النظر في المآل عند المالكية

« القواعد والتطبيقات »

بقلم

الباحث: إلياس بولفخاذ (*) ، **أ.د/ أبو بكر لشهب** (**) (المشرف)

ملخص

النظر في المآل ليس بدعا مخترعا وإنما هو سير على طريقة الشرع ونسقه ، مبني على الموازنة بين المصالح والمفاسد، كما ينبني عليه قواعد، منها ما يعمل بالحزم والحيطة لسد باب التوسل بالمشروع إلى المحرم كسد الذرائع، أو التحايل على الشرع وأحكامه كمنع الحيلة، ومنها ما يعمل على رفع الحرج والعنت، كالاستحسان ومراعاة الخلاف، والنظر في المآل أمر دقيق لا يقدر عليه إلا الفحول من العلماء، والنخبة من الفقهاء، والخوض فيه دون تبصر قد يؤدي إلى تعطيل النصوص، إما بهدر ألفاظها ومبانيها واستقلال العقل بالتشريع، وإما بهدر مقاصدها ومعانيها، والتشديد والتضييق على الناس.

الكلمات المفتاحية: الفقه، المصالح، المفاسد، الموازنة، الاجتهاد، المقاصد، التصرفات.

مقدمة

بُنيت الشريعة الإسلامية كلها على جلب المصالح، ودرء المفاسد، فكانت مسائل الشرع إما مثبتة، أو منفية، إما أمر أو نهي، وما من أمر إلا وتعلقت به مصلحة تستجلب، وما من نهي إلا وتعلقت به مفسدة تدرأ، ولكن قد يتردد الأمر بين المصالح والمفاسد، فهنا على

(*) باحث في السنة الثالثة دكتوراه الطور الثالث في الفقه وأصوله بقسم الشريعة - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي.
Lyes.sqlqh@gmail.com
(**) أستاذ التعليم العالي في أصول الفقه - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي.
aboubaker56@gmail.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المجتهد أوالمفتي ألا ينظر إلى اللحظة الراهنة فحسب، بل عليه تصور العواقب، والنظر فيما تؤول إليه الأمور في النهاية قبل أن يُصدر فتواه، فالنظر في المآل معول عليه في تطبيق الأحكام على المكلفين، فلا يسوغ الحكم بالجواز أو المنع، الإقدام أو الإحجام إلا بالنظر في المآل، والمذهب المالكي من أكثر المذاهب اعتبارا للمقاصد والمآل. كيف لا وهو وريث الفقه العمري، حيث كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، يعمل بروح النصوص ومقاصدها، إلى جانب ألفاظها ومبانيها؛ لأن الجمود على النصوص هدر للنص في حد ذاته.

إذن ومن هنا أتساءل ما المقصود بالنظر في المآل؟ وما هي القواعد المبنية على النظر في المآل؟ وما هي تطبيقاته في المذهب المالكي؟

المطلب التمهيدي: تعريف النظر في المآل

الفرع الأول: تعريف النظر:

أولا- لغة: نظر إليه ينظر نظرا، ويجوز التخفيف في المصدر تحمله على لفظ العامة في المصادر، وتقول: نظرت إلى كذا وكذا من نظر العين ونظر القلب.[1] والنظر الانتظار، ويقال: نظرت فلانا وانتظرته بمعنى واحد، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَوْمَ يَقُولُ ٱلْمُنَٰفِقُونَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتُ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱنظُرُونَا نَقْتَبِسْ مِن نُّورِكُمْ قِيلَ ٱرْجِعُوا۟ وَرَآءَكُمْ فَٱلْتَمِسُوا۟ نُورًا فَضُرِبَ بَيْنَهُم بِسُورٍ لَّهُۥ بَابٌۢ بَاطِنُهُۥ فِيهِ ٱلرَّحْمَةُ وَظَٰهِرُهُۥ مِن قِبَلِهِ ٱلْعَذَابُ ﴿١٣﴾ ﴾ [الحديد:13].قرئ انظرونا وأنظرونا بقطع الألف، فمن قرأ انظرونا بضم الألف فمعناه انتظرونا، ومن قرأ أنظرونا فمعناه أخرونا، وقال الزجاج: "معنى أنظرونا انتظرونا أيضا، وتقول العرب: أنظرني أي انتظرني قليلا، ويقول المتكلم لمن يعجله: أنظرني أبتلع ريقي أي أمهلني". وأما قوله تعالى ﴿ وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ ﴿٢٢﴾ إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ ﴿٢٣﴾ ﴾ [القيامة:22،23]. فقد جاء في التهذيب: "أن معنى قوله: ﴿ إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ ﴾ يعني منتظرة فقد أخطأ؛ لأن العرب لا تقول نظرت إلى الشيء بمعنى انتظرته، إنما تقول نظرت فلانا أي انتظرته، وإذا قلت نظرت إليه لم يكن إلا بالعين، وإذا قلت نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكرا فيه وتدبرا بالقلب"[2]. والنظر أيضا تقليب البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يراد به التأمل والفحص، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص. وقوله تعالى: ﴿ قُلِ ٱنظُرُوا۟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

﴿ مَاذَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِۚ وَمَا تُغۡنِي ٱلۡأٓيَٰتُ وَٱلنُّذُرُ عَن قَوۡمٖ لَّا يُؤۡمِنُونَ ﴿١٠١﴾ ﴾ [يونس:101] أي تأملوا. واستعمال النظر في البصر أكثر استعمالا عند العامة، وفي البصيرة أكثر عند الخاصة، والنظر محركة الفكر في الشيء تقدره وتقيسه، وهو مجاز[3].وهو الأقرب للمعنى الاصطلاحي المراد في هذا البحث.

ثانيا-اصطلاحا: جاء في "الذخيرة" أن النظر هو الفكر، أو تردد الذهن بين أنحاء الضروريات، ويكون في التصورات لتحصيل الحدود الكاشفة عن الحقائق المفردة على ترتيب خاص[4].

الفرع الثاني: تعريف المآل

أولا-لغة: الملجأ والمحترز والمنجى، قال الله تعالى: ﴿ وَرَبُّكَ ٱلۡغَفُورُ ذُو ٱلرَّحۡمَةِۖ لَوۡ يُؤَاخِذُهُم بِمَا كَسَبُواْ لَعَجَّلَ لَهُمُ ٱلۡعَذَابَۚ بَل لَّهُم مَّوۡعِدٞ لَّن يَجِدُواْ مِن دُونِهِۦ مَوۡئِلٗا ﴿٥٨﴾ ﴾ [الكهف:58]. والعرب تقول: فلان يوائل إلى موضعه. يريد: يذهب إلى موضعه وحرزه[5]، وآل يؤول إليه، إذا رجع إليه تقول: طبخت النبيذ والدواء فآل إلى قدر كذا وكذا، إلى الثلث أوالربع، أي: رجع[6]. ولعل هذا المعنى الأخير هو الأقرب للمفهوم الاصطلاحي، فالرجوع هنا بمعنى النتيجة التي صار إليها الشيء.

ثانيا- اصطلاحا: هو الحكم على مقدمات التصرفات بالنظر إلى نتائجها[7].

أوهو تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء[8].

أو هو الحكم على مقدمات الأفعال قياسا على عواقبها[9].

في هذه التعريفات إغفال لحد مهم، ألا وهو جلب المصالح ودرء المفاسد والموازنة بينها؛ وعليه يكون التعريف المختار: هو الحكم على مقدمات التصرفات بالنظر إلى نتائجها، عن طريق الموازنة بين المصالح والمفاسد.

ورغم أن الشاطبي لم يعرف صراحة النظر للمآل، إلا أنه حام حول هذا المعنى فقال: "أن لا يحكم المجتهد على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ...، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغَبِّ، جار على مقاصد الشريعة"[10].

أي أن إطلاق القول في المشروع لمصلحة تجلب أو مفسدة تدرأ بالمشروعية، وترك ذلك على حاله، لربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، فيحرم الفعل ولو كان في أصل مشروعيته حلالا. وكذلك إذا أطلق القول في غير المشروع لمفسدة تنشأ عنه بعدم المشروعية، وتُرك على حاله فربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد. فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، فيحل الفعل ولو كان في أصل مشروعيته حراما[11].

المبحث الأول: القواعد المبنية على النظر في المآل

وفيه ذكر للقواعد المبنية على أصل النظر للمآل، منها ما هو راجع إلى الاحتياط والأخذ بالحزم، كسد الذرائع، ومنع الحيل، ومنها ما هو راجع إلى رفع الضيق والحرج، كالاستحسان، ومراعاة الخلاف وهي قواعد ترجع في الجملة إلى الموازنة بين المصالح والمفاسد.

وفي هذا قال الشاطبي عن أصل النظر في المآل:"وهذا الأصل ينبني عليه قواعد: منها قاعدة الذرائع...ومنها قاعدة الحيل...ومنها قاعدة مراعاة الخلاف...ومما ينبني على هذا الأصل قاعدة الاستحسان"[12].

الفرع الأول: قواعد راجعة إلى الاحتياط والحزم

أولا- قاعدة سد الذريعة:

1- التعريف:

أ- لغة: الوسيلة. وتذرع فلان بذريعة: أي توسل، والجمع الذرائع، والذريعة مثل الدريئة: جمل يحتال به لصيد، يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به، ويرمي الصيد إذا أمكنه، وذلك الجمل يسيب أولا مع الوحش حتى تألفه، وسمي هذا البعير الدريئة، والذريعة، ثم جعلت الذريعة مثلا لكل شيء أدنى من شيء وقرب منه. والذريعة السبب إلى الشيء، يقال فلان ذريعتي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إليك أي سببي ووصلتي الذي أتسبب به إليك[13].

ب- اصطلاحا: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة، ويتوصل بها إلى استباحة الربا[14].

أوهي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، وقد حكّم الإمام مالك قاعدة الذرائع في أكثر أبواب الفقه[15].

أو هي كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور[16].

2- أقسامها:

أ- أقسام الذرائع من حيث الاعتبار والإلغاء:

- معتبرة إجماعا: كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السُّم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يُعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ.

- ملغاة إجماعا: كزراعة العنب، فإنه لا يُمنع خشية الخمر.

- مختلف فيها: كبيوع الآجال اعتبرها المالكية، وخالفهم غيرهم.

ب- أقسام الذرائع من حيث حكمها الشرعي: الذريعة هي الوسيلة فكما يجب سد الذريعة يجب فتحها، ويكره، ويندب، ويباح، فوسيلة المحرم محرمة، ووسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، فموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة، وينبه على اعتبار الوسائل قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٢٠﴾﴾ [التوبة: ١٢٠]. فأثابهم تعالى على الظمأ والنصب، وإن لم يكن من فعلهم؛ لأنهم حصل لهم بسبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين، وصون المسلمين، فالاستعداد وسيلة إلى الوسيلة[17].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا- قاعدة منع الحيل:

1- تعريف:

أ- لغة: الحيلة بكسر الحاء: الاسم من الاحتيال؛ قال الفراء : يقال: هو أحيل منك، أي أكثر حيلة. وما أحيله لغة في ما أحوله. ويقال: ماله حيلة ولا محالة ولا احتيال ولا محال، بمعنى واحد(18).

ب- اصطلاحا: الحيلة اسم من الاحتيال، وهي التي تحول المرء عما يكرهه إلى ما يحبه(19).

وحقيقة الحيلة عند الشاطبي تقديم عمل ظاهره الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل في الحيلة خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة(20).

2-الفرق بين الذريعة والحيلة: تلتبس الذريعة بالحيلة فكلتاهما وسيلة للتوصل إلى غاية. والفقهاء يعبرون عن كل واحدة منهما بالأخرى، إلا أن بعضهم حاول تمييز الحيلة عن الذريعة فقالوا:

أ- الحيلة بالمعنى العام تلتقي مع الذريعة، من حيث إنه يتوصل بكل منهما إلى غرض معين دون أن يحدد نوع هذا الغرض.

ب- ويختلفان عندما تخص الحيلة في استعمالها العرفي على نوع خاص من التصرف يخرم قواعد الشريعة.

ج- والذريعة لا يلزم بالقصد، والحيلة لابد من قصدها.

د-كما أن الحيلة تجري في العقود خاصة والذريعة أعم.

هـ- والحيل منها ما هو جائز شرعا، كالنطق بكلمة الكفر عند الإكراه، ومنها ما هو محرم كالواهب ماله عند رأس الحول فرار من الزكاة(21)

الفرع الثاني: قواعد راجعة إلى رفع الحرج.

أولا- قاعدة الاستحسان:

1- التعريف:

أ- لغة: الاستحسان استخراج المسائل الحسان، أو إحسان المسائل، وإتقان الدلائل(22).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو هو عد الشيء واعتقاده حسنا، أو هو طلب الأحسن من الأمور[23]

ب- واصطلاحا: هو اسم لدليل من الأدلة الأربعة، يعارض القياس الجلي عند الحنفية، ويعمل به إذا كان أقوى منه؛ سموه بذلك؛ لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي، فيكون قياسا مستحسنا، والاستحسان عند المالكية: هو ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس[24].

وذكر ابن الحاجب أنه: "دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه". ثم قال: "إن شك فيه، فمردود. وإن تحقق، فمعمول به اتفاقا"[25].

وقال الباجي: "هو القول بأقوى الدليلين". وهذا لا خلاف في اعتباره، أما الاستحسان الذي يختلف أهل الأصول في إثباته، هو اختيار القول من غير دليل ولا تقليد[26].

وقال الشاطبي: "هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى الاستدلال المرسل على القياس"[27]

وحُكي عن ابن القاسم روايته عن مالك أنهما قالا: "تسعة أعشار العلم الاستحسان"، والاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس، هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع، لمعنى يؤثر في الحكم، فيختص به ذلك الموضع يترجح به ما ضعف من الدليلين المتعارضين فهو في أكثر الأحوال التفات إلى المصلحة والعدل ، وأما العدول عن مقتضى القياس لمعنى لا تأثير له في الحكم، فهو مما لا يجوز بإجماع؛ لأنه من الحكم بالهوى المحرم بنص التنزيل[28]، قال عز وجل: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ ﴿٢٦﴾ ﴾ [ص: ٢٦].

2- أقسام الاستحسان[29]:

أ- استحسان بالنص:

- **من القرآن:** وهو العدول بالمسألة عن نظائرها بدليل الكتاب[30] كجواز القرض قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴿٢٨٢﴾ ﴾[البقرة: ٢٨٢]. فرغم أن القرض مال بمال لأجل، وحسب الأصول العامة يشمله ربا النسيئة، ولكن الشارع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استثناه استحسانا، وخالف القياس الظاهر؛ لما فيه من الرفق والإحسان بالناس، لذلك نجد الشرع يمنع القرض الذي جر النفع؛ لأنه مناف لمقصد رفع الحرج والتيسير.

في الحقيقة هذا النوع من الاستحسان متفق على قبوله ولا خلاف فيه، وما تكلم عنه الفقهاء إلا من باب التدليل للاستحسان، وكأن لسان حالهم يقول إن قولنا بالاستحسان الاجتهادي لم يكن بدعا مخترعا، وإنما هو سائر على طريقة الشرع ونسقه، فالشرع شرع بعض الأحكام مخالفة في ظاهرها لبعض الأقيسة الظاهرة أو العمومات اللفظية، وكأن الشرع نفسه جرى مجرى الاستثناء لرفع الحرج ودفع المفسدة، فلما عُلم ذلك كان الاستحسان من المجتهد جريان على هذا المنهج.

– **من السنة:** وهو ترك مقتضى القياس أو العموم في مسألة جزئية لأجل السنة، كجواز السلم، قال صلى الله عليه وسلم: «من أسلف في تمر؛ فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»[31]، والسلم هو عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين[32]، أو هو العقد الذي يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلا، وللمشتري في المثمن آجلا، فالمبيع يسمى مسلمًا به، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى مسلمًا إليه. والمشتري يسمى رب السلم[33]، وعليه فعقد السلم يكون على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد، وهو بهذا مخالف للقياس والأصول العامة، إذ يعتبر بيع لمعدوم وبيع لما لا يملك[34]، وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:«لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[35]. ومع هذا جوز السلم استثناء[36]؛ لما فيه من معاني الرفق ورفع الحرج، ويعد هذا النوع من الاستحسان كما في الاستحسان بالكتاب دليلا على الاستحسان الاجتهادي.

ب– استحسان بالإجماع: وهو ترك مقتضى القياس في جزئية لأجل الإجماع، كإجماع الأمة على جواز دخول الحمام، و القياس يقتضي خلاف ذلك؛ لأن العاقدين فيه يجهلان مقدار التزاماتهما عند إبرام التعاقد، فكمية الماء المستعمل غير محددة، كما أن الزمن غير محدد، وهذا يعد غرراً درج الشرع على منعه ،ومع هذا استثني عقد إجارة الحمام بالإجماع؛ لأن منعه يسبب حرجا وعنتا على الناس، ثم إن الغرر الذي درج الشرع على منعه في العقود والمعاملات، هو

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ذلك الغرر المفضي إلى النزاع غالبا، وهو الغرر الكثير، بينما في دخول الحمام يتم التعاقد على الماء، والذي يتوافر بكثرة، ومن عادة الناس ألا يتشاحوا فيه، فكان الغرر فيه يسيرا ومعفوا عنه، مقابل المصلحة المستجلبة، كما أن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى المشقة والحرج، وهكذا جعلت الأصول بتحريم العقود المشتملة على الغرر العظيم، والتسامح في العقود المشتملة على الغرر اليسير؛ لرفع الحرج(37).

وما قيل في الاستحسان بالنص بنوعيه من الكتاب والسنة يقال في الاستحسان بالإجماع، من حيث كونه في الحقيقة دليلا قويا على الاستحسان الاجتهادي.

ج- **استحسان بالضرورة:** وهو ترك مقتضى القياس والقواعد العامة لأجل الضرورة أو الحاجة، كالحكم بطهارة الآبار بنزحها، فالقياس يقتضي عدم طهارتها؛ لأن الماء الذي ينبع بعد نزحه يلاقي بقية الماء النجس، ولا يمكن بحال تفريغ الآبار بالكلية، فاقتضت الحاجة الحكم بطهارتها استحسانا ورفعا للمشقة(38).

د-**استحسان بالقياس الخفي:** وهو تقديم القياس الخفي لقوة أثره على القياس الجلي، كالحكم بطهارة سؤر سباع الطير، فالقياس الجلي يقتضي نجاسة سؤرها، وذلك للعلة التي تجمعها بسباع البهائم، فلحم كليهما نجس، واللعاب المتولد من اللحم النجس نجس كذلك، ولا شك أن سؤرها يتنجس بذلك اللعاب، ولكن أثر هذا القياس ضعيف؛ لأنه قابله قياس قوي الأثر وإن كان خفيا؛ ذلك أن سباع الطير إنما تشرب بمنقارها ولا تلعق كالسباع الأخرى، والمنقار عظم طاهر لكونه جاف لا رطوبة فيه، ولا يتنجس الماء بملاقاته، وعليه يكون سؤرها طاهر؛ لانعدام علة المجاورة الموجبة للنجاسة، والأخذ بأقوى القياسين متفق عليه(39).

هـ- **استحسان مصلحي:** وهو مدار الاستحسان عند المالكية، وهو العدول عن القياس والدليل العام لأجل المصلحة؛ ذلك لأن إعمال الدليل في المسألة الجزئية قد يورث حرجا ومشقة بالغة، أو يجلب مفسدة طاغية، أو يدفع مصلحة راجحة، كمسألة تضمين الأجير المشترك، و إن لم يكن صانعا، كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين، وكذلك حمّال الطعام، إذا غابوا بها، وإلا فالأصل عدم الضمان

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما قال مالك في المدونة[40]، وهو من باب تخصيص القياس بالمصلحة، وليس من باب المصلحة المرسلة؛ لأن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية كما في حال الصناع، فصار تضمينهم في حيز الاستثناء من ذلك الدليل، ودخل تحت مسمى الاستحسان من هذا الباب[41]، في حين كان تضمين الصناع من باب المصلحة المرسلة، وهذا فرق دقيق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة.

و- استحسان بالعرف: مخالفة القياس والقواعد العامة للعرف، كرد الأيمان للعرف، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقول القائل: والله ما دخلت مع فلان بيتا، فإن دخل معه مسجدا لم يحنث، مع أن المسجد في اللغة بيت، إلا أن الناس تعارفوا ألا يطلقوا عليه هذا اللفظ، فخرج بمقتضى العرف عن هذا اللفظ، فلا يحنث[42]

ثانيا- قاعدة مراعاة الخلاف:

1-التعريف:

أ- لغة:

- **المراعاة:** راعيته مراعاة أي لاحظته محسنا إليه، ومنه مراعاة الحقوق. وراعيت الأمر مراعاة: أي راقبته ونظرت إلى ما يصير وماذا منه يكون[43].

- **الخلاف:** هو منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل[44].

ب- اصطلاحا: عرفه ابن عرفة فقال:" هو إعمال دليل [المخالف] [45] في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر "[46].

ويعني هذا أن مراعاة الخلاف يكون في الأمور المختلف فيها بين أرباب المذاهب، حيث إن الفقيه يراعي في فتواه دليل المخالف المرجوح، إذا ما اقترنت المسألة بأمور تقوي ذلك الدليل، من فوت مصلحة، أو جلب مفسدة، أو وقوع ضيق وحرج على المكلف في إجراء الدليل الراجح.

ومراعاة الخلاف من أصول مذهب الإمام مالك، وهو استحسان[47]، وقد قيل بأنه استحسان؛ لأنه استثناء عن الدليل الراجح لأجل رفع الحرج، مع أن الاستثناء في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاستحسان يكون في مقابلة الدليل الكلي، بينما هنا هو رجوع لقول المخالف، كاستثناء عن القول الراجح من مسائل الخلاف.

2- أحواله وشروطه:

أ- الأحوال[48]: يميز في مراعاة الخلاف بين حالين، حالة ما قبل الوقوع وما بعد الوقوع.

- حالة قبل الوقوع: وتكون هذه الحالة قبل أن يتلبس المكلف بالمنهي عنه، فالحكم فيها على أصله من بطلان وفساد العقود والتصرفات لقوة الدليل المعتمد، ولا يعتبر أقوال المخالفين؛ لأن مبناها على أدلة مرجوحة. ومثاله عقود النكاح الفاسدة، حيث يقضى ببطلانها قبل الدخول، وتعد كأن لم تكن.

- حالة بعد الوقوع: وتكون بعد تلبس المكلف بالمنهي عنه، فهنا يصار إلى دليل المخالف ويصحح العقد أو التصرف؛ لأن الدليل المرجوح فيه احتف بقرائن جعلته راجحا، وهي المفاسد التي قد تلحق المكلف إذا ما قضي ببطلان العقد أو التصرف، والتي توازي أو تفوق مفسدة النهي في حد ذاته، ومثاله كما ذكرنا من قبل عقود النكاح الفاسدة، حيث يقضى بصحتها وتنتج العقود آثارها، لا لذات العقد وإنما لواقعة الدخول.

ب- الشروط: القول بمراعاة الخلاف لا يكون على الإطلاق، وإلا أدى هذا إلى هدر الاجتهاد المعتبر؛ لذلك وضعت له شروط نذكر أهمها:

- أن يكون الخلاف المراد رعايته قوي المدرك بعيدا عن الشذود والهفوات، كمخالفة الأدلة الشرعية الثابتة والصريحة.

- ألا يؤدي مراعاة الخلاف لخرق الإجماع، كمن تزوج بغير ولي، ولا شهود، وبصداق أقل من ربع درهم، مقلدا الإمام أبا حنيفة في عدم الولي، والإمام مالك في عدم الشهود، والإمام الشافعي في أقل من ربع درهم، فمثل هذا النكاح لا يجيزه أحد؛ لأنه وقع في خلاف الإجماع.

- أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا؛ لأن الجمع بين المتناقضين متعذر عقلا[49].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

تطبيقات النظر في المآل

المطلب الأول: اعتبار القواعد الراجعة إلى الاحتياط والحزم

الفرع الأول: اعتبار سد الذرائع.

جعل الشاطبي قاعدة سد الذرائع من القواعد التي تُبنى على أصل اعتبار المآل(50)، فالمجتهد عندما يمنع الأمور المباحة، لا يفعل ذلك إلا بعد النظر في مآل أفعال المكلفين، فإن آل الفعل المشروع إلى مفسدة تربو عن المصلحة، أو أنه فوت مصلحة أعظم من مصلحة الأصل قضي بمنعه، و هذا ما يوافق معقولية التشريع، ولهذا أمثلة كثيرة منها:

أولا- تسجيل عقد الزواج:

إن أركان الزواج خمسة كما جاء في الرسالة لأبي زيد القيرواني حيث قال:" ولا نكاح إلا بولي و صداق و شاهدي عدل"(51).

فذكر الولي والصداق وشاهدي عدل، وأما المحل والصيغة، فهي واضحة لم يصرح بها إذ لا يمكن عقد نكاح دون الزوج والزوجة، و دون صيغة، ومنه فكتابة العقد ليست من أركان العقد، ولا من شروطه ويقع العقد صحيحا دونها، ولكن لما فسدت ذمم الناس، وكثر الفساد، سن الحاكم وجوب تسجيل عقود الزواج، وهو تصرف صحيح؛ لأنه من باب سد الذرائع، وصون للأعراض، وحفظ للأنساب، فبهذا التوثيق تحفظ حقوق المرأة والأولاد.

ثانيا-عمل المرأة:

إن أصل عمل المرأة الجواز والحل، ولكن بضوابطه الشرعية من التزام اللباس الشرعي، وعدم الخضوع في القول، وغض الطرف، وإذن الولي، وأمن الفتنة، وعدم تنافي العمل مع طبيعتها، إلى غير ذلك، ولكن إن كثر الفساد، وأدى عمل المرأة إلى الاختلاط المحرم، وإلى ضياع الأولاد، أو تفكك الأسرة، أو الوقوع في الفاحشة، أو تعطل الرجال عن العمل؛ لأن المرأة تحتل مكانهم(52)، ففي هذه الحالة يُعمل بسد الذرائع فيمنع عمل المرأة، ولا يجوز إلا من باب الضرورة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا- الإرهاب:

إن من مآل الخروج على الحكام ظهور ما يسمى اليوم بالإرهاب، والذي أدى إلى تكفير المسلمين، وقتلهم، وتخريب ممتلكاتهم وإتلاف أموالهم، أو الاستيلاء عليها، وترويع الآمنين، والمعاهدين؛ ومن أسباب أعمال العنف هذه: انتشار الجهل بالدين، واتباع الهوى، واعتناق أفكار الغلو والانحراف، وعدم اعتبار المآل[53]، وفي حديث عوف بن مالك الأشجعي رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه عليه والسلام: «خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم، ويصلون عليكم وتصلون عليهم، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم، وتلعنونهم ويلعنونكم ». قيل يا رسول الله: أفلا ننابذهم بالسيف، فقال: « لا ما أقاموا فيكم الصلاة، وإذا رأيتم من ولاتكم شيئا تكرهونه، فاكرهوا عمله، ولا تنزعوا يدا من طاعة »[54].

قال المازري: الإمام العدل لا يحل الخروج عليه باتفاق، والإمام إذا فسق وجار، فإن كان فسقه كفرا وجب خلعه، وإن كان ما سواه من المعاصي، فمذهب أهل السنة أنه لا يخلع، واحتجوا بظاهر الأحاديث وهي كثيرة؛ ولأنه قد يؤدي خلعه إلى إراقة الدماء، وكشف الحريم فيكون الضرر بذلك أشد من الضرر به، وعند المعتزلة أنه يخلع، وهذا في إمام عُقد له على وجه يصح ثم جار وفسق[55].

فرغم أن الشريعة متشوفة للعدل، ورغم أن خلع الإمام الجائر الفاسق من العدل، إلا أن الأمر إذا أدى إلى الفتنة وإراقة الدماء منع وحظر سدا للذريعة ودرءا للمفاسد التي تخل بمقاصد الشريعة، من حفظ النفس والمال وحتى الدين، ولأجل هذا أيضا منع الفقهاء بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم[56]، فرغم أن بيع السلاح في أصله جائز، إلا أنه منع في هذه الحالة لمآله الفاسد، وهذا من باب سد الذرائع.

رابعا- تقييد الانتفاع بالمباح:

الأصل أن للمكلف الاستمتاع بالمباحات دون تقييد، ولكن إن كان ذلك الاستمتاع يؤول إلى إلحاق الضرر بالجماعة، جاز حينئذ للحاكم أن يمنع العمل بالمباح، أو أن يقيده؛ حتى لا يتذرع به لارتكاب المحظور، ومثاله المنع من ذبح الفتي من الإبل مما فيه الحمولة، وذبح الفتي من البقر مما هو للحرث، وذبح ذوات الدر من الغنم[57]، ومثاله كذلك منع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شركات الصيد الكبرى من استعمال أنواع من الشباك تجرف الأسماك كبيرها وصغيرها، حتى البيض الذي لم يفقس بعد، وكذلك المنع من الصيد في أوقات تكاثر الأسماك[58]، والحيوانات البرية كالظباء والغزلان وغيرها؛ لأن عدم تقييد المباح هنا يؤول إلى القضاء على الثروة الحيوانية، ويفضي إلى ضرر محقق على التوازن البيئي، ويهدد حق الأجيال اللاحقة في الاستمتاع بهذه الطيبات، فالصيد وإن كان مباحا في الأصل جاز منعه لسد ذريعة المحظور وهي هنا هلاك الثروة الحيونية، وحق للحاكم أن يمنعه في أوقات وظروف مخصوصة، أو أن يقيده جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

خامسا- عدم التعسف في استعمال الحق:

للفرد الحرية الكاملة في استعمال حقه، على ألا يتجاوز هذا إلى الإضرار بالآخرين، فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار»[59]. ومن هذا منعت أضرار الجوار، والارتفاق التي تؤول إلى تلويث المجال البيئي، كمنع من أراد أن يحدث في أرضه حماما، أوفرنا، أو رحى، إن كان فيما يُحدثه ضررا على الجيران، من الدخان وما أشبهه. وكذلك إن كان حدادا فاتخذ فيها كيرا، أو اتخذ فيها أفرانا يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران، أو حفر فيها آبارا أو كنيفا قرب جدران جيرانه منع من ذلك، كذلك قال الإمام مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره[60].

الأصل في هذا كله أن للفرد الحق في التصرف في ملكه، ولكن لما كان استعمال هذا الحق يؤول إلى الضرر بغيره منع وسدت الذريعة.

الفرع الثاني: اعتبار منع الحيل.

كسد الذرائع حيث جعل الشاطبي قاعدة منع الحيل مبنية على النظر للمآل أيضا[61]؛ لأن منع الشرع للحيل كان بالنظر في المآل، فقصد المكلف للتحايل على أحكام الشرع؛ يؤدي إلى مفسدة إبطال الحكم الشرعي وخرم قواعده، لذلك كانت إلى جانب قاعدة سد الذرائع حصنا منيعا لحفظ الشرع، وسد باب الهوى والتشهي، والترخص أين يجب التشدد، حتى لا تكون أحكام الشرع غرضا لأهواء المكلفين، ومن أمثلة ذلك:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا- قروض التشغيل:

وصورته أن يقدم الراغب في تمويل مشروعه طلبا لمؤسسة دعم التشغيل، فإن قبل طلبه تحصل على قرضين، الأول من المؤسسة نفسها قرضا حسنا، و الثاني من البنك وهو قرض ربوي، ولا شك أن المشكل في القرض الربوي، ولكن الشاب المدين لا يُرجع في النهاية إلا قيمة الدين، بينما تتولى الدولة دفع الزيادة من الربا، فيبدو أول الأمر للشاب المدين أنه لا يتعامل بالربا؛ لأنه يوفي قيمة القرض دون زيادة، ولكن شرط الربا مازال قائما في العقد، والعبرة به، وهذا من التحايل على الربا، فالقرض الربوي متى سقط شرط الربا منه صح العقد على قول الحنفية باعتبار تصحيحهم للعقد الفاسد(62)، ويبقى العقد باطلا عند الجمهور، فكيف والربا مازال قائما في العقد، فمثل هذا التصرف لم يجزه أحد، وقد رأى الإمام مالك رحمه الله شق صحيفة الدين الذي اشترط فيها الدائن زيادة على المدين، ولم يجز تصحيح العقد رغم ندم الدائن(63).

ثانيا- بيع الأوقاف المعطلة والتي لم يعد لها ريع:

ذكر الصاوي أن بعض نظار الوقف بمصر في زمانه يبيعون أوقاف المساجد أو غيرها، والمشتري منهم عالم عارف بأنها أوقاف، ثم يجعلون لجهة الوقف دراهم قليلة يسمونها حَكرا، ويسمون استيلاء البغاة على تلك الأوقاف خلوًّا وانتفاعا، يباع ويشترى ويورث، وبعضهم يرفع ذلك الحَكرَ بتوجيه النَّاظر ويبطلون الوقف من أصله ثم ينسبون جواز ذلك للمالكية، بل صار قضاة مصر يحكمون بصحة ذلك معتمدين على جواز ذلك عند المالكية. ثم علق على هذا فقال: "وحاشا المالكية أن يقولوا بذلك: كيف؟ ومذهبهم هو المبني على سد الذرائع وإبطال الحيل "(64).

فهذا العمل من باب الحيل الممنوعة، لما فيه من انتهاك لحرمة الأوقاف، فتحويل الأوقاف المعطلة القصد منها بعثها من جديد في شكل أوقاف أخرى لها ريع، وليس القصد منها التخلص من الوقف والاستيلاء عليه كما في حالتنا هذه.

ثالثا- قرض وشرط لمنفعة من غير الزيادة:

إن اشتراط الزيادة في القرض هو ربا لا لُبس فيه، ولكن قد يقع اللُبس إذا اشترط الدائن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على المدين فيقول له: أنذر على نفسك أنه متى كان هذا المال في ذمتك أن تعطيني كلّ شهر مثلا كذا من الدراهم، أو أعطني أرضك لأزرعها وأبح لي منفعتها مدة بقاء الدراهم في ذمتك، فهذا من الحيل الظاهرة الفساد؛ لأنه في الحقيقة قرض جر نفعا، فهو ربا وجب نقضه ولو أقره الحاكم(65).

المطلب الثاني: اعتبار القواعد الراجعة إلى رفع الحرج

الفرع الأول: اعتبار الاستحسان

ذكر الشاطبي الاستحسان كأحد القواعد المبنية على النظر للمآل؛ وذلك لأن الاستحسان في حقيقة أمره استثناء من القواعد والأصول العامة، وما قضى الشرع بهذا الاستثناء إلا بالنظر للمآل والموازنة بين المصالح والمفاسد بقصد رفع الحرج والعنت عن المكلفين؛ وذلك لأن إجرء القياس في الأصول الضرورية أو الحاجية أو حتى التكميلية والتحسينية يؤدي إلى فوت مصلحة، أو جلب مفسدة، ويوقع حرجا ومشقة في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج لهذا المآل(66).

وهنا نشير إلى أن الاستحسان هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلّي، وليس ابتكارا عقليا محضا، ولا رجوعا لمجرد الذوق والتشهي، بل هو سائر وفق خطط الشرع البهية، وسيرة السلف المرضية، مقتصرا على اتباع لوازم الأدلة الشرعية، ومآلتها المرعية، ومقاصدها السنية(67)، ومن الأمثلة عليه ما يلي:

أولا- نقل الدم:

إن الدم المسفوح نجس؛ ولذلك أوجب الفقهاء غسل محل الذكاة بالماء، والدم عند الإمام مالك كلّه سواء دم حيض أو سمك أو ذباب أو غيره، يغسل قليله وكثيره(68).

ولمّا كان التداوي بالأشياء النجسة لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام:« إنّ الله لم يجعل شفاءكم في حرام »(69).

وظاهر الحديث عموم حرمة التداوي بالنجس ولو في ظاهر الجسد ولو غير خمر(70).

تقرر على هذا عدم جواز التداوي بنقل الدم، ولكن لما صارت الحاجة إليه كبيرة وتعلقت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

به أرواح المرضى، وحفاظا على الأنفس جاء الحكم بجواز نقل الدم، رغم أنه دم مسفوح، وذلك استثناء من الأصل؛ لأجل رفع الحرج والمشقة على الناس، وقد عمت بلوى التداوي به، ولا يوجد بديل عنه.

ثانيا- عدم اعتبار الغرر في التبرعات:

إن الغرر المؤثر هو ما كان في عقود المعاوضات، وأما عقود التبرعات فلا يؤثر فيها الغرر. قال القرافي: "فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو ما لا يقصد لذلك". وقد فصل مالك بين الأمرين؛ لأن الغرر والجهالة في البيوع ضياع للمال، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف لا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكلّ طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله[71].

إن عدم اعتبار الغرر في التبرعات استثناء عن الأصل؛ لأجل التوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم، و هو من باب الاستحسان.

ثالثا- بيع السكنات على المخطط:

ويقوم فيه الناس بشراء سكنات من عند مقاولين على المخطط قبل انجازها، وهو في الحقيقة بيع لمعدوم، وقد نهى رسول الله عن مثل هذا البيع، فقال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[72]: ولكن لما ضاق الأمر على الناس بحيث لم يمكنهم الحصول على سكن إلا بهذه الطريقة؛ لما فيها من الإرفاق، وتقسيط ثمن السكنات الباهضة؛ ولما فيه من معاني الرفق ورفع الحرج على المقاولين بحصولهم على الأقساط التي تمكنهم من تمويل مشاريعهم، جاز هذا الأمر لهذه الحاجة العامة، ثم إن العقد هو بيع لموصوف في الذمة، فقّل فيه الغرر والجهالة، الموجبة للتنازع، فكان داعيا لجوازه والله أعلم.

وقد أجاز المالكية المبيعات على العين الغائبة عن المتعاقدين، على أن تحصر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها وتقل الرغبة وتكثر لأجلها، ولا يكتفي بذكر الجنس

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والنوع فقط، ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن يكون على رؤية متقدمة من وقت لا تتغير في مثله إلى وقت العقد، ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصفة أو على ما يعرف من الرؤية إلا أن يشترطه، وله الخيار إن جاءت على دون الصفة وضمانها من البائع إلا أن يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب، ويجوز النقد فيه بغير شرط فإن كان بشرط فسد البيع، إلا في المأمون كالعقار ونحو ذلك كبيع الأعدال على البرنامج فإنه جائز، إذا تبين ما تضمنه برنامجه فإن وافق الصفة لزم[73].

رابعا- نزع الملكية للمصلحة العامة:

إن الأصل في العقود التراضي، فلا يمكن إجبار المرء على إجراء تعاقد لا يرغب فيه، ولكن إذا تعارضت المصلحة الفردية مع الصالح العام، قدم هذا الأخير؛ لأن إجراء القياس هنا يؤدي إلى فوت مصلحة، أو جلب مفسدة توقع الناس في حرج ومشقة، فيستثنى موضع الحرج رفعا للحرج والضيق الذي يلحق بعامة الناس، وقد ذكر الفقهاء مواضع يجبر الرجل فيها على بيع ماله منها: جار الطريق إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بالقيمة، وإذا ضاق المسجد يجبر جاره على بيع ما يوسع به، وصاحب الفدان في رأس الجبل إذا احتاج الناس إلى أن يتحصنوا فيه[74].

إن هذه الفتوى من علمائنا، وغيرها أصلت لما يعرف اليوم في القوانين الوضعية بنزع الملكية للمصلحة العامة، فالفرد يتمتع بحق الرضائية في العقود، ولا يمكن أن يجبر في الدخول في تعاقد لا يرغب فيه، ولكن إن كان إعمال هذا الحق يؤول إلى مفسدة تمس المصلحة العامة وتوقع الناس في الحرج، قدمت هذه الأخيرة، وإن أهدرت مصلحة الفرد، وحقه في التصرف في ملكه، وهذه الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة باعتبار المآل لا تهدر حق الفرد كلية، إذ يبقى له الحق في ثمن عادل مقابل إجباره على بيع ملكه.

الفرع الثاني: اعتبار مراعاة الخلاف.

إن العمل بمراعاة الخلاف هو ترجيح دليل المخالف، وإجازة لما وقع من الفساد، -بتلبس المكلف المنهي عنه-، على وجه يليق بالعدل؛ لأجل إزالة الضرر عن الفاعل الذي قد يكون أشد من مقتضى النهي، بحيث يكون دليل النهي أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوقوع، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتيب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد[75]. ومثاله:

أولا- عقد النكاح بلا ولي:

إن عقد النكاح بلا ولي على الراجح من الأقوال يقع باطلا، وذهب الحنفية[76] إلى جواز نكاح المرأة نفسها ممن يكافئها وأن النكاح ينعقد بعبارتها؛ وجاء في حاشية ابن عابدين[77] أن نكاح الحرة المكلفة ينفذ بلا رضا الولي قياسا على صحة تصرفها في مالها، وللولي حق نقضه إذا كان من غير كفء. أو أقل من مهر المثل.

وهو قول مرجوح، لأدلة الجمهور القوية منها قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل». وعليه يقضى بفسخ العقد قبل الدخول، ولا ينتج العقد أي أثر بل يعد كأن لم يكن.

ولكن إذا تم به الدخول اختلف الأمر، ففي الحديث: « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها، فلها مهرها بما أصابها، وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[78]، لقد قضى عليه الصلاة والسلام ببطلان النكاح بلا ولي، ولكنه جعل الدخول به سببا لاستحقاق المهر، وفي هذا تصحيح للمنهي عنه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد، وتنتشر فيه حرمة المصاهرة، وهذا يدل على أن العقد صحيح في الجملة؛ وإلا كان في حكم الزنى، وهو ليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول؛ لأن الممنوعات إذا وقعت لا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها[79].

فعقد النكاح بلا ولي محرم، ويقع باطل فلا ينتج عنه أي أثر، و يُعد كأن لم يكن، و لكن إذا وقع الدخول به احتطنا للزوجة والأولاد من الأضرار التي قد تلحقهم بسبب هذا العقد، ورتبنا عليه بعض الآثار، لا بسبب العقد في حد ذاته؛ لأنه يحرم الدخول به بداءة، وإنما بسبب واقعة الدخول تلافيا للضرر، وحفظا لمقصد العرض والنسب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا- البيوع المختلف في صحتها:

إن النهي عن العقد يدل على فساده، ومعنى الفساد في المعاملات عدم ترتب آثارها عليها؛ لأنه لا وجود له إلا من حيث الصورة، وهو منقوض من أساسه، ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه، هذا في العقود المتفق على فسادها، وأما البيع المختلف فيه فقال الإمام أبو حنيفة: يدل على الصحة فيجوز التصرف في المبيع بيعا فاسدا ابتداء(80)، وهذه هي الصحة.

ولكن البيوع المحرمة والمختلف فيها كالبيع الذي فيه جهالة أو غرر، أو الذي لا يقدر على تسليم المبيع فيه، أو بيع الفضولي، إذا اتصل بها أحد أمور أربعة تقرر فيها الملك بالقيمة وهو تغير السوق أو العين أو هلاكها، أو تعلق حق الغير بها، رتبت آثارها على أصولها في البيع مراعاة للخلاف، فإذا تلف وفات المبيع في يد المشتري مضى المختلف فيه بالثمن الذي وقع به البيع(81).

فالبيع الفاسد باطل ويعد كأن لم يكن، ولكن إن تعلق بالعقد تغير السوق، أو تغير العين، أو هلاكها، أوتعلق حق الغير بها، مضى العقد مراعاة لدليل المخالف؛ لأن الحكم ببطلان العقد أوالتصرف قد يلحق بالمكلف حرج ومفاسد توازي أو تفوق مفسدة النهي في حد ذاته.

ثالثا- الوضوء بالماء اليسير الذي حلت فيه نجاسة:

إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه لا يتوضأ به، فإن لم يوجد غيره تيمم المكلف وتركه، بينما قال الحنابلة: "وإذا كان الماء قلتين- وهو خمس قرب- فوقعت فيه نجاسة، فلم يوجد له طعم ولا رائحة ولا لون، فهو طاهر إلا أن تكون النجاسة بولا أو عذرة مائعة فإنه ينجس"(82).

ولكن إن توضأ المكلف به، وصلى لم يعد إلا في الوقت مراعاة لقول من رآه طاهرا، ويبيح الوضوء به ابتداء، وكان القياس على الأصل أن يعيد أبدا(83).

فالماء اليسير إذا وقعت فيه نجاسة، الأصل تركه وعدم الوضوء به، فإن لم يوجد غيره تحول المكلف لتيمم، أما إن توضأ المكلف به ثم صلى بذلك الوضوء قضي بصحة وضوئه وصلاته، مراعاة لقول المخالف، وذلك لتجنيب المكلف المشقة والحرج في إعادة التكليف.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخـاتمـة

إن أهم النتائج التي توصل إليها البحث ما يلي:

1- إن النظر في المآل ليس مبنيا على الهوى والتشهي، وإنما مرجعه إلى أمرين هما:

أ- الموازنة بين المصالح والمفاسد، فمنع المفتي الأمور المباحة كان لاقترانها بمفاسد راجحة تمس الشرع في كيانه، وأما إباحته لبعض المحظورات فلاقترانها بمشقة وعنت تلحق المكلف أولا، والشرع ثانيا باعتبار التكليف بما لا يطاق.

ب-بناء الأحكام على النظر في المآل هو اتباع لما درج الشارع عليه في الكتاب والسنة، ولهذا فالاجتهاد المآلي ليس بدعا مخترعا، وإنما هو سير على طريقة الشرع ونسقه.

2- ينبني النظر في المآل على أساس المصلحة، والموازنة بين المصالح والمفاسد، كما تنبني قواعد: سد الذرائع، ومنع الحيل، والاستحسان، ومراعاة الخلاف، على النظر في المآل، وعليه فهذه القواعد بدورها تعتمد أساسا على اعتبار المصلحة، والموازنة بين المصالح والمفاسد.

3- النظر في المآل مثال حي لصلة المقاصد بأصول الفقه، إذ يرمي أساسه وهو اعتبار المصلحة إلى المحافظة على مقصود الشرع، بدفع المفاسد وجلب المنافع، كما أن أصول المصالح ترجع إلى مقاصد الشريعة الضرورية، والحاجية، والتحسينية، فسد الذرائع ومنع الحيل عموما تحافظ على المقاصد الضرورية، بينما يعمل الاستحسان ومراعاة الخلاف في العموم على حفظ المقاصد الحاجية والتحسينية.

4- سبق الشريعة الإسلامية لتنظيم وتنظير قواعد لطالما أشاد بها الحقوقيون والقانونيون، كتقييد المباح، وعدم التعسف في استعمال الحق، ونزع الملكية للمصلحة العامة.

5- تعمل القواعد المبنية على النظر للمآل على حفظ حياض الشريعة من التلاعب والاستخفاف بها، كسد الذرائع ومنع الحيل حيث تمثل جانب الحزم والحيطة في الشرع، وكالاستحسان ومراعاة الخلاف حيث تمثل جانب رفع الحرج والعنت على المكلفين، وحفظ الشرع كذلك؛ لأن التكليف بما لا يطاق تعطيل للشرع.

6- النظر في المآل أمر دقيق لا يقدر فيه على موازنة المصالح إلا الفحول من العلماء،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والنخبة من الفقهاء. والخوض فيه دون تبصر، قد يؤدي إلى تعطيل النصوص، إما بهدر ألفاظها ومبانيها، واستقلال العقل بالتشريع، أو بهدر مقاصدها ومعانيها، والتشديد والتضيق على الناس.

وفي الأخير أشير إلى بعض الاقتراحات:

1- أقترح إجراء ندوات أو ملتقيات، تبرز دور النظر في المآل في الاجتهاد .

2- نشر توعية بين طلاب العلم الشرعي بأن النظر في المآل معتمده على الشرع، والعقل لا يستقل به.

3- سد الطريق على أصحاب التميع أوالتشدد، بتوضيح دور النظر في المآل في حفظ النصوص ومقاصدها.

4- تشكيل فرقة بحث متكونة من أساتذة مختصين تقوم على استقراء النظر المآلي في الكتاب والسنة وعمل الصحابة واجتهاد الأئمة وفقهاء الأمة، لتوضيح المورد السليم والمنهج السديد الواجب اتباعه في الاجتهاد المآلي.

- **الحواشي والإحالات:**

(1) الخليل بن أحمد الفراهيدي: العين، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، دط، دت،154/8.

(2) محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي: تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 2001، 266/14.

(3) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد العليم الطحاوي، وزارة الإعلام الكويتية، دط، الكويت، 1974، 247/14.

(4) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الذخيرة، تحقيق محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994، 139/1.

(5) محمد بن أحمد بن الأزهري: المرجع السابق، 318/15.

(6) الخليل بن أحمد الفراهيدي: المرجع السابق، 359/8.

(7) عبد الله بن مرزوق القرشي: أثر مراعاة المآلات والقصود في التفريق بين البيع والربا، رسالة ماجستير، شعبة الفقه، جامعة أم القرى،دط، السعودية، دت، 69.

(8) عبد الرحمن بن معمر السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، الرياض، 1424هـ، 19.

(9) عبد الرحمن السديس: قاعدة اعتبار المآلات والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة أم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القرى، دط، مكة، 1428هـ، 12.

(10) إبراهيم بن موسى الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، دار الحديث، دط، القاهرة، 2006، 432/4.

(11) هيثم هلال: معجم مصطلح الأصول، مراجعة وتوثيق محمد التونجي، دار الجيل،ط1، بيروت،2003، 268/1،269.

(12) الشاطبي: الموافقات، 434/4-439.

(13) محمد بن مكرم بن على جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى: لسان العرب، دار صادر، ط3، بيروت، 1414هـ، 96/8. إسماعيل بن حماد الجوهري الفرابي : الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط4، بيروت، 1987، 1211/3.

(14) الباجي: الإشارة في أصول الفقه، تحقيق طفيل أحمد القرشي، رسالة دكتوراه، جامعة السند حيدر آباد, دط، الباكستان، 1972، 67. محمد بن أحمد بن رشد الجد القرطبي: المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1988، 39/2.

(15) الشاطبي: الموافقات، 434/4،435.

(16) محمد بن عبد الله ابن العربي: أحكام القرآن، تعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، 2003، 265/2.

(17) القرافي: الذخيرة، 152/1،153.

(18) الجوهري: المرجع السابق، 1682/4.

(19) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1983م، 94/1.

(20) الشاطبي: الموافقات، 436/4.

(21) عبد الله بن بية: سد الذرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم23،رمضان 1417هـ، البنك الإسلامي للتنمية، دت، 32.

(22) عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل نجم الدين النسفي: طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، دط، بغداد، 1311هـ، 89/1.

(23) أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، 1998، 107/1.

(24) الجرجاني: المرجع السابق، 18،19/1.

(25) عثمان بن عمر جمال الدين ابن الحاجب: مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 2006، 1194/2،1195.

(26) الباجي: المرجع السابق، 66.

(27) الشاطبي: الموافقات، 439/4،440.

(28)محمد بن أحمد بن رشد الجد القرطبي :البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت، 1988، 156/4،157. 456/7. محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، دط، القاهرة، 2004، 201/3. 60/4.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(29) الشاطبي: الموافقات، 4/440،441. عبد الرحمن السنوسي: المرجع السابق،299-303.

(30) إبراهيم بن موسى الشاطبي: الاعتصام، تحقيق محمد عبد الرحمن الشقير وآخرون، دار ابن الجوزي، ط1، الرياض، 2008، 3/49.

(31) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه: اعتنى به محمود بن الجميل، مكتبة الصفا، ط1، القاهرة، 2002، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، (1/485)، رقم2239، ومسلم بن الحجاج: رتبه فؤاد عبد الباقي، دار الرشيد، ط4، الجزائر، 2010، كتاب المساقاة، باب السلم، (446،447)، رقم 1604.

(32) محمد بن قاسم الرصاع التونسي المالكي: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعمري، دار الغرب الإسلامي ، ط1، بيروت، 1993، 395.

(33) الجرجاني: المرجع السابق، 1/120.

(34) القرافي: الذخيرة، 5/307.

(35) أخرجه محمد بن عيسى الترمذي: سنن الترمذي، تحقيق وتعليق أحمد محمد شاكر وآخرون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، مصر، 1975، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك،(3/526،527)، رقم1234. وقال : وهذا حديث حسن صحيح.

(36) عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: التلقين في الفقة المالكي، تحقيق محمد بو خبزة، دار الكتب العلمية، ط1، 2004، 2/153.القرافي: الذخيرة، 5/307.

(37) الشاطبي: الاعتصام، 3/54،55.

(38) عبد الرحمن السنوسي: المرجع السابق، 301.

(39) الشاطبي: الاعتصام، 3/49،50.

(40) مالك بن أنس: المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1994، 3/456-458.

(41) الشاطبي: الاعتصام، 3/51،52.

(42) الشاطبي: الاعتصام، 3/50،51.

(43) محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الصبور شاهين، المجلس الوطني الكويتي للثقافة والفنون والآداب، ط1، الكويت، 2001، 38/164.

(44)الجرجاني : المرجع السابق، 1/101.

(45)عبد الرحمن السنوسي: المرجع السابق، 321.

(46) الرصاع: المرجع السابق، 263.

(47) ابن رشد الجد: البيان والتحصيل، 3/419.

(48) الشاطبي: الموافقات، 4/438.

(49) السنوسي: المرجع السابق، 333-335.

(50) الشاطبي: الموافقات، 4/434،435.

(51) ابن أبي زيد القيرواني: الرسالة، خرج أحاديثها نصر سلمان، دار الهدى، دط، الجزائر، 2003، ص 85.

(52) عبد الرحمن السديس: المرجع السابق، 82،83.

(53) عبد الرحمن السديس: المرجع السابق، 69-71.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(54) أخرجه مسلم: كتاب الإمارة، باب خيار الأئمة و شرارهم، (533)، رقم1855.

(55) محمد بن عمر المازري: المعلم بفوائد مسلم، تحقيق محمد الشاذلي، التونسية للنشر، ط2، تونس، 1988، المرجع السابق، 3/52،53.

(56)محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992، 4/254.

(57) الحطاب: المرجع السابق، 3/230.

(58) قطب الريسوني: قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها المعاصرة في المجال البيئي، دار الكلمة، ط1، القاهرة، 2013، 45-47.

(59) أخرجه مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: موطأ الإمام مالك، اعتنى به محمود بن الجميل، دار الإمام مالك، ط1، البليدة، 2002 ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق،(435)، رقم1424.

(60) مالك بن أنس: المدونة، 4/314. ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1999، 11/37.

(61) الشاطبي: الموافقات، 4/436،437.

(62) محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1994، 2/58،59.محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، بيروت، 1992، 5/260

(63) مالك بن أنس: المدونة، 3/175.

(64)أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دط، بيروت، دت، 3/623،624.

(65)محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دط، بيروت، دت، 4/156

(66) الشاطبي: الموافقات ، 4/439،440.

(67) الشاطبي: الاعتصام، 3/69. الشاطبي: الموافقات، 4/440،442.

(68) مالك بن أنس: المدونة،1/128. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1994، 1/150،151.

(69) أخرجه محمد بن حبان: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1988، كتاب الطهارة، باب النجاسة وتطهيرها، (4/233)، رقم1391.

(70)أحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي :الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دط، بيروت، 1995، 2/340

(71)أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق عمر حسن القيام ، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، بيروت، 2003، 1/348.

(72) سبق تخرجه انظر التهميش رقم 35.

(73) عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي: المرجع السابق، 2/142.

(74) الحطاب: المرجع السابق، 4/255.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(75) الشاطبي: الموافقات، 4/438،439.

(76) محمد بن أحمد بن سهل السرخسي: المبسوط، تحقيق سمير مصطفى رباب، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، دت، 5/13.

(77) ابن عابدين : المرجع السابق، 3/ 55-57.

(78) أخرجه محمد بن عبد الله الحاكم: المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1990، كتاب النكاح، (2/182)، رقم 2706. وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه .

(79) الشاطبي: الموافقات، 4/437،438.

(80) السمرقندي: المرجع السابق، 2/58،59.

(81) محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، دط، بيروت، 1989، 5/26.

(82) عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي: متن الخرقي على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، علق عليه إبراهيم بن محمد، دار الصحابة للتراث، ط1، مصر، 1993، 11.

(83) ابن رشد الجد: البيان والتحصيل، 4/157.

oooooooooooooooooooooooooooo

Consideration of the result in the view of the Maalikis " Rules and applications"

Ilyes BOULAFRADH
Pr. Aboubaker LACHEHEB (Supervisor of Thesis)
Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

Abstract:

Consideration of the result is a process of Shari'a. It is based on a balance between interests and evil. As it is based on rules, including with regard to firmness and prudence to fulfill the invocation with the legitimate or illegitimate as "sad daraia" (prohibition of what may lead to committing sins), or circumventing the Sharia and its provisions such as preventing the trick. In addition, some of these rules are related to lifting the embarrassment (mitigate difficulties) such as satisfaction, and taking into consideration the disagreement. The consideration of the result is an obscure issue that can only be appreciated by scholars.

Keywords: Fiqh, Interests, evil, equilibration, jurisprudence (Ijtihad), Legal objectives (Maqasid), acts.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com