروؤف في المفسِّر (2/ 477): عن ابن جريج قال: بُلَغاني أنه أَوَّلَ أَمْرٍ فُقُطَ من أُجْل أن أَعَرَّفَ نَادِيَة في مسجد الخِيْف بمنى، يا أمير المؤمنين، ما رَزَّقْ أَصْلِهِمَا ركعتين منذ رأيتكم عام أول صليتكم ركعتين! فخُفِّي عثمان أن يُطَلَّ جَهَالُ الناس أَنَّا الصَّلاة ركعتين، وإننا كان أوفاً بما كتب الله. 

وزوى الطِّحاوي في شرح معاني الآثار (1/ 425): من طريق أَيْرَب، عن الزُّهَرِي قال: إنما صلى عثمان بمنى أربع، بِعِنْه أَرْبَعَة، لأن الأعرََاب كانوا أَكثَر في ذلك العام، فأَخْبَرَ أن يُخْرِجهُم أن الصَّلاة أَربَع.

قال الحافظ ابن حجر في «الفتح» (2/ 571) بعد ذكره للروايات السابقة: «وهذه طُرُقُ يُقُوي بَعْضُها بعضاً»...
عثمان ﷺ ترك سنة القصر في السّفر للملأ الذي حثّه من اعتقاد الناس ممّن لم يُكن من أهل المدينة كون عدد ركعات الصّلاة
الثانيين (١).
وزوّرَ عن بعض الصحابة ﷺ أنّهم لم يكونوا يُضحّون، مخافة أن يري الناس أن ذلك واجب (٢)، ولا خلاف بين العلماء في أن الأضحية مطلوبة؛ غير أن خوف الملأ الفاسد من اعتقاد المندوب واجبًا، جعل فقهاء الصحابة ﷺ يتكون الأضحية، بيانًا لعدم الوجوب؛ وهذا هو عين الفقه (٣).
قال الشاطبي: «وقد عَوَل العلماء على هذا المعنى، وجعلوه أصلا يقُدر، وهو راجع إلى سد الدّرائع الذي أتّفقت العلماء على إعماله في الجملة، وإن اختلّفوا في التّفاصيل» (٤).

(١) الشاطبي، المواقفات ٣٣٤/٣، الاعتصام ٢/٢٥٩.
(٢) رَوَى البيهقي في «السنن الكبرى» (٢٦٥/٩): عن الشعبي عن أبي سريحة الغفاري (حذيفة بن أسيد) قال: أدرك أبا بكر أو رأيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يُضحّيان كراهة أن يقتدي بهما.
(٣) رَوَى البيهقي في «السنن الكبرى» (٢٦٥/٩): عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما كان إذا حضر الأضحى أعطى مولى له درهمين، فقال: اشترّ بهما نّجماً، وأخير الناس أنّه أُضحى ابن عباس.
(٤) الشاطبي، المواقفات ٣٣٤/٣، الاعتصام ٢/٢٥٥-٣٣١.
المظهر الثاني: من مقاصد سدّ الديرائع: حياة جانب العبادة من الزيادة ومن طرق البدعة عليها:

ومن مقاصد إعمال سدّ الديرائع: حياة جانب العبادة من أن يصير الوصف عرضة لأن ينضم إلى العبادة، حتى يعتقد فيه أنه من أوصافها أو جزء منها، فتعمّل قاعدة الديرائع في ذلك، بأن يُتلافى إلحاق ذلك الوصف بالعبادة). فلهذا نجد أن مالكًا كتبوه يشدد أنَّ ما تشذُّ بهم في هذا المجال، فإنّه ينكر الالتزام ببعض الهيئات في العبادة المشروعة أو تخصص العبادات ببعض الأمور أو الأمكنة لأن في ذلك ذريعة لشن يعتقد أن تلك الهيئات أو التخصص بالزمان والمكان جزء من تلك العبادة، ومن أوصافها السرعتيّة؟

وهمّا حكاه ابن وضاح في هذا السياق: قال: ثؤب المؤذن بالمدنية في زمان مالك، فأرسل إليه مالك فجاءه فقال له مالك: ما هذا الذي تفعل؟ فقال: أردت أن يعرف الناس طولوع الفجر فيقومون؛ فقال له مالك: لا تفعل، لا تحدث في بلدهنا شيئاً لم يكن فيه، قد كان رسول الله ﷺ بهذا البلد عشر سنين، وأبو بكر وعمر وعثمان فلم يفعلوا هذا؛ فلا تحدث في بلدهنا ما لم يكن فيه. فكيف المؤذن عن ذلك، وأقام زماناً، ثمّ إلهه تتحنح في المنارة عند طولوع الفجر، فأرسل إليه مالك، فقال له: ما الذي تفعل؟ قال: أردت أن يعرف الناس طولوع الفجر؛ فقال له: ألم أننك أن لا

(1) الشاطبي، الاعتصاب 328/279-329.
تعهيدت عندنا ما لم يكن؟ فقال: إنما نهيتي عن السوء؛ فقال له: لا تفعل. فكَّن زمانا، ثم جعل يضرب الأبواب، فارسل إليه مالك، فقال: ما هذا الذي تفعل؟ قال: أردت أن يعرف الناس طلوع الفجر؛ فقال له مالك: لا تفعل، لا تعهيد في بلدنا ما لم يكن فيه.

ويتأكد الأمر عند مالك في منع النَّريعة أن تكون الأوصاف مُعطَّنًا بها في الجماعات والمواضع العامة؛ إذ لا يُشََّلم العَّامَّة من اعتقاد كون تلك الأوصاف من أجزاء العبادة المشروعة.

ثالثًا: إعمال أصل سدّ الذُّرائع في أبواب السياسة الشرعية، ومن أجل مواقع إعمال سد الذُّرائع (1)؛ مجال السياسة العامة المتعلقة بالأمة؛ فإن هذا الأصل أثارا عظيما في السياسات الرشيده التي يَّتخذهما ولاة الأمر حرصا منهم على مصالحة الأمة ودرءا للفساد عنها. ومن أجل مظاهر تطبيق هذا الأصل، سياسة الحفاظ على أمن الأمة الداخلي والخارجي، فهو لا يتأثَّى إلا بهذا الأصل الوثائقي الذي يُسّد منافذ الفساد، ويفحّض الطريق عليه، فلا يُنتظَر وقوع الفساد في الأمة، وإنَّما يُبادر إلى منع الوقوع أولًا؛ وهذا هو الحزم والسياسة الشرعية الحكيمة؛ قال الجويني: «منع المبادي، أولى من قطع التَّمادي» (2).

ومعتمد سد ذُرائع، كما تقدم، الاكتفاء بمجرد نَّص وقوع

(1) الشافعي، الاعتصام 395/2.
(2) بمعطى العام الشامل للوسائل المفتوحة إلى الفساد مما ليس فعلًا محرَّما.
(3) الجويني، الغياني فقرة: 269.
المعنوي من الوسيلة، ولا يُنَظَّر فيه القيمين، وعلى هذا المهمه بنى
السياسة لِبُعد الأقين وندرة، بل السياسة تُعَمَّد على احتمال إفشاء
الذِّرعة إلى الفساد، ولو كان ضيفاً، فَالنُّراج الملغاة في التشريع
في حقوق الخصوص، غير مُلغاة في سياسة العموم؛ ولذلك يقول
علماء الشِّريعة: إنْ نَظَر وَلَادة الأمم في مصالح الأمّة أوسعُ من
نَظَر الفِضَّاءة(١).

قال الشيخ ابن عاشور في تفسير قول الله تعالى: "وإِيَّااَيَا عَفِيفٌ
مِن قَوْمِ خَيْبَةٍ فَايْضَع إِلَيْهِمْ عَلَى سَوْىٰ إِنَّ اَللَّهَ لَا يُشْتَيْبَهُ الْمُقَابِينِ"
[الألفاء: ٨٥] - «وَإِنَّمَا رَتِبَ نُبِّئَ الْعَهْدِ عَلَى خُفُوِّ الْخَيَابَةِ دون
وُقْعَهَا، لَنَّ شُؤْنَ المعامّات السِّياشَة وَالحُرُبِّيَّةُ تُجْرِي عَلَى
حَسْبِ الطَّلُون، ومِخَال الأحواض، ولا يُنَظَّر تَحْقِق وُقُوع الأَمْر
المظونَ؛ لأنَّه إذا تريَت وَلَادة الأَمْر في ذلَك يكونون قد عرَضوا
الأمّة للخطر أو للنَّور في غفِّة وضَباع مصلحة؛ ولا تتَّداد سياسة
الأمّة بما يِدَرَ به القضاء في الحقوق فإنَّ الحقوق إذا فاتت كانت
بليَّتها على واحد وأمكن تَنْزِرُك فائتها، ومصالح الأمّة إذا فاتت
تَمَكَّن منها عدوُها»(٢).

***

١٣٣١/١٨-١٣٢٧/١٩

١٠/١٠/٥٢

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٣١/١٩.

(٢) ابن عاشور، التحرير والتنوير ١٣٠/٠٥٢.
المبحث الثالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكي:
أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الاجتهادية في المذهب

وفي هذا المبحث مطلبان، وهما:
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية أصل سد الذرائع.
المطلب الثاني: علاقة سد الذرائع بالأصول الاجتهادية في المذهب.
المطلب الأول

الأدلة الناهضة بحجة أصل سدّ الذرائع

أصلُ سدّ الذرائع عند المالكية من الأصول القطعية التي تثبت اعتبارها في الشريعة اعتبارًا قاطعاً؛ قال السّاطبي: "وسدُّ الذرائع مطلوب مشرووع; وهو أصل من الأصول القطعية في الشريعة"(1). وقد احتَج المالكية لإثبات حجيّة هذا الأصل بأدلة متكاشفة، ساني في هذا المطلب على عُينها:

• الدليل الأول: سدّ الذرائع ممّا يُنّي الشرع عليه:

لقد دل استقراء تصرفات الشارع على أنه لحُظ في تشريعه منع ذرائع المحظور، وحُسم مادّة الفساد، وقطع السبل التي يُمكن أن يُفّضي بها إلى ما نهى الله عنه؛ وقد أفادت تلك الأحكام الجارية على منع الذرائع عُمومًا معنويًا وأصلاً كليًا، بحيث يُستدّل به رأساً على تفريع المسائل، دون احتياج إلى القيام على خصوص النصوص. كما أن هذا الاستقراء أفاد بأنّ أصل سدّ الذرائع من الأصول القطعية في الشريعة؛ لأن الاستقراء النّام هى الألفية التي أفادت هذا الأصل، وهذا النّوع من الاستقراء ممّا يُفيد العلم. قال السّاطبي: "الذرائع قد ثبت سدّها في خصوصات كثيرة"(1)

(1) الشاطبي، المواقفات 3/220.
لا يوجد نص يمكن قراءته بشكل طبيعي من الصورة المقدمة. لا يمكنني قراءة الصور أو التصورات المرئية.
المسلمون من ذلك، مع سلامة قَضِيمُهُم.

ومن هذاباب قولُه تعالى: "ولَاتَسْبَحُوا الْبَيْتَِ الَّذِي يَعْقُوبُ عَلَيْهِمْ سَلَّمَُ" (الأنعام: 108)، فقد نهى الله تعالى عن أن تسْبَحَ معبدات المشركين على سَمَّع منهم، وفي الآية بيان أن وجه النَّهُي عن هذا السَّبَب، إفضاءُه إلى الممنوع، وهو إطلاق ألسْته بِسْبِ الله تعالى(1).

وقد يُشبه هذا الشاهد ما جاء في الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: "من أكبر الكبار شَتَمُ الرَّجُل والديه" قالوا: يا رسول الله، هل يشتم الرَّجُل والديه؟ قال: "نعم، يسْبَحُ أبا الرَّجُل فَسْبَ أباه، ويَسْبَحَ أَمْهُ فَسْبَ أمَّه". فجعل الرَّجُل شَتَمَهُما للودية، ولم يُصَبِرَ منه شتمهما حقيقة، وإن كَانَ منه تعاطي وسيلة هذا الشَّتَم، وهو شتمه لوَلَد الرَّجُل الأجنبي أو لأمَّه. فذلَك هذا على أن فاعل الوسيلة بمنزلة فاعل ما يُشَتَمَل إليه، فالُتَّعَرَض لِسْبَ الآباء سَبْبَ للآباء(2). ومع كون السَّبَب في أصله غير مأذون فيه، فإن عَدَ السَّبَب من أكبر الكبار كان منظوراً فيه ما أفضى إليه من سب وودية.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن 2/265-266، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 2/58، 317/7، رشيدالمقدمات 2/321، ابن ابن فرحون، تبصرة الحكم 2/326-327، الراوي الأندلسي، انصار الفقير السالك 2/434، ابن عطية، المحرر الوجيز 3/418. 3/113-114، المازري، شرح التلقين 4/337.

(2) تقُلُم تجريبه.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 2/59-60، الشاطبي، الاعتصام 2/336-337، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/56.
3- قال الله تعالى: 
ولكن لا تُؤعَدُوهُنَّ بِزِينَتِكُمَّ» [البقرة: 235]
فَمَنِئَت الشَريعة خِطَبة المعتدَة باللَّغظ الدينِّي؛ لأنه في ذلك إمكان أن تسَرَع المعتدَة إجابة الخطَّاب، وإدَعاء انقضاء العدَّة قبل انتهاء أجلها حقيقة، وهذا ما يُفضِ إلى قُسَاد اختلاط الأنساب (1)
وللعلّة نفسها مُنيّت المرأة من الرُّية حال العدَّة (2).
4- قوله تعالى: 
فَرُجِّحُوهُمْ دَلِّكَ أَرْزِقَنَّنِي ﴿إِنَّ اللَّهَ جَبِيرٌ بِمَا يُصْنِعُونَ﴾ [السنور: 20]؛
فالامر بغض الطرف كان من جهة أن النَّظَر بِحَيْرَة الهؤلاء، والهواء يُعَبِّثُ على ارتكاب الفاحشة التي تؤدِي إلى مفسدة هلك الأعراض واختلاط الأنساب (3).
5- وقال الله تعالى: 
ولَوْ يَضُرِّبَنَّ بِزِينَتِهِنَّ إِلَّا مَا يُحْفَظُونَ مِنَ زِينَتِهِنَّ» [النور: 231]، فالضُرْب في نفسه جائز، ولكن نُهي عنه لثلا (1)
(1) ابن العربي، أحكام القرآن 1/284، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/55.
(2) والمعتّقة قاعدة مفادها: «منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال؛ ستة للذريعة»، قال المعتّق: «قاعدة: أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال ؛ حماية، كالمواعدة في العدَّة، وعلى بيع الطعام قبل قيمه، وقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك، وفي صرف، وثلاثة الكالحة...». المقتري، القواعد رقم 89، المنجر، شرح المنهج المنتخب 492، الإنشيري، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك 278/2-280، السالمي، شرح البياقيت الثمينة.
(3) الشاطبي، الاعتلام 2/335، محمد الخضر الحسين، رسائل الإصلاح 56/6.
يكون سببا في تطهير الرجال إلى المرأة الأجنبية الضارة رجلاً)

(1) 

الشهواض من السنة النبوية:

ومن الأدلّة الواردة في السنة على حجيّة المنع من الذّرائع:

1- قوله تعالى: "دغ ما يربّك إلى ما لا يربّك"(1)، وقال ﷺ: "إنّ الحلال بَينِي، وإن الحرام بَينِي، وبينهما شهادات لا يعلمهن كثيرًا من الناس، فلن أثنّى الشهادات، استبرأ لدنيه ورعيه، ومن وقع في الشهادات وقع في الحرام، كالزّاعي يزعم حُول الجمّة يوشِك أن يرّفع فيّه، إلا وإن لكل مِلأ مَحمَّم، إلا وإن جَمِيّ الله محارمهم"(2).

قال الفارابي: "فسمّع من الإقدام على الشهادات مخافة الوقوع

في المحرّمات؛ وذلك سدًا للشّرعة"(3).

(1) المازري، شرح البلقين 8/381.


كلهم من حديث ابن أبي مريم عن أبي الحريرة عن الحسن بن علي رضي الله عنهم.

وراجع طرقة عند ابن رجب في "جامع العلوم والحكم".

(3) الباجي، إحكام الفصول فقرة: 753، ابن رشد، المقدمات 1/362، ابن فرحون، تبصرة الحكام 2/364، والحديث رواه البخاري في الصحيح، كتاب الإيمان، باب فضل من اسمه، للدنيه، رقم: 52، ومسلم في كتاب المساقة، باب أخذ الحلال وترك الشهادات، رقم: 1599. والللفظ لمسلم.

(4) الفارابي، الجامع لأحكام القرآن 2/58-85.
وعن عائشة أم المؤمنين أن آمن حبيبة وأمام سلمة ذكرت كنيسة رآيتها بالحيشة فيها تصاويرًا، فذكرت للنبي ﷺ ﴿إِنِّي أَزُولُ إِلَيْكُمْ﴾، فقال: "إن أولئك إذا كان فيهم الرجل الصالح فمات، بُنِّوا على قبره مسجدة، وصوَّروا فيه تلك الصور، فأولئك شرار الخلق عند الله يوم القيامة"(1).

فحذَّر النَّبي ﷺ عن مثل صنيعهم، وشدد النَّكير والوعيد على من فعل ذلك من هذه الأمة، وسَدَّ الِذُّرائع المؤدِّة إلى ذلك فنهي أن تُتخذ قبور الأنبياء مساجدًا لثُلُث تكون ذريعة إلى عبادتها(2)؛ وقال: «اللَّهُمَّ لا تجعل قبري وَّنَّا يُعَذَّبَانِ»(3).

وقوله ﷺ ﴿لا إِمْكَانُ فَضْلُ الْيَمِينِ لِيُمْنِعَهُ بِهِ الكَلاَّ»(4).

فمنع فضل اليام الملكوك في الأصل جائز لأنه تصرف في الملك؛ إذ الإنسان مَسْلَّط على ماله، ولكن لما اتخذ ذريعة إلى

(1) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب هل تسبيح قبور مشركي الجاهلية ويتخذ مكانها مسجد، رقم: 427، ومسلم في كتاب المساجد وموضوع الصلاة، باب النبي عن بناء المساجد على القبور واتخاذ الصور...، رقم: 528.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن/2: 85.

(3) رواه مالك في الموطأ (575): عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار، مَرْسَلًا. ورواه أحمد في المسند (450): حدثنا شفيق بن حمزة بن المغيرة عن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ﴿اللَّهُمَّ لا تجعل قبري وثنا لعُنِّي﴾.

(4) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه، رقم: 218، ومن طريق مالك رواه البخاري في كتاب المسافة، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء...، رقم: 325، ومسلم في كتاب المسافة، باب تخريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاحة ويجتاح...، رقم: 1566.
من المكلا الذي حوله صار منع الماء منهيًا عنه(1).

4- نهى النبي ﷺ عن الخليطين من الأشرة(2)، ونفى كذلك عن الانتباه في الدَّبَّاء والمُزَفَّة (3)، وذكر هذا النهى أن الخلط عند الانتباه، والانتباه في الدَّبَّاء والمُزَفَّة، مما يعجل تغيير ما يَنْبُدِم
فسدت الدريعة(4)؛ قال زروق: «وهذا أصل في سد الدرايع في المنهاج»(5).

5- وقال رضَّي الله عليه وسلم: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد - سلط الله عليكم ذُلًا لا ينزع عنه حتى ترجعوا إلى دينكم»(6).

(1) ابن عاشور، مقاتش الشريعة الإسلامية. 360، الباجي، الباجي، المنتهى 6/376.
(2) من ذلك: ما رواه البخاري في كتاب الأشرة، باب من رأى أن لا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكرا، رقم 592، وسلم في كتاب الأشرة، باب كراهة الانتباه، والزيب مخلوطين، رقم 1988 من حديث أبي قتادة.
(3) المنتهى للباجي 148/3. قال ابن رشد في البيان والتحصيل (16/180): «إلا أن النهي عن خلط الشرابين إذا اختلط أصولهما، ومن جميع الشيئ المختلفين في الأشرة: من باب حماية الدرايع، لأن الشدة والإسْكَار يشِير إلىهما بذلك».
(4) حديث زوَّاه مالك في الموطأ، كتاب الأشرة، باب ما ينْبُدِم فيه، رقم 2446، من حديث نافع عن ابن عمر، ومن طريق مالك رواه: سلم في كتاب الأشرة، باب النهي عن الانتباه في المزَفَّة والدَّبَّاء والحَتم، رقم 1997.
(5) الباجي، المنتهى 148/3.
(6) رشَّح رسالة 2/533.

الحديث متأثر عن ابن عمر رضي الله عنه. وهو مروي عنه من طريق عن: نافع، ومعطى ابن أبي ريحان، ومُجاهد، وشهير بن حوشب.
قال أبو عبيد الهروي: «العينة هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة

أولاً: طريق نافع عن ابن عمر:
رواه أبو داود: السنن، كتاب الإجارة، باب في النبي عن العينة، رقم: (1642)، والأبو نعيم في الحنابلة (880/6-590)، من طريق حيوة بن شريح عن أبي عبد الرحمن الخراساني عن عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر، به:

وليو عبد الرحمن الخراساني هو إسحاق بن مسعود، قال أبو حاتم: «شيخ ليس بالمشهور، ولا يشتغل به»، ثم إن التفرد بمثال هذا الحديث من طريق نافع، يمهد يستذكر أهل الحديث! إذ أصحاب نافع مهاجرون. وقد عد هذا الحديث في مفاكره الذهبي في (الميزان) (3/793) وقال أبو النيعيم في الحنابلة (691/5-3):

«غريب من حيث عطاؤه عن نافع، تفرد به حيوة عن إسحق».

وكيف رواه عن الأعشى عن نافع عن ابن عمر، كما سأني قريبا ببابه، والأعشى لم يسمع من نافع.


والخلاصة أن الحديث من طريق نافع، متبعد لا يصح عنه.

ثانياً: طريق عمر بن أبي رباح عن ابن عمر:
رواه عن عطاء الأشعى. ورواه الليث بن أبي سلمه واختلف عنه، فأدخل بعضهم بينه وبين عطاء عبد الملك بن أبي سليمان:

أما رواية الأشعى عن عطاء:
فروها أحمد بن المسند: (693)، والطبراني في الكبير: (4583)، والبهذي في «الشعب» (41/624): عن أبي بكر عن الأشعى عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر.
قال البخاري في: غريب من حيث الأشعى عن عطاء، تفرد به أبو بكر بن زياد عن
عه...». (أطراف الأئمة والأفراد 540/6).
بثم معلوم إلى أجل مسمى، ثم تشتريها منه بأقل من الأثمان الذي

= وقال البيهقي (244): "وهذا حديث يُعرَف من حديث حيوية بن شريح عن إسحاق

أبي عبد الرحمن الخراساني عن عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر.

وصحح هذه الطريق ابن الفطان الطبلي في "بيان الوهم والإيمان" (رقم 484). لكن

تعقبه ابن حجر في "التحكيم"، بأن الحديث لم يُروَي. قال: الأعمش مدليس، ولم

يذكر سماعه من عطاء. وعطاء يحتمل أن يكون هو عطاء الخراساني، ففيه تدل

السورة بإسناد نافع عن عطاء وابن عمر، فرجح الحديث إلى الإسناد الأُول، وهو

المشهور. لكن يُعثَب قول ابن حجر بأنه صرّح بأن عطاء هو عطاء بن أبي رباح، كما

في "مسند" أحمد، ومعجم الطبراني، وال"الشافع CMD"!

قال ابن تيمية (بيان الدليل 172-7): "... رواه أحمد في مسندته... ورواه أبو

داود... وهنا إسناد حسن نسبيه تحديداً يشذ الأخر، فاما رجل الأول فأنه

مشاهير، لكن يُخاف أن لا يكون الأعمش سمعه من عطاء، أو أن عطاء لم يسمعه

من ابن عمر...

ومن أهل الحديث من نفي سماع عطاء من ابن عمر، قال ابن المديني وأحمد

ويحيى بن معين: زأى ابن عمر ولم يسمع منه. وقال بيجي الفطان: وقد ساله ابن

المديني عن عطاء عن ابن عمر - قال: ضعيف. لكن قال البخاري في "التاريخ

الكبير": سبع من ابن عمر!

وقد اختلاف الرواة عن الأعمش في هذا الحديث:

فروي كما تقدم;

ومنهم من رواه عنه عن مُجَادل عن ابن عمر (ووُسِّط عن هذه الطريق أبو بكر زرعه،

فقطًا، وإنما هي رواية أبي بكر بن عقبان عجل ابن أبي حامد 1001)،

ومنهم ممن رواه عن الأعمش عن نافع عن ابن عمر! رواد البيهتي في الشعب (7

832/1087): من طريق أبي معاوية عن الأعمش عن نافع عن ابن عمر. وفي

سماع الأعمش عن نافع تَّطَّرَر، فقد قال أبو داود في "سومتات الأجري" (390):

"لم يسمع الأعمش من نافع"، وقال ابن المديني (تحفة التحصيل): "الأعمش عن

نافع شيء، لا يقبل القلب، ليس هذا بشيء". وقد تفرد بهذه الرواية عن الأعمش أبو

معاوية، قال الدارقطني في "الأفراد": "فرَّدُ به أبو معاوية عن الأعمش عن نافع".
باعها به(٢) . وهذه الصورة هي من صور بيع الآجال التي مَنَعَ

= (أطراف الأفراد: ٢٥٩/ ٤٧٢) ، وأبو معاوية زُعمَ مُتَلَسَّ.

أنا طريق اللَّه بـ: أبي سليمان:
فوروى الروائي في «مسند» (١٤٢١) ، وأبو نعيم في الحلية (٣٦/ ١٩٣٣) (١ / ٣).

١٣٣-٣٤٨ (١): من طريق لـ: عطاء عن ابن عمر .
وقال أبو نعيم في الحلية (٣٦/ ١٩٣٣) : هذا حديث غريب من حديث عطاء
عن ابن عمر ، رواه الأعمش أيضاً عنه .

واحتلَّت على اللَّبَـى ، فأدخل بعضهم بين اللَّبَـى وبين عطاء عـبـد المالك بن أبي
سليمان ، رواه أبو عياش (٥٠٥٩): من طريق إسماعيل بن علَّيٍّ ، والطرازي في
المعجم الكبَـر (١٣٢٥) ، والبيهقي في «الشعر» (٧٤/ ٥٠٨٧) : من طريق
عبد الوارث بن سعيد عن لـ: عن ابن أبي سليمان عن عبد المالك بن أبي سليمان عن عطاء عن
ابن عمر . وليث بن أبي سليم سِيَّةُ الحَـظَن ، كثِّرَ الحَـظَن ; فقد يكون الاختلافُ منه .

ثالثا: طريق ميماجر عن ابن عمر:
قال ابن أبي حاتم في «العلَـى» (٢٦/ ١٩٣٥) (١٣٥/ ١٩٠٠): سألت أبا زرعة عن حديث رواه
يحـيـيـن بـالـعـلاء الرازي عن الأعـمـش عن ميماجر عن ابن عمر . قال أبو زرعة : "روى
هـذـه الحـدـيـث أـبـو يـكـر بـين عـامـش عن الأعـمـش عن عطاء عن ابن عمر عن النبي ﷺ .
قال أبو زرعة : "وهذا أشبه" ، فلـتْ لأبي زرعة : فالخطأ من يحيى بن العلاء . قال : "نعم" .

رابعا: طريق شهـب عن ابن عمر:
روى أحمد في المسند (٤٧٦٥) ، (٤٦/ ٥٣٠٠): عن أبي جناب عن شهـبـ عن ابن عمر ، به مرفوعاً . وأبو الجناب هو يحيى بن أبي حية ، كثَر التَّلَيْس ،
ولا لم يذكر ضعفه من ضعفيه . وشَـهِرَ القولُ فيه مُشَهَـر .

وروى الحديث عن جابر بن عبد منصور : رواه ابن عدي في «الكامل» (٢٥/ ٢٢) عن بشير بن زياد
عن ابن جراح عن عطاء عن جابر . أوّله ابن عدي في «الكامل» في ترجمة بشير في
مناكره ، إذ أبا كان أصحاب ابن جراح عن رواية هذا الحديث ؟ والعنصرة يمثل هذه
الروايات عن مثل ابن جراح ونافع وأبو بكر ، بما يُضعف شأن المتَّرِدَ بـه .

(١) الفرطي ، الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٥٩.
منها المالكية سنة للذرية.

٦- وَرَوَى أَنَّ أَمَّ مَلِكَ وَلِدَ لِزَيْدٍ بْنِ الأَرْقَمْ ذَكَّرَتْ لِعَاشِيَةَ أَنَّهَا
بَعَتْ مِنْ زَيْدٍ عَبْدًا بِثَمَانِمَائَةٍ إِلَى الْعَطَاءِ، ثُمَّ ابْتَاعَهَا مِنْهَا بِسَمَتَةٍ
نَقَدًا؛ فَقَالَتْ عَاشِيَةُ: «بِشَّرْ مَا شَرَتْ وَبْشَ مَا أَشْرَتْ! أَبْلَغَيْ زِيَادًا
أَنَّهُ قَدْ أَبْتِلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، إِنْ لَمْ يَسْتَبِ!»١٩.

وَمَثْلُ هَذَا الدُّلُوْجَةِ مِنْ عَاشِيَةٍ لاَ يُقَالُ مِنْ قَبْلِ الزَّوَائِلِ، لَوْ أَنَّ
إِيْطَالَ الْأَمَالِ لَا يُدْرِكُ إِلَّا مِنْ جَهَةِ الْوَلِيِّ، كَمَا أَنَّ هَذَا الْعَليِّ
الْأَمَامُ لاَ تَقْوِلُهُ إِلَّا عِنْ تَوَبَّٰفْ، فَنَفَتْ بِهِ ذِي أَنَّ هَذَا أَمْرُ
المُوقَفِ لَهُ حِكْمَ الْرَّفْعِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ٢٠. وَالصَّورَةُ الَّتِي ثَمَّ
فيها الْبَيْعِ، هِيْ مِنْ صُورَ بَيْعَ الْأَجَالِ الَّتِي مَنَعَهَا المَالِكِيَةُ حُسْنًا
لِلْذَّرِيعَةِ.

١٩ رُوِيَ عِنْدَ عَذَّابٍ عَنْ أَمَّةٍ عَنْ عَاشِيَةَ، وُروِيَ أَحَمَّدُ فِي الْمَسَنَدِ (كَمَاءَ فِي نَصِبِ الرَّاءِ). وَلَمْ
أَقَفَ عَلَى هَذِهِ الْمَسَنَدِ، وَذَكَّرَ أَنَّ الْقَبْدَةَ فِي الْإِلَاءِمِ رَأْيَةُ أَحَمَّدُ بْنَ أَحْمَدٍ،
دُونَ عَزْوَهَا لِلْمَسَنَدِ، مِنْ طَرِيقِ شِعْبَةَ بْنِ الْحَجَاجِ عَنْ أَبِي إِسْحَاقِ بْنِهَا وُرَوَاهُ الْدانْقِطِيِّ، فِي
الْمَسَنَدِ، كَتَابِ الْبَيْعِ، ٥٣/٢، مِنْ طَرِيقِ يَوْمِنَ بْنِ أَبِي إِسْحَاقِ عَنْ أَمْهِ، عَنْ
عَاشِيَةَ، قَالَ أَبُو الْهَدَاءِ فِي «الْتَقْهِيقِ» عَنْ إِسْحَاقِ أَحْمَدُ: «هَذَا إِسْنَادُ جَيْدُ». نَصَبَ
الْرَاءِ ٤/٩٤ وَأَمْرَاءُ أَبِي إِسْحَاقِ هِيَ الْعَالِيَةُ، رَوَى عَنْهَا زُوَّجَهَا أَبُو إِسْحَاقِ، وِإِنَّهَا
يَوْمِنَ، وَأَنْظِرَ فِي الْكَلَامِ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ تَقْرِيرَةُ وَثُبُبَتُهَا فِي «إِلَاءِمِ الْمُوقَعِينِ» لَاِبْنِ
الّقَمِ ١٣٢/٢٣٠.

٢٠ الْقُرْآنِيِّ، الْجَمَّعِ لَأَحَادِيثِ الْقَرَآنِ ٢/٥٩، الْبَاجِيِّ، إِحْكَامُ الْفُصُولُ فَقْرَةٌ: ٧٥٥،
الْقُرْآنِيِّ، الْفُصُولِ ٣/٢٧٧، الْشَّافِيِّ، الْعَاصِمِ ٣/٣٨٤، عَمَّرُ الْوَهَابِ،
الأَشْرَافِ ٢/٥٢٠، الْمَازِرِيِّ، شَرِّحُ التَّلَقِينِ ٤/٣٢٠.
7- وُثِّقَ عن البيع والسَّلَف (1). وَوَجَّهَ الامتدال: أن البيع المستوفي سَرُوطه جَارِيٌّ إِمجاَعًا، والسَّلَف إن لم يَجْرَ نفعًا للسَّلَف جَارِيٌّ إِمجاَعًا. فإِذا رَكَّب بين العَقْدَينِ، بَانَ بِبَشَرْط السَّلَف، فَالسَّلَف جاء بِتَخْرِيجه للحِدِيث المتقدم، وَمَا ذلِكَ إِلاَّ أَقْرَارٌ السَّلَف بالبيع فيه أَنَّهم كَذَلِكُمُ أَنَّهم قد يّقَضِدان السَّلَف بِزيادَة، تَقْرِيرُ ذلِكَ: أنَّهُ رَبَّما يَزِيدُ سَاحِب السَّلَفَة فيّنها تَظِير السَّلَف الذي يُعْطى للمسلم له، فَيكون في البَاطِن قد أَسَلَف له في مُقابل زيادة إلى أجل، وَذلِكَ هو عين الْرِّيا المُحَرَّم (2).

7- وقال: لا يُفَرِّق بين مجتمع، ولا يجمع بين

(1) الشاطبي، المواقف 2/364، والحديث رواه الترمذي في كتاب البيع، باب كراهية يع ما ليس عنتك، (134)، وقال: «حديث حسن صحيح»، والنسائي، كتاب البيع، باب يعما ليس عننك (4111)، باب سلف ويع..، (4291)، باب شرطك في يع..، (4641)، (4631)، أبو داوود، كتاب البيع، باب في الرجل يع ما ليس عنتك، (4500)، والدارمي (5670)، وأحمد في «مسنده» (1339)، (1614)، ابنا الجارود في «المتتبع» (1610)، والطحاوي في الشرح معاني الأنبار (4/4417-4736)، من حديث عمر بن شُعيب عن أبيه عن جده. ورواه الحاكم في «المستدرك» (2/185/21)، من هذا الوجه، وقال: الحديث على شرط جلة من أئمة المسلمين، صحيح.

والحديث مروي في «الموضع» باللهجة، فعن مالك أنه تَلَّعَّب أن النبي صلى الله عليه وسلم عن يع وسلف. قال ابن عبد البر (التمهيد، 4/3184): «وَهَذَا الحِدِيث مَخْفَوْضُ من حديث عمرو بن شُعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شُعيب».

(2) المazziري، شرح التلقين 4/319، خليل، التوضيح 5/377، ابن ناجي، شرح الرسالة، 2/167.
قال ابن العريبي: "فيه دليل على ما قلناه في الحوتة في الزكاة ومنع التطرق إلى إسقاطها".

8- وقال حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه: "أخاف أن يتحقق الناس أن محمدًا يقتل أصحابه".

فامتئن النبي ﷺ عن قتل المنافقين لتلًا يكون قتلهم ذريعة لأن يشيع بين الناس أن محمدًا يقتل أصحابه، وفي هذا قُسّاد كبير.

9- وقال لعائشة ﷺ: "لولا حذائرك يعده قومك بالكفر، لنقضت الكعبة، ولجعلتها على أساس إبراهيم، فإن قريشا حين بنت البيت استقصرت، ولجعلت لها خلفا".

فامتئن النبي ﷺ من بناء الكعبة على قواعد إبراهيم، جدار المفسدة الممكنة في مسألة هذا العمل، وهو أن يجد المسلمون -ومهم حديث عمرو بكفر- في أنفسهم من هذا الصنع؛ فتركه.

قال القاضي عياض في شرح الحديث:

1) رواه البخاري في كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين مفرق ولا يفرق بين مجتمع، رقم: 1450.

2) ابن العريبي، القنس 469/470، وانظر الشاطبي، الاعتراض 2/34.

3) تقديم ترجمه.

4) رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فقعوا في أشد منه، رقم: 126 من حديث الأسود عن عائشة، وسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب نقض الكعبة ونبرائها، رقم: 1333 (من حديث عروة عن عائشة). واللفظ لمسلم.
وقد اقتدى بهذا الإمام مالك رضي الله عنه في هذه المسألة، فذكر أنه الرسول دكر له أنه يريد هُدُم ما بني الحجَّاج من الكعبة، وبرَّته على بنيان ابن الزّبير، لهذا الحديث الذي جاء وامتثله ابن الزّبير، وقال له مالك: ناشدنتك الله يا أمير المؤمنين، ألا تجعل هذا البيت ملعبة للملوك، لا ينشاء أحدٌ إلا تمسك البيت وبناء، فتذهب هيئة من صدور الناس؛ فرحم الله مالكًا! (1).

فقد اقتدى إمام دار الهجرة بالنبي حيث أفتى الرسول بعدم هدم الكعبة، لكن لآمر آخر غير المالك الذي لأجله امتنع النبي من إعادة بناء الكعبة؛ وهو أن كثرة الهدم في أزمنة متقاربة مما يُزيل الهيبة من قلوب المسلمين لهذه البنيَّة؛ فرضي الله عن مالك، ما كان أفقهًا!

من أدلّة المنع أن مراعة الظهمة أصل في الشرع:

ومن الأدلّة على سدة الدّرائع أن مراة الظهمة في الشرع أصل مُتّقرّب في كثير من الأحكام؛ قال ابن رشد الجد مسلمًا لحديث سعد الدّرائع: وآيًا، فإن مراة الظهمة أصل يُثبت الشّرع عليه (2).


(2) اللبائي، إحكام الفصول فقة: 755، ابن رشد، المقدمات المهمات 1/362.
والدليل على هذا الأصل ما ورد في الصحيح من أحكام كان أساس المدرك فيها التهمة؛ فمن ذلك:

قول رسول الله ﷺ: "لا تجوز شهادة حسن ولا ظنين". (1)

(1) ابن رشد، المقدمات المهمات 1/272. أما الحديث فقال الحافظ ابن حجر: "ليس له إسناد صحيح؛ لكن له طريق يقول بعضنا بعض". بالتالي الأخبار 4/207.

وأصح ما زوّر في هذا الحادث مرسلاً: الأول: رواه ابن أبي شيبة في "المصفف" (5/41، 5/341)، وأبو داود في "المراسم" (396) والبيهقي (5/1/201). من طريق محمد بن زيد بن المهاجر عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال: أمر رسول الله ﷺ، منانيا فتادى حتى بلغ الندية: "لا تجوز شهادة حسن ولا ظنين، وإن اليمين على المدعى عليه".

والثاني: رواه أبو داود في "المراسم" (397)، والبيهقي (10/1/201). من طريق ابن أبي ذبق عن المكّي بن مسلم عن الأرجه مرسلاً: أن رسول الله ﷺ قال: "لا تجوز شهادة في الطنء، والإحناء". والحكم بن مسلم ذكره ابن حبان في اللقائع، وقال البيهقي (10/2): "وأصح ما زوّر في هذا الحادث -وإن كان مرسلاً- ما أخبرنا الأرجه. ورزومن من وجة آخر مرسل في الحصن والظنين. عن طلحة بن عبد الله بن عوف...".


وروى الترمذي في كتاب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، رقم: 289، من حديث عائشة مرفوعًا: "لا تجوز شهادة... ولا ذي غنم لأخْيَه... ولا طنين في ولاء ولا قراءة". لكن الحديث متكرّر، كما قال أبو زرعة (علي الرازي رقم 1248)، إذ تفرد بهزيد بن زيد المعمشي عن الزهري ويريد تضعيّف في الحديث، فما بالآله بما تفرد به عن مثل الزهري في كثرة أصحابه.

وروى أبو داود في كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته، رقم: (400) (1/301).
فمن عُلِّمَ بينه وبين غيره خصومةً، لم يُقبل شهادة أحدهما على الآخر، خشية الحيف. وبناءً على هذا لم يُجيز المالكية شهادة الأب لابنه، ولا شهادة الأب لأبى من طريق التهمة، حتى ولو كان برأ تقيًا.

وهما مُنع للتهمة جرمان القاتل عمداً من الميراث، قال: «القاتل لا يرث» (2)؛ وهذا اتهامًا له بأنه قصد إلى استعجال الميراث (3).

(1) أحمد في المسند (1، 560)، (880): من طريق سليمان بن موسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رَقَّ شهادته. وفي الغمرة على أخيه...
وفيه نظر: لا تشترط شهادة... قال أبو داود: الغمرة الحنة والشحناء. قال في التلخيص: سنده قوي» ورواه أحمد في مسنده (1146)، وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب من لا يجوز شهادته، (رقم 1374)، من طريق الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب، والحجاج على ضعف مفسد، ولم يسمع من عمرو سوى أربعة أحاديث كما قال الفضل بن ذكين، وتأتي حديثه عنه يدلّه على محمد بن عبيد الله العزرمي، والعزمي تُرك حديثه.
(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات 1/366، ابن العربي، القبس 2/786، الباجي، إحكام الفصول فقرة 755.
(3) رواه الترمذي في الجامع، كتاب النزاع، باب إبطال ميراث القاتل، رقم: 2109، وابن ماجه في السنن، كتاب النزاع، باب ميراث القاتل، رقم: 2036، صحيحه الآلباني، صحيح ابن ماجه رقم: 2248.
(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات 1/366.
وورث الصحابة رضي الله عنهم المبتوتة في مرض الموت،
حتى ولو كان المطلُّ مَمْتَن لا تحوم حوله سحنان الانْتَهاء؛ سدًا للباب، وحماية للحُرَوق أن يُفتئ عليها(1).

الدليل الثاني: عمل السلف بأصل سد الذرائع:
ومن أجل هذه الأدلّة الناهضة بحجيّة سد الذرائع، عمل السلف الصالح من الصحابة ومن تبعهم من الأئمة على وفق أصل سد الذرائع؛ بحيث دُل ذلك منهم على الإجماع على أصله من حيث الجملة.

وكركم الأضحية مع القدرة عليها(2).
وكإمام عثمان الصلاة في حجّة باللّasso، وتسليم الصحابة له في عُذره الذي اعتنِ القُرآن عليه(3).
ومن ذلك تحرير عثمان المصاحف؛ لئلا يختلفوا في القرآن، وانعقد الإجماع على فعله(4).

الدليل الثالث: أصل سد الذرائع يشهد له أصل المعقولة في التشريع الإسلامي:
وممّا يُستدلّ لأصل منع الذرائع: أنّه قد ثبت على سبيل القطع أنّ الشريعة جاءت لتَحُصّل مصالح العباد في الحاضر والآجل.

(1) ابن رشد، المقدمات المهمات 2/42. وقد تقدم تخرج حديث توريث عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف.
(2) الشاطبي، المؤلفات 3/200. وتقدم ذكر بعض الآثار عن بعض الصحابة في ذلك.
(3) الشاطبي، المؤلفات 3/200. تقدم تخرجه.
(4) الحجوري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/163.
وتأسسًا على معقولية التشريع وأصل التعليل فيها، فإن القول بأصل سد الذرائع لازم، وإلاً أدى نفيه إلى خروج هذا الأصل القطعي؛ وهو ممأ لا يجوز. تقرير ذلك: أن الفعل المأذون فيه بحكم الاقتضاء الأصلي للدليل، إثما كان لأجل تحصيل المصلحة التي لها شرع الحكم؛ فإن كان هذا الفعل يُفضي في مآله إلى خلاف ما قصد إليه الشروع من تحصيل المصلحة، بأن كان ذلك الفعل يُفضي إلى مفسدة أرجح من مصلحة الأصل، فإن البقاء حينها على أصل الأذن ممأ يُتاقض أصل المعقولية في التشريع؛ فاقتضى هذا أن يمنع هذا الفعل اعتبارًا بمفسدة المال الراجحة على مصلحة الأصل.

اعتراض القدافي على دليل المالكية:

وقد كان القدافي على أدلّة المالكية التي سبقَ يُستشْذُها اعتراض وجية؛ قال القدافي: «ويحكى عن المذهب المالكي اختصاصه بسدن الذرائع، وليس كذلك، بل منها ما أجمع عليه، كما تقدم. وحيث يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعي في سد الذرائع بَ... .» فعدل بعض الأدلّة السابقة.

ثم قال: «فهذه وجوه كثيرة يُستدلُّون بها: وهي لا تفيد؛ فإنها تدل على اعتبار الشروع سد الذرائع في الجملة، وهذا مُجمَّع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة، وهي بوع الآجال ونحوها، فبينغى أن تذكر أدلّة خاصة لمحل النزاع، وإلاً فهذه لا تفيد. وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها، فينغي أن يكون حجّتهم القياس خاصة، ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع... .»
حتى يُتعرَّض الخصم لدفعه بالفَارق، ويكون دليلهم شيئًا واحدًا وهو القياس، وهم لا يعتقدون أن مُتَرَكَّهم هذه التصوص؛ وليس كذلك، فتأمل ذلك، بل يتعين أن يذكرَوا نصوصا أخرى خاصَّة بذرائع بيع الآجال خاصَّة، ويقتصرُون عليها، نحو ما في الموظِّل، أن أمَّ ولد زيد بن أرقم. . .» (1).

الجواب عن اعتراض الفرافي في احتجاج المالكية على منع الدراق:

وقد زفَّ الشاطبي ومَّن تبعه كابن عاشور اعتراض الفرافي بأنَّ الاحتجاج بأصل سد الدراق كان على أساس كونه عمومًا معنويًا؛ ومن طبيعة العُموم المعنوي أن يُستدَّل به على خصوص المسألة دون احتجاج على قياس على نص معيين، فالمجتهد إذا استقرِّ على معيَّن عامًّا من أداة خاصة، وأكثر له ذلك المعنيَّ، لم يفتيَ بعد ذلك إلى دليل خاصٍ على خصوص نازلة تعيَّن، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالذُّخول تحت عموم المعني المستقرَّ من غير اعتبار بقياس أو غيره؛ إذ صار ما استقرِّ من عموم المعني كالنصوص بصيغة عامة؛ كيف يُحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوب؟! (2).

وعلى هذا ينفَّذ اعتراض الفرافي على احتجاج المالكية بتلك الأداة على حجم أصل سد الدراق؛ إذ كانت تلك الأداة موسَّعة.

(1) الفرافي، الفرق 3/267-268 ونقل الزركسي ذلك عنه 8/90-91.
(2) الشاطبي، المواقف 3/306.4
لتقرير الأصل المعنوّي الذي إذا قبّت لم يُحتَجّ بعده إلى خِصوص تلك النصوص عند الاستدلال.

قال الشاطبي: بعد نقله اعتراض القرافي: «هذا ما قال في إيراد هذا الإشكال، وهو غير واردٍ على ما تقدّم بيانه، لأنّ الزّرائع قد ثبت سدًّا في خِصوصات كثيرة، حيث أعطت في الشُريعة معنى السّد مُطلقاً عاماً»(1).

لكن يبقى لي موضع إشكال في كلام القرافيّ لم يُجيب عنه الشاطبيّ وابن عاشور، بيانه: أنّ المالكيّة إنّما احتجّوا في الاستدلال على مُطلق أصل الزّرائع -بمفهومه العام-؛ وقد عُلِم أن بعض الزّرائع ممّا وقّع فيها الخلاف. وعليه، فإنّ المنهج القويم في الاحتياج يُثبت أنّه أولاً أنّ أصل الزّرائع من حيثُ الجملة معتبر، ثمّ يُحتَجّ بعد ذلك على الاحتياج بالزرائع التي وقّع فيها الخلاف؛ خاصّة الزّرائح التي تُنفي إلى الممّنهن كثيراً لا قليلاً، مما يدخّل في باب الاتهام.

فالعموم المعنوّي الذي قال به الشاطبيّ إنّما يُحتّج به في القدر الذي دلّت عليه النصوص المستقرة في تكوين هذا العموم، فلو ثبت أن هذا القدر إنّما يختص بزّرت الزّرائع التي وقّع فيها الاتفاق، لما كان للاحتياج بهذا العموم المعنوّي على الزّرائح التي وقّع فيها الخلاف من معنى، إذ لا تطابق بين السّليل وبين ما احتّج له.

(1) الشاطبي، المواقفات 3/205، ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح 2/224.
<br>ومنه، فإنّا نثبتُ في هذا المقام أنّ العُموم المعنيّ ثابتٌ كذلك في الرّتبة التي قال فيها المالكية بسُدُّ الذّرائع، وخلافهم في ذلك من خالفهم:

قد تثبت جملةً من الأحكام مثّلاً الشّارع لإفساءها إلى الممنوع كثيراً، ولست من قبّيل ما مُعَّلّي لإفساءه إلى الممنوع غالبًا؛ ومن هذه الأحكام:\(^{1}\):

1- قد نهى عن الخليطين\(^{2}\)، وعن شرب النبيّ بعد ثلاث\(^{3}\)، وعن الانتباء في بعض الأوعية\(^{4}\)، ويبّن إنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلاً ينتحذذ ذريعة، فقد سأله بعضهم الٌرضبة في ذلك، فقال: ائذٌّ أن يأمسّل الله في مثل هذا، فقال: «إذا تجعلها مثل هذه»\(^{5}\); قال الشَّاطبيّ: «يعني: أنّ التّوسع لا تيقَع»

---

\(^{1}\) الشَّاطبيّ، الموافقات 2/363.

\(^{2}\) تقدم تمريره.

\(^{3}\) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأشربة، باب إباحة النبيّ الذي لم يشتد ولم يصَر مسكرا، رقم: 2004.

\(^{4}\) تقدم تمريره.

\(^{5}\) رواه أحمد في مسنّه: (978)، والنسائي في سنّه، كتاب الأشربة، باب الإذن في الانتباؤ، رقم: 5647، وابن جيّان في صحيحه رقم: 5401، والطَّلَّاحي في شرح معاني الآثار (4/226)، من طريق هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال نبي رسول الله ﷺ وقد عيد فيس حين قاموا عليه عن البناء، وعن التّربة، وعن المرفعة، والجذرة المجبوبة، وقال: «انتبِّئ في سقاتك أوكِّه وشريه حُلوا»، قال بعضهم: ائذٌّ أن يأمسّل الله في مثل هذا. قال: «إذا تجعلها مثل هذه» وأشار به صف ذلك. (اللفظ للنسائي).
عند الحدّ المباح في مثل هذا، وَوَقُولَ المفسدة في هذه الأمور ليست بالغالبة في العادة وإن كثر وَقُولُها (١).

٢ وَحْرِمَ الْخُلْوَةُ بالمرأة الأجنبية، وأن تُسافَرَ مع غير ذي مَحْرِمٍ (٢).

٣ وَنَهِي عن بناء المساجد على القبور (٣)، وعن الصلاة إليها (٤).

٤ وَنَهِي عن الجمع بين المرأة وعمتِها أو خالتِها (٥).

وقال: "إِنْ كَمْ إِنْ فَلَمْ يَقُولُ يَقَطَعُنَّ أَرَاحَامَكُمْ (٦)."

(١) الشاطبي، الموافقات ٣٧٢/٣، ٣٧٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب من أتٌب في جيش فخرجت أمرته حاجه، رقم: ١٣٠٦، ومسلم في كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، رقم: ١٣٤١، من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٣٧٢/٣، ٣٧٣.

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النبي عن بناء المساجد على القبور، رقم: ٥٤٢.

(٥) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب النبي عن الجلوس إلى القبر والصلاة عليه، رقم: ٩٧٢، الشاطبي، الموافقات ٣٧٢/٣، ٣٧٣.

(٦) رواه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء، رقم: ١٥٠، ومن طريق مالك رواه البخاري في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم: ٥٠٩، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحرم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، .. رقم: ١٤٠٨، من حديث أبي هريرة.

(٧) الشاطبي، الموافقات ٣٦٣، ٣٦٣، روى هذه الزيادة: ابن جعفر في "صحيحه" (١٦٤)، والطبري في "المعجم الكبير" (١١٦٣/١١١)، وابن عدي في "الكامل" (١٨٧٤)، وابن عبد البر في "المهمد" (١٧٧٦/١٨٧)، من حديث الفضيل بن ميسرة عن أبي خريز عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، به مرفوعاً.
أبو حكيم اسمه عبد الله بن حسين، وهو فاضي سجستاني، مختلف في توبيقه.

على أن هذه الريادة اختلفوا فيها من حديث أبي حزيم:

فروى الحديث سعيد بن أبي عروبة عن أبي حزيم، به: دون الريادة [الترمذي (1145)], وأبو عيد في الكامل (159/6), وأحمد في المسند (3350). وأبلغه الفضيل بن قيسرة، فروا عنه. وأبو حزيم عن عكرمة عن ابن عباس. وفيه: قال: إن فعلتم ذلك فطعام أرحامكم. [الطبراني الكبير (11931)], وأبو عدي في الكامل (5/4), وأبو حبان (1164), وأبو عبد البر (1878-277/6).

ومسعود بن أبي عروبة أرفع من فضيل بن مسيرة، على أن علي بن المحمدي قال: سمعت يحيى بن سعيد يقول: قلت الفضيل بن مسيرة: أحدثت أبي حزيم؟ قال: سمعتهما، فذهب كتابي، فأخذهما بعد ذلك من إنسان! (تبيين التهذيب). وعلى هذا، فإن هذه الريادة التي نقلها وهي الكامل (158/4) عن عبد الله بن أحمد سمعت أبي: يقول أبو حزيم...حديث مكث، يروي المعتمر عن فضيل عن أبي حزيم أحاديث مناكير«. وذكر ابن عدي هذا الحديث في ترجمته، وقال (5/158): هذه الأحاديث عن المعتمر عن فضيل عن أبي حزيم»، التي ذكرتها، عثمانها بقية لا يتبناها، وللفضيل بن مسيرة عن أبي حزيم غير ما ذكرت أحاديث أيضا برويها عن الفضيل المعتمر، وعامة ما يرويه لا يثبت عليه أحد عليه.

ثم إن رواية سعيد بن أبي عروبة عن أبي حزيم قد تكرموا فيها، فقل يحيى بن معين: إنه يتسع من أبي حزيم شيخا!»

وقد روى أبو داود (7677) وأحمد (1782): عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس، مَرْفَعًا دون الريادة. وخصوصًا وإن كان ليس قويًا، فهو ليس بمثوب الحديث، وإنما نكمل فيه لسوء جُنُده.

وزواه الطبري في المعجم الكبير (1180) من طريق مصعب بن ماهان ثان سنين عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس. مرفوعا دون الريادة. وفي سنه مصعب بن ماهان، وقد حلت من الثوري أحاديث لم يتبناها، كما قال ابن عدي، وجابر هو المُعَنَّف، وقد تكملوا فيها.

وزواه عبد الزاق في المصنف (5/266/766) الريادة: عن مَعَمَّر عن
5- وحُرِّم خطبة المعتدَّة تصريحاً ونكاحها(1).
6- وحُرِّم على المرأة في عدّة الوفاة الطُّلِيبُ والزُّينة وسائر
دواعي النكاح (2)، وكذلك الطِّلِيب (3)، وعقد النكاح للمُحرم (4).

= رَجَل عَن عَكَرَمَة قَالَ: نِنُي لا كَانَت لَا تَكُحَّل الطَّرَّاعَة رَبَّاهُم، وَهَذَا السَّنَدُ ليس بِشيء، فَهُوَ مُرَسَّلُ، وَشَيْخُ
مَعْمَارُ مُنْتَهِي يُتَّرِى مَنْ هُوَ، وَمَا كُنْيَ عِنْهُ إِلَّا لَتَيَاء!
(وَقَدَ وَقَعّ خَلافُ في حَدِيث سَعِيدٍ بْن أَبِي عَرُوْية: فَرَوْى مُحَمَّدُ بْن بَكْرِ الْبِرْسِلِي
عَن سَعِيدٍ، فَوَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَرْيْز: قَالَتْهَا [الطَّرَّارَييْنِ] فِي الأَوَّلِ (1281)
وَالْكِبْرَى (1193)، وَإِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4)). وَفِي هَذَا تَيْرَيْنُ، إِذْ خَالَفَ
في ذَلِكَ الْقَتَانِ مِنْ أَصْحَابْ سَعِيدٍ: عَبْدُ الْأَلْبَاءِ بْن عَبْدُ الْأَلْبَاءِ، [الْطَّرَّارَييْنِ]
(1125)، وَإِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4)، وَوَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَرْيْز، وَفِي جَعْفَرُ مُحَمَّدُ بْن بَكْرِ شَيْحَةٍ، وَقَالَ: إِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4).
(3250)، وَهُمَا أَثْبَتْنَهَا، وَفِي جَعْفَرُ مُحَمَّدُ بْن بَكْرِ شَيْحَةٍ، وَقَالَ: إِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4).
(1193)، وَإِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4)
(159/4))، وَرَوِى مَرَضَالِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَرْيْز، وَقَالَ: إِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4) بَعْدَ رَوْيَيْنِ لِحُدِيثِ مُحَمَّدُ بْن بَكْرِ شَيْحَةٍ،
حَيْثُ هَذَا حَنَا نَا هَذَا الحَدِيثُ، فَرَأَى فِي الْإِسْنَادِ: مِقَاطَةٌ، وَلَسْتُ فِي هَذَا مِقَاطَةٌ، إِنَّما هُوَ: أَبِي عَرُوْية عَن
أَبِي حَرْيْز عَن عَكَرَمَة، كَمَا قَالَ مَنْ تَقَلُّمً.
(وَرَوِى فِي الْبَابِ حُدِيثُ مِرْسَلٍ، مِنْ طُرَقِ عِيسَى بْن هَلَدَةٍ فَانْتَقَلَ وَلَدَاهُ بِطَرْفِ النَّارِ: فَلَمْ يَنْكَحَ الطَّرَّاعَة
قَالَ: إِنَّهُ فِي الْكِتَابِ (159/4) مِقَاطَةٌ، وَلَسْتُ فِي هَذَا مِقَاطَةٌ، إِنَّما هُوَ: أَبِي عَرُوْية عَن
أَبِي حَرْيْز عَن عَكَرَمَة، كَمَا قَالَ مَنْ تَقَلُّمً.
(1) الشاطبي، المواقفات 2/324.
(2) الشاطبي، المواقفات 2/364. البخاري: في كتاب الطلاق، باب تحديد المتوفى منها
(3) الشاطبي، المواقفات 1/637-537. ومسلم في صحيحه، كتاب
(4) الشاطبي، المواقفات 2/264. البخاري: في كتاب الطلاق، باب تحديد المتوفى منها
(5) الشاطبي، المواقفات 2/334. ومسلم في صحيحه، كتاب
(6) الشاطبي، المواقفات 2/364. والحديث رواه البخاري، في كتاب الجزء الصيد،
(7) الشاطبي، المواقفات 2/364. والحديث رواه البخاري، في كتاب الجزء الصيد،
(8) الشاطبي، المواقفات 2/364. والمسلم في صحيحه، كتاب
(9) الشاطبي، المواقفات 2/334. والحديث رواه مالك في الموطأ، في كتاب الجح.
7- وُثِيَّ عِنْ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ (١)؛ وَعَنْ هَيْدَيْهِ الْمَدْيَانِ (٢).

8- وَعَنْ مِيْرَاتِ الْقَاتِلِ (٣).

= بَابِ نُكَاحِ الْمُحْرَمِ، رَقْمُهُ ٩٩٧٧، وَمِنْ طَرِيقِ مَالِكِ رُوَاهُ مُسْلِمُ فِي كَتَابِ كِتَاب
النُّكَاحِ، بَابِ تَحْرِيمِ نُكَاحِ الْمُحْرَمِ وَخَطْبَتِهِ، رَقْمُهُ ١٤٠٩.

(١) الشَّافِعِيُّ، الْمُوَاَقِفَاتُ ٢٣٤/٢.٣٦، وَالْحَدِيَّاتُ تَقْدِيمُ تَحْريِجُهُ.

(٢) رَوَاهُ ِبْنُ مَآَجِهِ فِي سُنَّتِهِ، كَتَابَ الصَّدِّيقَاتِ، بَابِ الْفَرْقَةِ، رَقْمُهُ ٢٤٣٢، مِنْ حَدِيثِ إِسْمَاعِيلِ بْنِ عِيَّاشِ حَدِيثٍ عَبْدُهُ بْنِ حَمِيدِ الضْيَابِيِّ عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقِ الْهَنَّائيِ
قلَّ سَأَلَّهُ أَبُو بْنِ مَالِكَ: الْجَلَّ منْ يُقَرَّرُ أَحَدُهُمَا أَحَدَهُمَا، فِي إِحْيَاءِهِ لَهُوَ قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ أَفْرَضَ أَحَدَكُمْ قَرْضاً فَأَمِدِّهِ لَهُ أوْ حَمِيلَهُ عَلَى الْدَابَّةِ، فَلا يَرْكِبَهَا، وَلا يَقْبَلهَا، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ جَزَى بِجِنَّتِهِ وَبِيْتِهِ قِبْلَ ذَلِكَ».

وُرَوَاهُ كَانَكُمْ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ سَعِيدُ بْنِ منْصُورِ فِي «سُنَّتِهِ» (رُوِاهُ مِنْ طُرِيقِهِ الْبَيْهَقِيِّ فِي
السِّنَنِ الْكِبْرِيَّةِ ٥/٢٠٠،١٠٧١/٢٣٣/١٧٩٨)، وَوَرَوَاهُ بْنُ يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقِ: يَزِيدُ بْنُ أَبِي يَحْيَى.

والْحَدِيثُ لَا يَصْحَبُهُ بِهِ النَّسَبُ، فَقَلَّ إِسْمَاعِيلُ بْنِ عِيَّاشِ، وَرُوِيَ عَنْ غَيْرِ الْقَانِمِينِ
ضَعْفِهِ، وَهَذِهِ مِنْهَا، وَعَنْهَا بْنِ حَمِيدِ بْنِ يَحْيَى، وَقَالَ فِيهِ أَحْمَدُ: ضَعْفٌ لَّيْسَ
بِالْقَوِيِّ، وَقَالَ أَبُو حَاتِمُ: هُوَ صَالِحُ الْحَدِيثِ.

وُعَلِّيَهُ هَذَا الْحَدِيثُ أَنْ الصَّحِيحُ وَقَفَّهُ عَلَى أَسَسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَمَنْ رَفَعَهُ فَقَدْ وَهَمَّ
وَأَخْطَا، فَقَدْ رُوِيَ الْبَيْهَقِيُّ حَدِيثٍ إِسْمَاعِيلِ بْنِ عِيَّاشِ مِنْ طَرِيقِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ
الْمَعَمَّرِيِّ عَنْ هَشَامِ بْنِ عَمَّارِ عَنْ إِسْمَاعِيلِ، بِهِ ثُمَّ أَعَقَبَهُ بِقُولِهِ الْمَعَمَّرِيِّ: قَالَ
هَشَامُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ: «يَحْيَى بْنِ أَبِي إِسْحَاقِ الْهَنَّائيِ»، قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: «وَلَا أَرَاهُ إِلَّا
وَهَمَّ، وَهَذَا حَدِيثُ يَحْيَى بْنِ يُزَيْدٍ الْهَنَّائيِ عَنْ أَسَسِ، وَرُوِيَ عَنْهُ وَقَدْ مَحَقَّقَ بِدِينَارٍ
فَوْقَانِهِ!»، وَوَرَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ رَازِقٍ الْبَيْخَارِيُّ فِي «الْتَارِيْخِ الْكِبْرِيَّ» (١٠/٢٣٧/٢٣٥/١٣٣٨)، عِنْ
أَبِي عُمَيْرَةٍ سَعِيدٍ بْنِ يُزَيْدٍ فَلَتْ لَأَسِسِ، بِهِ مَوْفَقً، وَحَلَّ الْبَيْخَارِيُّ رَوَاهُ
الْوَقَتِ، وَقَالَ عُمَيْرَةٍ وَمَحَمَّدُ بْنُ دَيْنَارِ فِي وَقَبَّةِ عَلَى أَسَسِ إِسْمَاعِيلِ بْنُ عُلِيَّة،
رَوَى ذَلِكَ عَنْهُ أَبِي يَحْيَى شَبِيَّةٍ فِي «الْمَصْفُوف» (٤/٣٥٢)، وَالْحَدِيثُ تَقْدِيمُ تَحْريِجُهُ.

(٣) الشَّافِعِيُّ، الْمُوَاَقِفَاتُ ٣٢/٤.٣٦، وَالْحَدِيثُ تَقْدِيمُ تَحْريِجُهُ.
9- وعن تقدّم شهر رمضانّ بصوم يوم أو يومين(1) إلى غير ذلك منّا هو ذريعّة، والإفشاء بها إلى الممنوع كثيرٌ وليس بغالب ولا أكثريّ؛ كما يقول الشّافعيّ(2).

وبهذا ثبَّت العلماء المعنوّي من تفاريق هذه الأحكام وغيرها على أن سّد الذّرائع أصل شرعيّ كليّ فيما كان وقوع المنفسة من الوسيلة بكثرة، دون أن تكون غالبًا.

ومن أحسن ما يَستدّل به على حُصوص ذّرائع البيوع، مما تقدّم

من الأدلة:

حديث البيعة "إذا تباعتم بالبيعه. . ."، وحديث عائشة في بيعة زيد بن أرقم، وحديث النهي عن بيع وسلف. طمّ الأحاديثٌ المؤصلة لباب الأتهام.

دليل من أبُطل التّعمل على الذّرائع:

ومنّ عّرّ الشافعيّ رحمه الله وغيره في تجوهر بيع الآجال التي بعدها الممالكّون على منع الذّرائع، ناظرًا إلى ظاهر الجهل في العقود، فالحلال حلالًا، وليس بمحرّمه ظنّ قد يخطئ وقد يُصيب، والأصل في المسلم حسن الطّنّ به، قال الله تعالى: "إِنَّ الْطَّنَّ لَأَبْنِي مَنْ أَلْقَى شَيْئًا" (يونس: 26)، وقال رسول الله ﷺ: "ليَاكُم والطّنّ فإنّ الطّنّ أكذب الحديث"(3).

(1) الشافعي، المواقيت 2/324.2، والحديث تقدم ترجمه.
(2) الشافعي، المواقيت 2/324.
(3) رواه البخاري في الصحيح، في كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطة أخيه . . . رقم: 4747.
قالوا: وأحكام الله عزّ وجلّ على الحقائق لا على الظُنون، فأبطلوا القول بالذرائع في الأحكام من البيع وغيرها، فقالوا: غير جائز أن يقال: "إِنَّمَا أَرْدَتْ بِهِ حَدِيثٌ كَذٰلِكَ"، بخلاف ظاهره، وصار هذا كأنه كذا، ويدخله كذا؛ لِمَا يُتَّبِعُ فَاعْلُهُ أنه أراده (1). وجواب المالكين عن هذا الاعتراض منهم: أنَّ مَنَعَنا لِبِيعِ الآجال ليس من جهة تلك الظُنون الوارد نهٍ عنها، وإنما ذلك مبني على أصل الاحتكاط للذين، وتحقُّظ من أن يَقَع المسلمون في الحرام، وذَبَّ عن قواعد الدين وحماية لها. وهذا ليس بمَستَنكر وُرُودُ الشَرْعُ به، كما يَقَولُ المازْرِي (2).

* * *


(2) المازري، شرح التلقين 4/320-321.
المطلب الثاني

علاقة سد الذرائع بالأصول الاجتهدائية في المذهب

الفرع الأول

علاقة سد الذرائع بالمصلحة المرسلة

المصلحة التي تحققها خصائص سد الذرائع أعمَّ من المصلحة المرسلة من وجه؛ إذ إنَّ أصل سد الذرائع يكون للطفل في المفاهيم التي تقابل المصالح المنصوصة وغير المنصوصة التي تثبت بالاستقراء (أعني أبيضان المصالح). فالخطّتان تجتمعان في بعض الأحيان وتختلفان في أحيان أخرى.

فقد تجتمع هاتان الخطّتان في الدلالة على بعض الأحكام؛ وجه الصلة إذاً أنَّ المصالح المرسلة تغلق بالجانب المصلحي الوجودي، فالمصلحة التي يراد من هذا الحكم المثبّت تحقيقها في الوجود إنّما يكون بخطّة الاستصلاح المتضمن في كتفه المصلحة المطلقة عن الاعتبار الخاصّ. أمّا سد الذرائع فالنظر إليه إنّما يكون من الجانب العدّاميّ؛ أعني أنَّ موجب هذه الخطّة هو تلافى المفسدة الواقعة أو المتوقّعة المقابلة للمصلحة المؤسّسة على أصل
الاستصلاح.

ويتبَّاين الأصلان في حالتين: 

الأولى: ينتفَذ الاستدلَال المرسل في حَال كانت المصلحة التي تثبت به لا يقابلُها مفسدة في حال فواتها؛ وخلو المفسدة يقتضي بالضرورة عدم وجود معتضِدي إعمال أصل سد الذارِع، ومعلوم أن كثيرا من المصالح قد لا يقابلُها في حال فواتها مفسدة، بل قد يكون في ذلك مصلحة أخرى من المصلحة الفائقة.

الثانية: ينتفَذ خطأ سد الذارِع في حال كانت المفسدة التي أُعولت الخطأ لتلافيها، من المفاسد التي نَصَب الشرع عليها، أو نص على اعتبار المصلحة المقابلة لها؛ والتَّنصيص على المصلحة المعيَّنة يُخرج المسألة عن أن تدخل في مجال الاستدلال المرسل.

ومن الأمثلة على توارد الأصلين على بعض الأحكام:

المثال الأول: نَكاح المريض مرض الموت (1): 

ذهب الإمام مالك إلى عدم تجويز نكاح المريض مِرضاً مخوفاً؛ وكان مُدرك مالك في ذلك حفظ الحقوق ومنع الذارِع التي قد تُفضَّي إلى إبطالها؛ فإنَّ المرء يُتَّهم في هذا النكاح الذي يُريد الإقناة عليه بأنه ما أراد إلا الإضرار بالورثة، وإدخال وارث جديد ينَقش عليهم حصَّةً؛ فستعَد الْدَّرَكَة هنا وهي النكاح لإمكان

____________________________
إفضالها إلى مفسدة الإضرار بالورثة(1).

كما أنها المصلحة التي تحقق بالمنع من هذا النكاح ممّا شهدّ لها بالاعتبار جنس المصالح في الشريعة؛ إذ منع الإضرار بالغير أصل مصلحي كلي، وعموم معنوي قطعي؛ والتعلّق بمثل هذا النّييل هو تعلّق بالاستدلال المرسل الذي قال به مالك رضي الله عنه. قال ابن رشد الحفيد في تعليل منبه مالك: "ورَدّ جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي"(2).

ومثل نكاح المريض مرض الموت، طالعه، قال ابن العبري في هذه المسألة: "هذه المسألة من المصالح التي افترض بها مالك دون سائر العلماء؛ فإنّه ردّ طلاق المريض عليه تهمّة له في أنّ يكون قصد الفرار من اليمينات"(3).

المثال الثاني: تضمين الصناع(4): ومن الأمثلة على توازد الأصلين على بعض الأحكام، مسألة تضمين الصناع التي تقلّمت في غير موضوع؛ فقد خرجها العلماء على أنها من قبيل الاستدلال المرسل، ومنهم ممّن خرجها على أنّها من الاستحسان -كما تقدّم-، ومنهم خرجها على أنّها من قبيل سدّ

(1) عبد الوهاب، المعونة على مذهب أهل المدينة، الحطاب، مواهب الجليل 3/481، الخرشي، شرح مختصر خليل 3/234، 235.
(2) ابن رشد، بداية المجتهد 3/138-141.
(3) ابن العبري، القبس في شرح موطئ مالك بن أنس 2/449-450.
(4) انظر المسألة: الحطاب، مواهب الجليل 5/430، الغزائوري، الفواكه الدوناني 2/117-118، الزرقاني، شرح مختصر خليل 7/55، عليش، منج الجليل 7/513.
الذّرائع، ومنهم من جَعَل كلّ هذه الأصول أو بعضها دالَّةً عليها.
والذي يُعنينا في هذا الموضوع، أن نُخرِّج المسألة على أصل
الذّرائع؛ إذْ سبق تخريجها على أصل المصاحح المرسلة وأصل
الاستحسان:
فيقال: إنّ في ترك تضمين الصناع ذريعةً إلى إتلاف أموال
الناس، فلو لم يُصِمُّوا لنْطرَق الصّناع -مع فساد النيابة وضعف
الوازع- إلى قلّة التحقيق على أموال الناس، أو إلى التّعدّي عليها،
فلما خُشْيَ من هذا المال الممنوع، مُّيعّت الذّريعة التي قد تُفضي
إليه، وهو ترك التّضمين اعتباداً على أنّ يَدْهُم يُدْ أمانةٌ.
قال ابن رشد الحنفّي في هذه مسألة: «ومن ضَمْته فلا دليل له
إلا النَّظَر إلى المصلحة وسِدّ الذّريعة»(١).
المثال الثالث: قتل الجماعة بالواحد(٢):
ومن المسائل التي أزْدَوَج فيها المُدرك، مسألة قتل الجماعة
بالواحد؛ فهي مسألة تُخرِّج على أنّها شّيء تجري على الاستدلال
المرسل. كما أنّها تُخرِّج على أنّها من قّبيل سِدّ الذّرائع. فهذه
المسألة لا نظير لها في السّرّر بحال يقاس عليه؛ لأنّ قتل الجماعة
قتل لغير من باشر القتل، وهذا خلاف صورة القِصاص؛ إذْ لا يُقّتِلُ

(١) الباجي، المنقِّي ۶/٧١.
(٢) ابن رشد، بداية المحتد ۲/۱٧۵. وانظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد
٢/٤٣٢.
(٣) انظر المسألة: الدرديع، الشرح الكبير ۴/۲۴۵، عيسى، منح الجليل ۹/۲۶-۳۷.
إلا القاتل. إلا أن النظر إلى جنس المصلحة القطعية يوجب القول بالقصاص على المعنيين والمتمالحين، فإنَّ حفظ النفس من جنس المصالح القطعية في الشريع؛ وهي توجب السلاح بالقصاص.

إذ لعل يقتضى معقلة التسهيل من القصاص، ولكن ذلك لا يحظى بناء على القتل فارغًا من القصاص؛ فيدْعُب كلٌّ حفظ النفس وتزويجه، وهذا خلاف معقلة التشريع ومنهجه (1).

المثال الرابع: وُجوب الزكاة في عروض التجارة (2):

ومن المسائل التي حسبه المسائل السابقة، مسألة وُجوب الزكاة في العروض المعدة للتجارة؛ فإنَّ المصلحة العامة تقضي بُجوب الزكاة في هذا الصنف من المال؛ إذ كثير من التجار يانون مالهم عروضاً للتجارة، فلو لم تجب الزكاة فيها لضاع عليها الفقراء حفظاً.

كما أنَّ أصل الزنتاع يوجب القول بالزكاة في هذه العروض؛ لأنَّه لم لم تجب الزكاة لكان في ذلك ترقيق للتجار إلى أن يتخون من هذه الضرورة سبيلًا إلى إسقاط الزكاة؛ قال ابن العربي في هذه المسألة: "والذي نحن له: أنَّ الزكاة قد تقرر ووجوبها في العين، وتُخفف من الناس خلقًا كثيرًا يكتسبون الأموال ويصرفونها في أنواع المعاملات، وتنمي لهم بأنواع التجار؛ فلو سقطت الزكاة".

(1) انظر: الفروق 4/190، ابن العربي، القبس 4/15، 84 (دار الكتب العلمية).
(2) انظر المسألة: الخشفي، شرح مختصر خليل 4/195، أبو الحسن، كتابة الطالب الرياني 1/482، الدردير، الشرح الكبير 4/472.
عنهم، لكان جزء من الأغنياء يخرجون عن هذه العبادة، وتنهب حقوق الفقراء في تلك الجملة؛ وربما انتخبت ذريعةً إلى إسقاط الزكاة والاستبداد بالأموال دون الفقراء؛ فاقتضت المصلحة العامة والأمانة الكلية في حفظ الشريعة ومراقبة الحقوق، أن تُؤخذ الزكاة من هذه الأموال إذا فُصِدَ بها النَّماء١.

* * *

(١) ابن العريٍّ، القبض١٥/٤٦٥.
الفرع الثاني

علاقة سد الذرائع بالاستحسان

ممّا سابق تقريره في بحث الاستحسان، أن الاستحسان في حقيقته غالبًا - استدلال مرسّل مقدّم على مقتضى دليل عام؟ وعليه فإنّ كثيرًا من الفروق التي دُكّرت في المطلب الماضي تُسّحب على العلاقة بين هنين الأصلين.

ومن الأمور التي تلتقي فيها الخطّان أنهما تقومان على أساس الاستحسان؛ فالاستحسان هو ترك للدليل في بعض مقطعيته لموجب المصلحة المرسلة التي اقتضت العدول عن أصل الدليل. أمّا سد الذرائع، فإنه يقوم كذلك على فكرة الاستحسان، ذلك أن الوسيلة في أصلها ممّا أذن فيها، لكن استثنى من ذلك حالةً ما إذا فُضّلت إلى مفسدة تُزيل على مصلحة الأصل، فتُمّع هذه الوسيلة استثناءً من أصل الأذن.)

غير أن الاستحسان في الجملة يكون استثناءً من الحُرمة والمنع إلى الإباحة والأذن أو من البُطلان وعدم الصحّة إلى الصحة والتفاذا. أمّا سد الذرائع فهو استثناءً من الإباحة والأذن إلى الحُرمة

(1) والذي اعتنى بمبدأ الاستحسان في الشريعة ربوث به وحمل عليه هذين الخطّين الأستاذ الدربي في المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي 487 وما بعدها.
والمنع. قال الشافعي في سؤله لأدلة اعتبار المال: «...والأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن ماله غير مشروع. والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لم يؤول إليه من الرفق المشروع»(1).

أما إذا اعتبرنا أصل الذرائع بطرقية من الساء والفتح، فيكون الاستثناء في عاماً: أعني: أنَّه قد يكون استثناء من الحرم والممنع إلى الإباحة والذنذن (وهذا فتح الذرائع)، وكون فيه استثناء من الإباحة والذنذن إلى الحرم والممنع (وهذا بأصل سد الذرائع).

* * *

(1) الشافعي، المواقف 4/198، الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي 487-488.
المبحث الرابع

الشواهد التطبيقية لأصل سدّ الذرائع في المذهب المالكي

وفي هذا المبحث خمس مسائل، وهي:

المسألة الأولى: الالتزام بمشهور المذهب سدا للذرية.

المسألة الثانية: مسائل الإجراءات في مرض الموت.

المسألة الثالثة: المعادن توكل لنظر الإمام مطلقًا حتى ولو

كانت في ملك لمعنى.

المسألة الرابعة: من دخل بامرأة من غير شهود.
الالتزام بمشهور المذهب سَدًا للذرية(1)

من الأمثلة التي جرى عليها المالكية في إعمال أصلت الذُّرائع، الالتزام بمشهور مذهب مالك، وعَدَّ المُخْرُوج عنه في الفتوى والقضاء، وكانت المالكية في أقطار المغرب والأندلس لا ينصبون على القضاء إلا من كان يجري في قضائه على مذهب مالك، وكان ذلك من السُّرُوط الموضوعة للتصبيح، وقد امتدَّ ذلك إلى غُهُود قريبة في المغرب الأقصى، قال الشهابجي: «والولاة الآن يشرطون في ظلِّه ولاية القضاء الحكم بمشهور مذهب ماليك، أو راجحه، أو ما به العمل. فلا يحكم يغير ما ذكر، ولو كان له القدرة على الترجيح والاستنباط والإحاطة بمذهب إمامه أصولا وفروعًا، مثل ابن القاسم وأشهب وأصبح ثم اللخمي وابن رشد. وقد كان أمراء جرجة يشرطون على القضاة الحكم بقول ابن القاسم فقط»(2).

وقال الدُّمَوَقِي في الحاشية: «ولذلك سنُّوا الذُّريعة وقالوا بمنع

(1) بعض هذه الأمثلة من الذُّرائع المفضلة إلى فاس.
(2) الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للاية الزقاق 2/ 37/ 2/ 169،
البشيري، المعيار المعرّب 1/ 174، 2/ 169.
الفتوى بغير المشهورٍ.{11}

وكأن مُدرك المالكية في ذلك هو سدّ ذريعة الفساد؛ ومُكنّى
الفساد أن أقوال العلماء في مختلف المذاهب وفي المذهب الواجب
كثيرًا جدًا؛ فلو أن المفتيين والقضاء ترتكوا والمُنظر لانتشار الأمر
وعمَّت الفوقي في الأحكام والاضطراب فيها؛ فين قاضي مُحلل
لمرجع ومن قاضي محرم له، ومن قاضي مبطل لعقد ومن قاضي مُجزي
له؛ فحلاً لهذه الفوقي والاختلاف في ضبط الأحكام، ومنعًا لأن
يكون هذا الاختلاف مُدرجة لأهل الهوى في أن يُختبأ أو يُ قضوا
بحسب الغرض والشبهة: مُتيَّب الباب وحَريَّم، تنظرًا لهذه المصلحة
القوية.

وقد ذَكر المازريُ أن باب الخروج عن المنهب لو انتهى حَديث
منه حُرٌف من الديانات.{21} ثم قال المازري: "والذي رأيت من
الذين الجزام والأمر الحاكم: أن أنهى عن الخروج عن المنهب
ملك وأصحابه حماية للذريعة، ولو سَاغ هذا لقال رجل: أنا أبيع
ديناراً بدينارين مُثلّدًا كما زوُى، عين عباس، ويقول آخر: أو رَمَج
امرأة وأستبيح فرجها من غير ولي ولا شهود مُثلّدًا في الولي لأبي
حينفة، وفي الشهود لمالك، وأياً مُثلّدًا للشافعي.{31} وهذا عظيمٌ

{11} الدسوقى، الحاشية 4/129.
{21} البرزلي، جامع مسائل الأحكام 1/86،والشريسي، المعيار المعرِب 3/237.
{31} الحلب، مواهب الجليل 1/31.
{31} أي يُميزها دائياً.
الموقع في الضرّة!{1}.

وقال المازري في موضع آخر: «ولست ممستحاث النّاس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأنّ الورع قلى بل كاد يعده، والتّحفظ على الديانات كذلك، وكثب الشّهوات، وكثر من يدعي العلم ويثقّب على الفتوى فيه; فلو فَتَحَ لهم باب في مخالفة المذهب، لاتّسع الخرق على الرّاقع، وهمّتّوا جباب هيبة المذهب؛ وهذا من المفسّدات التي لا خفاء بها!{2}.»

وقيل السّائطي من المازري ذلك، ودافع عنه وقرّره في «المواقفات»؛ فقد قال بعد نُقُلّه لكلام المازري المتقدم: «فانظر كيف لم يستّجِر -وهو المتفق على إمامته- الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يُعرف منه؛ بناء على قاعدة مصلحية ضروريّة، إذّ قل الورع والدينانة من كثير من ممن ينصب لبّ العلم والفتوى... فلو فَتَحَ لهم هذا الباب لانحلّت عزى المذهب، بل جميع المذاهب؛ لأنّ ما وُجّب للشيء وجب لمثله!{3}.»

وقد يتّبعّل البعض فيحسب أن هذا الذي كان عليه المالكيّة وغيرهم من أهل المذاهب من الاكتنام في القضاء والفقية إلى مذهب واجب: من قبيّل التّضصّب المنتموم، والتّقليد المقيّت الذي أُخْتِى

{1} البرزلي، جامع مسائل الأحكام 1/86، الونشريسي، المعيار المعربي 3/326، الحطاب، مواهب الجليل 1/31.

{2} الشّاطبي، المواقفات 4/146، الونشريسي، المعيار المعربي 6/266، المواقي.

{3} سنن المحتدين 1/71.

{4} الشّاطبي، المواقفات 4/145-146، الونشريسي، المعيار المعربي 6/327.
على الأمّة، وعَقِلُها عن أن تكون سَلايكةُ ذُرُوب الاجتهد الذي يكثَّل للأمّة مُجَارَاةٍ تطوُّرَاتِ الحياة وتجليُّ مصالحها.

وَهَذَا الإِجْرَادُ ليس بالمحلّ الأعلى في القوَّة؛ إِذ لا يستقيُّم القضاء مع ترك القُضاة على مُقتِضى احِتِياجاتهم وترجيحاتهم؛ لِمَا في ذلك مُختُورة تَذْرِع القِضاة إلى الحَفِيَّة عن العدل وركوب متن الهوى. كَمَا أن ذلك ممّا يُسبِّبُ استههام صِحَّة التَّصرُفات في العقود الجارية بين الخلق؛ يَفْكِك المتعاقدون في مُعَامَلَاتهم على غير بَيْنَة، فَلَعَل هذا التعاقد ممّا صَحَحه إِمامَ من الأُمَمَ، وربَّما قد أُبْطِلَه إِمامَ آخَرَ؛ وَهَذَا يكون عائِلًا حَقِيقًّا في طريق سُهولة التَّعاقد والتَّعاايل بين النَّاس.

وَهَذَا الذي تَحَا إِلَيْهِ المَالِكيَّةُ وغيرهم من المذاهب في توحيد المراجعِيَّة القضايِّة، هو أصل جَلِيلُ لَتَقَنِين الفقه الإسلامي؛ لأن الأساس المقتضي لهذا التَّقنين هو نفس الأساس الذي قَام عليه توحيد المراجعِيَّة المذهبيَّة في القضاء. وَتَعَمَ التَّقنين في هذا العصر ممّا يُنْبِئُ أن لا يكون مَحْصُورًا بِمَنْهَب واحِدٍ، وإنّما يكون مَأَخوذًا مِن قِبَل العَلَماء مِن مُختَلَف المذاهب الإسلاميَّة المعتمدة مَعْتَبِدين على أرَّجح الأقوال وأوفرها قوَّة، وأَجْرَاهَا على منهج الشرع ومقاصده. كَمَا أن يجب أن لا تَرَك هذا الأمر للجهلة الذين لا تَصَبُّ لهم في النظر والاجتهد، أو ممّن يَجُعل أسَاسَ التَّرجيح والاختيار ما يَعطيه له هواه(1).

(1) ومن آنف النصوص في توحيد المراجعِيَّة القضايِّة، كَأَوْخَدَه الالتباس في المستخرجة: قال مالك: «أَلَكُن رِبَاعَةً يَقول: لَوْيِدُ أنَّ أَمير المؤمنين جَمَع».
ومما يذكر في هذا الصدد أنَّ علماء المذهب المالكي، مع اشتراطهم في القضاء أن لا يُعدّل فيه عن مُقتضى المشهور والراجح: فإنَّهم تَرَكوا في كثير من المسائل الأقوال المشهورة والراجحة إلى غيرها، لموجب مصلحة شرعية اقتضت هذا العمل؛ وهذا ما عُرف عند المالكيّة المتآخرين ب: «ما جَرَى به العمل»; وحقيقته أن بعض القضاة قد يُتركون مشهوراً المذهب لموجب اقتضى ذلك، ثم يَستُور القضاة على هذا الاختيار، فصير ممّا جَرَى به عمل القضاة، ويكون لازمًا للقضاء العمل به؛ وجريان العمل إنّما أن يكون عامًا بجميع الأقطار، وهو المسمى بالعمل المُطلّق، وإنّما أن يكون خاصًا ببعض الأقطار، ويُسمى بالعمل الخاص، كعمل فاس(1).

قال التّافادي: «...وأَيّامًا قضاء الزمان، فلا يُعتبر من أحكامهم إلا ما وافق الراجح أو المشهور أو ما جُرِي به العمل، وغير ذلك ينقض ويرد عليهم; قاله ابن عرفة، والعقباني، والبَزْرُلي، والسَوسي، وغيرهم»(2).

= العلماء فاستشاروا في أمر الأحكام، حتى يكتب لهم كتابًا يجعله في الناس، يُحيلُهم عليه كلهم، حتى يكون أمرًا واجيئًا، المستخرجة (مع شرحها: البيان والتحكيل) 9/330.

(1) الحجوري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 2/47، الوزاني، حاشيته على شرح التافادي على منحة ابن عاصم 3/188-196.

(2) التافادي، شرح التافادي للاطلاع الزراق 2/377، الوزاني، حاشيته على شرح التافادي على منحة ابن عاصم 1/188-196.
وقال أبو علي المنساوي: "إذا جرى العمل ممن يُثبتُ به بمخالفته المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يعمَل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفًا للمشهور. وهذا ظاهر إذا تحقَّق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإنَّا فالواجب الرجوع إلى المشهور. ويقول بعض الفقهاء في شروط الأخذ بما جرى به العمل:

خامسها معرفة الأسباب، فإنها مُعيَّنة في الباب

وعند جعل بعض هذا الخمس ما العمل اليوم كمثل الأمس). (1)

المسألة الثانية

مسائل الإقرارات في مرض الموت

من مسائل مذهب مالك المُرتكزة على أصل الذُّرائع، مسائل الإقرارات في مرض الموت؛ فمذهب مالك أن التهمة إذا قُبيِت في أن المُقَرَّ أراد الإضرار بالورثة والشَّقَصَ من حصصهم في الميراث، فإن أصل الذُّرائع يُعمل لتلافى هذا الضَّرر المتوقَّع في حال إنفاذ هذا الإقرار. (2)

ومن الإقرارات التي أبطلها المالكيَّة لقوَّة التهمة فيها سدًا

(1) محمد الخضر الحسين، الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ١٥٦/٦٦-٦٧.
(2) الحطاب، مواهب الجليل ٦/٩٥، عاليش، منح الجليل ٩/٥٧٢.
لدريعة الفساد، المقر زكاة ودَّجَ لِهِنَّ، ثُمَّ لا يُؤَاخذُهَا؛ فالإقرار هذا لا
عبرةً به، فلا ينفَّذ لأنّ في ذلك ذريعة لأنَّ يُتَّرِك النَّاسُ الزكاة إلى
حين دُوَّّن الأجل، فقتوروا بها، فيفوت حق المساكين، ويحرم بذلك
أهل الميراث ميراثهم؛ فكُتِبْتَ الدَّرِّيعة وَمُنَعْتُ لهذا المآل
الممنوعٌ (١).

قال ابن أبي زيد في كتاب "الذَّب" في هذه المسألة: "...لو
كان كل مال مبخر في مَرْضه بأنَّ عليه زكاة ماله في سائر عمرو مقبول
قولًا، كان ذلك ذريعة إلى فساد عظيم، منها: أن ذلك يعمُّ كثيرًا
من الناس على ترك أداء الزكاة؛ لأنَّهم على ثقة من إنفاذها عليهم
بُعْد المَهات من رأس المال، فيُؤوَّذُوهُا لذلك إخراجها، ويكون
داعية إلى إيطال الميراث لمن شاء إيطاله بِمِثْل هذه الإقرارات،
ويسير المَبْتُ قد استأثر بماله عن أهل الميراث، فاستمتع به في
حياته وأخرجه عليهم بعده مرتاحًا. . . (٢).

ومن الإقرارات التي أبطَّلها المالكية لْقُوَّة التَّهمة في فضُّد
الإضرار فحُمَّض الباب رأسًا، الإقرار للوارث أو للصادق
الملاطِف (٣)؛ فإن التَّهمة تتوجَّه إلى المقر بِأنَا لِمَا عَلِم أَنَّ الهبة
للوارث أو الوصيَّة له لا تجوز عَنل عن ذلك إلى الإقرار له بدِّين

١) عبد الوهاب، الإشراف ١٨٤، ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مناهب مالك
١٣٣/١٣.
٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مناهب مالك ١٣٣/١٣.
٣) عَليَّ، منح الجليل ٥٧٢/٩، العندوي، حاشيته على شرح الخرشي ١٨٩/٨.
لمصلحتك أتى لمحنا أنّ الموروث لمّا علم أنّ هبته لوارثه
في هذه الحالة أو وصيّته له لا تجوز، وقد فاته نفعه في حال
الصحة، عَمِّد إلى الهبة فألقاها بصورة الإقرار لتجوزها؛ ويعضد
هذا التهمة صورة القرابة، وعادة النّاس بقلّة الديانة. . وينبغي أنّ
tطرد العلة حيث وجدت ما لم يقف دونها دليلٌ تخصيصٍ، فعلي
هذا إذا وجدنا التهمة في غير القريب من صديق مُلّاهف حكمنا
بطلان الإقرار؛ وكم من صديق ألقى من قريب وأحكم عقّدة في
المودّة! (۱)

المسألة الثالثة

المعادن تُؤكّل لنظر الإمام مُطلقا حتّى ولو كانت في يّلك لمعين (۲)

حُكم المعادن الموجودة في الأرض أنها تُؤكّل للإمام يتصرّف
فيها كيف شاء بما تتضمنه المصلحة العامة. وُفَتّضى هذا النّظر أنّ
ترك المعادن لنظر النّاس ممّا يورث فساكًا كبيرًا بكثرة النّزاعات
التي قد تنضّي إليها القتال؛ فحماية لجانب انخراط الأمن سُنّت

(۱) سحنون، المدونة ۷۷، ۷۷، ابن العريبي، أحكام القرآن ۱/۴۵۴، ابن أبي زيد
القيرواني، البني عن مناهج مالك ۲۲/۱۲۴۰/۱.
(۲) ابن العريبي، أحكام القرآن ۱/۴۵۴.
(۳) هذا مثال لذريعة الفساد.
ذريعة الفساد، وأوكلت المعادن للإمام أو ناحية ليُنظر فيها بما تأتي به مصلحة الأمَّة.

قال عُليه: "وَحْكَمُ النَّصْرُفَ في المعدن للإمام الأعظم أو ناحية يقطعه لِمن يشاء، أو يجعله لمصلحة المسلمين إن كان بأرض غير مملكة كالفيافي، وما تركها أهله، أو مملكة لِغير معين كأرض العُنْوَة؛ بل ولَوْ ظَهَرَ بأرض معين مسلم أو كافر ذميّ؛ سَدَّ لِباب الهَرْجِ؛ لأنَّ المعادن قد يجدها شراؤُ النَّاسَ، فإنَّ تُركت لهم تحاَسُدوا وقُتِلَوا عليها وسُفِّك بعضهم يَمَامً بعض".

وعلى هذا؛ فإنَّ المعادن تُعد ثروة للأمة تُصَرَّفُ في مصالحها وحاجاتها، ولئن خاصّة يَفْرُد من الأفراد أو لطائفة من الأمة دون أخرى؛ حتى ولو كانت في ملكه؛ اتفاء للفساد المتواضع من تركها إلى الأفراد.

المسألة الرابعة

من دخل بامرَأة من غير شهود

إذا دخل الرجل بالمرأة فلا إشِهادٌ، فإنَّ التَّكَاح يُفسَّخ بينهما ببطقة بائنة، ولا حَدَّ عليهما إن كان التَّكَاح والدَخُول ظاهراً فاشياً بين النَّاسَ، أو شهيد بابتائهما باسم التّكاح شاهدٌ واحدٌ؛ ولو علما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشيهاد، فإنَّ لم يُكن ذلك ظاهرًا.

(1) عليِّش، منح الجليل 79-78/2179 باختصار.
فأيّا بين النّاس، فإنّهما يتّحدان إنّ أقرّا بالوطء أو كتبّ بيينةٍ(1). ويُفسّخ النّكاح جبرًا عليهم سدًا لذرعية الفساد؛ لأنّ في ذلك تطريعاً لا أهل الفساد إلى فسادهم؛ إذ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه، ثمّ يذّعيان سبّ عقد غير إشهداء؛ فَيُؤذّي ذلك إلى ارتفاع حدّ الزّنا والتّعذير(2).

قال الباجِي في التّفريق بين ترك الإشهاد على عقد النّكاح وترك الإشهاد على الدّخول: "وَجّه ذلك أنّ تعرّي عقد النّكاح من الشهادة لا ذِريعة في إلى الفساد، وتعرّي الوطء والبناء من الشهادة في الذِريعة إلى الفساد؛ فمنع منه لذلك، ولو جاز لكلّ من وُقِدّ مع امرأة في خلوة أو أقرّ بجماعها أنّ يذّعي النّكاح: لا ارتفع حدّ الزّنا عن كلّ زانٍ والتّعذير في الخلوة؛ فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى. فمثلى وقع البناء على الوجه الممنوع فسّح ما اذّعى من النّكاح(3).

---

(2) المصادر السابقة.
(3) الباجي، المنتفق 3/313.
الفصل الرابع
مراعاة الخلاف في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث، وهي:

• المبحث الأول: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي: مفهومه، وحججته، وحكمها، ومقتضيات الأخذ به.

• المبحث الثاني: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي: أدلة الحجيّة، والإشكالات الوريدة عليه، و-issue إعماله، وعلاقته بالأصول الاجتماعية في المذهب.

• المبحث الثالث: الشواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكي.
البحث الأول

أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي

وهذا البحث فيه أربعة مطالب، وهي:

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة، وأصطلاحاً، والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثاني: حجيّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي.

المطلب الثالث: العمل بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه، وشروطه.

المطلب الرابع: المقتضيات المصلحيّة الموجبة لمراعاة الخلاف.
المطلب الأول

تعريف مراعاة الخلاف: لغة، واصطلاحا، والألفاظ ذات الصلة:

الفرع الأول

تعريف «المراعاة» و«الخلاف» لغة

تعريف المركب الإضافي يكون بالوقف على تعريف طرفه هذا المركب؛ ومهما فإن البحث سيتناول تعريف كل من «المراعاة» و«الخلاف»:

أوّلاً: تعريف المراعاة لغة:

المراعاة مصدر راعى يراعي مراعاه وراعي مصدر راعى يرعى رعيًا ورعاية.

وتأتي المرة والرعى على معانٍ في اللغة العربيّة، والذي يعني من تلك المعاني معنى المراقبة والاعتدال والملاحظة؛ يقال راعيته: أي لاحظته مخسستاً إليه، وراعيهم الآخر: نظرت إليهم.

وَرَعَى الْمُجْوُمْ رَعِيًّا وَرَاعَاهَا رَأَقْبَهَا وَانتَظَرَ مَغِيبَهَا؛ قالت

(1) ابن منظور، لسان العرب 14/327/4.
(2) الفيروزابادي، القاموس المحيط 327/4، ابن منظور، لسان العرب 14/327/4.
الخمساء:
أَرْعَى التَّجْوِيمَ وَمَا كَلَّتَ فِيْهَا، وَتَأْرِيَةً أَنْعَمَّ فِيْلَ أَظْمَارٍ (١)
ورأَعِيْ أَمْرٍ: خَفِّيْه وَتَرَقْبْه (٢).
جاء في «اللسان»: (والمُراَعِيَة: المُنَاظِرَة والمُراَقِبَة؛ يُقَال:
رَأَعِيْت فَلَانًا مَرَاعَيْا وَرَعَيْا، إِذَا رَأَيْتَه وَتَأَرَّقَتْ فِيْهَا. ورآعِيْتُ
الأَمْرُ: نَظَرَت إلاَّم يَصَر. ورآعِيْتُه لَاحْظُه (٣).
ثانيا: تعريف الخلاف لغة:
والخِلافُ مصدرُ مَأْوِيَةٌ مِن خَالِفٍ يَخَالفُ خَالِفًا وَمُخَالِفَة،
والأَخْلاَفُ مَصْدَرُ اخْتُلِف يَخَالفُ اخْتَلَفُ اخْتِلَافًا وَتَقَعَ الكَلِمَتَانِ فِي الْلُغَة
بمِعنى تَقْيِض الآثَمَاق (٤).
وعلى، فإنَّ المراد من (مِراَعِيَة الخِلاَف): اعتبارٌ ومُلاحظةٌ ما
وَقَعَنَ اخْتَلَافَ بَينَ الْأَعْلَامِ. وسُبُاقَيّ إِنْ شاء اللَّه أَنَّ الْمَرَأَعِيَ فِي
الحَقِيقَة لَيْسِ هَوَ ذَاتُ القُولِ، وَإِنَّما هُوَ الْمُدْرَكُ الَّذِي أُسْتَنِدَ إِلَيْهِ
المَخَالِفُ فِي خِلاَفَه.
تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً

كان للمالكية المتآخرين عناية بمُراعاة الخلاف، بِيِّنًا لمفهومه وشروطه ومُتركل الشَّرعيِّ؛ وسُبَبَ هذا التَّهمَّم والعناية أن الشَّاطبي استشكل هذا الأصل -بِيِّناءً (1)- وأوردَ عليه إيرادات قويّة في مفهومه وشروطه ومُدركه، ثمَّ إنَّه رأَسَل بعض أئمَّة المغرب من علماء المذهب يَثِمَّن منهم البُيان والقَسَّر عَمَّا أسسَل على هذا الأصل من سُجُف الإبهام، وحَجَب الإشكال، فخُطَّب الشَّاطبي بذلك: ابن عَرفة الثُّوني، وأبا العباس القَبَّاب الفاسيّ، وأبا عبد الله الفشتالي؛ فأجابوه، وكان في تضاعيف أجوبتهم بِيِّنًا لمفهوم مُراعاة الخلاف.

وأسوق في هذا الموضع تعريفات المالكية لهذا الأصل مشروعةً بالبيان والتحليل:

التَّعريف الأوَّل:

قال ابن عبد السلام: «هو إعطاء كل من اللَّيلين ما يُقَضِّيه من (1) أعني أنَّ استشكله هو الذي أثار الكلام عن مُراعاة الخلاف لدى بعض المتآخرين، مع تقديم استشكله من قبل بعض المالكية قبل الشاطبيّ، كما سابقَه.»
الحكم مع وُجود المعارض»(1).

وتعرف ابن عبد السّلام ذَكَّره في سياق بيانه لمفهوم مُراوعة الخلاف عند الماليكيّة، وغيره فإن إيراد النّصّ من كلام ابن عبد السّلام في سياقه لم يُجلِّي بعض ما حَفِي عن تعريفه:

قال ابن عبد السّلام: «والذي ينبغي أن يُعتقَد من ذلك -وهو الذي تدّل عليه مسائل المذهب- أن الإمام -رحمه الله تعالى- إنما يُراعي من الخلاف ما قوِيٌّ دليّة. فإذا حُقّق فليس بمراوعة الخلاف الّتبَّة؛ وإنّما هو إعطاء كلٌّ من الدّلائلين ما يقتضيه من الحكم مع وُجود المعارض; فقد أجاز الصلاة على جلود السّباع، وأكل الصّبّيد وإنّ أن كلّب منه، وأباح بُثّغ ما فيه حقّ توفيق من غير التّسامح قبل قبضه مع مُخالفته الجمهور فيها- فقدل على أنّ المراهق

عند إِنّما هو قوِيُّ الدّلائل»(2).

وتعرف ابن عبد السّلام من التّعريفات التي اعتمدت ممّن بعده، بل إنّ تعريف ابن عرفة الآتى هو تطويره له وإعادة صياغته لأنفاظه مع تجلية لبعض ما استبهم منه. أمّا تعريف القبّاب فهو تعريف ابن عبد السّلام ذاته، مع حذفه لقول ابن عبد السّلام: «مع وُجود المعارض».

والذي يُؤخذ من تعريف ابن عبد السّلام ما يلي:

أوّلًا: مُراوعة الخلاف هو أخذ بمقتضى الأدلة؛ فليس من

(1) المنجور، شرح الجهّل المنتخب ۲۵۵، ابن ناجي، شرح الرسالة ۲/۳۷، خليل، التوضيح ۱۴/۱.
(2) المراجع السابقة.
حقيقة البَيْتَة مَراَعَة الأَقوال المُجَرَّدَة. وَعَلَيْهِ، فَإِنَّ ظاهر قول المالكيّة: «مراَعَة الخَلاف» غَيْر مُرَادَ لهم؛ لأنّ المراعي في هذا الأصل ليس الخلاف ذاته، وإنّما هو دليل المخالف القويٍّ. واستدل على ذلك بأن كثيراً من مسائل المذهب قد خالفنا فيها الجمهور، ومع ذلك لم يراع فيها مالكٌ مذهبه، فهذا منه دليل على أنّ المراعي هو الدليل حيث قويٍّ، وحيث لا اعتبار يكون المخالف جمهورا أو لا.

ثانياً: هذا التّعرف يضدّ على مفهوم الجمّع بين الدلّيلين المتعارضين، بحيث ليس فيما ذكره ابن عبد السلام ما يفرّقه بين أصل مراَعّة الخلاف، وبين الجمّة بين الأدلة المتعارضة.

ثالثاً: في سياق كلامه ين كأن من شرط الخلاف المراعي أن يكون قويٌّ الدليل، فليس كل دليل قيل له يعتبر.

رابعاً: لم يبين التّعرف المحلي الذي يكون فيه إعمال مراَعة الخلاف؛ هل هو قبل الوقوع أم بعده؟

ويُلاحظ على كلام ابن عبد السلام المتقدم أنه أتّك فيه على كلام لابن خويز منداد في كتاب الجامع لأصول الفقه. وظاهر

(1) مع ملاحظة ما سيقال في التمثيل الذي مثل به ابن عبد السلام، تابعا فيه ابن خويز منداد.
(2) شقرون، مراَعة الخلاف عند المالكيّة.
(3) قال ابن خويز منداد: «مَسَائِلُ المَذهَب تّلَقّ على أنّ المذهب ما قويٍّ دليله، وأنّ مالكا رحمه الله كان يُراعي من الخلاف ما قويٌّ دليله لا ما كثر قاله؛ فقد أجاز الصلاة على جنود السّباع إذا دُكّيت، وأكثرهم على خلافه، وأيضاً ما فيه حكّ..."
كلام ابن جويز منداد يُؤخذ منه أن الذي عناه من مراعاة الخلاف: هو الخروج منه. والذي دلنا على هذا، أنه لما مثّل في اعتبار مالك الخلاف الذي قوي دليله، مثل بملة تجري على الخروج من الخلاف، وهي مسائل قال فيها بالإباحة، وكان غيره قائلًا فيها بالمنع، فلو قال بمراعاة الخلاف لكان قائلًا بالكراهة، ولم يقل ذلك.

إلا أن يقال إن مراد ابن جويز منداد من مراعاة الخلاف الاصطلاح العام الشامل للمسلكين - أعني الخروج من الخلاف ومراوعة الخلاف قبل الوقوع -، لكن تمثيله كان قاصرا على الخروج من الخلاف. وهذا قريب كذلك. وبين أسباب فابن فرحون دكر أن ابن خويز منداد ذكر مسائل كثيرة في المنهب، لم يذكروها، وربما كان فيما لم يذكر ما يجري على مراعاة الخلاف بمعناه الخاص.

ومثل هذا يقال في تمثيل ابن عبد السلام. فلم إنه أوّرد كلامه عند قول ابن الحاجب: «والمستعمل في الحدث طهر، وكره للخلاف». وهذه المسألة تجري على الخروج من الخلاف، والظاهر الذي أميل إليه: أن ابن عبد السلام وابن خويز منداد قصدًا من رغب الخلاف مفهومه العام الشامل لمراعاة الخلاف قبل = توقيف من غير الطعام قبل قيضه. وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكباب، ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور. قال ابن فرحون: وذكر أدلة من الحديث ومن مسائل المنهب يطول ذكرها. ابن فرحون، كشف النقاب 22-32.
الوقوع وبعده.

التعريف الثاني:

عرف ابن عرفة مراعة الخلاف بقوله: «إجمال دليل (المخالف)
في لازم مدلوله الذي أعول في تقضيه طيل آخرين».

ثم قال في تضاعيف جوابه عن إشكالات الشاطبي مبينًا أن رجح الخلاف ليس تركًا لدليله وعملا بدليل غيره: «...بينا أنه إجمال دليله من وجوب هو فيه رجح، وإجمال دليل غيره فيما هو عند أرجح... والعمل بالنيلين فيما كلّ واجب منهما هو فيه أرجح، ليس هو إجمالا لأحدهما وتركًا للآخر، بل هو إجمالا للنيلين معا».

شرح تعريف:

فقوله: «إجمال طيل»: جنس لرجح الخلاف يصدق على رعي الخلاف وغيره.

وقوله: «دليل»: فصل أخرج به غير النليل (4) والنليل هو: ما

(1) الوصاع، شرح حدود ابن عرفة 376/1، القصري، النسوي، في شرح التجته 376/1، الزناني، حاشيته على شرح النادر على نهج ابن عاصم 378/1، وتعرّفه له في جوابه للشاطبي عند: الوشريسي، المعيار المعربي 378/1، والقاني، مدار أصول الفتاوى 378/1، ووزدت في التعريف «المخالف»، وهي واردة في شرح ابن عرفة

(2) الوشريسي، المعيار المعربي 378/1.

(3) الوصاع، شرح حدود ابن عرفة 376/1.

(4) الوصاع، شرح حدود ابن عرفة 378/1.
يُمكن التوضّل به إلى مطلوب خُبَّريّ، والمطلوب هو المدلول

قوله: "ففي لازم مُدلوله": أخرج به إعمال الدليل في مدلوله

والضمير في "مدلوله" يعود على الدليل

ويُضحى هذا التَّريف بضرب مثال:

فмесالة نكاح الشَّغار ممّا أُخرج فيها مالكٌ أصل مُراعاة

الخلاف في إثبات التَّوارث بين الزوجين؛ بيتُه: ﴿أنّ أصل دليل مالكٍ في النهي عن نكاح الشَّغار﴾ ذُلّ على

فَسْخ هذا النكاح؛ فالفسخ هو المَثْلُولٌ، ولازِمَهُ هذا المدلول أن لا

توارثت بينهما لانعدام مُوجِّهٌ من النكاح الصَّحيح.

ومخالف القائل بِسَبِيل هذا العقد مع بطلان الشَّرط، يقول

بأنَّ العقد لا يُفسخُ، وهذا مدلول ما استدلاله بنأدلة، ولازِمَهُ هذا

المدلول -وهو عدم الفسخ- أن يَبْتِ التَّوارث بينهما.

وعليه، فإن مالكٌ أُخذ أوثا بمدلول دليله، وهو: فَسْخ النكاح،

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة / 264/1
(2) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة / 264/1
(3) السُوِلي، البهجة في شرح التَّحفة / 19/1
(4) السُوِلي، البهجة في شرح التَّحفة / 19/1
(5) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة / 264-265، اليمين المُعْمِّر / 278، عيش، فتح العلي / 1/10، العقالي، مناز

أصول الفتوى / 57-58-59-63-61، الوزاني، حاشيته على شرح الناودي على تَّحفة ابن

عاصم / 37-39.
(5) رواه مالك في الموطأ، في كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح، رقم 1529.
(5) ومن طريق مالك رواه البخاري، في كتاب النكاح، باب الشَّغار، رقم 5112، ومسلم في كتاب النكاح، باب تجريم نكاح الشَّغار وبطلانه، رقم 1415.
لكنَّهُ ترك لاَزِمَ مِنْ دِيْلِهِ، وَوَهُمْ عَدْمُ إِثْبَاتِ الْتَوَارِثِ بِينَهُمَا؛ وَذَلِكَ بَأْنَ أَعْمَلُ دِيْلِ الْمَخالِفِ فِي لاَزِمَ مِنْ دِيْلِهِ قَالَ بِأَنَّ الْتَوَارِثِ يُثْبِتُ بِنِعْمَهُ؛ وَهُذَا هُوَ مُرَاعَةِ الْخَلافِ.

ثُمَّ إِنَّ اِبْنَ أَرْفَةَ أَورَدَ عَلَى تَعْرِيفِهِ هَذَا اِعْتِرَاضًا مُفَتَرِضًا لِهِ:

وَالْعَتِرَاضُ هُوَ: لَوْ صَحَّ مَا قُرِّرَتْ مِنْ مُرَاعَةِ الْخَلافِ بِأَنَّهُ مُقَلَّدًا لَّاَزِمَ دِيْلِ الْمِدَالِلِ قَدْ أَسْتَعْمَلَ فِي نَقِيضِهِ دِيْلِ آخَرِ،

فَأَضَفَّ لَكِنَّ تَبْوَتَ مِلْزِمُ وَلاَ لاَزِمُ لَهُ؛ وَهُوَ بَاطِلٌ، إِذْ كَيْفَ يُجَدَّ مِلْزِمٌ وَلاَ لاَزِمُ لَهُ؟(١).

وَبِيَانُ الْمَلاَزِمَةِ: أَنُّ فَسْخُ الْتَنْكَاحِ مِلْزِمُ لِنَفْعِ الْمِيْرَاتِ، وَإِذَا

تَبْوَتَ الْفَسْخُ لَتَنْفِي الْمِيْرَاتِ؛ لَأَنَّ الْمِيْرَاتِ يُدِينُ عِلْفَ أَنْ تَبْوَتُ الْعَصْمَةِ،

وَفَسْخُهُ يُدِينُ عِلْفَ أَنْ تَنْفِيَهَا، فَقَدْ وُجِدَ الْمِلْزِمُ وَهُوَ الْفَسْخُ دُونَ لَا زِمِّهِ

وَهُوَ عَدْمُ الْإِرْثِ(٢).

وَأَجَابَ اِبْنُ أَرْفَةَ عَنْ هَذَا الْعَتِرَاضَ بِجِرَابِينَ:

أَنَا الجِرَابُ الْأَوْلَى: إِذَا سَلَّمْنَا أَنَّ الْمِلْزِمَ لاَ يُوْجِدُ دُونَ لَا زِمِّهِ، فَلاَ تَسْلَمْ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ مِنْ بَابِ إِثْبَاتِ الْمِلْزِمِ وَلاَ لاَزِمٌ لَهُ؛

وَإِنَّمَا هِيَ: مِنْ بَابِ نَفْعِ الْمِلْزِمِ مَعَ إِثْبَاتِ لَا زِمِّهِ، أَوْ مِنْ بَابِ

وُجُوبِ الْمَرَّى وَنَفْعِ الْمِلْزِمِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا مُغَايرُ لَمَا أَلْزِمَهُ السَّأَلَّ;

وَلاَ إِحَالَةِ فِيهِ؛ بِيَانُهُ: أَنَّ نَقِلْ إِنَّمَا ذَلِكَ مِنْ بَابِ نَفْعِ الْمِلْزِمِ عَلَى

(١) الرَّضِيعُ، شَرِحٌ حَدِيدٌ إِبْنِ عَرْفَةٍ ٢٦٥، الْوَنْشِرِيُّ، الْمُهْيَازُ الْمُغَرِّبُ ٦١٧٨/٢٧،

الْكَلَّافِيُّ، مِثْلُ أَصْوَلِ الْفَتْنَى٢٥١/٥٨.

(٢) المَرَايِعُ السَّابِقَةُ.
قول مالٍك ودليله؛ لأنه يقول بنفي صحَّة النكاح، وصحَّة النكاح ملزمَة للإرث، فلا يلزم من نفي ملزوم الإرث الذي هو صحَّة النكاح تقليد اللَازَم الذي هو الإرث، فما قال باعتبار مذهبه إلا بنفي الملزوم لا يثبوت الملزوم مع نفي اللَازَم؛ وباعتبار رُعى دليل المخالف في لاَزم ملموله وهو الإرث قد أثبت اللَازَم، ولا يُلزم منه ثبوت الملزوم (١).

أما الجواب الثاني: فإنَّ إثبات الملزوم مع نفي لازمه إلَّا هو باطل مطلقاً في اللوائح العقليّة، وأيضاً الطُنْبَة الجعلية فلا. فقد يكون هناك مانع يَمْسَح من ثبوت اللَازَم مع وُجود ملزومه، فلا يثبَت كموجِبات الإرث هي ملزومة له، وقد ينفي الإرث لمانع مع وُجود ملزومه شرعًا (٢).

والذي يُستَنتج من هذا التَّعريف ما يأتي:
أولاً: مراّعة الخلاف التي عَرَفَها ابن عَرْقَة تختصّ بما بعد الوقوع.
ثانياً: القول بمراعاة الخلاف ليس مراّعةً لأقوال، وإنّما هو مراّعة لأقوال الأقوال؛ إذ المجتهد في مراّعته للخلاف يُعمل دليّل المخالف لا قوله المُحْضَر.
ثالثًا: إعمال اللَّيل هو من مُهمَّة المجتهد؛ فتكون مراّعةً

(١) الرعاسي، شرح حدود ابن عَرْقَة ٢٦٥/١، الونشريسي، المعيار المُغرِب ٦/٣٧٨، اللطفي، منازل أصول الفتوى ٥٥٩-٥٨٣٨.
(٢) الونشريسي، المعيار المُغرِب ٦/٣٧٨، الرعاسي، شرح حدود ابن عَرْقَة ٢٦٥/١.
الخلاف من وظائف المجتهدين لا غيرهم؛ ومنه فإن اعتراض البعض على تعريف ابن عرفة في عدم بيانه لمن يتصلّى لعمال مراعة الخلاف هل هو المجتهد أو المقلّد: اعتراض غير وَجِيهٍ.

رابعاً: لم يرِد في تعريفه بيانَّ لطبيعة الدّليل المراعي، هل هو مُطلَق الدّليل أم يَشترط في هذا الدّليل أن يكون في منزلة من القوة. لكنه بين ذلك في سياق جوابه عن سؤال الشافعي، وقد تقدم نقلٌ نصّ قوله، ومُحصله: أنه يُؤهَّد من كلِّ من الدّليلين جهَة القوة فيه، فالقُوَّة في الدّليلين نُسبيَّان.

وقد نص بعض من جاء بعد ابن عرفة على أن الدّليل المراعي يشترط فيه القوة؛ قال الرَّجاح: "رَجَحَان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف"(3)؛ وقال عَليش: "أنَّ يُظْهَر له قُوَّة دليل مخالفه بالنصِّة للاَّزِم Moodle الذي أُعُلِّم في نقيضه دليلا آخر لقوته عنه بالنسبة له"(3). خامساً: من أهم ما يُلاحظ على تعريف ابن عرفة: قَضِرُّه مراعة الخلاف على الأخذ بلازم مُثلول المخالف. وهذا يعني أنه ليس من حقه: الأخذ بمثلول المخالف أو بعض مثُلوله. وهذا لا يصح، فإن كثيرا من الفروع الفقهية المؤسسة على رغبي الخلاف

(1) شرقون، مراعة الخلاف عند المالكية 44.
(2) الرصاع، شرح حدوت ابن عرفة 266/1.
(3) عليش، فتح العلي المالك 2/11.
أُخِذَ فيها بعد الوجوب بمثل المخالف كأيّة، أو بعض مَثله.
وقد ذَكَر ابن عرفة في مسألة الشُّغل أن مَثل المخالف هو عَدَم الفَسخ، ولازمه ثبوت الطلاق فيه، والمرات، فأخذ المالكية بلازم مِثل دليل المخالف ولم يأخذوا بمثله. وَيَبان عدم هذا القَضَر: أنَّ كثيرًا من العقود لا تُفسَّخ بعد الوجوب رَغيبة للخلاف، وعَدَم الفَسخ يَعْني الإضاءة، ومعناه الأخذ بمثل دليل المخالف كَله وبلازمه، وسياطيًا زِيان لبعض الأمثلة في الإضاءة بعد الوجوب.
لذلك كان من الصَّواب أن يُقال هو الأخذ ببعض مثِل دليل المخالف أو بمثله كأيّة. ويدخل في مفهوم المثل: لأَمِيه.
التعريف الثالث:
وَعِرف أبو العباس القَبَّابُ مراعاة الخلاف في جوابه الأوَّل الذي يَعْتَبه إلى الشافعي: "حُقَيقة مراعاة الخلاف: هو إعطاء كلٌّ واحد من الثَّليلين حُكَمته"(١).
ثم ضَرَب لهذا التعريف مثالًا يُوضَّح به مفهومه: وهو قول المالكية في النِّساح المختلف في فساده أنَّه يُفسَّخ بِطلاقِ فيه الميراث؛ فقد زُوِعِي الخلاف بترتب الميراث وضَرورة الطلاق لحلٌ ميثاق الرَّوجبة، واَعْتَبُر مع ذلك فَشخ(٢).
فَحْاَصِل معنى قوله: "إعطاء كلٌّ واحد من الثَّليلين حُكَمته" أنَّ المجتهد يقول ابتداءً بالثَّليل الذي يراه أرَجح، ثم إذا وقع العمل

١) اليوشريسي، المعيار المعرِّب ٣٨٨/٦.
٢) اليوشريسي، المعيار المعرِّب ٣٨٨/٦.
على مقتضى الدليل الآخر راغباً ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة؛ فهو توسعت بين موجب الدليلين (1). ثم ببسط القيبَاب تعريفه وأبان عن مُراده منه بما حاصِله:

أنَّ الأدلّة الشريعيّة تأتي على أحد سبلين:
الأول: ما طهرت فيه قوة الدليل، حيث يُجزم الناظر فيه بأحد الدلائلين والعمل بإحدى الأمورتين؛ فها هنا لا وجّه لمراعاة الخلاف ولا معنى له (2).

الثاني: من الأدلّة ما يقْوَى فيها أحد الدلائلين، وتترجّح فيها إحدى الأمورتين قوةً ما، ورُجَّحانًا لا ينقطع معه تردُّدُ النَّفس وتَشُوَّفها لمقتضى الدليل الآخر- فها هنا يُحسَن مَراعةُ الخلاف، يقول مالك ويعمل ابتداءً على الدليل الآخر، لمقتضى الرُّجحان في غلبة ظنِّه. فإذا وقع عقَد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يمسح العقد ولم يبطل العبادة؛ لوقوع ذلك على مُؤمَّفة دليل له في النَّفس اعتبارًا، وليس إسقاطه بالذي تشرح له النَّفس (3).

والتي يُستنجُ من تعرف القيبَاب:
أوّلًا: هذا تعرفُ ابن عبد السلام التونسيٌّ، مع حدّه لقول ابن عبد السلام: "مع وُجود المعارض"، والإبقاء على هذا القيبِ أجدود؛ لأنَّ فيه دلالات على أنَّ هناك دليلاً أصليًا في المسألة ودليلاً

(1) الوشرعي، المعيار المعرف 388/6
(2) الوشرعي، المعيار المعرف 388/8
(3) الوشرعي، المعيار المعرف 388/6
مَعَارِضًا له، وهو دليل المخالف.
ثانياً: لم يُبيِّن التَّعريُف المحلَّ الذي يكون فيه إعمالٌ مراَعاة الخلاف. نعم، لقد أباَن في شرحه للَّتَعريُف هذا المحلَّ وهو بعد الْوَقْوع؛ لكن كان الأوَّلِ ذُكرُه في التَّعريُف.
ثالثاً: ذَكَر في سياق نصّه: أنَّ المعتَبِر في الدُّلَّيل المنظور إليه في رَغِي الخلاف، هو الدُّلَّيل القوى، دون الدِّيغَي منه.
وَما قِيل في تعريف ابن عبد السّلاَم يُسِحب على تعريف أبي العيَّاس.
الَّتَعريُف الرَّابع:
قال السَّائطي في سياق ذكره لمراعاة الخلاف: «وَوَجَهُه أَنَّهُ رَاعٍ دَلِيل المخالف في بعض الأحوال؛ لأنَّه ترجع عنده، ولم يترجَّح عنده في بعضها فلم يراعيه»(1). فِيوَجَهُ من بيان السَّائطيّ لوجه مَراَعاة الخلاف أن مراَعة الخلاف عنده هي:
«اعتبار المجتهد دليل المخالف في بعض الأحوال التي ترجَّح فيها عنده».
والذي يُستفاد من فهم مَراَعة الخلاف الذي قَنَعه السَّائطي ما يلي:
أوَّلًا: مَراَعة الخلاف ليس اعتبارًا للخلاف ذاته؛ وإنَّما هو أخذ بمقتضى الأدلة الراجحة.
ثانياً: إعمالُ دليل المخالف يكون في بعض الأحوال لا في

(1) السَّائطي، الاعتصام 2:145-146.
كلّها؛ وإلّا كان تركّا للدليل الأصلي بالكليّة؛ غير أنّه لم يُبيّن هذه
الأحوال التي يكون فيها إعمال دليل المخالف.
ثالثاً: معيار الأخذ بدليل المخالف هو قوته في أحوال معيّنة.
رابعاً: لا ينطّال إنى مفهوم مراوعة الخلاف الذي قلدّه الشاطبيّ
يصلّى على مفهوم الجمع بين الأدلّة المختلفة؛ لأنّه يجاب عنه:
أنّ الجمع يكون عملا بالدليلين في كلّ الأحوال؛ لا في حالات
خاصّة؛ وهذا خلاف ما عليه في مراوعة الخلاف.

التعريف الخامس:
قال الحجوي: "وتفقدّم لنا في الاستحسان… أنّ مراوعة
الخلاف من الاستحسان ليس بقياس عليه؛ لكنّ أبو محمد (أي:
صالح الذي نقلّ عنه الفقيه راشد أدلّة مالك) رأى أنّ الاستحسان
الأخذ بأقوى الدلائلين، ومراوعة الخلاف أخذ بهما معًا من بعض
الوجوه"(1).

لم أجدّ هذا النصّ عن أبي محمّد؛ فالنص المشهور عنه الذي علّد
في الأدلّة التي بني عليها مالك فإنّه لم يفسّر فيه مراوعة الخلاف؛
قال: "… والخامس عشر الاستحسان،.. واختلف قوله في السابع
عشر وهو مراوعة الخلاف؛ فمرة يقول يراجعه ومرة لا يراجعه"(2).
والظاهر أنّ الحجوي لمّا رأى أبا محمّد غايّر بين الاستحسان

(1) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي / 1455/1
(2) الشريعي، الفواكه الدواني / 123/1، النسائي، البهجة في شرح التسهّل / 250/2،
الوزاني، المعيار الجديد / 93/1، الحجوي، الفكر السامي / 1455/1.
وبين مَراَعَة الخلاف، التَّمْسَحَ وَجْهَ الفرق بينهما، فَخْرَجَ بالفرق، ليس على أنه من كلام أبي محمد. وتفسيره لمَراَعَة الخلاف أصله لابن عرفة حين قال: «... بينًا أنه إعمال للدليله من وَجِهَ هو فيه أَرْجَحُ، وإعمال دليل غيره فيما هو عنده أَرْجَحُ. ... والعمل بالدليلين فيما كلُّ واحده منهما هو فيه أَرْجَحُ، ليس هو إعمالاً لأحدهما وتركًا للآخر، بل هو إعمال للدليلين معًا»(1).

ومع هذا، فإن هذا الفرق المذكور ليس باليِن؛ إذ الجمع بين الأدلة هو أخذ بالدليلين معًا من بعض الوجوه.

مَرْتَكَزات مفهوم مَراَعَة الخلاف:

يَظهِر مما سبق مما سيأتي أن مَراَعَة الخلاف تَحْتَمَل مَراَعَة الخلاف قبل الوقوع (وهو الخروج من الخلاف)، ومَراَعَة الخلاف بعده. والخروج من الخلاف مما أُتِفَتت المذاهب عليه في الجملة.

على خلاف مَراَعَة الخلاف بعد الوقوع، فهو وإن وَجِدَ بعض آثار اعتباره في بعض المذاهب، فإن المذهب المالكي أكثر المذاهب تَعوُّيلاً عليه وبناء النفس على أساسه، وهم الذين اعتنوا بتأصيله.

وليس في الخروج من الخلاف كبير إشكال(2)، خاصًا إن نظر إلى الإشكال الوارد في مَراَعَة الخلاف بعد الوقوع. لذلك فإن هذه

---

(1) الونشريسي، المعيار المعرب 6/379.

(2) على أن المالكية أوردو إشكالان على، انظر مثلًا: الفروق للقرافي، مع حواشيه لابن الشاطر. وكذلك ما ذكره الأبواري فيه (تَمْسُح) عمه الرازي في البحر المجتهد، وابن عاشور في حواشيه على شرح التأويل. وانظر الإشكال كذلك في سواءات الشاطبي لابن عرفة (المعيار المعرب).
الدراسة ستُولى الاهتمام بمُراعة الخلاف بعد الوقوع.

وبعد عرض هذه التَّعريفات والتَّقريبات لمفهوم مُراعة الخلاف عند المالكية، أنتهي إلى استخلاص مُرتكزات هذا الأصل عند المالكية:

أولًا: مُراعة الخلاف هو تمشُكٌ بالأدلة وعمل بها، وليس من مفهوم اعتبار الخلاف ذاته.

ثانيًا: المعتبر في دليل الخلافي أن يكون قويًا، فلا يُراعى كل دليل. وِلِحْظ أن القوة والضعف مختلفة بحسب الحال، أعني: أنَّ الدَّليل الأصلي كان هو القوي قبل الوقوع، أمَّا بعد الوقوع فقد صار دليل المخالف هو الأقوى لاعتبارات سبأتي دراستها فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

ثالثًا: مَحلُ إجمال دليل المخالف هو بعد الوقوع حيثُ يُترجَح دليله على الدَّليل الأصلي.

رابعًا: مُراعة الخلاف ليس فيه ترك للدَّليل الأصلي بالكليَّة، إذ يُؤخذ بهذا الدَّليل قبل الوقوع. كما أن المأخوذ به من كل دليل المخالف بعد الوقوع يَختلف. فقد يُؤخذ بِمَدَلوله كله، وقد يُؤخذ بعض مدلول دليله. وسأتي بِتِنَان وَجه الاختلاف في درجة إعمال دليل المخالف؛ إن شاء الله.

خامِسا: مُراعة الخلاف وظيفَة المجتهد؛ إذ الأخذ بالأدلة والنظر في قوَّيَّها وصعبها ليس من مهام المقتَدِنين.

ساوَا: الفرق بين مُراعة الخلاف وبين الجمع بين الدَّليلين:
أنّ القول النّاتج عن الجمع بين الدّليلين يُوحّد به في كلّ الأحوال؛
أما في مراّعة الخلاف فهو إعمال لدليل المخالف في بعض ما كُلّ
عليه في حالة بعد الوقوع.

التّعرف المختار لمراعاة الخلاف:
وإذا انتهينا من إبراز مُركّزات مفهوم مراّعة الخلاف، نأتي إلى
إعطاء تعريف يكون أدنى إلى حقيقة هذا الأصل، وأقربٌ من
مَضْمَونه الذي قالت به المالكيةّة؛ ومنه فإنّ مراّعة الخلاف عند
المالكية هو:

"عمل المجتهد بدليل المخالف في مثّله أو بعّضه، في حالة
بعد الوقوع؛ لتّرجّح على دليل الأصل".

قوله: "عمل المجتهد" فيه لحظ للمرتكز الخامس.
قوله: "دليل المخالف" فيه لحظ للمرتكز الأوّل.
قوله: "في مثّله أو بعّضه" فيه اعتبار للمرتكز الرابع.
قوله: "في حالة بعد الوقوع"؛ فيه ملاحظة للمرتكز الثالث
والسّادس.

قوله: "لتجّرح على دليل الأصل" فيه اعتبار للمرتكز الثاني.
اللفظ ذات الصلة بمراعاة الخلاف

لمراة الخلاف معنيان في إطلاقات العلماء:
الأول منهما: مراة الخلاف قبل الوقوع، وهو ما يعرف كذلك بالخروج من الخلاف. وإطلاق مراة الخلاف على هذا المعنى مشهور عند المذاهب الأخرى. فالأسقُ في إطلاقاتهم لمرعة الخلاف أنهم يقصروُون إلى معنى الخروج من الخلاف. والمالكيَّة يشلون مراة الخلاف على المفهوم العام للشافع، للمخرج منه البداية، ومراعاته بعد الوقوع. ويضيهم يخصه بمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

ومعنى مراة الخلاف قبل الوقوع:
أن يفرَّيعي المجتهد خلاف الغير في أصل الحكم المتبتِ، الذي كان إليه اجتهد المجتمع، فيعتبر قول غيره لمَّا في ذلك من تحقيق جانب الوزر والحيطة للذين: فهو يُتوضع في قوله الذي ينتهي إليه

1. الزركشي، المتواتر، 2/130، 133، زكريا الأنصاري، شرح البهجة 17/157، البeye، محلة الحاج 3/403، الرياضي، مطلوب أولي النهى 5/468، ابن نجيم، البحر الراقي 1/402.
2. انظر أمثلة في إطلاق مراة الخلاف على الخروج منه: الفراوي، الفواكه الدولي 1/191، 197، 296، 277/3، 277، 206، القوافي، الحاشية 1/270، 2/227، 309/1، 118، الدودي، الشرح الصغير 1/94، الصاوي، بلغة السالك.
بالخروج من الخلاف؛ فمثلًا: في مسألة أسلمه النظر فيها إلى حكم الإباحة، وخلافه غيره مُستنداً إلى دليل له اعتبار في النظر فقال بالحورمة؛ فبمعنى النظر والحيدة فإنَّه يخرج من الخلاف ويحترس للذين يشتبهون، بأن يتوسط في القول ويقول بالكراهة في المسألة. وكذلك الشأن في مسألة أداة فيها اجتهاده إلى الإباحة، وحولُه بدليل له في النظر موقع معتبر دل على الوجوب؛ فاستنادًا إلى الخروج من الخلاف يقول هو ابتداءً بالاستجواب (1).

أما المعنى الثاني لإطلاق هذا المصطلح: فهو مراعاة الخلاف بعد الوقوع، وهو المراد في بحثنا هذا.

ولقد كان لهذا التعبير في الإطلاقات أثر في تنصيل كلام بعض الأشخاص على خلاف المراد الذي عنده، والمقصد الذي راموه، فبعضهم لم يتناول بالبحث مراعاة الخلاف جعل يسرد أقوال وشروع المذهب الشافعي لأخذ بمراة الخلاف، وجعل يطبق تلك السروع والأقوال على مراة الخلاف التي قال بها المالكيّة؛ والأمر ليس على هذا النحو؛ إذ لم يحدث الخروج من الخلاف يختلف اختلافًا مًا عن مبحث مراة الخلاف على اصطلاح المالكيّة الخاص.

ومعنى مراة الخلاف بعد الوقوع:
أن الاجتهاد الأولي للمجتهد أداه إلى حكم معيّن؛ لكن الفعل بعد وقوعه نسباً عنه بعض الملبسات التي استذاعها إعادة النظر في

(1) السنوسي، مراعاة الخلاف 260.
أدلّة المسألة؛ لمكان اختلاف المُلبَّسات التي لها موقع في تشكيل صورة المسألة؛ وإذا اختُفت صورة المسألة عن الصورة الأوّلية لِنَمّ أنّهُ يستَنفّ لهَا الاجتهاد، وعلى إِنَّهُ المجتهد يُسلّط نَظرة في المسألة الجديدة مع لِحظ دليل المُخالف وما نَشأه حال التَّطبيق من آثار ومُلبَسات تكون مُعتبرة في التَّرجيح والنظَرّ (1).

وفي ضمن سُؤالات الشَّاطبي لبعض أئمة أهل المغرب وإفريقية، سُؤالان: أحدها عن مراَعة الخلاف، وآخر عن الخروج من الخلاف. وفي ذلك ما يُدلّ على الخلاف بين المَسلَكِين. لكنّ مما يُتبّه عليه أنه قد يَقع في كلام كثير من المالكية ما يفهم منه أنّ مَراَكِمهم من مِراَعة الخلاف ما هو شَاءٌل لْرَغّي الخلاف بمَعناه الخاصّ، وللخروج من الخلاف. فيكون هذا إطلاقٌ إطلاقاً عاماً، لمصطلح مراَعة الخلاف. وسببُ هذا إطلاق الشَّاهِل للمَعْتَمِنِين: أنّ كلا من المَسلَكِين لهما ظهَرٌ أَفْقٌ، أهمّها: تَرْكَ مُقتضى الدَّليل الراَجِح في المسألة، نَظراً لِلاختلاف. وهذا الدَّليل مَشْترِك في كلّ من المَسلَكِين. لكنّ التحقيق أنّ هَنالك خلافاً في مُقتضى التَّرك، بما يَجعل المَسلَكِين على تَشايٍه بينهما، مُختلِفين، والأصل فِيْمَن أُنْكرَ الخروج من الخلاف، أنه مُتَكَّرِ لِمراَعة الخلاف بمعناه الخاصّ.

ووجوه الفرق بين الخروج من الخلاف وبين مِراَعة الخلاف

(1) السنوسي، مراَعة الخلاف 1368.
أوْلاً: يَتَلَفَّان من حيْثُ الحكم؛ فالخروج من الخلاف حكمه الاستحباب؛ لأنه من الْوَرْعُ. أيَّما مُراَعَاة الخلاف فحكمه الوجوب؛ لأنه عملٌ بمقتضى الْتَلَلِّيل الْرَافِعٌ؛ واتباعه واجب.
ثانيًا: مُذْرَكُ العمل بالخروج من الخلاف هو الْوَرْعُ؛ أمَّا مُراَعَة الخلاف فهو اتِبَاعُ الْتَلَلِّيل الْرَافِعٌ. على أنَّ الاحتياط من المعاني التي تُلْحَظ في بعض ما يُؤسَّس عليه مُراَعَة الخلاف بعد الْوَقِعِ.
ثالثًا: الخروج من الخلاف يَفْرَضُ في حالة ما قبل الْوَقِعِ، أمَّا مُراَعَة الخلاف فبعد الْوَقِعِ.
والنَّيْنَيَا في هذا الموضوع هو مُراَعَة الخلاف بعد الْوَقِعِ.

***
الطلب الثاني

حجية أصل مراجعة الخلاف في المذهب المالكي:

الفقرة الأولى

مراجعة الخلاف أصل من أصول المذهب

مراجعة الخلاف أصل من أصول المذهب المالكي، نصّ عليه غير واحد من أئمة المذهب، وجعلوه من قواعد المذهب وأصوله التي بنت عليها مالك وأصحابه كثيرا من الفروع الفقهية؛ ومن هذه النصوص التي نسب فيها المالكيّة هذا الأصل للمذهب المالكي:

قال ابن رشد الجند: «...مراهقة الخلاف، وهو أصل في المذهب»(1)، وقال: «...ومن مذهبه مراهقة الخلاف»(2)، وقال في نوازه: «مراهقة الخلاف أصل من أصول مالك»(3).


(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/157. وابن رشد يجري على الاصطلاح العام لمراهقة الخلاف.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/255/1.
(3) ابن رشد، المسائل 2/1073.
(4) المقرئ، القواعد رقم 12.
وقال الشافعي: «.. مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في منهب مالك يثبتني عليه مسائلٌ كثيرة»(1)، وقال بعد سؤله لبعض الأمثلة من مراعاة الخلاف في المذهب المالكي: «وهذا المعنى كثير جدًا في المذهب»(2)، وقال الشافعي في السؤال الذي وجده لبعض أمثلة المغرب وإفريقية: «إن مالك وأصحابه -رحمهم الله- يجري كثيرًا في فتاواهم ومسائلهم مُراعاة الخلاف، ويتبون عليها فروعًا حجة (كذا)»(3)، ويعلل به شيوخ المذهب الشافعيون له أقوال مَنْ تقدَّم من أهل مذهبهم من غير توقف، حتَّى صارت عندهم لاunday مُدرَّسي الفقهاء قاعدة مبنيًا عليها، وعمدة مرجعًا إليها»(4).

وقال الشافعي بنَّاناني: «.. مراعاة الخلاف.. هو أصل في المذهب، ومن ذلك قولهم في النَّكاح المختلف في فساده: إنَّه يُفسِّخ بطلاق وفيه الميراث؛ وهذا المعنى أكثر من أن يُحصَّر»(5).

وقال النسولي: «.. من جملة ما بَنَّى (أي: مالك) عليه مذهب مُراعاة الخلاف؛ فتارًا يُراعيه، وتارًا لا يُراعيه»(6).

وقد عِدَّ أصل مراعاة الخلاف من محاور المذهب المالكي، قال القبَّاب في جوابه عن استشغالات الشافعي: «فاعل أن مُراعاة

---

(1) الشافعي، الاعتصام 145/3
(2) الشافعي، الاعتصام 146/2
(3) لعله: جَمَاعة.
(4) الوقشري، الميعار المغرب 367-366/1511
(5) الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 151/1
(6) النسولي، البهجة في شرح التحفة 20/1
الخلاف من محاصل المذهب؛
وكم من عادة قولًا صحيحًا واقته من الفهوم السُقيمَيْنَ) (1).
وعَزى أبو العباس الفَّرطبي لِمَالك، قال: «... ولِذلك رَعَى مالك الخلاف») (2).
ومن عَلَماء المذهب المالكي مَن جَعِل مُرَاعاة الخلاف فَرَعًا مِن قُروع الاستحسان وَشُعبة مِن شعباه؛ ومن هؤلاء الذين اعترفوه من قَبِيل الاستحسان: ابن رَشِد، قال: «وَمَن الاستحسان مُرَاعاة الخلاف، وهو أَصِل في المذهب») (3)، وقال في شرَحه لبعض مسائل «المستخرجة»: «... وَهَذَا القول هو القياس على المذهب؛ لأَن مُرَاعاة الخلاف إنَّما هو استحسانٌ...») (4).
وَقَد خَرَج أبو العباس القَبَاب مسألة مُرَاعاة الخلاف على أَصل الاستحسان في الجواب النَفَائِي الذي بَعث به للشَّاطبي؛ وَنَقَل الشَّاطبي هذا الجواب في كتاب «الأعتصام» وَجَعَل ما وَرَد في كلام القَبَاب من أَدْلَة على أَصل الاستحسان؛ قال القَبَاب مُعَلِّقًا على إشكالات الشَّاطبيَّ: «وَكلها إِيرادات سَليمة، صادرة عن قريحة قياسية مُبكرة لطريقة الاستحسان. ولِقد ضَافَت العبارة عن

(1) الروعشري، المعيار المغربي ۱۳۸۸/۳۸۱. والبيان الموجه، في آيات متعلمه:
إذا غامرت في شرف مُرَوم فلا تتزع بما دون النُجُوم
(2) الزركشي، البحر المحيط ۸/۳۲۱. لكن لم يست على ثقة من أن يَريد من مُرَاعاة
الخلاف مفهومه الخاص؛ فلعله يقصد الإطلاق العام الشامل للمسلمين.
(3) ابن رشد، البيان والتحصيل ۴/۱۵۷/۱۵.
(4) ابن رشد، البيان والتحصيل ۳۵۴/۱۵.
معنى أصل الاستحسان... حتى قالوا: أصح العبارة فيه أنه: معنى
ينتقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه! فإذا كان هذا أصله
الذي مرجع فروعة إليه، فكيف ما يُتبني عليه؟ لا بد أن تكون
العبارة عنه أرضي! (1). فترى كيف جعل مراعاة الخلاف تبني على
الاستحسان، وعد الاستحسان أصلا لمراعاة الخلاف.
وقال الشافعي: بعد أن سبق الجواب بأكمله: "انتهى ما كتب لي
به؛ وهو بِشْتِ أُلُّة شاهدة لأصل الاستحسان" (2).
وقال الشافعي في "الاعتصام": "قالوا إن من جملة أنواع
الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، ..." (3).
وقال التَّسْوِيَّة عن مراعاة الخلاف: "وذلك كله راجع إلى تقديم
الاستحسان على القياس" (4).
غير أنَّ عدَّ مُراَعَاة الخلاف من شعاب الاستحسان وفروعه
يُعارض ما عليه كثير من عُلماء المذهب من التثبيت بين الأصليين
والُّمَخاِينة بينهما، والتثبيت والمغيرة تقضي أنَّ بين الأصليين فروعا
واختلافا؛ إذ لو كانت مُراَعَاة الخلاف ممَّا لا تُخالَف أصل
الاستحسان في شيء، لم كان للتثبيت بينهما من وَجُه. ويستدعي
هذا المقام أن يُوقف وقفة مقارنة بين الاستحسان وبين مراعاة

(1) الشافعي، الاعتصام 80.
(2) الشافعي، الاعتصام 81.
(3) الشافعي، الاعتصام 86.
(4) التَّسْوِيَّة، البهجة في شرح التحفة 20/1.
الخلاف.

وبعد النظر تحرَّر لي أنَّ بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف

وجوهًا من الوقَف، ووجوهًا من الخليف:

أوْجَه الاتفاق:

أوَّلَا: ابناَءُ مُراَعَة الخلاف والاستحسان على اعتبار المال.

ثانيَّا: يُشترَكُان في عَدَم العَمَل بدليل الأصل في بعض

مُقَتَضَياته.

ثالثًا: يُشترَكت كُلُّ من الأصلين في المقتضيات الحاملة على

الأخذ بهما، فهي من حيث العُموم مَشترَكة مُشَابهةً. إذ المعاني

المصطلحية هي أساسُ اللّجأ إلى أصل الاستحسان، والأمرُ نفسه

بالنسبة لـمَراَعَة الخلاف، فكثيرًا ما يكون سبب العَدَول عن بعض ما

دُلَّ عليه البَلَل الأصلي في المسألة، هو معنى من المعاني

المصطلحية المعبرة.

أوْجَه الإفْتِرَأَب:

أوَّلَا: يُشترَط في مُراَعَة الاستحسان أن يكون دليلَ الأصل

الذي كان منه الاستحسان دليلاً عامًا أو قياسًا متعليِّبًا، وهذا غير

مُشترَط في مُراَعَة الخلاف، فقد يكون دليل الأصل دليلاً خاصًا.

ثانيَّا: وينبُوِي على الفرق الأوَّل أنَّ الاستحسان يقوم على أساس

الاستثناء؛ فالاستحسان هو استثناءً من البَلَل الأصلي بديل

الاستدلال المُرسِل. أمَّا مُراَعَة الخلاف، فليس فيه معنى

الاستثناء؛ لأنَّ حقيقتُه تُركَّ لـمَقتَضَى البَلَل الأصلي في حالة بعد
الوَقْعَةُ لِمَا تُرِتَّبَ عَلَيْهِ الْوُقْعَةُ مِنْ آَمَارٍ أَنْتَجَتْ إِعَادَةَ الْنَّظَرِ فِي
مُقْتَضِيَ الأَذِلَّةِ، بِحَيْثَ أَفْضَى هَذَا النَّظَرِ إِلَى تَرْجِيحِ دِلِيلِ المَخَالِفِ
فِي بَعْضِ مُقْتَضِيَاتِهِ عِلْيَ دِلِيلِ الأَصِلِ.
ثَالِثًا: الدِّلْلَهُ الَّذِي يُعْلَدَ إِلَيْهِ فِي الْإِسْتَحْسَانِ هُوَ الْعَسْدَلُ
الرَّسُولُ فِي الْعُمُومِ الأَلْغَبِ عِنْدَ الْمَاكِيَّةِ. أَنْفِمُ مُرَاعَةُ الْخَلَافِ
فَالْدِلْلَهُ الَّذِي يُعْلَدَ إِلَيْهِ لِيِسَ مَسْلِحَةً فَقْطًا، بَلْ قَدْ يَكُونُ كَلِيلًا مِنْ
الْأَخْبَارِ أَوْ الأَقْبَاةِ. وَنَعْمَ، لِلْمَسْلِحَةِ الْمَعْتَبَرَةِ شَرْعَاً أَثْرَى مُحْرِرِيْ
فِي تَرْجِيحِ دِلِيلِ المَخَالِفِ فِي بَعْضِ مُقْتَضِيَاتِهِ عِلْيَ دِلِيلِ الأَصِلِ.
إِذَا ثُبِتَ أَنَّهَا فَرُوْقًا بَيْنِ الأَصِلِّينَ، تَرْجِيحُ الْشَّرْقَةِ بَيْنَهُمَا،
وَعَدُّ كُلٍّ مِنْهُمَا أَصِلًا مُّقَرَّرًا مِنْ أَصُولِ المَذْهِبِ. وَيَبْهَ يُظْهِرُ تَرْجِيحُ
مِنْ أَفْرِدٍ مُّرَاعَةُ الْخَلَافِ بِكُونِهِ أَصِلًا مُّسْتَقِلًا. وَلَعَلَّ وَقَهُ عَدْ
مرَاعَةُ الْخَلَافِ مِنْ قَبِيلِ الْإِسْتَحْسَانِ هُوَ الْتَشَابِهُ بَيْنِ الأَصِلِّينَ فِي
تَرْكُ مُقْتَضِيَ الدِّلْلَهُ الأَصِلِّيْ فِي مِحلٍّ اْقْتِضَى الْتَّرِكِ.
وَلَعَلَّ مِنْ أَسْبَابِ عَدْ مِرَاعَةُ الْخَلَافِ مِنْ فُروْعِ الْإِسْتَحْسَانِ، هُوَ
tَفْسِيرُ الْعَالِمُ الَّذِي فَسَرَ بِهِ مَفَهُومٍ الْإِسْتَحْسَانِ؛ بَأْنِهُ عَمَّلَ بِأَقْوَى
الْدِلِيلِينَ; فَلَوْ أَخْذَ الْإِسْتَحْسَانُ عَلَى هَذَا الْمَفَهُومُ لَكَانَتْ مُرَاعَةُ
الْخَلَافِ مَمَّا يَنْدِرُ مَفَهُومٌ ضَمْنِ مَفَهُومِ الْإِسْتَحْسَانِ؛ لَآَنَّ مُرَاعَةُ
الْخَلَافِ عَمَّلَ بِوَجْهٍ مِنْ كُلِّ دِلِيلٍ فِي مِثْلِهِ قَوِّيٍّ فِي بَعْضِ مُقْتَضِيَاتِهِ.
الفرع الثاني

شُوَاهِدٌ من فقه مالك وتلامذته على الأخذ بمراعاة الخلاف:

ومن أمثلة مُراعاة الخلاف: قولُهم إنّ الماء اليسير إذا حُلت في النجاسة اليسيرة، ولم تَغيِّر أحدٌ أوّصافه - إنه لا يتوضَّا به ويتيَّم ويتكره؛ فإنّ توضَّا به وصلَى، لم يُبعد إلا في الوقت، مُراعاة لقول مَنِ رأى طاهراً، وبيِّح الوضوء به ابتداءً. وكان القياس على أصل قولهم أنّ يُعيد أبداً؛ إذ لم يتوضَّا إلا بما يُصحُ له تركه إلى التيمَم (1).

ومن أشهر الأمثلة في أخذ المالكيَّة بمراعاة الخلاف: حُكمُهم في الأنظمة الفاسدة المختلفَ فيها: فقد قال المالكيَّة بأنّ ما كان على هذه السَّاكلة فإنه تَبَت فيه الميراث وأنّ الفسخ يكون بطلاق.

ومَتَضَلَّع دليل الفساد يوجب أن يكون الفسخ دون طلاق، وأنّ لا يَبَت معه ميراث؛ إذ لا يوجد لموجِه من قيام الزُّوجيَّة الصحِحة؛ ولكن اعتبر المالكيَّة الخلاف في المسألة لفُؤاد دليل المخالف فيه، فقالوا بعض مَتَضَلَّع دليله في الفسخ بالطلاق وإثبات الميراث (2).

قال ابن القاسم في «المدونة» في مسألة جارية على هذا:

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 157/4، الحطاب، مواهب الجليل ٧٠/١، الخرشي، شرح مختصر خليل ١/٧٥-٧٦.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل ٤/١٥٧.
المنوال: «...وهو أمر قد اختُلِف فيه أهل العلم في الفسخ والتحك، فأراه يكاح أبدا يتدور팬 حتى يفسخ لما جاء فيه من الاختلاف؛ وكلما كان فيه اختلاف من هذه الوجوه فما اختلاف الناس فيه، فإن الممّاراث فيه حتى يفسخه من رأى فسخه. ألا ترى لو أن قاضي ممن يرى رأى أهل الشرق، أجاؤه قبل أن يدخل بها وفرض عليه صداق مثلها، ثم جاء قاضٍ ممن يرى فسخه ولم يُكن دخل بها، لم يفسخه لما حكم فيه ممّن رأى خلافه؛ فلو كان حرامًا لجاز لمن جاء بعده فسخه. فمن هنالك رأيت الممّاراث بينهما، وكذلك بلغني عن مالك». ـ(2)

ففي هذا النص الجليل يُبرّر ابن القاسم فيه أن الحكم بثبوت الممّاراث إنما كان لما أُثير من خلاف في بعض أهل العلم ـ(3) والمسائل المختلف فيها التي لا يَجزمُ فيها بالحكم لا تعامل معاملة المسائل التي لا اختلاف فيها.

ومنهب المالكيّة أن النِّكاح المختلف فيه ممّا يلحق فيه الخلاف من المطلق إن طلق قبل الفسخ، ويومن الفسخ تطليقة قال ابن القاسم: «...فأما ما اختلاف الناس فيه حتى يأخذ به قوم ويكرهه قوم، فإن المطلق يلزم ما طلق فيه... ويكون الفسخ فيه عندي ـ(1)

واريد بالله الشرق أو أهل العراق: أهل العراق؛ وهذا الاصطلاح كان شائعًا في القرون الأولى.

(2) سكونه، المدونة 2/169.
(3) على أن في ذلك خلافًا في المذهب، مأخوذ من الخلاف في روايات المدونة.
لا صحونا المدونة 2/121.
(2) صحونا، المدونة 2/121-120.
(3) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/157.
وكثيرًا ما كان يُراعي ابن القاسم خلافًا أهل العراق؛ وهذا معلوم
من تَتَبع الفروع الفقهية المبينة على أسس هذا الأصل؛ وابن القاسم
كان مُطلعا على كثيرٍ من مذاهب أهل العراق وخلافهم لأهل المدينة،
بل إنّ «الملوية» التي هي عَمَدة المالكيَّة في مذهبهما أصلها أُسَلَّة
اجتيلها أسد بن الفُرات من العراق، ثمَّ سأل عنها ابن القاسم، فاجابه
بمنذهب مالك أو بالقياس على مذهبه؛ ثمَّ أعاد سحنون سؤال ابن القاسم
عن المسائل التي تضمنتها «الأسدية» فحرَّر ابن القاسم الأجوبة
عليها، وتفاقي ما وقع له في الأجوبة عن سؤالات أسد بن الفُرات من
زملة أو عدَّم تحرير؛ فكانت بين ذلك كُتبُ المدونة والمختلطة(1).
قال ابن رَشِيد المجد: «... ابن* القاسم... كثيرًا ما يَميل إلى
مذاهبهم - أي: مذاهب أهل العراق - في مسائِله، ويُراعي أقوالِهم
فيها»(2).

(1) عياس، ترتيب المدارك 1/469-473. ومناسبة التسمية: أنَّ هذه المسائل كانت
مختلطة غير مربَّية ولا مُهلِّبة، فُسْرَع سحنون في ترتيبها وتبيينها وتذيلها ببعض الأثار
من مَوْطِئ ابن وهب وهو غير رواية لموطئ مالك، ومن غيره، فهُدِّه ودُوَّن كُتبٌ من
كتابه، وَتَكَّيَّ الكتاب في كتب منه على أصله من الاختلاط؛ فسمَّى الكتاب كله
بالمدونة والمختلطة: فالمدونة الجزء المُهلِّب، والمختلطة الجزء الذي لم يُرَبِّه
سحنون؛ ثمّ أقصى على إطلاق «المدونة» على الكتاب كله اكتفا باول عُرُن المكتاب.
(2) ابن رَشِيد، البيان والتحصيل 2/171. قال ابن تيمية: «معْلُوم أنَّ «المدوَّنة» ابن القاسم
أصلها مسائل أسد بن الفرات التي فَرَعها أهل العراق، ثمَّ سأل عنها أسد ابن القاسم،
فأجابه بالنقل عن مالك وتارة بالقياس على قوله، ثمّ أصلها في رواية
سحنون؛ فلهذا يُقَع في كلام ابن القاسم طائفة من المثل إلى أقوال أهل العراق،
وإن لم يكن ذلك من أصول أهل المدينة». مجموع الفتوى 2/386-372/20. ونظر=
الفرع الثالث
موقف المالكيّة من مراعاة الخلاف بعد الوقوع

بعد أنْ تقرر أن مَراَعَة الخلاف من أصول مذهب مالك في غلبه، ومن القواعد التي جرت عليها فروع متكررة في مذهبه - فإنّا نأتي على بيان مُدلل قبول المالكيّة لأصل مَراَعَة الخلاف، أو ردّهم له، واعترافهم على الاحتجاج به، والاستناد إليه، والتعويل عليه.
والمنتبِع له هذا المسألة يبيّن له أن هذا الأصل كان مشار اهتمام كثير من علماء المذهب، بين مُستشكل له في مفهومه، ومضمونه، ومُدركه، والشَّروط المعتبرة في الأخذ به، وضابط ذلك؛ وبين ناصر له، وشُتّب لحجيته، وقوّة مُدركه الشُرعي. فلم يكن هذا الأصل مَحل تسليم للدّى عامّة علماء المذهب. وفي هذا الفرع

= عارضة الإحذى لابن العربي ٥/١٠٤ (على ترقيق وتصحيف في المطبوع، وانظر المسألة التي تكلم فيها ابن العربي في التمهيد ١/١٨٦)، وما يذكر عُرضا في هذا الموضوع أن أقرب المذهب إلى مذهب الماليّة في المنطقة الاجتهد هو مذهب الحنفية؛ وقد سمي الشاطبي كتبه المواقف بتُلّ اسمه لأنَّه توفيقاً بين مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة (المواقف ١/٢٤)، وقال الفقيه أبو المثّ الحنفي في "تأسيس النظام" أنه: "إذا لم يوجد في مذهب الإمام (أبي حنيفة) قول في مسألة يرجع إلى مذهب مالك لأنه أقرب المذهب إليه"، ردّ المحتال لابن عابدين ٣/٤١١.
سأتناول أقوال المؤيدين لهذا الأصل، والذّاuffman له من أهل المذهب المالكي:

أولاً: المالكيّّ الذين عابوا القول بمراوعة لاختلاف:
قال أبو العباس القباّب: ".. وقد استشكل كثيرٌ من العلماء القول بمراعاة الخلاف.. وربما علّه المعتضِر بما يقبل به هذا المذهب"(١).
وأول من وقف له على كلام في الاعتراف على الاحتجاج بمراعاة الخلاف: ابن عبد البر، وأبو عمران الفاسي، ثمّ اعترضه بعدَّهما آتٌةٌ كالقاضي عياض، وزُريٌّ للخيمي(٢).
قال الوشريسيّ في «المعيار»: "القول بمراعاة الخلاف قد عابى جماعةً من الأشياخ المحقَّقين، والآثيم المتفلنين؛ منهم: أبو عميران، وأبو عمير(٣)، وعياض (٤)، وقال في «إيضاح السالك»: ".. والقول بمراعاة الخلاف قد عابى جماعةً من الفقهاء، ومنهم اللَّخمي، وعياض، وغيرهما من المحقَّقين، حتَّى قال عياض: القول بمراعاة الخلاف لايعضده القياس"(٥).

(١) الوشريسي، المعيار المعرّب ٦١٠٧‌/٢۷.
(٢) عزاز الوشريسي للخيمي في «إيضاح السالك» إنكار مراوعة الخلاف، وعزا له في المعيار المعرّب خلاف ذلك، فنسب له القول به (المعيار ٢/٣٧).
(٣) هو أبو عمر بن عبد البر؛ والمالكيّة إذا أطلقوا كنية «أبي عمر» فيعون ابن عبد البر.
(٤) الوشريسي، المعيار المعرّب ٣٦/٣٦-٣٧٥-٧، عيش، فتح العلي ١/٨٢، السجّلّاسي، شرح اليواقت الثمينة ١/٢٣٧.
(٥) الوشريسي، إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك ١٦، المنجر، شرح المنهج المنتمٌ ١٩٨، ١٥٣.
قال ابن عبد البر في بعض المسائل: «ولا يوجد أن يُراعى الاختلاف عند طلب الوجبة، لأن الاختلاف ليس من شيوخ لا إجماع ولا الاختلاف...»(1).
وقال عياض: «القول بمراعة الخلاف لا يعضده القياس.»(2)
وكيف يترك العالم منبه الصحيح عند، ويُنتهي بمذهب غيره المخالف لمنبه؟ هذا لا يسبح له إلّا عند عدم الترجيح وحُوَف قوات النزالة، فيسوء له التقليد، ويستحق عنه التكليف في تلك الحادثة»(3).

وُعِزي هذا القول لبعض المتّآخرين من المالكيّة، وقال الونشريسي: «وَاحْتَارَ هَذَا -أيضا- بعض الشيوخ أهل المنبه من المتأخرين، ووجّه بِأَنَّ دلِيل القولين لا بد أَن يكون مُتعارضين يقتضي كل واحدٍ منهما ضد ما يقتضيه الآخر، وهو معنى مراعة الخلاف، وهو جمع بين متناقين»(4).

(1) ابن عبد البر، التمهيد 1/141-142.
(2) يظهر أن كلام ابن عبد البر ورد في مسألة «قبل الخروج من الخلاف. لكن إنكاره مراعة الخلاف شابل لما قبل الواقع ولما بعده، إذ الإطلاق القديم لرعي الخلاف هو الإطلاق العام.
(3) قال المنجور في شرح المنتج المختب: «أما فيها من عدم الجريان على مقتضي الدليل» 205.
(4) الونشريسي، الإيجار المُلء ب 129/6، إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك 290، المنجور، شرح المنتج المختب 198، 203، عليّش، فتح العليّ 1/28.
(4) الونشريسي، الإيجار المُلء ب 129/6، عليّش، فتح العليّ 1/28.
ثانياً: المالكية القائلون بمراعاة الخلاف:

وغالب المالكية على حُجْيَة هذا الأصل، وقوَّته، وسُداد مأخذه. ومن أئمَّة المذهب الذين قالوا بمُراعاته ابن عُرفه، والقبَّاب، وأبو عبد الله البُشَّتائي، والشَّاطبي، وغيرهم كثير. وَسِبَّ الونشريسي لابن العربي (١)، واختُلِف عَزْزُ الونشريسي للَّحمي بين كتابه «الإيضاح» و«المعيار» (٢).

وسيأتي في تضاعيف هذا البحث مناقشة إشكالات بعض الماليكية على أصل مُرِاعاة الخلاف.

***

١) الونشريسي، الجزء السادس عشر 126/13. وعده: عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن عليّ بن ع
المطلب الثالث

العمل بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه، وشروطه:

الفرع الأول

حكم العمل بمراعاة الخلاف

تأسيسًا على أنّ مُراعاة الخلاف ليس من قَبْيل مِراَعَة صورة الخلاف، وإنما هو تمسك بالدليل الرأي، الذي نشأت قوته بعد وقوع الفعل: فإنّ الحكم المتضمن عن مُراعاة الخلاف مَمّا يُجِبُ على المجتهد العمل به، ولا يسْعَه مُخالفته؛ ذلك أنّ العمل بالرَأي واجب، إذ لا يسْعُ المجتهد أنّ يترك ما رجح عنده إلى غيره من الأدلّة المرجحة في نظره، لأنّ الله تعالى تعَبَّد المجتهد بما أداه إليه نَظْرُه واجتهاده، وما انتهى إليه ترجيحه واختياره؛ وترك الرأي إلى غيره هو ترك ما تعَبَّد الله تعالى به المجتهد، وهو ممنوع، فتكون ما أداه إليه ممنوعاً. ومنه، فإنّ الحكم المبنيّ على مُراَعَة الخلاف يجب على المجتهد العمل به، ولا يسعه مفارِقه إلى غيره. وكذلك فإنّ المقتَلّ يُجِبُ عليه أن يَتَّبع الأحكام التي بُنيت على مُراَعَة الخلاف؛ لأنّه مَقَتِّل إمامه، ومشبع له في اجتهاده.
وقد قرَّر الرَّسَّاعُ في شرح «حدود» ابن عرفة وُجَّهَب العمل بمراجعة الخلاف للمجتهدين، قال ﷺ: "فإن قُلْت: إذا كان كذلك، فهل تَحْبُب مُراجعة النَّلِيل أو تجوز؟ قُلْت: يُظهر وَجْوب ذلك عند المجتهد"(1).

بما أن هذا الحكم مُستَحِبٌّ لمراجعة الخلاف، يقول ابن رشد في شرحه لبعض مسائل «المستخرجة»: "وإن هذا ذهب مالِكٌ، إلا أنه انتهى القول الآخرون وراءاه، فاستَحِبِّ له..."(2)، وقال: «...إِلَّا وَجَبَ الَّذِي الْإِسْتِحْبَابُ لمُراجِعَةَ الْخَلَافِ»(3).

وليس المُرادُ من مراجعة الخلاف في هذه المواضيع المعنِي الاصطلاحِي الخاص الذي نحن بصدَّد البحث فيه، وإنما هو مُعنى الخروج من الخلاف؛ وقد تقدَّم أن البعض قد يُطلق على الخروج من الخلاف مُصطلح مراجعة الخلاف؛ والاستحباب في الخروج من الخلاف إنَّما هو ناشئ عن البحث والسبب الذي تعلَّق به وأحُد بمقتضاه؛ فالaffiliate هو الباحث على الخروج من الاختلاف في الابتداء، والaffiliate في هذا الموضع مُستَحِب لا وَجَبَّ فيه، ولا إلزام عليه؛ فكان ما اتبعت عليه مستحبًا ولا وَجَبَ فيه كذلك.

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ۲۶۹/۱.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل ۸/۸۱۱.
(3) ابن رشد، البيان والتحصيل ۴/۱۷۴۱.
شروط الأخذ بمراعاة الخلاف

وإذا كان أصل مراجعة الخلاف أصلاً من الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي: فإن لعمال هذا الأصل شروطًا يتّزم تحقّقها ليسوغ البناة على وقته، والجيران على منهجه:

الشروط الأولى: أن يكون دليل المخالف قويًا:

من الشروط التي اعتبرها المالكية في الأخذ بمراعاة الخلاف، أن يكون دليل المخالف الذي يرجع إليه في أصل مراجعة الخلاف، دليلاً له اعتبارًا وقوّة؛ فلا يكون من الأدلّة الواهبة الواهنة.

قال ابن خويز منداد في كتابه «الجامع لأصول الفقه»: «مسائل المذهب تدل على... أن مالكاً كَذَلِكَ كان يُراعي من الخلاف ما قوي دلله، لا ما خبر قائله...»(1).

قال ابن رشد: «من مذهب مراجعة الخلاف إذا قوي»(2).

وأيضاً ما يَدُّلُ على كلام الأئمة الذين فسروا مراجعة الخلاف، كابن عرفة، فقد جعل مراجعة الخلاف هو الأخذ من كل دليل بما

---

(1) ابن فرحون، كشف القلوب، تبصرة الحكام 1/707-71. وقد تقدَّم التردد في مارد ابن خويز منداد من مراجعة الخلاف.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/352.
رَجَحْ منه، فلَوْ لم يَكن دَلِيلٌ المَخالِف راِجِحاً في بعض ما دلَّ عليه
لما اعتَبر به رأِسًا.

وَمَا يَشِيد لهذا ما وُرِد في المستخرجة: سُئل [أَي ابن القاسم]
عن رجل قال لامرأته: إِنَّ تَزَوَّجْتُ عَلْيَكَ، فَلْتَيْ أَتَزَوَّجْ عَلْيَكَ طَالِقَةً
البَنَةً. ثمَّ قال لها بعد ذلك: إِنْ وَقَتْتُ خَرَاءَمَا، فَأَنْتَ طَالِقَةً. فَتَزَوَّجَ عليها امرأةً فوْطَنَّها. هل تراه حاَيًِّا فيما جميعاً؟ قال: «ما أرى أنْ
تقُل عليه إلا التي تزَوَّجَ. وَأَيْنَ التي كانت عنده فلا أرى الطلاق يقع عليه فيها؟ لأنه لم يَحلف على مثل هذا الحرام، وإنما أراد
الرَّنا. وهذه المرأةُ التي يَقُل عليه فيها الطلاق قد اخْتُلِف في
أمرها، قد قال ناش: لا يَمِين لِرَجُلٍ فيما لم يَزَوَّج. فلا أراه حانِئًا
في امرأته الأولى، وَوَلَّدَنَا يَلِحْقَه والصَّداقُ يَلَّزُمْهُ فيها»(1).

قال ابنُ رَشَد: «هَذَا صَحِيحٌ عَلَى أُصْولِهم في مَروَاعَةِ الخَلاف، لَأَنَّ
الخلاف فيه قُوَّى مِشْهور، والقَائلُ به تَعْلِق بما يروى عن النبي ﷺ من
قِوله: «لا طلاق قبل نكاح ولا نكاح ولا عتق قبل ملك».

وَقَد قال ابنُ القاسم في سماع أبي زيدِ عنَه مَروَاعَة لِهَذَا
الخلاف: إنه لا يَقْرَقِينهما إذا كُلَا، والمشهور أنه يَقْرَق بينهما،
وأنهما لا يَتَوَارِثان إن مات أحدهما قبل أن يَعْرِف على ذلك، هو
اختيارُ ابن القاسم في آخر رسم الرهون بعد هذا، ودليل ما في
المدونة.

(1) العتبى، المستخرجة (مع شرحها البينان والتحصيل) 6/190.
وذهب ابن حبيب إلى أنه لا ميراث بينهما، وعلي أنه يحدث، ولا يلحكه الولد إن كان هذا بالشرط. فعلى قياس قوله يبحث الحالف في هذه المسألة، وهو بعيد. وبالله التوفيق\(^1\).

واعتبر القوة في دليل المخالف هو ما حَرّره ابن عبد السلام وأقرّه على هذا التحريج من جاء بعده، قال ابن عبد السلام التونسي: «والذي ينبغي أن يعتمد أن الإمام -رحمه الله تعالى- إنما يراعي ما قوي دليله. وإذا حُفِقً، فليس بمرازة خلاف البئر، وإنما هو بإعطاء كل من الدليلين ما يتضمنه من الحكم مع وجود المعارض، إلَّا المراعي عنه إنما هو قوَّة الدليل\(^2\).»

ومن أصلنا ألا نراعي من الخلاف إلا ما قوى دليله\(^3\)، وقال علیه في بيان مراد المالكي من مرازة الخلاف: «مراعتهم الخلاف في المنهج وخارجه، ويُشترط قوَّة دليل المخالف\(^4\).»

ولاحظ من هذا الشرط أن مرازة الخلاف عند المالكيّة إنما هو

---

\(^1\) ابن رشد، البيان والتحصيل 3/190-191.
\(^2\) المنجور، شرح المنهج المتخب 2/55، ابن ناجي، شرح الرسالة 2/37، ابن فرحون، كشف النقاب 1/167، الرضوان، شرح حدود ابن عفّة 1/219، المقري، القواعد رقم 12.
\(^3\) اليمشريسي، عنة البروق رقم 298.
\(^4\) عليّ، فتح العليّ 1/60، وانظر كذلك: الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/151.
اعتباراً للتخليل، لا اعتبار للقول نفسه غريًّا عن دليله المستند عليه. كما أن هذا الشرط يوجب أن يكون الأخذ بأصل مراعاة الخلاف متجدداً؛ إذ هو العالم بقوة الأدلة وضعفها، وليس المقلد الذي لم يبلغ رتبة المجتهد من هذا النظير في قبيل ولا كبير، قال عيسى: «مراعاة الخلاف وظيفة المجتهد لا المقلد كما توهمه بعضهم، وتحير فيها من وجوه»(١).

وستل السَّقَيح أبو إسحاق السّاطبي رضيَ الله عنه مراعاة قولٍ ضعيفين أو رواية ضعيفة؛ فأجاب: «مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتدين من الفقهاء؛ إذ مراعاة الخلاف إما معناها مراعاة دليل المخالف، حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة، ومراعاة التخليل أو عدم مراعاته ليس إلينا، معشر المقلدين، فحسبنا فهم أقوال العلماء، والفتيا بالمشهور منها. وليتنا نتجو مع ذلك رأساً برأس؛ لا لنا ولا علينا!»(٢).

واستيضارد كون التخليل قوياً، عليه جماعه الماليكية، وهو المشهور، من منهبهن؛ إلَّا أن هناك أقواله ضعيفة تتحكي في المنهب دون أن تسب إلى قائل تخلف المشهور الذي قدمته؛ وهذه الأقوال هي:

(١) عليش، فتح العلیٴ /١٠، وانظر في ذلك: ميارة، شرح تحقّة ابن عاصم /٧، التسولي، البهجة في شرح التحلة /٢١، الناودي، على المعاصم في شرح تحقّة ابن عاصم /٢٠.
(٢) أبو شهري؛، المعیار المعرب /١٠٣.
القول الأوَّل: يُراعى التَّلِيلُ القويّ والصَّعبِ (١).

القول الثانِي: يُراعى القولُ الذي كَثَرَ قائله لا ما قوي دليلُه (٢).

القول الثالثُ: أنَّ يُراعى نفس الخلاف كَثَرَ قائله أو قَلّ (٣).

والقول الثاني والثالث مؤسّسان على أنَّ المراعى في أصل مُراة الخلاف، هو القول نفسه لا التَّلِيل. وهذا باطلٌ في المذهب؛ لأنَّ مدرك مراة الخلاف إنَّما يُقتَسَم على أساس كون المراعى هو التَّلِيل لا القول. كما أنَّ ترك التَّلِيل إلى مَجْرَد القول هو ترك للاجتهاد إلى التَّقليد؛ وهذا ما لا يجوز في حقّ المجتهد.

أَنَا القول الأوَّل، فإلي جانب اعتبار التَّلِيل القويّ، فهو يُعتبر التَّلِيل الصَّعبِ؛ وهذا مُرْدودٌ في المذهب المالكيّ؛ ذيَّلَهُ:

أنَّ منهِب مالك في الخلاف الشَّاذ الصَّعبِ أن يُحَكَّم عليه بالنقض فَضاءًا، وما حُكِمَ عليه بالنقض فَضاءًا لا يُعتبر في الخلاف.

قال ابن القاسم في الأنظحة المختلفة فيها: «وَأَصْلُ هَذَا -وهو الذي سمعته من قول مَن أرَضى من أهل العلم- أن كُلّ يَكَالٍ»

(١) ابن فرحون، كشف التَّقاب ١٧١، الرصاع، شرح حدوء ابن عَرَفة ١٢٦٩/١، المقرِّب، القواعد رقم ١٢، الوضيبي ا، ١٢٧٣، البرزلي، نزول الأحكام ١/١١٣-١٢. المنجر، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.

(٢) ابن فرحون، كشف التَّقاب ١٧١، الرصاع، شرح حدوء ابن عَرَفة ١٢٦٩/١، المقرِّب، القواعد رقم ٥٤٠، الوضيبي ا، ١٢٧٣، البرزلي، نزول الأحكام ١/١١٣-١٢.

(٣) ابن فرحون، كشف التَّقاب ١٧١، الرصاع، شرح حدوء ابن عَرَفة ١٢٦٩/١، المقرِّب، القواعد رقم ٥٤٠، الوضيبي ا، ١٢٧٣، البرزلي، نزول الأحكام ١/١١٣-١٢. المنجر، شرح المنهج المنتخب ٢٥٦.
اختالف الناس فيه ليس بحرام من الله ولا من رسوله، أجازه قومٌ وكيحه قومٌ: أنما طلق فيه يُلَزمه، مثل المرأة تنزوج يثير ولي أو المرأة تزوج نفسها. أن لهين طلق في ذلك البيته لزمه الطلاق ولم تحل له إلا بعد زوج. وكل يكاح كان حراما من الله ورسوله، فإنما طلق فيه ليس بطلاق، وفسخه ليس فيه طلاق؛ ألا ترى أن ممّا بين ذلك: أن لو أن امرأة زوجت نفسها فوقع ذلك إلى قاضي يُجزى ذلك، وهو رأي بعض أهل المشرق، فقضاء به وأنفذه حين أجازه الوالي؛ ثم أتى قاضي ممّن لا يُجزى، أكان يفسخه! ولو فسخه لاحظا في قضااته! فكذلك يكون الطلاق يلزم فيه. وهذا الذي سمعت ومن أثق به من أهل العلم; وهو رأيي(1).

فترة كيف أن ابن القاسم احتاج على مراجعات الخلاف في الأنكحة الفاسدة المختلف فيها، بما إذا رفع هذا النوع من الأنكحة إلى من يُجزى فلا حكمه فيها لا يُقضى؛ ومعلوم في المنهب أن النقض لا يكون إلا فيما كان فيه الخلاف شأنا ضعيفا(2). وعليه فإن الخلاف الشاذ أو الصغيف ممّا لا يجري فيه مراجعات الخلاف.

ويمى يُبنى له: أن الصغيف والقُوّة من الأمور الإضافية التي تختلف من مجتهدي إلى مجتهدي، فما يقُوى عند البعض يكون عند

---

(1) سحنون، المدونة 3/120-121.
(2) القرافي، شرح التنيف 441، الإحجام في التمييز بين الفتوى والأحكام 68-69، 76-78، 127-132، الفروق 0/51.
الآخرين إلى الصعّف ما هو. لذلك تُلْفَي بين المالكيين بعض الخلاف في القول بَرَغْي الخلاف في مسائل، لِلَّذِي بَيْنَهُ من الاختلاف في تحقيق قوَّة دليل الخلاف من ضعفه. ومن أمثلة ذلك: ما رآه أصبع من عَدَّم النظر إلى خلاف مِن خلاف في نكاح الشَّغار وَلَا مِرَاعاته، لَوْ حَيَّاء دليل الخلاف فيه عَنده، فَلَم يُوقع عليه المواريث وَلَا الطلاق. وهذا على خلاف ما رآه غيّره من أهل المذهب من إجراء الميراث وَالطلاق فيه(1).

وَلعل قول من قال إنّ أهل المذهب يُراعون الدليل الشاذ أو القول الشاذ، أَخْذٌ في هذا السبيل؛ إذ أَلفَّى بعض الأقوال في المذهب يُراعي أدلة شاذة في نظره. وهذا ليس لازمًا، لما يبنّه من أن الصعف في الأدلة وَاذعاء الشذوذ من الأمور النسيبة.

ومن الملاحظات الجميلة التي وَقعت عليها في كتاب الشيخ أبي الوليد، أنّ الخلاف يُقّوَى وَيَسْتَدَّ مُرَاعاته إن كان داخلا في المسألة من وجوه عدّة، فلو أنّ الخلاف كان داخلا من جهة واحدة لكان يُمكِّن أنّ لا يُراعى، وذلك لضعفه. أمّا أن يُترافك الخلاف فِي

المسألة من وجوه مختلفة، فإن المسألة نورغل في الخلاف، ويُدخَلها الاحتمال والشبهة، فاعتبار الخلاف حينها يكون أقوى. والمثال المضرب في ذلك ما يُوضّح هذا الملاحظ الجليل.


قال محمد بن رشيد شارحا هذه المسألة، وعلّمًا على قول:

وأمامًا إذا تزوّجت فارجع إلى إن شئت: لَبَنْبَته القُحل يُحرم عند مالك رحمه الله وجميع أصحابه. . . إلا أن من منبه مُراعاة الخلاف إذا قُوي، فأراد، والله أعلم، بقوله للسائل: وأمامًا إذا تزوّجت فارجع إلى إن شئت: أن يساله كم أرضعت التجارية؟ وهل كان رضاعها في الحولين أو بعد الحولين؟ إذ قد قال جماعة من العلماء لا تحرم المصَّة ولا المصتان على ما روي في ذلك عن النبي عليه السلام، وقال جماعة منهم أيضاً: إنه لا يُحرم من الرّضاع ما كان بعد الحولين وإن قُرب ولم يكن قبل ذلك فصال. فلو اتفقت هذه الأسباب لم يُفرق بينهما، والله أعلم، لأن الخلاف كان يقوى في المسألة للدخول فيها من وجوه شتى، وبالله

(1) العتيبي، المستخرجة (مع شرحها البيان والتحصيل) 4/1٣٥١.
الإيضاحات التي ينبغي أن ينظر إليها كذلك: أنَّ ما اختلف قول مالك فيه مما يكون محلل لرغبة الخلاف حيث افتراضه، ذلك لأنَّ اختلف قوله دليل على أنَّ المسألة تعتبرها الأئمة، فهي في محلل الشرك، وإنْ روج قولنا على آخر، فإنَّ اختلف قوله دليل على الاحتمال المبين.


---

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/ 352-353.
(2) في المبتدأ: هل. وفي النواج والزيادات، نقلاً عن المستخرجات: إلى ابن عمّ لها.
(3) العنبي، المستخرجات (مع شرحه البيان والتحصيل) 4/181-182. وعنه ابن أبي زيده، النواج والزيادات 4/674. وقد يُعرَض بعضهم فيما أصله من مصوص في المذهب، في مراعة الخلاف أو غيره من الأصول المقدمة. بأنَّ هذا الذي تأتي به ليس على المشهور المعول عليه في المذهب، فلا يصح بذلك تمتلك، بل يتأصّل. والجابر عن هذا: أنَّ استدلال من كلام أئمة المذهب كان على أساس صحة الرواية عنهم. فإنْ نثبت الرواية صحّت، فإنَّ الأصل المعول عليه ذلك الفرع المعرب عنهم معتبر. آنَّ ما يكون من كون الفرع على خلاف المشهور، فليس هذا قاضيا في الأصل المؤسس عليه الفرع. فذلك أن الرجوع عن الأقوال لا يكون في علومها الأغلب للرجوع عن الأصل المعول عليه، إذ الغالب على الأئمة الاستقرار.
قال محمد بن رشد شارحا المسألة: «منهب ماليك كُلماً في رواية أشهب عنه أن لا يرْوَج الأجنبي الشرفية ولا الوضيعة. خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك، في أن للمرأة الذُنُبيَّة والمسكينة أن تستخلف رجلا أجنبيا يعقد نكاحها. فرأى إجازة النكاح لما وقع للحظة التي كانت في الناس وما خشي على المرأة بسبب ذلك من الضيعة، على أصله في مراوعة الخلاف؛ لا سيما وقد اختلف في ذلك قوله»(1).

لكن يبقى في هذا المقام إشكال: وهو هل العبيرة في مراوعة الخلاف بمعنائها الخاص، أن يكون دليل المخلاف قوياً، أو أن يكون أقوى في بعض وجوهه على الدليل الأصلي؟ كلامهم في تفسير معنى مراوعة الخلاف يُجري على أنهم يشتترون أن يكون أقوى في الوجه الذي يُقِل فيه بالمراعاة. وكلامهم في شرط مراوعة الخلاف يتزعم إلى اشتراط القوة.

وأحسب أن الأمر قريب بعضه من بعض؛ ببيانه: أن دليل المخلاف يُراعى إن كان به قوة، لكن لا كُفُّي القوة في مراوعاته،

في أصولهم الكلية التي يبُنون عليها فقههم. وسبب الرجوع هو وجدانهم أدلّة أقوى
في العبيرة من ذلك الدليل الذي كان أبناء الفرع عليه؛ وليس ترك التحويل على أصل
في قرع دلولا على عدم تحجيه في غيره، إذ الأدلّة تتوازد على الفروع والمسائل.
وانتُفر المقدمة التأصيلية لكتابي: "التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها
النقل عن الإمام مالك"، فإنها تتناول لطراق الناس في عُزر الأصول للأئمة، وما
عُمِي أنها يُجري ذلك من خلل.

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 4/369.
بل لا يُبْدِ لَمن ضَمِيمَة تَدَفَع المجتمَد على ترك بعض مُقَتْضَيَات دلِيله لبعض مُقَتْضَيَات دلِيل المخالِف، الذي له في نفس المجتمَد قُوَّة. وهذه الضَمِيمَة هي من جنس ما سيأتي بِيَاهُن في مُقَتْضَيَات الأخذ بمراعاة الخلاف، من مثل الاحتياط، ورفع الضرر، ورفع الحرج. وعند انضمام بعض هذه المقتضيات إلى المسألة، خاصةً بعد الوقوع، يُرِجُح المجتمَد ترك دلِيله لبعض مُقَتْضَيَات دلِيل المخالِف؛ فيكون كأنه جَعَل دِلِيل المخالِف في بعض ما كَلَّ عليه أقوى من دلِيله في ذلك الأمر بِحُصُوصٍ؛ لكن هذه القُوَّة إضافية.

وقد وقفت على نصّ عزيز، ومقالة بديعة لبعض فقهاء مالقة، أبان فيها عن ضابط إمضاء بعض العقود بعد الوقوع، دون بعض؟ وأننا ناقِلُه في هذا المقام، لحسن ما كَتَبَهُا يِرَاعِيْهُا كَحَلّهُا، قال:

» ... والمَعْلُومُ في قَسَم بعض المسائل الواقعة دون بعض، هي أنّ الشريعة مبْتِنَة على التسهيل والتيسير والسماح ورفع الحرج والمشحَّة من أهلها، ولا شَكّ أنّ نَقْض الأمر بعدما أَبْرَمْ وفُرَغ منه، أَشْدَّ على المرة وأضعف من منعه ابتداءً. بل في نَقْضه بعد إبرامه الحَرْج العظيم، والمَعْلُومُ المَنْتَدِبُ، والمَشْحَّة الصَّعبة.

لكنه لَمَّا كان عَدُّ الفَسَخ لكُلّ ما عَقَدَ، وترك النَقْض لِكُلّ ما أُبْرَمَ من الأمور الشَّرعية، يَؤُول إلى قَسَاد الشِّرع، وتَسِهِيل السبِيل للنَّاس إلى ارتكاب ما لا يجوز، وكان مع ذلك مَنْافِرًا ليِّمَا هو أَصل مَنْهِينا من سَدّ الذُّرَائِع: فَعَلَّ ذلك حيث تكون له عَلِيّة تَحِسَّنُه وتَسْوَعُه، وترك حيث لا وَجْهُ له ولا مُسوَعُ. والذي يُسْوَعُ ذلك
ويُحسنُ القولُ بِهِ: هو أن تكون المسألة غير مُناقِرةٍ لقواعد الشَّرع مُناقِرةً بعيدةٌ، ولا مَناقِضةٌ لجُرَم الشَّارع مَناقِضةً شديدةٍ، بل تكون مُحتِمَلة في معناها، مُتَرِدَّة بين المناقِرة والملاءمة... 

فإن كانت المسألة ظاهرةٌ المنع ابتداءاً، شديدة التحريم لكثرة مَناقِرَتها لمقاوضة الشرع: قُوِّي القول بِمُسْلَحَة بعد الوقف، وإن كان في ذلك المشَّعَة والنَّجْرَة، رُعيًا للمصلحة في حفظ نظام السَّريعة وسِلَّمًا للزَّريعة.

وإِن كانت المسألَة في ابتدائها مُختلَّفًا فيها، مُتَرِدَّة بين المنع والجواز، لاحتمال معناها الملاءمة لِْمَن يَغْرُم الشَّارع والمُناقِرة له مُعًا على حدٍ واحد: تُرجَّح القول بالإضاءة بعد الوقف وَتُرِكْ المَسْحَع، لأنها إذا كانت في الابتداء قبل الوقف ضعيفة المنع لأجل أن الخلاف في جوازها، إذ هي من المسائل المُتَرِدَّة بين الملاءمة والمناقِرة: فلا شكّ أنها بعد الوقف أضعفُ في المنع، لأن ما في المنع بعد الوقف وَالتَّفْضُّل يَنَبِّئُ بأُبُور من معنى النَّجْرَة والنَّجَّاح والمشارِقة اللذين بِهِ يَشْرَعُ على خَلافهما(1).

فلَهَ ما أَحْسِن هذا التفَقُّه! وعلى هذا البيان، فإنّ مراعاة الخلاف بعد الوقف يكون منظورا فيه إلى ما ينتج من حَرْج أو مَشْقَة أو ضَرْر من ترتب مَقتضى الدلائل الأصلي، فإنّ كان الذي يَتَرِب عليه حَرْج أو مَشْقَة أو ضَرْر، من جنس ما جاء الشرع بِرفه ودفعة: يَنَظُّر حينها إلى قُوَّة المنع في الدلائل الأصلي: فلا يَحْذِر ذلك من أحد أمرين:

(1) البوتريسي، المعيار المعرِب 2013/2014.
الأول: أن يكون المنع قويًا والحرمة شديدة، والمنافرة لمقاصد الشرع بينة. ففي هذه الحالة لا يترك مقتضى الدليل الأصلي، ولا يُنظر إلى ذلك الحرج ولا إلى تلك المشقة، لمكان المحاربة المذكورة.

الثاني: أن يكون المنع غير قوي، ولا المنافرة لمقاصد الشرع بينة. وعادةً ما يكون الاختلاف القوي المعترف من هذه الشاكلة، يُمَّا يجعل المسألة -بما هي مسألة مختلفة فيها اختلافًا معتبرًا- محتملاً للملاءمة لمقاصد الشرع وعدم المنافرة لها. فينضم هذا إلى المشقة أو الحرج أو الضّرر الناتج عن إجراء مقتضى الدليل الأصلي في فسخ العقد مثلا، فينقوّى حينها القول بعدم الفسخ بعد الواقعة.

ومع هذا الذي قلقه وقاله أهل المذهب في اعتبار الدليل دون الخلاف نفسه، في مراعاة الخلاف: فإن هنالك ارتباط بين بعض الخلاف وبين قوّة الدليل. فكثيرًا ما يكون الخلاف المشهور بين أهل العلم، مُؤسِّسًا على أدلة معتبرة في الجملة، لذلك مَّن قال باعتبار الخلاف المشهور فهو ناظِر إِلَى هذِهِ الملحَظ.

كذلك فإن الخلاف يختلف من مسألة إلى مسألة من جهات مختلفة، فهنالك خلاف مأثور من زمن الصحابة، واستمر الخلاف فيه إلى عهد الأئمة المتبعين، فهذا الخلاف بغض النظر عن أيّة كل طرف، فإن اعتبار مثله مما يحسن، إذما وقع الخلاف في عهد الصحابة وما استمر إلا لاحتمال المسألة في أدلتها. ولا أحسب منذهب مالك إلا ملاحظًا لهذا الأمر.
كذلك فإنه في الخروج من الخلاف من الخلاف يُراعى قُوَّة دليل المخالف،
قال ابن رشد: «...من مذهبه مُراعاة الخلاف، فكُلّما ضَعَف الاختلاف في إجازته قوَّيت في الكراهية...»(1). ويعني هنا من مُراعاة الخلاف الخروج منه.

تَلِبُّ:
وقد قَلَّمت في مركّزات مُراعاة الخلاف، أنَّ المالكية يختلفون في درجة الأخذ بِمُتَّلَوِّل دليل المخالف، بين أُخرَى بِكُل مُتَّلَوِّل، وأُخرَى بِبعض مُتَّلَوِّل، وهذا يختلف من مسألة إلى مسألة. لذلك وَجَبُّ بُيَانٌ وَجَهُ إعماله.

والذي ظَهَر لي من صُنيعهم: أنَّ الإعمال يكون بِحَسَب درجة قُوَّة طُرَفِي التَّلِيَان: دليل الأصلي ودليل المعارض، فكُلّما قوي الدليل الأصلي، فإنَّ قوته تُقَلَّل من الأخذ بِمُقتضَّيات دليل المخالف. وبالعُكَس كُلّما كان دليل المخالف قويًا معتبرًا، والخلاف مُشْهورًا بين السَّلَف، فإنَّ إعمال مُقتضَّيات دليل المخالف يكون أكثر، وربما بَلَغ ذلك إلى الأخذ بِمُتَّلَوِّل كُل دليل المخالف.

ويُلِحَظ أنَّ المالكية - كما سيأتي - في بعض الأنكحة التي أُعِمل فيها مُراعاة الخلاف، فسَحَّرَت قبل الدُخُول، أما بعد الدخول فتمضي. ومن الأنكحة ما يُشْتَرَّطُ في عدم فسخها بعد الدخول أن تَتَلِوَّ مُتَّة النكاح وتدل الأولاد. لَأَنَّ هذه العوارض تَقْوِي دليل المخالف، وتَضِعَف من إعمال الدليل الأصلي في المسألة.

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل 3/267.
واللذين قلَّما الفقهاء المالكي، فهو غالبًا في يده. الأقوال التي تراعى لا يقتصر فيها على أقوال المخالفين خارج المذهب، بل هي شاملة للأقوال داخل المذهب: والخلاف الذي يُراعى لا يختص بالخلاف خارج المذهب، بل هو عام في كل خلاف داخل المذهب أو خارجه، ما دام جرى عليه شروط الاعتبار؛ فما كان فيه الخلاف قويًا اعتبارًا، ولو داخل المذهب، وما كان الخلاف فيه ضعيفًا شأناً بيدًا ولم يُعتبَر ولو كان خارج المذهب.

قال الرضاع: "هل يُراعى الخلاف مطلقًا، كان مذهبيا أم لا؟ وهذا هو التحقيق" (1).

وستسْتَنْسَى عَليَّه على قول المالكي: العصمة المختلف فيها كالمتقيق عليها في لحوي الطلاق؛ يل مراذهم الخلاف في المذهب وخارجه، وهل يشترط قوة الخلاف؟ فأتجاب بقوله: "نعم، مراذهم الخلاف في المذهب وخارجه، ويشترط قوة دليل المخالف" (2).

ومثّن نصّ على ذلك ابن ناجي في "شرح الرسالة"، حيث قَرَر أن مُراعاة الخلاف تعم الخلاف داخل المذهب وخارجه (3).

الشَّرط الثاني: أن لا يؤدي الأخذ به إلى ترك المذهب بالكليّة: وممّا اشترطه بعض المالكية في الأخذ بمراعاة الخلاف، أن لا

(1) الرضاع، شرح حدو ابن عوفة 263/1. 60/1.
(2) عَليَّه، فتح العلي 26/1.
(3) ابن ناجي، شرح الرسالة 2/50. وانظر مثالا راعي فيه عيسى بن دينار خلاف ابن نافع في بعض مسائل العنيبة. البيان والتحصيل 239/14.
يَلِّيُمُ مِنَ القولِ بِهِ تَرْكُ المَذهِبِ بِالكليَّةِ؛ فَإِذَا أَكَثَّ مَرَايَا عَلَى الخَلَافِ
إِلَى أَن يُرْكُ أَلْمَهِبْ فِي الْمُسَأَلَةِ رَاسًاِ، امْتَنِعَ الأَخْذِ بِهِ هَذَا الْأَصْلِ.
قَالَ بَعْضُ القَرْوِيِّينَ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ –وَأُفْرَهُ ابْنُ عَلِيِّ الْسَّلاَمَ وَابْن
بَشَيْرُ–: «وَشَرْطُ مَرَايَا الخَلَافِ عِنْدَ سَائِلِهِ، أَنَّ لَا يَتَرَكُ
الْمَذِهِبِ بِالكليَّةِ»(١).

وَمِثْلَهُ لِلذِّكَرِ بَنَانِ مُنَّتَخِلْفًا فِيهِ وَمِنْهَبُ ابْن
القَاسِمِ فِيهِ أَنْهُ فَاسِدُ– ثُمَّ طَلَّقَ فِيهِ ثَلَاثًاِ–: فَأَبَنُ الَّذِي مَنَّهُ
الْمَذِهِبُ فَلَا يُتَرَكُ عِنْدَهَا إِلَّا بَعْضُهَا؛ وَهَذَا مَرَايَا لِخَلَافِ مَنْ قَالُ
بَسْحَةٍ هَذَا الْنِّجَاحُ. فَلِمْ أَنْهُ تَرَكَهَا قَبْلَ زَوْجَهَا لَمْ يُفْسَحْ يَكَاحُهَا؛ لَانَّ
التَّقُرِيقَ حَيْثُ حُيْثُ أَنَّهُ لَأَيْقَادُ فَسَادَ يَكَاحُهَا، وَيَكَاحُهَا عِنْدَهُ صَحيحٌ
وَعِنْدَ المَخَالِفِ فَاسِدُ.

وَلَا يُمْكِنُ الْإِنْسَانُ تَرْكُ مَذِهِبِهِ لِمَرَايَا مَنْهِبِ غَيْرَهُ؛ ذَلِكَ أَنَّ
مَنْهُ مِنْ تَزْوَيِجِهَا أَوْلِيَاءُ إِنَّمَا كَانَ لِمَرَايَا الخَلَافِ، وَفَسَحَّ الْتَكَاحُ
ثَانِيًا لَوْ قَبْلَهُ لَكَانَ لِلْخَلَافِ أَيْضاً، فَلُمْ رَزُوعُ الْخَلَافِ فِي
الْحَالِيْنِ لَكَانَ تَرَكَنَّ لِلَّهَبِ بِالكليَّةِ؛ وَشَرْطُ مَرَايَا الخَلَافِ عِنْدَ
الْقَلِيلِ بَنَانِ لَا يَتَرَكُ المَذِهِبِ بِالكليَّةِ»(٢).

هَذَا، وَقَدْ أُورِدَ مِنْ تَنَاؤِلِ بِحْثٍ مَرَايَا الخَلَافِ بعَضَ السَّرَوَطَ.

١) الْوَنْشَرِي، الْمِيْتَارِ الْمَعْربِ ٢٦٨ /١٢، الْمُنْجُورِ، شَرْحُ المَنْطِقِ المَتَخْبِ٢٥٦.
٢) الْبِرْزِلِي، نُوْرُ الْأَحْكَامِ ١١٣ /١٢، الْوَنْشَرِي، الْمِيْتَارِ الْمَعْربِ ٢٦٨ /١٢،
الْمُنْجُورِ، شَرْحُ المَنْطِقِ المَتَخْبِ٢٥٥، مَيْارَةٍ، الرَّوْعَةِ المَبْهِ١٥٥٢،
الْمُقْرِ١، القوَاعِد رَمَ١٥٤٤.
التي لا صلة لها بمراعة الخلاف بعد الوقوع؛ فبعضها يجري على المخرج من الخلاف، كتشرط أن لا يؤدي الأخذ بنمودية مراعة الخلاف إلى صورة تخلف الإجماع (1)، وبعضها إنما تتعلق ببحث التلفيق، كتشرط أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنًا (2). فهذه شروط لا تتعلق ببحثي، فلنذكر أهميتها ولم أبحثها في هذا الموضوع.

• الشروط الثالث: قيام مقتضى رغبي الخلاف:

من أهم شروط التحول على الخلاف ومراعته والنظر إليه اعتباره: تحقق المقتضى له. أعني أن الخلاف روعي بعد الوقوع لذا نشأ من بعض الأمور التي أوجبته إعادة النظر في المسألة، ولما استجد من ملاءمات في المسألة الواقعة. وهذه المقتضيات متنوعة عند المالكين، وسأتناولها بالبحث في المطلب الرئيسي لهذا المطلب.

تشرط قيام الشبهة: جعل الشيخ السنوسي قيام الشبهة من شروط اعتبار مراعة الخلاف، لكن حصر اعتبارها في مراعة الخلاف قبل الوقوع، أم ما بعد الوقوع يكون رغبي الخلاف فيه ناظيرًا إلى تضييق مجال المفاضلة والضرر (3). وفي هذا نظرًا لأن

(1) محمد الأمين بن الشيخ، مراعة الخلاف في المذهب المالكي 288، السنوسي، مراعة الخلاف 81.
(2) محمد شروط، مراعة الخلاف عند المالكية 247، محمد الأمين بن الشيخ، مراعة الخلاف في المذهب المالكي 282، السنوسي، مراعة الخلاف 79.
(3) السنوسي، اعتبار الممالك 336.
بعض مسائل مراعة الخلاف بعد الوقوع، عُيِّن فيها بعض مُقتضى دليل المخالف لِمَا في المسألة من الشَّبَهة التي دَحَّلت بعد الخلاف المعتبر، فراعاه المالكية، ولحظوه في حُكمهم الاجتهاديّ. وانظر ما سيأتي في مُقتضيات الأخذ بمراعاة الخلاف.

***
المطلب الرافع

المقتضيات المصلحية الموجبة لمراعاة الخلاف

كلٌّ من المخالف بعد الوقوع صار عند المالك أقوى من دليله الذي قال به إبتداءً؛ فإن الإمام مالك لما قال: إذا رجح عند دليل المنع من الإقدام مثلًا، أطلق المنع والتحريم ولم يبرَّع ما خالفه لمرجوعيته، وذلك قبل الوقوع، فإذا وقع الفعل الممنوع وأردنا أن تُرتَّب على المنع آثاره، عارضنا بعض الآداب التي لم تكن موجودة في أصل المسألة قبل الوقوع؛ وغالبًا ما تكون القوَّة التي انضافت إلى دليل المخالف هو بعض المعاني المصلحية؛ وفي هذا المطلب سأبحث بعض المقتضيات المصلحية التي كانت ملحوظة في مراعاة الخلاف عند المالكيَّة:

الفرع الأول

مصلحة الإبراء من التكُلف

من المقتضيات التي تكون سبيلاً مُقَوِّياً لدليل المخالف ومُوجبة للنُدُول عن أصل الدليل في المسألة قبل الوقوع: مصلحة الإبراء من التكُلف وتغليبه على شغول الذمَة به؛ فكثير من مسائل
العبادات التي وقعت فيها خلاف بين المذاهب الأخرى ومنهب مالك في عدّة إجزائها، فإنّ منهب مالك فيها أنّ وقوع العبادة على تلك الصفة يقع صحيحًا ولا يطالب بالقضاء، تغنيّاً لإبراء الذمة على شغلها.

ولا شكّ في أنّ مصلحة الإبارة من التكليف تتحقيق معنى رفع الحرج، لِمَا في القول بتصحيح عبادات الناس وإبراء ذمّهم من التكليف، من رفع لحرج إعادة العبادة.

قال المطيري: 

(1) وأقول: إنّه يُراعى المشهور، والصحيح:

قبل الوقوع، وتوقياً واحترارًا، كما في الماء المستعمل، وفي القليل من النجاسة على رواية المذهبيين؛ ويعتبر تبريءًا (2) وإضفاءًا, كأنّه وقع عن قضاء أو نعى، لا فيما يفسخ من الأقضية، ولا يقتلّد من الخلاف، وقد تُستحب الإبادة في الوقت ونحوها (3).

فقد قرر المطيري أنّ من البواعث على مراعاة الخلاف بعد الوقوع الإبارة من التكليف، وتغييره على جانب الشغل.

ومن الأدلّة التي كتّبت على تغيير جانب الإبارة والإجراه دليل الممنع من إنطيل العمل؛ قال الله تعالى: (هل تُبِّلُوا أَمْنَاكَ) [محمد: 336] فإذا وقعت العبادة على الوجه غير الجائز وأردنا أن (1) المنتجور، شرح المنهج المشهوب 254، ومارية، الروض المبهر 453، الوعريسي، المعيار 238/12: تبرئة. (2) المطيري، القواعد رقم 22. نقل ذلك الوعريسي في المعيار مهما قائله، 12/238-237.
نَرْتِبُ على المنع آثاره من عَدْم الإجراء في تلك العبادة، عَارضًا دليل المنع من إِيْطَال العمل في العبادات، كَفَلَه تعالى: (عَلَى نَبِيِّكُمْ أَعْلَمُكُمْ) [مُحَمَّد: 233]، فَمُقتضى دليل المسألة قَبْل الْوُقْوع عَدْمُ جِواز الْتَأْفَلْةَ بِأَرْيَعٍ، لَكِنْ لَمَّا عَارضَه دِيْلُ المنع من إِيْطَال العمل في العبادات، تَرْجَحُ دِيْلُ المَخْالِفِ، لَانَ الْتَرْجِيح يَقْعُ بَأَدْنِي مُحْرَك لِلْقَلْبٍ١.

وَظَاهِرٌ أَنَّ الأُعْمَادَ عَلَى رَبِّعَ الْحَرْج في الإِبِراء من التَكْلِيفٍ، هو في خَصوص بَاب العبادات.

الفرع الثانِي

تَلاَفِي الْضَّرْر

وَمِن الأَسْبَابِ الَّتِي تَكُون مُوجِبةً لِلْعَدْوَل عَن النَّلَّيْل الأَصْلِي إِلَى دِيْلُ المَخْالِفِ: الْضَّرْرُ الَّحَادِثٍ عِندَ الْبَقَاي عَلَى مُقْتَضِي النَّلَّيْل الأَصْلِي، بَعْد الْوُقْوع، فِيَلْزِم مِن نُشْوَهُ هذَا الْضَّرْر أن يُعِيدُ المَجْهَدُ الْمَنْظُورُ في أَذِلَّة الْمَسْأَلَة لِمَا تَجْدَدُ فِيهَا مِن نُشْوَهِ الْضَّرْرٍ، فَمُقتضى الْعَدْوَلُ أن لا تَعْتَامِل هذِه الْمَسْأَلَة قَبْل الْوُقْوع مَعَامَة مَا بَعْد الْوُقْوع، قال السَّنَائِي مُتَقَرِّرًا هذَا الأَصْل: (مَن وَاقِع مِنْهَيًا عَنْهُ فَقَدْ يَكُون

١) وَهَذَا مَلَخْوَةً مِن جِوَابٍ أَبِي عَبْد اللَّهِ الْفَشْتَلِي، الْوَنْشَرِيِّ، الْمِعْبَار الْمُعْرِب ٦/٣٩٣.
فيما يترتب عليه من الأحكام زائدًا على ما ينجمي بحكم التبعيّة لا بحكم الأصالة، أو مُودّ إلى أمرٍ أشدّ عليه من مُقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نُجِيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل؛ تُنظر إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجحًا، فهو راجح بالنية إلى إبقاء الحالة على ما وقع عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشدّ من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجوانب أقوى بعد الوقوع لمن اقترن من القواعد المرجحّة(1).

ومن الأمثلة التي تُجلّي براعته المالكية في إعمال النظر المصلحي في مراعاة الخلاف، تقريرهم لبعض الأحكام المختلف فيها إذا عُيِّن عليها بعد الدخول؛ أمّا لو وقفت عليها قبل الدخول لما أُقرّت؛ لأن عدم الإقرار بعد الدخول والبناء يُشئ ضرراً بالغاً بما يوجب أن ينظر إليه نظراً معايناً ليُراعى فيه هذا الضرر الحادث، فقالت المالكية بإقرار مثل هذه العقود بعد الدخول، قال الشافعي: "وإجراهما التكاح الفاسد مُجرَّى الصحيح في هذه الأحكام وفي حُرمة المصاحبة وغير ذلك، دليل على الحكم بصحته على الجملة، ولاً كان في حكم الزنا؛ وليس في حكمه بإتمام، فالتكاح المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلاف فلا تفع فيه الفرقة إذا عُيِّن عليه بعد الدخول؛ مُراعاة لما يقترب بالدخول من

(1) الشافعي، المعارف 4/2034-2040.
الأمور التي ترجح جانبي التصحيح. وهذا كل نفس نظر إلى ما يؤول
إليه ترتيب الحكم بالنقض والإبطال، من إفصاحه إلى مفسدة نوازي
مفسدة النهي أو تزيد(1). 

وفي سياق هذا النمط المصلحي نرى أن المالكيّة يقترون بعض
الأنكحة بعد الدخول إذا طال الزمان وولدت المرأة الأولاد(2)،
فطول الزمان وولادة الأولاد كان الباعث لإقرار ذلك النوع من
الأنكحة. والحقيقة أن الباعث كما هو لائق للنقض كون التفريق
وعدم الإقرار بعد طول زمان التكاح وولادة الأولاد، مما يتبعت
منه الصغر البالغ الذي ليس يخف ولا مختلف فيه، فاقتضى هذا
الصغر من المالكية أن يقرروا هذا النوع من الأنكحة جريبا على
أصلهم العتيد في رعي المصلحة الشرعية المعترفة.

ومن المسائل التي يتجلى فيها هذا الملاحظة مسائل البيع
المختلف فيها التي ليست بالحرام البيين، ففي مذهب مالك
أنها إذا فاتت فإنها تقر ولا تتفش(3). ويكون الفوت فيها بأحد
الأمور هي: حوالا الأسواق في غير الرباع، وتلف عين المبيع أو
نقصانها، وتعلَّق حق الغير به، وطول المدة من السنين نحو

(1) الشافعي، المواقف 4/2.05
(2) كما في نكتة البيعة من غير تحقق الشروط المشترطة في ذلك: الدسوقي، الحاشية
2/24، علیش، منج الجليل 3/1.36، وانظر الأنكحة التي تفتوت بعد طول مدة
الدخل وولادة الأولاد في: التفاصيل لأبي عمر الفاسي 99.
(3) المواقع، النج والرجل، الإكيل 257/6، المواقع، الخرشي، شرح مختصر خليل 5/
86، المفاوض، الفراوي، الفواكه الدواهي 88/2، علیش، منج الجليل 5/16.
العشرين في السَّجر (١). 
والأصل في مذهب مالك أن البيع الفاسيد لا يُفيد ملكًا؛ لكن هذا الأصل مُقَيِّد عند المالكية بأن لا يُجْرِّي إلى ضَرَرٍ، فإن جر إلى ضَرَرٍ فإن دليل الأصل المقتضي لعدم الملك قد عارضته قاعدة:
«لا ضَرَر ولا ضَرار»؛ فَيُحَمِّل البيع الفاسد على وفق هذه القاعدة (٢). وعليه، فإن البيع المختلف فيها بعد الفوات ممَّا يَتَعَلَّق بها ضَرَرٍ في حال عدم إقرارها، فأخذ المالكية بأصل نفي الضرر، فأقوَّوا على أساسه هذه العقود.

(١) السلماني، شرح اليواميت الأدنية ٢/٥١٤-٥١٧، القرافى، شرح تقييم الفصول ١٧٥، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ٥٨٨ الهامش.
(٢) ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح ٨٨/١.
الفرع الثالث

ال الاحتياط

ومن المصالح التي يُلحظُها المجتهدُ في مُراعاته للخلاف:

الاحتياط. ومن جملة الأمور التي يحتاط لها في مسائل رعي
الخلاف: الفروج (1)، فحُفظُها يُفتحم أن لا تعامِل الأنكحة
المختلفة فيها معاَمَلة الأنكحة الباطلة التي هي في آثارها مثل الزنا
في عدّة ترتيب آثار التّكاح الصحيحة عليها. فمَحتثم الاحتياط
للفرّوج والضَّمْنُ لها، أُجريت على التّكاح الذي أُثير فيه الخلاف
بعض الآثار التي تترتِب على الأنكحة الصحيحة، بما يكفي لها
مُفايرقة الأنكحة الباطلة بافتِفاق، ومُباينة السّفاح.

وهذا ما قرَّره أبو عبد الله الفشتالي في جوابه عن إشكالات
الشّاطبي، حيث أُبان أن مُحتتم الدّلائل الأصليّ أن لا يقع الطَّلاق
ولا الميراث في تكاح السّغار وغيرها ممَّا اختلفوا فيه من
الأنكحة؛ لكن لَم يعارض دليل الاحتياط للفروج في مسألة التكاح
بعد الوَقْع، ترجح دليل المخالف؛ لأن الترجيح يقع بأدنى مُحرَّك
للظُنّ (2).

(1) انظر: عاش، فتح العلي المالك 2/900.
(2) الوشريسي، المعيار المعرب 2/923.
والظاهر أن المالكية في عمليَّة رَعِيَّهم للمخلوق يُصِدُرون من أصلهم في الاحتياط ومراعاة الشيبة، فحتماً كانت المسألة من شأنها أن يحتاط لها ويعاوى فيها الشيبة، فإن المالكية يجعلون الخلاف المعتبر ممّا، شأنه أن يكون مثيرًا للشيبة وقائيًا لها من مكانيها، وغالباً ما يكون انتِقاء الشيبة بالاحتياط.

مثال ذلك: مسألة نكاح المريض مِرْضَ الموت، هوَ نكاح فاسِدٌ عند المالكية؛ إلَّا أنهم لَمَا علموا يَوقفوا الاختلاف فيه، رَبِّوا عليه بعض آثار النكاح الصحيح لقيام الشيبة. قال ابن أبي زيد القيرواني في مسألة طلاق المريض: «وأَمَّا قولُهَ يُفسَّح بطلاقٍ فإنهما احتاط على الزوج الثاني إن تزوَّجت غيره وعليها، لِمَا في نكاح المريض من الاختلاف، فَجَعَل بذلك الاختلاف شيبة أوجب الصداق بالمسيس، وألَّحق بها الولد، ثم احتاط بِحَقِّ الطلاق في قَسْحه؛ إذ لا ضَرْر يلحق الزوجين بن ذلك، إلَّا ما فيه من الاحتياط، لِمَا عَسَى أن يكون في الاختلاف في ذلك من الاحتيال؛ وهذا شأنه كِفَّةٌ، أن يميل إلى الاحتياط الذي لا يَعيِّر شيئًا من الأحكام، وهذا من توقيف الشهبات».

وليس كل مسألة رُوعي فيها الخلاف، هي مبينة على النظر للشيبة ورعاية الاحتياط، فمسائل العبادات التي بُنيت على مراوعة

(١) المواقِ، النجاح، والإكالٍ ٩٠، الحُطَابن، مُواهب الجليل ٣٤٠، النُفَروَيّ، الجوامع الدواني ١١٤.
(٢) ابن أبي زيد القيرواني، الذي عن مُواهب مالك ٤٨ ب.
الخلاف بعد الوقوع، لا ينظّر فيها إلى رعاية الاحتياط، وقد تقدّم
أنّ غالب مسائل العبادات يمّا في هذا الباب مبنّي على رفع الحرج
بإسقاط التكليف وعدم إلزامهم بالإعادة فيما تكون الإعادة فيه قرّة
لعدم الإجراز. ورفع الحرج فيما هذا سبيله يخالف الاحتياط
مخالفةً ظاهرة، لأنّنا لو أعملنا أصل الاحتياط لما أقطعنا التكليف
فيما اقتصاء الدليل الأصلي؛ فمثلا الماء القليل الذي وقع في
نجاسة يسيرة ولا تعمّر أحد أوّلاته، منهم بعض المالكيّة فيه أنه
نّجس، ويحتاج به إلى التيمم، وكان مُقتضى هذا أن من توضّأ به
أعاد أبدا في الوقت وخارجه؛ لكنهم رأوا الخروج قالوا يعيد في
الوقت فقط على قبضة الاستحباب. ولأنّا أجرينا الاحتياط لما
سرطت الإعادة، فهو مطلوب بالإعادة أبدا؛ إذ هكذا مُقتضى
الاحتياط.

وأصل الاحتياط من الأصول التي يُبنى عليها مسائل الخروج
من الخلاف، إذا ابنتاؤه في كثير من مسائله على أصل الورع الذي
يربط بالاحتياط سبب قوي.

ويليق الشبهة تكون من جملة مُقتضيات الأخذ بمراعة الخلاف،
لما في قيامها من تلافيها بالاحتياط. لذلك ما يذكر في الاحتياط
جاري على قيام الشبهة. وقيل الشبهة لا تقتصر على الخروج من
الخلاف، بل فهي تتعدّى ذلك لتشمل بعض المسائل المندرجة
ضيّم مراعة الخلاف بمقهومه الخاصّ.

والشبهة التي قد ينظّر إليها في مراعة الخلاف بعد الوقوع,
ناشئة عن قوّة الخلاف التلازيم لقوّة الدليل في المسألة، وما لم يكن الدليل قويًا، فلا محل للشبّهة فيه. قال ابن أبي زيد في بعض مسائل مراجعة الخلاف: «...لمّا في نكاح المريض من الاختلاف، فجعل بذلك الاختلاف شبهة أو جبّت الصِداق بالمسيس، وألحق بها الولد»(1).  

* * *

(1) ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مناهب مالك 48/ب.
المبحث الثاني

أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي:
أدلة الحجية، والإشكالات الواردة عليه، ومجال إعماله،
وعلاقات الأصول الاجتهادية في المذهب

وفي هذا المبحث أربعة مطالب، وهي:
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجة مراعاة الخلاف.
المطلب الثاني: الإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف.
المطلب الثالث: مجال إعمال أصل مراعاة الخلاف.
المطلب الرابع: علاقة مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في
المذهب.
إذا استبان مفهوم مراعة الخلاف وشروط الأخذ به، لزم أن أعرِض لأدلّة مراعة الخلاف، والمَدْرِك الشَّرعيّ الذي يصلُ عنه؛ ثم أطرق بالبحث والبيان الإشكالات التي بنى عليها المعترضون اعتراضهم على هذا الأصل، وبعده آتي على إبراز المجال الذي يكون فيه إعمال هذا الأصل، ثم أقي ذلُك ببحث مِدَى الارتباط والعلاقة التي تحكَم هذا الأصل مع باقي الأصول الإجتهاديّة في المذهب.
المطلب الأول

الأدلة الناهضة بحجة مراeaة الخلاف

أولاً: أدة الاستحسان:

ممَّا يُمكن أن يستأنس به في هذا المقام أدلة الاستحسان؛ خاصًة وأن بعض أعلام المذهب المالكي يجعلون مراeaة الخلاف من قبئ الاستحسان؛ وقد احتج القبَاب في جوابه الثاني للشاطبي على قوله مراeaة الخلاف بأدلة الاستحسان (1). لكن سبَّب أن تجلى مُفارقة مراeaة الخلاف للاستحسان في غير ما شيء؛ لكن الأصليين يصدِّران عن منطق اِجتهادي مشتركي، وعليه فإن أدلة الاستحسان ممَّا يستأنس بها في هذا المقام. ومن خالف في الاستحسان وحجيته، فهو مخالف في مراeaة الخلاف، لذلك نجد القبَاب علق على إشكالات الشاطبي بقوله: «يكل لها إيرادات شديدة صادرة عن قريحة قياسية مُنكَّرة لطريقة الاستحسان» (2).

وأدلة الاستحسان تدل على القدر المشترك بينه وبين مراeaة الخلاف؛ وهو ترك الدليل الأصلي في بعض مُقتضياته، لما عارضه من كليل أقوى.

(1) الشاطبي، الاعتصام 3/280، الونشريسي، المعيار المعرّب 8/363.
(2) الشاطبي، الاعتصام 3/280، الونشريسي، المعيار المعرّب 8/363.
ثانياً: أهلة التفرق ما بين ما قبل الوقوع وبين ما بعد الوقوع:

مما يُحتج به لمذهب المالكيّة في التحلل بأصل مراعة الخلاف، أن التفرق بين ما قبل الوقوع وما بعد الوقوع في الآثار، ممّا كتب في الجملة -في الشّرع، وفي قُناوى الصّحابة رضي الله عنهم، الذين هم معلم الأمة وأهداها سبيلا:

فمن الشّرع:

(1) حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تزوّج المرأة" المرأة، ولا تُزوّج المرأة نفسّها؛ فإن الراينة هي التي تزوّج نفسها"(1).

(1) هذا الحديث مروي من طريق: محمد بن سيرين عن أبي هريرة. وقد اتفق فيه:

بين زفهه، ووقفه، وزفه بعضه ووقعه بعضه الآخر:

فرواه مرفعاً كله: ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا يكاح إلا بولي (1882)، والدّارقطني في "الشنّا"، كتاب النكاح، 27، والبيهقي في "السنن" 78/10/11، والدّارقطني في "الشنّا"، كتاب النكاح، 3/27، والبيهقي في "السنن" 14/12، من طريق: جعفر بن الحسن السككجي حديثاً محمد بن مروان العقيلي حديثاً هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً، ومحمد بن مروان ليس بالقوي.

وتابع محمد بن مروان في روايته عن هشام: مخلّد بن الحسن، فقد روى الدارقطني في "الشنّا"، كتاب النكاح، 28/27، والبيهقي في السنن 78/11، من طريق مسلم بن عبد الرحمن الجرمي ثنا مخلد بن حسان عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين، به، ومسلم بن عبد الرحمن الجرمي، هو ابن أبي مسلم، ذكره الحافظ في "النساء": قال ابن جبان في "الشافع"، أخطأ. وقال الأروي: حديث لابن ماجه لا يتابع عليها... وأثوابه له البيهقي من وجهين عنه من مخلد بن حسان عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً: "لا يقل أخذكم زرعته، ولكن ليقل حرته"، وقال: إنه غير قوي. فثبت: وليس في إسناده من يُظَلَّ فيه غير مسلم هذا."
وحدث عائشة مرفعا: «أنَّمَا امرأة نكحت بغير إذن موالاتها فنكاحها باطل - مثلث مرات - فإنَّ دخلها بها فالمهر لها بما أصاب منها».


ورواه كذلك ابن عبيدة عن هشام عن ابن سيرين، كما أشار له البهقي. وروى الدارقطني (7/227) من حديث الفضل بن شميل أنا هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، والزانية هي التي تنكح نفسها بغير إذن ولبها».


وسنده صحيح.

قال البهقي في «السنن» (7/111/1344/1310هـ)، معلقًا على رواية الأوزاعي: «هذا موقوف، وكذلك قاله ابن عبيدة عن هشام بن حسان عن ابن سيرين، وعبد السلام بن حرب قد كتب المستند من الموقوف، فيشبه أن يكون قد حُفِظ، والله تعالى أعلم».

(1) الحدث بهذا اللفظ مروي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة. ورواه عن الزهري: سليمان بن موسى، وبعده بن جعفر.

فرواه ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة، به، مرفوعاً.

أخرجه أبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في الوالي، رقم: 2087، والترمذي في الجمع، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: 11، ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (1879)، وأحمد في المسند (7/2411/1343هـ)، والداوسي (7/184)، وأرباب الجارودي المتنقى (5/7)، وأين حبان في صحيحه (4/506).
فحكم أولاً ببطلان العقيدة وحربته، وأكذبه بالتكرار ثلاثًا،

والحاكم في المستدرك (182/6/1872)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط
الشيخين».

لكن في رواية ابن علية عن ابن جريج (في المستدرك 742): قال ابن جريج:
فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث، فلم يعرّفه، قال: وكان سليمان بن موسى
وكان! فاقتني عليه.

ولم يترقّب ابن معيين وأحمد بن حنبل ما زواه ابن عليّة عن ابن جريج، قال ابن
معين (الدوري 161): «ليس يقول هذا إلا ابن عليّة، وإن عليّة عرّض كتب ابن جريج على
عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد فأصدح حالاه»، ونقل الحاكم (المستدرك 182/2،
وعنه البهتري في «السنن» 7/101) بإسناده لأبي حاتم الرزاز، قال: قال أحمد بن حنبل:
أيّ جرّيج له كتب مدوّنة، وليس هذا فيها!» يعني حكايته ابن عليّة، اهده وعليه تسلم رواية
ابن عليّة، فليس بضيّرة، كما قال ابن حبان، البهتري، والحاكم،
وابن الجوزي.

وقال في التثقيف: معتقلاً تصحيح الحاكم: «وسلّمان بن موسى ليس من رجال
الصحيح، بل هو صدوق، وقال فيه النسائي: ليس بالقوي في الحديث.

أما رواية جعفر بن ربيعة عن الزهري: فأخرجها أبو داود، رقم: 75274، من طريق
القلعي عن ابن لهيعة، لكنه عن ابن جعفر، وأحمد بن حنبل، عن حسن عن ابن لهيعة عن جعفر،
والطحاوي في «شرح معاني الآثار» 1370 عن أسد عن ابن لهيعة عن جعفر. ولكن وقع
خلاف في رواية ابن لهيعة، فرّز قطط في «شرح معاني الآثار» 1370: حينذا
زعج الجزيز قال حسان أبو الأسود قال أحدهما ابن لهيعة عن عبد الله بن أبي جعفر
ابن شهباز، فذكر بإسناده مثله.

وقد صحّح ابن تيمي هذا الحديث من طريق سليمان بن موسى عن الزهري، قال (تاريخ
الدوري 1029): «ليس صحيح في هذا شيء إلا حديث سليمان بن موسى...» أما
أحمد بن حنبل، فضعف في رواية حرب الكرماني كل ما روّي من مرفع في هذا الباب،
والغريب أنه ضعف حديث سليمان يقول ابن جريج السلفية! ولما روّي عن عائشة من
مخالفة لظاهر الحديث! (انظر مسائل أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهوي، رواية حرب
الكرماني، ص/44-46).»
وسمَاه زناً، وأقل مُقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملةً، لكنه أدرجه بما اعتباره في بعض آثاره بعيد وقواعده، بقوله:

ولها مهرها بما أصاب منها، ومهر البغنم حرامٌ.

(2) عن عائشة، قالت: كان عتيبي بن أبي وقاص في ذلك، فقال:

أخي سعيد بن أبي وقاص، فدام أن ابن وليدة زمعة بنتي فاقتضيه، قالت:

قلت: كان عامم الفتح أخذ به سعد بن أبي وقاص، فكان: «أني أخي قد عهد إلي فيه». فقام عبد بن زمعة فقال: «أني، وأني وليدة أبي وليد».

«يا رسول الله، ابن أخي، كان قد عهد إلي فيه». فقال عبد بن زمعة:

«أني، وأني وليدة أبي، وليد على فراشه». فقال رسول الله:

«هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي: «الولد للفراش، وللمهاجر الحجر، ثم قال لسودة بن بَن زمعة زوج النبي:»

«أحتجبي منه» لما رأى بن شهله بعثية.

قال ابن عرفة: "وصحة الحديث ودلالة على ما قلناه وضحية عندي، بعد تأتمل ما قلناه، وفهم ما قرأناه".

(1) قاله القطاب. الاعتصام 3/88-89.

(2) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأفكار، باب القضاء بإلحاق الوعد بأشياءه، رقم: 2157، ورواه من طريق مالك: البخاري في صحيحه، كتاب البيع، باب تفسير المشتقات، رقم: 203.

(3) لونشريسي، المويه المغربي 2/379، عشيش، فتح العلي 2/61، الحجري، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي 1/455، القاني، متأخر أصول الفتوى 359.
فالحكم الأصلي أن الولد ملحق بصاحب الفراش، لأن الولد للفراش. ومُقتضى هذا أن آثار ثبوت الانسابة تثبت كلها، كالمخربة، ووجاز إظهار ما يظهر من المحارم. إذا النبى ﷺ لم يجر على ابن وليدة زوجة كل آثار ثبوت النسب، فقد أمر سودة بنت زمعة - وهي أخته! - بالاحتجاب منه، لما رأى من شبهه بنت أبي وقاص. 
فأُعَمِّل في الحديث مُقتضى التليل الأصلي، فحكم بالولد لصاحب الفراش، دون إهمال لإعمال ما عارضه من الشبه الذي في الولد لن أدعاه، فهذا الشبه أثار شبهة، لزِمَّ عليها أن يعطى لها حكم الاحتياط، فأمر النبي ﷺ زوجها سودة بالاحتجاب منه.
قال ابن العربي: «القضاء بالراجح لا يتخطِّح حُكم المرجوع بالكنية، بل يَجِب العطف عليه بحسب مرتبتة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واختيجي منه يا سودة».

ومع أنه أثر عن الصحابة رضي الله عنهم في المغايرة في الحُكم بين ما قبل وقوعه الفعلي وبين ما بعد الوقف:
مسألة المرأة يتزوجها رجلان، ولا يعلم الآخر منهما بتقديم

(1) على اختلاف طويل في معنى الحديث وتأويله، وهذا الذي ذكرونا تفسيره هو أقرب إلى تأويل الكوفيين، وقد قال بعض المالكية له، كما حكاه ابن عبيد الشرب، لكنه لم يرتضي. انظر المتقي للباحي 96/4، والمعهدي لابن عبد البر 100/8 وما بعدها، وعارضة الأحوذي لابن العربي 103/3 وما بعدها.
(2) الوزشري، المجيال المغريب 12/36. وعنه: على، فتح العلمي 1/82، وكان الذي عليه ابن العربي في الارية وفي القياس لا يتوافق مع هذا القول.
يُكَاحُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْبِنَاءِ بِهَا. فَأْفَاتِهَا عَلَيْهِ بِنَّاِلْكَ عُمْرٌ وَمُعَاوَىٰ.

وَالْحَسَنُ رَضِي الله عَنْهُمْ، وَنُسِبَ مَثْلُهُ أَيْضاً لِعَلَي یٰهُ (۱) .

وَمَثْلَ ذَلِكَ مَا قَالَهُ فَقِهَاءُ الصَّحَابَةِ فِي مَسَألَةِ امْرَأَةِ المَفْقُودِ(۲) .

وَقَدْ تَقْدَّمَ بِسْتُرِّ الْمَسَألَتِينَ فِي مِبَاحِثِ الْإِسْتِحْسَانِ، فَلْيُنْظُرُ تَمّ.

وَقَالَ الْقِبَابُ بَعْدَ ذِكْرِهِ لِمُثْلِ مِنْ فَتَاوى الصَّحَابَةِ رَضِي الله عَنْهُمَّ، فَرَفَعُوا فِيهَا بِحَالَةٍ مَا قَبْلَ الْوَقْعَ وَمَا بَعْدَ الْوَقْعَةِ: «وَمَثْلُهُ فِي قَضَائِلِ الصَّحَابَةِ كَثِيرٌ»(۳) .

ثالثًا: الْأَخْذُ مَرَاعَةَ الخِلَافِ أَخْذٌ بَالْبَلِيلِ الْرَّاجِحِ، وَالْقَولُ بِهِ

لاَّ يُضِلْ فِي الْطِيْنِ:

الْأَخْذُ بِرَعْيِ الخِلَافِ لَيْسَ فِيهِ اعْتِبارٌ لِصِوْرَةِ الخِلَافِ؛ وَإِنَّمَا تَرِجْعُ حَقِيقَتُهُ إِلَى الْأَخْذِ بِالْبَلِيلِ الْرَّاجِحِ فِي حَالِ وَقْعَةِ الْفِعْلِ;

والْأَخْذُ بِالْرَّاجِحِ وَاجِبٌ بِالْإِجْمَاعِ مِنْ الأَئِثَّةِ المَعْتَبِينِ(۴) .

وَقَالَ ابْنَ عِنْدَةٍ عِنْدَا مُدَّرَكُ مَرَاعَةَ الخِلَافِ: «وَأَمَّا دَلِيلِهِ شُرَعًا، فَمَنْ وَجِهِنِ: الْأَوَّلُ: وَجْوَبُ الْعَمَلِ بِالْرَّاجِحِ؛ وَهُوَ مَقْرَرٌ فِي الأَصْولِ...»(۵) .

وَعَلَى، فَإِنَّ الأَدِلَّةِ الَّتِي دُلِّتْ عَلَى تَقْدِيمِ الْرَّاجِحِ عَلَى الْمَرْجِحِ

(۱) الْقَانُوْنِيَّةُ، الْأَعْتَصَامِ ۸۰۸-۸۰۰.
(۲) الْقَانُوْنِيَّةُ، الْأَعْتَصَامِ ۸۰۲-۸۰۱.
(۳) الْقَانُوْنِيَّةُ، الْأَعْتَصَامِ ۸۰۵-۸۰۴.
(۴) ابْنِ عِنْدَةَ، جَامِعُ بَيْنِ الْعَلَمِ وَفَضْلِهِ ۸۲/۲-۹۰۳-۹۰۴، المَقْرِيُّ، الْقُوَّادِ رَقْمُ ۴۳۴.
(۵) الْوَشْرِيُّيِّي، الْمُيَلَّةُ الْمُعْرُوبُ ۷۹۷-۷۹۸، عَليَّ، فَحْ فَالْعَلَيْنَ ۲۰۱۰، ۱۱۱، الْلَّيْثِيُّ، مُنَارُ أَصْولِ الْفَتْوَى۵۵۹.
شاهدت على اعتبار أصل مراعاة الخلاف؛ وكثير من الاعتراضات التي فُوقَ بها المنكرون لمراعاة الخلاف على القائلين به، كانت ترجع إلى اعتبار هذا الأصل رعاية للخلاف نفسه لا للدليل، وأنَّ فيه تركاً للدليل الراجع من غير موجب؛ وهذا ما لا يقول به المالكية على التحقيق عندهم.

فالأخذ برعي الخلاف ليس من ترك الدليل الراجع إلى غيره؛ بل إن حقيته أخذ بالدليل الراجع في المحل الذي رجح فيه؛ والترجيح يختلف بحسب المحل وما يُتعلق به من مرجحات، فقد يُرجح في ظرف معيَّن دليل، ويُرجَّح في ظرف آخر الدليل المقابل له، لا على أنه ترك للمرجح الأول، وإنما هو تمسك بما احتفظ بالدليل المقابل من أمارات ومرجحات جعلت هذا الدليل هو الراجع في هذا الظروف، ففي الحقيقة هناك مسألتان لا مسألة واحدة: المسألة قبل الوقوع فيها أثبات؛ والمسألة بعد الوقوع وهي مسألة تختلف عن المسألة الأولى؛ لذلك جَدَّ النَّظر فيها وفي أدلةها، فأَخْذ غير الدليل الذي أخذ به في المسألة الأولى، ترجُح الدليل المقابل على الدليل الذي اعتمد في المسألة الأولى.

قال الشافعي: «وقد سألت عنها (أي: عن مراعاة الخلاف)

جماعة من الشيوخ الذين أدركتهم:

فمنهم: من تأوَّل العبارة ولم يحملها على ظاهرها، بل أنكر مقتضاهما بناءً على أنها لا أصل لها؛ وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنهج ابتداء ويكون هو الراجع، ثمَّ بعد الوقوع يصير
الرَّاجِحُ مَرْجُوحاً لِمَعَارضَةٍ دَلِيلٍ أَخَر يَقْتَضِي رَجُانَ دِلِيلٍ

المخالف، فيكون القولُ بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما

مسائلتان مختلفتان فليس جمعاً بين متناهيين، ولا قولاً بهما

معًا.

وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الفَشْتَالِيُّ: «فَالإِمَامُ مَالِكُ رَحْمَاتُ اللَّهِ عَلَيْهُ، إِذَا تَرَّجَحَ

عَنْهُ دِلِيلٌ المَنْعُ مِنْ الإِقْدَامِ مثلاً، أَطْلَقَ المَنْعُ وَالْتَحْرِيمٍ وَلَمْ يَرَاع

مَا خَالَفَهُ لِمَرْجُوحيَّتهُ، وَهَذَا قِبْلَ الْوَقْعَةٍ؛ فَإِذَا وَقَعَ الْفَعْلُ المَنْعٍ

وَأَرْدَنَا تَرْتِيبَ آثَارَ المَنْعُ مِنْ عَدْمِ الإِجْزَاءِ فِي الْعِبَادَاتِ، وَعَدْمَ تَرْتِيب

آثَارَ الْعَقْوَةِ عَلَيْهَا فِي الْمَعَالَمَاتِ، وَجَدْنَا هَنَاكَ أَدْلَةٌ جَدِيدَةٌ تَشَافَت

لُمْ تَكُنْ مُوَجَّةَةَ حَالُ قِبْلَ الْوَقْعَةِ . . .

(1)

رَابِعًا: تَخْرِيجُ مَرَاعَةَ الْخَلافِ عَلَى أَصْلَ اعْتِبارِ الْمَالِ:

وَمِنْ أَدْلَةٍ مَرَاعَةِ الْخَلافِ أَصْلُ اعْتِبارِ الْمَالِ؛ فَإِنَّ هَذَا الأَصَل

شَاهِدٌ لِمَرَاعَةِ الْخَلافِ يُسْتَأْنِسُ بِهِ، وَقَدْ فَرَّغَ الشَّاطِبِيُّ عَلَى أَصِل

مَرَاعَةِ الْمَالِ قَوَاعِدَ كَانَ مِنْ جِمْلَتِهَا قَاعِدَةُ مَرَاعَةِ الْخَلافِ، قَالَ

الشَّاطِبِيُّ: «وَمِنْ هَذَا (أَيِّ: وَمَهَا يَبْنُى عَلَى اعْتِبارِ الْمَالِ) قَاعِدَةُ مَرَاعَة

الْخَلافِ» (2).

وَتَقْرِيرُ اعْتِبارِ الْمَالِ فِي مَرَاعَةِ الْخَلافِ يُكُونُ بِما يَلِي:

____________

(1) الشَّاطِبِيُّ، المواقفات 4/151-152.
(2) الزوسي، المعاري المعرب 2/1396.
(3) الشاطبي، المواقفات 4/207.
إن وقوع المنهي عنه أنتج حال وقوفه أثرا لم يكن في البدء،
وكان لهذا الأمر اعتبار في تجديد النظير في المسألة بعد الوقوع;
لوجوب استناف الإجتهاد في المسائل التي حصل في تشكيلها وما
يحتفظ بها من قرائن وآثار ما تغير المسألة المجتهدة فيها أولًا؛
وإذا تغيرت المسألة وطبيعتها وجب أن يجتهد فيها وينظف في الأدلة
نظراً مستأنفاً.

هذا الأثر في الجملة يكون ضررا حاصلا لمن واقع المنهي
عنده المختلف فيه؛ وهو أثر زائد على ما يجب بحكم الأصلية،
ففيكون المقابل إليه أمر من واقع المنهي عنه المختلف فيه أشد عليه
من مقتضى النهي؛ وعليه فإن الجري على مقتضى العدل الذي هو
من مبانى التشريع يوجب أن لا يحكم عليه بحكم التنليل قبل
الوقوع؛ بل يكون هذا الضرر الذي لحق به سببا في تقوية التنليل
الذي قال به المختلف في المسألة الأولى، فيحكم له بحكم التنليل
الذي رجح بعد وقوع الفعل(1).

والمتليل على اعتبار الضرر بعد الوقوع تأثيره في حكم
المسألة- جملة أحاديث شاهدة لهذا التنأصيل:
الأول: حديث عائشة ﷺ في عزوته ﷺ عن بناء الكعبة على
قواعد إبراهيم (2)، فترك النبي ﷺ إعادة بناء الكعبة لما توقعه من
الضرر الذي يحصل عند وقوع البناء؛ فاعتبر مال الوقوع وجعله

(2) تقدم تجريبه.
مؤثّرًا في تشكيك حكم المسألة؛ فإنّ الكعبة من الأمور المطلوبة، فإنّ اعتبار Baldwin الوقوع ينشأ عنه دليلٌ يُحيل الحكم من الطلب إلى المعه(1)

الثاني: حديثه في ترك قتل المناققين: "لا يتحدث الناس أنّ محمداً يقتل أصحابه"(2)، فامتناع النبي ﷺ من قتل المناققين كان لحظًا لمآل وقوع الفعل، وهو خشية قاتلة الزور في أنّ محمداً يقتل أصحابه؛ فترك النبي ﷺ قتلهم لما نتج في حال توقع الوقوع من الضّرر الذي كان له فوّة في ترجيح الامتناع من الإقدام على قتل المناققين(3).

الثالث: وحديثُ البائع في المسجد وقوله: "لا تزرموه(4)، فإنّ النبي ﷺ أمر بتركه إلى أن يُنيم بؤله؛ لأنه لو قطع بوله لكان في تجيمُ ثيابه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر(5)."

(1) السّاطعي، المواقفات ٤٤/١٠٠٤.
(2) تقدّم تخرجه.
(3) السّاطعي، المواقفات ٤٤/١٠٠٤.
(4) السّاطعي، المواقفات ٤٤/١٠٠٤. والحديث رواه البخاري في كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، رقم ٦٠٤٥، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من التحبيطات إذا حلقت في المسجد...، رقم ١٨٥.
(5) السّاطعي، المواقفات ٤٤/١٠٠٤.
الإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف

بعد أن تقرر مدارك المالكيّة في حجيّة مراعاة الخلاف، أتى على تناول الإشكالات والاعتراضات التي أوردها بعض المالكيّة على هذا الأصل. والامام الذي اعتنى بهذه الإشكالات وحَرّر وجوهرها هو الإمام الشافعي، فلقد كان من عنايته بها أن راسل بعض أئمة المغرب وإفريقيّة سائلًا يَتّهم عن الكشف عما استوطن في هذا الأصل، قال الشافعي في (الاصطام): «ولقد كتب في مسألة مُراعاة الخلاف إلى بلاد المغرب وإلي بلاد إفريقيّة(1) لإشكالٍ عَرَض فيها من رجاعين»(2). وتُسقى هذه الأسئلة بالأسئلة الغرناطية(3)، ولم تكن مُتضمنة فقط لمسألة مُراعاة الخلاف؛ بل فيها أسئلة غيرها.

والملحوظ أن الشافعي قد استقر على دفع تلك الإشكالات وتقرير مراعاة الخلاف أصلا، بدليل أنّه تناول مسألة مُراعاة

(1) قال اليوشريسي: «وقد اعتمد هذه المسألة بالتحقيق، واعتني بالسؤال عنها الشيخ الإمام أبو إسحاق الشافعي رحمة الله؛ فكتب فيها ابتداء ومراجعة لمن عاصره من علماء فاس وإفريقيّة، بما ضمن البحث فيه كل سديد من الرأي، وأصل من النظر. فأجاب الإمام أبو عبد الله بن عرفة رحمة الله... وأجاب الفقيه أبو العبّاس القطبي، المعير المغرب 6/387.
(2) الشافعي، الاصطام 78/3.
(3) الرصاع، شرح حنود ابن عرفة 1/263.254
الخلاف في كتاب «الموافقات» وأورّد أوجيهة سليدة تدفع كل تلك الإشكالات التي راسل بها من رأس الس من أهل المغرب؛ وعدّ مراعاة الخلاف في جملة القواعد التي تبني على اعتبار المال والإشكالات الواردة على مراعاة الخلاف إثما تجري على
منطق من ينزل الأدلة التجريديّة على النوازل من غير اعتبار لخصوصيات التنزيل، وما ينشؤ عنه من آثار؛ أمّا من كان من
منهج اجتهاده لحفظ العوارض حال التطبيق، واعتبار المالات، والنظرة في نتائج الأفعال والتصرفات: فإن الإشكالات الواردة
على هذا الأصل تهون. وإلى هذا أشار القبّاب في جوابه للإمام السّطاقي، وتبّعه هو على ذلك، وجعل مراعاة الخلاف مما تبني
على اعتبار المال. كما أن جواب أبي عبد الله المشتائي عن أصل الإشكال، ممّا يجري على هذا التخرج؛ فالأصل: أن يّبّع اللّيل
إلا إذا توارّد على بعض المجالات أدلة كليّة خارجية تقتضي المّلود.
وبعد، فإني سأني في هذا الموضع الإشكالات التي أورّدت
على مراعاة الخلاف، وأورّدتها بالأجوبة عنها:

• الإشكال الأولى : الخلاف ليس حجة:

من الاعتبرات التي أورّدت على أصل رعي الخلاف، أن
الخلاف لا يكون حجة في الاستدلال؛ لأنّ من راعي الخلاف إثما
اعتبر الخلاف حجة له فيما ذهب وقلقّد من قول؛ والخلاف لا يكون
أبدًا حجة؛ ولأّ لانحلّت عرفة الشّرّع كله، قال أبو عمر بن عبد البر: «الاختلاف ليس بحجة عند أحد علميّه من فقهاء الأمصار؛ إلاّ مّن لا
يُصرّ له ولا معرفة عنه ولا حجة في قوله"(1).

الجواب عن الإشكال الأول:
والجواب عن هذا السؤال سُهل ليس فيه عناية؛ لأن هذا الاعتراف إنما أسس على تصور أنَّه أخذ بصورة الخلاف نفسه. وهذا ليس من مذهب المالكيّة على التحقيق، وإنما الذي يعترف المالكيّة -كما تقرّ فيما سبق- هو النّليل الذي ترجح عند المجتهد بعد وقوع الفعل؛ وإذا استبان أن الاعتراف مرتكيز على تصور خطأ، فإنّ ما اتبناه عليه فهو على شاكلته ومن جنسه، قال الرّصاع: "المّراوع في الحقيقة إنّما هو النّليل لا قول القائل، كما حقّقه السّنيّج ابن عبد الصّلام في أوّل شرّحه، وكذلك غيره"(2).

الإشكال الثاني: مراوعة الخلاف ترك للنّليل الرّاجح إلى غيره من غير حجة:

ومن الاعترافات التي تقلّدها من ردّ مراوعة الخلاف من المالكيّة، أنّ في الأخذ بهذا الأصل ترخي للنّليل الرّاجح؛ وترك النّليل الرّاجح إلى غيره من غير حجة باطل بالإجماع(3)؛ فما أدى إليه

(1) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله 2/179 [ط الرياض، تحقيق: زملي]. عنه:

(2) الرصاع، شرح حدوت ابن عرفة 1/263.

(3) قال ابن رشد الجد: "...لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم العالم فيما يرى باجتهاد أنه خطاً، وإنما اختلقوا عليه أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويدل من قد نظر فيها واجتهاد أم لا؟ ومذهب مالك الذي تدل عليه مسألة أن ذلك لا يجوز..." البيان والتحصيل 10/373.
فهو باطل.
قال عياضٌ: "القول بمراعة الخلاف لا يعَضَضُه القياس«[1]،
وكيف يترك العالم منتهبه الصحيح عنه ويغني بمنذهب غيره
المخالف لمذهبه! هذا لا يسوغ له إلا عند عدم الترجيح وخوف
فوات التغلب، فسوغ له التقاليد ويسقط عنه التكلف في تلك
الحادثة[2].
وقال الشافعی في إيراده للإشكال: "الدلائل هو المتبع، بحيث
ما صار يُصار إليه، ومات ما ترجح للمجتهد أحد الدلائلين على
الآخر - ولو بدأه وجه الترجيح - وَجَبِ التَّمَوَّيل عليه وإلغاء ما
سيؤره، على ما هو مقرئ في الأصول. فإذا، رجوعه لقول الغير
إعمال لدليله المرجح عنه، وإهمال لدليله الرئيسي عنده الواجب
عليه أتباعه؛ وذلك على خلاف القواعد!"[3].

الجواب عن الإشكال الثاني:
وهذا الإشكال لا موقع له بعد أن بسطنا فيه مواضيع متّئ سبق
حقيقة مراعة الخلاف؛ لأن هذا الاعتراض كان يصدر عن تسوّر
مِهِم لهذا الأصل؛ إذُ حسب وظن أن رئي الحكم يكون فيه تركُ

(1) قال المنجرفي شرح المنهج المنتخب: "لما فيها من عدم الجريان على مقتضى
الدلائل" 259.
(2) أي تكلف الاجتهاد.
(3) اليوشريسي، المعيار المعرِب 12/67، عاش، فتح العالي 1/26.
(4) اليوشريسي، المعيار المعرِب 13/31، الشافعي، الاعتدام 79-88/79-187،
اليوشريسي، المعيار المعرِب 6/387.
الدليل الزائف وإهماله إلى غيره؛ وهذا لا يصح لأنّ مراوغة الخلاف هو أخذ بالدليل الزائف عقيب الوقوع، بعد أن كان مرجحا قبل الوقوع، وانقلاب الرجحان كان بسبب ما ظاهر الدليل المخالف من أدلة عرضت لم تكن في المسألة قبل الوقوع.
ومن هذا يستنبت أنّ أصل مراوغة الخلاف ليس فيه خلاف للقواعد في وجوه الاستماساك بما رجح من الدليل والإعراض علمًا شال في ميزان الرجيح؛ بل إن مراوغة الخلاف ما هو إلا تشبه لهذه القاعدة، وتؤكد لها في أدق معانيها.
قال ابن عرفة مُجيبًا عن هذا الاعتراض: «الجواب ... أنه إعمال لدليله من وجوه هو فيه أرجح، ولدليل غيره فيما هو فيه أرجح عنده ... والعمل بالدليلين في كل ما هو فيه أرجح ليس إعمالًا لأحدهما، وتركًا للأخر، بل هو إعمال لهما معاً» (1).
وهذا ما قرّره أبو عبد الله البلتالي في جوابه للإمام الشافعي حيث إنه فسر حقيقة مراوغة الخلاف: بأنّ دليل المخالف بعد الوقوع صار عند مالك أقوى من دليله الذي منع به الإقدام.

الإشكال الثالث: ما ضابط مراوغة الخلاف؟

إذا كان مراوغة الخلاف أصلا في المنهج، فنّم لا يقترح في

(1) مكتبة الونشريسي، البصائر المُقرّبة، ٢٧٨-٢٧٩، عيش، فتح العلي ٢١، ٦١.
(2) مكتبة الونشريسي، المعيار المعرّب ٣٩٢، ٣٥٩.
كل المسائل؟ فإنًا نجد أن المالكية لا يعترفون رعي الخلاف في كثير من المسائل، ويلزم من هذا أن يب denom the ملحو المالكية في الأخذ به وعدم الأخذ به.

الجواب عن الإشكال الثالث:
ضابط المراعاة للخلاف هو ظهور القوة والرجلان في التَّلْيِل الذي تمسك به المخالِف، مع ما انضاف إليه من مُعضَّلات تقدَّم بياناتها. فإن قوي دليله وتَرجح بعد الوقوع على التَّلْيِل الأصلي للمجتهد أُخذ به، وإلا بقي على أصل دليله.

قال ابن عرفة: "الجواب ... أن نقول هو حجة في موضع دون آخر، وضابطه رجلان دليل المخالِف عند المجتهد على دليله في لازم مقول المخالِف، كرجلان دليل المخالِف في ثبوت الإرث عند مالك على دليل ذلك في لازم مدلول دليله، وهو نفي الإرث، وثبوت الرجلان ونفيه بحسب المجتهد في المسألة، ومن هنا كان رعي الخلاف في نازلة معمولاً به، وفي نازلة غير معمول به".

---

(1) البشرسي، المعبر المعرّب 3/366، اللقاني، من أصول الفتوى، 357.
(2) البشرسي، المعبر المعرّب 6/379، عليش، فتح العلي 2/30، اللقاني، من أصول الفتوى، 358.
المطلب الثالث

مُجالُ إعمال أصل مُراعاة الخلاف

أصل مُراعاة الخلاف معمول به في المذهب المالكي في غالب أبواب الفقه، فلست تجدُ بابًا من أبواب الفقه إلا وقد جُرِّى المالكي في بعض مسائله على أصل مُراعاة الخلاف، فالعبادات والأنظمة والمعاملات كلٌّ من هذه أبواب مثَّل أصل المالكي فيها أصل مُراعاة الخلاف واعتبروه؛ غير أنَّ الذي يُلاحظ أنَّ الأسباب الموجبة للأخذ بtraîماعة الخلاف في كلٌّ من هذه الأبواب مُختلفة، وليس بالمتَّفقة؛ كما سبقُ الإمامُ إليه في بحث المقتضيات المصلحية للأخذ بtraîماعة الخلاف. فغالبًا ما يكون المقتضي في العبادات رفع الحرج في إسقاط التكليف. وفي المعاملات يكون رفع الضرر هو الملحوظ كثيرًا. أمَّا في الأنكحة، فيعتبرون رفع الضرر، والاحتياط.

أمثلة في العبادات والمعاملات في رَغْي الخلاف:

فمن مسائل مُراعاة الخلاف في أبواب العبادات:

إذا دخل المصلّي مع الإمام في الركوع وكبر للرُكوع ناسبي تكبير الإحرام، فإنَّ حكمه في مذهب مالك أن يُتمادى مع الإمام؛ مُراعاة لقول من قال من أهل العلم إنَّ تكبيرة الرُكوع تُجزى عن تكبيرة
الإحرام.

ومن المسائل كذلك مسألة: قيام المتنزل إلى ثالثة وعقتها، فإنَّ حكّمه في المذهب المالكي أن يضيف إلى الركعة الثامنة ركعة
رابعة؛ مراوعةً لقول من يُجري التنزل باربع. والأصل أن التنزل في
المذهب لا يصح إلا بالركعتين فتلك ستة التنزل؛ لكن لما أوقع
المتنزل ثلاث ركعات عدل عن أصل المذهب وأخذ بمنهج من
قال من أهل العلم بجواز التنزل بالأربع؛ تصحيحًا للعبادات(3).

ومن أمثلة ما وقع للملكيّة في الأنكحة: ما تقدّم من أن كل
نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث ويقترب في فسخه إلى
الطلاق؛ رعيا لخلاف من خالف من أهل العلم(4).

ومن مسائل المعاملات أن بعض العقود المختلفَة التي في قِسادها
والتي ليست بالحرام البيّن: لا يفسخها المالكيّة مطلقاً؛ وإنما يُمضونها
بالثمن إذا فاتت، تلافيفاً لمسندن التكاثر والتسخ بعد الفوات؛ رغبياً لمن
لم يقبل بفسادها من أهل العلم(5)؛ وقد تقدّم ذلك.

(1) الشاطبي، المواقف 4/450، ابن رشد، المقدمات الممهدات 1/73،
البحث، مواليد الجليل ۲/۱۳۳۰.
(2) الدربدر، الشرح الكبير ۱/۱۹۶، الخريشي، شرح مختصر خليل ۱/۳۴۰،
الشاطبي، المواقف 4/۱۵۰.
(3) الشاطبي، المواقف 4/۱۵۰.
(4) المواقف، التاج والإكليل ۲/۶۵، الخريشي، شرح مختصر خليل ۵/۸۶،
الشراوي، الفوائد الدوائي ۲/۸۸، عيش، منج الجليل ۵/۱۶، الشاطبي،
المواقف 4/۱۵۰. أما المتفق على فسادها فيرد فات أو لم يفت.
المطلب الرئيسي

علاقة مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في المذهب

بعد عرض المباحث المتعلقة بمراعاة الخلاف، نأتي على بيان وجه العلاقة بين أصل مراعاة الخلاف وغيره من الأصول الاجتهادية في مذهب مالك. وعليه، فإن البحث سيتناول علاقة هذا الأصل بـ: المصالح، والاستحسان، وسد الضرر؛ وقد تقدَّم وجه العلاقة بين مراعاة الخلاف والاستحسان في مطلب فائت، فلا عبرة بإعادته.

الفرع الأول

المصلحة ومراعاة الخلاف

أصل مراعاة الخلاف من الأصول التي تُوَثِّق أصل المصلحة في المذهب المالكي؛ فإن الأساس الذي قام عليه هذا الأصل يرجع إلى تلمِّيح المصالح واعتبارها، فالعُدُول عن أصل الدليل الذي كان راجحا إلى مقتضى دليل المخالف بعد الوقوع في بعض الوجوه، إنما كان لما تلبِّست به المسألة بعد الوقوع من حدوث ضرر بالغ أو فوات مصلحة راجحة، فاستدعى نشوء الضرار أو فوات
المصلحة استنادًا للنظر في الترجيح بين الأدلة، وهذا الاستنادُ تَنْجَح عنه ترجيح دليل المخالف في المسألة قبل الوقوع، فلما كان رفع الضَّرر وتحصيل الصَّلاح من الأصول القطعية الثابتة في الشَّرع، فتقوى دليل المخالف على دليل أصل المسألة قبل الوقوع؛ إذ لا يصح في المنطق التشريعي الإسلامي أن يُتمسَّك بالدليل في كل حال حتَّى ولو أفضى هذا التمسمك إلى مُفارقة العدل وممازفة المصلحة، وهما الأساسان اللذان قام التشريع الإسلامي على اعتبارهما وبناء الأحكام عليهما(1). وعليه، فإن إعمال أصل مُراجعة الخلاف من مَظاهر مَعقِّلية الاجتهاد التَطبيقي لملاحظته مَالَ التَّنزيل، واعتباره لما تَنْجَح عنه الأفعال من مصالح ومفاسد والموازنة بين ذلك.

وقد تَقَدَّم في المطلب الذي عالجَت فيه المقتضيات المصلحية التي توجَّب الأَنْحَدُ بمُراجعة الخلاف - بِضَعْف لَزَغي جانِب المصلحة في أصل مُراجعة الخلاف؛ فأَمَّن ذلك عن إعادته في هذا الموضوع.

(1) المصلحة والعدل هما المقصدان الجوهريان في التشريع الإسلامي؛ انظر السنوي، اعتبار المآلات ومراجعة تناجى التصرفات ص/127 وما بعدها.
الفرع الثاني

مراقبة الخلاف وسدُ الذَّرائع

إِنَّ المَقارنة بِنَفْع أَصِيل الذَّرائع وأَصِيل مراقبة الخلاف تُضفي إلى أنَّ هَذين الأصليين يُجريان على وُفق منطق مُشتَرك؛ وإنّ كَانَ بينهما فُروقٌ جوهرية سبأني بيانها.

فَالمَنطِق المَشترِك بِنَفْع هَذين الأصليين أَنَّهما يُقَامان علَى أسَاس اعتبار المَآل، فَقَدْ عَدَدَ السَّاطِبي قاعدة سَدُ الذَّرائع وقاعدة مراقبة الخلاف من القواعد التي انسِبَت علَى أَصِيل اعتبار المَآل؛ فالذَّرائع هي تَذْرَع فَبُعِل جَائِز إِلَى عَمْل غَيْر جَائِز، فَالأَصِيل علَى المشروعيَّة والمَآل غَيْر مَشْرُوعٍ(۱)، فَمَنْفع الفَعل المُتَنْزِع بَهْ تنَزِيلًا لِجَرَمَت الفَعل مَنْفعًا فَعَلَى عَمْل جَائِز، فَبَعِلًا عِن نَتَّزِيل مَنْفعًا فَعَلَى عَمْل غَيْر جَائِز.

كَذَلِكْ فَإِنَّ مراقبة الخلاف هو نَظْر إِلَى ما يُؤُول إِلَى تَرْتُبُ الحَكم بالنَّفَصِّ والإِبطال مِن إِفساءه إِلَى مَفَاسِدة نُواَزِ عَن فَهْيِهِ أو تَزِيد(۲).

أَمَّا عَن الفُروق بِنَفْع هَذين الأصليين فَتَمثَلُ فيما يَلي:

أوَلًا: سَدُ الذَّرائع هو منعُ الجَائِز لِإِفساءه إِلَى المَمْنوع، فَالحكم المَنتَفِض عَنْهَا يُوْن مَمْنوعًا. أمَّا مراقبة الخلاف، فَالغَالِبُ

(۱) السَّاطِبي، المواقف٤/۱۹۸.
(۲) السَّاطِبي، المواقف٤/۲۰۵.
على عَّجُس سَدَّ الدَّرَائِعِ، إِذْ فيهما تَرْتِبُ آمَارٌ ما كان في الأصل ممنوعًا؛ فمُعْرِاَةُ الخلاف يَتَّلَقِّ عُمومًا بالِتَّجْوِيزِ في مُمَرَّأَ الْمَنَعِ أو الحكَم بالإِبِرَاءَ والِإِمْضَاءِ فيما كان أصلُه ممنوعًا بِحِيْثَ لا يَتَرْتِبَ عليه إِبِرَاءٌ ولا إِمْضَاءً.
ثانياً: لا يُشَتَّرَّطِ في سَدّ الدَّرَائِعِ وَجْوُدُ خَلَافٍ في المِسَأَلَةِ;
وَهَذَا عَلَى خَلاَفِ ما في أَصْلِ مُعْرِاَةِ الخِلَافِ.

***
المبحث الثالث

الشَّواهد التطبيقية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكي

وتأتي ناول في هذا المبحث خمس مسائل جارية على أصل مراعاة الخلاف، وهي:

المسألة الأولى: الصلاة على جلود الميتة بعد الدَّخَل.

المسألة الثانية: من قام لثالثة في نافلة.

المسألة الثالثة: من نسي الصلاة بين كل سبوع من طوافه.

المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي.

المسألة الخامسة: أقل الصداق.
الصلاة على جلود الميتة بعد الديغ

يُفصِّلُ الماليكية عند الماليكية نسجٌ حتى بعد الديغ، قال ابن رشد: «أُثُر أهل العلم يقولون إن جلد الميتة يُطهِّره الديغ، فيُباع ويُصلى عليه، وهو قول ابن وهب... والمشهور المعلوم من قول مالك: أن جلد الميتة لا يُطهِّره الديغ، ولا يجوز بيعه وإن دُعي، ولا يُصلى عليه»(2). فيُمْنع المصلِّي من الصلاة على جُلُودها أو الصلاة بها، غير أنَّه لو صلَّى بها أو عليها لم يُعد إلَّا في الوقت استِجِبابًا(3). وكان الأصلُ -كَلْمَّا لمقتضى نُجَاسة الجلد- أن تكون الصلاة باطلة، فيُطالب المصلِّي بإعادة الصلاة أبدًا في الوقت وخارجه، إلا أن الماليكية رأت خلاف الجمهور من خارج المذهب ومن داخله كابن وهب، في كون جلُود الميتة المُدبوغة طاهرة والصلاة عليها أو بها جائزة، فقالت الماليكية بعد إعادة الصلاة بعد

(1) الحطاب، مواهب الجليل 1/101، الخرشي، شرح مختصر خليل 89/1.
(2) الباجي، المئتين 3/135-143.
(3) المواق، الاقتراح والإكيل 1/143.
(4) الحطاب، مواهب الجليل 1/101.
الوقت، رَفْعًا لخلف من خلف من أهل العلم، والخلف فيه قويٌّ جدًا. وهذا لما في تَصْحِيح الصلاة من رَفْع للحِرْج بإبراء الذَّمة من التكليف.

قال مالك: «لا يَعْجِبُني أن يُصَلِّى على جلود الميتة، وإن دَيَغَت. وَمَن صلّى عليها أعاد ما دام في الوقت»(1).

المسألة الثانية

من قام لثالثة في نافلة

من عتب ماليك أن التنقل لا يكون إلا بالرَكعتين، فلا يَصْح التَنْقِل بالأربع، ولا بما زاد على ذلك، هذا هو الحكَمُ ابتداءً(2).

لكن من قام في نقل من اثنين ساهيًا وعقيد ثالثًا، فالمنهب عن أنّ عقد الثَنَّاء سُهِيًّا يرفع رأسه من رُكوعها، كَنَّل أربعًا ووجبًا، وهذا مَرَاعاةً لخلف من خلف من أهل العلم في أن التنقل يَقِع بالأربع(3).

أما من قام إلى خامسة عقِدُها أم لا، فعليه أن يَرْجِع إلى الجلوس مُطلقةً؛ فإن لم يَرْجِع، بَطَلَت صلاته. فَلِم يُرِع المالكيَّة(4).
قول من قال من أهل العلم بجواز التّنفل بما زاد على الأربع١.
وَوَجْهُ التَّرْقِق بين القيام إلى التَّلْثَاء، وبين القيام إلى الخامسة:
أن شرط إعمال مراعة الخلاف أن يكون قوي المذرك، فلا يكون شاذًا ولا ضيعفًا، والقول بجواز التّنفل بأكثر من أربع قول ضعيف المذرك عند المالكية، بخلاف التّنفل بالأربع، قال التّردير موجها الفرق بين المسائلين: » بناء على أنه لا يراعى من الخلاف إلا ما قوي وأشبى عند الجمهور، والخلاف في الأربع قوي بخلافه في غيره١٢).

المسألة الثالثة

قُرِن نسي الصلاة بين كل سبوع من طوافه

يوجب المالكية على من طاف سبوعًا في الحجج، أن يصلّى ركعتين؛ فإن هو شرعر في السبوع التّاني من غير أن يركن الركعتين، عليه قطع هذا الطواف لصلاة الركعتين؛ أمّا إنّه هو أتم السبوع الثاني، فإنه ي蜮د بهذا السبوع ولا يعيده مراعة لخلاف بعض أهل العلم، ثمّ يصلة لكل سبوع ركعتين٣.
قال سحنون: «قلتُ لابن القاسم أرأيت رجلا طاف سبوعًا

١ الددردر، الشرح الكبير ٢٩٧/١، الخرشي، شرح مختصر خليل٢٤٠/١.
٢ الددردر، الشرح الكبير ٢٩٧/١.
٣ الغراري، الفوائد الدواني٢٥٩/١.
فَلَمَّ بِرَكَعِ الرَّكَعَتَيْنِ ۖ ۗ حَتَّى دَخَلَ فِي سَبْعَةٍ أَخْرِيَ؟ قَالَ مَالِكُ: يَقْطَعُ الْقَلْوَاتُ الْثَّانِيَةِ وَيُصَلُّي الرَّكَعَتَيْنِ. قَلَّتُ: فَإِنَّهُ لَمْ يُصَلِّ الرَّكَعَتَيْنِ حَتَّى طَافَ بِالْبَيْتِ سَبْعَةً تَابِعًا مِنْ بَعْدِ سَبْعَةِ الْأوَّلِ، أَيْضًا لِلْكُثْبِ سَبْعَةً رَكَعَتَيْنِ؟ قَالَ: نَعَم، يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ لِلْكُثْبِ سَبْعَةَ رَكَعَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَمَّرَ ۗ قَدْ أَخْتَلَفَ فِيهِۚ١

المسألة الرابعة

النكاح بغير ولي

الموكلُ في منصب المالكيَّة أن النكاح دون ولي نكاح فاسد، بحيث يُفسَّحُ قبل النُّخول ويبعد. والقضاء الأصلي للفسخ والبطلان: هو عَدُمُ تَرْتِبْ أَثَارِه عَلَيْه مِنَ المَبَارِكِ وَتَسْرِ للإِحْمَادِ، وأن النَّسْقَ لا يكون بطلاً. ومعنى وقوع المحرمَيْنِ به: أن المرأة التي بَيِّن بِها في النكاح الفاسد تحرم عليه أنفُها وابنتها، وتحرم هي على أبائِه وأبنائِه، كتحريم النكاح الصَّحِيح لَأَنَّهَا تحمَّر عليه. ومُفتَضِى هذا: أن مَن نَكَح امرأَةٍ من غَير ولي، لم تكن أُمَّها ولا ابنتها حرًا عليه.٢

١) سحرون، المدونة ١٤٢٩/١.
٢) أبو الحسن، كفاية الطالب الرازي ٥٥/٢.
٣) أبو الحسن، كفاية الطالب الرازي ٥٥/٢.
غير أن المالكية رأوا خلافاً أهل العراق في المسألة فقالوا:

إن هذا العقد على فساده تثبت آثاره من ميراث ونذر للمحرمية، والفسخ يكون بطلاقٍ (1)؛ مراعةً لمنهب أهل العراق في اعتبار هذا النكاح صحيحًا لا إشكال فيه.

وفي منهب المالكية قول مصححي مفاده: أن النذول إذا طال زمنه ووليد لهما، فإنَّهما يقران على زواجهما؛ نظرًا للصرر الناشئ بعد الوقوع، لم يترتب على هذا النكاح من وقعة وطول عشرة.

قال الفاضلي إسماعيل بن إسحاق: «فإن تكَّحت المرأة بغير ولَّيٍّ، فُسخ النكاح. فإن دخل وفات الأمر بالذُّول أو طول الزمان والولادة، لم يفسخ؛ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلَّا الحرام البالٍ أو يكون خطاً لا شك فيه؛ فأتي ما يجتهد فيه الرأي و فيه الاختلاف، فلا يفسخ...» وقال: «ويشٌ على منهب مالك أن يكون النذولُ فوتًا وإن لم يتطاول؛ ولكنه احتاط في ذلك». قال:

والذي يشٌع عندي على منهب مالك في المرأة إذا تزوَّجت بغير وليّ ثمّ مات أحدهما، أنهما يتوارثان... وقد ذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يرى بينهما الميراث (2).

ومنهب أهل العراق له فوائد، بحيث تعد مسألة النكاح دون ولي من المسائل الشهيرة في فقه الخلاف، والتي ناقِح عنها الحنفية

(1) أبو الحسن، كتاب الطالب الرسالي 5/ 2.
(2) ابن عبد البر، الاستذكاري 395/ 5، وانظر عند القرطبية، الجامع لأحكام القرآن 76/ 3، شفرون، مراوعة الخلاف عند المالكية 4/ 47.
المنافحة القوية؛ لذلك ترى كيف أن المالكية راغوا خلافهم.

المسألة الخامسة

أقل الصداق

من الشرط المعتبرة في التكاح الصداق، وقد خذله المالكية بأن يكون ربع دينار أو ثلاثة كرامٍ (1)، قال مالك في «الموطأ»:

«لا أرى أن تُنْكَحِ المرأة بأقل من ربع دينار» (2).

أما من تزوّج بأقل بمن ربع دينار أو أقل بيان ثلاثة دراهم، فإن المالكية قلّوا يفسح هذا التكاح قبل الدخول إن لم يرض الزوج باتمام الصداق، ويكون الفسح بالطلاق. أمّا بعد الدخول، فقالت المالكية بأن العقد كثفت ولا يفسح، ويجب الزوج على إتمام الصداق، وهذا لأنهم راغوا خلاف من خلاف من أهل العلم في عدم حد الصداق بما خلّوه به (3). ووجّه الفرق بين الدخول وبين عدمه، أن الصريح الحايث بالدخول يُستند إليه في تصحيح هذا العقد المختلف فيه.

قال سحنون لابن القاسم: «أرآيت إن تزوّجا على عرض قيمته?

(1) المواد، التاج والإكيل / 187-188/5، الحطاب، مواهب الجليل 3/508.
(2) مالك، الموطأ 2/289.
(3) الدردير، الشرح الكبير / 187-188/5، المواد، التاج والإكيل / 297، الحطاب، مواهب الجليل 3/508.
أقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين؟ فقال: أرى النُكاح جائزاً
ويلبّغ به ربع دينار إنًّ رضيّ بي بذلك الزوج، وإنَّ أبي فسيح النَكاحُ إنَّ
لم يكن دَخَلً بها؛ وإنَّ دَخَلَ بها أكملً لها رُبع دينارٍ، وليس هذا
النُكاحُ عندي من نكاح التفويض.
قلت: لم أجزه؟
قال: لاختلاف الناس في هذا الصداق؛ لأنَّ منهم من قال
ذلك الصداق جائز، ومنهم من قال لا يجوز...»(1).

(1) سحنون، المدونة 152/1.
الفصل الخامس

الاستصحاب في المذهب المالكي

وفي هذا الفصل ثلاثة مطالب؛ وهي:

المبحث الأول: الاستصحاب: مفهومه، وأنواعه.

المبحث الثاني: الاستصحاب في المذهب المالكي: حجمه، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتاهدية في المذهب.

المبحث الثالث: الشواهد التطبيقية للاستصحاب في المذهب المالكي.
езд
المبحث الأول

الاستصحاب: مفهومه، وأنواعه

وفي هذا المبحث مطلبان؛ وهما:
المطلب الأول: الاستصحاب: تعريفه، ومفهومه.
المطلب الثاني: الاستصحاب: أنواعه، وأقسامه.
المطلب الأول

الاستصحاب: تعريفه، ومفاهيمه

الفرع الأول

تعريف الاستصحاب لغة:

الاستصحاب استعمال من صحب، فهو طلب للصحبة ودعوة إليها، يقال: استصحِب الرجل، دعاه إلى الصحّة، ولازمة. وكل ما لازم شيئًا فقد استصحبه، قال شاعرُه:

إنّ لك المَثْل على صحبتي والموسلك قد يستحصب الرَّاهب
وأصحبته الشَّيء جعلته له صاحبًا، واستصحبه الكتاب
وغيره (1).

فالاستصحاب يُحول معنى الملازمة والمصاحبة، وكذلك الاستصحاب في معناه الاصطلاحي هو ملازمة للحكم الماضي في الحاضر، وعدم مفارقه إلى غيره.

(1) الزيني، تاج العروس 3/186.
تعريف الاستصحاب إصطلحاً

قال الفراغي في تعريف الاستصحاب: "الاستصحاب معناه: اعتقد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجبُ ظنُّ ثبوتِه في الحال أو الاستقبال" (1).

فمعنى الاستصحاب أن يعتقد أن الشيء في الماضي إذا كان ثابتاً أو معدوماً، فهو كذلك في الحاضر على الهيئة التي كان عليها في الماضي. والسُنِّ نفسه في الشيء الثابت في الحاضر، فإنه يعتقد على سبيل الظن أنَّه غير زائل في المستقبل، إذًا إذا وقف على دليل يرجع به إلى غيره.

وتعريف الفراغي شمل السلف واللعبة، يعني أن الشيء المستصحب قد يكون إثباتاً لشيءٍ، كما قد يكون نفيًا لشيءٍ، والذي يدل عليه تعريف الفراغي أن مرتبة العلم واستصحاب المستصحب هي الظن، فالاستصحاب لا يُفيد قطعاً في بقاء الشيء المستصحب، وإنما يُفيد ظنًا لذلك، لاحتمال ورود ما يخرج السني عن الحال الساكنة إلى غيرها؛ وما دام الاحتمال قائماً فالقطع مرفوع.

(1) الفراغي، شرح تنفيذ الفصول 447.
وقد يُعَرَّضُ على هذا التَّعريف بأنَّ الأصل في الاستصحاب أنَّ يكون استصحاباً للحُكم الشَّرعي لا لمطلق الشيء، كما يُعطيه تعريف الفرافي. ويُجاب عن هذا الاعتراض: بأنَّ من أهمّ أنواع الاستصحاب البراءة الأصليَّة أو ما يُسمى كذلك بالعدم الأصلي، والحكم المستناد من هذا العدد ليس مما يُخلِّع عليه نطق الحكم الشَّرعي؛ لأنَّ شوته لم يَكُن بالخطاب الشَّرعيّ، وإنَّما استُفِيد بحكم العقل، فلا يكون بذلك حكماً شرعيًا.

ولن أُتِلَف في عرض تعريفات المالكيّة للاستصحاب؛ إذ هُم متَّفقون على حقيقته، فكان استجلال تعريفاتهم وشرحها والاعتراض عليها مَمَّا لا كَيْرٌ فائدة تُرجِّح على البحث.

ومعلوم أنَّ أصل الاستصحاب هو آخرُ مدار الفتوى ١)، فليس يُلْتِجَ إلى هذا الأصل إلا بعدَ استفراغ الوُسْع من المجهد، بأنَّ لا يجد دليلاً في المسألة المُجتَهَد فيها، فبُأنَّ حينها إلى أصل الاستصحاب إقامة للحال في الحاضر أو المستقبل على ما كأنت عليه قبل ذلك; لعدم وُجُدانِه للثَّليل المغيِّر.

وُنَزُوع النَّفس الإنسانيَّة إلى هذا الأصل فيطري ليس يدفعه أحدَ؛ لأنَّ الإنسان يجد في نفسه أنه إذا علم وجود الشيء في الماضي، فإنَّ طَنَّه ينصِر فَْ إلى إيقاف حالة الوجود مستمرةً في الحاضر والمستقبل لمَّا لم يُكِن ثمة بين مُعَارض يَقَطعُ هذا الظَّرَف.

١) الزركشي، البَحَر المُحيط ١٤/٦، الجويني، البرهان فقة: ١١٨، المشاط، الجواهر الثمينة ص/٢٤٩.
ويرفعه. وكذلك الأمر في حال علمه بانتفاء الشيء في الماضي، فإن الظن يتجه إلى عدم ذلك الشيء في حاضره ومستقبله؛ لعدم وجدان ما يعارض هذا الظن. ثم إن الإنسان يبني على هذا الظن المؤسس على إبقاء الحال الماضية، أعمالا لم يكن ليقوم بها لولا ظنه باستصحاب الحال الماضية (1).

(1) الآمني، الإحكام 133-134، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 4/43.
المطلب الثاني

الاستصحاب: أنواعه وأقسامه

وللاستصحاب أنواع متعددة تدخل في حقيته، وتعتبر هذه الأنواع مماثلة للفقه الإجماعي والاتفاق على الأخذ بها، ومنها ما تعلق بها الخلاف، واعتبر أنظمة المجتهدين قبولاً ورداً؛ وسأتناول في هذا المقام أنواع الاستصحاب مثبتًا حقيقة كل نوع، وممثلًا له، ويشافها ذلك بمذاهب أهل العلم في كل نوع:

النوع الأول: استصحاب عدم الأصلي

استصحاب البراءة الأصلية أو ما يُعرف بالمدعوم الأصلي هو:

استصحاب انتفاء الأحكام السمعيّة حتى يرد النّيل الناقل (١). فمضمون البراءة الأصلية استمساك ببراءة اللحم من التكاليف وانتفاء الأحكام السمعيّة التي تثبت شغل اللحم بها.

مثال ذلك: عدم وجوب صوم رجب؛ لانتفاء النّيل السمعيّ الصحيح المقضي للوجوب والإلزم بهذا التكاليف؛ فثنينا وجبنا هذا الصوم أخذًا بأصل البراءة الأصلية المثبتة لارتفاع التكاليف

(١) الباجي، الإشارة ٣٩٣٣، ابن رشيق، لباب المحصول ٢/٢٥-٢٦٤، الغليو، نشر البند ١٦٤، المشاط، الجوهر الشميتة في أذلة عالم المدينة ٢٦٩.
وعلمه.

ومثاله كذلك: قولٌ المالكيّة بعدم وجوب صلاة الوتر؛ لأن الأصل بركة اللَّمْة، وطريق الوجوب الشّرع، وقد طلبت في الشّرع ان يكون موجود موجباً، ولو كان لُجِد مع كثرة البحث والنظر، فبقينا على حكم الأصل في بركة اللَّمْة من التكاليف.

قال الباجي: «وطرق الوجوب الشّرع، وبه علمنا أنه لا يجب على المسلمين صلاة ساسة، ولا زكاة غير الركاة المعهودة، ولا صوم غير رمضان».

ومن الاستدلال بعدهما التليل في السّيء على نفيه: استدلال بعضهم على نفي الركاة في الخضراوات بأنه لو كانت الركاة واجبة في الخضراوات، لكان عليها دليل، لو كان عليها دليل، لعرفنا مع البحث، فلذمًا لم يُعرف دليل على أنه لا ذيل فيه، فوجب أن لا يجب; قال الباجي: «وهذا إنّما هو استدلال باستصحاب الحال في بركة اللَّمْة».

قال الباجي: «وهذا دليل صحيح، قد قال به جمهور الفقهاء».

قال أبو الطيب: «وهذا حجة بالإجماع، أي من القائلين بأنه

(1) جمع، نشر البنود 14/165-174، المشاط، الجواهر الشميلة في أدلة عالم المدينة 229.
(2) الباجي، إحكام الفصول فقرة 756، الإشارة 223.
(3) الباجي، إحكام الفصول: فقرة 756، الإشارة 223.
(4) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج، فقرة 16.
(5) الباجي، إحكام الفصول فقرة 757.
لا حكم قبل الشَّرع (١).

النَّوع الثاني: استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثُبوته لوجود سبب:

استصحاب ما دلَّ الشَّرع على ثُبوت، كالملك عند جرّيان القول المقتضي له، وشغيل الذَّمة عند جرّيان مأيّبَت شغلها من إتفال أو التزام، وذَّمَّ حُلَّ النكاح في المنكوبة بعد تقرير النكاح وثبوت العصمة فيه؛ فالأصل أن يحكَم باستمرار الملك حتى تقوم البيئة على اتفاقه، ويقضي ببقاء العصمة حتَّى يعلم انتهائها، ويبقاء الذَّمة مشغولة بالشَّيء الملزمن به ويقيمها ما أتلت إلى أن تثبت براءتها بإقرار أو يبَّئة (٢).

وقد أذَّمَّ في هذا النَّوع الانتفاض وانتفاء الخلاف فيه؛ قال الزركشي: "وهذا لا خلاف في وجوه العمل به، إلى أن يثبت معارض له" (٣).

ولكن التَّحقيق أنَّ في هذا النَّوع خلافاً، فالجمهور على الاحتجاج به، وخلاف كثير من الحنفِيَّة فقالوا بأنَّ هذا النَّوع من الاستصحاب حُجَّة في الدفع دون الإثبات (٤). فالاستصحاب لا يصح لِإثبات حُجَّة مبتدأ، بل يصح لِإبقاء ما كان على ما كان إلى

(١) الزركشي، البحر المحيط ١٨/٨.
(٢) ابن رشدِّيّ، لباب المخلول ٢/٤٢٧، المشاط، الجواهر الثمينة ص/١٣٠، الغلوي، نشِّر البنود ١٤٥/١٦٥، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ١٣/٤٥٤-٤٥٧.
(٣) الزركشي، البحر المحيط ١٨/٨.
(٤) ابن أمير حاج، التقرير والتحيز ٣/٢٩٠، البخاري، كشف الأسرار ٣/٠٨٤-٠٨٧.
أن يتثبت دليل التغيير. كاستصاحاب حياة المفقود قبل الحكم بمؤته، فإنَّه دافع للايرث منه استضحابا لحياته، فتيبقى أملُه مملوكا له ولا تورث. وليس استصاحاب الحياة مثبتاً لاستحقاقه للإيرث من غيره، للذالِك في حياته فلا يثبت استضحابها له بلُكًأ جديدًا إذا الأصل عدُمَه.

وقيل: ليس بحجة مطلقًا (1). وقيل: هو حجة بشرط أن لا يعارضه ظاهر (2).

• النوع الثالث: استصاحاب مثبتى العُوموم والْتَنَصُّر

ومفهوم هذا الاستصاحاب أن يُستصحَّح العُوموم والْتَنَصُّر السَّرعيان إلى أن يردد دليل التخصيص أو السِّنَغ (3).

وليس خافياً أن عدَّ هذا النوع في أنواع الاستصاحاب فيه تجوُّر غير مرضيّ؛ لأن الحكم إنما هو مُستيِّد إلى السَّنَغ لا إلى الاستصاحاب. وقد اعترض كثير من أهل الأصول على عدَّ ذلك من أنواع الاستصاحاب كالباجي (4)، والأبياري (5) وغيرهما (6)؛ قال:

(1) حلوول، التوضيح 3/954. [المحققة].
(2) حلوول، التوضيح 3/954. [المحققة].
(3) حلوول، التوضيح شرح التنفج ص/204، المَلْصاط، الجوهر الثمينة ص/430.
(4) الباجي، المنهج في ترتيب الحجاج فقرة 206.
(5) حلوول، التوضيح شرح التنفج، العلوي، نشر البنود 2/165، ابن رشيق، لباب المحصول 2/427.
(6) الجوهر، المتشابه في رتبة البحت فقرة 270.
(7) الجريني، البرهان فقرة 1159.
الباجي، بعد أن نقل عن بعضهم إلحاق استصحاب حال العموم بأنواع الاستصحاب: "وهذا ليس من استصحاب الحال، وإنما هو استدلال بعموم اللَّفظ" (1)، وقال العلوي: "فأيما استصحاب العموم والنص إلى أن يوجد مخصوص أو ناسخ، فليس من الاستصحاب بحال، لأن الحكم مُستند إلى الليل لا إلى الاستصحاب، قاله الأبياري وإمام الحرمين" (2).

النوع الرابع: استصحاب حكم الإجماع

وهو أن يكون الأمر بحالة ويجتمع فيه على حكم، ثم ينجز إلى حالة أخرى، فيساوي حكم الإجماع في الأمر بعد تغييره حتى يقوم الليل على أن له حكمًا غير ما انعقد عليه الإجماع (3). مثلاً: استدلال من يقول إن المتيم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا يُبطل صلاته - بأن الإجماع مُنعقد على صحتها قبل ذلك، فأيما صحيحة - وهو مجمع علىه - في المسألة مَحل النساع إلى أن يرَى دليلًا على أن رؤية الماء مُبطلة (4).

و هذا النوع من الاستصحاب محل خلاف بين الأصوليين: فأكثر الأصوليين على عدم الاعتداد به (5). وخلاف البعض.

(1) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة 320.
(2) العلوي، نشر البناء على مراقي السعودية 2/15.
(3) ابن رشيق، لباب المحصول 2/47، المنشق، الجواهر الثمينة 121، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح 3/47.
(4) الباجي، المنهاج في ترتيب الحجاج فقرة 59، المنشق، الجواهر الثمينة 123.
(5) الزركشي، البحر المحيط 8/20.
الاستصحاب المقلوب:

وممّا أُلْحِق بأنواع الاستصحاب ما يُعَرَّفُ بالاستصحاب المقلوب، وهو يُصْلُح أن يكون قسيماً للاستصحاب، ويُسَمَّيه البعض بمعكوس الاستصحاب؛ وحقيقة أنَّه إن باث أُمر في الزَّمن الماضي لثبوته في الزَّمن الحاضر)

وعِرَّفه العلويُّ المالكي بقوله: «الاستصحاب المعكوس هو: الاست صحابُ وُجِدَ الْمُتَّبِعُ عَلَى ما قبِله فيما مَّضَى حَتَّى يَتَهَي وَيَتَبَنَّ أَنَّه لم يَكْنَ مِنْهُ، وآمَّا غَيْرُ المعكوس وهو المستقيم فهو: استصحابُه على ما بعده في المستقبل حَتَّى يَتَبَنَّ يَا يَقْطَعُهُ»(

ومن أمثلة هذا النَّوع: قول بعض القرُوْيِّين والأندلسِيِّين من الملكيَّة أنَّ الحبس إذا جُهِل مَّصرُفه، وَوُجِّدَ على حاله، فإِنَّه يجري

(1) آل تيَّبة، المسودة
(2) الآمدي، الإحَكاَم
(3) ابن القيم، إعلام الموقعين
(4) العلوي، نشر البند
(5) العلوي، حاشيته على شرح الخُرشي
عليها، ورأوا أنَّ إجراءه على هذه الحالة دليلٌ على أنَّه كان كذلك في الأصل (1).

* * *

(1) حلول، التوضيح شرح التقييم، المشاط، الجواهر الثمينة في آلة عالم المدينة ٢٣٣، العلوي، نشر البند ١٦٦، محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح ٣٧/٤٧.
المبحث الثاني

الاستصحاب في المذهب المالكي:
حجيته، وأدلّة اعتباره، وصلته بالأصول الإجتهدائيّة للمذهب

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب، وهي:
المطلب الأول: حجيّة الاستصحاب في المذهب المالكي.
المطلب الثاني: دليل حجيّة الاستصحاب.
المطلب الثالث: صلة الاستصحاب بالأصول الإجتهدائيّة للمذهب.
المطلب الأول

حبّة الاستصحاب في المذهب المالكي

قال ابن رشد في بعض فتاويه: (وهذا من باب استصحاب الحلال، وهو أصل من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام). (1)

وقال الدسوقی: (ومن قواعد المذهب استصحاب الأصل). (2)

فأصل الاستصحاب من الأصول التي بني المالكیة عليها فقههم، وفرغوا على وَقْعَها كثيراً من فروعهم ومسائلهم.

ولمَّا كان الاستصحاب أنواعاً مُختلفة، منها المتفق عليه، ومنها التي عُرِض فيها اختلافٌ بين أهل العلم، لزم أن أعرض كل نوع من أنواع الاستصحاب وأبحث فيه عن مذهب المالكیة في الاعتماد عليه والتّعلق به، مشفوعاً ذلك بالأمثلة التي تنفي عِن إثبات النَّسبة إليهم، أو الانتفاء منها.

والم الذي تحصِّل من أنواع الاستصحاب كما مرّ ثلاثة أنواع:

* النوع الأول: استصحاب البراءة الأصليّة أو العدم الأصليّ.
* النوع الثاني: استصحاب ما دلّ الشَرع على ثبوت ودوامه لوجود سببه.
* النوع الثالث: استصحاب حال الإجماع.

كما أني سأطرق بالتّبع والعرض قسم الاستصحاب المستقيم،

(1) ابن رشد، المسائل ١/٥٢٧، الخثاء، مثواي الجليل ٤/٢٠٣.
(2) الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٤٥.
هو الاستصحاب المقلوب.

النوع الأول: استصحاب البراءة الأصلية أو العدوم الأصلي:

الأخذ بالبراءة الأصليَّة من الأصول الثابتة قطعاً في مذهب مالك، وكتب الفقه مليئة بالتحليل بهذا الأصل والاحتجاج به، بحيث يُعطي للناظر حُكم القطع باعتبار هذا الأصل في المذهب المالكي.

قال الفاضلي أبو الحسن بن النصر في كتابه عن استصحاب الحال: «ليس عن ماليك {عَلَيْهِم مَّثَلُ اللَّهُ} في ذلك نصٌّ، ولكن مذهبه يدلُّ عليه؛ لأنه احتجَّ في أشياء كثيرة سائل عنها، فقال: «لم يفعل النبي {عَلَيْهِ مَّثَلُ اللَّهُ} ذلك، ولا الصحابة رحمة الله عليهم»، وكذلك يقول: «ما رأيت أحدًا فعله». وهذا يدلّ على أن السَّمْع إذا لم ييردَ بإجماع شيء لم يجبُ، وكان على ما كان عليه من براءة النَّامة».

وقال الفاضلي أبو الوليد الباجي: «أعلم أن حكم استصحاب حالَ العقل دلِّل صحٌح، وهذا قال جمهور العلماء... وهو عندنا القسم الثالث من الأهلِّ الشَّرعيَّة».

(1) ابن القصار، مقدمة «عيون الأدلّة»: ١٥٧.
(2) لأنَّ أدلّة الشرع عند الباجي وغيره من أهل العلم ثلاثة أقسام: الأول: أصل، وهو الكتاب والسنة والإجماع؛ والثاني: معقول أصل، وهو لحن الخطاب، وفحوى الخطاب، والحصر، ومنع الخطاب؛ والثالث: استصحاب حال. المناهج في ترتيب الحجاج فقرة ١٩. وانظر: مفتاح الوصل لبناء الفروع على الأصول ١٩٧، فله تقسيم يشبه هذا التقسيم.
(3) الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.
وقال ابن العربي: «وأمّا استصحاب حال العقل، فهو دليل صحيح. والمحققون كلهم متفقون على أن هذا دليل شرعي، إلا جماعة يسيرة وهمت. ولا خلاف في ذلك بين العقلاء»(1).

وقال ابن رشد في شرحه لبعض مسائل «المستخرجة»: «... فإن الدّمّة بريئة ولا ينبغي أن يثبت فيها شيء إلا ببعين»(2).

وقال القرافي: «الأصل براءة الدّمّة. لأن الإنسان وُلد بريثاً من الحقوق كلها، فإذا حُظر بمال أنَّ دمته اشتغلت بحق الله تعالى أو للخلق أو لم تشتغل ولم يقم دليل على شيء من ذلك، كان احتمال عدم الشغل راجحاً على احتمال الشغل في العقل»(3).

وقال المنجور: «الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف وعمارة الدّمّة»(4).

وجده من المالكية في عدم عد الاستصحاب دليلاً أو تمم البصري(5) وهو اختبار منه.

مثاله: دليل قول المالكية في أن الورث ليس واجباً وأنّ الممضضة والاستنشاق لا يجبان في غسل الجنبة؛ لأن الأصل براءة الدّمّة وفراغ الساحة من الإلزام، وطريق اشتغالها السّريع، وليس في السّريع بعد الشّتّج دليل على وجوب الورث والمضضة.

---

(1) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه 130-131.
(2) ابن رشد، البيان والتحصيل 171.
(3) القرافي، فتاوى الأصول 157.
(4) المنجور، شرح المنهج المنشوب 553.
(5) الباجي، إحكام الفصول فقرة 756.
 والاستنشاق، ولو كان لوجد مع كثرة البحث والنظر، فالذي يذيع أنَّ الورث واجب وأنَّ المضمضة والاستنشاق يجبان في غسل الجنبة، عليه التلقي الناقل من أصل البراءة الأصلية١). 

ويهذا التلقي علمنا أنه لا يجب صلاة سادسة ولا زكاة غير الركاة المعهودة ولا صوم غير رمضان٢).

• النوع الثاني: استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته:

أما استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته لوجود سببه، فالملكيّة قائلون به ومتتبعون في الأخذ به وبناء على مُقتضابه في فروعهم الفقهية؛ قال العلوي: «استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته لوجود سببه حجة ودليل من الاستدلال، مثل استصحاب ذلك عدم الأصلي المتقدّم، كثبوت الملك لثبوت الشراء، وثبوت شغل اللَّمّة بعد جريان الإتفاف أو الالتزام»٣).


---

١) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه ١٣٠، الباجي، إحكام الفصول فقرة ٧٥٦.

٢) الباجي، إحكام الفصول فترة ٧٥٦.

٣) العلوي، نشر البند على مراقي السعودية ١٥٨/٢.

٤) راجع: شرح المنهج المستقب فقد أفاض في ذكر أمثلة عن هذا النوع من الاستصحاب ٤٠٦-٤٠٧، العتيبي، إيضاح المسالك ٢٨٦-٢٨٨.

٥) المنجور، شرح المنهج المستقب ٤٨٩.
والمسألة التي أشار إليها المقتري هي الاختلاف بين البائع والمشتري في القبض؛ فالأصل في السّلعة أنّها بيد البائع، والأصل في الثمن أنّه في يد المبتعث؛ فسيصبح هذان الأشخاص، فيقبل قول البائع في عدم قبض الثمن، ويقبل قول المبتعث في عدم قبض السّلعة. ويستثنى من هذه المسألة إذا كان ثمنه عرف يقضي بسرعة القبض كاللحم مثلاً).

فالمالك إن ثبت ملكه للثّمن استّصحب ما أمكن إلى أن يرّدّ ما ينقله إلى حال أخرى؛ قال المقرّي في قواعده: «قاعدة: إذا ثبت المالك في عين فالأصل استصحابه بحسب الإمكاني...»(1).

والمالكية يستصحبون ما دلّ السّرّع على ثبوته ما أمكن، قال المقرّي: «قاعدة: يجب الاستصحاب بحسب الإمكاني على الأصح لأنه كالجمع، فإذا أكل المضطر مال الغير ضمن لأنّه مقتضى الضرورة لإباحة الأكل والدفع عليه لا سقوط القيامة لأنّ البقاء لا يتوقف عليه، ولو اختلف زنّك بزيته لسقط ملكك على التّميمين وصار شريكاً لك بما يصفّ زيتًا في المختلط، وليس له نقلك إلى غير المختلط استصحابا للملك بحسب الإمكاني، ونظامه كثير وهو منهب مالك ومحمد»(2).

---

(1) المواق، التّاج والإكيل 6/471، الخرشي، شرح خليل 5/199، عيش، منح الجليل 5/133، المجرور، شرح المهجر المنتخب 489.
(2) المقرّي، القواعد رقم 127.
(3) المقرّي، القواعد رقم 111. وأصل هذه القاعدة للقرافي في الفروق: 1/195-196.
فهذه القاعدة تدل على مدى التزام عُموم المالكيّة بأسلوب استصحاب ما دل الشريعّ على ثوبه؛ إذ إنهم يعملون هذا الأصل ما أمكنهم الأعمال، ويجرون ما وسعهم الإجراء؛ فقد استصحبوا الملك في مسألة المضطر إلى طعام الغير، فأثبتوا العوض لأن فيه التزامًا بما ثبت في الشريع من ثوب الملك، فيستصحب ما أمكن.

النوع الثالث: استصحاب حال الإجماع:

أمام الاستصحاب بحال الإجماع فقد أثير خلاف بين أهل المذهب، فمنهم من لم يحتج به وهم الأكثر، ومنهم من اعتبره واستدل به على بعض الفروع. قال ابن العربيّ: «وهذا مما اختلف عليه علماؤنا -رحمهم الله-، فمنهم من قال: إنه دليل يعوّل عليه، ومنهم من قال إنه ليس بشيء»(1).

ومن المالكيّة الذين أنكروا حجيّة الاستدلال بهذا النوع أبو الوليد الباجي، قال: «فهذا غلط في الاستدلال»(2)، وقال في كتاب «المنهج» في بحثه لدليل الاستصحاب: «وقد يلحق بهذا ما ليس منه، وهو استصحاب حال الإجماع ... هذا ليس بدليل؛ لأنَّ الإجماع حصل في غير موضوع الخلاف، وموضوع الخلاف لم يقع فيه إجماع»(3).

ونسبه الباجي لأكثر المالكيّة، قال: "ودّعَ القياسي أبو بكر

---

(1) ابن العربيّ، المحصول في أصول الفقه 130.
(2) الباجي، إحكام الفصول فترة 375، الإشرة 1324.
(3) الباجي، المنهج في ترتيب الحجاج فترة 109.
والقاضي أبو الطيب والقاضي أبو جعفر وأكثر الناس من المالكيين والحنفيين والشافعيين إلى أنّه ليس بنليل\(^1\). وقال القاضي عبد الوهاب: «هو قول أكثر الشافعية، ومن أصحابنا القاضي إسماعيل وأبو بكر الأبهري وغيرهما»\(^2\). وهو مُقتضى كلام ابن القصار\(^3\).

وذلك أنكر هذا الأصل ابن العربي، فقال بعد أن حُكِي الحلف عن المالكيّة: «والصحيح أنّه ليس بنليل»\(^4\).

وَنُسِبَ القول بالِتَّعويل على هذا الأصل إلى محمد بن سحنون، قال الباجي: «وإله ذهب محمد بن سحنون من أصحابنا، لا علّم من أصحابنا من قال به غيره»\(^5\).

وقد وَقَتَّ على احتجاج ابن رَشِيد الجدّ بهذا الأصل في مسألة تزويج الأب ابنّه البكر البالغة في «البيان والتحصيل», قال ابن رشيد: «... ومن الحجّة لما يلكل أنّ أهل العلم قد أجمعوا على أنّه يَرْوَجُ ابنّه البكر قبل يُلومه دون استثمار، فمن أدعى أنّ عليه أنّه

\(^1\) الباجي, إحكام الفصول فقرة ٧٥٧, وانظر فترة ٥٠٣.

\(^2\) آن تيمية, المسودة ٣٠٧.

\(^3\) فقي عيون الأدلّة (١٣٨٧/٣): «فإنّ قيل: فقد حصل الإجماع على أنّه طاهر بعد مسحه على الخفين، وأن الصلاة جائزة له، فمن زعم أن عليه غسل رجليه، وأن طهارته تنتصر: فعلاً للدليل، وإلا فنحن متمسكون بموضع الإجماع. قيل: إنّ الإجماع حُصّل على صفة، وهو كون رجليه في الخفين، فلما زرعهما تحل الإجماع، لا ترى أنّ الخلاف حاصل».

\(^4\) ابن العربي, المحقق في أصول الفقه ١٣٠.

\(^5\) الباجي, إحكام الفصول فقرة ٧٥٧.
يستأمرها إذا بلغت، وْجَبَّ عليه الدَّلِيل. وهذا استدلالٌ باستصحاب حال الإجماع؛ وهو دليل صحيحٌ عنهم(١). وقال في مسألة بيع أمَّهات الأولاد في «المقدمات»: «هو دليل صحيح(٢).»


١ ابن رشد، البيان والتحصيل ٢٦٢/٤.
٢ ابن رشد، المقدمات الممهدة ١٩٩/٣.
٣ ابن العربي، المحصول في أصول الفقه. ١٣٠.
٤ علّيّش، منح الجليل ٥٠٥/٩.
٥ المواق، التاج والإكليل ٥٢٢/٨، الحطاب، مواهب الجليل ٦/٣٧٩، علّيّش، منح الجليل ٥٠٥/٩.
لاستصبحًا لحكم الإجماع السابق(1)؛ ذلك أن الرجوء ثابت في حال عدم اشتراط الرجوء، ووقع الإجماع عليه، فاستصبح هذا الحكم في حال أخرى، وهي حال اشتراط عدم الرجوء.

والصواب في المسألة أن مذهب المالكية هو عدم الإحتجاج بهذا الأصل، بدلاً أن غالب المالكية على عدم الاعتداد به، ولا التحويل عليه، حتى إن الباجي - على سعة إثارةه ورسوخ قدمه في المذهب - لم يعلم أحدا من المالكية قال به إلا محمد بن سحنون. أما ما أثر عن ابن رشد وغيره، فلم يعلم أن يُعد اختياراً منهم، لا على أنهم من مذهب مالك. لكن يُشكل أن الاستدلال لمُروج أي مذهب يجب أن يكون على وفق الأصول المعتمدة عنهم، فليس صائباً ولا مستقيماً أن يتحج لمسألة في مذهب الشافعي بعمل أهل المدينة، ومعلوم أن الشافعي من أكثر من عارض المالكية على هذا الأصل. وسأني في الأدلة الناضجة بحجيَّة الاستصحاب ضعف هذا النوع من الاستصحاب ووَهاء حجته.

الملاحظة:

أما الاستصحاب المعكس، فنجد أن المالكية أخذوا به في مواضع وتركوا اعتباره في مواضع أخرى، حتى نسب البساطية إلى المذهب الاضطراب في العمل به، فقال في مسألة لم يعتبر فيها المالكية هذا النوع من الاستصحاب: "ولهم في الاستصحاب (1) عليش، منح الجليل 9/515.
المعكووس اضطرابًا، ولم يعتبروه هنا، وسيأتي اعتباره في مواضعٍ ١.

ومن الأمثلة التي تعلق فيها المالكية بالاستصاح المقلوب، ما لبعض القرائيين والأردنيين من المالكية أن الوقف إذا جهل أصله مصرفه ووجد على حالة، فإنه يجري عليها، ورأوا أن إجراه على هذه الحال دليل على أنه كان كذلك في الأصل، قال حلوله:

»فهذا دليل على أنه حجة عدتهم ٢.

وكمسالة الزوج الذي يغيب عن زوجته دون أن يتخلى لها نفقة، ثم يقدّم تقدّم إليه بطلب ما أنفقت حال غيبته، فيزعم أنه كان في مدة الغياب معيشًا، وتعالجه الزوجة فتقدّع أنّه كان موصيًا، فقالوا: إنّه يعتبّر حال قدومه من إعصار أو يسار، وتستصحب في مدة الغيبة، فإنّه كان قدم موصيًا عدًا في الغيبة ذا يسار، وقبض عليه بما تطلب الزوجة من النهضة ٣؟ فهؤلاء يثبت أمرُها، وهو يسار الزوج في الزمن السابق، وهو زمن الغيبة، بناءً

(١) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي ٣٧ / ٢٤٣.
(٢) العلوي، نشر البند على مراقي السعودية ٢/ ١٦٦، المشاط، الجواهر الثمينة ٢٣، محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣ / ٤٧.
(٣) الباجي، المثنى ٤ / ١٢٧، على أن المسالة مما اختلاف فيها المالكية، فقال ابن الماجرون أنّه على الحالة التي خرج عليها، فإن خرج معاً فهو على ذلك، وإن خرج معاً فهو على ذلك، وإن لم يعلم على أي حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم البيئة بالإعصار، وعن ابن كئة وسحنون أن القول قوله، وعلى المرأة البيئة. المثنى ٤ / ١٢٧.
على بُلوته في الزَّمن الحاضر، أي: زمن قُدوته بالاستصحاب(1). وضرب المثل له مثالاً يُمكن أن يؤخذ منه أن منهب مالك على اعتباره، قال المحيّ: «كأن يُقال في المكيال الموجود الآن: كان على عُهده ، باستصحاب الحال في الماضي»(2). وهذا الاستدلال معروف في منهب ماليك. ولا يُستثنى من هذا استنباط أنَّ مالكًا يأخذ بالاستصحاب المقلوب، لِمَا في هذا الاستصحاب من تأييْد بكون المكيال هذا تناقله أهل المدينة من الصحابة وأبنائهم، وكانوا من أَخْرَج الناس على الأَثْباع والاقتصادف لذلك كان التعويل على استصحاب كون المكيال الذي وُجه مالكُ في المدينة هو المكيال الذي كان على عُهده النبي ﷺ. لذلك فإن بعض ما يُقال إنه استصحاب معكوْس، قد يتأييْد بأَمارات تقريبي مضمون هذا الاستصحاب.

ومثال عدم الأخذ به عند الماليكيّة: إذا تنازع الرُّوجان في عيْب قُرب المرأة بعد صدور العقد بمدَة، فقال الرُّوج: كان موجودًا حال العقد فالخيارُ لي في الرَّذلُ وعليه. وقالت الرُّوجة: بل حُدث بعد العقد فلا خيار لِك. فالقول قولُ المرأة في نفي وُجده حال العقد، وسواء كان ذلك الاختلاف قبل المُخول أو بعده(3). قال الباستيّ: ولهم في الاستصحاب المعكوْس اضطراب ولم

(1) محمد خضر الحسين، رسائل الإصلاح 3/6-47.
(2) المحيّ، شرح جمع الجوامع (مع حاشية العطار) 9/1991.
(3) الخرشيّ، شرح مختصر خليل 4/243-244.
يعتبروه هنا﴾، وتفسيرٌ عدم اعتبارهم له في هذا الموضع: أنَّ
ذهب العيب في الحال لم يُستصحب في الماضي لإثبات كون
العيب كان حال العقد، فلم يستصححوا الاستصحاب المعكون.
لكنْ ممّا يُعتَرَضُ على ما أذْعِي من انطباع المالكيّة في هذا
النَّوع من الاستصحاب: أنَّ الأخذ به إنّما يكون في الأحوال التي
لا يُعارضْه دليلٌ أقوى، وليس ترك الاستصحاب المعكون في
مسألة بديلٍ على عدم الحجيّة مُطلقاً؛ لمكان المعارضة القويّة؛
لأنَّ الأدلّة تتّوارَدُ على المحال ويتَنُظَّرُ في أيها أقوى تعلَّقاً بها،
والأخذ بموجب بعضها لا يدللُ البنية على بطلان الاحتجاج بغيرها
مُطلقاً. وفي مسألة العيب: الظاهر أن الاستصحاب المعكون
عوُض بالاستصحاب المستقيم، لأنَّ الأصل في المرأة أنَّها بريئة
من الذّاء؛ لأنَّ العيب عارضٌ وليس أصليًا، فكان استصحاب
القَلَامة أولى من علف استصحاب العيب على الحال الماضية؟
والله أعلم.

(1) العدوي، حاشيته على شرح الخرشي٣/٢٤٣.
دليل حجّية الاستصحاب

استدلالوا على حجيّة البراءة الأصلية أو الإباحة العقليّة بجملة:

أدلّة، أسّوؤ في هذا المحل ببعض منها:


2- وقال الله تعالى: "وَنَبِيَّ وَمَسِيحَ الَّذِينَ يَعْتِقُونَ لِحْجِيَّةٍ» [النور: 111]. ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم استغفر لعمة أبي طالب واستغفر الصاحبة لموتاهما من أهل الشرك، فقال الله تعالى قوله: "فَمَّا كَانَ الَّذِينَ يَسْتَغْفِرُونَ" [الزمر: 112]. فنجدوا على ما كان منهم من الاستغفار، ففيت الآية أن ذلك كان على البراءة الأصليَّة؛ إذ لم يرد تحريم إذا، فلا يلحق بهم إنّمَّا ولا غرب حتّى يُبيّن لهم الله ما يقتضيه كالاستغفار

(1) الشفيعي، المذكور في أصول الفقه 286.
لهم مثالٌ(١).

واستندلوا على حجية النوع الثاني من الاستصحاب، وهو

استصحاب ما دل الشرع على ثبوتة بآدلة منها:

١- الذَّاتٍ عند العُقلاة أنهم إذا تحققوا من وجود الشيء وثبوتة أو

انتفاعه وعده، وكان لهذا الشيء أحكامًا خاصَّةً به: فإنَّهم يُحاكمون

بها ويُجرَون على مقتضاها في مستقبل الزَّمان، سواءً أكان ذلك في

الوجود أو العدم. فالعُقلاة مثلاً يُسُوقون مَراَضَلة من علموا في الزَّمان

الماضي ووجوده، ويستجيرون إرسال الوُدائع وإنفانها، إلى غير ذلك

من الأمثلة التي تُستَبِدُّ إلى إعطاء الزَّمن الحالي أو المستقبلي الحكَم

الذي كان موجودا قبله إثباتاً أو نفيّ(٢).

٢- ممّا احتجُوا به أنَّ ظُنَّ البقاء أرجحُ من ظنَّ التنَّغيَّ، قال

الأمدي: "ظنُّ البقاء أغلبُ من ظنَّ التنَّغيء؛ وذلك لأنَّ الباقِي لا

يَتَوقَّف على أكثر من وُجْدُ الزَّمان المستقبِل، ومِقارنة ذلِك الباقِي

له كان وَجُودا أو عَدْماً. وأما التنَّغيَّ، فمَتَوقَّف على ثلاثة أَمُور:

وجود الزَّمان المستقبِل، وتُبَدِّل الوجود بالعدم أو العدد بالوجود،

ومِقارنة ذلك الوجود أو العدد لذلك الزَّمان. ولا يَخْقَى أَنَّ تَتَوقَّف

ما يتَوقَّف على أمرين لا غَير، أَغلبُ مَمّا يتَوقَّف على ذينك الأمرين

وثَلَاث غيرهما"(٣).

(١) الشَّقَطِي، المذكورة في أصول الفقه ٢٨٦-٢٨٧.
(٢) الأمدِي، الإحِكَام ٤/١٣٣-١٣٤، الرَجُوَنِي، تَحَقَّة المسؤول ٤/٢٦٦.
(٣) الأمدِي، الإحِكَام ٤/١٣٤.
أما استصحاب الإجماع فقد استدل من ثقته في المالكية - وهو المعتمد عليه- بما يلي:
أولا: الإجماع الذي كان دليلا على الحكم قد زال وارتَّفع في محل الخلاف؛ لأن محل الخلاف هو غير محل الاتفاق، فلم يكن الإجماع متناولا لمحل الخلاف لتغيير المحل؛ وعليه وجب تطلُب دليل آخر.(1)
ثانيا: القول باستصحاب الإجماع في محل الخلاف، يؤدي إلى التكافؤ؛ بياته: أنه ما وُنَ أَحَد ينصب حال الإجماع في شيء، إلّا وخلاصه أن ينصب في مُقابلة؛ فمثلا في مسألة التَمْمُع فإن المخالف أن يقول: أجمعنا على بطلان التَمْمُع بِرُؤية الماء خارج الصلاة، فنصستبحبه برؤيته فيها، وتعير الأحوال لا عبرة به.(2)
أما الاستصحاب المعكس فقد استدل لحجيته: بأنه لو لم يُكن الحكم القَتّابُ الآن ثابتاً أمَس، لكان غير ثابت أمَس؛ إذ لا وافطة بين الشّوت وعده، وإذا كان غير ثابت أمَس اقتضى الاستصحاب أنه يكون الآن غير ثابت؛ لكنه ثابت الآن، فدل على أنه كان ثابتاً أمَس أيضاً.(3)

---
(1) الباجي، المنهج في ترتيب الحجج، فقرة 59، الإشارة 324، ابن رشيق، لباب المحصول 48/8، الزركشي، البحر المحيط 31، عيون الأدلة (1318/1318) 21.
(2) الزركشي، البحر المحيط 48/8، 21.
(3) المشاط، الجواهر الشمينة في أدلّة عالم المدينة 232، العلوي، نشر البنود 166.
المطلب الثالث

مللة الاستصحاب بالأصول الاجتهادية للمذهب

إِنَّ الْبَصَرِ فِي الْمَقَارِنَةِ بِالْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَالأَدَلَةِ الْإِجْتِهَادِيَّةِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ، يُنْفِضُ إِلَى أَنْ لا مِنْشَأً إِلَّا بِالْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَبِالِادْلَةِ الْإِجْتِهَادِيَّةِ الآخِرَةِ، ذلِكَ أَنَّ مِنْشَأً اعتِبارُ الْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ هُوَ العَقْلُ، فَالْحُكْمُ الْمِسْتَفَادُ مِنْ الْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ حَكَمُ عَقْلِيٍّ أَفَادَهُ العَقْلُ وَدَلَّ عَلَيْهِ، وَهَذَا عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ فِي الأَدَلَةِ الْشِّرِيعِيَّةِ الآخِرَةِ، فَإِنَّ مَرْجِعَ الْعَقْلِ مِنْ الْبِرَاءَةِ هُوَ السِّرَعُ، إِذَا يَنْصُوْحُهُ جَزِيَّةٌ أَوْ بِقِوَادِهِ مُلْكَةَ الْمِسْتَقْرَأَةُ مِنْ تَفْعَلِ النَّشَرِيَّة. وَعَلَيْهِ، فَإِنَّ أُوْلِي الْفَارِقِ بَيْنِ الْبِرَاءَةِ وَبَقْيَةِ الأَدَلَةِ هُوَ مِنْشَأُ الْعَقْلِ، وَلا يُلْجَأُ إِلَى دِلْعَ الْبِرَاءَةِ إِلَّا بَعْدَ الإِيَاسِ مِنْ وَجْهِ دِلْعَ الْمَسْلَأَةِ مَحْلَ الْبَصَرِ.

فَهُوَ أَخْرُ مَدَارِ الْفَتَرَةِ، كَمَا تَقْلُمُ.

وَمَا يُذْكَرُ فِي هَذَا الْمَقَامِ أَنَّ الفَارِقَ بَيْنِ المَصْلَحَةِ الْمَرْسَلَةِ وَبَيْنِ المَصْلَحَةِ الْمُسْلَحَةِ الْمُسْتَفَادَةِ إِلَى الْحُكْمِ قَبْلِ إِعْمَالِ أَحَدِهِنَّ الْبَلَدَيْنِ، فَإِنَّ كَانَ الْحُكْمُ عِلْمِيًا ثَابِتاً بِالْبِرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةٍ فَهُوَ إِسْتِدْلَالٌ مَرْسَلٌ، أَمَّا إِنَّ كَانَ الْحُكْمُ شَرْعِيًا ثَابِتاً بِذِلِّيَةٍ مِنْ أَدَلَّةِ السِّرَعِ فَإِنَّ مَعْارِفَةَ هَذَا الْحُكْمِ لِلْمَصْلَحَةِ هُوَ مَصْلَحَةُ مَصْلِحٍ، وَقَدْ يَسْتَمِعُ مَصْلَحَةُ مَرْسَلَة. وَعَلَيْهِ، فَإِنَّ الإِسْتِدْلَالَ الْمَرْسَلُ أَعْمَلُ مُطَلَّقًا مِنْ المَصْلَحَةِ الْمُصْلِحِيّ، إِذْ يَخْتَصُّ الْمَصْلَحَةِ بَرْكَ الدِّلْعَ الْمَبْتَ
لحكم شرعي في بعض الحالات، أما الاستدلال المرسل فهو يشمل مع ذلك مقارنة حكم البراءة الأصلي للملحية. أما النوع الثاني من الاستصحاب، وهو استصحاب ما دل الشرع على نبوته وجود سبيه: فوجه العلاقة بينه وبين الأصول الإنجابية في المذهب أن الحكم المستصحب كان ثابتا في البداية بالشرع من أدلة سمعية أو أدلة إنجابية راجعة في أصل اعتبارها إلى أدلته السمع ومن وجه الفرق بين الاستصحاب بأنواعه وبين الأدلة الإنجابية الأخرى: أن مرتبة العلم بالحكم المستفاد من الاستصحاب لا يكون إلا ظناً، لمكان احتمال وعود المُغيِّر. 

وهذا بخلاف الحكم المستفاد من الأدلة الإنجابية، فقد يكون العلم به قطعياً وقد يكون ظناً.

ومن وجه الفرق بين الاستصحاب وبين الأصول المبنية على الاستثناء - وهي الاستحسان، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف: أن الاستصحاب فيه إبقاء للمحكوم من الماضي إلى الحاضر، أو من الحاضر إلى المستقبل. أما أصول الاجتهاد الاستثنائي ففيها انتقال من حكم إلى حكم آخر؛ فسدد الذرائع انتقل من الإذن إلى المنع، والاستحسان كثيرا ما يكون انتقالاً من المنع إلى الإذن، ومراقبة الخلاف مثلا يكون فيه انتقال من البطلان إلى الصحّة، ومن عدّم إجراء بعض آثار العقود إلى إجرائها، ومن عدم صحة العبادة إلى صحّتها.

(1) لكن قد يُعَض الاستصحاب بعض المعضدات التي تقطع بمضمونه.
المبحث الثالث

شواهد اعتبار الاستصحاب في المذهب المالكي

وفي هذا المبحث أربع مسائل؛ وهي:

المسألة الأولى: مسائل الانتقاء من التكاليف.

المسألة الثانية: عدم الحكم بوجب الإنفاق على الوالدين من مال الغائب.

المسألة الثالثة: استصحاب شغل النَّماة في التكاليف بالصلاة.

لم نشْك في الحديث.

المسألة الرابعة: من ادعى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيبة.
المسألة الأولى

مسائل الانتفاء من التكاليف

المالكيَّة كثيراً ما يرجَعون في نفيٍّ مثيرٍ بعض الأحكام لأصل البراءة الأصليّة، فحكيَّتُ لم يثبت عندهم دليلٌ إثبات التكاليف، فالأصلُ البقاء على الحكم الأصليّ وهو براءة النَّمَة من التكاليف، وعدم شغل النَّمَة بها.

مثاله: زكاة الفطر في المذهب المالكيّ إنما تجبُّ على المسلم عن المسلمين الذين تجبُّ نفقُهم عليه، فلا يُخرجُها الرَّجُل عن نصرانيّة تحته؛ ومن أصل ذلك الاستدلال بالبراءة الأصليّة(1)، قال الباجي: «والأصل براءة النَّمَة، فيجب استصحاب ذلك حتى يدلُّ الدَّليل على إيشالها بالشَّرع.»(2).

ومن المسائل التي نفّى المالكيَّة فيها الواجب مُستندين إلى البراءة الأصليّة، عدمُ وجوُبِ الأضحية(3)، قال ابن العريبيّ في أحكام القرآن: «تعرَّضت الأدلّة، والأصل براءة النَّمَة»(4).

(1) الحوق، الناج والإنكيلد 2/٢٦٤، الحطاب، موهب الجليل 2/٣٧٠-٣٧٢، الباجي، المنتهى ٢/١٨٧، الباجي، المنتهى ٢/١٨٧.
(2) الخشيش، شرح مختصر خليل ٣/٣٣، ابن العربي، أحكام القرآن ٤/٣٩٨.
(3) ابن العربي، أحكام القرآن ٤/٣٩٨.
ومن ذلك نفيه الملكيّة أن يكون قوله تعالى: ﴿ ولَا تَبْنِئُوا الَّذِينَ كَفَرُوا وأُحِبُّوا نِفَاثَةَ وَاتَّبَعُوا رَبَّكَمْ وَأَفْقَاهُمْ أَلَّا تَحْجِرُوهُمْ ﴿[الحج: 77] من عزائم السجود.

وكاف عن حبيب فقال: هي من عزائم السجود، ورواه ابن عبد الحكم عن ابن وهب (2).

ومستند مالك في نفي السجود في هذه الآية هو البقاء على النفي الأصلي من عدم التكليف، ولم يثبت عنه ما يدل على أنها من عزائم السجود؛ قال الباجي في «المنتقي»: «وجّه ما قاله مالك: أن إثبات السجود طريقه الشروط، والأصل براءة النافعة، ولم يثبت من طريق صحيح، فمن أدعى ذلك فعليه بيانه» (3).

المسألة الثانية

أعلم الحكم بوجوب الإنفاق على الولد من مال الابن الغائب:

ومن المسائل التي بُنيت على اعتبار أصل الاستضاح، مسألة الحكم على الرجل الغائب بالإتفاق على أبوه من ماله حاضر.

وقد كان للممالكيّة فيها رأيت صُمْعَوًا فيه إلى استضاحي الحال.

وقد ذُكر في كتاب النوازل نازلة مخصوصة: أن رجلا غاب منذ

(1) الجواهر، الناج، والإكيل، 36/2، الباجي، المنتقى 2/234.
(2) الباجي، المنتقى 2/234.
(3) الباجي، المنتقى 2/234.
عشرين عاماً، وأثبت أبوه أنه فقيه عديمَ وأنَّ لابنه الغائب داراً، فدعا أن يُباع ويُوقف عليه من ثمنها.

فأختلف المفتون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أفتي ابن عقاب بأن لا سبيل إلى بيع هذه الدار.

القول الثاني: وخالف بعض المالكية، فأفتي بأن يُباع الدار.

ويُوقف من ثمنها على الأب وزوجه.

ووجه القول الأول: أنَّ نفقة الأبوين قد كانت ساقطة عن الأبناء، ولا يجب عليهما حتَّى يطلبها بها فيُستصحب عدم وجوب النفقة في حال الغيرة، فإذا غاب عنهما لم يصح أن يُحكم لهما عليه في مغربه.

فَبُّع عليه في تلك النفقة أملاكه، لاحتمال أن يكون في ذلك الحين ميتاً أو مسأول سارقة، لأن نفقة الأبوين ساقطة حتَّى يُعلَم وجوبُها.

بخلاف نفقة الزوجة؛ لأنَّ نفقة الأبوين ساقطة حتَّى يُعلَم وجوبُها، فيستصحب وجوبُها حتَّى يعلم سقوطها بمعرفة موته أو استغراق ذمه بالديون(1)؛ قال ابن رشد: وأهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصل من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام، من ذلك: الفرق بين مَن أُقلَّ شاكل في الفجر أو شاكل في الغروب، والفرق بين من أโยقَن بالوضوء وشاك في الحدث بعده، وبين من أُيقَن بالحدث وشاكُ في الوضوء بعده... ومثل هذا كثير(2).

(1) ابن رشد، المسائل / 1، 526-527، وعنه: الحطاب، موهب الجليل / 4، 2013.
(2) ابن رشد، المسائل / 1، 526-527، وعنه: الحطاب، موهب الجليل / 4، 2013.
المسالة الثالثة

استصحاب شغل الْذَّهَّارَة في التكليف بالصلاة

لم شَكّ في الحدث

مذهب المالكيّة فيمن تيقّن الْذَّهَّارَة ثمّ شَكّ في الحدث، أَنّ

عليه الْذَّهَّارَة وَجُوبًا(۱)، وهذا عملاً بِأَصل الاستصحاب:

وتقرِّرُ ذلك: أنّ ذَمعة الممكلًّف مشغولة بتكليف إيقاع الْصَّلاة

وأُدِفْها، فِيِّتَصِبُّٰ ثَمَّ شَغْل الْذَّهَّارَة إلى أن يِّدِّرّ يِّقّين نَافَقِّلْهُ لِهذَا الشَّغْل

يِّبْنُ ثَبرَة الْذَّهَّارَة من التكليف. وتأسِّيساً عَلَى هذَا، فِإِنّ الْصَّلاة ثاَبِتةً فِي

الْذَّهَّارَة بِيَقِينٍ، فِيِّتَصِبُّ ما دَلَّ الشَّرِّع عَلَى نُبُوتَهُ. فَلَمَا عَارَض هذَا

الاستصحاب شَكّ في الْذَّهَّارَة، لا يَعْتِبره المالكيّة؛ لَم يِّقِين شَغْل

الْذَّهَّارَة بالتكليف لا يرفعه طَهَّارَة مشكوك فيها، فَوَجِّب عَلَى هذَا أَن يِّلَِّد

مَن أَيْقِن الْذَّهَّارَة وَشَكّ فِي الحدث الْوَصَوَّر(۲).

المسالة الرابعة

من اَدَعِى بعد البناء بالمرأة أنّه وجدها ثياباً:

مَن تَكَّلَح امرأة ثمّ أَدَعِي أنّه أَنفَاهَا ثياباً بعد أن ابتنى بها، لم

يَقَبل قولُهُ، وَضَدَّقَت بِيَمِينِ إنّ كَانَت رُشِيدَةً، وَلَا حَلَف الأم(۳).

(۱) الحطّاب، مواهب الجليل ۱/۱۰۰۳-۱۲۲/۱۲۳.
(۲) الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ۱/۱۲۲-۱۲۳.
(۳) الدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ۱/۱۲۵-۱۸۴، الصاوي، بلغة السالك ۲/۴۷۳.
ومُدرَّكُ المسألة: أنّ الأصل في المرأة كونّها يَكْرِرًا من حين نشأتها، فيُستَصْحَبُ هذا الحكم إلى حين الدُّخُول بها؛ قال الشَّيخ
محمَّد الخضر الحسين في توجيه ذلك: «لم تُكَبِّلْ دَعوَاهُ إِلَّا بِبَيْنَةٍ؛ لَنَعْنَاهُمَا البَكَارَة ثَابِتَةً مِنْ حِينْ نُشِأْنَهَا، فيُستَصْحَبُ إلى حِينِ البِنَاء
حتى تَقُومَ عَلَى عَدْمِ البِنَاءَ»(١).

* * *

(١) محمد الخضر حسين، رسائل الإصلاح ٣٣/٤٤٠.
لمائم

وبعدَ بحث الأصول الاجتهدَائيَّة في المذهب المالكيّ تخلُصَ
الدَّراسة إلى تقرير أهمَّ النتائج التي تُوصَّل إليها:

1- الرَّكيزة الأولى التي تُرتكَب عليها الأصول الاجتهدَائيَّة في المذهب
المالكيّ هي ركيزة المصلحة، فغالب الأصول الاجتهدَائيَّة ماعدا
الاستصحاب هي أصول تحوَّلوُ في مُنطَقَتها على أصل المصلحة.

2- المصلحة في المذهب المالكي ليست مصلحة مُثبتة عن اعتبار
الشَّرع أو غريبة عنه، بل المصلحة عند المالكية هي المصلحة التي
تأوي في حُجتِها واعتبارها إلى كليَّات الشَّرع وقواعده العامة.

3- الاستمساك في الاجتهداد بالمصلحة في المذهب إنما يكون على
وفق أصول تشريعيَّة، فأصل المصالح المرسلة وأصل الاستحسن
ودِّرَائع وأصلُ مُراَعاة الخلاف هي الأصول التي تقوم
بتحقيق المصلحة، فليست المصلحة مفهومًا هَلَاميًا لا خطَّط له
تضحُّط، ولا أصول لتجري عليه. فالأخذ بالمصلحة لا يكون إلا
على أساس هذه الأصول المصلحيَّة؛ لأنّها الكفيلة بعدم اللَّغة
عن أحكام الشَّرع، وعدم الانحراف عن رسمه ومبادئه. أمَّا من
أخذ يجهد بالمصلحة دون سُلوكه لهذه المسائل فهو أخرُى أن
يكون شارِعاً من أن يكون مُشترِعاً.
4- الاجتهاد الاستثنائي يحتل في الاجتهاد المالكيّّ حيّزاً كبيراً؛ فأصل الاستحسن وأصل سد الدرازغ وأصل مراعة الخلاف هي أصول مبنية على فنون الاستثناء التشريعيّ.
5- الاجتهاد الاستثنائي يعد من العوائل الملائحة في المذهب المالكيّ؛ إذ إنّ هذا المبدأ يُتّبّع إلى ما في التطبيق الآليّ غير المبصّر للنصوص والأحكام التشريعيّة على الواقع من غير لحظة للملاحظات وما ينشأ حال التطبيق من ظروف لم يكن منظورًا إليها في الحكم التشريعي الأوليّ.
6- الاجتهاد الاستثنائي وما يقوم عليه من أصول اجتهدائي يكتسب مطلقة راقية في صلوبتها هذه الشريعة لكلّ زمان ومكان؛ ذلك أن طبيعة الحياة تتنصّب التغيير والتتحول، ومن لوازم هذا التتحول أن تبدّل كثير من مصالح الخلق. وعلى هذا الأساس فإن الاجتهاد الاستثنائي ما يحول للمجتهد أن يتّبع ما استجد من مصالح وما استحدث من مفاسد، ويتمّ على وفقها الحكم الأقرب إلى منهج الشرع ومقياده؛ دون جموّد على بعض الأحكام الاجتماعية التي كان مناط اعتبارها مصالح ارتفع موجبها وعباد مقتضيها.
7- السياسة الشرعية تتمثّل أحكامها الشرعية من معيين روايف الاجتهاد المصلحيّ ممّاً في أصل المصالح المرسلة وأصل الاستحسن وأصل سد الدرازغ: فهذه الأصول تكتفّل لأولى الأمر السبل الشرعية ليحققها الأمة مصالحها ومو اعود عليها بالتفعّم العام. كما أنّ هذه الأصول الاجتهدائيّة تكتفّل إيجاد السبل لمواجهة الفساد.
الذي يعرض للأمة أو يتهدها داخليًا وخارجيًا. على أن لا يَتَّخذ ذلك ذريعةً للظلم والفساد؛ إذ اعتبار هذه الخطط يُراعى فيها تحقيق المصلحة الشرعية المعتَبرة المقتررة من أهل الديانة والمعرفة؛ أمَّا أن يَجِد من ذلك وسيلةً لثبت الظلم وأهله، وقمع الطالب للحق والمنافع عنه، فتلك من الخُيَّدة على الشرّ.

8- إنَّ الإجهاد المصلحي في المذهب المالكي لم يكن قاضيًا على إمام المذهب وحُسْب؛ بل إن النظر المصلحي لائح في فقه المذهب كله؛ فهو مُتمتٌّ من ثلاثين ماليك إلى العصور المتاخمة. ومن اللافت للانتباه -حَيَّمًا عرضته في شواهد الاعتبار للأصول الاجتهادِيَّة في مذهب المالكيّة- أن المالكية المتاخرَين على ما كانوا فيه من تثليث لم يكونوا جامدين على مأثور أقوال ماليك وأصحابه، وإنَّما كانوا يميلون كثيرا فيما يستخدمون فيه إلى رسُوى المصالح والنظر إليها والاعتبار بها في تشكيك الحُكم؛ بخاصَّة في الأمور التي أثرت في تشكيك الحكم المأثور والمشهور. على أن بعض ما دُعمَوا إليه فيما جُرِّى به العمل، بما يُطِّل فيه، لمخالفته بعض الأدلة المعتبرة.

9- من الأمور التي تلخت إليها في هذا البحث أن الأدلّة التي يسوقها المخالفون للمالكيّة في حُجْيَّة بعض الأصول الاجتهاديّة ثم يناء الاعتراضات عليها، كما وقع في المصالح المرسلة والاستحسان-هي أدلة غير دالّة على مُراد المالكيّة، بل إن غالب تلك الأدلّة ليست هي مُتمسَّكات المالكيّة الحقيقية؛ لذلك وَجَب أن يَحقَق فيما
10- وممّا جمعته إلى الدّرّاسة: أن بعض المصطلحات الأصولية تتجه من التّعميم إلى التّضيق في السّيرة التاريخية، فتجدرّد الحقائق في البدء يكون فيه شيء من الصعوبة التي تؤدي إلى إعطاء مقاربات لهذا المفهوم، وهذه المقاربات من طبيعتها أن تكون عامّة، لكن بالنّتاوول المستمر لهذه الحقائق، وبالاستقراء المتواصل والترابضات المعرفيّة، فتشتّح تلك الحقائق، فعمّا شابها من إدخال بعض المعاني فيها، ليست منها ولهذا ما تمثل بجلاء في مصطلح الاستحسن.

11- من أهمّ ما جمعته إلى الدّرّاسة هو الّوّفوق على أهميّة المصلحة الحاجيّة في الاجتهاد التشريعيّ، لأنّ المصطلح الدّروريّ من الأمور التي لا تحتاج إلى استدلال أو تقرير، لأنّ اعتبارها ممّا يدخل في طباع الناس ضرورة.
وال دقائق التي انتشرت في الذهن مسيرة تناول الموضوع
تتمثل فيما يلي:
أولاً: مما أقترحه أن ندرس القواعد المصلحية التي يقوم على
أساسها مسحة الاستثناء في التشريع الإسلامي. وقد ذكرت في كل
من أصول الاستحسان وأصل مراعاة الخلاف ما قدرت على
استخلاصه من قواعد مصلحية كانت أساسًا لعمليات الاستثناء
والعدول عن أصل الدليل: كقاعدة المعروفة، وقاعدة الضمر،
واقعة الدلالة من التكليف، وقاعدة الاحتياط...
وتكون دراستها ذلك باستقراء الأحكام الشرعية الواردة على خلاف
القياس الظاهر؛ لأن هذه الأحكام إنما خالفت أصلها لما عرضتها
بعض القواعد الشرعية المصلحية؛ فلو استقرت هذه الأحكام لكان
من الممكن أن تأتي على ضبط منطق العدول عن الدليل الأصلي.
وفي ضمن ذلك تدرس بعض التفسيرات العداني عن الحكم الأصلي
في كل المذاهب الفقهية ليخرج في الأخير بنظرية عامة تقوم بمبدأ
الاستثناء في التشريع والفقه الإسلامي.
كما ندرس كتب المفروض الفقهية، فهي مشبع تنظير كثير من معاني
العدول عن الأدلة الأصلية والأصول الظاهرة في المنصب إلى
غيرها، اجتهدًا. كما يُعتَنِى بكتاب الخلاف العالي، ففِيها مادةً جيدةً في هذا الموضوع.
ثانياً: ممّا ألمع إِلَيهِ في هذا المقام: ضرورة دراسة َكتَب النَّزُوال والفَتْنَاء لَدَى المَالِكِيَّة دراسة معمقَة، وذلك لإبراز النَّواحي الآتية:

* لحُظ الحُجَّات العَالِمَة التي طُرِّفَت على الأَمَة والمجْمَعات في مُختلف القرون والبيئات، وكيف كان تَعْمَل الملَكِيَّة مع ذلك.
* تَلْمِيحُ مُدَّة الأَثَّنَاء والدَّارِضِي في الإِجْهَاد المَلَكِيَّ في مُختلف العَصُور وربط ذلك بالوضع العام للأمة، ومدتى أَثر تَخْلُف الإِجْهَاد المَلَكِي في تَخْلُف الأَمَة، مع إِبراز عوامل قُتُور الإِجْهَاد المَلَكِي أو اهِجْهَاده أو رُكوبه أو تُحِقَّقه.

ثالثاً: من المقترَحات التي أُبْسِطَلَها في هذه التوصيات: دراسة المَصِلَّح الأَصِلِّيِّي دراسة تاريخيَّة، في تَطُوْرُ مفاهيمه، واتِّخاِد مضمونه في السِّبورة التاريخيَّة لتَدوين علم الأصول، ودراسة الاختلافات في مفاهيم المصطلحات بين مُختلف المناهِب؛ كما تَعْتَنِى الدَّرَاسة بِلَحْظ المُؤَوَّارِي بين الإِصْطِلاح عِهد التَّدوين، وبين الإِصْطِلاح قبل التَّدوين. ثمّ بَحْث في مُدَّة أَثر هذا التَّطَوُّر في الاختلاف بين الأَصِلِّيَّين في مسائل علم أصول الفقه.

رابعاً: دراسة مُدَّى الارتباط بين المَذهَبين المَلَكِيَّين (1) والحَنْفِيَّ.

(1) خاصّة عبد الرحمن بن القاسم.
في المنهج الاجتماعيّ، وعوامل هذا الارتباط والتأثير؟ وهذا مما يكمل التّ قريب بين المذاهب وتقليل الخلاف؛ لأنّ اتحاد المناطق الاجتماعيّة بين المذاهب مما يُحجم مساحة الخلاف. ولست أعني من تقليل مساحة الخلاف الخلاف المأثورَ، وإنّما أعني الخلاف المتوقّع حُدوثه في التوازُل الحادثة.

ثمّ بحمد الله وحسن عونه
الفهارس

• فهرس الآيات
• فهرس الأحاديث والآثار
• فهرس المصادر والمراجع
### فهرس الآيات

<table>
<thead>
<tr>
<th>الآية</th>
<th>الصفحة</th>
<th>السورة/الآية</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>{المؤمن}</td>
<td>٨٥٤</td>
<td>البقرة: ١٠٠</td>
</tr>
<tr>
<td>{بِلْ تَزْوُدُوا}</td>
<td>٤٢٥</td>
<td>البقرة: ١٨٢</td>
</tr>
<tr>
<td>{الله}</td>
<td>٢١٣</td>
<td>البقرة: ٢٣٣</td>
</tr>
<tr>
<td>{لا}</td>
<td>٢٥٧</td>
<td>البقرة: ٢٣٥</td>
</tr>
<tr>
<td>{إِنَّهُ}</td>
<td>٢٠٠</td>
<td>البقرة: ٢٧٢</td>
</tr>
<tr>
<td>{أَلَّا}</td>
<td>٤٤٩</td>
<td>آل عمران: ١٩</td>
</tr>
<tr>
<td>{أَمَّا}</td>
<td>٣٨٧</td>
<td>آل عمران: ٧٥</td>
</tr>
<tr>
<td>{أَمَّا}</td>
<td>٣٦١</td>
<td>النساء: ٧</td>
</tr>
<tr>
<td>{أَمَّا}</td>
<td>٣٦٠</td>
<td>النساء: ٧٥</td>
</tr>
<tr>
<td>{فَكَانَ}</td>
<td>٣٨٨</td>
<td>النساء: ٥٨</td>
</tr>
<tr>
<td>{وَمَا}</td>
<td>٤٠٢</td>
<td>البقرة: ٧٧</td>
</tr>
<tr>
<td>{وَلَا}</td>
<td>٤١٨</td>
<td>البقرة: ١٠٨</td>
</tr>
<tr>
<td>{وَكَانَ}</td>
<td>٥٢٦</td>
<td>البقرة: ٨٥</td>
</tr>
<tr>
<td>{وَقَدْ}</td>
<td>٦٠٢</td>
<td>البقرة: ١١٣</td>
</tr>
<tr>
<td>{مَا}</td>
<td>٧٠٢</td>
<td>النبويّة: ١١٥</td>
</tr>
</tbody>
</table>
- وإن الله لا يخفى من شيء
- أنه تم أن أرسلنا الشخصين على الكفار ننذروهن أدا [مريم: 36]
- ولا يضيقي بالقولين يعلم ما يقولون من ينجيه [النور: 31]
- وما جعل علىكم من حج [الحج: 78]
- يتباهى الذين أسلموا ونسوا واتباعوا ركوبهم [الحج: 77]
- وافتصروا الحبوب لعل أصحابهم نفيحون
- فقل للمؤمنين بعضوا من أنفسهم ومغفروا موفقة ذلك أنك [النور: 30]
- فهم إن الله خبير بما صنعون
- فبدأون إذا كفعلنا خلافة في الأرض فأحكم بين الناس يلقين ولا [ص: 26]
- نبتع الله فيصلك عن سبيل الله الآية
- [النور: 18]
- {الذين يستمتعون قول فيبقيون أحسنت} [الزمر: 181]
- وما أخفى فمن شاء فتحكمه إلى الله [الشعرى: 10]
- ولا يبتئوا أعملكم [محمد: 33]
- 274
- 727
- 418
- 386
- 371
- 388
- 622
## فهرس الأحاديث والآثار

<table>
<thead>
<tr>
<th>الحديث والآثار</th>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>1</td>
<td>122</td>
</tr>
<tr>
<td>2</td>
<td>544</td>
</tr>
<tr>
<td>3</td>
<td>653</td>
</tr>
<tr>
<td>4</td>
<td>549</td>
</tr>
<tr>
<td>5</td>
<td>383</td>
</tr>
<tr>
<td>6</td>
<td>529</td>
</tr>
<tr>
<td>7</td>
<td>019</td>
</tr>
<tr>
<td>8</td>
<td>055</td>
</tr>
<tr>
<td>9</td>
<td>013</td>
</tr>
<tr>
<td>10</td>
<td>049</td>
</tr>
<tr>
<td>11</td>
<td>645</td>
</tr>
<tr>
<td>12</td>
<td>500</td>
</tr>
<tr>
<td>13</td>
<td>534</td>
</tr>
<tr>
<td>14</td>
<td>542</td>
</tr>
<tr>
<td>15</td>
<td>508</td>
</tr>
<tr>
<td>16</td>
<td>540</td>
</tr>
<tr>
<td>17</td>
<td>518</td>
</tr>
<tr>
<td>18</td>
<td>548</td>
</tr>
<tr>
<td>19</td>
<td>399</td>
</tr>
<tr>
<td>20</td>
<td>616</td>
</tr>
<tr>
<td>21</td>
<td>015</td>
</tr>
<tr>
<td>22</td>
<td>653</td>
</tr>
<tr>
<td>23</td>
<td>334</td>
</tr>
<tr>
<td>24</td>
<td>361</td>
</tr>
</tbody>
</table>

*رسالة إلى المراجعين*
25 - لا طلاق قبل نكاح ......................................................... 613
26 - يتقدم أحدهم رمضان بيوم أو يومين ......................... 649، 616
27 - لا يخطب أحدهم على خطبة أخيه ............................. 210
28 - لا يصلح الناس إلا ذلك ................................................ 190
29 - لا يخرج بين مجتمع، ولا يجمع بين مفرق ................. 535
30 - لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكالا ............................. 29
31 - اللهم لا تجعل قبري وثنا يعدهم بكرفر ............. 652
32 - لولا قومك حديث عهدهم بكرفر .............................. 536
33 - ما رأى المسلمون حسنة فهو عند الله حسن ........................ 372
34 - من أحب أرضي بيته فهي له ....................................... 405
35 - من أكبر الكباريين شنّم الرجل والدبه ......................... 266، 478
36 - يهى عن الانتباه في الدبأ والمرضى ......................... 544، 529
37 - يهى عن بناء المساجد على القبر ......................... 540
38 - يهى النبي عن بيع حاضر لباد ................................. 165، 164
39 - يهى يهى الفضة بالفضة والذهب بالذهب، مثلا بمثل، سواء بسواء، وأن من زاد ازداد 
40 - يهى يهى الحب والصدقة ............................................. 549، 535
41 - يهى النبي عن تأنيي الزكاة ...................................... 165
42 - يهى عن الجمع بين المرأة وعمتّها أو خالتها ............. 545
43 - يهى عن الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأن تسافر مع غير ذي محرم .......................... 545، 529
44 - يهى النبي عن الخليطين من الأشربة ......................... 544
45 - يهى عن شرب البند بعد ثلاث ................................. 544
46 - يهى عن هدية المدنيان ................................. 548
47 - يهى عن الصلاة إلى القبر ................................. 545
48 - هو والله خير ................................. 67
49 - وَرَثَتْ عُمْانَ زوجة عَبْد الرَّحْمَن بن عُقْفُو هِيَةَ حِينَ طَلَقَهَا في مَرَضهَا ، 498 
50 - الولد للفتاة، وللعاوها الحجر ................................. 647
51 - والله يا بنياً ما من الناس أحد أحب ........................ 498
52 - يا أيها الناس ؛ إن القصر سنة رسول الله ......... 540، 517
53 - يهى يهى صدقة الناس ............................................. 405
فهرس المصادر والمراجع

- الأصمعي، عبد الملك بن قريب، فحوله الشعراء، تحقيق محمد عودة أبو جري، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1414 هـ.

- الأندلي، علي بن محمد (ت 1311 هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، (اعتني به: سيد الجميلي)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1424 هـ.

- أحمد، ابن حنبيل (ت 241 هـ)، المسند، تحقيق شعب الأئمزة وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1416 هـ.

- الألباني، محمد ناصر الدين (ت 1420 هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405 هـ.

- سلسلة الأحاديث الصحيحة، دار المعارف، الرياض.

- صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي، الرياض، 1986 م.

- الأنصاري، زكريا، أسئل المطالب شرح روض الطالب، دار الكتب الإسلامي، (دت).

- الإيجي، عضد الدين (ت 175 هـ)، شرح مختصر المنتهى الأصولي، (تحقيق محمد حسن إسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1424 هـ.

- الباجي، سليمان بن خلف (ت 474 هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1415 هـ.

- الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في مهني الدليل، (تحقيق محمد علي فركوس)، المكتبة الملكية، مكة، ط 1، 1416 هـ.

-
كتاب الحدود في الأصول، تحقيق نزие حماد، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، بيروت، 1973م.
- المتنبي شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط 1 ، 1331هـ.
- المتناجا في ترتيب الحجاج، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2 ، 1987م.
- الباخاري، محمد بن إسماعيل (ت 25 هـ)، الصحيح، (اعتني به مصطفى البغدادي)، دار ابن كثير، بيروت، 1407هـ.
- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد (ت 1 848 هـ)، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا باللفتتين والحكما، (تحقيق محمد الحبيب الهيلة)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1 ، 2001م.
- البصري، أبو الحسن محمد بن علي (ت 326 هـ)، المعتمد في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، (دت).
- البكاني، محمد بن الحسن (ت 119 هـ)، الفتح الرئيسي فيما ذكر عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 ، 1422هـ.
- الوطني، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 5 ، 1406هـ.
- البيهقي، أحمد بن الحسين (ت 458 هـ)، السنن الكبير، مكتبة دار الباز، مكة، 1414هـ.
- التاودي، محمد بن الطالب بن سودة (ت 209 هـ)، شرح لامية الزقاق، مطبعة الأمنية، الرباط، 1955م.
- الترمذي، محمد بن عيسى (ت 279 هـ)، الجامع، أحمد محمد شاكر، وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- التسولي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، وذيله: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم التاودي أبي عبد الله محمد، دار الفكر، بيروت 1412هـ.
التلمساني، الشريف محمد بن أحمد (ت 177 هـ)، مفتاح الوصول إلى بناء
النروج على الأصول، (تحقيق محمد علي فوكوس)، دار تجميع العلماء
الجزائر، ط 1، 1420 هـ.

النزي، أحمد بن بابا (ت 1031 هـ)، نيل الانتهاء بتطريز الديباج، مكتبة
الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، 1433 هـ.

كتاب المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، (تحقيق عبد الله الكتاتبي)، دار
ابن حزم، بيروت، ط 1، 1426 هـ.

ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم (ت 728 هـ)، بيان النليل في بطلان
الدليل، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، المكتبة الإسلامية،
بيروت، ط 1، 1418 هـ.

الفلتاوي الكبير، (تحقيق حسين محمد مخلوف)، دار المعرفة، بيروت,
1386 هـ.

قائمة في الاستحسان، (تحقيق محمد عزير شمس)، دار عالم الفوائد، ط 1,
1419 هـ.

مجمع الفتاوي، (جمع عبد الرحمن بن محمد قاسم وأبته محمد)، مكتبة
المعارف، الرياط، (دت).

آل تيمية، أبو البركات مجد الدين (ت 652 هـ) وعبد الحليم (ت 618 هـ)
وأحمد (ت 672 هـ)، المسودة في أصول الفقه، (تحقيق أحمد الذروي)، دار
ابن حزم، بيروت، ط 1، 1422 هـ.

الثعلبي، أبو منصور (ت 431 هـ)، تجربة النعبر في مجازن أهل العصر
(اكتبه: مفيد قميح)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1403 هـ.

الجرجاني، عبد العزيز (ت 366 هـ)، الوسط إبى المنتبه وخصوصه، (تحقيق
محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي البجاري)، عيسى الباجي المحلي,
القاهرة، (دت).
abetic جلي، محمد بن أحمد (ت ١٤٤٧هـ)، تقييم الوضوء إلى علم الأصول،
(تحقيق محمد المختار الشقيري)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط، ١٤٤٢هـ.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله (ت١٨٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه،
(تحقيق عبد العظيم الديب)، دار الوفاء، مصر، ط، ١٤٨٧هـ.
- غياث الأمين في العادات الشرعية، (تحقيق عبد العظيم الديب)، الدوحة،
١٩٨١هـ.
- التلخيص في أصول الفقه، (تحقيق عبد الله النبالي وشيربر العمري)، مكتبة
دار الباز، مكة، ط، ١٤١٧هـ.
- الجدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة
فضالة المغرب، ١٩٨٢م.
- ابن حبان، محمد البصري (١١٣٥هـ)، الصحيح، تحقيق شعيب الأرناؤوط،
مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٨هـ.
- ابن حجر، أحمد بن علي (ت ١٣٥٨هـ)، التلخيص الحير في تخريج أحاديث
الرافعي الكبير، (اعتنى به عادل عبد الموجود وعلي معوض)، دار الكتب
العلمية، بيروت، ط، ١٤١٩هـ.
- الحجوي، محمد الحسن، الفكر الشامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار
الكتب العلمية، بيروت.
- حسين، محمد الخضر (ت ١٩٥٨م)، دراسات في الشريعة الإسلامية، جمه
علي الرضا التونسي، ط، ١٩٧٥م، (دم).
- رسائل الإصلاح، مكتبة التلمساني، القاهرة، ١٩٣٩م.
- الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، اعتنى به علي الرضا التونسي،١٩٧١م،
(دم).
- نقض كتاب الإسلام وأصول الحكم، المطبعة السلفية ومكتبة القاهرة،
١٣٤٤هـ.
حسين، محمد علي، تذنيب الفروق والقواعد السنة في الأسرار الفقهية،
عالم الكتب بيروت، (دت).
الحطب، محمد بن محمد (ت 954 هـ)، موهب الجليل في شرح مختصر
خليل، دار الفكر بيروت، (دت).
حلولاو، أحمد عبد الرحمن (ت 898 و898 هـ)، التوضيح في شرح
التنقيح، الطبعة التونسية، تونس، 1328 هـ.
الخريشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت،
(دت).
إبن خلدون، عبد الرحمن (ت 808 هـ)، المقدمة، دار الكتاب اللبناني،
بيروت، 1982 م.
الدربطانى، السنن، (تعقيب عبد الله هاشم يماني)، دار إحياء التراث
العربي، بيروت، 1413 هـ.
أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت 272 هـ)، السنن، (تعقيب محمد محي
الدين عبد الحميد)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دت).
الدربطى، أبو زيد عبد الله بن عمرو (ت 420 هـ)، تقويم الأهلة في أصول
الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ.
الدردير، أحمد بن محمد العدوى (ت 120 هـ)، الشرح الكبير، مع حاشية
الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (دت).
الشرح الصغير، مع بلغة السالك للصابوي، (تعقيب مصطفى كمال وصفي)،
دار المعارف، القاهرة، 1972 م.
الدرزي، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع
الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1418 هـ.
الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 123 هـ)، الحاشية على الشرح
الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، (دت).
الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (ت 562 هـ)، المحصول في علم الأصول،
(تحقيق جابر فياض العلواني)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط، 1984، 422 هـ.
- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد (ت 795 هـ)، جامع العلوم
والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلام، (تحقيق شعيب
الأزنؤوط وإبراهيم باجس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط، 795، 1423 هـ.
- الحبيبي، مصطفى بن سعد، مطلوب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،
المكتب الإسلامي، بيروت، (ت).
- ابن رشد، محمد بن أحمد (ت 520 هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه
والتحليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط،
1408 هـ.
- مسائل أبي الويلد بن رشد الجد، (تحقيق محمد الحبيب التجكاني)، دار
الجبل، بيروت، ط، 1414، 1415 هـ.
- المقدمات الممهدة لبيان ما أقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية
والتحصيلات المحكمة لأهميات مسائلها المشكلات، دار الكتب العلمية،
بيروت، ط، 1425، 1426 هـ. وطبع دار الغرب الإسلامي.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت 592 هـ)، بداية المجهد ونهاية
المفتي، (تحقيق عبد المجيد طمعة)، دار المعرفة، بيروت، ط، 1426، 1427 هـ.
- الضروري في أصول الفقه، (تحقيق جمال الدين العلوي)، دار الغرب
الإسلامي، بيروت، ط، 1394، 1994 م.
- ابن رشوك، الحسين بن عتيق (ت 132 هـ)، لباب المحصول في علم
الأصول، (تحقيق محمد غزالي عمر جابي)، دار البحوث للدراسات
الإسلامية، الإمارات، ط، 1422، 1423 هـ.
- الرفاعي، محمد بن قاسم (ت 689 هـ)، شرح حدود بن عرفة، (تحقيق محمد أبو
الأجانب والظاهر المعموري)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط، 1423، 1994 م.
الرُّهوني، يحي بن موسى (ت 773هـ)، تفعة المسؤول في شرح مختصر
ماهي السول، (تحقيق الهاذى شيبلي)، دار البحوث للدراسات الإسلامية،
الإمارات، ط 1، 1422هـ.
الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشافعى، دار الكلمة، مصر،
ط 1، 1418هـ.
الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت 515هـ)، تأليف العروس من جواهر
القاموس، (تحقيق عبد الكريم العزبياوي وآخرين)، مطبعة حكومة الكويت،
1386هـ.
الزُّراقى، عبد الوكيل بن يوسف (ت 991هـ)، شرح مختصر خليل، اعتنى
به عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1422هـ.
الزرخى، بدر الدين محمد بن بهادر (ت 748هـ)، البحر المحيط في أصول
الفقه، دار الكتب، القاهرة.
تشنيف المساعم بجمع الجوامع، (تحقيق عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز)،
مكتبة قرطبة، القاهرة، ط 2، 1419هـ.
المثير في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.
زرزوق، أحمد الفاسي، شرح الرسالة، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
أبو زهرة، محمد، مالك: حياته وعصره، آراؤه ووقفه، دار الفكر العربي،
القاهرة، 1997م.
أبو زيد، بكر بن عبد الله، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل
وتاريخ الأصحاب، دار العاصمة، الرياض، ط 1، 1417هـ.
ابن أبي زيد، عبد الله بن عبد الرحمن الفيرواني (ت 383هـ)، الجامع في
السنن والأداب والحكم [الكتاب هو الجامع من "مختصر المدونة"], (تحقيق
عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1990م.
الذب عن مذاهب مالك، مخطوط بمكتبة تشستر، رقم 4475.
- النواذر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، (تحقيق عبد الفتاح الحلو وآخرين)، دار الحرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999 م.
- الزياديء، عبد الله بن يوسف (ت721 هـ)، نسخة الراية في تزجيج أحاديث الهداية، (تحقيق محمد البنوري، دار الحديث، القاهرة، 1357 هـ).
- السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت717 هـ)، الإباعج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1419 هـ.
- طبقات الشافعية الكبرى، (تحقيق محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو).

- هجر، القاهرة، ط2، 1413 هـ.
- السجلماسي، محمد بن أبي القاسم (ت750 هـ)، شرح اليوهاني الثمينة.
- (تحقيق عبد الباقي بدوي)، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1425 هـ.
- سحنون، ابن سعيد التنوخي (ت704 هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السمرقند، علاء الدين محمد بن أحمد (ت1395 هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، (تحقيق محمد زكي عبد البر)، مطبعون الدوحة الحديثة، قطر، ط1، 1404 هـ.
- ابن السمعاني، متصرف بن محمد (ت389 هـ)، قواطع الأدلة في الأصول.
- دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418 هـ.
- السنوسي، عبد الرحمن بن محمد، اعتبار المولات ومراعاة نتائج التصرفات.
- دار ابن الجوژي، السعودية، ط1، 1424 هـ.
- مراعاة الخلاف، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420 هـ.
- الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت970 هـ)، الاعتصار، (تحقيق مشهور ابن حسین)، مكتبة التوحید، المنامة، ط1، 1431 هـ.
- فتاوى الإمام الشافعي، (جمع محمد أبو الألفان)، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2001.
- المواوقات، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- الشافعي، محمد بن إدريس (ت1200هـ)، الرسالة، (تحقيق أحمد محمد شاك)، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، 1358هـ.
- شقرون، محمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ.
- الشقيمي، محمد الأمين (ت1393هـ) مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، (اعتنى به سامي العربي)، دار البقين، مصر، 1419هـ.
- نثر الورود على مواقع السعودية، (تحقيق وتتنة محمد ولد سيدي ولد حيب)، دار المناورة، جدة، ط1، 1415هـ.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر (ت826هـ)، المصنف، دار الريشة، الرياض، 1409هـ.
- ابن الشيخ، محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ.
- الشراري، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت477هـ)، شرح اللمع، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ.
- الصاوي، أبو العباس أحمد، بلغة السالك في إلى أقرب المسالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، 1972م.
- الصناحي، أبو الشتاء بن الحسن الغزى، مواهب الخلاف على شرح التاودي للامية الزقاق، (صححه أحمد بن أبي الشتاء)، مطبعة الأمنية، الرياض، ط2، 1455هـ.
- الطرباني، سليمان بن أحمد (370هـ)، المعجم الكبير، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، 1404هـ.
الطوфи، نجم الدين سليمان بن عبد القوي (ت 717 هـ)، كتاب التعيين شرح الأربعين، (تحقيق أحمد حاج محمد بن عثمان)، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط 1، 1419 هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت 520 هـ)، رد المختار على المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، (د).
- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت 1393 هـ)، أليس الصحيح بقرب، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (د).
- التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التقييم، مطبعة النهضة، تونس، ط 1، 1341 هـ.
- النظر الفصيح عند مضايق الأنظار في الجامع الصحيح، الدار العربية لللكتب، ليبيا - تونس، 1399 هـ.
- مقاسد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النشأة، الأردن، ط 2، 1421 هـ.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت 634 هـ)، الاستذكار، (اعتنى به: محمد علي معاوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأساليب، مكتبة المؤيد، ط 1، 1387 هـ إلى 1410 هـ.
- جامع بيان العلم وفضله، (تحقيق أبي الأشبال الزهيري)، دار ابن الجوزي، الدمام، ط 19، 1419 هـ.
- عبد الرزاق، ابن همام الصنعاني (ت 111 هـ)، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403 هـ.
- ابن عبد السلام، أبو عبد الله محمد الهواري (ت 749 هـ)، تبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمكار لابن الحاجب (من أول البيع إلى نهاية خيار).
الترفيه)، تحقيقات: سالم مفتاح علي مبارك، رسالة مقدمة استكمالا لمنطلقات الإجازة العالية (الماجستير)، جامعة القاهرة، كلية الآداب، قسم اللغة العربية، الجمهورية الليبية، العام الجامعي 2002-2003.

- عبد الوهاب، القاضي ابن نصر البغدادي (ت 422 هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، (ت تحقيق الجبين بن طاهر)، دار ابن حزم، ط 1420 هـ.
- المعونة على مذهب أهل المدينة، انتهى به محمد إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط 1418 هـ.

- العتيqi، محمد القرطبي (ت 552 هـ): العتبيات، مع شرحها: البيان والتحصيل، دار الغرير الإسلامي، بيروت، ط 1408 هـ.
- العجلوني، إسماعيل بن محمد (ت 1121 هـ)، كشف الخفاء وميز الالباس عما اشتهر على ألسن الناس، دار التراث الإسلامي، القاهرة، [تصوير طبعة خمسة الدين القذاري].
- العذوي، علي الصعيدي، الحاشية على كنيانية الطالب الرضائي، دار الفكر، بيروت.

- الحاشية على شرح الجرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- العراقي، أبو زرعة أحمد بن زين الدين (ت 582 هـ): الغيث الدهام شرح جمع الجوامع، (انتهى به حسن قطب)، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط 1420 هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله المغالفي (ت 542 هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1418 هـ.
- عارضة الأحودي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1418 هـ.
- قانون التأويل، (ت تحقيق محمد السليماني)، دار الغرير الإسلامي، بيروت، ط 2، 1990 م.
القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، (تحقيق محمد ولد كريم)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992 م، واعتمدت كذلك على النسخة التي حظيت بها: أيمن نصر وعلا إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419 هـ.

المخصص في أصول الفقه، (تحقيق حسين اليدري)، دار البيارق، عمان، ط1، 1420 هـ.

العطار، حسن بن محمد، حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب (ت 45 هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، (عبد الله الأنصاري وأخرين)، قطر، ط1، 1398 هـ.

العليمي، علي بن عيسى، النوازل، وزارة الأوقاف المغربية، 1409 هـ.

العلوي، عبد الله بن إبراهيم الشتقجي (ت 120 هـ)، نشر البنود على مراقي السعودية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1409 هـ.

علي، محمد إبراهيم أحمد، اصطلاح المذهب، دار البحوث، الإمارات، ط1، 1421 هـ.

عليش، محمد بن أحمد (ت 1299 هـ)، منح الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، بيروت.

أبو عمران، عبد بن محمد الفاسي الصنهاجي، النظائر في الفقه المالكي، اعتنى به جلال الجهاني، دار البلداص الإسلامية، بيروت، ط1، 1421 هـ.

عياض، أبو الفضل بن موسى البحصي (ت 445 هـ)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، (تحقيق يحيى إسحاق)، دار الوفاء، مصر، ط1، 1419 هـ.

ترتب المدارك وتقريب الممالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، (تحقيق أحمد بكير محمود)، دار مكتبة الحياة، بيروت، ط1.)
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت 550 هـ)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخل ومسائل التعليل، (تحقيق حمد الكيسي)، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1390 هـ.
- المستصفى من علم الأصول، (تحقيق محمد سليمان الأشرق)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1417 هـ.
- الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.
- الفاسي، أبو حفص عمر (ت 188 هـ)، تهفة الحذاق في شرح لامية الرقاق، فاس، (دين)، 1888 م، طبعة حجرية.
- الفتوحی، تقي الدين أبو البقاء (ت 972 هـ)، شرح الكوكب المنير، (تحقيق محمد الزحيلي وزني حماد)، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993 م.
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت 799 هـ)، تبصرة الحكام عن أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416 هـ.
- الدبياج الملهب في أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ.
- كشف الناقب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، (تحقيق حمزة أبو فارس).
- عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1990 م.
- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصطفى البابي الحلي، 1913 م.
- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم (ت 272 هـ)، المعارف، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1970 4/1 هـ.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إبراهيم (ت 887 هـ)، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، تصرفات الناضج والأمام، (تحقيق عبد الفتاح أبو غدة)، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1387 هـ.
- دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994 م.
- شرح تقييم الفصول، (تحق. ط. عبد الرؤوف سعد) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1393 هـ.
- أنوار البرهان في أنواع الفروع، عالم الكتب، بيروت.
- نفائس الأصول في شرح المصور، مكتبة نزار الباز، مكة، ط 2، 1418 هـ.
- القرطيّي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم (ت 55 هـ): المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، دار ابن كثير، بيروت، ط 2، 1420 هـ.
- القرطيّي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت 271 هـ): الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1947 م.
- ابن القاضي، علي بن عمر (ت 397 هـ), المقدمة في الأصول, (تحق. محمد السليماني), دار الغرب الإسلامي, بيروت, ط 1, 1997 م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت 75 هـ), إعلام المواقع عن رب العالمين, دار الكتب العلمية, بيروت.
- دمتع القوائد, دار الكتاب العربي, بيروت, (د). 
- الكلوذاني, أبو الخطاب محفوظ بن أحمد (ت 15 هـ), التمهيد في أصول الفقه, (تحق. مفيد أبو عمشة), المكتبة المكية, مكة, ط 2, 1421 هـ.
- اللقائيّي، إبراهيم بن إبراهيم (ت 104 هـ), ماني أصول الفتوна وقواعد الإفتاء بالأقوية, (تحق. عبد الله الهلاللي), وزارة الأوقاف المغربية, 2002 م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت 275 هـ), السنن, (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقيء), دار الفكر, بيروت, (د).
- المالقي، الشهابي, الأحكام, دار الغرب الإسلامي, بيروت.
- مالك, ابن أنس (ت 179 هـ), الموصّت بارواية يحيي بن يحيى الليثي, (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقيء), دار إحياء التراث العربي, القاهرة.
- المرداوي, علي بن سليمان (ت 886 هـ), التحبير شرح التحرير, تحقّق عبد الرحمن الجبرين وآخرين, مكتبة الرشد, الرياض, ط 1, 1421 هـ.
المجالس العامة
- المنشاوي، حسن بن محمد (ت 1329 هـ)، الجواهر الثمينة في أدق عالم المدينة، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1971 هـ.
- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت 587 هـ)، القواعد، تحقيق أحمد بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، (دم). واعتمدت النسخة المحققة من قبل: محمد الأردابي، وهي رسالة دكتوراه في المغرب، وهي نسخة كاملة للكتاب، بخلاف النسخة السابقة فإنها تتبع إلى أبواب العبادات.
- المنجوري، أحمد بن علي (ت 695 هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشقيري (دم).
- ابن منظور، جلال الدين محمد بن مكرم الأفريقي (ت 717 هـ)، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، 1902 هـ.
- المواقين، محمد بن يوسف (ت 879 هـ)، التاج و الإجليك لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1914 هـ.
- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي (ت 1010 هـ)، الإتقان والإحكام في شرح تفاحة الحكم.
- الروض المهبهج بشرح بتان فكر المهج في تكمل المنهج، تحقيق محمد فرج الزائدي، مشارات إقامة، مالطا، 2001.
- ابن ناجي، قاسم بن عيسى (ت 737 هـ)، شرح الرسالة، دار الفكر، بيروت، 1942 هـ.
- ابن نجيب، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب (ت 325 هـ)، السنن المجتبية، دار الكتاب العربي، بيروت، (دم).
- ابن النديم، محمد بن إسحاق (ت 385 هـ)، الفهرست، دار المعرفة.
- النفوذ، أحمد بن غنيم، الفواكه الدّونية في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت.
- الهيكل، أحمد بن محمد، تهذيب المحتاج في شرح المناهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الوزاني، المهدي، تهذيب الأيدياس في شرح عمليات فاس، (اعتني به: هاشم العليوي)، وزارة الأوقاف المغربية، 1427 هـ.
- حاشية على شرح الناوتا على لامية الزقاقي، (دن)، فاس، 1915 م (طبعة حجرة).
- حاشية على شرح الناوتا على تهذيب ابن عاصم، (دن) (دت)، فاس (طبعة حجرة).
- المعيار الجديد، تحقيق محمد عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1419 هـ. واعتملت الطبعة الحجرية: (دن)، فاس، 1910 م.
- الوشريسي، أحمد بن يحي (ت 911 هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ( تحقيق أحمد الخطابي)، الرباط، 1400 هـ.
- علبة البروق في جمع ما في المذهب من مجموعة الفروق، ( تحقيق حمزة أبو فارس)، دار الفقه الإسلامي، بيروت، ط 1، 1410 هـ.
- المعيار المعبّر والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، دار الفكر الإسلامي، بيروت، 1401 هـ.
- الهواري، عبد السلام بن محمد، حاشيته على شرح الناوتا للاميزة الزقاقي، (دن)، فاس، 1916 م، طبعة حجرية.
- اليافعي، عبد الله بن أسعد (ت 787 هـ)، مرآة الجنان وعبرة البقظان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ.
محتويات الكتاب

• المقدمة .................................................. 5

الفصل التمهيدي
أسوَّل المذهب المالكيَّ: مفهومًا، واحصاة، وأنواعًا، وخصائص
52 - 11

المبحث الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي .......................... 13
• المطلب الأول: الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا .......................... 13
• المطلب الثاني: مفهوم المذهب المالكي ............................... 17
المبحث الثاني: أصول المذهب المالكي إحصاؤها، وأنواعها ........ 21
• المطلب الأول: إحصاء أصول المذهب المالكي ......................... 21
• المطلب الثاني: أنواع أصول المذهب المالكي ....................... 35
المبحث الثالث: خصائص أصول المذهب المالكي ...................... 45
الخاصة الأولى: كتيرة أصول المالكية ................................. 45
• الخصائص الثانية: انفراد المالكية ببعض الأصول، واحتفاؤهم بأصول
• أخرى بكثرة الاعتماد عليها ................................ 46
• الخصائص الثالثة: علاقة أصول مالمك بأصول أهل المدينة ............ 47
• الخصائص الرابعة: الجمع بين أصول أهل الرأي وأصول أهل الحديث 500
• الخصائص الخامسة: مركزية المصلحة في الأصول الاجتماعية في المذهب المالكي
51
المبحث الأول: المصالح المرسلة: المفهوم والمضمون
تمهيد: عنوان التشريع الإسلامي برعاية المصلحة
المطلب الأول: المصلحة: حقيقتها، وأتسامها، وأنواعها
- الفرع الأول: المصلحة: حقّيقتها لغةً واصطلاحاً
- الفرع الثاني: المصلحة: أقسامها وأنواعها
المطلب الثاني: المصالح المرسلة: مفهومها اصطلاحاً في المذهب المالكي
المطلب الثالث: المصطلحات المرافقة للمصالح المرسلة، والآراء ذات الصلة بها
المطلب الرابع: مناهج العلماء في المصالح المرسلة
- الفرع الأول: بيان مناهج العلماء في حجّيّة المصالح المرسلة
- الفرع الثاني: مذهب الغزاليّ والتحقيق عليه
- الفرع الثالث: مذهب ابن الجوزيّ والتحقيق عليه
المبحث الثاني: المصالح المرسلة في المذهب المالكي، حجيّتها، وشروط العمل بها، ومجاله
المطلب الأول: حجّيّة المصالح المرسلة في المذهب المالكي
المطلب الثاني: التحقق فيما عزا ابن الجوزيّ للإمام مالك
المطلب الثالث: التحقق في تفرد المالكيّ في أصل المصالح المرسلة
المطلب الرابع: شروط العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي
المطلب الخامس: مجال العمل بالمصالح المرسلة في المذهب المالكي
المطلب الأول: اختصاص المصالح المرسلة بالأحكام المعمّلة
المطلب الثاني: التوسع على الحُكُم في الأحكام السياسية الاستعفائية التعزيزية
الفصل الثاني: التأويل في الفقه المالكي

المبحث الأول: الاستحسان: المفهوم والمضمون 
المطلب الأول: الاستحسان، مفهومه في اللغة والاصطلاح المالكي
المطلب الثاني: أركان الاستحسان
الفرع الأول: الدليل الأصلي الذي يعترف عنه
الفرع الثاني: الدليل المقتضي للعدول
الفرع الثالث: مناط الاستحسان
المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة بإصل الاستحسان
المطلب الثاني: المصالح المرسلة
المطلب الثاني: تخصيص العلة
المطلب الرابع: مناهج العلماء في الأخذ بأصل الاستحسان
الفرع الأول: تحرير محل النزاع
الفرع الثاني: مذاهب العلماء في الاستحسان المختلف فيه:
المبحث الثاني: الاستحسان في المنبه المالكي حجية وأقسامه، وشروطه، ومجال إعماله، ومقتضيات الأخذ به
المطلب الأول: الاستحسان: حجيته في المنبه المالكي
المطلب الثاني: الاستحسان: أقسامه وأنواعه في المنبه المالكي
المطلب الثالث: الاستحسان: شروطه، ومجال العمل به في المنبه المالكي
الفرع الأول: شروط العمل بالاستحسان في المنبه المالكي
الفرع الثاني: مجال العمل بالاستحسان في المنبه المالكي
المطلب الرابع: الأصول المصلحية المقتضية للعدول عن الدليل الأصلي، وكواصف عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان
الفرع الأول: الأصول المصلحية المقتضية للعدول عن الدليل الأصلي
الفرع الثاني: كواصف عُموم الحاجة المقتضية للاستحسان
المبحث الثالث: الاستحسان في المنبه المالكي، الأدلة الناهضة بحجته، والاعتراضات الواردة عليه، وعلاقتها بالأصول الإلحادية في المنبه
المطلب الأول: الأدلة الناهضة بحجية الاستحسان
المطلب الثاني: الاعتراضات الواردة على الاحتجاج بالاستحسان
المطلب الثالث: علاقة الاستحسان بالأصول الإجتهادية في المذهب المالكي

- الفرع الأول: علاقة الاستحسان بالقياس
- الفرع الثاني: علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة

المبحث الرابع: الشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي

- المسألة الأولى: تضمين الزراعة المشتركة
- المسألة الثانية: الإجراء على ثمن مجهول
- المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات
- المسألة الرابعة: خلاف الأئهاب والزيتون والبن

الفصل الثالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكي

المبحث الأول: سدّ الذرائع: المعنى والمضمون

- المطلب الأول: معنى سدّ الذرائع في اللغة والأصالة المالكي
- الفرع الأول: معنى سدّ الذرائع لغة
- الفرع الثاني: معنى سدّ الذرائع في الأصالة المالكي
- الفرع الثالث: أركان سدّ الذرائع

المطلب الثاني: العلاقات المرافقة لأصل سدّ الذرائع، والآلفاظ ذات الصلة به

المطلب الثالث: أهمية قاعدة سدّ الذرائع

المطلب الرابع: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد، وقاعدة المال

- الفرع الأول: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد
- الفرع الثاني: صلة سدّ الذرائع بقاعدة اعتبار المال

المطلب الخامس: علاقة سدّ الذرائع بالمصالح والمفيدة

المبحث الثاني: سدّ الذرائع في المذهب المالكي: حقيقة، وآسما، وموجهات العمل به، ومجالاته

- المسألة الأولى: تضمين الزراعة المشتركة
- المسألة الثانية: الإجراء على ثمن مجهول
- المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات
- المسألة الرابعة: خلاف الأئهاب والزيتون والبن

الفصل الثالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكي

المبحث الأول: سدّ الذرائع: المعنى والمضمون

- المطلب الأول: معنى سدّ الذرائع في اللغة والأصالة المالكي
- الفرع الأول: معنى سدّ الذرائع لغة
- الفرع الثاني: معنى سدّ الذرائع في الأصالة المالكي
- الفرع الثالث: أركان سدّ الذرائع

المطلب الثاني: العلاقات المرافقة لأصل سدّ الذرائع، والآلفاظ ذات الصلة به

المطلب الثالث: أهمية قاعدة سدّ الذرائع

المطلب الرابع: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد، وقاعدة المال

- الفرع الأول: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد
- الفرع الثاني: صلة سدّ الذرائع بقاعدة اعتبار المال

المطلب الخامس: علاقة سدّ الذرائع بالمصالح والمفيدة

المبحث الثاني: سدّ الذرائع في المذهب المالكي: حقيقة، وآسما، وموجهات العمل به، ومجالاته

- المسألة الأولى: تضمين الزراعة المشتركة
- المسألة الثانية: الإجراء على ثمن مجهول
- المسألة الثالثة: مسألة الإذن في إحياء الموات
- المسألة الرابعة: خلاف الأئهاب والزيتون والبن

الفصل الثالث

سدّ الذرائع في المذهب المالكي

المبحث الأول: سدّ الذرائع: المعنى والمضمون

- المطلب الأول: معنى سدّ الذرائع في اللغة والأصالة المالكي
- الفرع الأول: معنى سدّ الذرائع لغة
- الفرع الثاني: معنى سدّ الذرائع في الأصالة المالكي
- الفرع الثالث: أركان سدّ الذرائع

المطلب الثاني: العلاقات المرافقة لأصل سدّ الذرائع، والآلفاظ ذات الصلة به

المطلب الثالث: أهمية قاعدة سدّ الذرائع

المطلب الرابع: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد، وقاعدة المال

- الفرع الأول: صلة سدّ الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاقد
- الفرع الثاني: صلة سدّ الذرائع بقاعدة اعتبار المال

المطلب الخامس: علاقة سدّ الذرائع بالمصالح والمفيدة

المبحث الثاني: سدّ الذرائع في المذهب المالكي: حقيقة، وآسما، وموجهات العمل به، ومجالاته
المبحث الأول: حجية سَلَّم الفَرْعون في المذهب المالكي

الفرع الأول: إثبات حجية أصل سَلَّم الفَرْعون في المذهب المالكي

الفرع الثاني: مدى اختصاص مالك بأصل سَلَّم الفَرْعون

المطلب الثاني: تقييمات المالكيّة للدرايع وحكم كل قسم

المطلب الثالث: موجّهات العمل بأصل سَلَّم الفَرْعون

المطلب الرابع: مجال إعمال أصل سَلَّم الفَرْعون

المبحث الثالث: سَلَّم الفَرْعون في المذهب المالكي: أدلة الحجية، وعلاقته بالأصول الأجهادية في المذهب

الفصل الرابع
مراعاة الخلاف في المذهب المالكي

المبحث الأول: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، مفهوما، وحجة، وحكمها، ومقتضيات الأخذ به

المطلب الأول: تتعلق مراعاة الخلاف: لغة، واصطلاحات، والرفتات، والصلبة

الفرع الأول: تتعلق "المراعاة" و"الخلاف" لغة
- الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً .................. 576
- الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بمراة الخلاف .................. 592
- المطلب الثاني: حُجّة أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي: ............. 596
- الفرع الأول: مراعاة الخلاف أصل من أصول المذهب .................. 2002
- الفرع الثاني: شواهد من فقه مالك ولامتناه على الأخ بمراعاة الخلاف .................. 606
- الفرع الثالث: موقف المالكي من مراعاة الخلاف بعد الوقوع .................. 410
- المطلب الثالث: العُلُم بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي: حكمه، وشروطه .................. 411
- الفرع الأول: حكم العمل بمراعاة الخلاف .................. 412
- الفرع الثاني: شروط الأخذ بمراعاة الخلاف .................. 430
- المطلب الرابع: المقتضيات الدلَّية الموجبة لمراعاة الخلاف .................. 430
- الفرع الأول: مصلحة الأباء من التكليف .................. 432
- الفرع الثاني: تأليف الضرر .................. 436
- الفرع الثالث: الاحتباط .................. 436
- البحث الثاني: أصل مراعاة الخلاف في المذهب المالكي: أدلَّة الحجَّة، ... 641
  - الدراسات والدراسة عليه، وملامثة إعماله، وعلامتها الأصول الاجتهادية .................. 642
  - تمييز .................. 643
  - المطلب الأول: الأئمة الناهضة بحُجّة مُراعاة الخلاف .................. 654
  - المطلب الثاني: الإشكالات الواقعة على مراعاة الخلاف .................. 660
  - المطلب الثالث: مَجال إعمال أصل مُراعاة الخلاف .................. 662
  - المطلب الرابع: علاقة مراعاة الخلاف بالأصول الاجتهادية في المذهب .................. 662
  - الفرع الأول: المصلحة ومراعاة الخلاف .................. 664
  - الفرع الثاني: مراعاة الخلاف وسد الذراح .................. 677
  - البحث الثالث: الشواهد الطبيعية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكي .................. 678
  - المسألة الأولى: الصلاة على جلَّود الميتة بعد دُنْع شرقي
- المسألة الثانية: مِن قَام لثَالثة في نافلة

- المسألة الثالثة: مِن نسي الصلاة بين كل سبوع من طوافه

- المسألة الرابعة: النكاح بغير ولي

- المسألة الخامسة: أقل الصداق

الفصل الخامس

المبحث الأول: الاستصباح: مفهومه، وأنواعه

المطلب الأول: الاستصباح: تعريفه، ومفهومه

الفرع الأول: تعريف الاستصاب لغة

الفرع الثاني: تعريف الاستصاب اصطلاحا

المطلب الثاني: الاستصباح: أنواعه وأقسامه

المبحث الثاني: الاستصباح في المذهب المالكي: حجيته، وأدلة اعتباره، وصلته بالأصول الاجتهادية للمذهب

المطلب الأول: حجيّة الاستصاب في المذهب المالكي

المطلب الثاني: دليل حجيّة الاستصاب

المطلب الثالث: صلاة الاستصاب بالأصول الاجتهادية للمذهب

المبحث الثالث: شواهد اعتبار الاستصباح في المذهب المالكي

المشكلة الأولى: مسائل الانتفاض من التكليف

المشكلة الثانية: عدم الحكم بوجوب الإفطار على الوالدين من مال ابن الغائب

المشكلة الثالثة: استصباح شغل الدُّمنة في التكليف بالصلاة لعن شكل في

الحدث

المشكلة الرابعة: من أذى بعد البناء بالمرأة أنه وجدها ثيما
الفهرس
751 - 276

فهرس الآيات
742
فهرس الأخبار والآثار
725
فهرس المصادر والمراجع
727
محتويات الكتاب
714