مجلة الإحياء، المجلد: 20، العدد: 27، نوفمبر 2020، ص - ص: 323 – 366
الترقيم الدولي:1112-4350 الترقيم الدولي الإلكتروني:2588-2406

الأصول الاجتهادية المالكية وعلاقتها بالقواعد المتعلقة بفقه الموازنات

(قاعدة ارتكاب أخف الضررين أنموذجا)

Fundamental Rules Related To The jurisprudence Equiponderating And Its Relationship With Some Studiousness Aspects at Malikite Doctrine

(The rule of committing the lesser two nuisances as a model)

حنان بهاز[1] كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
djamila2002@gmail.com

أ.د/ بوزيد كيحول كلية الحقوق
جامعة غرداية
bouzidkaihoul@hotmail.com

تاريخ الإرسال: 2019/11/17 تاريخ القبول: 2020/09/29

الملخص:

تعتبر البحوث المهتمة بتوضيح العلاقات بين الأصول والقواعد من المواضيع المهمة التي ينبغي أن تلتف حولها الجهود، وأن يُصرفَ إليها المزيد من الاهتمام والعناية لعظم الحاجة إليها في الكشف عن تكامل العلوم الشرعية.

ولقد جاءت هذه الورقات البحثية تحاول أن تكشف عينة من هذا التكامل والتواصل، بحيث ستركز على كشف علاقة الأصول الاجتهادية المالكية بالقواعد الأصولية المتعلقة بفقه الموازنات، واختارت أنموذجا لذلك قاعدة ارتكاب أخف الضررين، فربطتها بأصل المصلحة المرسلة وأصل الاستحسان وأصل الذرائع وأصل مراعاة الخلاف.

الكلمات المفتاحية: الأصول؛ القواعد؛ المالكية؛ فقه الموازنة؛ أخف الضررين.

[1] المرسل المؤلف.

Abstract:
The Researches which are involved in elucidating the relationships between rules and principles are among the vital subjects around which efforts should bypass. And that the scientific seminars be granted much care due to its dire need for the detection of the interrelationship and complementarily of forensic sciences. This research has attempted to reveal a sample of this overlap, integration and communication. Its aim is to focus on revealing the relationship of the Fundamental rules related to the jurisprudence equiponderating and its relationship with some Studiousness aspects at Malikite Doctrine. The rule of committing the lesser two nuisances was taken as a model and it linked it with committing the lesser two nuisances and the principle of the preference and principle of pretexts and the principle of care towards controversy.
Key words: rules; principles; Malikite; jurisprudence equiponderating; committing the lesser two nuisances.

مقدّمة:

يعتبر فقه الموازنات أو فقه التعارض والترجيح، من العلوم الشرعية الأساسية لما له من أثر في بيان الأحكام وتنزيلها على الواقع، ولما له من أثر في مختلف شؤون الحياة الإنسانية، باعتباره من أهم العلوم التي تشتد الضرورة إليها في كثير من الوقائع المتغيرة أحكامها بتغير الزمان والمكان والأحوال.

ولقد اعتنى هذا العلم ببيان القواعد والمعايير التي تضبط عملية الترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة، أو المصالح والمصالح المتعارضة، أو المفاسد والمفاسد المتعارضة، وفَصَّل في كيفية التمييز والترتيب بينها، ولقد كان هذا العلم محل اهتمام كبير في مصنفات الفقهاء الذين أرسوا قواعده وضوابطه ومارسوا منهجه في اجتهاداتهم تأصيلا وتفريعا.

ففي التأصيل احتجوا ببعض الأصول التي تطابق في حقيقتها بعض قواعد فقه الموازنات، لأنها وإن كانت تختلف عنها في صياغة المفهوم، إلا أنها لا تختلف عنها من حيث المآل، فالاحتجاج بإعمال أي منها سيؤدي حتما إلى ذات الاجتهاد الفروعي؛ وإن كان لا يظهر عند البعض هذا التطابق بسبب تمايز التأليف واختلاف صيغ التعبير عن المفاهيم بين العلمين: علم أصول الفقه وعلم

فقه الموازنات؛ لأجل ذلك يهدف هذا البحث إلى بيان العلاقة القائمة بين بعض الأصول التي تكون موضوعا لعلم أصول الفقه، وبين القواعد التي تكون موضوعا لعلم فقه الموازنات، حتى يُظهر ذلك التطابق بينهما في نتيجة الإعمال.

ولقد وقع اختياره على قاعدة ارتكاب أخف الضررين ليربط بينها وبين الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي، لما في القاعدة المُختارة من تمثيلٍ وبيانٍ لمنهج التشريع في رفع الحرج وإزالة الضرر عن العباد؛ ولما في ربطها بأصول المذهب المالكي من بيان لأثرِ هذا المذهب في تأصيل فقه الموازنات أصولا وفروعا.

وتكمن أهمية هذا البحث في ما سيذكره من أثرٍ للأصول الاجتهادية التي احتفى بها المذهب المالكي في فقه الموازنات، حيث تجلى ذلك الأثر وعبَّرت عنه العديد من المسائل الفروعية، والتي سيختار منها هذا البحث بعض ما تجلت فيه الموازنة بين الضررين إذا تعين وقوع أحدهما.

لأجل ذلك؛ فإنَّ إشكالية هذا البحث تتمحور أساسا في بيان العلاقة بين الأصول الاجتهادية المالكية وقاعدة الموازنة بين المفاسد المشهورة " قاعدة ارتكاب أخف الضررين"، ويمكن صياغة إشكالية البحث في السؤال الآتي:

ما العلاقة التي تربط الأصول الاجتهادية المالكية بفقه الموازنات وبقاعدة ارتكاب أخف الضررين؟

ولقد اقتضت المنهجية العلمية أن يعالج هذا البحث إشكاليته في الخطة الآتية:

مقدمة.

المطلب الأول: التأصيل لفقه الموازنات ولقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

المطلب الثاني: المصالح المرسلة وعلاقتها بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

المطلب الثالث: الاستحسان وعلاقته بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

المطلب الرابع: سد الذرائع وعلاقته بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف وعلاقتها بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

خاتمة.

المطلب الأول: تعريف فقه الموازنات وقاعدة ارتكاب أخف الضررين

الفرع الأول: تعريف فقه الموازنات.

أولا: تعريف الفقه والموازنة لغة واصطلاحا.

الفقه لغة: هو العلم بالشيء والفهم له والفطنة وغلب على علم الدين لشرفه[1]؛ قال ابن فارس: « الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدلُّ على إدراك الشيء والعلْمِ به، تقول فَقِهتُ الحديث أفقَهُه، وكل علمٍ بشيءٍ فهو فقه»[2].

والفقه اصطلاحا: هو: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»، وهذا التعريف هو المشهور بين أهل العلم[3]؛ قال في شرح الكوكب المنير: «والفقه (شرعا) أي في اصطلاح فقهاء الشرع: (معرفة الأحكام الشرعية) دون العقلية (الفرعية) لا الأصولية، ومعرفتها إمّا (بالفعل) أي بالاستدلال، (أو) بـ(القوة القريبة) من الفعل، أي بالتهيؤ لمعرفتها بالاستدلال، وهذا الحدّ لأكثر أصحابنا المتقدمين»[4].

والموازنة لغة: من وازن، يقال وازنه، أي:عادله وقابله وحاذاه، وأصله من الوزن، وهو "تَقْلُ شَيءٍ بِشيءٍ مِثْلِهِ"[5].

والموازنة اصطلاحا: عرفها بعض المعاصرين بأنَها: « الترجيح بين المصالح والمفاسد بناء على الغلبة، فالفعل ذو الوجهين ينسب إلى الجهة الراجحة»[6].

وفقه الموازنات: هو «علم بيان الطرق والخطوات التي يتحقق بها الوصول إلى أحسن موازنة علمية سليمة بين المصالح أو بين المفاسد، أو بين المصالح والمفاسد عند تعارضها، وتنزيلها منزل الواقع والتطبيق»[7]. ذلك أنّ أهم ما يقوم عليه فقه الموازنات:

1) الموازنة بين المصالح المشروعة بعضها ببعض.

2) والموازنة كذلك بين المفاسد الممنوعة بعضها ببعض.

3) والموازنة أيضا بين المصالح والمفاسد إذا تصادمت وتعارض بعضها ببعض[8].

الفرع الثاني: تعريف قاعدة ارتكاب أخف الضررين.

أولا: تعريف مفردات القاعدة لغة:

ارتكب: من رَكبَ، وكلُّ شيء عَلَا شيئًا فقد رَكِبَهُ، ورَكِبَ منه أمرًا قبيحًا، وارتَكبَهُ، ورَكبَ الذّنب وارتَكبَهُ: اقْتَرَفَهُ، وارتَكابُ الذُّنوب: إتْيانُهَا[9]؛ **وأخف:** من الخَفَّةِ والخِفَّةِ: ضدُّ الثقلِ والرُّجوحِ، يكون في الجسم والعقل والعمل، والتخفيف: ضدُّ التَّثْقيلِ[10].

والضَرَرُ: من الضَّر، والضَّرُّ والضُّرُّ: بالضم والفتح: ضد النَّفع؛ وقيل الضَّرُّ بالفتح: مصدر، وبالضَّم: اسم؛ وقيل هما لغتان كالشُّهدِ والشَّهدِ، فإذا جمعت بين الضَّرِّ والنَّفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضُّرَّ ضممتَ إذا لم تستعمله مصدرا؛ وقيل: كل ما كان من هُزالٍ وسُوءِ حالٍ وفقرٍ أو شدّةٍ في بدنٍ فهو ضُرٌّ بالضَّم، وما كان ضدًّا للنَّفع فهو ضَرٌّ بفتحها؛ والمضرَّة: خلاف المنفعة، وضَرَّه يضرُّه ضرًّا، وضَرَّ به، وأضَرَّ به، وضَارَّهُ مُضَارَّةً وضِرَارًا، والاسمُ الضَّرَرُ؛ والضَّرة: شدّةُ الحال والأذيَّة[11].

ثانيا: المعنى الإجمالي لقاعدة "ارتكاب أخف الضررين" شرعا:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى: "الضرر يزال"؛ ومعنى هذه القاعدة الإجمالي هو أنَّ الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه، ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه، وهذه القاعدة متداخلة مع قاعدة "الضرر لا يزال بمثله" المتفرعة أيضا عن القاعدة الكبرى: "الضرر يزال". وإذا كانت قاعدة "الضرر لا يزال بمثله" تعمل في حال إزالة ضرر ما لكي لا نحدث ضررا آخر مثله أو أشد منه، فإن قاعدة "ارتكاب أخف الضَّررين" تكون مؤكدة لهذا المفهوم، فهي كما قال الشيخ الزرقا: «تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من قاعدة الضَّرر لا يُزال بمثله»[12].

فقاعدة ارتكاب أخف الضررين تعمل إذا دار الأمر بين ضررين أحدهما أشد من الثَّاني، ولم يمكن دفعهما جميعا، فيدفع الضَّرر الأشد بتحمل الضرر الأخف، لأنَّ قصد الشريعة تعطيل المفاسد أو تقليلها بحسب الإمكان[13]؛ يقول الإمام العِز بن عبد السلام: «إذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن أمكنَ درؤها درأنا، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل

فالأرذل، فإن تساوت فقد نتوقف، وقد نتخير، وقد يُختلف في التساوي والتفاوت، ولا فرق في ذلك بين مفاسد المحرمات والمكروهات»[14].

والأصل في قاعدة "ارتكاب أخف الضررين" عند الفقهاء قولهم: «إن من ابتُلي ببليتين وهما متساويتان، يأخذ أيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة»[15]، أي أنَّ ارتكاب الضرر وهو مفسدة: مباشرة للحرام، فيكون فعل الضرر كالحرام لا يجوز إلا للضرورة، ولما كانت الضرورة تُقدّر بقدرها جاز ارتكاب الأخف لاندفاع الضرورة به، ولا يرتكب الأشد لأنه لا ضرورة في حقِّ الزيادة[16].

وللقاعدة محل الدراسة صياغات أخرى شائعة في مصادر الفقه الإسلامي منها[17]:

1) ارتكاب أخف المفسدتين.
2) دفع أعظم المفسدتين بإيقاع أدناها.
3) تُدرأ أعظم المفسدتين باحتمال أيْسَرهما، إذا تعيّن وقوع أحدهما.
4) إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.
5) إذا تقابل مكروهان، أو محظوران، أو ضرران، ولم يكن يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما.
6) إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.
7) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.
8) تُحتمل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما.
9) يُختار أهون الشَّرَّين.
10) يجب دفع ما يندفع به أعظم الضررين بالتزام أدناهما.

الفرع الثالث: أدلة مشروعية إعمال قاعدة ارتكاب أخف الضررين.

أدلة إعمال هذه القاعدة كثيرة ومن ذلك:

1- قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ۖ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ۖ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّـهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِندَ اللَّـهِ ۚ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ ۗ﴾ (البقرة: 217)؛ دلّت الآية على أنَّ ما يفعله المشركون

من الكفر بالله، والصدِّ عن سبيل هُداه، وبالمسجد الحرام، وإخراج أهله منه أكبر عند الله وأشد مفسدة من مفسدة القتال في الشهر الحرام، فأجاز اقتراف المفسدة الأصغر لدفع المفسدة الأعظم[18].

2- مما جاء في قصة موسى عليه السلام مع الخضر في سورة الكهف[19]، من إقامة الخضر للجدار، وقتله للغلام وخرقه للسفينة، وكل تلك الأفعال كما قد دلت عليه القصة كانت من هذا الباب، أي من باب ارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم.

3- قصة الحديبية، ومصالحة النبي ﷺ يومئذ المشركين على الرجوع عنهم، وأن من جاء من أهل مكة مسلماً ردّه إليهم، ومن راح من المسلمين إليهم لا يردّونه، وكان في ذلك إدخال ضيم على المسلمين وإعطاء الدنيّة في الدين، ولذلك استشكله عمر ﷺ، لكنه احتمل لدفع مفاسد أعظم منه، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات، الذين كانوا خاملين بمكة، ولا يعرفهم أكثر الصحابة، وفي قتلهم معرّة عظيمة على المؤمنين، فاقتضت المصلحة احتمال أخفّ المفسدتين لدفع أقواهما[20].

4- ما رواه مسلم في صحيحه أن أعرابيّاً قام إلى ناحية في المسجد فبال فيها فصاح به الناس، فقال رسول الله ﷺ: «دَعُوهُ»، فَلَمَّا فَرَغَ أمرَ رَسُول الله ﷺ بذَنُوبٍ فَصُبَّ على بَوْلِهِ[21]؛ قال النووي في شرح الحديث: «وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما، لقوله ﷺ: «دعوه»، قال العلماء كان قوله ﷺ: «دعوه» لمصلحتين، إحداهما: أنه لو قطع عليه بوله تضرر وأصل التنجيس قد حصل فكان احتمال زيادته أولى من ايقاع الضرر به، والثانية: أنَّ التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجّست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد»[22].

5- الأحكام الشرعية الدالة على إعمال هذه القاعدة، ومنها مشروعية القصاص والحدود ودفع الصائل ولو أدّى إلى قتله، فهذه الأحكام شرع فيها ارتكاب مفاسد أخف لدفع مفاسد أعظم[23].

المطلب الثاني: المصالح المرسلة وعلاقتها بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

الفرع الأول: تعريف المصلحة المرسلة.

أولا: المصلحة لغة: المصلحة من الصَّلاح، **والصَّلاح** -بفتح الصَّاد- ضد الفساد، تقول: صَلَحَ الشَّيء يصلح صُلوحًا؛ قال الفرَّاء: وحكى أصحابنا صَلُح بالضَّم. يقال هذا الشَّيء يَصلُح لك؛ أي هو من بابتك؛ **والإصْلَاحُ:** نقيضُ الإفساد، **والمصلحة:** واحدة المصالح، **والاستصلاح**: نقيض الاستفساد[24].

ثانيا: المرسلة لغة: من الإرسال، وله عدَّة معان منها:الإطلاق والإهمال، واللِّين والطُّمأنينة والاستئناس، والتَّوجيه؛ لكن أقرب المعاني من مراد البحث "الإطلاق والإهمال"، يقال: أرسل الشَّيء إذا أطلقه وأهمله، ويقال: أرسل الكلام إذا أطلقه من غير تقييد، ويقال: نثر مرسل إذا لم يتقيد بسجع، ويقال: شعر مرسل إذا لم يتقيد بقافية واحدة[25].

ثالثا: المصلحة اصطلاحا: يطلق الاصوليون لفظ المصلحة على عدة معان هي[26]:

المعنى الأول: مقصود الشارع المترتب عن أحكامه: وتمثل هذا المعنى عبارة الآمدي حيث قال: « المقصود من شرع الحكم إمَّا جلب مصلحة أو دفع مضرَّة، أو مجموع الأمرين»[27]، وهذا المعنى هو المتعارف عليه عند إطلاق مصطلح "المصلحة" لدى الأصوليين.

المعنى الثاني: السبب المؤدي إلى مقصود الشارع: وهي الأحكام الشرعية التي سنّها الله لعباده ليحصل بمراعاتها والقيام بتنفيذها حسن الحال في العاجل والآجل، وذلك كإيجاب قتل الكفار الذي يحصل به حفظ الدّين، والقصاص المؤدي إلى حفظ النفوس، وهذا المعنى ليس يرد في جميع عبارة أهل الأصول، ولكن استعمله البعض منهم كالغزالي والطوفي[28].

المعنى الثالث: اللَّذات والأفراح التي تقوم بالإنسان: وهو المعنى الذي ذكره العز بن عبد السلام في كتابه "قواعد الأحكام"، فلقد قسم المصلحة إلى قسمين: حقيقية ومجازية، فالحقيقية هي اللذات والأفراح، والمجازية هي الأسباب المؤدية إلى اللذات والأفراح[29]، وهذا المعنى الأخير ليس هو المراد من المصلحة عندما يطلقها الأصوليون.

رابعا: الإرسال اصطلاحا: اختلف الأصوليون في معنى الإرسال على رأيين:

الرأي الأول: أن معناه أن لا يعتمد المجتهد على أي نص شرعي في التعرف على المصلحة، وإنما يترك للعقل أمر تقديرها دون أن يتقيد باعتبار الشارع أو عدم اعتباره لها.

الرأي الثاني: أن لا يعتمد المجتهد في معرفتها على نص خاص، ولكن لا بد من ملاءمتها لتصرفات الشارع، وذلك بأن تدخل ضمن ما ورد في الشريعة من نصوص عامة تكون شاهدة لها ومُزكية لاعتبارها[30].

وبسبب الاختلاف في معنى الإرسال تفاوتت تعريفات كتب الأصوليين للمصلحة المرسلة، وبسبب اختلاف تعريف المصلحة المرسلة أيضا أُثير الجدل الواسع الذي تجده في كتبهم عن حجيتها، وعلى هذا تكون عملية استقصاء جميع تلك التعريفات المختلفة ومناقشتها مما لا يسعه هذا البحث الوجيز، ولأجل ذلك سيتجاوزها مباشرة إلى تعريف المصلحة المرسلة في اصطلاح من احتج بها من المالكية. ويحيل إلى مراجعة الخلاف الواقع في تعريف المصلحة المرسلة، والخلاف الناتج عنه في حجيتها عند غيرهم في محله من الدراسات التي عُنيت بذلك[31].

خامسا: المصلحة المرسلة في اصطلاح المالكية: من التعريفات التي يذكرها المالكية للمصلحة المرسلة:

1- تعريف الأبياري لها بأنها «الوصف المناسب لتعليل حكم غير مُستند إلى أصل معين»[32] في الشرع، بل «إلى المصلحة العامة اللازمة في نظر العقل قطعا أو ظنًّا قريبا منه»[33].

2- وتعريف ابن المشاط لها بأنها «الوصف المناسب الذي جهل اعتبار الشارع له بأن لم يدل دليل على اعتباره أو إلغائه»[34].

3- وتعريف الإمام حلولو المالكي للمرسل بأنّه: «ما لم يشهد له الشّرع باعتبار ولا إهدار ولكنّه على سَنَنِ المصالح، وتتَلقَّاه العقول بالقَبول»[35].

ولقد تعرَّض الشاطبي أيضا لتعريف المصلحة المرسلة عند تقسيمه للمعنى المناسب الذي يُربط به الحُكم إلى ثلاثة أقسام، فقال: «... الثالث: ما

سكتت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه. فهذا على وجهين: **أحدهما:** أن يرد نصٌّ على وفق ذلك المعنى، كتعليل منع القتل للميراث،... **والثاني:** أن يلائم تصرفات الشَّرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المُسمَّى بالمصالح المرسلة»[36].

فالمصلحة المرسلة عند الإمام الشاطبي - كما قرر محمد أحمد بوركاب-: هي المصلحة «التي سكتت عنها النُّصوص الخاصة فلا هي اعتبرتها ولا هي ألغتها، إلا أنَّها تلائم تصرفات الشارع بحيث يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين»[37].

وعلى هذا تكون المصلحة المُرسلة باعتبارها أصلا كليًّا: عامٌّ استفيد من استقراء نصوص الشريعة، فلا يفتقر المجتهد إذا ثبتت عنده كذلك واطردت « إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعِنُّ، بل يَحكم عليها، وإن كانت خاصَّة، بالدُّخول تحت عموم المعنى المستقرأ، من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذا صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة»[38].

تلكم هي تعريفات المالكية للمصلحة التي اعتبروها في اجتهادهم دليلا مستقلا غير مستندٍ إلى ما سواه؛ وبحسب ما تقرَّر في تلكم التعريفات فإنَّ هذه المصلحة لا تحتاج إلى برهان، لأنَّها «مصلحة اعتبرها الشَّارع، وشهدَت لها نُصوصه، وأُخذَت من مجموع أدلته، فهي مصلحة لا تعدم الأصول الشرعية، ولا فرق بينها وبين القياس، إلَّا أنَّ القياس شهد فيه النَّص لعين المصلحة، والمصلحة المُرسلة شهدت النُّصوص الكثيرة لجنسها، والأصول الكثيرة إذا اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع، فإنَّ هذا المعنى لا يقل قوَّة عن المعنى الذي شهد نصٌّ واحد لعينه، إذا أريد إرجاع مصلحة جزئية إلى هذا المعنى»[39].

الفرع الثاني: حجية المصالح المرسلة عند المالكية.

لا يوجد بين الأصوليين- مالكية أو غيرهم- أدنى خلاف حول حجية المصالح المرسلة في مذهب الإمام مالك-؛ فلقد تتابع المالكية منهم على نسبة القول بالمصالح المرسلة إلى إمامهم، وعلى عدِّ هذا الأصل من الأصول التي

تميّز بها مذهبه، وأكّدوا بأنَّه – استرسل في اعتبارها «استرسال المُدل العريق في فهم المعاني المصلحية»[40]. أما غير المالكية من الأصوليين، فلم يختلفوا أيضا في نسبةِ القول بالمصالح المرسلة إلى الإمام مالك، وعلى عدّها من الأصول التي تميّز بها مذهبه، إلا أنَّ نسبتهم هذه أخذت أشكَالًا مختلفةً، لأنَّ منهم من قال: إنه أفرط فيها وخلع الرِّبقة؛ ومنهم من قال: إنه يقول بها إن كانت ضرورية قطعية كلية، ولم يقل بها في غير ذلك؛ ومنهم من أكَّد بأنه لا يختلف في أصل الأخذ بها عن بقية الأئمة، إلا أنَّ له مزيَّة كثرة الاعتماد عليها في الاستنباط دون غيره[41].

الفرع الثالث: ضوابط المصلحة المرسلة عند مالك.

مع أنَّ بعض الأصوليين قد نَسب إلى الإمام مالك الأخذ بمطلق المصلحة، إلَّا أنَّ حقيقة مذهبه لا يُعبِّر عنها سوى تحقيقات أصحابه في مسألتها، ولقد أكَّد المحققون منهم بأنَّ إمامهم مع اعتباره لأصل المصالح واعتداده بها إلا أنَّه كان يتجه في ذلك إلى أمور هي بمثابة القيود لاسترساله، ولقد حصرها الشَّاطبي في ثلاثة قيود:

الأول: أن تكون هذه المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع، بحيث لا تنافي أصلا من أصوله، ولا دليلا من أدلته.

والثاني: أن تكون معقولة في ذاتها، مما جرى على ذوق المناسبات المعقولة المعنى، التي إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول، فلا مدخل لها في التَّعبدات، ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية، لأن عامّة التّعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل.

والثالث: أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري أو رفع حرج لازم في الدين، سواء لحق رفع هذا الحرج اللازم بأمر ضروري، أو حاجي؛ وأما التحسين والتزيين فليس في الأخذ بها ما يرجع إلى مرتبته البتة[42].

الفرع الرابع: علاقة المصلحة المرسلة بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

قبل أن يشرع البحث في توضيح هذه العلاقة، ينبغي أن يقرر أولا نقطة مهمة ينبني عليها التوضيح، وهي أنَّ المصلحة المرسلة التي يذكرها المالكية تجري في قوة الاحتجاج بها مجرى العام المستفاد من الصِّيغة، لأنَّ «العموم إذا

ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان: **أحدهما:** الصيغ إذا وردت، وهو المشهور في كلام أهل الأصول. **والثاني:** استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلِّي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصِّيغ»[43]، وهذه الأخيرة هي المصلحة المرسلة التي يحتج بها المالكية، وهي على ذلك لا تختلف عن المصالح المعتبرة التي اعتبرها الشارع في نصوصه، كما لا تختلف أيضا عن المصالح الملغاة التي تُعتبر مفاسد محققة أبطلها الشَّارع، لأنَّ كلا من المنصوصة من المصالح المعتبرة أو الملغاة وغير المنصوصة من المصالح المرسلة أقرَّها الشَّارع، لكن إحداهما تثبت بالدليل الخاص، والأخرى تثبت باستقراء أدلة «مُنضاف بعضها إلى بعض مُختلفةِ الأغرَاضِ؛ بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة»[44].

وتأسيسا على ما سبق، فإن التعارض الذي قد يحصل بين المنصوص من المصالح فيما بينها أو المفاسد فيما بينها أو بين المصالح والمفاسد يمكن أن يحصل أيضا بين غير المنصوص الذي يعتبر من المصالح المرسلة.

والمصلحة المرسلة كما قرر الشاطبي المراد بها في المذهب المالكي: «ما فُهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال»[45]؛ وهي ترجعإما إلى حفظ أمر ضروري، أو إلى رفع حرج لازم في الدين[46]؛ فهي على ذلك ترجع إلى حفظ كليات معتبرة في الشَّرع.

ولقد تكلم الأصوليون عن تلكم الكليات، وعن أساليب حفظها في مصنفاتهم، ومما ذكروه أنَّ حفظ الكليات قد يكون من جانب العدم كما يكون من جانب الوجود؛ وأنَّ حفظها من جانب الوجود يكون بمراعاة ما يُقيم أركان تلك الكُليات ويثبت قواعدها، وأنَّ حفظها من جانب العدم يكون بدفع الاختلال الواقع أو المتوقع فيها[47]، أي: دفع المفاسد الواقعة أو المتوقعة فيها.

من جهة أخرى إذا عُدنا إلى كلام الأصوليين في أكثر قواعد تعارض المفاسد بعضها ببعض نجد كثيرا من التعارض الذي تحدثوا عنه بين المفاسد متعلقٌ بتلك المراتب المذكورة في أقسام المصالح المرسلة؛ وإذا ثبت هذا ظهر

تعلق قاعدة ارتكاب أخف الضَّررين بأصل المصالح المرسلة، لأنه إذا كان الضرران أو أحدهما مما لا يُلفى له دليل خاص على إلغائه، تعيّنَ اعتباره في أصل المصالح المرسلة فيندرج في أقسامها، ويوازن بين الضررين كل بحسب مرتبته، فيُدرأ الأشدُّ بارتكاب الأخف، وبذلك يتحقق حفظ الكليات المعتبرة في الشرع من جهة العدم.

ومن الصيغ الموازية لقاعدة ارتكاب أخف الضررين أو المفسدتين والمُعبرة عن التفاضل بين مراتب المفاسد نجد أمثلة لذلك في كتب الفقه القواعد الآتية[48]:

أولا: تُدرأ المفسدة الضرورية بارتكاب المفسدة الحاجية أو التحسينية.

ثانيا: تُدرأ المفسدة الحاجية بارتكاب المفسدة التحسينية.

ثالثا: تُدرأ المفسدة المتعلقة بالدين بارتكاب المفسدة المتعلقة بالنفس.

وتأسيسا على ما سبق، إذا عرضت على المجتهد واقعة، ولم يجد في النصوص ما يدل على حكمها بمنطوقه أو بمفهومه وكانت مناطا لضررين تعيَّن عليه ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما؛ **ولقد طبق المالكية هذه القاعدة في كثير من اجتهاداتهم بأصل المصالح المرسلة ومن ذلك:**

1- قول مالك بقطع أطراف الجماعة بطرف الواحد إذا اشتركوا في قطعه[49]؛ وقوله بقطع أيدي المشتركين في سرقة شيء قيمته ربع دينار، إذا كان الشيء مما يُحتاجُ إلى التعاون[50]؛ **ووجه الأول:** أنَّه ارتكاب لمفسدة -وهي قطع الأيدي مجتمعة- لدرء مفسدة أعظم تنتج عن إهدار القطع في هذه الحالة، وهي اتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى التشفي بالقطع إذا عُلم أنَّه لا قصاص فيه؛ **ووجه الثاني:** كذلك، لئلا تتخذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السرقة إذا عُلم أنه لا حدَّ فيها[51]، وكلا المسألتين عند مالك قياس على قتل الجماعة بالواحد الذي قال به بعض الفقهاء بناء على أصل الاستصلاح.

2- تجويز بعض المتأخرين من المالكية فرض الضريبة من الإمام العدل، بأن يوظف على الأغنياء إذا خلا بيت المال عما يفي بنفقات الدولة الضرورية، ما يراه كافيا للدولة في الحال، إلى أن يظهر مالٌ في بيت المال؛ ففرض الضريبة ضرر يلحق بالأغنياء، وهي زيادة على الزكاة، لكنها ترتُكبت دفعا

لضرر أشد منها يلحق بالدّين والمسلمين، فإنه لو يفعل ذلك لانحلَّ النظام وضعفت شوكة الدولة، وصارت ديارها عرضة لاستيلاء الكفار[52].

المطلب الثالث: الاستحسان وعلاقته بقاعدة ارتكاب أخف الضررين

الفرع الأول: تعريف الاستحسان

أولا- الاستحسان لغة: استفعال من الحُسن، وهو عَدُّ الشَّيء حَسنًا[53].

ثانيا- الاستحسان في اصطلاح المالكية: يُعتبر الاستحسان من الأصول المهمات التي أثارت جدلا بين المالكية، فلقد اختلفوا في تحديد حقيقته عند إمامهم، وتباينت تعريفاتهم له كثيرا؛ فمنهم من توسع كثيرا في مفهوم الاستحسان الذي ينسبه إلى المذهب، ومن هؤلاء ابن العربي الذي عرّف الاستحسان في أحكام القرآن بأنَّه «العمل بأقوى الدليلين»[54]،وعرَّفهفي المحصول أنَّه: «[إيثار][55] تَرك ما يقتضيه الدَّليل على طريق الاستثناء والتَّرخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مُقتضياته»[56]، وذكر أنَّه قد تتبعه في مذهب مالك فوجده منقسما أقساما: «فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق»[57]؛ ولقد أرجع محمد أبو زهرة توسع ابن العربي في تعريفه للاستحسان بالسّعي إلى التقريب بين مفهومي الاستحسان المالكي والاستحسان الحنفي[58]، فوسّع مفهومه عند المالكية ليُقربه من مفهومه عند الحنفية، ولا يَبعُد أن يكون ذلك ناتجا عن تأثره بالمذهب الحنفي خلال رحلته العلمية الطويلة إلى المشرق[59].

وممن نجده من المالكية يقترب في تعريفه للاستحسان من توجه ابن العربي: ابن خُوَيْزَمِنْدَاد، فلقد ذكر أَنَّ معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك - رحمه الله- «هُوَ **القَوْلُ بِأَقْوَى الدَّلِيلَيْنِ**»[60]؛ وكذلك ابن فرحون في "التبصرة " فلقد عرّفه بأنّه: « **القول بأولى الدليلين**» ثمَّ شرح هذا التعريف فقال: «وذلك أن تكون الحادثة مترددة بين أصلَين، وأحد الأصلَين أقوى بها شبها وأقرب، والأصل الآخر أبعد، إلا مع القياس البعيد الظاهر، أو عُرف جارٍ، أو ضربٍ من المصلحة، أو خوفٍ مفسدة، أو ضربٍ من الضَّررِ والعُذرِ،

فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على ذلك الأصل البعيد، وهذا من جنس وجوه الاعتبار، وأتم طريقة للقائسين»[61].

وفي مقابل توسُّع ابن العربي ومن وافقه في مفهوم الاستحسان نشأ في المذهب المالكي اتجاه آخر رفض تماما ذلك التوسُّع، فلم ير أنَّ الاستحسان في المذهب المالكي له ذلك العموم الذي يتقارب به مع المذهب الحنفي، ولقد حصر هذا الاتجاه مفهوم الاستحسان في نطاق ضيق، إذ حصره في كونه تخصيصا للقياس في حال معارضة إجرائه لمصلحةٍ شرعيةٍ[62].

فالأبياري مثلا يعتبر أنَّ ترك القياس للإجماع أو للعرف من باب إيثار الأخذ بدليل على دليل، وأمَّا الاستحسان عنده فليس إلا منعا لغُلو القياس[63]، لذلك علَّق على تأويلات أهل العلم في الاستحسان بقوله: « والذي يظهر من مذهب مالك رحمه الله القول بالاستحسان على غير هذه التأويلات، ولكنه يرجع حاصله إلى استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كُلِّي، فهو كتقديم الاستدلال المرسل على القياس»[64].

وهذا الذي ذهب إليه الأبياري يتفق معه الكثير من تعريفات المالكية للاستحسان ومن ذلك:

1- تعريف ابن رشد الجد لمَّا ذَكرَ أنَّ: « الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعمَّ من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غُلَوٍّ في الحُكم ومُبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنًى يؤثر في الحُكم فيَختَص به ذلك الموضع»[65].

2- التعريف الذي استظهره العديد من أهل المذهب للاستحسان بأنّه: استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلِّي، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس[66]، **وهو التعريف الذي أثبته الشَّاطبي في الموافقات من مذهب مالك،** حين قال: «وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كُلِّي»[67]؛ وهذا التعريف الذي ذكره الشاطبي هو الذي يرجح البحث كونه المقصود بالاستحسان عند المالكية؛ لأنَّه لو كان معنى الاستحسان العمل بأقوى الدليلين لما وقع فيه الخلاف، ولكان حُجَّة إجماعا، وليس كذلك فلقد وقع الخلاف في حُجِّية الاستحسان بين العلماء تبعا لخلافهم في حجيَّة المصالح المرسلة؛ ولقد

كانوا يُصوِّرون الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد والأقيسة[68]، بحيث كانت أغلب الاستثناءات المختلف فيها ترجع إلى إيثار المصلحة الجزئية، وذلك الذي صوّروه لا ريب أخذ بمبدأ المصالح المرسلة، وهو لا ريب أخص من عملية الترجيح بين الأدلة المتعارضة.

الفرع الثاني: حجية الاستحسان عند المالكية.

لقد اختلف المالكية في نسبة القول بالاستحسان إلى مالك[69]، فلقد أثبت هذه النّسبة ابن العربي وابن المشاط، وأكدَّها الأبياري والشَّاطبي في مؤلفاتهما، فلم يذكرا خلافا للمالكية في مسألة الاستحسان، بل أثبتا من الفروع ما يتأكد به بناء مالك وأصحابه عليه[70].

بينما نجد في الطرف الآخر من علماء المذهب من يَنفِي هذه النِّسبة، ويُنكر اتفاق المالكية على حجية هذا الأصل؛ ومن هؤلاء:

1- الباجي الذي صرّح بوجود منكري الاستحسان في المذهب، ثمَّ صوب رأيهم؛ حيث قال في سياق مسألة كان يبحثها في المنتقى[71]: « وهذا سائغٌ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك، ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كله، **وهو الصواب عندي**»[72].

2- القرافي الذي نسبه إلى بعض المالكية فحسب، حيث قال: «وهو حجَّة عند الحنفية، وبعض البَصريين منَّا، وأنكره العراقيون»[73].

ولعلّه يُشكل هذا الذي ذهب إليه المعترضون على اعتبار الاستحسان من أصول مذهب مالك؛ لِما يوجد من الشَّواهد الفروعية التي تؤيد اعتباره للاستحسان، فلقد جاءت شواهد الاستحسان في اجتهاداته جد غزيرة، حتى قال بعض العلماء فيه، أنه بالغ في هذا الباب وأمعن النظر فيه[74]؛ ولعله يمكن توجيه إنكار هؤلاء، أنه ليس في مفهوم الاستحسان الذي تقدمت تعريفاته عند المالكية، بل هو في الاستحسان الذي لا ينبني على دليل أقوى من القياس.

الفرع الثالث: علاقة الاستحسان بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

لقد تبين سابقا من مفهوم الاستحسان الذي يُكثر المالكية من استعماله أنه ينبني على تقديم الاستدلال المرسل على القياس؛ وأنهم قد صوَّروه تصوير الاستثناء من القواعد والأقيسة[75]؛ ومفاد هذا الكلام أنَّ هذا النوع من

الاستحسان يكون في حالة قيام التعارض بين مصلحة جزئية وقاعدة أو قياس كلي.

ولقد تقدم أيضا أنَّ كون المصلحة مرسلة يعني أنَّها مما « فُهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد»[76]؛ وأنها تعود إلى كليات في الشريعة معتبرة ثابتة باستقراء مواقع المعنى؛ وبناء عليه: إذا تعارضت هذه المصلحة مع قياس أو قاعدة كلية، فإنه يتعيّن ترجيحها لأنَّها ترجع إما إلى حفظ أمر ضروري، أو إلى أمر حاجي[77].

وحفظ الضروري أو الحاجي، كما سبق بيانه قد يكون من جانب الوجود بمراعاة ما يقيم أركانه ويثبت قواعده، وقد يكون من جانب العدم بدفع المفاسد الواقعة أو المتوقعة فيه[78]؛ وإذا كان دفع المفسدة الواقعة أو المتوقعة لا يتم إلا بارتكاب إحدى المفسدتين المتعارضتين، وكان الواجب في ذلك ارتكاب أخفهما دفعا لأشدهما، فإن العدول الذي تمثله صورة الاستحسان يُعبر تماما عن هذه الموازنة التي يقوم بها المجتهد في ذهنه في حالةٍ قبل الوقوع؛ إذ ليس العدول عن حُكم الدليل الكلي بالالتفات إلى ما تقتضيه المصلحة الجزئية سوى الترجيح للمُعارض الأخف لدفع المعارض الأشد، وتحمل الضرر الأخف لدفع الأشد، واختيار أهون الشرين لدرء أعظمهما، وعليه يكون ارتكاب الاستثناء بالمصلحة المرسلة أقل ضررا من طرد القياس المُنعقد في نفس المجتهد إذا كان طرده يُفضي إلى مفاسد أشد من مفسدةِ استثناءِ بعض الصُّور من حكم هذا القياس الكلِّي، وهو المعنى الذي يؤكده ابن تيمية حيث قال: «ومن طرد القياس الذي انعقد في نفسه غير ناظر إلى ما يُعارض علته من المانع الراجح أفسد كثيرا من أمر الدِّين، وضاق عليه عقله ودينه»[79].

والاستحسان كما هو معلومٌ ضربٌ من النظر في مآلات الأفعال؛ ومن لوازم هذا النظر الاجتهادي أنَّ المجتهد قد يحكم بالإقدام على فعل غير مشروع لما له من مآل على خلاف المفسدة الناشئة عنه في الاقتضاء الأصلي، لأنَّ إطلاق القول بعدم المشروعية ربما يؤدي في بعض الأحوال إلى استدفاع مفسدة بمفسدة تساويها أو تزيد عنها، وعلى ذلك ينبغي أن لا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية في جميع الأحوال[80].

والاستحسان الذي ينبني على هذا النظر المآلي هو في حقيقة الأمر عبارة عن مفهوم كلّي لا وجود له إلا بوجود أفراده التي هي الأحكام المستحسنة أيّا ما كان نوعها[81]؛ فإذا فرضناها من قبيل الاستحسان المصلحي الذي أغرق المالكية في استعماله تكون الأحكام المستحسنة حينئذ إمّا مصالح راجحة تندفع بها مفاسد مرجوحة، أو مفاسد تُرتكب من أجل أن يدرأ بها مفاسد أعظم، بحيث تكون تلك المصالح الراجحة أو تلك المفاسد المرتكبة مما لم يشهد على اعتباره أو إلغائه الدليل الخاص، وإنما تثبت باستقراء مواقع المعنى[82].

يقول الشَّاطبي: «فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنَّما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة؛ كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا؛ إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك، وكثيرا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده، فيُستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي، أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر»[83].

والذي يفهم من عبارة الشاطبي السابقة أن الاستحسان تكمن حجيته في كونه رافعا للحرج؛ وعلى ذلك كان المفترض أن لا يكون موضع نزاع أبدا، لكن لمَّا كان الحرج غير منضبط عند الفقهاء لم يعلقوا الأحكام به؛ بل لجأوا إلى وسائلَ مُعرِّفة للحرج وكاشفةٍ عن وجوده، وهذه الوسائل هي الأدلة التي يُعدل بها عن الأقيسة والقواعد، المسمَّاة عندهم وجوه الاستحسان[84]؛ فقول المالكية هذا استحسان بالمصلحة المرسلة يعني أنَّ المصلحة المرسلة كشفت عن وُجود حَرَجٍ كان من الممكن أن يقع لو لم تُرتكب مفسدة تغيير حُكم المسألة المستثناة إلى ما يخالف حكم نظائرها؛ وهذا من باب التطبيق لقاعدة ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن من أحدهما بدٌّ.

ومن تطبيقات المالكية الغزيرة لقاعدة ارتكاب أخف الضررين من خلال اجتهادهم بأصل الاستحسان نجد في فقههم:

1- التفريق بين الأنثى والذكر في وجوب التغريب مع الجلد: فلقد قال مالك يُغرب الذَّكر ولا تغرب الأنثى، وذلك تخصيصا منه لعموم وجوب التغريب على البكر[85]، لأنَّه رأى أنّ المرأة تُعرض بالغربة لأكثر من الزنا[86]، **ووجه المصلحة هاهنا:** أنّ المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة، فإذا غُرِّبَت بغير مَحرمٍ كان في ذلك إغراءٌ لها بالفجور وتمكينٌ منه، وتضييعٌ لها، وذلك ينافي قصد الشارع من وجوب الحدِّ، لأنَّه يُعرضُّها للوقوع في مثل ما جلدت عليه، وما شُرع الحدُّ إلا زجرًا عن الزِّنا، ثمَّ إنَّه لا يجوز تغريبها بغير مَحرمٍ، وإن غُربت بمَحرمٍ أفضى ذلك إلى تغريبِ من ليس بزانٍ، ونفي من لا ذنب له، وإن كُلفت أُجرته ففي ذلك زيادةٌ على عقوبتها، كما لو زاد ذلك على الرجل، ولذا يخصص عموم الحديث الوارد بالرجل لهذه المعاني، فوجب تغريب الذَّكر عقوبة له ليُقطع عن أهله ومعاشه، وتلحقه الذِّلة بنفيه إلى غير بلده[87]، وامتنع في المرأة لما تقدم من خصوصية حالتها، وهذا الفقه من مالك يعبر عن دقة تنزيله للأحكام، وذلك باختياره ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما.

2- تجويز مالك السِّجن والضَّرب في التُّهم[88]: وقد بيّن الشَّاطبي وجه المصلحة في هذا فقال: «فإنّه لو لم يُثبِت السِّجن والضَّرب بالتُّهم لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السُّراق والغُصاب، إذ قد يتعذر إقامة البينة، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة التحصيل بالتعيين أو الإقرار؛ فإن قيل: في هذا فتح لباب تعذيب البريء، قيل: **ففي** الإعراض عنه إبطال استرجاع الأموال، بل الإضراب عن التعذيب أشدّ ضررا، إذ لا يعذّب أحدٌ بمجرد الدَّعوى، بل مع اقتران تهمة تحيك في النفس وتؤثر في القلب نوعا من الظن، فالتعذيب في الغالب لا يصادف البريء وإن أمكن مصادفته، فمُغتفرٌ كما اغتُفر في تضمين الصُنَّاع»[89]؛ **وكلام الشاطبي ظاهر التعلق بالقاعدة محل الدّراسة، ووجه الاستحسان في المسألة**: أنَّ السّجن والضرب في التُّهم جاء على وجه الاستثناء من مبدأ "منع الإكراه"[90]، وقاعدة "أن الأصل براءة الذمة"[91]، بتقديم المصلحة الناتجة عن التعذيب وهي تحصيل المسروق أو المغصوب بتعيين مكانه أو بالإقرار بفعل الغصب أو السرقة.

المطلب الرابع: سد الذرائع وعلاقته بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

الفرع الأول: تعريف سدّ الذرائع.

أولا- سدُّ الذرائع لغة: السَّدُّ: هو الغَلق والمَنع[92]؛ **والذرائع**: جمع ذريعة، وهي السَّبب والوسيلة، تقول: فلان ذريعتي إليك، أي: سَبَبِي ووُصْلَتي الذي أتسبب به إليك، وتذرع فلان بذريعة: أي توسل بها، والوسيلة هي ما يتوصل به إلى الشَّيء[93].

ثانيا- سدُّ الذرائع اصطلاحا: معنى السَّد عند الأصوليين هو نفسه المعنى اللغوي؛ أما الذريعة في اصطلاحهم فلها إطلاقات ثلاثة: إطلاق خاص، وإطلاق عام، وإطلاق أعم.

الإطلاق خاص: وتتميز الذريعة فيه بكونها: خاصة مقيدة، وفيه أطلق الفقهاء والأصوليون الذريعة أو الذرائع أو سدِّ الذرائع على معنى واحد،وهو الوسيلة المُفضية إلى الحرام فحسب؛ والذريعة بحسب هذا الإطلاق الذي صار حقيقة عرفية هو ما يعنيه العلماء غالبا بقولهم: سدُّ الذرائع أو منع الذرائع، وأغلب ما أوردوه في هذا الباب من تعاريف وأقسام وأحكام وشروط وضوابط للذريعة مرتبط بهذا الإطلاق.

الإطلاق العام: وهو ما كان المُتذرَّع إليه مفسدة، أو فعلا حَراما، فلا تقتصر الذرائع على ما أدى إلى الفعل الحرام فقط.

الإطلاق الأعم: وتتميز فيه الذريعة بكونها معرضة فيه للإباحة والمنع، ويُتصور فيها السدُّ والفتح، وهي بهذا الإطلاق لا تختلف عن معناها اللغوي، فهي الوسيلة المفضية إلى طَلب (وجوب أو ندب) أو ترك (تحريم أو كراهة) أو تخيير بينهما (إباحة)، ولقد تكلم الفقهاء عن الذريعة بهذا المعنى في باب الوسائل والمقاصد[94]، وليس هذا المعنى هو المقصود في خصوص بيوع الآجال، والبيوع عامة، وإنما المقصود هو الإطلاق العام أو الإطلاق الخاص.

فمن تعريفات المالكية التي توافق الإطلاق العام للذريعة نجد:

1- تعريف القرافي لما عرّفها بأنها: «حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل»[95].

2- وتعريف ابن عاشور لما عرفها بأنها: «الأفعال السَّالمة عن المفسدة، لكنها تُفضي إلى ما هو مفسدة»[96].

ومن تعريفات المالكية الموافقة للإطلاق الخاص للذريعة نجد:

1- تعريف القاضي عبد الوهاب حيث قال في تعريفها: « هي الأمر الذي ظاهره الجواز إذا قويت التهمة في التطرق به إلى ممنوع»[97].

2- وتعريف الباجي: «هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويُتوصَّل بها إلى فعل المحظور»[98].

3- وتعريف ابن رشد الجد: « وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويُتوصَّل بها إلى فعل المحظور»[99].

4- وتعريف ابن العربي: «هي المباحات التي يُتوصّل بها إلى المحرمات»[100]؛ و«كل عمل ظاهر الجواز يُتوصَّل به إلى محظور»[101].

5- وتعريف القرطبي: «والذريعة: عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع»[102].

6- وتعريف الشاطبي: هي: «منع الجائز لأنه يجر إلى غير الجائز»[103]، «فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع»[104].

وتأسيسا على ما سبق من التعريفات يكون التعريف الأشمل لمفهوم أصل سدِّ الذرائع عند المالكية هو كما قال حاتم باي: « منع الوسيلة المأذون فيها المُفضية إلى ممنوع شرعا أو فساد إفضاءً ظنّيًّا؛ ترجيحًا لفساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصلي»[105].

الفرع الثاني: حجية أصل سدِّ الذرائع عند المالكية.

ليس بين المالكية خلاف في حُجية هذا الأصل كذلك الخلاف الذي كان عندهم في حجية الاستحسان؛ بل على العكس، نجد مصنفاتهم متضافرة على تأكيد حجية سدّ الذرائع في المذهب، وعلى اعتبار مالك له أصلا متَّبعا مطّردا في العادات والعبادات، وإن اختلف اعتباره له من باب لباب تبعا لما سار عليه التشريع نفسه من المبالغة في سدّ ذرائع بعض الأبواب دون بعض[106].

فأصل سدّ الذرائع يعتبر من الأصول التي أجمع على اعتبارها أهل المذهب. والنصوص التي تدل على هذا الإجماع في المذهب المالكي كثيرة مستفيضة منها:

1- قول الباجي: «مذهب مالك – تعالى، المنع من الذَّرائع»[107].

2- وقول ابن رشد الجد في "المقدمات" في أول كتاب بيوع الآجال: « أصل ما بُني عليه هذا الكتاب الحُكم بالذرائع، ومذهب مالك – القضاء بها والمنع منها»[108].

3- وقول القرافي: « والذريعة الوسيلة للشَّيء ومعنى ذلك: حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، ... **وهو مذهب مالك**» [109].

4- وقول الحطاب: « ومذهبه رضي الله عنه **مبني على سدِّ الذرائع** واتقاء الشُّبهات»[110].

5- وقول الدردير في "الشرح الصغير": « ... يحرم على المكلف ذكرا كان أو أنثى اتخاذ إناء من ذهب أو فضة، ولو لم يستعمله بالفعل، لأنه ذريعة للاستعمال. **ومن المعلوم أنّ سدّ الذرائع واجب عند الإمام**»[111].

فهذه النُّقول جميعها تثبت بوضوح اعتبار المالكية لأصل الذرائع واحتجاجهم في الاجتهاد به، وعدم اختلافهم في مسألته.

الفرع الثالث: علاقة سد الذرائع بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

إذا كان سد الذرائع الذي يحتج به المالكية عبارة عن منع الجائز المُفضي إلى ارتكاب المحظور بحسب النظر المآلي، فهو بهذا يعتبر في نفسه درءا للمفاسد؛ ومن هنا يكون سد الذرائع قد وافق نصف فقه الموازنات[112]، والذي تتفرع عنه القاعدة محل الدراسة.

فالأمر الجائز قد يؤدي إلى ارتكاب أكبر المفسدتين، لا باقتضائه الأصلي وإنَّما بحسب النظر المآلي، ومنع الجائز في حقيقته عبارة عن ارتكاب ضرَرٍ، وهو غير جائز من حيث الأصل، لكن في صورة سدِّ الذَّرائع يجوز أن يُرتكب هذا الضرر ليُدرأ به ضرر أشد منه يكون ناتجا عن عدم المنع منه، بحسب الاقتضاء التبعي لا الأصلي، بحيث يغلب على ظنِّ المجتهد أنَّه لو لم يمنعه في هذه الصورة لوقع ما هو أشدَّ وأفسد.

ففي سدّ الذرائع تنخرم المصلحة التي كانت مناطا للحل والإباحة بما سبَّبه المُكلّفون من إجراء الفعل على خلاف ما قصد إليه الشارع من مصلحة، فكان لزاما- جريانا مع معقولية هذه الشريعة- أن ينتقل الحكم من الإباحة إلى غيرها، حفاظا على مقصود الشارع أن يُخرَم.

وبناء عليه يكون مناط العدول عن الحكم الأصلي للذريعة إلى حُكم المآل- وهو الحُكمُ المُتذرَّع إليه-: هو ترجُّح مفسدة المآل على مصلحة الوسيلة، إذا أفضت عملية الموازنة في ذهن المجتهد إلى أن قوي اعتبار مفسدة المآل على ما يُستجلب من مصلحة الأصل؛ والأصل المقرر في الشرع أنَّ المفسدة الرّاجحة واجبة الدفع والمنع، والمصلحة المرجوحة يمكن تفويتها[113]؛ وهو معنى قاعدة "الضرر يزال"؛ وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[114] اللتين تتصل بهما القاعدة محل الدراسة "ارتكاب أخف الضررين".

ووجه اتصال القاعدة محل الدراسة بقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح" في تطبيقها من خلال أصل الذرائع، هو أنَّ الفعل الجائز "الذريعة" قد تضمن مصلحة من جهة الاقتضاء الأصلي، ومفسدة من جهة الاقتضاء التبعي، فلمّا ترجحت جهة المفسدة دُفعت بتفويت المصلحة التي تضمنتها الذريعة في الأصل، وتفويت هذه المصلحة في حدِّ ذاته مفسدة فكان كارتكاب أخف الضررين لدرء أشدهما.

ومن تطبيقات المالكية الغزيرة لقاعدة ارتكاب أخف الضررين من خلال اجتهادهم بسدِّ الذرائع نجد:

1- من أهم تطبيقات سدّ الذرائع في فقه مالك: منعه للعقود التي تتخذ ذريعة لأكل الربا، ومن ذلك **بيوع الآجال**، فقد منع صورا منها للتُّهَمة، أي لأنه يُقصد فيها ما مُنع شرعا في ظاهر بيع جائز[115]؛ ولبيوع الآجال الممنوعة في مذهب مالك أمثلة كثيرة مبسوطة في كتب المذهب والدراسات التي اهتمت بالذرائع، لا يهم البحث التفصيل فيها، لكن يهمه الجامع الذي يجمعها وهو أن: سبب المنع في كثير منها، هو الحذر من الوقوع فيما يؤدي إليه العقد في مثل هذه الأحوال

من ضرر يكون أعظم من الضرر الذي يقع على المكلفين في حال عدم المنع؛ وهذا ظاهر في كونه من باب ارتكاب أخف الضررين لدرء أشدهما.

2- ومنها: ما قرره الشاطبي من عدم منع المكلف من طلب العلم إن كان في طريقه مناكر يسمعها طالبه أو ويراها؛ وبعدم منعه من شُهود الجنائز، وإقامة الوظائف الشرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة ما لا يُرتضى، إذ لا يُخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها؛ لأنها أصول الدين، وقواعد المصالح؛ والمفسدة التي تقع بفواتها إذا مُنع المكلف منها في هذه الحالة المذكورة يكون أشد وأعظم من مفسدة ما يرتكبه المكلف وهو في طريقه إليها من مُشاهدة ما لا يُرتضى[116]، **وهذه المسألة واضحة التَّعلق بقاعدة ارتكاب أخف الضَّررين،** نعم وإن كانت من باب فتح الذريعة لا سدِّها، لكن ذكرها البحث لما فيها من التعلق بمسألته؛ وقد وافق المالكية أيضا على أنَّ الذرائع كما تُسدُّ تفتح، وأكدوا بأن النظر فيها يكون موكولا للمجتهد في السَّد أو الفتح، بأن يُراقب مدة اشتمال الفعل على عارض فساد فيمنعه، فإذا ارتفع عارض الفساد أُرجع الفعل إلى الحكم الذاتي له[117].

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف وعلاقتها بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف.

أولا- مراعاة الخلاف لغة: المراعاة: الملاحظة والمراقبة، وراعيتُ الأمر مراعاةً: راقبته، ونظرتُ إلامَ يصير، وماذا منه يكون، ومنه مراعاة النجوم، والمراعاة: المحافظةُ والإبقاءُ على الشَّيء[118]؛ **والخلاف:** المضادة، وعدم الوفاق، تقول: تخالف القوم واختلفوا، إذا ذهب كل واحد إلى غير ما ذهب إليه الآخر [119].

ثانيا- مراعاة الخلاف في اصطلاح العلماء: المراد بالمراعاة في الاصطلاح لا يخرج عن معناها اللغوي، فراعى الأمر لاحظه، ومال إليه واعتبره ورجح جانبه؛ والمراد بالخلاف في اصطلاحهم هو خلاف العلماء في أحكام المسائل[120].

أما مراعاة الخلاف بمعناه اللَّقبي فكثيرا ما يعبر عنه غير المالكية بـ"الخروج من الخلاف"، لأن الخروج من الخلاف مراعاة له؛ لذلك فإن هؤلاء

حينما يتكلمون عن مراعاة الخلاف، إنما يقصدون الخروج من الخلاف، والعكس صحيح[121]؛ ومراعاة الخلاف بهذا المعنى الذي يرادف الخروج عن الخلاف هو: الأخذ بالأحوط من باب الورع والاستبراء للدين، وذلك باجتناب ما اُختلف في تحريمه وفعل ما اُختلف في وجوبه[122]؛ **وأما المالكية** فيفرقون بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف، فكل منهما عندهم عبارة عن قاعدة مستقلة عن الأخرى، وسيتضح ذلك من خلال تعريفاتهم لأصل مراعاة الخلاف.

ثالثا- مراعاة الخلاف في اصطلاح المالكية: لقد ذكر فقهاء المذهب المالكي لمراعاة الخلاف تعريفات مختلفة منها:

1- تعريف أبو العباس القباب: «هو إعطاء كلّ واحد من الدليلين حكمه»[123].

2- وتعريف ابن عرفة: «إعمال دليل [المـُخالف] في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر»[124].

3- وتعريف ابن المشاط: « إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف، في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر»[125]، وهو لا يختلف عن تعريف ابن عرفة إلا في توضيح أول عبارته.

4- ولقد جمع الدكتور حاتم باي تعريفات المالكية المختلفة لمراعاة الخلاف فعرَّفه بأنَّه: «عمل المجتهد بدليل المخالف في مدلوله أو بعضه، في حالة بعد الوقوع لترجّحه على دليل الأصل»[126].

ومن خلال التعريفات السابقة لأصل مراعاة الخلاف عند المالكية يظهر أنَّ محله عندهم هو عند ظهور القوة والرجحان في الدليل الذي تمسك به المخالف؛ فإن قوي دليله وترجح بعد الوقوع على الدليل الأصلي للمجتهد أُخذ به، وإلا بقي على أصل دليله، فظهر أنّ القول بمراعاة الخلاف عند المالكية ليس مراعاة للأقوال، وإنّما هو مراعاة لأدلّة الأقوال، إذ المجتهد في مراعاته للخلاف يُعمل دليل المخالف لا قوله المحض.

الفرع الثاني: حجية مراعاة الخلاف عند المالكية.

لقد نقل المالكية الاضطراب في أخذ مالك بهذا الأصل، واختلفوا في اعتباره فيما بينهم؛ فمنهم من عَابه ونَبذَه، وكثير منهم أجازه ونصَّ على اعتباره حجَّة في مذهب مالك.

فأما الذين أجازوه؛ فقد كثرت نصوصهم التي نسبوا فيها هذا الأصل لإمامهم وأصحابه، ومن ذلك:

1- قول ابن رشد الجد: «... ومن مذهبه مراعاة الخلاف»[127].

2- وقول المَقَّرِي: «قاعدة: من أصول المالكية مراعاة الخلاف»[128].

3- وقول الشاطبي: «مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة»[129]؛ وقوله الذي نقله صاحب المعيار: «إنَّ مالكا وأصحابه رحمهم الله، يجري في فتاويهم ومسائلهم مراعاة الخلاف، ويبنون عليها فروعا [جمَّة][130]، ويُعلل به شيوخ المذهب الشارحون له أقوال من تقَدم من أهل مذهبهم من غير توقف، حتى صارت عندهم وعند مدرِّسي الفقهاء قاعدة مبنيا عليها، وعمدة مرجوعا إليها»[131].

وأما الذين عابوه ونبذوه، فجماعة من الأشياخ المحققين، والأئمة المُتفَننين؛ منهم القاضي عياض وابن عبد البر؛ ولقد ذكر القاضي عياض في سبب ردّه لمراعاة الخلاف، أنَّ القول به لا يعضده القياس، لما فيه من ترك المجتهد لمذهبه الصحيح عنده وتقليده لمذهب غيره المضاد لمذهبه، وهذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النَّازلة[132].

وبما أنَّ المجال لا يتسع لاستعراض جميع أدلة المعارضين لحجية مراعاة الخلاف ومناقشتها، ولا لاستبيان مفهومهم لهذا الأصل للتمكن من مطابقته مع مفهومه عند الذين أجازوه، فسيتجاوز هذا البحث الترجيح في مسألته، لأنَّ الذين أنكروه هم من نخبة المحققين في المذهب، ولمَّا لا يُسلم أمثالهم بحجيته فهذا يعني أنَّ مسألته عويصة تستوجب التدقيق والتمحيص وسلامة في التحقيق والتصور، وهو مما يتعذر في هذا البحث الوجيز.

أما بالنسبة للاضطراب الذي نقله بعض المالكية عن عمل الإمام مالك بأصل رعي الخلاف[133]، فلعلَّ الذي أوقعهم فيه هو أنَّهم وجدوا الإمام مالك

يُعمله في بعض المسائل، ويمتنع عن ذلك في أخرى؛ وربما يكون أنسب ما يوجه به هذا الصنيع من الإمام هو ما فصَّله الشاطبي في سياق ذكره لمراعاة الخلاف عند مالك، وهو «أنّه راعى دليل المخالف في بعض الأحوال، لأنه ترجح عنده، ولم يترجّح عنده في بعضها فلم يراعه»[134]، فيؤخذ من بيان الشَّاطبي لوجه مراعاة الخلاف أنّ مراعاة الخلاف ضابطه عند مالك: اعتبار المجتهد دليل المخالف في بعض الأحوال التي ترجّح فيها عنده، لا كلّ خلاف، ولا كل حال؛ ولأجل هذا تفترق مراعاة الخلاف عن الجمع بين الدليلين، لأن القول الناتج عن الجمع بين الدليلين يؤخذ به في كلّ الأحوال، بينما في مراعاة الخلاف لا يكون إعمال دليل المخالف في بعض ما دلّ عليه إلا بعد الوقوع[135].

الفرع الثالث: شروط مراعاة الخلاف عند القائلين به.

اشترط القائلون بمراعاة الخلاف في المذهب المالكي شروطا له وهي[136]:

أولا: أن يكون دليل المخالف قويّا.

ثانيا: أن لا يترك المُراعي للخلاف مذهبه بالكلية، كأن يتزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه، صحيحا عند غيره، ثمّ يطلق ثلاثا، فإنّ ابن القاسم يلزمه الثلاث مراعاة للقول بصحته، فإن تزوجت من قبل زوج لم يفسخ نكاحه عند ابن القاسم، لأنّ الفسخ حينئذ إنما كان مراعاة للقول بصحة النكاح الأول، ومراعاة الخلاف مرّتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكلّية.

ثالثا: قيام مقتضى رعي الخلاف، أي ما نشأ بعد الوقوع من أمور أوجبت إعادة النظر في المسألة، ولما استجد من ملابسات فيها بعد الوقوع، فيراعي الخلاف لتلافي ضرر أو احتياطا وصونا منه.

رابعا: أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع، كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع دينار، مقلدا أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكا في عدم الشهود، والشّافعي في المهر الأقل من ربع دينار، فإنّ هذا النكاح إذا عرض على الحنفي لا يقول به، وكذلك الشافعي والمالكي، وغيرهما، فيجب فسخه أبدا.

الفرع الرابع: علاقة مراعاة الخلاف بقاعدة ارتكاب أخف الضررين.

بناء على التعريفات السابقة التي ذكرها البحث لأصل مراعاة الخلاف؛ يكون هذا الأصل من الأصول التي انفرد بها اجتهاد مالك، واحتل فيه مساحة معتبرة حتّى كان من محاسن مذهبه، فلقد جعل منه مذهبا بعيدا عن التقوقع والانغلاق، وأضاف له سمة الواسطية والجنوح إلى أعدل الأقوال وأوفقها، وجعل منه فضاء لتقبل قول الغير ودليله.

فمردُّ هذه الأصل عند المالكية هو النظر إلى الحادثة الممنوعة قبل الوقوع وتجديد النظر إليها بعد الوقوع لتغير المآل، فهو أيضا من الأصول التي تنبني على اعتبار مآلات الأفعال في الاجتهاد[137]؛ ولقد اشترط المالكية لتطبيقه: أن يكون المُواقع للمنهي عنه قد وافق دليلا على الجملة، وإن لم يكن هذا الدليل يقوى على معارضة دليل النَّهي الأصلي في نظر المجتهد؛ فإذا تحقق هذا الشرط اعتبروا ما يراه المجتهد باطلا قبل الوقوع للأدلة التي رجحت في نظره صحيحا بعد الوقوع من بعض الوجوه، ويرتبُ عليه بعض الآثار، ما دام الفاعل قد استند إلى دليل في الجملة، ولو كان دليلا في نظر غير المجتهد[138].

ووجه تعلق هذا الأصل بقاعدة: "ارتكاب أخف الضررين"، هو أنَّ من يواقع أمرا منهيا عنه شرعا، قد يترتب على الحكم عليه بفساد فعله أو بطلانه أمرا أشد ضررا من ضرر فعله، فيلجأ المجتهد إلى تجويز فعله في بعض لوازمه على وجه تندفع به مفسدة أشد وأعظم من مفسدة المنهي إذا ارتكبه؛ وبناء عليه يكون هذا الأصل من أشد الأصول المالكية المتعلقة بقاعدة: "ارتكاب أخف الضررين"، و"أدنى المفسدتين" و"أهون الشَّرَّين".

وبما أنَّ الشاطبي وغيره قد اعتبروا مراعاة الخلاف من جملة أنواع الاستحسان لما فيه من أوجه الاتفاق معه[139]، فإنَّ ما ذكره البحث من علاقة بين أصل الاستحسان والقاعدة محل الدراسة ينطبق هاهنا أيضا لكن مع ملاحظة فرق دقيق؛ وهو أنَّ تعلُّق القاعدة بالاستحسان يكون في حالة قبل الوقوع، أي عند نظر المجتهد في الواقعة ابتداء، أما في مراعاة الخلاف يكون تعلّقها في حالة بعد وقوع الضررين أو المفسدتين؛ لأجل ذلك تجد في تعبيرات الفقهاء عن القاعدة اختلافا في بعض الألفاظ الدالة على الفرق بين حالة وقوع

الفعل من المكلف من عدمه، ولقد تنبه لهذا الفرق أحمد محمد الزرقا، فذكر بأنَّ تعبير الفقهاء بفعل "يُزال" و"يُتحمل" وما كان في معنيهما يوحي على وقوع الضررين، وتعبيرهم بفعل "يُختارُ" و"يراعى" وما كان في معنيهما يوحى بعدم الوقوع بعد[140].

أمَّا عن تطبيقات المالكية الغزيرة لقاعدة ارتكاب أخف الضررين من خلال اجتهادهم بمراعاة خلاف الغير فنجد:

1- أنَّ المتتبع لفروعهم في باب المعاملات يلاحظ أن أغلب المسائل التي حكموا فيها بالفساد هي التي وقع فيها خلاف بين العلماء، وأنَّ أغلب التي حكموا فيها بالبطلان هي مما كان أجمع العلماء على بطلانها؛ فالمالكية وإن كانوا على مذهب الجمهور في الأصول من أنَّ النَّهي يقتضي الفساد، إلا أنهم أعطوا لبعض العقود الفاسدة بعض آثارها، وهذا مراعاة منهم لخلاف الحنفية الذين يرون أن العقود الفاسدة المشروعة بأصلها لا بوصفها صحيحة إذا فارقها الوصف المنهي عنه[141]؛ يقول القرافي إن النَّهي يفيد الفساد في المعاملات على وجه تثبت معه شبهة الملك، وهو مذهب مالك، وحُجَّة شبهة الملك مراعاة الخلاف[142].

أنّ نكاح الشغار إذا وقع يجب عند الإمام مالك فسخه بطلاق في رواية، ولكن ابن القاسم قال بأنه لا يجب فسخه مراعاة للخلاف، فالجاري على أصل دليل قول مالك ولازمه أنه لا ميراث، لكن لما قال ابن القاسم بثبوت الميراث في مثل هذا النكاح فقد أعمل دليل مخالفه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار، وعدم الفسخ لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين[143]؛ ويبدوا أنّ ابن القاسم في هذه المسألة قد بنى على منهج مالك بالتفريق في الحكم في المسألة قبل وقوعها وبعد وقوعها وحصُول الفوات، فهو يمنع الإقدام عليها ابتداء فإذا وقعت فإنّه يُصححها ويرتب الآثار عليها، وذلك منعا لضرر أكبر ومفسدة أعظم، ومراعاة للخلاف.

خاتمة:

توصل هذا البحث إلى جملة من النتائج أهمها:

1- أنَّ قاعدة ارتكاب أخف الضررين من القواعد التي تمثل مبدأ التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

2- أنَّ تداخل القاعدة التي كانت محل الدراسة مع الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي لا يعني انفرادها بهذا التداخل، بل جميع القواعد المتعلقة بفقه الموازنات تتداخل مع الأصول الاجتهادية سواء في المذهب المالكي أو في غيره من المذاهب المحتجة بهذا النوع من الأصول.

3- أن بعض الأصول الاجتهادية في الفقه المالكي وقواعد فقه الموازنات وجهان لعملة واحدة، فسواء قلنا أعملنا الأصل الاجتهادي في حكم المسألة، أو قلنا أعملنا قاعدة الموازنة في حكم المسألة، فالأمر سيان من حيث النتيجة، لكن قد يقع الاختلاف في التعبير عن المُدرَك في أحدهما؛ ونفس هذا الكلام ينطبق كذلك في سائر المذاهب الإسلامية التي تَعتَد في أصولها بمثل أصول المذهب المالكي الاجتهادية.

4- أنَّ التداخل الواقع بين تطبيق القواعد الأصولية المتعلقة بفقه الموازنات وبين الأصول الاجتهادية المذكورة من مذهب مالك وعلاقة ذلك كله بالفروع الفقهية يؤكد صلة قواعد فقه الموازنات بالواقع، وأنها ليست مجرد قواعد نظرية منقطعة عن التفعيل والتطبيق والممارسة في الفقه الإسلامي.

5- أنَّ ربط أصول المذهب المالكي بفقه الموازنات، كما لو ربطت أصول غيره من المذاهب بفقه الموازنات، فيه إنصاف للأئمة الأعلام واجتهاداتهم، ورفعٍ للملام عنهم، ذلك أنَّ الاطلاع على أصولهم وقواعدهم ومعاييرهم في تصدير الفتوى والأحكام الشرعية للناس، يدفع عنهم كثيرا مما يتلقفه المُغرضون عنهم من أنَّ في أقوالهم ما كان صادرا عن مجرد الهوى والتشهي والتعسف في استعمال حق الإفتاء.

التوصيات: يوصي هذا البحث بالاهتمام بمثل هذه العلاقات المُعبرة عن روعة منهج التشريع الإسلامي ومرونته في تعامله مع واقع الحياة؛ ففي مزيد البيان لها والاهتمام بتفعيلها حلٌّ للعديد من المشكلات، وتوضيحٌ للعديد من

المعضلات المشوشة على أذهان الكثير من طلبة العلم، كما أنَّ فيها دفعا للكثير من الشبهات التي يشُنُّها أعداء الإسلام والمسلمين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

1- الأبياري، أبو الحسن علي بن إسماعيل المالكي(ت616هـ)، التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، تحقيق: علي بن عبد الرحمن بسام الجزائري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لقطر، دار الضياء، الكويت، الطبعة الأولى، 1434هـ-2013م.

2- آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد أبو الحارث الغزِّي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، مكتبة التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م.

3- الإسنوي، جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن(ت772هـ)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1401هـ-1981م.

4- الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد(ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصّميعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ-2003م.

5- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(ت474هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1415هـ-1995م.

6- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(ت474هـ)، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، تحقيق: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية،، دار البشائر الإسلامية، دمشق سوريا، 1416هـ-1996م.

7- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(ت474هـ)، الحدود في الأصول، تحقيق: نزيد حماد، مؤسسة الزعبي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1392هـ- 1973م.

8- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(ت474هـ)، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ-1999م.

9- الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الرابعة، 1422هـ-2001م.

10- باي حاتم، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، طبعة مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطاع الشؤون الثقافية، الكويت، الطبعة الأولى، 1432ه-2011م، الإصدار العشرون:1432هـ-2011م.

11- البرهاني، محمد هشام، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1406هـ-1985م.

12- بوركاب، محمد أحمد، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1423هـ-2002م.
13- البوطي، محمد سعيد رمضان(ت1434هـ)، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: غير متوفر، السنة: غير متوفر.
14- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (ت728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مُجَمّع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، طبعة: 1425هـ-2004م.
15- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت1258هـ)، البهجة في شرح التحفة (تحفة الحكام لابن عاصم)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1418 هـ - 1998م.
16- جُغيم نعمان، تحرير القول في مُسَمَّى الاستحسان عند المالكية: مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والثلاثون، ذو الحجة 1428هـ- يناير2008م.
الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حمّاد (ت393هـ)، الصّحاح (تاج اللغة وصِحاح العربية)، تحقيق: عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة،1990م.
17- الحجوي الثعالبي، محمد بن الحسن (ت1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف بالرباط، المغرب، 1340هـ، ومطبعة البلدية بفاس:1345هـ.
18- حسّان حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة، مصر، الطبعة: غير متوفر، السنة: 1981م.
19- الحطاب الرُّعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد(ت954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1416هـ-1995م.
20- حلولو، أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن (ت898هـ)، التوضيح في شرح التنقيح، - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه-، تحقيق: غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع أصول الفقه، العام الدراسي:1425هـ.
21- الحموي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد الحنفي (ت1098هـ)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1405هـ-1985م.
22- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي (ت1201هـ)، الشرح الصغير(مع حاشية الصاوي أحمد بن محمد)، قارنه بالقانون: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، الطبعة: غير متوفر، السنة: 1974م.
23- الدوسي، حسن سالم، منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد16، العدد 46، 2001م.

24- ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408هـ-1988م.
25- ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت520هـ)، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1408هـ-1988م.
26- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: فريد عبد العزيز الجِندي، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة: غير متوفر، السنة: 1425هـ-2004م.
27- الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري(ت894هـ)، شرح حدود ابن عرفة(الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي، 1993م.
28- الرملي، شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي(ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة،1423هـ-2003م، منشورات محمد علي بيضون.
29- الرويس، نايف بن مرزوق، القواعد الأصولية المتعلقة بفقه الموازنات وعلاقتها بالأدلة الشرعية - رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه- إشراف: محمود حامد عثمان، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، تخصص: أصول الفقه، العام الدراسي:1435-1436هـ.
30- الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1427هـ-2006م.
31- الزحيلي وهبة(ت1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1405هـ-1985م.
32- الزرقا، أحمد بن محمد بن عثمان (ت1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، تنسيق: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1409هـ-1989م.
33- الزرقا، مصطفى أحمد (ت 1420هـ)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1418هـ-1998م.
34- الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله (ت794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عبد القادر عبد الله العاني، ومراجعة: عمر سليمان الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، 1413هـ-1992م، الناشر: دار الصفوة، مصر.
35- الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله (ت794هـ)، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، مصورة بالأوفيست عن الطبعة الأولى، 1402هـ-1982م.

36- أبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة: غير متوفر، السنة:1427هـ-2006م.
37- أبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، مالك - حياته وعصره، آراؤه وفقهه- دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة، 2002م.
28- زيدان، عبد الكريم (ت 1435هـ)، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م.
39- ابن السبكي، تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي(ت771هـ)، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1411هـ-1991م.
40- السبكيان، السبكي تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي(ت756هـ) وابنه عبد الوهاب(ت771هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية، الطبعة الأولى، 1424هـ-2004م.
41- سحنون، أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي(ت240هـ)، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: غير متوفر، السنة: 1424هـ-2004م.
42- السدلان، صالح بن غانم(ت 1439هـ)، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1417هـ.
43- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمنبن كمال الدين أبي بكر بن محمد (ت911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، إعداد: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار الباز، مكتبة نزار الباز، مكة المكرمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1418هـ-1997م.
44- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللَّخمي (ت790هـ)، الاعتصام، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، طبعة دار التوحيد، المنامة، البحرين، الطبعة: غير متوفر، السنة: غير متوفر.
45- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللَّخمي (ت790هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخُبر، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1417هـ-1997م.
46- الشريف الجرجاني، علي بن محمد المعروف بسيد مير شريف(ت816هـ)، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، الطبعة، 1985م.
47- الشوكاني، بدر الدين محمد بن علي بن محمد(ت1250هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تحقيق: يوسف الغوش، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1428هـ-2007م.
48- ابن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1430هـ-2009م.
49- الطوفي نجم الدّين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد (ت716هـ)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثاني، 1419هـ-1998م.

50- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت1252هـ)، رد المحتار على الدرِّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة بموافقة دار الكتب العلمية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: غير متوفر، السنة: 1423هـ-2003م.
51- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت1393هـ)، حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة الأولى، 1341ه.
52- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت1393هـ)، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة، 1432هـ-2011م.
53- عبد محمد النور، زين العابدين، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبين الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1425ه-2004م.
54- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري (ت543هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ-2003م، الناشر: محمد علي بيضون.
55- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري (ت543هـ)، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1992م.
56- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري(ت543هـ)، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: حسين علي اليدري، وسعيد عبد اللطيف فودة، دار البيارق، عمان، الأردن، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420ه-1999م.
57- العز ابن عبد السّلام، عز الدين أبو محمد عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القاسم السُّلمي (ت660هـ)، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: نزيه كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م.
58- العلائي، صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله(ت761هـ)، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق: مجيد علي العبيدي، أحمد خضير عباس، دار عمار، الناشر المكتبة المكية، عمان، الأردن، الطبعة: غير متوفر، 1425هـ-2004م.
59- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطّوسي(ت505هـ)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1413هـ - 1993م.
60- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي(ت395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، لبنان، الطبعة: غير متوفر، السنة:1399هـ-1979م.
61- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله علي بن محمد اليعمري(ت799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1416هـ-1995م.

62- الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي(ت817هـ)، القاموس المحيط، الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1398هـ-1978م، المطبعة الأميرية سنة 1301هـ.
63- القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التغلبي البغدادي(ت422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم، الرياض، المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م.
64- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن(ت684هـ)، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: غير متوفر، السنة:1424هـ-2004م.
65- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت684هـ)، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى:1416هـ-1995م.
66- القرضاوي، يوسف، في فقه الأولويات(دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة)، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1416-1996م.
67- القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1427هـ-2006م.
68- المرتضى الزّبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني(ت1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: علي هلالي وآخرون بإشراف لجنة فنية من وزارة الإرشاد والأنباء ووزارة الإعلام...، مطبعة حكومة الكويت، الطبعة الثانية، 1407هـ-1987م.
69- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد القشيري النيسابوري(ت261هـ)، المسند الصحيح المختصرمن حديث رسول الله وسننه وأيامه المعروف بـ(صحيح مسلم)، تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1427 هـ -2006م.
70- ابن المشاط، حسن بن محمد بن عباس(ت1399هـ)، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، تحقيق: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1411هـ-1990م.
71- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد القرشي المقري التلمساني(ت759هـ)، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، الطبعة: غير متوفر، السنة: غير متوفر.
72- ملحم، محمد همام عبد الرحيم، تأصيل فقه الأولويات(دراسة مقاصدية تحليلية)، دار العلوم، عمان، الأردن، طبع على نفقة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة قطر، 2008م.

73- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي (ت711هـ)، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، مصر، الطبعة: غير متوفر، السنة: غير متوفر.
74- موسى، فاديغا، أصول فقه الإمام مالك(أدلته العقلية)، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1430هـ-2009م.
75- ابن النّجار، تقي الدين أبو البقا محمد بن أحمد بن عبد العزيز(ت972هـ)، شرح الكوكب المنير المسمّى لمختصر التحرير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة العبيكات، الطبعة،1413هـ-1993م.
76- ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت969 أو 970هـ)، الأشباه والنظائر (وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين)، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق سوريا، الإعادة الرابعة، 1426هـ-2005م.
77- النووي، أبو زكريا يحي بن شرف الحزامي (ت676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية بالأزهر، الطبعة الأولى، 1347هـ-1929م.
78- النووي، أبو زكريا يحي بن شرف الحزامي (ت676هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م.
79- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي بن محمد (ت914هـ)، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب، خرّجه: جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1401هـ-1981م، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، سنة النشر: 1401هـ-1981م.
80- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي بن محمد (ت914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، (تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى، 1427هـ-2006م.

الهوامش:

(1) ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط (284/4)؛ الشريف الجرجاني، التعريفات (ص: 175).

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (442/4).

(3) ينظر: الغزالي، المستصفى (12/1)؛ النووي، روضة الطالبين (09/1)؛ السبكيان، الإبهاج (28/1)؛ الرملي، نهاية المحتاج (31/1)؛ الإسنوي، التمهيد (ص:50)؛ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (16/1).

(4) ابن النّجار، شرح الكوكب المنير (41/1).

(5) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (4828/6)؛ الزبيدي، تاج العروس (250/36-252).

(6) ملحم محمد همام عبد الرحيم، تأصيل فقه الأولويات (ص:49).
(7) الدوسي حسن سالم، منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد16، العدد 46، 2001م (ص: 375).
(8) ينظر: القرضاوي يوسف، في فقه الأولويات (ص:28).
(9) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1712/3)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (521/2).
(10) ينظر: ابن منظور، لسان العرب(2/ 1212)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (237/23).
(11) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (4/ 2572-2573)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (384/12؛ 391؛ 393).
(12)الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (994/2).
(13) ينظر: زيدان عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية (ص:94)؛ الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة(226/1)؛ السدلان صالح ابن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها (ص:527).
(14) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (130/1).
(15) ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر (ص:98).
(16) ينظر: آل بورنو محمد صدقي بن أحمد ، موسوعة القواعد الفقهية (2/ق253/6).
(17) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر (147/1)؛ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (348/1-349)؛ الحَموي، غمز عيون البصائر (286/1)؛ الونشريسي، إيضاح المسالك (ص95؛ 158)- القاعدتين:107/45؛ الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (ص:226)؛ آل بورنو محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية (2/ق253/6).
(18) ينظر: الشوكاني، فتح القدير (140/2).
(19) الآيات: (65-82).
(20) ينظر: العلائي، المجموع المُذهب في قواعد المَذهب (383/1).
(21) أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الطهارة "باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد"، رقم: 284 (144/1).
(22) النووي، المنهاجشرح صحيح مسلم (191/3).
(23) ينظر: السدلان صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها (ص533).
(24) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (2479/4)؛ الجوهري، الصحاح (383/1-384).

(25) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1643/3-1646)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (68/29-78).

(26) ينظر: العبد محمد النور زين العابدين، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان (40/1-59).

(27) الآمدي، الإحكام (339/3).

(28) ينظر: الغزالي، المستصفى (313/1)؛ الطوفي، شرح مختصر الروضة (386/3).

(29) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (18/1).

(30) ينظر: موسى فاديغا، أصول فقه الإمام مالك -أدلته العقلية- (408/2).

(31) من تلك الدراسات مثلا: البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية (327-410)؛ العبد محمد النور زين العابدين، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان (227/1-603)؛ موسى فاديغا، أصول فقه الإمام مالك -أدلته العقلية- (409/2-450)؛ بوركاب محمد أحمد، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي(ص: 61-64).

(32) الأبياري، التحقيق والبيان (130/4).

(33) نقلا عن ابن عاشور محمد الطاهر، التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (221/2).

(34) ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص:249).

(35) حلولو، التوضيح في شرح التنقيح (947/2).

(36) الشاطبي، الاعتصام (12/3).

(37) بوركاب محمد أحمد ، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي (ص:63).

(38) الشاطبي، الموافقات (64/4-65)

(39) حسان حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (ص:65).

(40) الشاطبي، الاعتصام(54/3).

(41) ينظر: موسى فاديغا، أصول فقه الإمام مالك -أدلته العقلية- (414/2).

(42) ينظر: الشاطبي، الاعتصام (47/3-56)؛ وقد أكّد الشيخ ابن عاشور العبارة الأخيرة للشاطبي من أنّ كونها في غير مرتبة التحسين والتزيين هو صريح مذهب مالك–ابن عاشور محمد الطاهر، التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (2/ 221)؛ وخالف القرافي في حصرها في مرتبة الضروريات والحاجيات، واعتبر المصالح المرسلة مطلقا، كانت في مواطن الضرورات أو الحاجات أو التتمات، ينظر: القرافي، نفائس الأصول (4088/9).

(43) الشاطبي، الموافقات (57/4)

(44) نفسه (81/2).

(45) الشاطبي، الاعتصام (8/3).
(46) نفسه (56/3).
(47) ينظر: الشاطبي، الموافقات (18/2).
(48) وهناك قواعد أخرى كثيرة تعبر عن نفس المضمون، لكننا اقتصرنا على هذه التي ذكرنا لعدم اتساع المجال لجميعها، (ويراجع في ذلك): الرويس نايف بن مرزوق، القواعد الأصولية المتعلقة بفقه الموازنات وعلاقتها بالأدلة الشرعية، رسالة ماجستير (ص:258؛ 261؛ 264-273).
(49) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف(90/4).
(50) نفسه (471/4).
(51) ينظر: الشاطبي، الاعتصام (40/3).
(52) نفسه (25/3-30).
(53) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (879/2)؛ الجوهري، الصحاح (2099/5)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (423/34).
(54) ابن العربي، أحكام القرآن (278/2).
(55) في المحصول: وأوثر.
(56) ابن العربي، المحصول (ص: 132).
(57) نفسه (ص:131).
(58) ينظر: أبو زهرة محمد، مالك -حياته وعصره - آراؤه وفقهه- (ص: 305).
(59) ينظر: جُغيم نعمان، تحرير القول في مُسَمَّى الاستحسان عند المالكية: مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والثلاثون، ذو الحجة 1428هـ-يناير2008م (ص:157).
(60) نقله عنه الباجي في إحكام الفصول (693/2).
(61) ابن فرحون، تبصرة الحكام (63/2).
(62) ينظر: جُغيم نعمان، تحرير القول في مُسَمَّى الاستحسان عند المالكية: مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والثلاثون، ذو الحجة 1428هـ-يناير2008م (ص:157).
(63) ينظر: أبو زهرة محمد، مالك- حياته وعصره- آراؤه وفقهه- (ص:305).
(64) الأبياري، التحقيق والبيان (409/3).
(65) ابن رشد الجد، البيان والتحصيل(156/4).
(66) ينظر: الشاطبي، الاعتصام (65/3)؛ الباجي، الحدود (ص:66-68)؛ حلولو، التوضيح في شرح التنقيح (969/2)؛ ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص:221)؛ الولاتي، نيل السول

(ص:198)؛ ابن عاشور محمد الطاهر، التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (229/2).

(67) الشاطبي، الموافقات (194/5).

(68) ينظر: القرافي، شرح التنقيح(ص:355)؛ الشاطبي، الاعتصام (69/3).

(69) لقد حرر الدكتور جُغيم نعمان اضطراب نسبة القول بالاستحسان إلى مالك، واستدل من شواهد أقوال المالكية ما يثبت هذا الاضطراب، في مقاله: تحرير القول في مُسَمَّى الاستحسان عند المالكية: مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والثلاثون، ذو الحجة 1428هـ-يناير2008م (ص:149-155)؛ و(ينظر أيضا): باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:307-310).

(70) ينظر: ابن العربي، المحصول (ص:131)؛ ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص:219)؛ الأبياري، التحقيق والبيان (409/3-413)؛ الشاطبي: الموافقات (193/5-199)؛ الاعتصام (62/3-91).

(71) وهي مسألة منع المسجون من الخروج إلى الجمعة والعيد والحج، فذكر الباجي استحسان من قال بجواز خروجه إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أحد إخوته، ومن يقرب من أقربائه وخيف عليه الموت.

(72) الباجي، المنتقى (497/6).

(73) القرافي، شرح التنقيح (ص:355)؛ وينظر: الباجي، الإشارة (ص:313).

(74) ينظر: الأبياري، التحقيق والبيان (405/4)؛ الشاطبي، الاعتصام (75/3).

(75) ينظر: الشاطبي، الاعتصام (69/3).

(76) نفسه (8/3).

(77) نفسه (56/3).

(78) ينظر: الشاطبي، الموافقات (18/2).

(79) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (31/29).

(80) ينظر: الشاطبي، الموافقات (177/5-178).

(81) ينظر: الباحسين يعقوب عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية (ص:332).

(82) ذلك أنَّ ما ثبت بالدليل الخاص من نصٍّ أو إجماع هو ما يعبر عنه الأصوليون بالرخصة وبالمعدول به عن سنن القياس، وهذا الاستثناء كما هو ظاهر من الشارع، وهو ليس من الاستحسان المنوط بالمُجتهد وإن أدخله البعض في أنواع الاستحسان، لأجل ذلك نجد ابن تيمية وتلميذه ينازع الأصوليين في هذا، ويذكر أنَّ كل ما اعتقدوه من نصوص الشارع على خلاف القياس ليست كذلك، بل كل حُكم ثبتت صحته فهو على وفق القياس، وكل ما

ثبتت صحته يعتبر أصلا قائما بنفسه في الشَّرع، تراجع مسألة «ما ورد على خلاف القياس» في: مجموع الفتاوى (504/20) وما بعدها.

(83) الشاطبي، الموافقات (194/5).

(84) ينظر: الباحسين يعقوب عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية (ص:332-333).

(85) دليل العموم هو قوله ﷺ: « والبِكرُ جلدُ مائةٍ ثم نفيُ سنةٍ»؛ أخرجه مسلم من حديث عبادة بن الصامت في الصحيح، كتاب الحدود "باب حد الزني"، رقم: 1690 (2/ 806).

(86) ينظر: المدونة الكبرى(398/4)؛ ابن رشد الجد، المقدمات (252/3)؛ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد(219/4-220).

(87) ينظر: ابن العربي، القبس (1010/3)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف (194/4-195)؛ ابن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته (305/7).

(88) ينظر: المدونة الكبرى (426/4)؛ ابن رشد الجد، المقدمات (220/3-221).

(89) الشاطبي، الاعتصام (23/3).

(90) ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (188/1)؛ آل بورنو محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية (1/ق446/1).

(91) ينظر: ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر (ص:64)؛ الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (142/1).

(92) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1968/3)؛ الجوهري، الصحاح (485/2)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (178/8).

(93) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1498/3)؛ الجوهري، الصحاح (1211/3)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (12/21).

(94) ينظر: باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:430-431).

(95) القرافي، شرح التنقيح (ص:352).

(96) ابن عاشور محمد الطاهر، التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح (224/2).

(97) القاضي عبد الوهاب، الإشراف (503/2).

(98) الباجي، الإشارة (ص:314).

(99) ابن رشد الجد، المقدمات (39/2).

(100) ابن العربي، أحكام القرآن (270/2).

(101) نفسه (331/2).

(102) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (294/2).

(103) الشاطبي، الاعتصام (177/1).

(104) الشاطبي، الموافقات (182/5).
(105) باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:432-433).
(106) ينظر: الشاطبي، الموافقات (107/4)؛ باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:507).
(107) الباجي، الإشارة (ص:314).
(108) ابن رشد الجد، المقدمات (39/2).
(109) القرافي، شرح التنقيح (ص: 352).
(110) الحطاب، مواهب الجليل (37/1).
(111) الدردير، الشرح الصغير (61/1).
(112) ينظر: الرويس نايف بن مرزوق، القواعد الأصولية المتعلقة بفقه الموازنات وعلاقتها بالأدلة الشرعية، رسالة ماجستير (ص:395).
(113) ينظر: باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:439).
(114) ينظر: ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر (ص:94؛ 99)؛ الزحيلي محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (210/1؛ 238).
(115) ينظر: البرهاني محمد هشام، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية (ص:616) وما بعدها.
(116) ينظر: الشاطبي، الموافقات (200/5).
(117) ينظر: ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية (ص:404).
(118) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1678/3)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (164/38).
(119) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (1242/2)؛ المرتضى الزّبيدي، تاج العروس (275-274/23).
(120) ينظر: العبد محمد النور زين العابدين، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان (338/2).
(121) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار (278/1)؛ السيوطي، الأشباه والنظائر (221/1).
(122) ينظر: ابن السبكي، الأشباه والنظائر (112/1)؛ الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية (128-127/2).
(123) نقله عنه الونشريسي في: المعيار المعرب (387/6).
(124) الرصاع محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة (263/1).
(125) ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص:235).
(126) باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص: 583-584؛589؛ 591).
(127) ينظر: ابن رشد الجد، البيان والتحصيل (425/1).
(128) ينظر: المقري، القواعد-القاعدة :12 (236/1).

(129) ينظر: الشاطبي، الاعتصام (76/3).
(130) في المعيار: حجة.
(131) أورده الونشريسي في الأسئلة الواردة من بعض فقهاء غرناطة إلى ابن عرفة،ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب (366/6-367).
(132) ينظر: الونشريسي، ايضاح المسالك (ص:66)؛ الونشريسي، المعيار المعرب (36/12).
(133) ينظر: ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص:115)؛ التسولي، البهجة في شرح التحفة (2/ 219)؛ الحجوي الثعالبي، الفكر السامي (163/2).
(134) الشاطبي، الاعتصام (77/3-78).
(135) ينظر: باي حاتم، الأصول الاجتهادية (ص:587؛ 590).
(136) نفسه (ص:612-629)؛ ابن المشاط، الجواهر الثمينة (ص: 236).
(137) ينظر: الشاطبي، الموافقات (188/5-189).
(138) ينظر: حسان حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (ص:300).
(139) لقد سبق الكلام في البحث عن هذا في الفرع الثالث من هذا المطلب بعنوان: الفرق بين الاستحسان ومراعاة الخلاف.
(140) ينظر: الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية (ص:201).
(141) لمراجعة تفصيلات ومذاهب الأصوليين في لازم النّهي، ومذاهبهم في الصحة والفساد والبطلان، ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول (ص:138-139)؛ الزركشي، البحر المحيط (439/2-450)؛ أبو زهرة محمد، أصول الفقه (ص:62).
(142) ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول (ص:138-139).
(143) ينظر: المدونة الكبرى (139/2).