مجلّة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية/المجلد السابع-العدد الثاني (ديسمبر2023م) [069-099]
قسم العلوم الإسلامية / جامعة غرداية / الجزائر
E-ISSN : 2588-1728 / P-ISSN : 2602-7518
http://eddakhira.univ-ghardaia.dz

الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة في فقه النوازل عند المالكية

دراسة تحليلية تطبيقية في ضوء المقاصد الشرعية

Striking a Balance: Weighing Contradictory Interests (Masalih) and Harms (Mafasid) in Maliki Jurisprudence: An Applied Analytical Study in Light of Sharia Objectives

محمد سالم[1]، حسام الدين محمد[2]*

MOHAMMED SAILM [1], HOSSAMELDEEN MOHAMMED [2]
1 جامعة بني وليد (ليبيا)، ***mmsaid@bwu.edu.ly***
2 جامعة كربوك (تركيا)، ***hossameldeenmohammed@karabuk.edu.tr***

تاريخ الإرسال: 2023/12/16م **تاريخ القبول: 2023/12/28م**

ملخص

عُني هذا البحث بدراسة تحليلية لعدد من نماذج فقه النوازل في المذهب المالكي، للتعرف على المنهجية التي اتبعها فقهاء المالكية في الموازنة بين المصالح والمفاسد أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على وقائع الناس، ومدى اعتمادهم على المقاصد في هذا الصدد، بغية أن يشكل ذلك منهجا علميا يستفاد منه في الحكم على ما يطرأ من نوازل. وقد اعتمد البحث المنهج الوصفي لتوصيف النوازل محل البحث والجوانب النظرية المتعلقة بها ثم اعتمد البحث المنهج التحليلي للكشف عن منهج الترجيح والموازنة بين المصالح والمفاسد وكيفية توظيف ذلك في التعامل مع النوازل. لقد خلص البحث إلى أن إعمال المقاصد في فقه النوازل يعد أساسا متينا اعتمده فقهاء المذهب المالكي في الترجيح والموازنة بين الأحكام.

الكلمات المفتاحية: النوازل- الترجيح - الموازنة- الفقه المالكي- الاجتهاد المقاصدي.

* المؤلف المراسل

Abstract

This research aims to undertake an analytical and applied investigation within the scope of the jurisprudence of Nawazil (Controversial Issues) in the Maliki school. Its primary objective is to discern the extent to which Maliki jurists integrate the objectives of Sharia (Maqasid Sharia) in their deliberations, specifically focusing on striking a balance between Masalih (beneficial interests) and Mafasid (harmful consequences) when formulating legal rulings relevant to individual circumstances. The study utilizes a descriptive methodology to clarify the Nawazil under examination and associated theoretical considerations. Simultaneously, an analytical approach is employed to thoroughly examine and dissect these issues. The study's findings suggest that the incorporation of Sharia objectives serves as a foundational framework adopted by jurists in the nuanced task of weighing and balancing legal provisions.

Keywords: (Nawazil, Weighing, Budget, Maliki Jurisprudence, Intentional Ijtihad)

المقدمة:

تعتبر النوازل الفقهية والمستجدات من القضايا التي تحتاج إلى منهج للموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة والتي لا تكاد تخلو منها نازلة، ومن المقرر أن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها؛ فكل ما دعت إليه فهو خير ومصلحة، وكل ما نهت عنه فهو شر ومفسدة.

وقد امتاز الفقه المالكي بالتفاعل الحثيث مع هذه النوازل وفق ما يعرف في الفقه المالكي بـ "فقه النوازل"، حيث قامت أصوله على أساس اعتماد مقاصد الشريعة في التعامل مع هذه النوازل والترجيح بين مصالح ومفاسدها التي لا يمكن انفكاك بعضها عن بعض، وقد خلف ثروة تطبيقية للموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة، وفي هذا الصدد جاءت هذه الورقة للكشف عن ملامح منهج الموازنة الذي يَأْتمّ بالمقاصد الشرعية تأصيلا وتنزيلا لتشكل منهجية علمية يستفاد منها في التعامل مع نوازل عصرنا.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في الفقرات الآتية:

1. الحاجة إلى الدراسات التي تبرز الجانب العملي للتطبيق المقاصدي لتعارض المصالح والمفاسد في النوازل الفقهية التي تبرز أهمية المقاصد في استخراج أحكام النوازل.

2. إبراز قدرة فقهاء الشريعة على استيعاب النوازل الفقهية المستجدة، وإيجاد الحلول الفقهية المناسبة لها وفق النظر المقاصدي.

3. دراسة التطبيقات العملية للاجتهاد في ضوء مقاصد الشريعة يُمكّن المجتهد المعاصر من الوقوف على منهجهم وتطبيقه على النوازل التي تعرض له.

مشكلة البحث

يمكن صياغة المشكلة البحثية في أن هناك حاجة علمية لاستكشاف **"المنهجية التي اتبعها فقهاء المالكية في الموازنة بين المصالح والمفاسد أثناء التعامل مع النوازل الفقهية، والاعتماد على مقاصد الشريعة في الترجيح بينها"** لتشكل أساسا علميا يحتذى في التعامل مع نوازل العصر، ومعالجة هذه الإشكالية تستدعي إجابة الأسئلة الفرعية الآتية:

أ. ما المنهجية التي يعتمد عليها فقهاء النوازل للترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة؟

ب.كيف استعمل فقهاء المالكية المقاصد مؤشرًا موجها في الترجيح بين المصالح والمفاسد؟

ج. ما مدى حاجة فقه النوازل إلى النظر المقاصدي في الاجتهاد التنزيلي على الوقائع؟

أهداف البحث

من خلال المشكلة البحثية المطروحة وأسئلة البحث فإن البحث يهدف إلى:

1. إبراز العلاقة بين علم المقاصد الشرعية، وعلم فقه النوازل، وحضور النظر المقاصدي في أذهان الفقهاء – خاصة فقهاء المالكية - في بيان أحكام النوازل الفقهية.

2. الوقوف على مدى مراعاة فقهاء المالكية عموما للمقاصد الشرعية في الموازنة بين المصالح والمفاسد خصوصا في فقه النوازل.

3. إبراز حيوية الشريعة ومرونتها في التعامل المستجدات وكيف حقق الفقهاء مقاصدها في بيان الأحكام الشرعية للمتعاملين بها.

منهج البحث المتبع

اقتضت طبيعة البحث استخدام المنهج الوصفي التحليلي لتوصيف الجوانب النظرية للدراسة، وبيان العلاقات بين المتغيرات في البحث، وتحليل النوازل محل البحث وبيان أوجه مراعاة المصالح، والترجيح والموازنة بينها وتوظيفها لمقتضيات البحث.

الدراسات السابقة

لم نقف على دراسات لها علاقة مباشرة بتطبيق الترجيح بين المقاصد في كتب نوازل الفقه المالكي، ومن الدراسات التي لها علاقة بموضوع البحث؛ ما يأتي:

1. دراسة بوهنتالة إبراهيم، **اعتبار المقاصد الشرعية في فروع المالكية من خلال كتاب المعيار لـ :الونشريسي، أطروحة دكتوراه العلوم الإسلامية،** جامعة باتنة، 2015م، قصد فيها الباحث إلى ملاحظة اعتبار فقهاء المالكية لمقاصد الشريعة في الفتاوي والنوازل التي عرضت عليهم بشكل عام، واختار نماذج مختارة من كتاب المعيار للإمام أبي العباس الونشريسي دون غيره من كتب النوازل.

2. دراسة زهير كحيل، **الاتجاه المقاصدي في نقد نوازل المعاملات المالية عند المالكية - نماذج مختارة من كتاب المعيار،** منشور بمجلة الدراسات الإسلامية (م9، ع1، يونيو 2020م) قصد فيها الباحث إلى توجيه نماذج من فتاوي المعاملات اختارها من كتاب المعيار توجيها مقاصديا، بحيث بيّن القاعدة المقاصدية، أو الدليل المعبر عن مقاصد الشريعة في فتوى المفتي.

3. دراسة سمير دحيري، **الاجتهاد المقاصدي عند المالكية من خلال الدرر المكنونة في نوازل مازونة**، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية،2021م، عالج فيها الباحث مشكلة مدى تعويل فقهاء المالكية على المقاصد عند استخراج وبحث الأحكام الشرعية، فيذكر نصوص النوازل التي اختارها، ثم يذكر وجه اعتبار المقاصد في النازلة محل الدراسة.

4. دراسة الباحث خليل حسين، **فقه الموازنة والأولويات في التشريع الإسلامي وبعض تطبيقاته المعاصرة**، منشور في مجلة مقاربات، العدد الثامن.

اهتم الباحث في هذه الدراسة بتأصيل فقه الموازنات، ومنهج العلماء في هذه الموازنة وقدم نماذج من الواقع السوري المعاصر.

5. دراسة فراس عبد الحميد الشايب، الترجيح بين المقاصد، وأثره في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة دراسات، العدد الثالث، المجلد 42، 2015م.

حاول الباحث معالجة المشكلة البحثية "ما مدى تأثر الترجيح الفقهي بالمقاصد"، وقدم نماذج تطبيقية من الفقه الإسلامي، وخلص فيها إلى أهمية مراعاة المقاصد وضرورتها في الترجيح بين المقاصد، وكذلك يوصي الباحث إلى ضرورة ضبط إعمال المقاصد في الترجيح بالضوابط التي قررها العلماء.

الإضافة التي يقدمها هذا البحث:

يختلف هذه البحث عما تم ذكره بكونه يتعلق بمنهج المدرسة المالكية على وجه الخصوص في الموازنة بين المقاصد الشرعية المتعارضة، ولم تتقيد بكتاب محدد من كتب النوازل طلبا لتعميم عينات الدراسة من حيث التعدد المكاني والزماني وقدمت نماذج من مختلف الأبواب الفقهية جنح فيها الفقهاء إلى الترجيح بناء على التعليل المقاصدي في تناولهم لهذه النوازل الفقهية.

هيكل البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة فيها أهم النتائج.

المبحث الأول: تأصيل الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة في الفقه النوازلي المالكي

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة وعلاقته بالمقاصد.

المطلب الثاني: الأدوات الأصولية المعبرة عن الموازنة بين المصالح والمفاسد في الفقه النوازلي المالكي.

المبحث الثاني: تطبيق الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد في الفقه النوازلي المالكي.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد في فقه العبادات.

المطلب الثاني: الموازنة والترجيح في فقه أحكام الأسرة.

المطلب الثالث: الموازنة والترجيح في أحكام المعاملات المالية.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية والقضاء.

خاتمة وفيها أهم النتائج.

المبحث الأول: تأصيل الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة في الفقه النوازلي المالكي

المطلب الأول: مفهوم الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد المتعارضة وعلاقته بالمقاصد

يقصد بالموازنة في المقاصد: "المفاضلة بين المصالح فيما بينها، وبين المفاسد فيما بينها، وبين المصالح والمفاسد المتعارضة، والمتزاحمة، لتقديم الأولى بالتقديم أو تأخير ما حقه التأخير"[1]، كما يقصد بالترجيح بين المصالح: "تقديم أحد الدليلين على الآخر لقوة مصلحته"[2]

كما يقصد بالاجتهاد المقاصدي: "العمل بمقاصد الشريعة والالتفات إليها والاعتداد بها في عملية الاجتهاد الفقهي"[3]

أما مصطلح النوازل الفقهية فعلى الرغم من شهرته إلا إننا لم نقف على تعريف يبين ماهيته عند متقدمي الفقهاء، ولعل ذلك بسبب كون النوازل لم تكن بابا فقهيا مستقلا، وإنما كانت مضمنة في المباحث الفقهية المختلفة[4]، أو لوضوح دلالته عندهم فلم يحتاجوا لتعريفه وضبطه بشكل دقيق،[5] وقد عرفها ثلة من المعاصرين بتعريفات متقاربة، منها تعريفها بأنها: "المسائل التي تحتاج إلى النظر والاجتهاد لاستنباط حكمها

---

1 - الكملي، عبد الله يحي، **تأصيل فقه الموازنات**، ط1، (دار ابن حزم، بيروت، 2000)، ص 49.

2 - **عاشوري، محمد، الترجيح بالمقاصد، ضوابطه وأثره الفقهي، (رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008م) ص 38.**

3 - الخادمي، نور الدين، **الاجتهاد المقاصدي. حجيته. وضوابطه. مجالاته**، ط1، (رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية في دولة قطر، قطر، 1998م) ص 26.

4 - أبو لحية، نور الدين. **النوازل الفقهية ومناهج الفقهاء في التعامل معها**، (دار الأنوار للنشر والتوزيع، 2015م) ص9.

5 - قماز، فريدة، وخروبي، عفيفة، **مصطلح النوازل الفقهية وتغيرات المفهوم**، (مجلة الصراط، (م24، ع2، ديسمبر 2022) ص 522.

سواء كانت متكررة أو نادرة، وسواء كانت قديمة أم جديدة"[1]. يفهم من هذا التعريف أن هذه الحوادث قد تكون مما لم يسبق فيه اجتهاد مطلقا لحدوثها، كما يمكن أن تكون مما سبق بيان حكمها من المجتهدين السابقين، إلا إن تغير الأحوال استدعى إعادة النظر فيها وفق هدي النصوص والمقاصد الشرعية وظروف العصر وتغير الأعراف.

ومما لا خلاف فيه بين العلماء اليوم أهمية علم المقاصد، ومدى الحاجة إليه في تناول المستجدات الفقهية المتعاقبة على المجتمعات الإسلامية، وإذا كان للمجتهد عدة شروط، فإن أهمها هو الوعي المقاصدي، وقد أشار الإمام الشاطبي إليه بقوله: " إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها".[2]

فلا يكون المجتهد موصوفا بالاجتهاد إلا إذا كان عارفا بمقاصد الشريعة معرفته بنصوص أحكامها، يستنجد بها متى ما دعت إليه الحاجة، فالفقيه هو الذي يستحضر دائما أن الحكم الشرعي مرتبط بمقصوده، تابع له في كل مجالات الاجتهاد، وأنها مطلوبة مرعية لا تستقيم الأمور بدون مراعاتها.[3]

ولذلك فقد عد الإمام الشاطبي أكثر زلات الفقهاء بسبب الغفلة عن مراعاتها؛ يقول: "وهذا كله وما أشبهه دليل على طلب الحذر من زلة العالم وأكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشارع في ذلك المعنى الذي اجتهد فيه والوقوف دون أقصى المبالغة في البحث عن النصوص فيها ".[4]

---

1 - الضويحي، أحمد عبد الله، **النوال الأصولية**، (وقف التحبير، الرياض، 2018م) ص 9.

2 - الشاطبي، إبراهيم بن موسى، **الموافقات في أصول الفقه**، تحقيق: عبد الله دراز، ط3،)دار المعرفة، بيروت، 1997) ج4/ص106.

3 - ينظر الفاسي، علال، **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها**، ط5)دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م)، ص 46.

4 - الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، مرجع سابق، ج4/ص 170.

المطلب الثاني: الأدوات الأصولية المعبرة عن الموازنة بين المصالح والمفاسد في الفقه النوازلي المالكي

تميز الفقه المالكي بارتباطه بالمصالح، حتى ارتبط إعمال المصلحة المرسلة بالفقه المالكي واختصاصه بها، مع أنها معمول بها في مختلف المذاهب مقرر في الشريعة عند كل العلماء.[1] وما هذا الارتباط إلا نتيجة لتلك الأصول المقاصدية الكثيرة التي أوصلها بعض أصولي المالكية إلى ستة عشر أصلا التي يحتكم إليها الفقه المالكي في حركته الاجتهادية المتواصلة وفيما يأتي عرض لأهم هذه الأصول المقاصدية وعلاقتها بإعمال المقاصد والكشف عنها.

أولا: أصل المصلحة المرسلة

عرف الشاطبي المصلحة المرسلة بأنها: "كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشارع، ومأخوذا معناه من أدلته"[2]، وهي بهذا المعنى ترتبط ارتباطا وثيقا بمقاصد الشريعة، لاسيما اعتبار المآلات والغايات في الأحكام وأفعال العباد، لأن الشريعة جاءت لمقصد عام وهو جلب المصالح ودفع المفاسد،[3] لاسيما في التقدير العقلي للمصالح المتعارضة أمام المفتي أو المكلف والترجيح بينها، وترجيحها على المفاسد إذا غلبت المصالح وفق القواعد المقاصدية المقررة في مقاصد الشريعة.[4]

وهذا النوع من المصالح وإن كانت قد اعتبرتها عند التحقيق جميع المذاهب كما أشار إليه القرافي لتعلقها بالواقع ومواكبة التطورات، فإن للمالكية القسط الأوفر في

---

1 - ينظر القرافي، أحمد بن إدريس، **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، (شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، 1973م) ص 394.

2 - الشاطبي، **الموافقات في أصول الفقه**، مرجع سابق، ج1/ص 39.

3 - ينظر البوطي، محمد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة،)مكتبة رحاب، الجزائر العاصمة، 1992م) ص 110.

4 - ينظر الريسوني، أحمد، **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**، ط1، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة، بدون تاريخ) ص 238

اعتبارها، واستثمارها وبناء تغير الأحكام عليها، يقول ابن دقيق العيد: " نعم، الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد بن حنبل. ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما "[1]

ثانيا: أصل سد الذريعة:

يقصد بالذريعة هي أمر غير ممنوع في نفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع،[2] والمقصود من سد الذرائع كما يقول القرافي: "حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور"[3].

وعلاقة سد الذرائع بالموازنة المقاصدية بين المصالح المتعارضة وبينها وبين المفاسد واضح من بيان ماهيتها، فما أصل سد الذرائع إلا صورة من صور الموازنة بين المصالح والمفاسد والنظر في مآلات أفعال المكلفين وأثرها في تحقيق المصالح الشرعية، يقول الشاطبي: " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك ... ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم

1 - الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، **البحر المحيط في أصول الفقه**. ط1، (دار الكتبي، القاهرة، 1994م) ج8/ص 84.

2 - ينظر: القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني، ط2،)دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964) ج2/ص58.

3 - القرافي، أحمد بن إدريس، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، بدون طبعة) مكتبة عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ) ج2/ ص32.

المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة "[1] فسد الذرائع أصل مقاصدي في الأساس مبني على ملاحظة العلاقة بين المصالح والمفاسد المتوقعة، فيلجأ إليه الفقيه أو المفتي عند تعارض مصالح الوسائل ومفاسد الغايات ليرجح بينها.

ثالثا: أصل الاحتياط

هذا أصل آخر من أصول الفقه المالكي، حيث أعمله المالكية في إثبات علل بعض الأحكام خروجا من الخلاف، أو سدا للذريعة، أو تجنبا للشك والشبهة، وهو من الأصول التي تأسس عليها المذهب المالكي، يقول الحطاب:" ومذهبه – يعني مالك بن أنس- مبني على سد الذرائع، واتقاء الشبهات، فهو أبعد المذاهب عن الشُبه".[2]

ويقصد به ترك المشتبه من الأحكام، أو ما يؤول إلى المفاسد، فعلاقة الاحتياط بالموازنة بين المصالح والمفاسد، أن الاحتياط يكون لحيازة المصالح بالفعل، ولاجتناب المفاسد بالترك، فهو نوع من أنواع الموازنة عند غياب الأسباب الظاهرة التي تقود لفعل الفعل ببيان مصالحه، أو تركه ببيان مفاسده.[3]

رابعا: أصل مراعاة الخلاف

يعد أصل مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي كما يرى الإمام القّباب،[4]

1 - الشاطبي، **مرجع سابق**، ج4/ص 195.

2 - الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، بدون طبعة، (دار الفكر، بيروت، 1992م) ج1/26.

3 - ينظر: ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط2 (دار الكتب العلمية، بيروت، 1991) ج1/ص 58.

4 - الونشريسي، أحمد بن يحيى، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، تحقيق: محمد حجي، ط1،)منشورات وزارة الأوقاف المغربي، الرباط، 1981) ج6/ص381.

وهو من أصولهم التي بنيت عليه الكثير من الفروع الفقهية،[1] ويقصد به: "إعمال دليل الخصم في لازم مدلول الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[2] مثل إعمال مالك بن أنس دليل من يرى صحة نكاح الشغار بعد وقوعه في لوازمه مع أنه يرى وجوب فسخه، كثبوت النسب به، وثبوت التوارث بين الزوجين مراعاة لدليل من يرى صحته بعد وقوعه.[3]

وعلاقة مراعاة الخلاف بالترجيح بين المصالح المتعارضة والمفاسد أن هذا الأصل يهدف إلى الحفاظ على مصالح المكلف، ودرء المفاسد عنه، فقد يأتي المكلف فعلا دل الدليل عند المجتهد على النهي عنه، فإذا ترتب على الحكم بالبطلان بسبب النهي من الآثار ما هو أشد من مقتضى النهي ومفسدته، فيراعي المجتهد قول من ثبت عنده دليل يقتضي صحة هذا الفعل؛ فيرتب آثاره عليه من هذه الجهة، يقول الشاطبي: "فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي فيترك وما فعل من ذلك أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد

1 - الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، مرجع سابق، ج4/ص150.

2 - الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط1 (دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م) ص177.

3 - يقصد بنكاح الشغار: عقد رجل على مولية آخر مع عقده على مولية الأول في الوقت نفسه؛ فإن لم يسموا صداقا بأن جعل عقد كل واحدة صداقا للأخرى فهو الذي يعرف بصريح الشغار، وإن سمي فيه مهر لكلا الزوجتين غير أنه ربط نكاح كل واحد منهما بنكاح الأخرى فهو المعروف بوجه الشغار، ينظر: ميّارة، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي. **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام** .ط1، (دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ) ص 173.

من مقتضى النهي فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة".[1]

خامسا: ما جرى به العمل

يعتبر هذا الأصل من الأصول التي اختص بها الفقه المالكي، بل مالكية المغرب العربي والأندلس دون غيرهم من المالكية،[2] ويقصد به: " العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعاية لمصلحة الأمة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعية"[3] وهو من الأصول التي تستند في الأساس إلى أساسي سد الذريعة. أو المصلحة المرسلة كما يرى الحجوي[4] ، وعلاقته بالموازنة بين المصالح والمفاسد من جهة دوافع هذا العدول، فإن المقرر في المذهب المالكي أنه ليس للفقهاء الخروج عن القول الراجح والمشهور إلا لدافع مصلحي مثل: تغير الأعراف، أو وجود ضرورة، أو لمصلحة قوية، مراعاة لقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.[5]

سادسا: أصل اعتبار مقاصد المكلفين

يقصد بمراعاة مقاصد المكلفين: اعتبارها في تصحيح التصرفات وإبطالها، دون الاكتفاء بالجانب الشكلي، فمتى كان مقصود المكلف التوصل إلى المحرم ولو بطريق

---

1 - الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، مرجع سابق، ج4/ص204.

2 - الزنيقي، عبد الفتاح، مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغير الفتوى، بحث مقدم لمؤتمر: **نحو منهج علمي لبحث القضايا الفقهية المعاصرة**، الرياض، 27=28/ إبريل/2010م.

3 - الجيدي، عمر، **العرف والعمل في المذهب المالكي** .ط1، (مطبعة فضالة المحمدية، الرباط، 1982م) ص 342.

4 - ينظر الحجوي، محمد بن الحسن، الفكر **السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، ط1، (دار الكتب العلمية، بيروت،1995) ج2/465.

5 - التواتي، أبي القاسم بن محمد، **الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب**، تحقيق: حمزة أبو فارس، ط1، (دار الحكمة، بيروت، 1997م) ص 371.

صحيح فإن حكمه المنع،[1] وتشهد لهذا الأصل العديد من القواعد مثل: قاعدة: "الذرائع سدا وفتحا"، وقاعدة: "معاملة المكلف بنقيض مقصوده"، وقاعدة: "الاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات"،[2] فقاعدة اعتبار مقاصد المكلفين تمثل وجها من وجوه الموازنة بين المصالح والمفاسد لا في الحكم نفسه، وإنما باعتبار المكلف وقصده من تصرفه، وقد عني فقهاء المالكية بهذا الأصل يقول الشاطبي مقررا هذا الأصل:" كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل".[3]

المبحث الثاني: تطبيق الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد في الفقه النوازلي المالكي

المطلب الأول: الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد في فقه العبادات

أ. إعطاء الزكاة لآل بيت النبي ﷺ

أولا: نص النازلة

نزَّه الله عز وجل آل بيت النبي ﷺ عن أوساخ الناس؛ فمنع إعطاء الزكاة والصدقة لهم فقد صح عن النبي ﷺ أنه قال: (إِنَّ هَذِهِ الصَّدَقَةَ، إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ،

1 - ينظر: زيدان، عبد الكريم، **أثر المقصود في التصرفات والعقود، مجموعة من البحوث**، ط2، (مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ) ص13.

2 - ينظر الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، ت**طبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة** .ط1، (دار ابن حزم للنشر، بيروت، 2005م) ص 277، وص384 وما بعدها.

3 - الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، مرجع سابق، ج2/ص333.

وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ، لِمُحَمَّدٍ وَلَا لِآلِ مُحَمَّدٍ ﷺ).[1] وأنه أبدلهم عنها ما أخذه رفعة وشرف، وهو الغنيمة والفيء، لأنهما مأخوذان على وجه الغلبة والعزة وإعلاء كلمة الله تعالى.[2]

ولكن مع تقصير ولاة الأمور، واندراس سنة الجهاد وانقطاع المغنم والفيء، هل يباح إعطاء الزكاة والصدقة لآل بيت النبي ﷺ أم لا؟

ثانيا: حكم النازلة، وما تعلق بها من مراعاة مقاصدية لموازنة المفسدتين المتعارضتين

أجاب الإمام ابن عرفة عن هذه النازلة بقوله: "المشهور من المذهب أنهم لا يعطون من الزكاة. وبذلك احتج عليّ من تكلمتُ معه في ذلك من طلبة بلدنا، فقلت له إن وقفنا مع هذا وشبهه مات الشرفاء وأولادهم وأهاليهم هزالاً، فإن الخلفاء قصّروا في هذا الزمان في حقوقهم، ونظام بيت المال وصرف ماله على مستحقه فسد. والأحسن عندي أن يرتكب في هذا أخف الضررين، ولا ينظر في حفدة رسول الله ﷺ حتى يموتوا جوعاً".[3]

إذ تعارضت في مثل هذه النازلة مفسدتان كما أشار إلى ذلك المفتي ابن عرفة أولاهما: هو إعطاء الصدقة لآل بيت النبي ﷺ وقد جاءت النصوص بمنعه، لما فيه من المهانة والإذلال وأخذ أوساخ الناس، وثانيهما: ضياع آل بيت النبي ﷺ الذي أشار إليه بقوله: "ولا ينظر في حفدة رسول الله ﷺ حتى يموتوا جوعاً"

فروعي الأشد وهو ضياع آل بيت النبي ﷺ بضياع مواردهم، وتقصير الولاة والحكام في حقهم، بارتكاب الأخف منهما وهو إغناؤهم من الصدقة والزكاة وحفظ

---

1 - أخرجه مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم** (صحيح مسلم)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب: الزكاة، باب: باب استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة، برقم: 1072، ج2/ص754.

2 - ينظر: ابن رشد الجد، أبو الوليد، **مسائل أبي الوليد ابن رشد**، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، ط2) دار الجيل، بيروت، ودار الآفاق الجديدة، المغرب، 1993م)، ج1/ص 332.

3 - الونشريسي، أحمد بن يحيى، **المعيار المعرب والجامع المغرب**، مرجع سابق ج1/ص499.

حرمتهم من مهانة الفقر والعوز. وهذا في جوهره يرجع إلى إعمال النظر المقاصدي، فإن منع آل بيت النبي من الزكاة إنما هو من كمال التطهير الذي أراده الله تعالى لهم في قوله تعالى **(إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا) (الأحزاب 33)**، وهذا داخل في رتبة الحسينيات من مقصد حفظ الدين، لما في ذلك من كمال تنزيه النبي -صلى الله عليه وسلم- بتنزيه أهل بيته عن أوساخ الناس، فلما تعارض ذلك مع حفظ نفوسهم، وهو من رتبة الضروريات من مقصد حفظ النفس، قدم حفظ الضروري في حفظ النفس على التحسيني في حفظ الدين.

ب. جبر من امتنع عن بناء المسجد، واتخاذ إمام، وتعليم الأولاد

أولا: نص النازلة: سئل قاضي الجماعة بتونس الإمام عيسى الغبريني[1] عن قرية بها جماعة فامتنع بعضهم من إقامة الجماعة وبناء المسجد وأخذ المؤدب لقراءة أولادهم، فهل يجبرون على ذلك؟ وهل يُجبرون على أجرة الإمام وتوزع على رؤوسهم؟

فأجاب: "جبرهم على بناء المسجد واجب، وكذا جبرهم على مؤدب أولادهم. وأما جبرهم على أجرة الإمام فكان شيخنا رحمه الله يفتي به إذا كانوا لا يحسنون القراءة ولا أحكام الصلاة وعدم من يصلي بهم إلا بإجارة، ووزعت الإجارة عليهم، ... لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل إقامة الجماعة في تلك القرية. لكن إن كان يوجد من يؤم بهم بلا أجرة لم يجبروا حينئذ عليها، إذ الإمام بغير أجر أفضل وأكمل، والله الموفق بفضله."[2]

1 - هو: قاضي الجماعة بتونس وعالمها وصالحها وخطيبها بجامعها الأعظم؛ أبو مهدي عيسى بن أحمد بن محمَّد الغبريني التونسي، توفي سنة 813هـ، ينظر ترجمته في مخلوف، محمد بن محمد، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، تحقيق: عبد المجيد خيالي، ط1 (دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م)، ج1/ 350.

2 - الونشريسي، المعيار المعرب، مرجع سابق، ج1/ص183.

ثانيا: حكم النازلة وما تعلق بها من مراعاة مقاصدية

نلاحظ في جواب قاضي الجماعة في تونس وكذلك في جواب الإمام العقباني ملاحظة المقاصد؛ ففي الوقت الذي يعتبر فيه بناء المساجد من وظائف ولي الأمر، ولكن لعجز ولاة الأمر، أو تقصيرهم فينبغي لجماعة المسلمين أن لا يتركوا ما يتم به صلاح دينهم وما تتم به شعائرهم الظاهرة، ولذلك أوجبوا على أهل هذه القرية بناء مسجد لهم، واتخاذ إمام لهم، ومعلم لأولادهم ولو جبروا على ذلك جبرا. ويمكن ملاحظة الموازنة المقاصدية في هذا الجواب في جانبين:

أولهما: في تقديم حفظ الدين والعقل على حفظ المال، إذ الأصل ألا يجبر الإنسان على دفع ماله، فالمفتي بإجباره أهل القرية على بناء مسجد واتخاذ معلم لأولادهم قدم مصلحة حفظ الدين على حفظ أموالهم.

وثانيهما: تقديمه لمصلحة الدين الكلية على مفسدة عدم الرضي والحرية والإكراه التحسينية التي قررتها العديد من النصوص في دفع أموالهم، فالمفتي بإجبار أهل القرية رجح الحكم بترك الحرية لهم في اتخاذ المسجد ودفع أجرة الإمام والمعلم درءًا لمفسدة أعظم، وهي اندراس معالم الدين، وضياع الأولاد في هذه القرية.

المطلب الثاني: الموازنة والترجيح في فقه أحكام الأسرة

أ. اشتراط المفتي شروط إضافية لعقد النكاح عند فساد الزمان

أولا: نص النازلة

سئل الفقيه بركات الباروني[1] عن حال أهل البادية يغلب عليهم الفساد في أنكحتهم من وجوه شتى، فنادى قاضي المدينة بعدم عقد الأنكحة حتى يثبت وجوه

1 - هو الفقيه بركات الباروني الجزائري، كان من العلماء الجلة الأعلام، وممن وضع على فروع ابن الحاجب، ينظر: نويهض، عادل، **مُعجَمُ أعلام الجزائِر - مِن صَدر الإسلام حَتّى العَصر الحَاضِر** (مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت،1980م) ص99.

إباحة الزوجة، وخلوها من الموانع، فأنكر عليه بعض الناس بأنه ليس للقاضي إلزام الناس بما لم يلزمهم به الشرع.

فأجاب: "واجب على القاضي أن يتقدم للناس في ذلك إذا كثر فساد أنكحتهم، ويضبطه بكتب السبب الموجب لحلية المرأة للأزواج، ليقف على حقيقة الإباحة أو عدمها، ويزجر الشهود إن خالفوا أمره بعد إنذاره بذلك."[1]

ثانيا: تكييف النازلة وما احتوت عليه من محاذير

يلاحظ أن النازلة تتعلق بواقع اجتماعي، ومشكلة تتعلق بفساد الأنكحة التي يتولاها أهل البادية بسبب بعدهم عن مراكز العلم، وأماكن توافر العلماء، مما يؤدي إلى العقد على غير خلية، أو ذات عدة لم تنقض عدتها، أو من لم يتحقق طلاقها مما استدعى من القاضي غلق هذا الباب من الفساد، ومنع تولي عقود النكاح من أفراد الناس دون الرجوع إلى القاضي حتى يتسنى له التأكد من سلامة عقودهم.

ثالثا: حكم النازلة ومراعاة الموازنة المقاصدية فيها

جاء الجواب من المفتي مؤيدا لصنيع القاضي في منع أهل البادية التي يكثر فيهم فساد الأنكحة من العقود حتى يثبتوا خلو المرأة من الزواج، حفظا للأعراض أن تدنس، والأنساب أن تختلط، إذ بالرغم من أن الأصل هو ترك الناس أحرارا في تصرفاتهم وتولي عقودهم، وهذا يدخل في رتبة التحسينيات في حفظ النفوس، إلا أن هذا الترك يؤدي إلى تفويت مقصود الشرع من عقد الأنكحة، واستحلال ما حرم الله منها، واختلاط الأنساب بسببها، فقدمت المصلحة الكلية لحفظ الأعراض والأنساب، رعاية لمصلحة المكلفين ودفعا للمفسدة عنهم وهي من ضروريات حفظ العرض على ما هو تحسيني في حفظ النفوس.

---

1 - المازوني، يحي بن موسى. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تحقيق: الكريف محمد رضا، تحقيق نوازل النكاح والإيلاء والرضاع، (أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة وهران، 2016) ص 242.

ب.وقريب من هذه المسألة مسألة احتساب العدة في المطلقات بالأشهر بدل الأقراء

إذ جرى العمل في المغرب والأندلس بعدم تصديق المرأة ذات الأقراء في انقضاء عدتها في مدة دون ثلاثة أشهر، مع أن المذهب على أن المرأة تصدق في دعوى انقضاء عدتها، ولكن نظرا لفساد الزمان، وصيانة للأعراض أن تنتهك بغير وجه شرعي، والأنساب أن تختلط فقد جرى العمل بأن المرأة لا تصدق في انقضاء عدتها بالثلاثة قروء إلا بعد مضي الأشهر الثلاث لتحل للأزواج، أما في عدم رجعتها للأول بتصدق إذ لا محذور منه بعد ذلك،[1] يقول ابن العربي: " وعادة النساء عندنا مرة واحدة في الشهر ، وقد قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان ؟ ، فلا أرى أن تمكن المطلقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق ، ولا يسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو آخره"[2].

ت.وقريب منها أيضا ما أفتى به الشيخ الطاهر أحمد بن الزاوي مفتي ليبيا الأسبق -رحمه الله- في شأن عادة المغالاة في المهور في ليبيا:

حيث ذهب -رحمه الله- إلى أن الناس إذا أبو إلا هذه العادة الجاهلية، فإن لولاة الأمر أن يلزموهم بقدر معين من المهر لا يجاوزنه، يتحقق به مقصود النكاح من غير إعنات أو تضييق على الراغبين في الزواج.

فقد جاء في فتواه -رحمه الله- بعد أن قرر أن الأصل هو أن المهر يجوز بالكثير والقليل وأنه ترك دون تحديد لما يتراضى عليه الطرفان " فإذا أبى الناس إلا هذه العادة

1 - الوزاني، المهدي، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، ط1 (منشورات وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 2001)، ص 115-116.

2 -ابن العربي، محمد بن عبد الله أبو بكر، **أحكام القرآن** .ط3 (دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م) ج1/ص255.

الجاهلية، وهي التغالي في المهور فللحاكم أو جماعة المسلمين أن يتفقوا على مهر معين يتناسب مع مقتضيات الحياة وتطور الزمن وييسر لهم الزواج بلا مشقة"[1]

فقد قدم -رحمه الله- درء المفاسد الغالبة في المغالاة في المهور على مصالح ترك الناس أحرارا ليختاروا ما شاءوا من المهور لبناتهم وأخواتهم، وفي ذلك حضور للنظر المقاصدي في عملية الموازنة هذه لتحقيق مقصد حفظ الدين ومقصد حفظ العرض بتيسير الزواج والعفاف على الناس .

المطلب الثالث: الموازنة والترجيح في أحكام المعاملات المالية

إن الناظر في كتب النوازل في الفقه المالكي يلاحظ مرونة الفقه المقاصدي، واعتبار المصالح والحاجات العامة للناس ولو عدلوا في كثير من الأحيان عن ظواهر النصوص، والقواعد المقررة مراعاة للمصالح وذرأ عن المكلفين المفاسد التي تلحق بهم لاسيما في المعاملات المالية، والتصرفات القضائية التي لها احتكاك بأحوال الناس ومعاشهم، وفيما يلي نماذج من الاجتهادات المقاصدية في جانب المعاملات المالية التي راعى فيها فقهاء المالكية المصالح والمفاسد في ترجيحهم واختياراتهم:

أ. نازلة شركة علوفة دودة الحرير

أولا: صورة النازلة

هذا النوع من الشركات ظهر في الأندلس والمغرب الأقصى، وصورة هذه الشركة أن يتشارك شخصان في بيض دودة الحرير المعرف باسم " القز" ويتفق الطرفان على أن يتعهد أحدهما بتوفير ورق التوت الذي هو غذاؤها الوحيد، ويتعهد الآخر بالرعاية والتربية لليرقات التي تخرج من البيض، حتى يخرج منها الحرير فيقتسمانه على النسب التي اتفقا عليها.[2]

---

1 -الزاوي، الطاهر بن أحمد، **مجموعة الفتاوى** .ط3 (مكتبة الهدى، بنغازي، 2003م) ج1/ص139.

2 - ينظر الوزاني، **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**، مرجع سابق، ص283.

ثانيا: تكييف النازلة، وما احتوت عليه من محاذير

اجتمع في هذا الصورة عقدان؛ عقد شركة وإجارة على العمل الذي يبذله من يقدم الرعاية والتربية لليرقات، وهذا العقد بهذه الصورة ممنوع عند المالكية لعلتين:

أولهما: الإجارة المجهولة؛ لأن عمل العامل بعضه يكون نظير جزء من ورق التوت الذي يبذله صاحبه، وبعضه الآخر يستوفيه من حصته من الحرير بعد خروجه، من جهة، ومن جهة أخرى فإن مقدار ما يحتاجه من الورق لليرقات التي يملكها مجهول أيضا.[1]

وثانيهما: اجتمع الشركة والإجارة وهي أيضا ممنوعة عند المالكية وأكثر الفقهاء لاختلاف أحكامهما.[2]

ثالثا: حكم النازلة ومراعاة الموازنة المقاصدية فيها

يلاحظ أن فقهاء الأندلس عالجوا هذه النازلة من خلال الأصول المالكية التي توازن بين مصالح الناس العامة وحاجتهم من جهة، ومصالح التمسك بالشكل الشرعي للعقود من جهة أخرى؛ فأفتى ابن سراج الأندلسي المعروف بقاضي الجماعة في الأندلس[3] بجوازها لأجل الحاجة العامة، بعد أن بين الوجه الصحيح الذي ينبغي أن تكون عليه هذه الشركة: "وأما إن لم يجد الإنسانُ من يعملها إلا على ما جرت به العادة، وتركُ ذلك يؤدي إلى تعطيلها ولَحِق الحرجُ وإضاعة المال، فيجوز على مقتضى قول مالك في إجازة الأمر الكلي الحَاجيِّ".[4]

---

1 - ينظر الونشريسي، **المعيار المعرب والجامع المغرب مرجع سابق**، ج8/ص198

2 - حماد، نزيه، **العقود المركبة في الفقه الإسلامي**، ط1 (دار القلم، دمشق، 2005م) ص 7.

3 - ينظر ترجمته في مخلوف، محمد بن محمد، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، مرجع سابق، ج1/ 357.

4 - ابن سراج الأندلسي، **محمد. فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط2، (دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005م) ص 194.

ويبين وجوه المصالح التي راعها في إباحة هذا الأمر العام بقوله: " ولما يؤدي إليه من إضاعة المال في بعض الأحوال إن لم يعمل بها، وقد علمنا من أصل الشرع مراعاة هذه المصالح في المزارعة والقراض والمساقاة، فكذلك مسألتنا، وقد قال مالك - رضي الله عنه -في بعض المسائل: لابد الناس مما يصلحهم، فظاهر هذا الكلام أنه تراعي مصلحة الناس إذا كانت تجري على أصل شرعي".[1]

ب.إمضاء بيع المضغوط:

أولا: نص النازلة:

سئل القاضي أبو الفضل العقباني عما ظهر في بعض البلاد المغاربية من الظلم والباطل، والذي منه حبس الإنسان فيما لم يجب عليه، وتعرضه للعذاب الأليم والسجن الطويل، فيضطر إلى بيع أملاكه لدفع ما طلب منه من أموال، هل يلزم بيعه؟ .وإذا لم يلزم هل يلزمه عند رده أملاكه رد الثمن أم لا؟ وهو ما يعرف في الفقه المالكي ببيع المضغوط.[2]

فأجاب: " هذه المسألة فيها من الخلاف ما أشرتم إليه، وفيها من الضرورة بالناس لا شك ما قررت. وعادتي عند نزول المسألة لدي أندب الخصم القائم بالضغط إلى التشديد. وأذكر له مثل ما احتج به القائل بلزوم بيع المضغوط من أن هذه المسألة معاوضة كانت في خلاص نفسك أو محنتها. فأقول له: فما ينبغي لك مع ذلك أن تجعل الخسارة على من نجوت بماله، وأذكر لك مع ذلك أن القضية فيها احتمال، وما أذكر إلا أنه ينتدب بتيسير الله. ومختاري من الخلاف مع هذا ما أشرتم إليه، ولكن أتجاسر على مخالفة المشهور، وأن أحمل الناس عليه، لما علمت من محافظة المتأخرين

1 - المرجع السابق، ص 193.

2 - المضغوط هو مصطلح عرف في الفقه المالكي دون غيره من المذاهب، ويقصد به: " هو المحبوس في مال ظلما، فيبيع متاعه لأدائه" ينظر: الوزاني، المهدي، **النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى**، تحقيق: عماد بن عباد، ط1، (منشورات وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 1990م) ج145/5.

على ذلك. وفي علمك ما قاله المازري في ذلك، مع ما يعرف من الشهادة له بالقدم السابقة... وقال ابن كنانة: البيع لازم غير مفسد، وهو أحرى بوجوبه ولزومه، لأنه أنقذ به نفسه من العذاب ومن السجن. قال بعضهم وهو اختيار بعض قضاة فاس من كبرائهم، كان يأخذ بهذا المذهب ويقضي به. وكأن الحاكي يرجحه."

ثانيا: تكييف النازلة، وما احتوت عليه من محاذير

يصور الضغط في المذهب المالكي على صورتين؛ أولهما: أن يبيع المضغوط أملاكه لكي يؤديها للظالم ويخلّص نفسه منه، ثانيهما: أن يشتري بماله ما يطلبه الظالم منه سواء كان عقارًا أو أرضًا أو نحو ذلك.

ونصوص أئمة المذهب المالكي متظافرة أن بيع المضغوط وشراءه غير لازم له، وأن له الرجوع فيما باعه من أملاكه لأجل فكاك نفسه دون أن يرد الثمن، وأن يسترد الثمن الذي اشترى به ما دفعه للظالم من عقار أو نحوه، ويرجع بائع السلعة بالثمن أو بأعيان سلعه إن وجدها قائمة عند الضاغط الظالم إن كان يعلم بالظلم والاعتداء، فإن لم يكن يعلم فالمشهور في المذهب أن له طلب ثمنه أو ما باعه للمضغوط منه.[1]

وعلة عدم لزوم بيع المضغوط وهو فقدانه لشرط الرضا والاختيار في العقد فهو مكره، وإن كان إكراه على سبب البيع لا على البيع نفسه.[2]

ثالثا: حكم النازلة ومراعاة الموازنة المقاصدية فيه

بالرجوع إلى نص الإمام العقباني يمكن أن نلاحظ تردد الإمام في الفتوى في مدى لزوم بيع المضغوط بسبب اتفاق المتقدمين على عدم لزومه بسبب فقدانه لشرط التراضي في العقد، غير أنه يجنح إلى القول باللزوم جريا على ما جرى به العمل من

1 - ينظر الحطاب، محمد بن محمد، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط3، (دار الفكر، بيروت، 1992م) ج4/ص248.

2 - ينظر السجلماسي، ابراهيم بن هلال، **الدرّ النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير**، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، ط1 (منشورات مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 2011م) ج1/ص142.

لزوم بيع المضغوط وإمضائه، مبناه على قاعدتين مقاصديتين ترجيحيتين أولاهما: قاعدة تقديم حفظ النفوس على حفظ الأموال، إذ لو قالوا بعدم لزوم بيع المضغوط جريا على القول المشهور لما كان للمضغوط سبيل إلى تخليص نفسه، وهذا ما أشار إليه أبو علي الحسن بن رحال المعداني: "جري العمل بمضي بيع المضغوط هو الذي ينبغي العمل به، وهو الذي يليق بأحوال الناس في هذه الأزمنة".[1]

وثانيهما: ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، إذ شيوع ظاهرة الضغط من الولاة في المغرب صير غالب الناس عرضة له، ولا يجدون مخرجا منه إلا ببيع ما في أيديهم لتخليص أنفسهم، فتقدم هذه المصلحة العامة على مصلحة المضغوط بعدم لزوم بيعه ليرجع إليه اختياره في إمضاء البيع أو رده، لاسيما والحال أنه أنقذ به نفسه من العذاب والسجن، ولعل هذا ما أشار إليه أبو زكريا المازوني[2] صاحب السؤال للإمام العقباني بقوله: " فهل يباح الفتوى بالقول الشاذ بلزوم بيع المضغوط لما في هذا من المصلحة العامة لأهل الموضع لئلا تنقطع المعاملة بين الناس ولا يجد من أحد من يفكه إن حبس في مطلب، مع كثرة مطالبة الظالم لهم".[3]

ج. خلط أرباب الألبان ألبانهم واقتسامهم الجبن بقدره

أولا: نص النازلة

سئل الإمام الشاطبي عمّا يقوم به أهل غرناطة من اشتراكهم في اللبن لاستخلاص جبنه ويدعون في ذلك ضرورة في استبْدَادِ كل واحد منهم بلبنه لما يحتاج

1 - السجلماسي، محمد بن أبي القاسم، **فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد**، تحقيق: عائشة العلوي، (رسالة دكتوراه غير مطبوعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، 2001-2002) ص 120.

2 - هو القاضي، الإمام، أبو زكريا، يحيى بن موسى المقيلي المازوني، توفي بتلمسان سنة 883 هـ. ينظر ترجمته مخلوف، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، مرجع سابق، ج1/ص383.

3 - المازوني، يحيى بن موسى، **الدرر المكنونة في نوازل مازونة**، تحقيق: زهرة شرفي، دراسة وتحقيق مسائل البيوع، (رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة الجزائر، 2005م) ص 281.

إليه من المؤونة والمشقة فيجتمع جماعة أصحاب غنم فيستأجرون راعياً أو أكثر ويخلطون اللبن.

فأجاب: " أما المسألة مخالطة بعضهم لبعض في اللبن لاستخراج جبنه فلا أعرف فيه لأحد نصّاً، والأصول تدل على منع ذلك، لأن الألبان تختلف في مقدار ما يخرج منها من الجبن كما تختلف في مقدارها ما يخرج منها من الزبد والسمن فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء معلومة لم يكن الخارج منها من الجبن على تلك النسبة لكل واحد بل على اختلاف النسبة أو بجهل التساوي في النسبة فصار كل واحد يُزَابِنُ صاحبه والمزابنة منهي عنها ... إلا أن لطالب الرخصة في مسألة اللبن هنا مدخلاً لأن لكثير من الناس الحاجة في الخلط المذكور ولا سيما لمن كان له اليسير من اللبن الذي لا يخرج منه جبن على أصل انفراده، ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلا بحرج إن خرج، وأيضاً فإن العادة في الرعاة أن يذهبوا بكثير من مواشي الناس إلى المواضع البعيدة طلباً للمراعي ولو كلفوا عند الحلب أن يحلبوا لكل واحد ممن له في الماشية شيء لم يمكنهم فضلاً عن أن يعقدوا له جبنه على حدة فصار الحرج فيه على أصحاب الماشية والرعاة أشد... "[1]

ثانيا: تكييف النازلة، وما احتوت عليه من محاذير

في هذه المعاملة التي سئل عنها الشاطبي محذوران شرعيان، **أولهما**: كون اللبن من الأجناس الربوية التي يحرم بيعها متفاضلا عند المالكية، فجمعها ثم اقتسام جبنها يؤدي إلى الشك في مماثلة الخارج من الجبن لمقدار اللبن الذي وضعه صاحبه ومن القواعد المقررة عند المالكية في الربويات أن الشك في التماثل كتحقق التفاضل،

1 - الشاطبي، إسحاق بن موسى، **فتاوي الإمام الشاطبي**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط4 (دار العبيكان، الرياض، 2001م) ص207 وما بعدها.

وثانيهما أن تصرفهم يعد من المزابنة المنهي عنها، وهي بيع مجهول كيلا، أو وزنا، أو عددا بمعلوم، أو بمجهول من جنسه.[1]

ثالثا: حكم النازلة ومراعاة الموازنة المقاصدية فيه

صدر الإمام الشاطبي فتواه في هذه النازلة بالحكم الأصلي وهو منعها وفق القواعد الشرعية المقررة، ثم أعقبه بتفصيل طويل في فتواه قرر فيه جواز هذه المعاملة ورد الجواز إلى ثلاثة مرجحات مقاصدية:

أولها: مراعاة قصود الفاعلين ونياتهم في عدم اقتحامهم للحرام، يقول: " لأن جمعه تسهيل وتيسير وتعاون لا يُقصد بمثله قصد الربا ولا المزابنة، ولا غير ذلك من الممنوعات، فصح أن يغتفر الغرر اليسير، وهذا له نظائر في الشريعة"[2].

وثانيها: الحاجة العامة التي كشفت عنها العادة والعرف، وهو ما أشار إليه بقوله: " لأن كثيراً من الناس بحاجة إلى هذا الخلط، خاصة لمن كان له لبن قليل لا يخرج له منه جبن إذا انفرد ولم يخلطه بلبن غيره"[3] .

كما أن عادة الرعاة أن يذهبوا بمواشي الناس إلى أمكنة بعيدة، ولو حلبوا لكل واحد ممن له في الماشية شيء لم يمكنهم فضلا عن أن يعقدوا له جبنة على حدة، فهنا الحرج أشد على أصحاب الماشية والرعاة مما تقدم في مال اليتيم فاقتضى هذا الأصل جواز مسألة خلط الألبان بقصد رفع الحرج"[4]

وثالثها: الضرورة التي أرشد إليها نص الإمام مالك؛ والتي محلها أولئك الذين لا يتوافر لهم إلا مقدار قليل من الحب الذي يعصر مما لو دخل وحده لما خرج منه

1 - الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك**، بدون طبعة، (دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ) ج3/ص90.

2 - الشاطبي، **فتاوي الإمام الشاطبي**، مرجع سابق، ص 209.

3 - السابق نفسه.

4 - السابق نفسه.

شيء، ولا غنى لهم عنه لفقرهم وحاجتهم، ومثله يقال في أصحاب الألبان القليلة التي لا يجدون من يصنعها لهم جبنا لقلتها.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية والقضاء

أ. بيع السلاح وما يتقوى به العدو لأجل ضرورة شراء المطعوم والمأكول والملبوس

أولا: نص النازلة

سئل الإمام أبو إسحاق الشاطبي؛ هل يباح لأهل الأندلس بيع الأشياء التي منع العلماء بيعها في الحرب كالسلاح وغيره؛ لكونهم محتاجين إلى الضرورة في أشياء أخر من المأكول والملبوس وغير ذلك؟ أو لا فرق بين أهل الأندلس وغيرهم من أهل الإسلام؟

فأجاب: " الجواب عن الأولى والله الموفق للصواب أن هذه الجزيرة جارية مجري غيرها إذا لم يفرق العلماء في المسألة بين قطر وقطر، ولا فرقوا أيضاً مَنْ هَادَنَ أو كان حربياً لنا إلا ما ذكره ابن حبيب في الطعام فإنه أجاز بيعه مِمَّنْ هَادَنَ دون الحربّي، وما عللتم به من حاجتنا إليهم فليس بموجب لِتسْويغ البيع منهم لأن الله تعالى قال ﴿﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [سور التوبة: 28] فنبهت الآية على أن الحاجة إليهم في جلب الطعام إلى مكة لا يرخص انتهاك حرمة الحرام، فكذلك لا يرخص في استباحة الإضرار بالمسلمين".[1]

ثانيا: تكييف النازلة، وما احتوت عليه من محاذير

في هذه النازلة طلب السائل مشروعية السلاح وما يتقوى به العدو له بذريعة الحاجة إلى الطعام والملبوس والمأكول الذي يجلب من عند العدو، فرد الإمام الشاطبي بالمنع ولم يلتفت إلى دعوى الضرورة التي استدل بها المستفتي؛ لأنه رأى أن حماية المسلمين في الأندلس من العدو وما تقتضيه تلك الحماية من عدم تمكينه بما يعينه

1 - الشاطبي، **فتاوي الإمام الشاطبي**، مرجع سابق، ص154.

عليهم، لاسيما وأن الأندلس تعتبر ثغرا من الثغور، وهذا أولى من حاجة بعض الناس إلى الطعام.

ثالثا: حكم النازلة ومراعاة الموازنة المقاصدية فيه

راعى المفتي في هذه الفتوى مآل الفعل الذي يدعو إليه المستفتي، وهو إباحة بيع السلاح للعدو وإن كانت الحال ليست حال حرب زمن السؤال، وبيع السلاح والطعام إلى أهل الحرب يؤدي إلى مفسدة عظيمة غالبة لا نادرة ألا وهي تقوي العدو على المسلمين؛ ولا يمكن مقابلتها بالمصلحة الموهومة التي ادعاها السائل، بل هي مردودة بنص الآية التي أوردها الشاطبي في ثنيا جوابه ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾ وبهذا رد هذه المصلحة الموهومة التي تؤل إلى مفسدة عظيمة رآها أهل الأندلس بعد أعوام قليلة حيث تغلب النصارى على الأندلس وطردوا المسلمين منها.

الخاتمة والنتائج

خلص البحث إلى النتائج الآتية

1. يقوم منهج فقهاء المالكية في دراسة النوازل والترجيح بين المصالح والمفاسد على نظر مقاصدي عميق، ظهر من خلال دراسة النماذج التي استعرضناها.

2. يعتبر العلم بمقاصد الشريعة وإعمالها عند الحاجة إليها مبدأ راسخا في أذهان مجتهدي الفقه النوازلي المالكي في مختلف العصور، وإن لم يصرحوا به لفظا، لكن فتواهم تثبت ذلك بوضوح.

3. تظهر النماذج المختارة الحاجة الملحة لملاحظة مقاصد الشريعة عند معالجة النوازل الفقهية لاسيما المعاملات المالية، وأن مراعاة حاجة الناس العامة، وضبط الذرائع سدا وفتحا وفق لمنهج المقاصدي، هو المنهج الذي يحافظ على تدين الناس، ويكفل تمسكهم بدينهم.

المصادر والمراجع

1. ابن العربي، محمد بن عبد الله أبو بكر. **أحكام القرآن** .ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
2. ابن رشد الجد، أبو الوليد. **مسائل أبي الوليد ابن رشد**. تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، ط2، دار الجيل، بيروت، ودار الآفاق الجديدة، المغرب، 1993.
3. ابن سراج الأندلسي، **محمد. فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج الأندلسي**. تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط2، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005م.
4. ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز. **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط2 دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.
5. أبو لحية، نور الدين. **النوازل الفقهية ومناهج الفقهاء في التعامل معها**. دار الأنوار للنشر والتوزيع، 2015م) ص9.
6. البوطي، محمد رمضان. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. بدون طبعة مكتبة رحاب، الجزائر العاصمة، 1992م.
7. التواتي، أبي القاسم بن محمد. الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب. تحقيق: حمزة أبو فارس، ط1، دار الحكمة، بيروت، 1997م.
8. الجيدي، عمر. **العرف والعمل في المذهب المالكي** .ط1، مطبعة فضالة المحمدية، الرباط، 1982م.
9. الحجوي، محمد بن الحسن. **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1995.
10. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**. بدون طبعة دار الفكر، بيروت، 1992م.
11. الحطاب، محمد بن محمد. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**. ط3، دار الفكر، بيروت، 1992م.
12. حماد، نزيه. **العقود المركبة في الفقه الإسلامي**. ط1، دار القلم، دمشق، 2005م.
13. الخادمي، نور الدين. الاجتهاد المقاصدي. حجيته. وضوابطه. مجالاته، ط1، نشر: رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية، قطر،1998م.
14. الدردير، أحمد بن محمد. **الشرح الصغير على أقرب المسالك**. بدون طبعة، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ.

15. الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري. **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**. تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م.
16. الريسوني. أحمد، **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**. ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة، بدون تاريخ.
17. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر. **البحر المحيط في أصول الفقه**. ط1، دار الكتبي، القاهرة، 1994م.
18. الزنيقي، عبد الفتاح. مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغير الفتوى. بحث مقدم لمؤتمر: **نحو منهج علمي لبحث القضايا الفقهية المعاصرة**، الرياض، 27=28/ إبريل/2010م.
19. زيدان، عبد الكريم. أثر المقصود في التصرفات والعقود، مجموعة من البحوث، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ.
20. السجلماسي، ابراهيم بن هلال. **الدرّ النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير**. تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، ط1، منشورات مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 2011م.
21. السجلماسي، محمد بن أبي القاسم. **فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد**. تحقيق: عائشة العلوي، رسالة دكتوراه غير مطبوعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، 2002-2001.
22. الشاطبي، إبراهيم بن موسى. **الموافقات في أصول الفقه**. تحقيق: عبد الله دراز، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1997.
23. الشاطبي، إسحاق بن موسى، **فتاوي الإمام الشاطبي**. تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط4، دار العبيكان، الرياض، 2001م.
24. الضويحي، أحمد عبد الله، **النوال الأصولية**. وقف التحبير، الرياض، 2018م.
25. عاشوري، محمد. **الترجيح بالمقاصد، ضوابطه وأثره الفقهي**. رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008م.
26. الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن. تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة .ط1، دار ابن حزم للنشر، بيروت، 2005م.
27. الفاسي، علال. **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها**. ط5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م.
28. القرافي، أحمد بن إدريس. **أنوار البروق في أنواء الفروق**. بدون طبعة، مكتبة عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.

29. القرافي، أحمد بن إدريس. **شرح تنقيح الفصول**. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، 1973م.
30. القرطبي، محمد بن أحمد. **الجامع لأحكام القرآن**. تحقيق: أحمد البردوني، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964.
31. قماز، فريدة، وخروبي، عفيفة. **مصطلح النوازل الفقهية وتغيرات المفهوم**. مجلة الصراط، م24، ع2، ديسمبر 2022.
32. الكملي، عبد الله يحي. **تأصيل فقه الموازنات**. ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2000.
33. المازوني، يحي بن موسى. الدرر المكنونة في نوازل مازونة. تحقيق: الكريف محمد رضا، تحقيق نوازل النكاح والإيلاء والرضاع، أطروحة دكتوراه غير منشورة. جامعة أحمد بن بلة، 2016.
34. المازوني، يحيى بن موسى. **الدرر المكنونة في نوازل مازونة**، تحقيق: زهرة شرفي، دراسة وتحقيق مسائل البيوع، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة الجزائر، 2005م.
35. مخلوف، محمد بن محمد. **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**. تحقيق: عبد المجيد خيالي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
36. ميّارة، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي. **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام** .ط1، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.
37. النسائي، أحمد بن شعيب. **المجتبى من السنن**. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1986م.
38. الوزاني، المهدي. **النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى**. تحقيق: عماد بن عباد، ط1، منشورات وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 1990م.
39. الوزاني، المهدي. **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس**. ط1، منشورات وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 2001.
40. الونشريسي، أحمد بن يحيى. **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب**. تحقيق: محمد حجي، ط1، منشورات وزارة الأوقاف المغربي، الرباط، 1981.