

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

بعنوان :

# الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية وتطبيقاته في باب المعاوضات المالية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه المقارن وأصوله

إشراف الأستاذ :

أ. د. عمر مونة

إعداد الطالب :

أحمد الخير

الصفة	الجامعة	الرتبة	إسم و لقب الأستاذ
رئيسا	جامعة غرداية	أستاذ التعليم العالي	علي ابن البار
ممتحنا و مناقشا	جامعة غرداية	أستاذ التعليم العالي	عبد القادر جعفر
مشرفا	جامعة غرداية	أستاذ التعليم العالي	عمر مونة

الموسم الجامعي: 1444-1445هـ / 2023-2024م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية  
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 2024.6.2

إذن بالطبع [ مذكرة ماستر ]

أنا الممضي أسفله الأستاذ(ة): .....  
المشرف على المذكرة الموسومة بـ: .....  
الإجتعاد لدرستنا محمد (بالملاحة) .....  
في باب .....  
من إعداد الطلبة: 1- .....  
2- .....

تخصص: .....  
أقر بأن الطلبة أنجزوا عملهم وفق ما قدم لهم من نصائح وتوجيهات، واتبعوا فيها ضوابط  
ودليل إعداد مذكرة التخرج، وقد أصبحت جاهزة للطبع، وقابلة للمناقشة.

إمضاء المشرف:

  
عمر محمد

ملاحظة: تسلم الاستمارة مع المذكرة لأمانة القسم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة غرداية



كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية  
قسم العلوم الإسلامية

غرداية في: 24/06/05

## نصريح شرفي للطالب

(يلتزم فيه بالتواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها وفقا للقرار رقم: 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016)

أنا المضي أسفله:

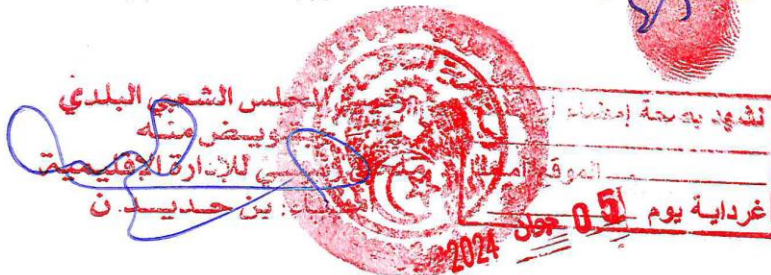
- (1) اسم ولقب الطالب (01): أحمد الخبير  
رقم التسجيل: 19089075055  
التخصص: فقه مقارن وأصول
- (2) اسم ولقب الطالب (02):  
رقم التسجيل:  
التخصص:

المكلفان بإنجاز مذكرة التخرج لاستكمال متطلبات تيل شهادة الماستر والموسومة بـ:

الاجتهاد في مسائلنا في عند المالكية  
وتطبيقاتها في باب المقارنات الطالعية

أصرح بشرفي أني قمت بإنجاز مذكرة نهاية الدراسة المذكور عنوانها أعلاه بجهدني الشخصي، ووفقا للمنهجية المتعارف عليها في البحث العلمي (دليل إعداد مذكرات التخرج)، وبذلك أنحمل المسؤولية الكاملة عن أي مخالفة لتواعد الأمانة العلمية وما يترتب عن ذلك من متابعة بما فيها الإجراءات الإدارية حسب المقررات الوزارية المعمول بها.

التوقيع: الطالب الأول: ..... الطالب الثاني: .....



## الإهداء

إلى من قضى الله بالإحسان إليهما في القرآن الكريم ووصى الرسول صل الله عليه وسلم بصحبتهما

في الحديث الشريف

إلى من تعباً نهاراً وسهراً ليلاً من أجل تربيته وتعليمي وراحتي

الوالدة رحمها الله رحمة واسعة

والوالد الغالي والعزيز حفظه الله ورعاه

إلى صاحبة التي أحسنت الصحبة وأجادت العشرة وأكرمت الرفقة الزوجة الفاضلة الكريمة

إلى كل أبنائي و بناتي فلذات الكبد وثمرات الفؤاد وقرات العين إلى كل الأحبة أهدى هذا العمل المتواضع

رسالة من عبد الله بن عمر العمري العابد إلى الإمام مالك

كتب إلى الإمام مالك يَحْضُهُ على الإنفراد والعمل

فكتب إليه مالك :

( إن الله قسّم الأعمال كما قسّم الأرزاق ، فربّ رجل فُتِح له في الصلاة ولم يُفْتَح له في الصوم ، وآخر

فُتِح له في الجهاد.... فنشر العلم من أفضل أعمال البرّ وقد رضيتُ بما فُتِح لي ، وما أظن ما أنا فيه

بدون ما أنت فيه وأرجو أن يكون كلانا على خيرٍ وبرٍ )

## شكر و تقدير

الحمد والشكر لله أولاً ، الكريم المنان الجواد الوهاب على آلائه الجليلة و مننه العظيمة ونعمه الكريمة

القائل في كتابه الكريم :

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾ [﴿١٩﴾ النمل آية: ١٩]

سبحانه خلق فسوى وقدر فهدى ، الخير كله بيده والشر ليس إليه ، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا

محمد المرابي والمعلم أرسله الله رحمة للعالمين القائل ( من لم يشكر الناس لم يشكر الله ) الصحيح الجامع

فاللهم صلى وسلم وزد وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور عمر مونة الذي تكرم وتفضل علي بقبول

إشرافه على هذه المذكرة ، فوجدته الناصح الأمين والموجه الخبير والمرشد الكبير فجزاه الله خيرا كثيرا .

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى طاقم كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية و إلى جامعة غرداية

على جهودهم المبذولة وأعمالهم المشكورة ، ولا أنسى أساتذتي الفضلاء فلهم مني كل الشكر والتقدير

وإلى الإخوة الأعزاء أصحاب المكتبات والدعوات والمساندات والتوجيهات.

شكر الله سعيكم وتقبل جهدكم وغفر ذنبيكم

أمين

مقدمة

توطئة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين  
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، ثم أما بعد :

إن طلب العلم الشرعي من أفضل القربات والطاعات يتقرب بها العبد إلى مولاه سبحانه تعالى  
وكان من العلم الشرعي علم الفقه الذي به يتميز الحلال من الحرام و الفقيه من غير الفقيه ، فمن يرد الله  
به خيراً يفقهه في الدين كما جاء في الحديث الصحيح ، ولإدراك معرفة الحلال من الحرام وتحقيق الخيرية  
كان لا بد من معرفة أصول الفقه الإسلامي عامة وأصول المذهب المالكي خاصة نقلية أو عقلية ، تأصيلاً  
وتحريجاً وتنزيلاً ، ولإعطاء حكم الفروع من الأصول والجمع بين النقل والعقل ، ولقد بذل فقهاء الإسلام  
جهداً كبيراً واجتهدوا اجتهاداً عظيماً في تأسيس الأصول لبناء الفروع عليها فكان الاجتهاد الاستثنائي  
نوعاً فريداً ونسيجاً بديعاً في العملية الاجتهادية الفقهية ، فهو أجدر بالاهتمام وأحق بالدراسة والبيان  
لهذا أردت أن أقف على حقيقة هذا النمط من الاجتهاد وفقه وأصول مشروعيته وضوابطه مع بيان  
تطبيقاته فكانت هذه الدراسة.

أسباب اختيار الموضوع : لاختيار هذا الموضوع أسباب موضوعية و أخرى ذاتية.

✳ الأسباب الموضوعية منها :

- أهمية الموضوع في الفقه التنزيلي للأحكام والمسائل و فهم فروعه وتصحي تطبيقاته على الوقائع والمستجدات.
- جدية الموضوع في فقه التنزيل وقلة الدراسة والكتابة فيه، فالحاجة ملحة للبحث فيه و تقريبه و نشره
- إحياء للتراث الفقهي المالكي مع اعترافي بقلة زادي و قصوري و تقصيري.
- محاولة فهم أسباب التخبط في الفتاوى و الأجوبة في وقتنا المعاصر.

✳ الأسباب الذاتية منها:

- إعجابي بأصول الفقه المالكي وإمامه رحمه الله تأصيلاً و منهجاً و تفريعاً
- ميولي إلى الجمع بين النقل والعقل والحديث والفقه والرواية والدراية ما استطعت إلى ذلك سبيلاً  
على حد قول الإمام أبي الغزالي رحمه الله : ( وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه  
الرأي والشرع ، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل



فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول ، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد)<sup>1</sup>.

- سعيي إلى التفقه في الدين والجمع بين العلم والعمل معا، وكذا الاطلاع على أصول المذهب المالكي المختلف فيها خاصة.
- إستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير، والاستزادة من التدرج في طلب العلم.
- حل بعض التساؤلات الأساسية و المهمة التي وقعت في ذهني أثناء مساري الدراسي، ومنها على سبيل المثال (قاعدة ما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس) و إدراج كثير من الموضوعات الفقهية على أنها جاءت على خلاف القياس كالإجارة و القرض و السلم و المزارعة و المضاربة والمساقاة و غيرها.

### أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في النقاط التالية:

- مكانة الاجتهاد الفقهي وخاصة الاستثنائي في علم أصول الفقه و الأصول المختلف فيها خاصة.
- يعد المذهب المالكي من أفضل وأحسن المذاهب في أصوله و فروعه فزادت أصوله وكثرت فروعه وتعددت وأقواله ورواياته
- الفقه حسن التعامل مع الأحوال والظروف المختلفة بحسن تنزيل الأحكام و تكييفها على هذه الأحوال المختلفة ، وكما قال قديماً الإمام سفيان الثوري رحمه الله : ( الفقه الرخصة من ثقة أما التشدد فيحسنه كل أحد )
- أهمية الاطلاع على تعامل المجتهدين مع القضايا والنوازل المستجدة ومعرفة مناهجهم و إسهاماتهم وكيفية مواكبتهم لتطور المجتمع الاسلامي بالتجديد الفقهي
- الحاجة الماسة والواقعية لهذه الموضوعات في عصرنا ، وللدرد على من يتهم الفقه بعدم مواكبة العصر وأنه تراث قديم لا جدوى منه.

<sup>1</sup> المستصفي من علم الأصول للغمام الغزالي، اعتناء ناجي السويد، ج1، ص 10.

## الإشكالية

لفقهاء الإسلام رحمهم الله اجتهادات فقهية في أبواب الفقه كلها بناء على ما أسسوه وما ارتضوه من الأصول والمناهج الفقهية المختلفة فكانت الإشكالية التالية ، ما مدى مشروعية الاجتهاد الاستثنائي؟ وما ضوابطه؟ وكيف استثمره علماء المالكية في باب المعاوضات المالية؟

### الإشكالات الفرعية :

- ما حقيقة الاجتهاد الاستثنائي؟
- وما مدى أهمية الاجتهاد الاستثنائي ومجالاته في أبواب الفقه؟
- وما مشروعية الاجتهاد الاستثنائي ومبرراته؟
- وكيف طبق علماء المالكية الاجتهاد الاستثنائي في أبواب المعاوضات المالية؟

**الأهداف:** من بين هذه الأهداف ما يلي:

- بيان حقيقة الاجتهاد الاستثنائي، وإبراز جهود علماء المالكية وتميزهم فيه.
- الوقوف على مشروعية الاجتهاد الاستثنائي وأهميته ومجالاته وكيفية الاستفادة منه.
- إبراز مكانة الاجتهاد الاستثنائي من الاجتهاد الفقهي وبيان ضوابطه ومحاولة الاسهام في ضبط الفتاوى وتصحيح تطبيقها وتنزيلها على الوقائع المختلفة.
- الاستفادة من الاجتهاد الاستثنائي في حل القضايا والاجابة عن التساؤلات المعاصرة.

### المناهج المتبعة :

إتبع في هذه المذكرة المناهج العلمية التالية :

- المنهج الوصفي: وذلك من خلال صياغة الموضوع وتقريب فهمه بتوصيف المسائل وجمع تعاريف وقواعد وأصول الموضوعات لتيسير الوقوف عليها وفهم كنهها.
- المنهج التحليلي: وذلك من خلال دراسة الاشكالات المختلفة وتفكيكها وتركيبها وإرجاع عناصرها إلى أصولها ، والوقوف على أقوال العلماء وتفسيرها وفهمها وإعادة صياغة عباراتها
- المنهج المقارن: وذلك من خلال إبراز مواطن الوفاق أو الخلاف بين المذاهب والمدارس الفقهية وبيان أوجه التشابه والاختلاف بين العلماء في تأصيل علمي لفهم اختلافاتهم في الفروع والأصول.

## حدود الدراسة:

كانت هذه الدراسة في موضوع الاجتهاد الاستثنائي وهو من موضوعات أصول الفقه الإسلامي من وحدة أو مقياس الاجتهاد و التعارض و الترجيح ، فبينت فيها حقيقته وأهمية هذا النوع من الاجتهاد وأظهرت أصوله وضوابطه الشرعية حتى ينضبط مع تطبيقاته الفقهية العملية في باب المعاوضات المالية عند السادة المالكية.

## خطة البحث:

قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول : في حقيقة الاجتهاد الاستثنائي وتضمن المطلب الأول : الاجتهاد و الاستثناء و الثاني : الألفاظ ذات الصلة و الثالث : أهمية الاجتهاد الاستثنائي ومجالاته.

أما المبحث الثاني : فكان في حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه وتضمن أربعة مطالب الأول : في حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة الأصولية والثاني : حجية الاجتهاد الاستثنائي من القواعد الفقهية والثالث : فكان في نصوص وشواهد المالكية في الاجتهاد الاستثنائي والرابع فكان في ضوابط الاجتهاد الاستثنائي.

أما المبحث الثالث : فهو تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية في باب المعاوضات المالية وتضمن ثلاثة مطالب الأول : في تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي في عقود البيع والثاني: في تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي في عقود الصناعة والثالث : في تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي في عقود الزراعة ثم خاتمة.

## الدراسات السابقة :

1- بحث: فاطمة أمين، الاجتهاد الاستثنائي حقيقته ، حجيته ، ضوابطه ، كلية علوم جامعة القاهرة مصر، كان بحث مفيداً وناجحاً في الموضوع ، لكن جانب التطبيقي في المعاملات المالية لم يتعرض له وقد جاء البحث في 338 صفحة.

2- بحث: عمر محمد مونة ، الاجتهاد الاستثنائي مسالكة وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن 2008 ، وقد تضمن البحث 316 صفحة وكانت هذه الرسالة شاملة في موضوعها ومفيدة في مضمونها ، لكن دراستنا محصورة على المذهب المالكي وفي باب المعاوضات المالية فكانت مختلفة من هذه الناحية.

## مقدمة

---

صعوبات البحث: من خلال بحثنا واجهتنا صعوبات من بينها:

- ضيق الوقت مع كثرة الأشغال.
  - جدية الموضوع و أهميته وخطورته.
  - قلة المراجع والدراسات في الموضوع ، إضافة إلى بعض المشكلات التقنية.
- ومع ذلك عقدنا العزم على دراسته وسألنا الله التوفيق.

المبحث الأول:

حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

لمعرفة حقيقة الاجتهاد الاستثنائي لابد من الوقوف على تعريف الاجتهاد والاستثناء لغة واصطلاحاً في المطلب الأول ، وعلى الألفاظ ذات الصلة في المطلب الثاني، وعلى أهمية الاجتهاد الاستثنائي ومجالاته في المطلب الثالث.

### المطلب الأول: الاجتهاد والاستثناء

#### الفرع الأول: تعريف الاجتهاد الاستثنائي

#### - المسألة الأولى: الاجتهاد والاستثناء لغة

أولاً: الاجتهاد لغة: من الجَهْد والجَهْدُ الطاقة والمشقة

وقيل بالفتح المشقة وفي التنزيل قال تعالى : ( واقسموا بالله جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ.. ) سورة النحل 38

وفي الحديث ( تعوذوا بالله من جَهْدِ البلاء .. ) متفق عليه

وبالضم الوسع وفي التنزيل قال تعالى: ( والذين لا يجدون إلا جُهْدَهُمْ ) سورة التوبة 80.

والاجتهاد بذل الوسع في طلب الأمر وهو افتعال من الجهد والطاقة ، أي أخذ النفس ببذل الطاقة وتحمل المشقة<sup>1</sup>

#### ثانياً: الاستثناء لغة:

الاستثناء من (ثني) الثاء والنون والياء أصل واحد ، وهو تكرير الشيء مرتين أو جعله شيئين متوالين أو متباينين ، والثُّنْيَا من الجزور: الرأس أو غيره إذا استثناه صاحبه.

والاستثناء مصدر في نفسه تقول: استثنى ، يستثنى ، استثناء ، كما تقول : استخرج يستخرج

استخراجاً<sup>2</sup> ، وعكسه عدم الاخراج ، أي عدم إخراج شيء من شيء كما أخبر الله تعالى عن أصحاب

الجنة قال تعالى : (إِنَّا بَلَوْنَهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَأْذِنُونَ) سورة

القلم 17-18.

أي أقسموا وحلفوا من غير استثناء أنهم سيصرمونها أي يجذونها مصبحين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معجم مقاييس اللغة لابن فارس ، تحقيق وضبط عبد السلام هارون ، دار الفكر ج1 ص 487 ، ينظر المعجم الوسيط ص

143 ، ولسان العرب لابن منظور، تحقيق نخبة من الأساتذة ، دار المعارف ج 1 ص 708-109-110 ، والمفردات في غريب

القرآن للراغب الاصفهاني ، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاني ص 102

<sup>2</sup> معجم مقاييس اللغة ج 1 ص 392-393 .

والاستغناء في الاستثناء للقراي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية لبنان ط أولى 1986 ص 20

<sup>3</sup> تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، للعلامة عبد الرحمن السعدي، دار ابن حزم، ط1، 2003م، ص 842.

### المسألة الثانية: الاجتهاد اصطلاحاً

أولاً : تعريف الاجتهاد الفقهي : هناك عدة تعاريف نذكر منها ما يلي :

- التعريف الأول لابن العربي المالكي وهو: ( بذل الجهد واستنفاد الوسع في طلب الصواب )<sup>1</sup>
- التعريف الثاني للجرجاني وهو: ( إستفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي )<sup>2</sup>
- التعريف الثالث لعبد الله درّاز وهو: ( إستفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في درك الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها )<sup>3</sup>

التعريف المختار هذا الأخير، لأنه جمع بين نوعين من الاجتهاد هما :

الاجتهاد الاستنباطي والاجتهاد التطبيقي ، وهذا الأخير، أي الاجتهاد التطبيقي له علاقة وثيقة بموضوع بحثنا ، حيث إنه يُعنى بتنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع المُشخّصة ويأتي الاجتهاد الاستثنائي لتحقيق المناط في تلك الوقائع المُشخّصة والأحداث النَّازلة والأحوال المعيّنة حسب مقتضاها وما يناسبها من الاقتضاء الأصلي أو الاقتضاء التبعية قصد إقامة أحكام الشريعة وتحقيق جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن المكلفين.

<sup>1</sup> المحصول في أصول الفقه ، للقاضي أبي بكر بن العربي ، إخراج حسين علي البدري وتعليق سعيد عبد اللطيف فودة ، دار البيارق الأردن ، ط أولى 1999 ص 152

<sup>2</sup> معجم التعريفات للجرجاني ، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة القاهرة ص 12

<sup>3</sup> حاشية الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ، اعتناء الشيخ إبراهيم رمضان مع شرح عبد الله دراز، دار المعارف لبنان ط .الثالثة 1997 ج 4 ص 443

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

ثانياً : تعريف الاجتهاد الاستثنائي مركباً وصفيّاً ، وهو الذي نقصده في بحثنا وفيه عدة تعريفات منها :  
تعريف لأستاذنا عمر مونة وهو: ( بذل الوسع في استنباط حكم الشرع في واقعة معدول بها عن حكمها الأصلي وفق الاقتضاء التبعية على نحو يحقق مقصود الشرع منها في ظروف معينة يكون هذا العدول فيها أقرب إلى المصلحة والعدل )<sup>1</sup>

وتعريف آخر لفاطمة أمين وهو ( بذل المجتهد وسعه في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع المشخصة بما يقتضي تغيير هيئة الحكم وإحلال غيره مكانه ، إذا كان لا يحقق المقصد الشرعي منه )<sup>2</sup>  
وهذا التعريف هو المختار لقصره ولتنصيصه على الاجتهاد التنزيلي ، أي التطبيقي وبه تتغير هيئة الحكم من واقعة لأخرى ، وهو الجانب المقصود والأهم في موضوع بحثنا.

ومن التعريفين السابقين للاجتهاد الاستثنائي، تبين لنا معالم هذا النوع من الاجتهاد والمتمثلة في العناصر الأساسية التالية :

- عدم إهمال الظروف الجديدة للواقعة
- إخراج الواقعة عن مناطها العام إلى مناطها الخاص
- العدول بالواقعة عن حكمها الأصلي إلى حكم استثنائي وفق الاقتضاء التبعية
- مراعاة المآل التطبيق والمصلحة والعدل

يقول الدريني : الاجتهاد في التطبيق قال تعالى : ( والله يختص برحمته من يشاء ) البقرة 104 .

بما يكون للظروف الجديدة المحتفة بالواقعة من اعتبار خاص ، لا يمكن تجاهله أو إهماله مما يُخرج الواقعة عن مناطها العام الذي يستند إليه حكم الأصل في الأحوال العادية ، إلى مناط خاص اقتضى حكماً هو أرجح من حكم الأصل بالنظر للظروف الاستثنائية ، ضماناً لمشروعية مآل التطبيق وتحقيق الصالح العام الذي هو أمانة العدل في الحكم الاجتهادي الجديد )<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الاجتهاد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية لعمر مونة ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية 2008 ص 22

<sup>2</sup> بحث الاجتهاد الاستثنائي حقيقته ، حجيته ، ضوابطه ، فاطمة أمين، كلية دار العلوم جامعة القاهرة ، العدد 92 ص 298-299

<sup>3</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط الثانية، 2008، ص 433-436-438.



الفرع الثاني : حد الاستثناء وحجته و أنواعه : إختلف الأصوليون و الفقهاء في حد الاستثناء

نذكر أولاً حده عند الأصوليين ثم عند الفقهاء

المسألة الأولى: حد الاستثناء عند العلماء

أولاً: حد الاستثناء عند الأصوليين ، عرف الأصوليون الاستثناء عدة تعاريف منها :

تعريف الإمام القراني وهو: ( ما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه أو بعض أحواله أو متعلقاته مع ذكر لفظ المخرج ولا يستقل بنفسه )<sup>1</sup>

وتعريف الإمام ابن جزى وهو: ( إخراج بعض ما يتوهم دخوله في اللفظ الأول بأدوات الاستثناء مع ما بعدها حتى يتصل بما قبلها )<sup>2</sup>

وتعريف آخر اختاره الأمدي وهو : ( عبارة عن لفظ متصل بجملة لا يستقل بنفسه دال بحرف إلا أو أخواتها على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به ، ليس بشرط ولا صفة ولا غاية )<sup>3</sup>

والحاصل أن الاستثناء عند الأصوليين المراد به ، تلك الأدوات اللفظية المخصوصة وهي إلا وأخواتها الرافعة لعموم اللفظ السابق والمتقدم المتصل بها في الجملة .

ثانياً: حد الاستثناء عند الفقهاء

أما الفقهاء فيريدون بالاستثناء المعنى الأعم من الحد الأصولي ، فهو يشمل كل ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلام متقدم ، إما بإخراج بعض أفراده كلية أو تقييدها بأوصاف وغايات ونحوها) وبيان ذلك في مجموعة من التعاريف كما يأتي :

تعريف ابن حزم للاستثناء وهو: ( تخصيص بعض الشيء من جملة أو إخراج مما أدخلت فيه شيئاً آخر) وللجرجاني أيضاً تعريف للاستثناء وهو: ( إخراج الشيء من الشيء لولا الإخراج لوجب دخوله فيه ) وهذا يتناول المتصل حقيقة وحكما ، ويتناول المنفصل حكماً فقط.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للإمام القراني ، اعتناء مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر بيروت 2004 ، ص 187

<sup>2</sup> تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى المالكي ، دراسة وتحقيق علي فركوس ، دار العواصم الجزائر ، ط 4 ص 98

<sup>3</sup> الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ، علق عليه عبد الرزاق عفيفي ، دار الصمعي السعودية ، ط أولى 2003 ج الثاني ، ص 351

<sup>4</sup> الجرجاني المرجع السابق ص 23

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

وكذا تعريف للمناوى وهو: ( إيراد لفظ يقتضي دفع ما يوجبه عموم لفظ متقدم أو يقتضي رفع حكم اللفظ كما هو )<sup>1</sup>

المسألة الثانية : أنواع الاستثناء وشروط تخصيصه: الاستثناء مخصص بشروط و هي:

1- أن يكون الاستثناء و المستثنى منه في كلام واحد.

2- أن يكون الاستثناء متصلا.

3- أن يكون المستثنى أقل من النصف على الراجح<sup>2</sup>.

أما أنواع الاستثناء: للاستثناء أربعة أنواع هي:

1- إخراج ما لولاه لعلم دخوله و هو الاستثناء من النصوص كقولك: عندي عشرة إلا اثنين.

2- إخراج ما لولاه لظن دخوله و هو الاستثناء من الظواهر والعمومات ، نحو: اقتلوا الكفار إلا النساء و الصبيان.

3- إخراج ما لولاه لجاز دخوله و هو الاستثناء من الأزمان نحو: صل إلا عند طلوع الشمس ، ومن المكان نحو: إجلس إلا على المقابر، ومن الأحوال نحو: ( لَتَأْتُنَّنَّ مِ بِيَهٗ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ) يوسف جزء من الآية 66.

4- إخراج ما يقطع بعدم دخوله و هو الاستثناء المنقطع ، لأن الثاني من غير جنس الأول ، و اختلف فيه هل هو حقيقة أو مجاز<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> التوقيف على مهمات التعاريف عبد الرؤوف بن المناوى ، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان ، ط 1 1990م عالم الكتب القاهرة ص 47

<sup>2</sup> معالم أصول الفقه عند أهل السنة و الجماعة ، محمد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، السعودية ، ط 13، 2018 ص 425-426.

<sup>3</sup> تقريب الوصول الى علم الأصول، تحقيق محمد المختار الشنقيطي، الطبعة الثانية 2002 م ، ص 152-153.

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

المسألة الثالثة : حجية تخصيص الاستثناء عند العلماء : إختلف الفقهاء في الاستثناء كدليل للتخصيص إلى مذاهب :

**المذهب الأول :** يرى الاستثناء دليل من أدلة التخصيص المتصلة وهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، ودليلهم من القرآن قوله تعالى : ( فَكَذَّبُوهُ فَإِنَّهُمْ لَمُحْضَرُونَ إِلَّا عَبَادَ اللَّهِ الْمُخْلِصِينَ ) سورة الصافات 127-128 فالمراد بالإحضار إحضارهم للعذاب ، ثم استثنى المخلصين من عباده ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث القدسي : ( ... يا عبادي كلكم جائع إلا من أطعمه... يا عبادي كلكم عار إلا من كسونه.. )<sup>1</sup> فلفظ الحديث في الجوع والعري عام لكل عباده باستثناء من أطعمه الله وكساه

**المذهب الثاني:** لا يرى الاستثناء دليلاً من أدلة التخصيص ، وهو لأكثر الحنفية وللغزالي والباقلاني وللإمام الحرمين<sup>2</sup> ، كما أن للاستثناء عند الفقهاء مدلولان

- المدلول العرفي وله صورتان عامة وخاصة

- والمدلول الوضعي وهو مرادف لمدلول الاستثناء عند الأصوليين لهذا الاستثناء عند الفقهاء أوسع منه عند الأصوليين.

**الحاصل:** إن المعنى المقصود للاستثناء في هذا البحث هو: الاستثناء باعتباره أسلوباً من أساليب التنزيل يتجاوز المعنى النظري إلى التطبيق الفعلي ، إذ ما من واقعة تفرض إلا و لها مدرك أصلي تنطوي تحته ثم قد يعرض لها عند التطبيق من الإضافات التبعية ما يستدعي إعطائها نظراً استثنائياً هو أقرب إلى حقيقة العدل و المصلحة كما هو مسلك الشريعة نفسها<sup>3</sup>.

فالمعنى الشمولي للاستثناء هنا : هو عملية إخراج لفرد أو حالة ما عن الأصل ، لأن هذا الفرد أو الحالة غير صالحة لتطبيق الحكم عليها ، فلا بد من استثنائها و عدم إجراء الحكم عليها و إلا وقعنا في حرج وضيق شديدين و الشريعة جاءت بالتيسير و رفع الحرج<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رواه مسلم من حديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه.

<sup>2</sup> تخصيص العام بالاستثناء عند الأصوليين ، بحث محمود صالح جابر ، جامعة الزرقاء الأهلية ، ص 56

<sup>3</sup> الاجتهاد الاستثنائي ... فاطمة أمين ، المرجع السابق ، ص 295-296.

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ص 296.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة ، وتحت هذا المطلب فروع :

- الفرع الأول في التخصيص والفرع الثاني في العدول و المصطلحات المرادفة والفرع الثالث في أقوال الفقهاء عن العدول وقاعدة مخالفة القياس.

الفرع الأول : تعريف التخصيص وتحت مسائل :

المسألة الأولى: التخصيص لغة واصطلاحاً : التخصيص لغة : من حَصَّه بالشئ يَحْصُهُ

ويقال : إختصَّ فلانٌ بالأمر وتخصَّص له إذا انفرد<sup>1</sup> كما في حديث جابر ابن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، و جعلت لي الأرض مسجداً و طهوراً فأیما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصلي، و أحلت لي المغنم و لم تحل لأحد قبلي ، وأعطيت الشفاعة و كان النبي يبعث إلى قومه خاصة و بعثت إلى الناس عامة »<sup>2</sup>.

ووجه الاستدلال: قول ابن حجر: وظاهر الحديث يقتضي أن كل واحدة من الخمس المذكورات لم تكن لأحد قبله و هو كذلك ، ولا يعترض بأن نوحا عليه السلام كان مبعوثاً إلى أهل الأرض بعد الطوفان لأن هذا العموم لم يكن في أصل بعثته ، و أن نبينا صلى الله عليه وسلم فعموم رسالته من أصل البعثة فثبت اختصاصه بذلك<sup>3</sup>.

أما التخصيص في الاصطلاح : فقد عرّفه الأصوليون ومنهم للتمثيل فقط

- تعريف ابن الحاجب للتخصيص وهو: ( قصر العام على بعض مسمياته )<sup>4</sup>

- وهاك تعريف الجرجاني للتخصيص وهو: ( قصر العام على بعض منه بدليل مستقل مقترن به )<sup>5</sup>

<sup>1</sup> لسان العرب المرجع السابق ص 1174

<sup>2</sup> رواه البخاري، كتاب التيمم رقم 335 ومسلم أيضاً .

<sup>3</sup> فتح الباري بشرح صحيح البخاري، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، للحافظ بن حجر العسقلاني ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي ، تصحيح وتحقيق عبد العزيز بن باز، المكتبة السلفية ، الجزء 1 ص 73-73.

<sup>4</sup> مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والعدل ، دراسة وتحقيق وتعليق نذيرحمادو دار ابن حزم ط 2006 ص 786

<sup>5</sup> الجرجاني المرجع السابق ص 49

المسألة الثانية : أنواع التخصيص: قسم الأصوليون التخصيص إلى نوعين هما :

- المخصصات المتصلة : كالاستثناء والشرط والصفة والغاية

- المخصصات المنفصلة: كالعقل والحس والمنطوق والمفهوم والإجماع وغيرها<sup>1</sup>

لكن الإمام الشاطبي ذهب مذهبا آخر قال فيه :

( التخصيص إما بالمنفصل أو بالمتصل ، فإن كان بالمتصل كالاستثناء والصفة والغاية وبدل البعض...

فليس في الحقيقة بإخراج لشيء ، بل هو بيان لقصد المتكلم في عموم اللفظ أن لا يتوهم السامع منه غير

ما قصد ، وأما التخصيص بالمنفصل فإنه كذلك أيضا راجع إلى بيان المقصود في عموم الصيغ حسبما

تقدم في رأس المسألة ، لا أنه على حقيقة التخصيص الذي يذكره الأصوليون<sup>2</sup>)

المسألة الثالثة: تخصيص العلة:

- فما هي العلة ؟ بعد ما عرفنا التخصيص

أولا: تعريف العلة لغة و اصطلاحا:

- العلة لغة : المرض الشاغل ، ومن كل شيء سببه<sup>3</sup>

- وفي اصطلاح الأصوليين العلة هي : (عبارة عن تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى

علة لمانع).<sup>4</sup> أو هي كما قال القاضي الجليل كرم الله وجهه ، العلة عند مالك والفقهاء هي:

( الصفة التي يتعلق الحكم الشرعي بها ) والعلة في مواضع اللغة تفيد: ما يتغير الحكم بوجوده و لذا سمي

المرض علة لما تغيرت الحال عما كانت عليه بوجوده ، وهي قسمان :

- علة عقلية و طريق معرفتها العقل. وعلة شرعية و طريق معرفتها السمع.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات عبد الله بن بيه دار ابن حزم ص 220 إلى 226 أنظر أيضا مفتاح الوصول للتلمساني

ومنتهى السؤل لابن الحاجب وتقريب الوصول لابن جزى وغيرها من كتب الأصول الفقه

<sup>32</sup> الموافقات المرجع السابق ج 4 ص 254-255 .

ومباحث العلة في القياس عند الأصوليين عبد الحكيم السعدي دار البشائر لبنان ط2 2000 ص 531

<sup>3</sup> المعجم الوسيط ، المرجع السابق ص 624-625 .

<sup>4</sup> فنائس الأصول في شرح المحصول للقراني دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الجواد وعلى محمد معوض مكتبة نزار مصطفى البار

ط 1 1995 ص 1938

<sup>5</sup> مقدمة في أصول الفقه لابن القصار المالكي، تحقيق و تعليق مصطفى محمدم، دار المعلمة، الرياض، ط1، 1999، ص

325 الى 328.

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

ثانيا: حجية تخصيص العلة عند العلماء: اختلف العلماء في تخصيص العلة إلى مذهبين :  
المذهب الأول : للجمهور أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل اتفقوا على جواز تخصيص العلة سواء كانت منصوطة أو مستنبطة .

والمذهب الثاني: لأصحاب الشافعي يقولون بمنع تخصيص العلة.<sup>1</sup>  
ويقرر شيخ الاسلام ابن تيمية: ( إن العلة التامة يمتنع تخلف الحكم عنها ، أما العلة المتقضية للحكم أي معنى يقتضي الحكم ويطلبه فهذه قد يقف حكمها على ثبوت شروط وانتفاء موانع ، فإذا تخصصت وكان تخلف الحكم عنها لفقدان شرط أو لوجود مانع لم يقدح فيها ).<sup>2</sup>

المسألة الرابعة : تخصيص العموم بالقياس : اختلف العلماء في هذه المسألة إلى عدة أقوال<sup>3</sup>

1- القول الأول للائمة الأربعة والاشعري وأبو هاشم وأبو الحسين على جواز تخصيص العموم بالقياس لكن السمرقندي والسرخسي وعبد العزيز البخاري من الحنفية لهم نُقُولٌ ، تفيد أن المذهب الحنفي لا يقول بتخصيص العموم بالقياس

2- القول الثاني : يجوز تخصيص العموم بالقياس الجلي دون الخفي وهو لابن سريج

3- القول الثالث : إن كان الأصل المقيس عليه مُحَرَّجاً من ذلك العموم جاز وإلا فلا

4- القول الرابع : التوقف وهو للقاضي الباقلاني

5\_القول الخامس بالتفصيل : وهو المختار عند ابن الحاجب رحمه الله : إن ثبتت العلة بنص أو إجماع أو كان الأصل مخصصاً حُصَّ به ، وإلا فالمعتبر القرائن في الوقائع ، فإن ظهر ترجيح خاص فالقياس وإلا فهو الخبر، وهو عنده جائز في العام سواء كان أمراً أم نهيّاً أم خبراً... كما يقتضيه إطلاقه<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ، المرجع السابق ج الثالث ص 274

<sup>2</sup> مجموعة الفتاوى لابن تيمية اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجرار و أنور البار دار الوفاء المنصورة ط 2 2001 ص 93

<sup>3</sup> مختصر منتهى السؤل...، المرجع السابق ص 852 إلى 856

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ص 787

الفرع الثاني : العدول والمصطلحات المرادفة

المسألة الأولى : تعريف العدول لغة واصطلاحاً:

أولاً: العدول لغة : من العدول وهو من فعل عَدَلَ عن الشيء يعدلُ عدلاً وعدولاً : حاد وعن الطريق جار<sup>1</sup> ، ومنه قوله تعالى : ( ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ ) وقوله تعالى أيضاً : ( وَهُمْ بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ ) الأنعام 2- 151 ، ويصح أن يكون على هذا كأنه قال يعدلون به ، ويصح أن يكون من قولهم عدل عن الحق إذا جار عدولاً<sup>2</sup>

ثانياً: العدول اصطلاحاً : للعدول عدّة تعاريف عند الأصوليين منها :

تعرف الدبوسي بقوله : ( العدول أن يجيء بخلاف ما يوجبه العقل والقياس الشرعي )<sup>3</sup> وجاء العدول في تعريف الإمام المالكي أشهب رحمه الله للاستحسان بقوله هو : ( العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس )<sup>4</sup>

المسألة الثانية : المصطلحات المرادفة ومصطلح العدول ثلاث مرادفات هي<sup>5</sup>

- الترك : أي ترك ما يقتضيه الدليل عن طريق الاستثناء والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته

- القطع : أي قطع المسائل عن نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الحكم الأول إلى الثاني

- المخالفة : أي مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الموضوع

+ أقوال العلماء في المعدول به عن سنن القياس ، كثير من الأصوليين يذكرونه في شروط الأصل المقيس عليه ، وبعضهم لا يراه شرطاً للأصل ، بل يراه شرطاً لحكم الأصل<sup>6</sup>

<sup>1</sup> لسان العرب ، المرجع السابق ص 2842

<sup>2</sup> المفردات في غريب القرآن ، المرجع السابق ، ص 327

<sup>3</sup> تقويم الأدلة في أصول الفقه ، الدبوسي ، تحقيق خليل محيي الدين الميس ، دار الكتب العلمية لبنان ، ط أولى 2001 ، ص 285

<sup>4</sup> الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ، حسن المشاط ، دراسة وتحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ، دار الغرب الإسلامي لبنان

ط 1 1986 ط 2 1990 ص 219 220

<sup>5</sup> مبدأ العدول عند الأصوليين وأثره في معالجة نوازل ( وباء كورونا ) ، قطب الريسوني ، مجلة الجامعة القاسمية للعلوم الشرعية والدراسات

الإسلامية ، المجلد 1 ، العدد 2 2021 م ص 80

<sup>6</sup> أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر الجزائر ، ط الأولى 1986 ج الأول ص 638 ، وانظر الإحكام للآمدي ،

المرجع السابق ، ص 246

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

**الخلاصة:** إن هذه الألفاظ كلها لها صلة بالاجتهاد الاستثنائي، فهو نوع من التخصيص للحكم العام وذلك بمخصص متصل أو بمخصص منفصل، أو بتخصيص العلة في صورة من صورها كما يقرر جمهور العلماء، أو بتخصيص العموم بالقياس أيضا عند الجمهور، أو بالاستحسان و الألفاظ الدالة عليه كالترك و القطع و المخالفة، فهي من معاني الاستحسان الاصطلاحي، لأن الاستحسان يأتي بمعنى ترك الحكم الأصلي و يأتي بمعنى قطع المسألة عن نظائرها وأشباهاها و يأتي بمعنى مخالفة ما يقتضيه القياس.

**الفرع الثالث : أقوال الفقهاء في العدول عن قاعدة القياس :** إختلف العلماء في اعتبار العدول وعدم اعتباره إلى مذهبين :

- **المذهب الأول** القائل باعتبار العدول وهم : جمهور الفقهاء والأصوليين الأمدى والرازي ومن وافقهم كالحنفية والكرخي بشروط، ومن المالكية كابن الحاجب وابن جزري وصاحب مراقي السعود<sup>1</sup> على قاعدتهم: ( ما كان على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس )

ويعللون خروج بعض الأحكام على خلاف القياس: ( بأن هذه الأحكام جرت على وفق حاجات خاصة تكاد تعم ، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس وكذلك فإن الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة )<sup>2</sup>

- **المذهب الآخر :** من ينكر اعتبار العدول كابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : ( فمن رأي شيئاً من الشريعة مخالفاً للقياس ، فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه ، ليس مخالفاً للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر، وحيث علمنا أن النص جاء بخلاف القياس ، علمنا قطعاً أنه قياس فاسد )<sup>3</sup>

<sup>1</sup> إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني ، تحقيق سامي بن العربي الأثري ، دار الفضيلة الرياض ط أولى 2000 ج الأول ص 869 ، ينظر الإحكام للأمدى الرجوع السابق ، ج 3 ص 246 إلى 287 وتقريب الوصول إلى علم الأصول

لابن جزري تحقيق محمد الأمين الشنقيطي ، ص 354 و نشر البنود على مراقي السعود ج الثاني ص 118

<sup>2</sup> التجديد الأصولي ، نحو صياغة تجديدية لعلم أصول الفقه ، إعداد جماعي بإشراف أحمد الريسوني ، دار الكلمة الأردن ، ط 1

2015 ص 344

<sup>3</sup> مجموعة الفتاوى ، المرجع السابق ، ص 274



## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

ويقول تلميذه ابن القيم الجوزية: ( فصل في بيان أنه ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس ، وأن ما يظن مخالفته للقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد :

إما أن يكون القياس فاسدا ، أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع )<sup>1</sup> وسار على هذا الرأي باحثون معاصرون قالوا : في الفصل الرابع القياس من المقدمة الثالثة :

(ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس : تأسيسا على مبدأ عقلانية الشريعة ، وبيان تحقيق هذه الخاصية في التشريع أن الأحكام الشرعية إنما هي مجموعة كبيرة من الفروع الفقهية المؤلفة لأبواب الفقه الإسلامي ...) <sup>2</sup> وهذه الفروع تنتظم في حزم ومجموعات ينتظم كل مجموعة منها قانون من القوانين الشرعية التي تتفاوت بين الضوابط والقواعد ، حتى تنتهي هذه القوانين إلى عدد قليل من المبادئ الجامعة لمقاصد التشريع وأهدافه.... وهذا الأصل مما يثري بابه القياس الفقهي إثراء عظيما ، إضافة إلى اعتبار هيئة النصوص ومراعاة مكانتها الكبرى في الاجتهاد، ومنع مصادمة الاجتهاد لها ، فإن في إهمال النص بحجة مخالفته القياس ترجيحا للاجتهاد عليه مع أن المنصوص عليه أصل بنفسه<sup>3</sup>

<sup>1</sup> إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لإبن القيم الجوزية ، راجعه وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل لبنان ج الثاني، ص 3

<sup>2</sup> التجديد الأصولي ، المرجع السابق ص 339-340

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 339-340

### المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد الاستثنائي ومجالاته:

وحتى نتصوّر الموضوع على حقيقته لا بد لنا من بيان أهميته في العملية الاجتهادية وكذا تحديد مجاله ومحله وذلك في فرعين

### الفرع الأول : أهمية الاجتهاد الاستثنائي

نقسم أهمية هذا النوع من الاجتهاد إلى قسمين نظري وتطبيقي في مجموعتين أساسيتين :

أولاً : القسم الأول أو المجموعة النظرية في النقاط التالية :

- الاجتهاد فريضة كفاية محكمة على الأمة يجب آدائها فعلا وواقعا استجابة لمقتضيات سنة التطور والتغير والاختلاف<sup>1</sup>

- فهم النصوص في ضوء أسبابها وملابساتها وظروفها

- الجمع بين صحيح المنقول وصريح المعقول

- مراعاة مبدأ التيسير والسهولة والتسامح في الشريعة الإسلامية

- مراعاة خاصية رفع الحرج والعنت في الأحكام عن المكلفين

- مراعاة الظروف الطارئة والأحوال المتغيرة وأنواع المناطق الخاصة والعامة<sup>2</sup>

ثانياً : القسم الثاني أو المجموعة التطبيقية في النقاط التالية :

- تفعيل الاجتهاد الفقهي التنزيلي بأنواعه الثلاثة ( إجتهد تحقيق المناط ، إجتهد ترجيحي ، إحداث قول جديد ) وبطرقه الثلاثة أيضا ( البياني والقياسي والاستصلاحي )<sup>3</sup>

- ضبط الاجتهاد التأصيلي والفروعي معا في مسار ناظم نظريا وتطبيقيا<sup>4</sup>

- إعمال مبدأ تعليل الأحكام الشرعية مع مبدأ التوفيق بين مقتضى القاعدة النظرية العامة وبين مقتضى الحياة الواقعية

- الحد من غلو التطبيق الآلي للقواعد المجردة وسوء نتائجه<sup>5</sup>

<sup>1</sup> بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله ، المرجع السابق، ص 73-74-76

<sup>2</sup> بحوث مقارنة..، المرجع السابق ، ص 73-75

<sup>3</sup> التجديد الأصولي ، المرجع السابق، ص 691-692-693

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ص 101

<sup>5</sup> المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، فتحي الدبرني ، مؤسسة الرسالة ، ط 3 2013 ص 486

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

- ملائمة الاجتهادات والفتاوى وتنزيلها وتطبيقها للسائل والحالة مع حفظ الضرورة والحاجة
- وصل النصوص بواقع الحياة وواقع العصر وربط النصوص الجزئية بالمقاصد الكلية<sup>1</sup>
- الجمع بين الأصول والفروع وبين الكليات والجزئيات في منهجية متكاملة ومنسجمة
- التمييز بين المقاصد الثابتة والوسائل المتغيرة والكليات من الجزئية
- التصدي للمستجدات والقضايا المعاصرة النازلة والطارئة بمنهج اجتهاد قويم
- مراعاة مبدأ مرونة الشريعة وصلاحتها لكل زمان ومكان

وأختم أهمية الاجتهاد الاستثنائي بهذه الكلمة الرّصينة البديعة المتينة لوصف هذه الشريعة :

يقول بن القيم رحمه الله تعالى ( فصل في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد )

بناء الشريعة على مصالح العباد في المعاش والمعاد : (هذا فصل عظيم النفع جدا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبنها وأساسها على الحكمة ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة على عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها)<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : مجالات الاجتهاد الاستثنائي

أي حدود المساحة الفقهية لتطبيق الاجتهاد الاستثنائي ، عندنا فيه مجموعة من المساحات الفقهية لتفعيل هذا النوع من الاجتهاد في المسائل العملية والمتمثلة في الآتي:

- 1- النصوص العامة وكذا الظنية، لأنها محل للاجتهاد
- 2- مجال تطبيق وتنزيل الأحكام ، وكذا تحقيق المناطات ومراعاة المآلات ، أي مجال فقه النوازل والمستجدات<sup>3</sup>

<sup>1</sup> دراسة في فقه مقاصد الشريعة ، يوسف القرضاوي، دار الشروق، القاهرة، ط3، 2008، ص 137-150

<sup>2</sup> إعلام الموقعين عن رب العالمين ، المرجع السابق ص 3

<sup>3</sup> المناهج الأصولية، المرجع السابق، ص 472 .

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

3- التشريع في باب المعاملات كالبيوع والمعاملات المصرفية المستجدة وتنظيم المجتمع في علاقاته مع المؤسسات المختلفة

4- التشريع في مجال تنفيذ النصوص الشرعية وتنزيلها، والمسائل الهامة التي تعم بها البلوى للعموم المسلمين قضايا الرعاية الصحية والتدابير الوقائية من الأوبئة والأزمات وكذا قضايا التعليم

5- التشريع في مساحة العفو والأمور التي اكتفت الشريعة فيها بوضع قواعد كلية وعامة، أي ما يُسمى بمساحة الفراغ التشريعي<sup>1</sup>

6- وكذا في مجال تغيير الأحكام ، أو الانتقال من حكم ظني أو تغيير تنزيل الحكم القطعي عند التطبيق لتحقيق مصلحة راجحة بسبب حدوث طوارئ أو ضرورات تمس حياة المكلفين إلى حكم آخر مغاير له يحقق مصلحة تقتضي القول به والعدول إليه<sup>2</sup>

7- من المحال القابلة للاجتهاد الاستثنائي حالات الضرورات التي صرحت بها الآيات القرآنية مثل قوله تعالى : ( فَمَنْ أُضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.. ) البقرة الآية 172

وقوله تعالى : ( فَمَنْ أُضْطَرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ) المائدة الآية 4  
وقوله تعالى : ( وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ بِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ) الأنعام الآية 120

وقد تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة ، حفاظا على النفس من الهلاك ، بخلاف الحالات العادية ، وعلى العموم فإن الناس عادة لا يسألون العلماء عن الأفكار الأصلية في الشريعة.

إذن أن الحلال بين والحرام بين ، وإنما يسألون غالباً عن الاحكام الاستثنائية بناء على معاذير مختلفة<sup>3</sup> وقد أوصل البعض حالات الضرورة إلى أربع عشرة حالة منها

(ضرورة الغذاء والدواء و الإكراه و النسيان و الجهل و السفر و المرض والعسر وعموم البلوى واستحسان الضرورة والمصلحة المرسله لضرورة والعرف وسد الذرائع وفتحها وحالة الظفر بالحق..)<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تجديد الأصولي، المرجع السابق، ص 698 الى 703.

<sup>2</sup> التجديد الأصولي ، المرجع السابق ص 698-701-702-703

<sup>3</sup> نظرية الضرورة الشرعية ، وهبة الزحيلي ، مؤسسة الرسالة بيروت ط 5 1997 ص 7 و 59

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 74-98-158-164-173-182 .

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

ويمكن حصر مجال الاجتهاد الاستثنائي في الحالات التالية :

\* حالات الضرورة : يقول الدريني : ( المصلحة الضرورية قانون إلهي أعلى يقضي على أحكام الشريعة كلها عند اقتضاء التطبيق... )

\* مواقع الضرورة مستثناة حتى من القطعيات بالإجماع لقوله تعالى : ( وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ .. ) الأنعام 120<sup>1</sup>

\* حالات الظروف الطارئة

\* الحالات الاستثنائية الخاصة والعامة

\* حالات المصالح المرسله ، وهذه المصالح قسمها العلماء إلى ثلاثة أقسام :

1- قسم الضروريات

2- قسم الحاجيات

3- قسم التحسينيات ، والقسمان الأول والثاني يعمل فيهما الاجتهاد الاستثنائي ، على رأي الإمامين الشاطبي والطاهر بن عاشور رحمهم الله .

أما القسم الثالث فلا يعمل فيه الاجتهاد الاستثنائي إلا عند الإمام القرافي... ومن وافقه

\* حالات الرخص ، والرخصة كما عرّفها الإمام الأسنوي بقوله : (هي الحكم الثابت على خلاف

الدليل لعذر هو المشقة والخرج)<sup>2</sup> وكما عرّفها ابن الحاجب هي ( المشروع لعذر مع قيام المحرّم لولا

العذر كأكل الميتة للمضطر والقصر والفطر في السفر واجباً ومندوباً ومباحاً )

والمشروع : ليتناول الفعل والترك<sup>3</sup>

ووجه الاستثناء في الرخص : يتجلى الاستثناء في الرخصة - باتفاق - أنها معدول بها عن الحكم الأصلي

لعذر، فالاستثناء فيها ظاهر ، ومدرك الاستثناء والعدول عن الأصل هنا المصلحة التي تُستجلب في

الحالة المستثناة المرخص فيها حال الاستثناء<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المناهج الاصولية ، المرجع السابق ص 471

<sup>2</sup> التمهيد في تخرّيج الفروع على الأصول للأسنوي ، تحقيق وتعليق محمد حسن هيتو ، مؤسسة الرسالة بيروت، ط 2 1981 ص 71

<sup>3</sup> تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزّي تحقيق محمد الأمين الشنقيطي ، المرجع السابق ص 343-344

<sup>4</sup> الاجتهاد الاستثنائي... عمر مونة ، المرجع السابق ، ص 129

## المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي

---

وأقسام الرخصة أربعة هي :

- أن تكون واجبة منها حل الميتة للمضطر
- أن تكون مندوبة منها القصر في السفر ثلاثة أيام فأكثر
- أن تكون مكروهة منها القصر في السفر أقل من ثلاثة مراحل
- أن تكون مباحة وهو كل ما رخص فيه من المعاملات كالسّلم والمساقاة والقراض<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> التمهيد المرجع نفسه ص 72-73

المبحث الثاني:

حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وللوقوف على مشروعية الاجتهاد الاستثنائي ومدى حجيته قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: الأول في حجيته من الأدلة الأصولية والثاني في حجيته من القواعد الفقهية والثالث في شواهد و نصوص علماء المالكية والرابع في ضوابط الاجتهاد الاستثنائي

### المطلب الأول : حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة الأصولية

في هذا المطلب بيان لحجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة الأصولية السمعية كانت ، كالقرآن والسنة أو عقلية كالقياس والاستحسان والمصلحة

### الفرع الأول : حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة السمعية

#### المسألة الأولى : حجية الاجتهاد الاستثنائي القرآن الكريم :

أولاً : الأحكام الواردة في بعض الآيات الناسخة والمنسوخة : تعتبر الآيات التي قال الكثير من المفسرين عنها إنها ناسخة أو منسوخة دليلاً على مشروعية هذا النمط من الاجتهاد ، لأن الحكمة من وقوع النسخ هي تحقيق مصالح الناس ورفع الحرج المترتب على الحكم المنسوخ أي : بمعنى آخر مراعاة ظروفهم العامة منها والخاصة<sup>1</sup>

يقول مصطفى شلي في مقدمة عن طريقة الشارع في التشريع ، كدليل عملي قوي على صحة تبدل الأحكام بتبدل المصالح : ( من الأمور المسلمة عند كل مسلم ثبوت النسخ والتدرج في التشريع ونزول الأحكام تبعاً للحوادث والمناسبات وكل ذلك يدل دلالة واضحة على تغيير الأحكام تبعاً لتغير المصالح أما النسخ فإن الحكم المنسوخ جاء في حالة خاصة ولمصلحة خاصة، فلما تبدلت تبدل الحكم )<sup>2</sup>

ثانياً : آيات الصبر والصفح والعتف والإعراض عن المشركين ونحو ذلك مما قال فيه كثير من المفسرين إنها منسوخة بأية السيف وهي قوله تعالى (اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَخْصِرُوهُمْ..)

التوبة الآية 5

<sup>1</sup> الاجتهاد الاستثنائي ، فاطمة أمين ، المرجع السابق ، ص 308-309

<sup>2</sup> تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد ، لمحمد مصطفى شلي ، مطبعة الأزهر، 1947



## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

والحق أن هذه الآيات لها مجال ووقت معين ، وآية السيف لها وقت ومجال آخر ، فالأمر هنا ليس من باب النسخ وإنما هو مبني على سبب يرتفع بارتفاعه ويعود بعوده وهو ما ذكره الإمام الزركشي في بيان النوع الثالث من أنواع النسخ

وقال رحمه الله : الثالث ما أمر به لسبب ثم يزول السبب كالأمر حين الضعف والقلة بالصبر وبالمغفرة للذين يرجون لقاء الله ونحوه من عدم ايجاب ذلك ، ثم قال وهذا ليس بنسخ في الحقيقة وإنما هو نسءٌ فالمنسأ هو الأمر بالقتال إلى أن يقوى المسلمون ، وفي حال الضعف يكون الحكم الصبر على الأذى<sup>1</sup> **ثالثاً** : آيات منع المباح لأجل تفادي الوقوع في الممنوع مثل قوله تعالى : (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...) النساء 19 وقوله تعالى : (وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ..) البقرة 229

وجه الاستشهاد : أن الله عز وجل نهي الزوج عن إمساك الزوجة وعضلها بقصد المضارة فأمره الله تعالى بالإمساك بالمعروف ونهاه عن المضارة بتطويل العدة عليها ، فالآية الكريمة دلت على منع التحايل على الشريعة الإسلامية وعلى منع الفعل المباح إذا أفضى إلى نتائج مضادة لما تحراه الشارع من المقاصد والغايات فالرجعة وإن كانت مشروعة لا تحل لمن قصد بها الإضرار . فهذه الآيات والتشريعات الواردة في القرآن الكريم وأمثالها كثير ، تدل دلالة ظاهرة على جواز الاستثناء والعدول عن الأصل العام بناء على موجبات المصلحة الشرعية وهذا العمل يقوم به المجتهد ليس فتياناً على الشرع ولا عملاً بالهوى والتشهي ، وإنما هو تتبع لسنن الشارع في طريقة تقريره للأحكام الشرعية.<sup>2</sup> **رابعاً** : أنواع من التخفيفات الشرعية في القرآن والسنة ، الدالة بمجموعها على العدول بالحكم الأصلي إلى الحكم الاستثنائي مراعاة للظروف والأحوال العامة والخاصة ، لأجل تحقيق المصلحة الشرعية جمعها الزحيلي في سبعة أنواع وهي :

- 1- تخفيف إسقاط: كإسقاط الجمعة والصوم والحج والجهاد ونحوها بأعذار معروفة
- 2- تخفيف تنقيص: كقصر الصلاة الرباعية وتنقيص الركوع والسجود للمريض إلى القدر الميسور
- 3- تخفيف إبدال: كإبدال الوضوء والغسل بالتميم وإبدال القيام في الصلاة بالقعود والصيام بالإطعام
- 4- تخفيف تقديم : كتقديم صلاة العصر إلى وقت الظهر وصلاة العشاء إلى الوقت المغرب في السفر والمطر وكتقديم الزكاة قبل حلول حولها

<sup>1</sup> الاجتهاد الاستثنائي، فاطمة أمين المرجع السابق، ص 309-310

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 312-313

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

5- تخفيف تأخير: كتأخير صلاة الظهر إلى وقت العصر وصلاة المغرب إلى وقت العشاء وتأخير صوم رمضان حال السفر والمرض إلى الإقامة والبرء

6- تخفيف ترخيص: أي تشريع الرخص الشرعية كرخصة التيمم ورخصة المسح على الخف ورخصة شرب الخمر لإزالة الغصة

7- تخفيف تغيير: كتغيير هيئة الصلاة المعروفة حالة الخوف ووقت التحام الصفوف ونحوها<sup>1</sup>  
وقد فصل في أنواعها العز بن عبد السلام في القواعد الكبرى تحت عنوان :

فصل في بيان تخفيفات الشرع و ذكر معها أنواع ومراتب من المشاق الموجبة لهذه التخفيفات<sup>2</sup>  
المسألة الثانية : حجية الاجتهاد الاستثنائي من السنة النبوية :

أولاً: الترخيص في اتخاذ الكلاب لمنافعها في الحرث والزرع والحراسة بالاتفاق :

قال ابن القيم رحمه الله : ( وقد اتفقت الأمة على إباحة منافع كلب الصيد من الاصطياد والحراسة ، وهما جُلُّ منفعه ، ولا يقتنى إلا لذلك ، فمن الذي رأى منفعه كُلبها محرمة ، ولا يصح أن تراد منفعه الشرعية ؟ فإن إعارته جاهزة )<sup>3</sup>

ورد في حديث أبي هريرة رضي الله عنه : ( من أمسك كلباً فإنه ينقص كل يوم من عمله قراط ، إلا كلب حرث أو ماشية ) وبلفظ آخر ( إلا كلب غنم أو حرث أو صيد )<sup>4</sup>

والاقتناء: من القينة وهي : الإتحاذ ، قال ابن عبد البر: في هذا الحديث إباحة اتخاذ الكلاب للصيد والماشية وكذلك للزرع لأنها زيادة حافظ وكرهه اتخاذها لغير ذلك ، إلا أنه يدخل في معنى الصيد وغيره مما ذكر اتخاذها لجلب المنافع ودفع المضار قياساً<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نظرية الضرورة الشرعية ، المرجع السابق ، ص 205-206

<sup>2</sup> القواعد الكبرى الموسوم ب قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، العز بن عبد السلام ، تحقيق نزيه كمال حمّاد وجمعة ضميرية ، ج 2 دار القلم دمشق ط أولى 2000 ص 12 إلى 22

<sup>3</sup> زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية ، تحقيق وتعليق يحيى بن محمد بن سُوس ومساعد بن كامل بن مصطفى بإشراف مصطفى بن العدوي ، دار بن رجب المنصورة ، ط أولى 2006 ج 6 ص 154

<sup>4</sup> رواه البخاري في الجامع الصحيح ، كتاب الحرث والمزارعة ، باب اقتناء الكلب للحرث

<sup>5</sup> فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق، ص 7.

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

الحاصل في اتخاذه - الكلب - : إذناً في مكملات مقصده ، كما أن المنع من لوازمه مناسب للمنع منه وهو استدلال قوي لا يعارضه إلا عموم الخير الوارد في الأمر من غسل ما ولغ فيه الكلب من غير تفصيل ، وتخصيص العموم غير مستنكر إذا سوغه الدليل ، وفيه ترجيح المصلحة الراجحة على المفسدة لوقوع استثناء ما ينتفع به مما حُرِّم اتخاذه<sup>1</sup>

أما ثمن الكلب فكرهه الإمام مالك ولم يفرِّق حيث قال: ( أكره ثمن الكلب الضَّاري وغير الضَّاري لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب )<sup>2</sup>

لكن علماء المذهب فرَّقوا قال ابن رشد : ( وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه ، واختلفوا في المأذون في اتخاذه ، فقبل حرام ، وقيل مكروه.... ثم قال : ومن فرَّق فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها النهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب مسموحة الاتخاذ )<sup>3</sup>

قال علماءنا : ( وقد اختلف في جواز بيع الكلاب للصيد والغنم.. )<sup>4</sup> أي : ( وفي الكلب خلاف )<sup>5</sup> فهذه النُّقول بيان لتخصيص العموم عند تعارض الأدلة خاصة إذا عزَّزه الدليل ، وكذا الجمع بين الدليل المبيح والمحرم وترجيح مصلحة راجحة على مفسدة ، وكل هذا علاقته ودلالته واضحة على حجية الاجتهاد الاستثنائي عند تنزيل الأحكام ، لأنه يصنع تكييفاً وتكثيفاً وانسجاماً وتوافقاً بين الأدلة المتعارضة وبين الأحكام المستنبطة منها أثناء تنزيلها على الواقع العملي .

<sup>1</sup> فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق، ص 8

<sup>2</sup> الموطأ للإمام مالك برواية يحيى الليثي مع الإشارة إلى رواية محمد بن الحسن الشيباني وأهم الفروق بين أشهر الروايات الأخرى ضبط وتخريج محمد صديق العطار، دار الفكر بيروت 2008 ، باب ما جاء في ثمن الكلب ص 401

<sup>3</sup> شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد شرح وتحقيق وتخريج عبدالله العبادي ، دار السلام القاهرة مصر ط 7 2018 ج 3، ص 1558-1559

<sup>4</sup> القوانين الفقهية لابن جزي، المرجع السابق ص 392.

<sup>5</sup> إرشاد السالك إلى أشرف المسالك على مذهب الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس لعبد الرحمن بن عسكر المالكي البغدادي دار الإمام مالك البلدة، ط الأولى 2023 ص 71

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

ثانيا: تركه عليه الصلاة والسلام قتل المنافقين كما في قوله صلى الله عليه وسلم رداً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ( لا يتحدث الناس أنه كان يقتل أصحابه )<sup>1</sup> ولفظ آخر ( لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه ) أي أتباعه في تفسير سورة المنافقين باب قوله : ( سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ لَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ ) المنافقون الآية 6

ووجه الاستدلال أو الاستشهاد : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكف عن قتل المنافقين مع ما في قتلهم من مصلحة التخلص من مكرهم وكيدهم بالمسلمين وبقاء المجتمع الإسلامي متماسكا ، لأنهم أكثر ضررا على المسلمين من أعدائهم الذين يقاتلونهم مواجهة ، لئلا يؤول ذلك إلى تنفير الناس عن الدخول في الإسلام وتشويه صورته<sup>2</sup>

### المسألة الثالثة: حجية الاجتهاد الاستثنائي من الإجماع

وإليك أمثلة من الاجماع الكثيرة الواردة في التشريع على تخصيص العام أو القاعدة العامة ، للدلالة والبرهنة على الاجتهاد الاستثنائي في المسائل التالية :

أولاً: القاعدة العامة أن ( الأمين ) لا يضمن ما في يده من مال استلمه من الغير لإصلاحه إذا هلك أو تلف ، بدون تَعَدُّ منه أو تقصير في الحفظ... غير أن الصحابة رضوان الله عليهم قد استثنوا من عموم هذه القاعدة ( الصُّنَاع ) كالخياط والتَّجَار... فقالوا بوجوب التضمين مبدئياً<sup>3</sup> ، ومن هنا قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه قولته المشهورة: ( لا يُصْلِحُ النَّاسُ إِلَّا ذَاكَ )

وانعقد الإجماع على ذلك ، ومن الأمثلة المعاصرة : الطَّبَّاحُ والخَبَّازُ والحَمَّالُ وكالات النقل للبضائع والملاح وغيرها من الصنائع التي طبيعتها الأجير المشترك.

ثانيا: انعقد الإجماع على استثناء ( الزوجة ) من عموم وجوب أداء صلاة الجمعة الثابت بقوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ .. ) ترجيحاً لحق الزوج ومقتضيات شؤون الأسرة ، ومستند هذا التخصيص هو الإجماع ، ومدركه هو مصلحة الأسرة<sup>4</sup>

1 رواه البخاري في كتاب المناسبة باب ما ينهى من دعوى الجاهلية

2 الاجتهاد الاستثنائي..، فاطمة أمين، المرجع السابق ص 314

3 المناهج الأصولية ، الدريني ، المرجع السابق ص 494

4 المرجع نفسه ، ص 498

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

**ثالثاً:** إجماع العلماء على أن من خرج من معتكفه في المسجد لغير حاجة ولا ضرورة ولا بر أمر به أو ندب إليه ، فإن اعتكافه قد بطل<sup>1</sup> ، فإذا خرج لضرورة أو حاجة ، أي استثناءً يصح اعتكافه .

**رابعاً:** وإجماع العلماء أيضاً على أن المكره على الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ، أنه لا يلزمه شيء من الكفر عند الله تعالى ، وأن خوف القتل إكراه<sup>2</sup> ، لأنه مستثنى من نطق بالكفر اختياراً أو مُكرهاً وقلبه غير مطمئن بالإيمان ، فهذا يلزمه الكفر.

### المسألة الرابعة : حجية الاجتهاد الاستثنائي من فقه الصحابة رضي الله عنهم

الصحابة هم من شاهدوا النبي صلى الله عليه وسلم وتلقوا عنه الرسالة المحمدية ، وهم الذين سمعوا منه بيان الشريعة فهم حجة على من بعدهم ، حيث كانت لهم اجتهادات فقهية مقاصدية صائبة وفي ظروف معينة عدلوا فيها عن الأدلة الأصلية والقواعد العامة منها ما يأتي:

**أولاً: منع الزوج بالكتابات :** كان هذا في فتح فارس باجتهاد من أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث بعث إلى عامله حذيفة بن اليماني رضي الله عنه على المدائن : ( بلغني إنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها.. ) فاستفسره حذيفة رضي الله عنه ، فرد له بقوله :

( لا بل حلال ، ولكن في نساء الأعاجم خلافة ، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم ) فكان اجتهاده استثناء من الأصل العام القاضي بإباحة الزواج منهن ، وتقييدا للمصلحة الخاصة مراعاة للمصلحة العامة باعتباره رئيساً للدولة من باب السياسة الشرعية ، ومدرك اجتهاده : دفع مفسدة موقعة المومسات والعواهر منهنّ وخشية تتابع المسلمين على زواجهن رغبة في جمالهن ، فتكثر العوانس في نساء المسلمين وفي هذا ضرر عام<sup>3</sup>

### ثانياً: منع قسمة سواد العراق :

الاقتضاء الأصلي أن تُحْمَسَ الأراضي المفتوحة عنوة وتُقَسَّم على الفاتحين لمقتضى عموم الآية المحكمة في قوله تعالى: ( واعلموا أنّما غنمتم من شيءٍ فإنّ لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل.. ) الأنفال الآية 41 ، لكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى في تطبيق الاقتضاء الأصلي على قسمة أراضي العراق مآلاً ضرورياً فناسب ذلك أن تستثنى هذه الأراضي ولا تقسم على الفاتحين<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أصول الفقه الإسلامي ج 1 الزحيلي ، المرجع السابق ص 593

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص 594

<sup>3</sup> الاجتهاد الاستثنائي... عمر مونة بتصرف ، المرجع السابق ص 49-50

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ص 53

ثالثاً: عدم قطع يد السارق عام المجاعة :

ففي عام المجاعة رأى عمر رضي الله عنه ، ألا يُقَدَّ حدّ السرقة.. وآه ظرفاً استثنائياً لما يحيط من الخصوصيات والملابسات التي تقضي استثنائه لأن في هذا العام لم يتحقق مناط القطع ، إذ انتفى معنى السرقة وارتفع موجب القطع ، فيرتفع الحكم تبعاً لارتفاع موجهه...

قال الباجي رحمه الله موجهاً قضاء عمر رضي الله عنه : ( ثم أمر بصرفهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر رضي الله عنه في عام الرمادة فإنه لم يقطع سارقاً )<sup>1</sup>

والحاصل أن هذا ما جاءت به القواعد الفقهية والضوابط الشرعية ، ومنها القاعدة

الفقهية المشهورة : ( الحدود تدرأ بالشبهات ) ولفظ ( الحدود تسقط بالشبهات )

وتطبيقاً لهذه القاعدة اشترط المالكية شروطاً في القطع منها : ( أن لا يُضطر إلى السرقة من جوع )<sup>2</sup>

والضرورة شبهة تسقط الحد ، فضرورة المجاعة تسقط الحد في سرقة الطعام وفي شرب الخمر، فمن شرها لضرورة المخمصة والإكراه سقط عنه الحد، لأن الإكراه شبهة تمنع الحد<sup>3</sup>

وقد ذكرتُ حالات الضرورة الشرعية ودخولها في مجال تطبيق الاجتهاد الاستثنائي ، لتحقيق المناطات ولمراعاة الظروف والأحوال الخاصة والعامة.

<sup>1</sup> الاجتهاد الاستثنائي ، عمر مونة بتصرف ، المرجع السابق ، ص 64-65

<sup>2</sup> القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية لابن جزى المالكي، تحقيق محمد سيدي

محمد مولاي ص 536

<sup>3</sup> القواعد الفقهية من خلال شرح التلقين للإمام المازري ( 536هـ ) ل سيدنا عالي ولد سيداتي بن امباله ، مطبعة الأمنية الرباط

الفرع الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة العقلية

المسألة الأولى: حجية الاجتهاد الاستثنائي من القياس

ونقصد هنا ما يسمى عند الأصوليين بقياس المناسبة ، وسنتحدث عن الوصف المناسب ثم عن المصلحة المرسلة.

أولاً: تعريف المناسبة :

1- تعريف الوصف المناسب لغة واصطلاحاً:

المناسبة لغة : المشاكلة والملاءمة والموافقة والمقاربة

المناسبة اصطلاحاً : عرّفها ابن الحاجب بقوله ( تعيين العلة في الأصل بمجرد إبداء مناسبة من ذات الأصل لا بنص ولا غيره )<sup>1</sup> وقريب منه جدا تعريف الشوكاني : ( تعيين العلة بمجرد إبداء المناسبة مع السلامة عن القوادح لا بنص ولا غيره )

يهون علينا أن تصابَ جسمونا ##### وتسلم أعراض لنا وعقول<sup>2</sup>

أما الوصف المناسب ويسمى أيضا ( الإخالة والمناسبة والاستصلاح والمرسل والمصلحة المرسلة والاستدلال ورعاية المقاصد وتخريج المناط ، وهذه العبارات وأن قصد بها معنى واحدا في الجملة إلا أن كلاً منها له حيثيته المختلفة ، لأن كل حكم بني على المصلحة ينظر إليه من ثلاث اعتبارات :

-إعتبار الوصف المناسب الذي يستوجب ترتيب الحكم عليه تحقيق تلك المصلحة

-إعتبار المصلحة المترتبة عليه

-إعتبار بناء الحكم على الوصف المناسب أو المصلحة ( بالمعنى المصدري )

فمن نظر إلى الاعتبار الأول عبّر به ، ومن نظر إلى الاعتبار الثاني عبّر به ، ومن نظر إلى الاعتبار الثالث عبّر به<sup>3</sup> والضابط هو : ( كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع ، وليس لها أو لجنسها القريب شاهد شرعي بالاعتبار أو الإلغاء ) ... والمناسبة هي عمدة القياس ومحل غموضه ووضوحه<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مختصر منتهى السؤل .. المرجع السابق ص 1084 وانظر تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى ، تحقيق محمد الأمين

الشنقيطي ، المرجع السابق ص 360

<sup>2</sup> إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص196

<sup>3</sup> أنظر هامش التقريب الوصول. المرجع السابق ص 409

<sup>4</sup> المرجع نفسه ص 409

ثانيا : تعريف الوصف المناسب

• تعريف لابن الحاجب رحمه الله وقوّاه الزحيلي في أصول الفقه الإسلامي وغيره وهو : ( وصف ظاهر منضبط يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصودا من حصول مصلحة أو دفع مفسدة )<sup>1</sup>

### 3- أقسام الوصف المناسب وحالاته:

يقسمه العلماء حسب عدة اعتبارات ، والتقسيم الذي له صلة ببحثنا ، هو تقسيم ابن الحاجب رحمه الله وهو كما يلي : ( مؤثر وملائم وغريب ومرسل )<sup>2</sup>

- حالات الوصف المناسب: ذكر العلماء للوصف المناسب ثلاث حالات وهي:

- أن يدل الدليل أو يشهد الشرع على قبوله واعتباره ، فهذا النوع لا إشكال ولا خلاف في إعماله وإلى ينقسم إلى مؤثر وملائم

- أن يدل الدليل أو يشهد الشرع على إلغائه وإهداره ، وهذا أيضا لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتباره

- ما لم يشهد له الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار، أي لا دليل على اعتباره أو إلغائه ، ويسمى المرسل

والوصف حيث الاعتبار يُجهلُ فهو الاستصلاح قل والمرسل<sup>3</sup>

وهذا الأخير- أقصد المناسب المرسل - القسم الرابع من تقسيم ابن الحاجب للوصف المناسب هو ما يسمّى بالمصلحة المرسلة

<sup>1</sup> مختصر منتهى السؤل المرجع السابق ، ص 1085

<sup>2</sup> مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، محمد سعد البوّبي، دار ابن الجوزي الدمام، ط 8 2020 ص 141 إلى 148

<sup>3</sup> نثر الورود المرجع السابق ص 505-506 ينظر الاعتصام، ج2، ص 113-114-115. و التجديد الأصولي، المرجع السابق،

ص 395-396



4- حجية الوصف المناسب و حكم التعليل به عند العلماء :

• حجية الوصف المناسب :

يقول الآمدي: حجة من اشترط المناسب أن الغالب من تصرفات الشارع أن تكون على وفق تصرفات العقلاء وأهل العرف..

وأيضاً الاتفاق من الفقهاء واقع على امتناع خلو الأحكام الشرعية عن الحكم إما بطريق الوجوب على رأي المعتزلة ، وإما بحكم الاتفاق على رأي أصحابنا أي الأشعرية<sup>1</sup>

- واعتبار المناسبة طريقاً من طرق تعليل الأحكام ، ومسلكاً من مسالك كشف العلة عند عامة الأصوليين واعتماد التكاليف الشرعية على تحصيل المصالح... ودفع المفسد عن العباد ، فما من تكليف إلا للشارع من ورائه جلب مصلحة للمكلف أو دفع مفسدة عنه

والدليل على رعاية الشارع مصالح العباد هو الاستقراء ، فإنه يدل على أن كل حكم من أحكام هذه الشريعة يشتمل على تحقيق مصلحة للعباد<sup>2</sup>

فقياس المناسبة : وهو المنبني على النظر المصلحي من تحصيل المصالح ودفع المفسد ، فهذا حجة عند جميع القائلين بالقياس ، والمراد بشهادة الشرع باعتباره هو أن الحكم الشرعي ورد على وفقه ، وإن لم ينص عليه أو يومئ إليه ، لكنه مستنبط منه<sup>3</sup> ، والقدح في المناسبة بما يلزم من مفسدة راجحة أو مساوية وجوبه : بالترجيح تفصيلاً أو إجمالاً<sup>4</sup>

• حكم التعليل بالوصف المناسب : انقسم الأصوليون في المسألة إلى مذهبين لكل حجته :

المذهب الأول الحنفية والشافعية لا يجوز التعليل به لأنهم أدخلوا المسألة في باب القياس ، أي أن الوصف المناسب لا بد له من أصل يقاس عليه بمعنى وجود مصلحة يجب إلحاقها بقياس ذي علة منضبطة.

• أما المذهب الثاني المالكية والحنابلة يجوز التعليل به لأنهم رأوا أن الوصف المناسب إذا كان مستوفياً

للشروط يصلح علة للقياس ، أي يكون دليلاً مستقلاً<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الإحكام في أصول الأحكام .. المرجع السابق ص 328-329

<sup>2</sup> التجديد الأصولي ، المرجع السابق ص 395

<sup>3</sup> تقريب الوصول إلى علم الأصول... تحقيق محمد الأمين الشنقيطي ، المرجع السابق ص 406

<sup>4</sup> مختصر منتهى السؤل والأمل ، المرجع نفسه ص 1145

<sup>5</sup> أصول الفقه محمد لأبي زهرة، دار الفكر العربي، 1958، ص 281-285

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

والفرق بين القياس والمصلحة المرسلة هو : أن المصلحة الملائمة - المرسلة - شهدت النصوص لجنسها في حين أن القياس شهدت النصوص لنوعها<sup>1</sup> ، وتفصيل الخلاف في الاحتجاج بالوصف المناسب أو بالمصلحة المرسلة ، يرجع إلى أربعة أقوال ذكرها الشاطبي في الباب الثامن في الفرق بين البدع والمصالح المرسلة والاستحسان

- ردها وعدم الاحتجاج بها....مالم تستند إلى أصل واعتبار ذلك وقبوله وهو مذهب مالك رحمه الله
- التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح ولكن بشرط قُربه من معاني الأصول الثابتة وهو مذهب معظم الحنفية والإمام الشافعي والجويني
- التفصيل بين اعتباره بشهود الشارع له خاصة في مرتبة التحسين للغزالي مع اختلاف قوله في مرتبة الحاجي<sup>2</sup>

### ثالثاً: تعريف المصلحة المرسلة:

- 1- تعريف المرسلة لغة :** بمعنى المنفعة، بمعنى الإطلاق ضد الإملاك أي هي التي ادعاها ملكاً مطلقاً أي مُرسلاً عن سبب معين ، ومعنى كونها مرسلة : أن الشريعة أرسلتها ، فلم تنط بها حكماً معيناً ولا يُلغى في الشريعة لها نظير معين له حكم شرعي فيقاس عليه ، فهي إذن كالفرس المرسل غير المقيد<sup>3</sup>
- 2- تعريف المصلحة اصطلاحاً:** لها عدة تعريفات منها  
-تعريف قال الطاهر بن عاشور: بأنها : ( ما يؤثر صلاحاً أو منفعة للناس عمومية أو خصوصية ملائمة قارة في النفوس في قيام الحياة )<sup>4</sup> وتعريف آخر: بأنها ( وصف للفعل يحصل به النفع الملائم للفطرة جلباً أو دفعا دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحاد)<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أصول الفقه الإسلامي ج 2 الزحيلي، المرجع السابق ص 811

<sup>2</sup> الاعتصام للإمام الشاطبي ، المكتبة التجارية الكبرى مصر، ج 2 ص 111-112 وانظر أيضاً الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة لحسن المشاط ، دراسة وتحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ص 249-250

<sup>3</sup> مقاصد الشريعة الإسلامية، الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، دار سُحنون للنشر والتوزيع تونس ، ط 8 2018 ص 93

<sup>4</sup> المرجع نفسه ص 71-72

<sup>5</sup> الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهب المالكي ، حاتم باي ، مجلة كويتية شهرية جامعة ، الإصدار 20 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ط أولى 2011 ص 66

**3- تعريف المصلحة المرسله مركباً وصفيًا :** إختار حاتم باي التعريف التالي للمصلحة المرسله وهو : ( الوصف المناسب غير المستند لأصل معين في الشرع شهد له بالاعتبار أصل شرعي كلي )<sup>1</sup> وفرّق عبد الوهاب خلاف بين المصلحة المرسله والاستصلاح بقوله ، الاستصلاح هو : ( استنباط الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها)<sup>2</sup> ويبدو أنه تعريف للاجتهاد في المصلحة المرسله ، لا للمصلحة المرسله بعينها وقریب منه تعريف مصطفى الزرقا : ( بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسله )<sup>3</sup> ومن جملة الأدلة الناهضة بحجة المصلحة المرسله ما يلي :

من عمل الصحابة رضي الله عنهم ، جمع المصحف في عهد أبي بكر الصديق وفي عهد عثمان بن عفان رضي الله عنهما

واقْتصار الجمع على حرف واحد من الحروف السبعة في عهد عثمان رضي الله عنه خوفاً من اختلاف الأمة على كتابها اختلاف اليهود والنصارى

حجية المصلحة المرسله من القول بالعموم المعنوي : وهذا من أعظم المسالك للدلالة على حجية المصالح المرسله ، ودليل هذا المسلك أي القول بالعموم المعنوي - الإستقراء للمعاني الجزئية للدلالة على المعاني الكلية ، وكذا مفهوم التواتر المعنوي • أقسام مقاصد الشريعة ( المصالح )

-المقاصد الضرورية : وهي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا

-المقاصد الحاجية : وهي مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق والمشقة والحرَج

-المقاصد التحسينية : وهي الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنُّب المدنسات<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الأصول الاجتهادية، المرجع السابق ص 88-92

<sup>2</sup> مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، عبد الوهاب خلاف ، دار الكتاب العربي بمصر 1954 ص 73 أنظر أيضا الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة دراسة تحليلية في أصول سياسة التشريع ومقاصده وتاريخه ، عبد الرحمن السنوسي ، الوعي الإسلامي ط 1 2011 ص 407

<sup>3</sup> المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم دمشق ط الأولى 1998 ج 1 ص 100

<sup>4</sup> الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ، المرجع السابق ج 2 ص 324 إلى 327

وزاد الطاهر ابن عاشور تقسيمين آخرين هما: <sup>1</sup>

- قسم إلى كلیّة وجزئیّة ، الكلیّة : وهي ما كان عائداً على عموم الأمة أو كان عائداً على جماعة عظيمة أو على قطر منها والجزئية أو الخاصة: وهي مصلحة الفرد أو الأفراد القليلة
  - وقسم آخر إلى قطعية وظنيّة و وهميّة.
- الأمثلة المعاصرة في أعمال النظر المصلحي ، وقبل المبادرة إلى التحريم وسد أبواب الاستصلاح اليك ما يلي:

- 1-** بعض المسؤولين والموظفين بوظائف تكون إما محرمة في أصلها أو يدخلها الحرام والفساد في بعض صورها ولوازمها ، فمن تولّاها وهو كاره لها لكنه قبلها ليقوم بما يستطيع من تقليل الحرام والفساد والظلم ، فهذا مصلح ومحسن ومأجور على عمله هذا ومعذور فيما يسكت عنه من فساد وحرام لا يقدر على تغييره.. مثل العمل في الإدارات
- أ- مثل العمل في الإدارات الحكومية التي : تمنح تراخيص بيع الخمر أو انتاجه أو تتولى المرافقة القانونية في هذا المجال فهذه الأمور وأمثالها عادة ما تكون لها شروط وضوابط تترتب على مخالفيها عقوبات بالمنع أو الإغلاق أو السجن ، وقد يتولى الإشراف عليها متساهل متغاض يوسع دائرة الحرام والفساد فيكون شريكا ومعينا، أو يتولى الإشراف عليها من يُضيقُ الخناق على الحرام ويُشدّد على الفساد ، فهذا إنما يقوم بالتضييق والتقليل لدائرة الحرام والفساد ، فعمله على هذا الأساس جائز ومطلوب ومأجور عليه ولا يحاسب على ما لا يقدر على تغييره ولا سبيل له على منعه. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة لابن عاشور ، المرجع السابق ص 96- 97 ، أنظر أيضا مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية لمحمد اليوبي .

<sup>2</sup> التجديد الأصولي المرجع السابق ص 438-439

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

ب- من هذا الباب أيضا تولى إدارة المؤسسات الإعلامية كإذاعة أو تلفزيون فيها كثير من الفساد والمخالفة للشرع ، ولكن بغية تكثير صلاحها ونفعها وتقليل فسادها وضررها على شرط أن يحصل ذلك بالفعل ، لا أن يكون مجرد نية وأمنية ، هل يمكن هذا ؟ نظريا ممكن لكن الواقع يحتاج إلى ضوابط وشروط لتحقيقه.

ولا شك في أن هذا المسلك خطر وحرص لا ينبغي لكل أحد أن يغامر بولوجه ودخوله كما لا تجوز الفتوى لكل أحد بجوازه وإنما هو لصاحب العزيمة والشكيمة الذي (يحذر الآخرة ويرجو رحمة ربه )

### ج- ومن الاجتهادات المعاصرة ذات الآثار المصلحية

الفتوى بجواز المساهمة أو التعامل في أسهم شركات أصل نشاطها حلال ، ولكنها تودع أو تقترض بالربا في حدود قليلة : ومستندتها تطبيق قاعدة رفع الحرج ، والحاجة العامة وعموم البلوى ، ومراعاة قواعد الكثرة والقلة ، وجواز التعامل مع من كان أغلب أمواله حلالا والاعتماد على مسألة تفريق الصفقة عند بعض الفقهاء ، وعلى ذلك معظم هيئات الفتاوى والرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية<sup>1</sup>

القياس حجة والمصالح المرسلة أولى بالحجية منه :

فحجية قياس مصلحة كلية حادثة في الأمة لا يعرف لها حكم على كلية ثابت اعتبارها في الشريعة باستقراء أدلة الشريعة الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي ، أولى بنا وأجدر بالقياس وأدخل في الاحتجاج الشرعي ، وقد قال ابن العربي : ( المصلحة من أقوي أنواع القياس )<sup>2</sup>

ولبيان إندراج المصالح المرسلة في المفهوم العام للقياس يقول حاتم باي :

( إن حقيقة القياس هو إلحاق فرع بأصل لعللة جامعة بينهما، وهذا متحقق في الاستدلال المرسل بتسمّح، فالأصل هو الجنس المصلحي المستقرّ من فروع التشريع، والفرع هو المسألة التي يراد إثبات الحكم لها، أما العلة الجامعة فهي المصلحة الموجودة في الفرع والمشمولة بجنس المصالح... وعلى هذا، فإن كل أركان القياس متحققة في الاستدلال المرسل أو القياس المرسل )<sup>3</sup>

<sup>1</sup> التجديد الأصولي، المرجع السابق، ص 440

<sup>2</sup> الأصول الاجتهادية ، المرجع السابق من 185 إلى 197

<sup>3</sup> المرجع نفسه ص 217-218

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وقد أطلتُ الكلام في الوصف المناسب أو قياس المناسبة كما يُسمّى ، وهو من أدقّ مسالك التعليل وأساسه ومُستندُه المصلحة ، وذلك لاعتباره وصفاً مناسباً يستوجب ترتيب الحكم عليه أو لاعتبار المصلحة المترتبة عليه ، فمتى ظهرت أو لاحت مصلحة ملائمة لقانون الشرع وسُنَّه في الواقعة والنازلة أعطيناها حكماً مناسباً من هذا الاعتبار، ولا يهمننا إن دخلنا من باب القياس على قول الحنفية والشافعية أو بالاستدلال المرسل قياساً وتسمّحاً على حد تعبير حاتم باي ، أو من باب المصلحة المرسلة كدليل مستقل على قول المالكية والحنابلة ، ولمراعاة الظروف الاستثنائية والطارئة والأحوال المتغيرة والمناطق الخاصة والعامة ، يأتي الاجتهاد الاستثنائي بمفهومه ومحدداته ، لضبط العملية الاجتهادية قصد تحقيق المصلحة ، إما بمراعاة الظروف الجديدة للواقعة أو بإخراج الواقعة والنازلة من مناط إلى آخر أو بالعدول بها من حكم أصلي إلى آخر تبعي ، وهنا تظهر صلة وحجّية للاجتهاد الاستثنائي عن طريق دليل المصلحة المرسلة.

وأرى أنه من المناسب أن أختم الكلام عن الوصف المناسب بكلام أجود في المناسبة للعز بن عبد السلام رحمه الله يقول فيه : ( فصل في مناسبة العلل لأحكامها وزوال الأحكام بزوال أسبابها

الضروريات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصلحتها ، والجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءاً لمفاسدها والنجاسات مناسبة لوجوب اجتنابها، والقيام بأعباء الولايات مناسب لتفويضها وتقليدها ، والفضل في ذلك مناسب لتقديم الأفضل فالأفضل ، والإكرام مناسب لاختصاص أهل التقوى والإهانة مناسبة لاختصاص أهل الطغوى<sup>1</sup>

<sup>1</sup> القواعد الكبرى، المرجع السابق ج 2 ص 7

المسألة الثانية : حجية الاجتهاد الاستثنائي من الاستحسان

أولاً: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً :

1- الاستحسان لغة: استفعال من الحسن وهو عدُّ الشيء واعتقادهُ حسناً

قال تعالى: (الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ..) الزمر الآية 17

والاستحسان: منه مستحسن من جهة العقل ومستحسن من جهة الهوى ومستحسن من جهة الحسّ

2- تعريف الاستحسان اصطلاحاً : للعلماء تعاريف عدّة نذكر منها

- تعريف الإمام أبي الوليد الباجي وهو: ( طرد القياس يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم ، ويستحسن

في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الموضوع ، من تخفيف أو مقارنة.. ) وهو أيضا

لابن رشد الجد<sup>1</sup>

- وتعريف آخر للإمام الكرخي وهو : (العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى

يقتضي هذا العدول) ويلزم عليه أن يكون العدول عن العموم التخصيص استحسانا<sup>2</sup>

- تعريف آخر للاستحسان وهو: ( ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس )<sup>3</sup>

- تعريف حاتم باي للاستحسان وهو: ( تقديم للاستدلال المرسل على الدليل العام في بعض مقتضياته

على طريق الاستثناء )<sup>4</sup>

ثانياً: حجية الاستحسان: الاستحسان من الأصول الاجتهادية، أي المختلف فيها بين المذاهب

الفقهية، وما يَهْتَمُّنا هنا هو أدلة القائلين به عموماً وهم الحنفية والمالكية والحنابلة

- إستثناساً بقوله تعالى: (وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمْ الْعَذَابُ بَعْتَةً وَأَنْتُمْ

لَا تَشْعُرُونَ ) الزمر 52

- الأخذ فيه ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين قال تعالى : (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ

الْعُسْرَ ..) البقرة 184

<sup>1</sup> الأصول الاجتهادية.. حاتم باي ، المرجع السابق ص 267

<sup>2</sup> المسودة في أصول الفقه ، لابن تيمية ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني القاهرة ص 453 وانظر تقريب

الوصول تحقيق الشنقيطي ص 399

<sup>3</sup> معجم التعريفات، المرجع السابق، ص 19

<sup>4</sup> الأصول الاجتهادية، المرجع نفسه، ص 275

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

- قول ابن مسعود رضي الله عنه : ( ما راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ) رواه احمد في كتاب السنة. وقال أصبغ رحمه الله : ( سمعت ابن القاسم يقول ويروي عن مالك أنه قال : تسعة أعشار العلم الاستحسان وقول أصبغ : ( الاستحسان عماد الدين وقل ما يكون الغريق في القياس إلا مخالفاً للسنة )<sup>1</sup> وعند الشاطبي في الاعتصام عن الإمام مالك قوله : ( إن المغرِق في القياس يكاد يفارق السنة ) أما حجية الاجتهاد الاستثنائي ، فتكمن في : ( أنه يشترك مع الاستحسان في مسلك وطريق واحد وهو: العدول عن الدليل الأصلي الى الدليل التبعي ، كما يُعمَلُ بهما معاً وفق المناسبات المعقولة ) أي في الأحكام المعللة وحسب ما تفضيه المصلحة جلباً أو المفسدة دفعاً ، وقد نقل الإمام الشاطبي عن ابن العربي المالكي رحمهما الله أربعة أقسام : ( ترك الدليل للعرف وتركه للمصلحة وتركه لإيثار التوسعة وهذه الثلاثة في باب المعاملات والرابع ترك الدليل ليسر ورفع المشقة ، وهذا بين العبادات والمعاملات)<sup>2</sup>

وتظهر حجية الاجتهاد الاستثنائي من هذه التُروكاتِ والعُدُولاتِ التي قال عنها الإمام ابن العربي: (فهذا نموذج من نظائر الاستحسان ، وكل مسألة منه مبيّنة في موضعها، ذلك لتعلموا أن قول مالك وأصحابه : استحسّن كذا ، وإنما معناه أوثر ترك ما يقضيه الدليل على طريق الاستثناء والرخص بمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته..)<sup>3</sup>

إضافة إلى الاجتهادات العُمريّة المُستدلّ بها سابقاً ولها طابع الاستثناء وفق المسألة الواقعة في حينها حيث كانت اجتهادات عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، إما ترك حدّ كما في عام الرمادة أو عدم تطبيق حكم كما في أرض سواد العراق ، وإما في منع وتقييد مباح وسدّ ذريعة كما في منع الزواج بالكتابات وكلها عدولات وتروكات تصلح حُجّةً للاجتهاد الاستثنائي ومنه الاستحسان.

<sup>1</sup> الأصول الاجتهادية، المرجع السابق، ص 301-306

<sup>2</sup> الاعتصام ، المرجع السابق ص 139

<sup>3</sup> المحصول، المرجع السابق ص 132



ثالثاً: أمثلة الاستحسان على الاجتهاد الاستثنائي :

- ترك الدليل للعرف: ردّ الإيمان للعرف كقوله (والله لا دخلتُ مع فلان بيتاً) فهو يحنث بدخول كل موضع يسمّى بيتاً، والمسجد يسمّى بيتاً ، ألا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ فلا يحنث

- ترك الدليل لمصلحة: كما في تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً ، وتضمين لسماسرة المشتركين ، وحمّال الطعام على رأي مالك ، فإنه ضامن لحقّ عنده بالصنّاع ، والسبب في ذلك أي تضمين الصنّاع<sup>1</sup> تحقيق المصلحة العامة

- ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته: لرفع المشقة وإيثاراً لتوسعة على الخلق ، فقد أجازوا التفاضل اليسير في المرافلة الكثيرة<sup>2</sup>

قال مالك : الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مُرافلةً أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد إذا كان وزن الذهبين سواء عيناً بعين، وان تفاضل العدد والدرهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدنانير<sup>3</sup>

والأصل المنع في الجميع لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ( الذهب بالذهب وزناً مثلاً بمثل والفضة بالفضة وزناً مثلاً بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا ) رواه مسلم

ووجه ذلك أنّ التّافه في حكم العدم ولا تنصرف إليه الأغراض غالباً ، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة ، وهما مرفوعان عن المكلف<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المرافلة : ( يبيع ذهباً به وزناً أو فضةً كذلك ) أنظر شرح حدود ابن عرفة لحمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الاجفان والظاهر المعموري دار الغرب الإسلامي لبنان 1993 ط1 ص 341

<sup>2</sup> المرافلة، المرجع السابق، ص 341

<sup>3</sup> الموطأ للإمام مالك ، المرجع السابق باب المرافلة ص 389

<sup>4</sup> الجواهر الثمينة المرجع السابق ص 222-223

المسألة الثالثة: حجية الاجتهاد الاستثنائي من سد الذرائع

أولاً: تعريف سد الذرائع لغة و اصطلاحاً:

السُّدُّ والسَّدُّ : الجبل والسُّدُّ: الردم لأنه يُسَدُّ به

**1- لغة: والسُّدُّ :** كل بناء سُدَّ به <sup>1</sup> قال تعالى : (قَالُوا يٰذَا الْقُرْنَيْنِ اِنَّ يٰجُوجَ وَمَاجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى الْاَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلٰى اَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سُدًّا قَالَ مَا مَكَّنِّى فِىهِ رَبِّى خَيْرًا فَاَعِينُونِ بِقُوَّةٍ اَجْعَلَ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا) الكهف الآيتان 90،91 .

**الذريعة لغة :** السبب إلى الشيء ، وهي الوسيلة : قد تدرِّع فلان بذريعة ، أي توسل والجمع الذرائع. <sup>2</sup>

**2- تعريف سد الذرائع اصطلاحاً:** هناك عدة تعريفات نذكر منها التالي

**تعريف نسبه أبو زهرة للشرعيين وهو:** (ما يكون طريقاً لمحرّم أو محلل، فإنه يأخذ حكمه) <sup>3</sup>

**التعريف الثاني وهو:** ( منع الوسيلة المأذون فيها المفضية إلى الممنوع شرعاً إفضاء ظنياً ، ترجيحاً لفساد المآل على مصلحة الوسيلة في اقتصائها الأصلي) <sup>4</sup> وقال ابن رشد رحمه الله : **باب في بيوت الذرائع الربوية**

وهنا شيء يعرض للمتبايعين : إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصدٍ إلى ذلك بيع ربوي مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دَفَعَ عشرة دنانير في عشرين إلى أجل وهذا هو الذي يعرف ببيع الآجال <sup>5</sup>

<sup>1</sup> لسان العرب المرجع السابق ص 1996

<sup>2</sup> لسان العرب المرجع السابق، ص 1498

<sup>3</sup> أصول الفقه لأبي زهرة المرجع السابق ص 288

<sup>4</sup> الأصول الاجتهادية حاتم باي المرجع السابق ص 432

<sup>5</sup> شرح بداية المجتهد ج 3 المرجع السابق ص 1590

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

أن الشارع أمر بالاجتماع على إمام واحد في الإمامة الكبرى وفي إمامة الجمعة والعيدين....  
وصلاة الخوف مع كون صلاة الخوف بإمامين أقرب إلى حصول صلاة الأمن - حصول الأمن -  
ومع ذلك الاجتماع على إمام واحد سداً لذريعة التفريق والاختلاف والتنازع وطلباً لاجتماع القلوب  
وتوحيد الكلمة ، وهذا من أعظم مقاصد الشرع، وقد سد ذريعة إلى ما يناقض هذا المقصد بكل طريق  
حتى في تسوية الصف في الصلاة لئلا تختلف القلوب.<sup>1</sup>

ثانياً: أقسام الذرائع أربعة وهي كما يلي :

1- ما يكون أداؤه إلى الفساد قطعياً مثل سب الأصنام المؤدي إلى سب الله تعالى ، وهذا يجب سده  
إجماعاً

2- ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً مثل تجاور البيوت خشية الزنى ، وهذا لا يجب سده إجماعاً

3- ما يكون ترتب المفسدة على فعله غالباً مثل بيع السلاح وقت الفتن وبيع العنب لمن يعصرها خمراً  
وهذا يلحق بالقطعي ، لأن سد الذرائع يوجب الاحتياط للفساد ما أمكن الاحتياط

4- ما يكون أداؤه إلى الفساد كثيراً مثل البيوع الآجال المعروفة التي تتخذ ذريعة إلى الربا، وهذه اختلف  
العلماء في حكمها<sup>2</sup>

أي أن للذرائع الأحكام الفقهية الخمس: الواجب والحرام والمندوب والمكروه والمباح<sup>3</sup>

وسد الذرائع وجه من وجوه الاستثناء بالرأي يسلط على دائرة النص في أحوال مخصوصة يرجع أغلبها  
إلى معنى الخوف من أن يؤدي تطبيق الحكم الأصلي الوارد في النص إلى مآل غير مشروع في بعض  
الاحوال والظروف ، بحيث يصبح النص وهو وسيلة الشارع إلى تعيين مراده ذريعة إلى حصول نقيض  
مقصوده<sup>4</sup>

<sup>1</sup> إقامة الحجة بالدليل شرح على نظمن ابن بادى لمختصر خليل، محمد باي بالعالم، دار ابن حزم، ط 2007، ج 4 ص 496-497.

<sup>2</sup> أصول الفقه أبو زهرة المرجع نفسه ص 288 إلى ص 291 أنظر أيضاً أصول الفقه الإسلامي الزحيلي ج 2 ص 885-886  
ومقاصد الشريعة لابن عاشور ص 129 130 وكذا نثر الورود المرجع السابق ص 585-586

<sup>3</sup> إيصال السالك في أصول الإمام مالك ل سيدي محمد يحيى الولاقي ، عُنى به محمد أوادير مشنان ، دار الإمام مالك الجزائر  
ط 2013 ص 141-142 أنظر أيضاً نفس المرجع تعليق مراد بوضابه ، دار ابن حزم ط 1 2006 ص 172

<sup>4</sup> الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة ، المرجع السابق ص 439

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وهو أصل من الأصول العُمريّة الواضحة ، فقد عُرف عمر رضي الله عنه بسياسته الوقائية وإجراءاته الردعية...وهو أيضا - سد الذرائع - أصل مقصود الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد<sup>1</sup>

المسألة الرابعة: حجية الاجتهاد الاستثنائي من مراعاة الخلاف

أولا: تعريف المراعاة لغة واصطلاحاً:

**1- لغة:** المراقبة والمناظرة أي من راعى الأمر نظر إلى أين يصير ولاحظه

أو من راعيتُ فلانا مراعاة ورعاً إذا راقبته وتأملتُ فعله<sup>2</sup>

قال تعالى : (يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رُعِنَا وَتَقُولُوا أَنْظِرْنَا وَاسْمِعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ) البقرة 103

**2- تعريف الخلاف لغة :** المضادة ، وقد خالفه مخالفةً وخِلافاً

ويُقال : خَلَفَ فلان بعقبِي إذا فارقه على أمر فصنع شيئاً آخر<sup>3</sup> قال تعالى : (فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلْفَ رَسُولِ اللَّهِ..) التوبة جزء من الآية 82

وهو ضد الاتفاق، مراعاة الخلاف : اعتبار وملاحظة ما وقع من اختلاف بين العلماء

**3- تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً :**

- **التعريف الأول وهو:** ( إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل آخر )<sup>4</sup>

والمراعى في الحقيقة إنما هو الدليل لا قول القائل

- **التعريف الثاني وهو:** ( ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه )<sup>5</sup>

- **التعريف الثالث وهو:** (عمل المجتهد بدليل المخالف في مدلوله أو بعضه في حالة بعد الوقوع لترجحه على دليل الأصل )<sup>6</sup>

<sup>1</sup> نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، أحمد الريسوني ، المعهد العالمي للفكرة الإسلامي الولايات المتحدة الأمريكية

ط 4 1995 ص 90

<sup>2</sup> لسان العرب ص 1677

<sup>3</sup> لسان العرب، المرجع السابق، ص 1239

<sup>4</sup> شرح حدود ابن عرفة، المرجع السابق ص 263

<sup>5</sup> مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، محمد قرون، دار البحوث والدراسات الإسلامية الإمارات، ط 1 2002 ص 73

<sup>6</sup> الأصول الاجتهادية. المرجع السابق ص 591

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

إشتهر عن مالك ومذهبه مراعاة الخلاف وأن ذلك من الأصول التي بنوا عليها بعض الفتاوى المالكية ومراعاة الخلاف : هي أن يكون المذهب في المسألة كذا وكذا ، فإذا وقعت على خلاف ما في المذهب ولكن على وفق ما في مذهب آخر أو قول آخر من أقوال أهل العلم ، فإن الفتوى في المذهب بعد الوقوع تكون بتصحيح ما وقع وإمضائه عملاً بالمذهب المخالف الذي يصحح ذلك أصلاً ، والإشكال الوارد هنا من الشاطبي هو أن المالكي في هذه الحالة يتنازل عن الدليل الذي يعتقد صحته أو رجحانه على الأقل ويعمل بدليل يعتقد بطلانه أو مرجوحته على الأقل ويجوز بعد الوقوع ما لم يكن جائزاً قبله وتكون مراعاة الخلاف فيما وقع من الأمور والأفعال والنوازل وهو ما تؤكد أكثر الأقوال وتؤيده أكثر الفروع التطبيقية.<sup>1</sup>

ثانياً: حجية مراعاة الخلاف :

إستدل المالكية على قاعدة مراعاة الخلاف بنصوص منها :

قوله تعالى : (يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُحْلُوا شَعْرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَئِدَ وَلَا ءَامِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامَ يَنْتَعُونَ فَضلاً مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَاناً ...) المائدة 3

فالله تعالى بيّن أن النهي عن استحلال المشركين الأمين البيت الحرام هو ابتغائهم فضل الله ورضوانه مع كفرهم به سبحانه وتعالى الذي لا تصح معه عبادة ولا يقبل معه عمل ، وهذا فيه نوع من الاعتبار والمراعاة لزعمهم الباطل أنّ فيه عبادة لله تعالى ، فكيف لا يراعى خلاف عبده مسلم وتُسْتَبْعَد عبادته الواقعة على وجه دليل شرعي لا يقطع بخطئه فيه ، وإن كان يُظن ذلك ظناً.

<sup>1</sup> نظرية المقاصد ، المرجع نفسه ص 127

وحديث عائشة رضي الله عنها قالت : كان عتبة ابن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أنّ ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ، فقال : ابن أخيه قد كان عهد إلي فيه ، فقام عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا\*<sup>1</sup> إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي عهد إليّ فيه ، فقال عبد بن زمعة : يا رسول الله أخي وابن وليدة أبي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ( هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه يا سودة لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله ) متفق عليه<sup>2</sup>

وجه الدلالة من الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أعمل دليل الفراش فأثبت به النسب لزمعة وراعى دليل الشبه فأمر سودة بالاحتجاب من المولود لشبهه بعتبة ، وهذا فيه إعمال كل واحد من الدليلين المتعارضين فيما هو فيه أرجح ، وهو معنى مراعاة الخلاف كما عرفها ابن عبد السلام شيخ ابن عرفة<sup>3</sup>

وقد اعترض على حجيته بعض فقهاء المذهب منهم القاضي عياض واللخمي

قال الونشريسي: ( والقول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء ، ومنهم اللخمي وعياض وغيرها من المحققين ، حتى قال عياض : القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس )<sup>4</sup>

وجعله الإمام الزّجّاجي من أسباب اختلاف فقهاء المذهب ، وذكر في ذلك مسائل منها

-هل تعيد المستحاضة الغسل بعد انقطاعه ؟ ، ومسألة المسبوق إذا لم يرفع ويدرك الإمام ، ومسألة

الرجوع في زكاة الخلاء ، ومسألة قسمة مال المسلم مجهول العين والموضع في الحرب

-النكاح المختلف فيه ، هل يفسخ بطلاق أو بغير طلاق؟<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \* تساوقا أي تدافعا وتخاصما فيه

<sup>2</sup> ورواه مالك في الموطأ ، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه

<sup>3</sup> مدارك الاستدلال في المذهب المالكي، نبيل موفق ، سامي للنشر والطباعة الوادي ط 1 2019 ص 197-198

<sup>4</sup> مراعاة الخلاف، المرجع السابق ص 150

<sup>5</sup> المهذب في أسباب اختلاف فقهاء المذهب عند الإمام أبي سعيد الزّجّاجي المالكي ، عبد الكريم حامدي ، دار ابن حزم لبنان ط1

2014 ص 440 إلى 445

أمثلة لمراعاة الخلاف مسألة السلم إلى أجل قريب

إن وقع السلم إلى أجل قريب - أقل من الشهر - يفسخ عند المالكية ، كما جاء في المدونة عن مالك قوله : ( لا خير فيه حتى يكون إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض ) وهو قول ابن القاسم أيضا إلا أن الإمام مالكا سئل عن الرجل يشتري الطعام المضمون إلى يومين يوفيه إياه قال: لا بأس به فلم يقل بفسخه مراعاة لمن أجاز السلم إلى أجل قريب ، وقال ابن حبيب: لا يفسخ مراعاة للاختلاف<sup>1</sup> إذن قاعدة مراعاة الخلاف اختلف فقهاء المذهب في اعتبارها أو عدم اعتبارها أصلاً من الأصول وبغض الطرف عن الاختلاف ، فإن لها حجية وأساس في الاجتهاد الاستثنائي وذلك من حيث استعمالها في قاعدة الاستصلاح ، أي جلب المصلحة ودفع المفسدة عن المكلفين ، وأيضا لتحقيق بها مبدأ رفع الحرج والمشقة ونراعي التيسير على الناس ، وهي أيضا أساس في اعتبار مالات الأفعال، فإذا كان دليل المذهب وقوله لا يُحقق مصلحة شرعية في المسألة بعد الوقوع فيها والتلبس بها، فوجب مراعاة قول المخالف وإعمال دليله في مُقْتَضَى مدلوله لتحقيق مصلحة شرعية راجحة.. وهذا نوع من الاجتهاد الاستثنائي محلاً وقصداً ، لأن هناك متغيرات جديدة حدثت ومعطيات ظهرت دفعت بالمجتهد إلى إعادة النظر والاجتهاد وفقها في المسألة واستثنائها عن غيرها.

<sup>1</sup> مراعاة الخلاف ، المرجع نفسه ص 500-501

المسألة الخامسة : حجية الاجتهاد الاستثنائي من ما جرى عليه العمل (المأجريات)<sup>1</sup>

أولاً: تعريف الماخریات لغة واصطلاحاً:

**1- لغة:** من فعل جَرَى الماء ، وأَجْرَاهُ وجاراهُ مُجَارَةً وجِراءً : جرى معه

قال تعالى: (وقال أَرَكِبُوا فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ نُجِرَآهَا وَفُرْسَآهَا ) 41 هود هما مَصْدَرَا جرى وأَجْرَى<sup>2</sup> أي وقت

إجرائها و وقت إرسائها ، وقال ابن الأعرابي: ومنه قولك أَجْرَيْتُ عليه كذا أي أدمتُ له

والجَرِيَّةُ : الجارى من الوظائف ، وفي الحديث قال عليه الصلاة والسلام ( إذا مات الإنسان انقطع عنه

عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقةٍ جاريةٍ أو عِلْمٍ يُنتَفَعُ به أو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو له )<sup>3</sup>.

أي دَارَةٌ مُتَّصِلَةٌ كالوقوف المرصدة لأبواب البر<sup>4</sup>

**2- تعريف ما جرى عليه العمل اصطلاحاً:**

- **التعريف الأول وهو:** (العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل

راعيًا لمصلحة مجتلبة أو مفسدة مدفوعة أو عرف جارٍ وحكم القضاء بذلك وتواطؤهم عليه لسبب

اقتضى ذلك )<sup>5</sup>

- **التعريف الثاني وهو:** (الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة

أو عرف أو غير ذلك من الأسس )<sup>6</sup>

**فما جرى عليه العمل :** يعني أن الضعيف إذا جرى به العمل يقدم على المشهور وذلك بشروط ذكرها

علماء المالكية رحمهم الله ، والمتأخرون من أهل العلم لهم تصحيحات وترجيحات لبعض الروايات

والأقوال عدلوا فيها عن المشهور لجلب مصلحة أو ذرء مفسدة وجرى بها عمل الحكّام والمفتين

...ومن ذلك أن علماء فاس لما رأوا كثرة كذب النساء في دعوى انقضاء العدة صاروا لا يقبلون من المرأة

دعوى انقضائها في أقل من ثلاثة أشهر مع أن القول بعدم تصديقها ضعيف جداً<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الماخریات: مصطلح يعني ما جرى به العمل.

<sup>2</sup> القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، دار الحديث القاهرة 2008 ص 264

<sup>3</sup> رواه مسلم 1631 باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته

<sup>4</sup> لسان العرب ص 611

<sup>5</sup> ما جرى به العمل في الفقه المالكي نظرية في الميزان، قطب الريسوني، بحث محكم مجلة العدل العدد 43 رجب 1430 هـ ص 21

<sup>6</sup> مصطلح ما جرى به العمل عند المالكية حقيقته وضوابطه فؤاد محمد أبو عود، ص 08

<sup>7</sup> نثر الورد المرجع السابق ج 2 ص 639 ، أنظر: أيضا مدارك الإستدلال لنبيل موفق ص 117 الى 225



وقدّم الضعيف إن جرى عملٌ # # به لأجل سببٍ قد أتصل

ثانيا: حجية ما جرى عليه العمل للفقهاء من القاعدة مذاهب: إختلف فقهاء المالكية في حجية ما جرى عليه العمل ، إلى قولين أو مذهبين :

1- المذهب الأول: أن العمل أصل معتبر لا يستغنى عنه في صناعة الفتوى والقضاء وهذا مذهب السواد الأعظم من المالكية كابن عبد البر والمازري وابن فرحون وميارة والاجهوري والعربي الفاسي وغيرهم وبالغ بعضهم بالتنقيص والريبة القادحة وإساءة الظن بالقاضي والمفتي ممن يترك العمل الجاري ولا يعتدُّ به

2- المذهب الثاني: أن العمل به بدعة منكرة وتحريف للنصوص وذهب إلى هذا القول الإمامان الطرطوشي والمقري ، ومن المعاصرين أحمد بن الصديق الغماري الذي وصف العمل الفاسي بالعمل الفاسد

ثالثا: مجالات الماخرات وآثارها ثلاثة :

1- مجالات الماخرات ومنها

- في العبادات مثل تشييع الجنائز بالذكر

- وفي المعاملات فقه البيوع والاقضية

- وفي مسائل لم تتحمض للعبادات ولا للمعاملات كزخرفة المساجد وتزيين المحاريب

وهذا كما يرى قطب الريسوني<sup>1</sup>

2- آثار الماخرات: للنظرية في نفوس فقه القضاء المالكي : يظهر استثمارها بوصفها من الاستصلاح

يراعي في العدول عن المشهور جلب مصالح معتبرة ، مثل تضمين الرعاة .

- ومن الاستحسان يعدل عن مقتضى القياس الصحيح مثل إن المشهور ألا يقضي القاضي بعلمه لكن

العمل في الأندلس والمغرب جرى بخلاف ذلك استحساناً

- ومن الاجتهاد الذرائعي يعتدُّ بثمره الفعل لا برسمه الشرعي الظاهر، درء للمفسدة الراجحة مثل إجازة

بيع المضغوط تخفيفاً من وطأة معاناته والمشهور أن البيع لا يلزمه وأن يُرد إليه ما باعه بدون ثمن<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قطب الريسوني ، ما جر به العمل ، المرجع السابق ، ص 26 إلى 29

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 43

وبناء على هذه الآثار الظاهرة من الاستثمار لقاعدة ما جرى عليه العمل، تظهر بوضوح حجية الاجتهاد الاستثنائي، كما ظهرت من قبل في الاستحسان والاستصلاح وقاعدة الذرائع فهذه كلها أصول باعثة وعاملة في الاجتهاد الاستثنائي.

#### المطلب الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي من القواعد الفقهية

نجد من القواعد الفقهية مستثنيات، وعلى سبيل المثال تحت قاعدة من المستثنيات من القواعد الشرعية ذكر العز ابن عبد السلام ثلاثة وأربعين مثلاً في العبادات وخمسة وثلاثين مثلاً في المعاوضات<sup>1</sup>

الفرع الأول : تعريف القاعدة والفقه لغة :<sup>2</sup>

أولاً : تعريف القاعدة لغة من قَعَدَ يقعد قعوداً.

ومنه القاعدة لمن قعدت عن الحيض والتزوج وجمعها قواعد ، وقواعد البناء وأساسه

قال تعالى : (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) البقرة 126

قال تعالى : (وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ..) النور 58

الفقه لغة : العلم بالشيء والفهم له ، ثم حُصَّ به علم الشريعة وغلب عليه .

ثانيا : القواعد الفقهية مركباً إضافياً : من تعريفات العلماء للقواعد الفقهية ما يلي:

التعريف الأول وهو: ( قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها )<sup>3</sup>

التعريف الثاني وهو: ( الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته )

التعريف الثالث وهو: ( قضية شرعية كلية عملية تنطبق على جزئياتها الكلية )<sup>4</sup>

<sup>1</sup> القواعد الكبرى، المرجع السابق ج 2 ص 281 الى 329.

<sup>2</sup> المراجع السابقة القاموس المحيط ص 1260 و المفردات في غريب القرآن، ص 409 ومختار الصحاح ص 213

<sup>3</sup> الجرجاني المرجع السابق ص 143

<sup>4</sup> القواعد الفقهية ، المرجع السابق ص 19 و 24

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

بعد هذه التعريفات نذكر مجموعة من القواعد الفقهية ، للاستدلال بها على حجية الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية وهاك القواعد الفقهية التالية في ثلاث مجموعات :

### الفرع الثاني : القواعد الفقهية

أولا : المجموعة الأولى للإمام المازري رحمه الله

#### • قواعد الفقهية المتعلقة بالضرر : ومنها

( الضرر مزال في الشرع ) و ( الضرر لا يدفع بالضرر )

القاعدة الأولى الضرر مزال في الشرع : المراد بها أن الأضرار يجب إزالتها ، بل هي مزال من الله تعالى ابتداءً ودواماً فالضرر يزال لأنه ظلم وغدر

والقاعدة الثانية الضرر لا يدفع بالضرر : المراد منها أن الضرر لا يزال بمثله ولا بأكثر منه ، من باب أولى بل يشترط لإزالته عدم الإضرار بالغير وإلا بالأخف منه والأقل

#### • تطبيقات للقاعدة منها :

من تطبيقات هذه القاعدة : مشروعية رد قيمة الدين إذا كان التضخم كبيراً

فمن توصيات حلقة العمل الثالثة - حول ضبط الحلول المطروحة لمعالجة آثار التدخل التضخم على الديون والحقوق الآجلة - التي عقدها مجمع الفقه الاسلامي الدولي بالتعاون مع مصرف فيصل الاسلامي بالبحرين مشروعية رد قيمة الدين إذا كان التضخم كثيراً وهذا تخريجا على القاعدة الفقهية الضرر يزال ، فإذا كان التضخم كثيراً فإن وفاء الدين الآجل حينئذ يلحق ضرراً كثيراً بالدائن يجب رفعه تطبيقاً للقاعدة الكلية :

( الضرر يزال ) والحل لمعالجة ذلك هو اللجوء إلى الصلح وذلك باتفاق الطرفين عند سداد الدين

الآجل العمل على توزيع الفرق الناشئ عن التضخم بين الدائن والمدين بأي نسبة يتراضيان عليها أما التطبيق للقاعدة الثانية : فمن فروعها ، ما ذهب إليه مالك وأصحابه من أن الديون المؤجلة تحل بالفلس وذلك أننا إذا رفعنا الضرر عن المشتري بكونه لا يحل الدين المؤجل ، لحق البائع ضرر في كون مال المفلس يقسمه من سواه من الغرماء ، وإذا حلّ الأجل لم يجد مرجعاً ، والضرر لا يدفع بالضرر من جانب واحد..<sup>1</sup>

<sup>1</sup> القواعد الفقهية، المرجع السابق ص 41-42-44

وقواعد الضرر كلها تعتبر مجالاً صالحاً للاجتهاد الاستثنائي ، بل هي سببه والباعثة عليه وسواء أكان ذلك في باب العبادات أو المعاملات أو العادات ، وهذا ما يدل على حجية هذا النوع من الاجتهاد الذي يعنى بالتنزيل والتطبيق للأحكام الشرعية

• قواعد الفقهية المتعلقة بالتيشير : ومنها

( الحرج مرفوع ) و ( المشقة تجلب التيسير ) و ( الرخص لا يتعدى بها بابها )

القاعدة الأولى : الحرج مرفوع والمشقة تجلب التيسير: المراد منهما رفع الحرج والمشقة والعنت قبل الوقوع أي أن الحرج مرفوع عن المكلف ، فلا يكلف إلا بما يطيق ، وهذا شأن الشارع ، فإن حصل لبعض الناس تضرراً من بعض التكاليف ومشقةً زال ورفع الضرر بالرخص والتخفيفات<sup>1</sup>

ثانياً: قواعد الرخص ، والرخصة لا يتعدى بها بابها ، وإذا أضفنا إلى الصبرة وهي مجهولة المقدار مقداراً معلوماً غيرنا الرخصة ، وربما تعدينا مرتبة الغرر الذي سامح به الشرع<sup>2</sup>

• قواعد الفقهية في تحكيم العرف والعادة : ومنها

( المذهب مبني على تصديق من شهد بصدقه العرف والعادة ) والمراد منها : أن أصول مذهب الإمام مالك رحمه الله وقواعده مبنية على تصديق من صدقه العرف والعادة ، وتكذب من كذباؤه

من فروع هذه القاعدة : إتفاق المذهب على تصديق المشتري فيما عادة التبائع فيه بالتقدي في الاسواق كالخبز والزيت والبقل وغيره - فيما إذا أنكر البائع قبض الثمن - فإذا تسلّم المشتري المبيع وبان به صدق في دفع الثمن بشهادة العادة له بصدقه ، وأنه لا يمكنه البائع من فراقه بعد القبض للمبيع إلا وقد دفع إليه الثمن<sup>3</sup>

<sup>1</sup> القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 48

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص 54-55

<sup>3</sup> المرجع نفسه ص 66-67

• قواعد العقود: أي المتعلقة بالعقد : ومنها

( الإقالة هل هي حل بيع أو ابتداء بيع؟ )

الإقالة اصطلاحاً عند المالكية هي : ترك المبيع لبائعه بثمنه

واختلف فيها اذا كانت بمثل الثمن الأول ، فقيل : تُعدّ حلاً للبيع الأول ونقضاً له ، وكأن شيئاً لم يكن فالبائع يرد سلعته والمشتري يرد الثمن الذي بذله ، ويرد على أن الإقالة حل للبيع اتفاق فقهاء الأمصار على أن المشتري لا يرد الغلة حتى إن كثيراً من العلماء أنكروا وجود هذا القول ، وقال: إن الإقالة بيع جديد والمشهور عند المالكية أن الإقالة تُعدُّ بيعاً جديداً إلا في ثلاث مسائل :

(الإقالة في المراجعة وفي الشفعة وفي الطعام)

ويمكن أن يستدل على الخلاف في هذه القاعدة بقوله عليه الصلاة والسلام : ( من اتباع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من إقالة أو شركة أو تولية ) ثم قال المؤلف : واللفظ الذي اطّلت عليه لم يذكر الإقالة وعليه فلا يمكن أن يستدل به على خلاف القاعدة<sup>1</sup>

ووجه الدلالة من الحديث أن الاستثناء فيه يحتمل أن يكون منقطعاً ويحتمل أن يكون متصلاً فإن قلنا : إن الإقالة حل بيع وليس بابتداء بيع ، كان الاستثناء الواقع في الحديث كأنه استثناء من غير جنس<sup>2</sup> والاستثناء من غير جنس قد ورد في الشرع واللغة ، وإن قلنا : إنها بيع كان استثناء من الجنس ولكن حُصِّتْ بالجواز لكونها معروفاً<sup>3</sup>

ولقد رجعتُ إلى الموطأ للتأكد فوجدت قول الإمام مالك رحمه الله : ( الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة منه في الطعام وغيره ، قبض ذلك أو لم يقبض إذا كان ذلك بالنقد ، ولم يكن فيه ربح ولا وضعية ولا تأخير للثمن ، فإن دخل ذلك ربح أو وضعية أو تأخير من واحد منهما صار بيعاً يحلله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع ) .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 114-115

<sup>2</sup> الموطأ باب ما جاء في الشركة والتولية والإقالة ص 412 ، فائدة قوله : الأمر عندنا معناه ( قول من ارتضاه واقتدي به ، وما اختاره من قول أهل العلم رحمه الله ) أنظر... عمل أهل المدينة توفيقاً ودراسة لمحمد المدني بو ساق ، وكذا تفضيل مذهب الإمام مالك وأهل المدينة وصحّة أصوله لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق وتعليق أحمد الطهطاوي .

<sup>3</sup> القواعد الفقهية، المرجع نفسه ص 115

<sup>4</sup> الموطأ ، المرجع السابق ، باب ما جاء الشركة والتولية والإقالة ص 412

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

جاء في هذا النص ذكر لفظ الإقالة التي قال المؤلف أنه لم يذكره اللفظ الذي أطلع عليه ، وأنها لا بأس بها في الطعام وغيره ، مع ذكر شروطها وهي :

— ألا يكون فيها ربح ، ولا وضیعة ، ولا تأخير للثمن والنقد ، وإلا صارت بيعاً جديداً ، وهذا جواب على القاعدة السابقة ، الإقالة هل هي حل بيع أو ابتداء بيع ؟

### من مستثنيات القاعدة

— الإقالة في بيع المراجعة ليست ابتداء بيع ، وإنما هي حل للبيع الأول ، فمن اشترى سلعة بعشرة وباعها بخمسة عشر ثم تقابلا ، فلا يبيع مراجعة على الثمن الثاني أللهم إلا أن يُبين<sup>1</sup>

ثانيا : المجموعة الثانية للإمام العز بن عبدالسلام رحمه الله :

• فإن قيل : هل يجوز للمدعي أن يطالب المدعى عليه باليمين مع علمه بكذبه فيها وفجوره ؟

والقاعدة : تحريم طلب ما لا يحل ولا سيما هذه اليمين الموجبة لغضب الله ، إذ صح أنّ رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال : ( من حلف يمينا كاذبة يقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه

غضبان ) رواه البخاري ، قلنا يجوز ذلك استثناء من قاعدة تحريم ما طلب لا يحل الإقدام عليه لوجهين

—أحدهما : أنّ لو لم يجوز ذلك لبطلت فائدة الأيمان وضاع بذلك حقوق كثيرة

—الوجه الثاني : أن ذلك له حَرْمٌ لما جاز للحاكم أن يأذن له في تحليف خصمه لأنه معترف أن خصمه

كاذب في إنكاره ويمينه جميعاً ، ولا يجوز للحاكم أن يأذن لأحدٍ في طلب ما أعترف بأنه معصية فيكون

هذا مستثنى ، كما جعلت اليمين على نية المُستحلفِ استثناء من قاعدة كون اليمين على نية

الحالفين وكون مقاصد الألفاظ على نية الالفاظين والشرع يستثنى من القواعد ما لا تُداني مصلحته ،

هذه المصلحة العامة... فما الظنّ بهذه المصلحة<sup>2</sup>

ثالثا : المجموعة الثالثة من القواعد الفقهية للإمام المقري رحمه الله تعالى

— القاعدة 470 : ( مذهب مالك اعتبر العرف الخاص كالبساط خلافا للشافعي واتفقنا على العرف

العام كالنقود والمنافع )

— القاعدة 480 : ( يجوز تخصيص القواعد بالمصلحة )

<sup>1</sup> المرجع نفسه ، ص 116

<sup>2</sup> القواعد الكبرى المرجع السابق ص 59-60

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

- القاعدة 866 : ( العام الخاص : هل يعتبر بعمومه أو بخصوصه ؟ اختلفوا فيه : كالتجاسات الغالبة على بعض الأماكن دون غيرها والفلوس المستعملة في بعض الأقاليم دون بعض ، فقيل المعبر بعمومها في ذلك الأقاليم كالعين وقيل بخصوصها كمن لا يتبايعون إلا بعروض من الأحياء النائية عن العمراني وكالخبز في إفريقية )
- القاعدة 879 : ( قد يباح بعض الربا عند مالك : إما للمعروف كالمبادلة أو للرفق كالرد في الدرهم ترجيحاً لمصلحتهما على مفسدته ، لأن الشرع أباح لهما ربا النسئنة المجمع عليه في القرض فالفضل أولى ، وكيف لا والفحوى عند المحققين تنبيهه ، لا قياس حتى يُخرَج ذلك من القياس على الرخص ، على أن المختار جوازه واعتبار شروط المبادلة والرد يرجع إلى تحقيق العلة بعموم الحاجة أو أغلبها )
- القاعدة 884 : ( التوسعة العامة عند مالك : توجب الاستثناء من الأصول قياساً على ما وردت به النصوص ، فمن ثم استثنى المبادلة والرد في الدرهم وتأخير رأس مال السلم ثلاثة ، وقبض المعين ونحوها قياساً على القرض ونحوه وأصله الخلاف المشهور في القياس على الرخص )
- القاعدة 1082 : ( لسان الحال يتنزل منزلة لسان المقال عند المالكية خلافاً للائمة )
- القاعدة 1083 : ( والاستحسان آفة النصوص والأصول ، والله درّ محمد إذ يقول: من استحسّن فقد شرع ، فأما من قال الاستحسان تسعة أعشار العلم ، وقول أصبغ الاستحسان عماد الدين وقل ما يكون الغريق في القياس إلا مخالفاً للسنة فإن لم يكن معناه أن ذلك في الوقائع التي تعرّض للقضاة والمفتين فيعتبرونها بقرائنها وعلى حسب أحوال أصحابها من غير أن يجعل الحكم أو الفتيا عاماً في فرض تلك النازلة مع إهمال قرائنها ، فلا وجه له ، كما أن هذا قد لا يجد عنه الحاكم ولا المفتي مندوحة وإن جرى ظاهر حكمه على خلاف النص أو القاعدة ، فإن تناوله قول الشافعي لم يصح إطلاقه أيضاً ، ولذلك قيل: الاستحسان شيء ينقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه ، فافهم )
- القاعدة 1104 : ( يجب الاستصحاب بحسب الإمكان على الأصح لأنه كالجمع ، فإذا أكل المضطر مال الغير ضمّن ، لأن مقتضى الضرورة إباحة الأكل والدفاع عليه لا سقوط القيمة لأن البقاء لا يتوقف عليه ، ولو اختلط زيتك بزيتك لسقط ملكك على التعيين وصار شريكاً لك بما يسمى زيتاً في المختلط ، وليس له نقلك لغير المختلط استصحاباً للملك بحسب الإمكان ونظائره كثيرة وهو مذهب مالك ومحمد خلافاً لبعض المالكية ) .

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

إذا تبعنا هذه القواعد نجدها تتضمن استثناءات من الأحكام الأصلية و هي دالة بلفظها و بمعناها على مشروعية و حجية الاجتهاد الاستثنائي وهذا ما يعطي للاجتهاد الفقهي مرونة في التنزيل والتطبيق للأحكام حسب الزمان و المكان و الحال.

### المطلب الثالث: شواهد ونصوص المالكية في الاجتهاد الاستثنائي

**الفرع الأول: نُقُول الإمام الشاطبي رحمه الله يقول :** ( وأما الرخصة فقد شرع لعذر شاق استثناءً من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه ، فكونه مشروعاً لعذر هو الخاصة التي ذكرها علماء الأصول ، وكونه شاقاً فإنه قد يكون العذر مجرد الحاجة من غير مشقة موجودة، فلا يسمى ذلك رخصة كشرعية القراض مثلاً ، فإنه لعذر في الأصل وهو عجز صاحب المال عن الضرب في الارض ويجوز حيث لا عذر ولا عجز ، وكذلك المساقاة والقراض والسلم ، فلا يسمى هذا كله رخصة وإن كانت مستثناة من أصل ممنوع فإن كان هذا المترخص إماماً كما في الحديث : ( إنما جعل الامام ليؤثم به .... فإن صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون ) فصلاهم جلوساً خلفه وقع لعذر إلا أن العذر في حقهم ليس المشقة بل لطلب الموافقة للإمام وعدم المخالفة عليه فلا يسمى مثل هذا رخصة وإن كان مستثنى لعذر ، وكون هذا المشروع لعذر مستثنى من أصل كلي يبين لك أن الرخص ليست بمشروعة ابتداءً فلذلك لم تكن كليّات في الحكم ، وإن عرض لها ذلك فبالعرض ، فإن المسافر إذا أجزنا له القصر والفطر ، فإنما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة والصوم هذا وإن كانت آيات الصيام نزلت دفعة واحدة ، فإن الاستثناء ثان عن استقرار حكم المستثنى منه على الجملة وكذلك اكل الميتة للمضطر.

**الحاصل** أن العزيمة راجعة إلى أصل كليّ ابتدائي والرخصة راجعة إلى جزئي مستثنى من ذلك الأصل الكليّ وقد تطلق الرخصة على ما استثنى من أصل كلي يقتضي المنع مطلقاً من غير اعتبار بكونه لعذر شاق ، فيدخل فيه القرض والقراض والمساقاة ورد الصاع من الطعام في مسألة المصرة وبيع العريّة بحرصها تمراً وما اشبه ذلك<sup>1</sup>

وعليه يدل قوله : ( نهي عن بيع ما ليس عندك ) وأرخص في السلم وكل هذا مستند إلى أصل الحاجيات، فقد اشتركت مع الرخصة بالمعنى الأول في هذا الأصل فيجري عليها حكمها في التسمية كما يجري عليها حكمها في الاستثناء من أصل ممنوع وقد يطلق لفظ الرخصة على ما وضع عن هذه الأمة من التكاليف الغليظة والأعمال الشاقة التي دل عليها قوله تعالى : ( رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ

<sup>1</sup> الموافقات، المرجع السابق، ج1، 268 إلى 270.



عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا... ) البقرة 258 وقوله تعالى : ( وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ) فإن الرخصة في اللغة راجعة إلى معنى اللين<sup>1</sup>

في مسألة التخيير بين الأخذ بالعزيمة والأخذ بالرخصة والترجيح بينهما

قال في الوجه الرابع منها : وذلك أن هذه العوارض الطارئة وأشباهاها مما يقع للمكلفين من أنواع المشاق هي مما يقصدها الشارع في أصل التشريع ، أعني أن المقصود في التشريع إنما هو جار على توسط مجاري العادات وكونه شاقا على بعض الناس أو في بعض الأحوال مما هو على غير المعتاد لا يخرج عن أن يكون مقصودا له لأن الأمور الجزئية لا تخرم الأصول الكلية وإنما تستثنى - حيث تستثنى - نظرا إلى أصل الحاجيات بحسب الاجتهاد ، والبقاء على الأصل من العزيمة هو المعتمد الأول للمجتهد والخروج عنه لا يكون إلا بسبب قويّ ولذلك لم يُعمل العلماء مقتضى الرخصة الخاصة بالسفر في غيره كالصنائع الشاقة في الحضر مع وجود المشقة التي هي العلة في مشروعية الرخصة ، فإذا لا ينبغي الخروج عن حكم العزيمة مع عوارض المشقات التي لا تطرد ولا تدوم لأن ذلك جار أيضا في العوائد الدنيوية ولم يخرجها ذلك عن أن تكون عادية ، فصار عارض المشقة إذا لم يكن كثيراً أو دائماً مع أصل عدم المشقة كالأمر المعتاد أيضا فلا يُخرَج عن ذلك بالأصل<sup>2</sup>.

وكذلك الحكم في اشتراك الجماعة في قتل الواحد ومثله القيام في الصلاة مثلا مع المرض وسائر الرخص الهادمة لعزائم الأوامر والنواهي إعمالا لقاعدة الحاجيات في الضروريات ومثل ذلك المستثنيات من القواعد المانعة كالعرايا والقراض والمساقاة والسلم والقرض وأشباه ذلك... إلى أن يقول: وما قرر في السؤال على الجملة صحيح إذ الكلي لا ينخرم بجزئي ما والجزئي محكوم عليه بالكلي لكن بالنسبة إلى ذات الكلي والجزئي لا بالنسبة إلى الأمور الخارجة ، ولا يقال إن هذا تناقض لأنه يؤدي إلى اعتبار الجزئي وعدم اعتباره معاً لأننا نقول إن ذلك من جهتين ولأنه لا يلزم أن يعتبر كل جزئي ، وفي كل حال بل المراد بذلك أنه يعتبر الجزئي إذا لم تتحقق استقامة الحكم بالكلي فيه كالعرايا وسائر المستثنيات ، ويعتبر الكلي في تخصيصه للعام الجزئي أو تقييده لمطلقه وما أشبه ذلك ، بحيث لا يكون إخلالاً بالجزئي على الإطلاق وهذا معنى اعتبار أحدهما مع الآخر... وقد مرّ منه أمثلة في أثناء المسائل فلا يصح إهمال النظر في هذه الأطراف فإن فيها جملة الفقه ومن عَدَم الالتفات إليها أخطأ من أخطأ وحقيقته نظر مطلق في مقاصد

<sup>1</sup> الموافقات من: ج1، 268 إلى 270.

<sup>2</sup> الموافقات من: ج1، المرجع السابق، 287.292.293 .

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

الشارع ونصوصه مطلقة ومقيدة أمر واجب فبذلك يصح تنزيل المسائل على مقتضى قواعد الشريعة ويحصل منها صور صحيحة الاعتبار<sup>1</sup>

إجتماع المتنافيان: في اجتماع المأمور به مع المنهي عنه فاستويا في تنافي الأحكام لأن النهي يعتمد المفاسد والأمر يعتمد المصالح واجتماعهما يؤدي إلى الامتناع كما مرّ فامتنع ما كان مثله وأصل هذا نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والسلف لأن باب البيع يقتضي المغابنة والمكايسة وباب السلف يقتضي المكارمة والسماح والإحسان ، فإذا اجتمعا داخل السلف المعنى الذي في البيع فخرج السلف عن أصله إذ كان مستثنى من بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب نسيئة فرجع إلى أصله المستثنى منه من حيث كان ما استثنى منه وهو الصّرف أصله المغابنة والمكايسة ، والمكايسة فيه وطلب الربح الممنوع فإذا رجع السلف وإلى أصله بمقارنة البيع امتنع من جهتين<sup>2</sup>

- إحداهما : الأجل الذي في السلف

- والآخرى : طلب الربح الذي تفتضيه المكايسة أنه لم يُضم إلى البيع إلا وقد داخله في قصد الاجتماع ذلك المعنى ولأجل هذا منع مالك من جمع عقود بعضها إلى بعض وإن كان في بعضها خلاف فالجواز يبني على الشهادة بعدم المنافات بين الأحكام اعتباراً بمعنى الانفراد حالة الاجتماع ، فمنع من اجتماع الصرف والبيع ، والنكاح والبيع ، والقراض والبيع ، والمساقاة والبيع ، والشركة والبيع ، والجعل والبيع والإجارة في الاجتماع مع هذه الأشياء كالبيع ومنع من اجتماع الجزاف المكيل واختلف العلماء في اجتماع الإجارة والبيع وهذا كله لأجل اجتماع الأحكام المختلفة في العقد الواحد ، فالصّرف مبني على غاية التضيق حتى شرط فيه التماثل الحقيقي في الجنس والتقابض الذي لا تردد فيه ولا تأخير ولا بقاء علة وليس البيع كذلك ، والنكاح مبني على المكارمة والمسماحة وعدم المشاحة ولذلك سمى الله الصّدق نحلة وهي العطية لا في مقابلة عوض ، وأجيز فيه نكاح التفويض بخلاف البيع والقراض والمساقاة مبنيان على التوسعة إذ هما مستثنيان من أصل ممنوع وهو الإجارة المجهولة فصارا كالرخصة بخلاف البيع فإنه مبني على رفع الجهالة في الثمن والمثمن والأجل وغير ذلك فأحكامه تنافي أحكامهما والشركة مبناها على المعروف والتعاون على إقامة المعاش للجانبين بالنسبة إلى كل واحد من الشريكين والبيع يضاد ذلك والجعل مبني على الجهالة بالعمل وعلى أن العامل بالخيار والبيع يأبي هذين ، واعتبار الكيل في المكيل

<sup>1</sup> الموافقات من: ج3، ص 10 الى 14.

<sup>2</sup> الموافقات من: ج3، المرجع السابق، ص 10 الى 14.

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

قصد إلى غاية الممكن في العلم بالمكيل والجزاف مبني على المسامحة في العلم بالمبلغ للاجتزاء فيه بالتخمين الذي لا يوصل إلى علم والإجارة عقد على منافع لم توجد ، فهو على أصل الجهالة ، وإنما جازت لحاجة التعاون كالشركة والبيع ليس كذلك ، وقد اختلفوا أيضا في عقد على بثّ في سلعة وخيار في أخرى والمنع بناء على تضاد البثّ والخيار<sup>1</sup>

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله : (فصل رفع الحرج) فأعلم أن الحرج مرفوع عن المكلف لوجهين :

- أحدهما: الخوف من الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف وينتظم تحت هذا المعنى الخوف من إدخال الفساد عليه في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله

- والثاني : خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع ، مثل قيامه على أهله وولده<sup>2</sup> . والقاعدة الثانية : والرخص لا يتعدى بها بابها ، المراد بعدم تعدي بها بابها : أنها تقصر على محلّها ، ومن فروع تطبيقها : إختلاف أهل المذهب في جواز العقد على صبرة من قمع ومعها مكيل من الطعام من جنسها أو معها ثوب ، فقيل : بالمنع من ذلك لأن جواز بيع الصبرة كالرخصة نقول في باب النوازل :

سئل الإمام أحمد بن نصر الداودي شارح صحيح البخاري رحمه الله عن العامل إذا رمى على قوم دنائير وهم أهل قرية واحدة فقال لهم : إتوني بكذا وكذا ديناراً ولم يوزعوها ، هل لهم سعة في توزيعها بينهم وهم لا يجدون من ذلك بدأ ؟ وهل يوزعوها على قدر الأموال أو على قدر الرؤوس ؟ وهل لمن أراد الهروب حينئذ ويرجع بعد ذلك ويعلم أن جملة يرجع على غيره وهل له سؤال العامل في تركه أم لا ؟ وهل يقولون للعامل اجعل لنا من قبلك من يوزعها وإذا فعلوا خافوا أيضا أن يظلمهم وهل ترى الشراء من هؤلاء بشيء يبيعونه من أجل ما رمى عليهم أو يتسلفونه وهم ليس لهم أعوان إلا أنهم أبطوا بأموال أتتهم الأعوان ؟ قال : إن أجمعوا على توزيعه برضى منهم وليس فيهم طفل ولا مولى عليه فهو جائز وإن اختلفوا فلا يتكلف السائل عن هذا شيئا وليؤد ما جعل عليه وتوزيعهم إياه على ما جعله السلطان عليهم إما على الأموال أو على الرؤوس ومن هرب منهم فأرجو أن يكون في سعة وأما تسببه في سلامته منهم أو غيره فلا ينبغي له ذلك عندي إلا أن يسأل أن يُعافي من المعرّم قبل أن يتفدّ فيه الأمر، وأما بيع

<sup>1</sup> الموافقات من: ج3، المرجع السابق، ص 178 الى 181.

<sup>2</sup> الموافقات من: ج 2، المرجع السابق، ص 440

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

هؤلاء لعروضهم فإن كان بعد أن أخذوا بذلك فيجوز وقَبِلَ الأخذ فلا يجوز، فلا بأس بالشراء منهم حينئذ ، وما تَسَلَّفُوا في حال الضغطة فلمن أسلفهم الرجوع عليهم وفيه اختلاف وهذا اختياري<sup>1</sup>

• قيل له : فإن قوماً كانوا يؤخذون بهذا المعزم على عدد شجرهم وهي مما يشرب من ماء الأنهار ولهم من تلك المياه أملاك معروفة فمستقل من تلك المياه ومستكثر بقدر ما رزقه الله منها ربما تبايعوا الماء دون الشجر فيكون لأحدهم الكثير من الشجر والقليل من الماء أو الشجر بغير ماء أو الكثير من الماء والقليل من الشجر ولم يكن على الماء شيء من المغارم ، فأجمع رؤساء أهل الموضع وسادتهم على أن قسموا جميع مياه الموضع على عدد الشجر فصار لمن كان له الكثير قليلاً ولمن كان له القليل كثيراً وأعطى من لم يكن له ما وقع لقدر شجره من ذلك ، فتورع القوم عن أخذ ما صير إليهم وأخذ ذلك أكثرهم وأخذ من تورع عن ذلك بغير ما يصير على من جعل له من ذلك ، فطال الأمر حتى لم يُعرف كيف كانت أملاكهم فيه ، ولا من كان له منه شيء ممن لم يكن له ، ثم أراد القوم أو بعضهم التحري في ذلك ؟

قال : إن كان القوم يحضرون وليس منهم غائب ولا يتيم ولا سفيه ، فليصطلحوا في تلك المياه على ما أحبوا فإن وجد القائم في ذلك إلى الانتصاف سبيلاً ، فليوقف حتى يصطلحوا وإن لم يحضر أهلها وكان أهلها فيهم الغائب واليتيم ولم يحضر الغائب منهم ولا عرفت مواضعهم ، فسبيل ذلك الماء سبيل ما ذكرت من مال لا يعرف أهله إن شاء الإمام أن يوقفه فيبيع منه شرب يوم بيوم أو شرب الشهر أو شرب السنة ويجتهد في ذلك ويجريه في مصالح المسلمين فعل وإن رأى بيع أصله متفرقاً لأهل تلك الأشجار ويُجري منه في مصالح المسلمين فعل ، وإن لم يكن سلطان عدل يُجري ذلك على وجهه فعدول المسلمين يقومون في ذلك مقام الإمام من قام بذلك منهم اكتفي بفعله<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني: نُقول ابن عاشور

قال ابن عاشور: في الصفة الضابطة للمقاصد الشرعية المقاصد نوعان :

- معان حقيقية : وهي التي لها تحقيق في نفسها بحيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها .

- ومعاني عرفية عامة : وهي المجزئات التي ألفتها نفوس الجماهير واستحسنتها استحساناً ناشئاً

<sup>1</sup> موسوعة الإمام العلامة أحمد بن نصر الداودي المسيلي التلمساني المالكي في اللغة والحديث والتفسير والفقهاء ل عبد العزيز الصغير دخان ج 2 دار المعرفة الدولية ط خاصة 2013، ص 353.

<sup>2</sup> موسوعة الإمام العلامة أحمد بن نصر الداودي المسيلي التلمساني المالكي في اللغة والحديث والتفسير والفقهاء ل عبد العزيز الصغير، المرجع السابق، ص 353.

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

عن تجربة ملاءمتها لصلاح الجمهور كإدراك كون الإحسان معنى ينبغي تعامل الأمة به وقد اشترطت لهُذين النوعين شروطاً هي :

**الثبوت والظهور والانضباط والاطراد** ، فبمثل هذه المعاني بشروطها هذه يحصل اليقين بأنها مقاصد شرعية ، فإن دلت أدلة شرعية على أن الشريعة اعتبرت من مقاصدها معاني اعتبارية أو معاني عرفية خاصة احتاجت الشريعة إلى اعتبارها في مقاصدها لما تشتمل عليه من تحصيل صلاح عام أو دفع ضرر كاعتبار الرضاع سبب لتحريم التزوج بالأخت منه ومعاملته معاملة النسب في ذلك ، وإن قوي الظن بأنها مقاصد شرعية مطردة فله حينئذ تأصيلها ومجاورة مواقع ورودها كاعتبار الذكورة شرطاً في الولايات القضائية والإمارة بناءً على العرف العام المطرد في العالم يومئذ ، ومن حق الفقيه مهما لاح له ما يوهم جعل الوهم مدرك حكم شرعي أن يتعمق في التأمل عسى أن يظفر بما يزيل ذلك الوهم ، ويرى أن ثمت معنى حقيقياً هو مناط التشريع قد قارنه أمر وهمي فغطى عليه في نظر عموم الناس لأنهم ألقوا المصير إلى الأوهام.<sup>1</sup>

وقد كان تيسير الشريعة ذا مظاهر ثلاثة :

- **إحداها** أن أحكامها المعينة مبنية على التيسير نظراً لغالب الأحوال كما قال تعالى: (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...) الحج جزء من الآية 76

- **المظهر الثاني** أنها تعمد إلى تغيير الحكم الشرعي من صعوبة إلى السهولة في الأحوال العارضة للأمة أو الأفراد فتيسر ما عرض له العسر كما قال تعالى: (إِلَّا مَا ضُطِرُّرْتُمْ إِلَيْهِ...) الأنعام جزء من الآية 120 ولهذا كان من أصول قواعد التشريع قاعدة (المشقة تجلب التيسير) وهو مبحث الرخصة.

- **المظهر الثالث**: أنها لم تترك للمخاطبين بها عذراً في التقصير في العمل بها لأنها بُنيت على أصول الحكمة والتعليل والضبط والتحديد قال تعالى: (مَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ) المائدة 52 غير أني رأيت الفقهاء لا يمثلون إلا بالرخصة العارضة للأفراد في أحوال الاضطرار، ونحن إذا تأملنا

الرخصة فوجدناها ترجع إلى عروض المشقة والضرورة صح لنا أن ننظر إلى عموم الضرورة وخصوصها فقد وجدنا من الضرورات ضرورات عامة مثل السلم والمغارسة والمساقاة فهذه مشروعة باطراد وكان ما تشتمل عليه من ضرر وتوقع ضياع المال مقتضياً منعها لولا أن حاجات الأمة داعية إليها ، فدخلت في قسم الحاجي كما قال الشاطبي في مبحث الرخصة والعزيمة ، فكان حكمها حكم المباح باطراد

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 55-56-59

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وكذلك وجدنا من الضرورات خاصة مؤقتة جاء بها القرآن والسنة قوله تعالى : ( فَمَنْ أَضْطُرُّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ... ) البقرة 172<sup>1</sup>، وقد اقتصر الفقهاء عليها في تمثيل الرخصة

وبين القسمين قسم ثالث مغفول عنه وهو الضرورة العامة المؤقتة وذلك أن يعرض الإضرار للأمة أو طائفة عظيمة منها تستدعي إباحة الفعل الممنوع لتحقيق مقصد شرعي مثل سلامة الأمة وإبقاء قوتها أو نحو ذلك ، وهذا التوقيت وهذا العموم في هذا القسم مقوّل على كليهما بالتفاوت ، ولا شك أن اعتبار هذه الضرورة عند حلولها أولى و أجدر من اعتبار الضرورة الخاصة وأنها تقتضي تغييراً للأحكام الشرعية المقررة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة وليست أمثلة هذا النوع من الرخصة بكثيرة

فمنها الكراء المؤبد الذي جرت به فتوى علماء الأندلس كابن السراج وابن منظور في أواخر القرن التاسع في أرض الوقف ، حين زهد الناس في كرائها للزرع لما تحتاجه أرض الزرع من قوة الخدمة ووفرة المصاريف وزهدوا في كرائها للغرس والبناء لقصر المدة التي تكثرى أرض الوقف لمثلها ، ولإبائة البان أو الغارس أن يبني أو يغرس ثم يقلع ما أحدثه في الأرض ، فأفتى ابن السراج وابن منظور بكرائها على التأييد ورأيا أن التأييد لا غرر فيه لأنها باقية غير زائلة ، ثم تبعهما على ذلك أهل مصر في القرن العاشر بفتوى ناصر الدين اللقاني في إحكار الأوقاف وجرى العمل بذلك في المغرب في فاس وتونس في العقد المسماة عندنا في تونس بالنصبة والحلّو وألحق بها الإنزال ، وفي فاس بالجلسة والجزاء ، ومنها فتوه علماء بُحّار من الحنفية ببيع الوفاء في الكروم لحاجة غارسيتها إلى النفقات عليها قبل إثمارها كل سنة فاحتاجوا إلى اقتراض ما ينفقونه عليها ، وقد يطرأ من الضرورات ما هو أشد من ذلك فالواجب رعيه وإعطائه ما يناسبه من الأحكام<sup>2</sup>

ومن قواعد عزّ الدين بن عبد السلام في أواخر قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية في المعاوزات : ( لو عمّ الحرامُّ الأرض بحيث لا يوجد حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجات ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات لأنه لو وقف عليها لأدّى إلى ضعف العباد واستلاء العدو على بلاد الإسلام ولا انقطع الناس عن الحرف والصنائع التي تقوم بالمصالح ولا يتبسّط في هذه الأموال كما يتبسّط في المال الحلال بل يقتصر في ذلك على ما تمس الحاجة إليه

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 55-56-59

<sup>2</sup> مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 55-56-59

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وصورة هذه المسألة أن يجهل المستحقون بحيث يتوقع أن نعرفهم في المستقبل ولو يئسنا من معرفتهم لما تُصوّرت هذه المسألة لأنه يصير ( أي المال ) حينئذ إلى المصالح العامة وإنما جاز تناول ذلك قبل تمكّن الناس من معرفة المستحقين لأن المصلحة العامة كالضرورة الخاصة ، ولو دعت ضرورة إلى غضب أموال الناس لجاز له ، ذلك بل يجب عليه إذا خاف الهلاك لجوع أو حر أو برد وإذا وجب هذا لإحياء نفس واحدة فما الظنّ بإحياء نفوس ؟ وهذا مقام رعاها المجتهدون في تصارييف استنباطهم ودنوا منه وابتعدوا فقد تجد المجتهد الواحد يدنو منه ويتعد في مختلف أقواله بحسب تعارض الأدلة وغير ذلك<sup>1</sup> ولذلك قال ابن عطية : إن أوصياء زمانهم لا يقبل قولهم في رُشد اليتامى حتى يرفعوا إثبات ذلك إلى القاضي ولم يرههم مصداق أمانة الشريعة في قوله : ( فَإِنَّ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ) النساء 6.

واستحسن قوله فقهاء المالكية بعده وقال ابن العربي : لا تُصدّق المرأة في دعاها انقضاء عدّتها في مدة أقل من خمسة وأربعين (45) يوماً لضعف الدّيانة مع أن القرآن وكّل ذلك إلى أمانتهن إذ قال : ( وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيهِمْ أَرْحَامَهُنَّ إِنْ كُنَّ يَوْمَئِذٍ بِاللَّهِ وَأَلْيَوْمِ الْآخِرِ ) البقرة 226 ويقول ابن العرب جرت الفتوى والقضاء عند علماء المالكية كما نظّمه صاحب العمليات العامة.<sup>2</sup> وأما في المقاصد فيقول : وأما مقاصد الناس في تصرفاتهم فهي المعاني التي لأجلها تعاقدوا أو تعاظوا أو تغامروا أو تقاضوا أو تصالحوا وهي قسمان :

**قسم هو أعلاها** وهو أنواع التصرفات التي اتفق عليها العقلاء أو جمهورهم لما وجدوها ملائمة لانتظام حياتهم الاجتماعية مثل البيع والإجارة والعارية وما كان من أحكام تلك الأنواع مقصوداً بما لذاته **وقسم هو دون ذلك** ، وهو الذي يقصده فريق من الناس أو آحاد منهم في تصرفاتهم لملائمة خاصة بأحوال مثل العُمريّ والعرية ومثل الكراء المؤبد المعروف بالإنزال عندنا في تونس وبالْحِكر في مصر وبالنّصة في حوانيت التجارة في أسواق تونس ويُعبّر عنها بالجلسة في المغرب الأقصى ورهن غلة الوقف الخاص أعني أوقاف الدّرية في بلاد الجريد التونسي وبيع الوفاء عند الحنفية في كروم بخارى وهذا القسم يُتعرّف بالإمارة والقرينة والحاجة الطارئة<sup>3</sup>

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 135 إلى 141

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 143-144

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 163

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وقال في موضع آخر: وتسهيلا للرواج شرعت عقود مشتملة على شيء من الغرر مثل المغارسة والسلم والمزارعة والقراض حتى عدّها بعض علمائنا رخصاً باعتبار أنّها مستثناة من قاعدة الغرر وإن لم يكن فيها تغيير حكم من صعوبة إلى سهولة لعذر واعتبروا في إطلاق اسم الرخصة عليها أن تغيير الحكم أعمّ من تغييره بعد ثبوته أو تغيير ما لو ثبت لكان مخالفاً للحكم المشروع<sup>1</sup>

ولذلك لم يُشترط في التبايع حضور كلا العوضين فاغتفر ما في ذلك من احتمال الإفلاس وشرعت المعاملات على العمل مثل المغارسة والمساقاة واغتفر ما في ذلك من الضرر وشرعت البيوعات على الأوصاف كالبرنامج واغتفر ما في ذلك من الضرر قصداً في جميع ذلك إلى تسهيل المبادلة لتيسير حاجات الأمة وقد دل على ذلك قوله تعالى : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحُزَّةٍ حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ) البقرة 281<sup>2</sup>

( إن المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان هي إجارة الأبدان والمساقاة والمغارسة والقراض والجعل والمزارعة وهي كلها عقود على عمل المرء ببدنه وعقله وعلى قضاء وقت من عمره في ذلك ما عدا المغارسة.

فهذه العقود لا تخلو من غرر لعسر انضباط مقادير العمل المتعاقد عليه وعسر معرفة العامل لما ينجر إليه من الربح من جراء عمله ولعسر انضباط ما ينجر إلى صاحب المال فيها من إنتاج أو عدمه غير أن الشريعة ألغت هذا الغرر لان إضرار مراعاته أشدّ من إضرار إلغائه لما في مراعاته من حرمان كثير من الأمة فوائد السعي والاكتساب ، وهي أيضا لا تخلو من إضرار يلحق العامل في أحوال كثيرة إذا عمل عمله في المساقاة أو المزارعة فلم يثمر الشجر أو عمل في الجعل فلم يُحصّل الجاعل عليه أو عمل في القراض فلم يُنضّ ربح ، فيكون العامل قد أضاع الوقت وتجشم مشقة العمل ولم يحصل له شيء .

وقد ألغت الشريعة هذا لأن بقاء أهل العمل بطالين أشد عليهم من أضرار الخيبة في بعض الأحوال الرابع أن هذه العقود لم يُعتبر لزوم انعقادها بمجرد القول بل جعلت على الخيار إلى أن يقع الشروع في العمل عندنا وأما الجعل والقراض فبإتفاق ، وأما المغارسة والمزارعة فعلى الراجح ولم يستثن منها إلا المساقاة ، فقالوا لزومها بالعقد لأن في تأخير لزومها إضراراً على الأشجار والزرع )<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة، المرجع السابق ، ص 198

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 200-201

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 208 الى 212.



وعندي أنه ينبغي أن تكون جميع العقود المشتملة على عمل البدن غير لازمة بمجرد القول بل تلزم بالشروع في العمل، وحيث كان معنى ذلك آيلاً إلى خيار العامل كان الوجه أن يضرب للعامل في هذه العقود آجال لابتداء العمل كشأن بيع الخيار بما ينفي المضرة عن صاحب المال مثل إبان ابتداء الخدمة في المساقاة وإبان الحراثة في المزارعة وإبان ابتداء الغرس لذلك العام في المغارسة كيلاً لا يضيع بالتأخير على صاحب المال عام كامل<sup>1</sup>

وقال المالكية في عامل المغارسة إن له أن يبيع حقه في العمل لآخر يقوم مقامه وهي مسألة من غرر مسائل الفقه المالكي. الابتعاد عن كل شرط أو عقد يشبه استبعاد العامل بأن يبقى يعمل طوال عمره أو مدة طويلة جداً حيث لا يجد لنفسه مخرجاً ولأجل هذا نجد علماءنا يقولون بفساد المساقاة في الشجر الذي لا ينقطع إثماره في وقت من السنة كشجر الموز وكالقضب وكذلك ما تطول مدة إثماره لصغره كالمساقاة على واديّ النخل ونشء شجر الزيتون وقد قال علماء إفريقية إن تلقيح الشجر الذي لا ينتفع به كجبوز الزيتون العتيق في جبل وسلات بقرب القيروان أن ذلك يجري مجرى المغارسة لا مجرى المساقاة .

وعندي أن تأجيل مدة المساقاة في الشجر المخلف للإثمار كالموز أجلاً يحصل فيه الانتفاع للعامل خير من إبطال المساقاة في مثله لِمَا علمت من المقصد الأول أن تكثير هذه المعاملات مقصود للشريعة ، ولأجل هذا كانت المزارعة المسماة عندنا في تونس بشركة الحماس التي كان معظم مزارعات تونس جارياً عليها شركة منافية لمقصد الشريعة لا محالة وإن كانوا يزعمون أن الضرورة دعت إليها.<sup>2</sup>

وخاتمة لثقول الطاهر بن عاشور قوله : من أمثلة ما خالف القياس في المعاوزات: ( ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاداً أو عرفاناً بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس خاص .... فإن فُهم نفس الشرع يُوجب ذلك ومثله ذلك: من عاشر إنساناً من الفضلاء الحكماء العقلاء وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل وردٍ وصدرٍ ثم سمحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها فإنه يعرف بمجموع عهده من طريقته وألفه من عاداته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 208 إلى 212.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 208 إلى 212

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 78

الفرع الثالث: نقول البُرْزُيُّ رحمه الله

قال في رسالته التي كتبها في تقرير العقوبة بالمال والذي أقوله الآن في بوادي افريقية وأعرابها والبلاد النائية عنها من الحواضر التي هي محل بتّ الشرع وغلب عليهم الجهل والتعرض للأموال والأخذ بالدماء والهروب بالحریم وأخذ الأموال بالخيانة والغش والحراية والمعاملات الفاسدة أن يفعل بهم ما يقطع هذه المفاسد من التعرض لبعض مال الجاني وبدنه وسجنه عقوبة له، والنظر المصلحي في هذه المسألة أي من المصلحة العامة ألا يُترك المسيء بلا عقاب يدفعه دون ركوب ما يُلحق الضرر بالغير والقصد من إجراء الحدود هو الزجر وفي حال عدم التمكن من إقامة الحدود فلا ينبغي أن تُترك هذا المقصد بل إن المصلحة الكلية في حفظ الأنفس والأموال تستوجب أن يُؤخذ بالعقوبة المالية حلاً استثنائياً لمعالجة الفساد

قال مياراً: فذلك أولى من الإهمال وعدم الزجر وترك القوي يأكل الضعيف.<sup>1</sup>

الخلوت: مسألة الخلو والجلسة والزينة والحكر والجزاء والإنزال والنّسبة

وحاصل هذه المسألة أنه كراء للحاوئيت أو الدار أو الأرض على التأييد والاستمرار بكراء المثل، فإذا اکتري ذلك المکتري صارت المنفعة ملكاً له على التأييد فللمکتري الحق في المعاوضة عليها والهبة لها وتقع المواريثُ عليها ويكون التعامل بالخلو في الأحباس

قال البَنّايُّ: بمثل الفتاوى المذكورة وقعت الفتوى من شيوخ فاس المتأخرين كالشيخ القصار وابن عاشر وأبي زيد الفاسي وعبد القادر الفاسي وأضرابهم ويعبرون عن الخلو المذكور بالجلسة وجرى العرف بها لما رأوه من المصلحة فيها فهي عندهم كراء على التّبقيّة والمجوزون من المالكية اعتمدوا على المصلحة المرسلّة، وبل من المصلحة الكلية الحاجة احتياجاً عاماً فلذلك جرى العرف بها<sup>2</sup>

<sup>1</sup> الأصول الاجتهادية، المرجع السابق، ص 227

<sup>2</sup> الأصول الاجتهادية، المرجع السابق، ص 231-232.

### المطلب الرابع: ضوابط الاجتهاد الاستثنائي

لخطورة هذا النوع من الاجتهاد وأهميته ، يتوجب بيان الضوابط والمعايير التي لا بد منها للمجتهد فيه متى يُطبَّق الحكم ومتى يؤجل؟ متى يعمم ومتى يخصص أو يقيد إطلاقه ويستثنى بعض أفراده؟ ما موجبات العدول والاستثناء؟ حتى يحقق مقاصده ويتلاءم مع الشريعة بعيداً عن إتباع الهوى فمن أهم هذه الضوابط ما يأتي :

#### 1- التصور الصحيح للواقعة ومعرفة حقيقتها

إتفقت كلمة العلماء على ضرورة معرفة الواقع والفقهاء فيه لمن أراد الفتيا أو القضاء أي يعرف الواقع ولا يجهله ويعمله ولا يهمله والواقعة هي المحلّ لتنزيل الحكم عليها ، كان لا بد من معرفة ماهيتها وحقيقتها ، يقول عبد الرحمن السَّعدي : ( جميع المسائل التي تحدث في كل وقت سواء حدثت أجناسها أو أفرادها يجب أن تُتصور قبل أي شيء ، فإذا عُرفت حقيقتها وشُخِّصت صفاتها وتَصَوَّرها الانسان تصوراً صحيحاً تاماً بذاتها ومقدماتها ونتائجها طُبِّقت على نصوص الشرع وأصوله الكلية ، فمن الخطأ أن ينظر المجتهد إلى المسألة مجردة عن واقعها وعُرفها وعاداتها فيعمم الأحكام أن تغيير واختلاف الأحوال والملابسات المحيطة بالواقعة قد تجعل للنازلة طبيعة جديدة ومختلفة عن غيرها ، فيصير لكل نازلة حكمها الخاص ولا يعد هذا تغييراً ولا تبديلاً للشريعة إنما هو تغيير محلّ النازلة فطبَّق عليها حكماً آخر يناسبها وهذا الفهم هو ما تمثله الإمام بن أبي زيد القيرواني حيث سقط حائط داره وخاف على نفسه فاتخذ كلباً فقبل له إن الامام مالك نهي عن اتخاذ الكلاب إلا كلب ماشية أو زرع أو صيد فقال لو أدرك مالك زماننا لاتخذ أسداً ضارياً فواقعة ابن أبي زيد في زمانه تختلف عن وقائع زمان الإمام مالك.<sup>1</sup>

2 - التصنيف الصحيح للواقعة فقهياً ومقاصدياً : إن التصنيف الصحيح للواقعة لا بد منه للمجتهد فهو الخطوة التالية بعد تصور الواقعة على حقيقتها ولتنزيل الحكم الشرعي عليها ، فإذا كانت المسألة في باب المعاوضات أخذت أحكامها أو كانت في باب التبرعات أخذت أحكامها أو كانت في باب التوثيقات أخذت أحكامها لان هذا التصنيف مهم جدا ، فإذا أهمل هذا وضعت الواقعة في غير موضعها وبالتالي أخذت حكمها ، وقدما اختلف الفقهاء رحمهم الله في تصنيف جنس شركة المضاربة أو الشركات بأنواعها هل هي من عقود الإيجارات فتكون على منافع مجهولة أو هي من عقود المشاركات

<sup>1</sup> الاجتهاد الاستثنائي، فاطمة أمين ، المرجع السابق ، ص 318-319-320

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

وهذا ما بحثه ابن القيم وغيره في كتابه إعلام الموقعين (المشاركة غير المعاوضة) أي بمعنى كل منهما طريقاً للكسب مع اختلافهما في الأحكام والآثار ، فالذين قالوا: المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة لأنها عمل بعوض والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، فلما رأوا العمل والربح في هذه العقود غير معلومين قالوا : هي على خلاف القياس وهذا غلطهم ، فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات وإن كان فيهما شوبُ المعاوضة وكذلك المقاسمة جنس غير جنس المعاوضة المحضة وإن كان فيها شوبُ المعاوضة ، حتى ظن بعض الفقهاء أنها بيع يشترط فيه ما يشترط في البيع الخاص.<sup>1</sup>

ومسألة تصنيف المكس وكراء السوق للإمام عبد الحميد بن باديس رحمه الله مشهورة

ثم جاء من المعاصرين من نحى هذا المنحى ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس :

تأسيساً على مبدأ عقلانية الشريعة فإن الأحكام الشرعية كلها يجمعها نظام واحد تفضي فيه جزئياتها إلى أصول العامة وقواعد الكلية بحيث نستطيع الحكم موقنين أن هذه الشريعة ليس فيها حكم جزئي واحد لا ينتمي إلى أصل الكلي، ومع ذلك فهذه الكليات الجامعة يرتبط بعضها ببعض في نسيج واحد يؤلف بينها عدد من المبادئ الكبرى الحاكمة التي يمكن عدُّها روح هذه الشريعة وجوهر مقاصدها ، وبيان تحقُّق هذه الخاصية في التشريع أن الأحكام الشرعية إنما هي مجموعة كبيرة من الفروع الفقهية المؤلفة لأبواب الفقه الإسلامي وهذه الفروع تنتظم في حزم ومجموعات ينتظم كل مجموعة منها قانون من القوانين الشرعية مثال القياس الفقهي: له ارتباط وثيق بفكرة وحدة نسيج التشريع الإسلامي فإن العلل الشرعية للأحكام ، إنما هي أوصاف راجعة إلى القوانين الفقهية الكلية كعلة السفر المبيحة لبعض الرخص فإنها راجعة إلى أصل التيسير عند معالجة المشقة وعلة الأصناف الربوية عائدة إلى أصل منع أكل مال الغير بالباطل.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> إعلام الموقعين ، المرجع السابق، ج4 ، ص 4.

<sup>2</sup> التجديد الأصولي، المرجع السابق، ص 339.

وهكذا ما من علة من العلل الشرعية والاصواف المؤثرة في تشريع الأحكام تأمّلتها إلا وجدتها صادرة أحد الاصول العامة في الشريعة ، هنا تبرز فكرة أنه ليس في الشريعة حكم جزئي مشروع على خلاف سنن القياس أو وقع التكليف به مناوئاً للأصول الكلية للشريعة.

فأنه ما من حكم شرعي مما وصفه بعض الفقهاء بأنه شرع على خلاف قياس أصل ما من الأصول إلا وجدته بعد التأمل مشروعاً على وفق قياس أصل آخر هو به ألصق وبمعناه أولاً.<sup>1</sup>

ومن هذا الكلام يتقرر أن مبدأ عقلانية الشريعة وكذا الكليات والمبادئ الجامعة والحاكمة على الفروع في الشريعة في الحالة الأصلية (الاقتضاء الأصلي) أما الاجتهاد الاستثنائي فيأتي في حالة الاقتضاء التبعية وفي الحالة المستثناة من الأصل العام فلا يؤثر الاجتهاد الاستثنائي فيما سبق من كلام عن قاعدة ما جاء على خلاف القياس.

- وأما تصنيف الواقعة والنازلة تصنيفاً مقاصدياً ، فهذا أيضاً لا بد منه في العملية الاجتهادية لأن للشريعة مقاصد متعددة ، فمنها الضروريات ومنها الحاجيات ومنها التحسينيات وبينها تفاوت كما في القسم الواحد منها تفاوت ، ومنها أيضاً المقاصد الكلية والجزئية والقطعية والظنية كما قرر الشاطبي وابن عاشور وكما قال : فالفقيه محتاج الى معرفة مقاصد الشريعة في قبول الآثار من السنة وفي الاعتبار بأقوال الصحابة والسلف من الفقهاء وفي تصاريح الاستدلال... ثم قال : وحق العالم فهم المقاصد فهذا الضابط لا بد منه حتى يحقق مقصود الشارع في اجتهاده للواقعة والنازلة من رفع الحرج والمشقة والعنت عن المكلفين ويقدم التيسير على التعسر والضرورة على الحاجة وهكذا.<sup>2</sup>

**3- مراعاة اختلاف أحوال المكلفين :** يقصد برعاية أحوال المكلفين النظر إلى ما هو أرفق بهم في جميع الأمور وفقه أحوالهم لأنه أنفع أنواع الفقه فالنظر العام في النصوص ونقلها ثم تنزيلها على الواقع دون اعتبار لخصوصيات الأشخاص أو خصوصيات أفعالهم غير جائز لمخالفاته للعدل والمصلحة يقول الإمام الشاطبي: ( إن هذه المرتبة يلزمها إذا لم يعتبر الخصوصيات ألا يعتبر محالها وهي أفعال المكلفين بل كما يجري الكليات في كل جزئية على الإطلاق يلزمه أن يجريها في كل مكلف على الإطلاق من غير اعتبار بخصوصياتهم وهذا لا يصح كذلك على ما استقر عليه الفهم في مقاصد الشارع ) فليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً أن يحكم على واقعة معينة بحكم واحد مع اختلاف ظروفها وملابساتها ....

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 339

<sup>2</sup> ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية ، ووقية عبد الرزاق، دار لبنان، ص 206 الى 218

لأن لاختلاف الظروف تأثيراً في نتائج التصنيف ، فتعمم الحكم على المكلفين يقتضي التشابه لكن واقع المكلفين يختلف فالصلاة مثلاً حكمها الوجوب بالإجماع لكن آدائها ليس على كيفية واحدة فالصحيح والمريض والمسافر والمقيم والخائف كل يؤديها بكيفيته الخاصة ، مما يدل على ضرورة مراعاة أحوال المكلفين ويظهر هذا في تدرج نزول القران الكريم وفي تدرج تحريم الخمر و الربا وتشريع الرخص واستثناء أحوال الإكراه والاضطرار وتنوع عقوبة الزنا بين المحصن وغير المحصن والتخيير في الكفارات ، لذا وجب على المجتهد مراعاة خصوصيات المكلفين فرب مسألة تصلح لقوم دون قوم وشخص دون آخر فلا بد من معرفه أحوال المكلفين وظروفهم النفسية والاجتماعية فإن الجاهل يُفسد بالفتوى أكثر مما يُصلح.<sup>1</sup>

كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه : ( أن رجلاً أفطر في رمضان فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُكفّر بعثق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً فقال : لا أجدُ فأُتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق تمر فقال: خُذ هذا فَتَصَدَّقْ به ، فقال يا رسول الله ما أجدُ أحوجَ مِنِّي فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال : (كُلْهُ) متفق عليه واللفظ لمالك في موطنه باب كفارة من أفطر في رمضان.

#### 4- الموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة

جاءت الشريعة لتحقيق مصالح الخلق ودفع المفاسد عنهم لكن عند تعارضها وتزاحمها وجب على المجتهد الموازنة بين المصالح المتعارضة لتقديم أرجحها والموازنة بين المفاسد لدفع أعظمها وأخطرها يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : ( وجماع ذلك في القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاحمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة ، فينظر في المعارض له فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأمور به لكن تقدير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها)<sup>2</sup> وقضيته مشهورة مع أتباعه وسكارى التتار واعتبار الترتيب والموازنة تكون بين الواجبات مع بعضها البعض وبين الواجب والمندوب وبين العيني والكفائي وبين المحرم والمكروه بل وبين فعل المأمور وترك المنهي<sup>3</sup>

1 الاجتهاد الاستثنائي، المرجع السابق، فاطمة أمين، ص321-322

2 الاجتهاد الاستثنائي، المرجع السابق، فاطمة أمين، ص 323-324-325

3 التجديد الأصولي، المرجع السابق، ص 497-520

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

يقول الامام الشاطبي : ( المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لاحقيقية ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال وإلى شخص دون شخص أو وقت دون وقت وبناءً على هذا اعتبر اللخمي الحج ساقطاً على من أراد الخروج حاجاً في طريق مخوف على غرر يغلب على الظن أنه لا يسلم. وعلى هذا قالوا : بالاستطاعة والأمن (وأمن على نفسٍ ومالٍ إلا لأخذ ظالم ما قلّ) <sup>1</sup> وأجمعوا على قول الكفر ظاهراً مع بقاء القلب مطمئناً بالإيمان ، فما أحوج الفقهاء اليوم إلى مثل هذه الموازنات قبل الحكم بالإقدام أو بالإحجام على فعل من أفعال المكلفين.

### 5- مراعاة أسباب النزول وأسباب الورد :

إن النصوص الشرعية تحتاج إلى معرفة أسباب نزولها وورودها ليتحقق الفهم السليم والتنزيل القويم فبدونها يقع الخلل في فهم مراد الشارع من التنزيل يقول عمر عبيد حسنة : ( قد يكون فقه المحلّ وما يتنزل عليه من الأحكام بحسب استطاعته من أهم الأمور المطلوبة للفقهاء المسلم اليوم لأن كثيراً من النصوص كتاباً وسنةً أحاطت بها ظروف وشروط ومناسبات لا بد من إدراكها أثناء عملية التنزيل للنص على الواقع ولعلّيّ أعتبر سبب النزول وسبب الورد نوعاً من فقه المحلّ وإعانةً للمجتهد على إدراك وأهمية توفر الشروط والظروف نفسها للتنزيل ويقول أيضاً : ( إننا أثناء التنزيل للنص على الواقع الذي قد يقتضي الاستثناء أو التأجيل أو التدرج في الحكم فإن هذا لا يعني أن حالة المحلّ هي الصورة النهائية للحكم الشرعي بل هي مرحلة في ترقّي وتحضير المحلّ ليكون أهلاً للحكم النهائي والمشكلة كل المشكلة في نظري - قد تكون في هذا الفقه الغائب - أي فقه التنزيل الذي يمنحه أسباب النزول والورد وفي هذا الشأن يقول الشاطبي: ( في التنزيل الذي يقتضي قراءة القرائن والأحوال التي تعين في تفسير النصوص وجزء من معرفة ذلك يتوقف على معرفة أسباب النزول وذلك بقوله : ( معرفة أسباب التنزيل لازمة لمن أراد علم القرآن)

مثال : لفهم المقصود : حديث ( أنا بريء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين قالوا : يا رسول الله لِمَا قال : لا تراءى نارهما ) يفهم منه تحريم الإقامة في بلاد غير المسلمين مطلقاً مع تعدد الحاجة في عصرنا للتّعلم والتّداوي والتجارة والعمل ....

1 مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، للشيخ خليل ابن اسحاق المالكي، ضبطه وعلق عليه أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2012، ص 72.

## المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه

لكن بعد الرجوع إلى الرواية الكاملة للحديث يتبين سبب وروده والمعنى الصحيح ، وفيها أنه صلى الله عليه وسلم بعث سرية إلى خثعم فاعتصم ناسٌ منهم بالسجود فأسرع فيهم القتل فبلغه ذلك فأمر لهم بنصف العقل وقال ما قال وعليه المعنى الصحيح بريء من دمه إذا قتل لأنه عرّض نفسه بإقامته بين المحاربين للإسلام ، فالحديث ورد في الظرف الذي كان المسلمون بحاجة إلى الهجرة إلى المدينة لنصرة الاسلام .

وقال محمد رشيد رضا : الإقامة في دار الكفر ممنوعة إذا كان المسلمون بحاجة إلى هجرة المسلم إلى دار الإسلام أما إذا كانت الحاجة هي إقامة المسلمين بين المشركين للدعوة و الهداية فلا يُنهي عنها.<sup>1</sup>

### 6- تطبيق الأحكام بحسب الكلية والجزئية :

ذلك أنه في الحالة الأصلية تكون الأحكام أصلية على ما تقرر في علم الأصول ، لكن عند النظر إليها باعتبار الأمور الخارجية عنها فإن ضوء الكليات المقاصدية تنتقل تلك الأحكام ليتوسع معناها يشمل مواضع أخرى. مثال المباح : لا يكون مطلوباً فعلاً ولا تركاً، لكن من حيث علاقته بالقواعد الكلية والضروريات والحاجيات والتحسينات يكون من جهة خادماً للكليات الثلاثة ومن جهة أخرى خادماً لما نقص منها<sup>2</sup>

### 7 - الترجيح بين العزائم والرخص :

فالعزائم كالصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد وغيرها مطلوبة من كل الأشخاص وفي كل الأحوال أي جارية على الأحوال الأصلية ابتداء ، أما الرخص فجارية عند انخراق العوائد والحالات الأصلية أي عند تخلف الصحة بالمرض والإقامة بالسفر والقدرة بالعجز ، فإذا تقرر التمييز بينهما فإن المجتهد يتجه نظرُهُ إلى الترجيح بينهما خدمة للكليات المقاصدية بناءً على موقع كل منهما فيكون ملزماً بمراعاة الترجيح.<sup>3</sup>

1 الاجتهاد الاستثنائي ، المرجع السابق ، فاطمة أمين، ص 326-327-328

2 ضوابط الاجتهاد التنزيلي ، المرجع السابق ، ص 319

3 المرجع نفسه ، 319.



8 - إعمال قواعد الضرورات لما كان للضرورات أهمية وأثر كبير في التشريع ، كان لابد على المجتهد أن يضبط معايير الاشتغال في مجالها بالقاعدة تقول : ( الضرورات تبيح المحظورات ) بمقتضى هذه القاعدة يتم العدول عن حكم التحريم إلى الإباحة وهو الأدنى ، ووجه خدمة هذه القاعدة للمقاصد هو أن الشارع لما أباح محرماً لحفظ كُـلٍّ من الكليات أباحه على وجه لا يتخذ ذريعة لضرب الكليات الأخرى أو الأحكام الأخرى ، بل بشكل توقيفي استثنائي فينتقل من الأحكام الأصلية إلى الأحكام التبعية الاستثنائية بإعمال هذا الضابط وغيره من الضوابط ، ليسلم الاجتهاد الفقهي<sup>1</sup>.

---

1 ضوابط الاجتهاد التنزيلي، المرجع السابق ، ص 319.

المبحث الثالث:

تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند

المالكية في باب المعاوضات المالية

• تعريف المعاوضات المالية :

- المعاوضة لغة : العَوْضُ مصدر قولك عَاَضَهُ عَوْضاً وَعِيَاضاً ، والعَوْضُ : البَدَلُ
- المال لغة : ما ملكته من جميع الأشياء ، وجمعه أموال وأكثر إطلاق المال عند العرب على الإبل.
- كما تقول استعاضه أي سأله العَوْض وهو في المبيع والأخذ والإعطاء<sup>1</sup>

المطلب الأول: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي في عقود البيع:

الفرع الأول: بيع السلم و أمثلته

المسألة الأولى : تعريف بيع السلم لغة و اصطلاحاً :

أولاً : تعريف السلم لغة السلف محرّكة: السلم: اسم من الاسلاف أي تسلف منه: اقترض ومنه: السلف في الشيء<sup>2</sup> ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: «من أسلف في ثمر فل يسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» متفق عليه

- تعريف السلم اصطلاحاً: وهو (بَيْعٌ مَوْصُوفٍ مُؤَجَّلٍ فِي الدِّمَّةِ بغير جنسه)<sup>3</sup>

ثانياً : شروط بيع السلم:

- حلول راس المال وجاز التأخير ثلاثاً
- الا يكونا طعامين ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود كالعكس إلا أن تختلف المنفعة
- أن يؤجل بأجل معلوم كنصف شهر
- أن يكون في الدِّمَّة لا في مُعَيَّنٍ
- أن ينضب بعبادته من كيل أو وزن أو عدد أو قياس أو حَمَلٍ
- أن يُبيِّن الأوصاف التي تختلف بها الأغراض عادة من نوع وصنف وجودة ولون ومكان وقدر
- أن يُوجد عند حُلُوله غالباً فلا يصح في ما لا يمكن وصفه أو في نادراً الوجود<sup>4</sup>.

1 لسان العرب، ص 3170 و 3171

2 القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 773-774.

3 أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك الدرديري ، ص 146-147

4 أقرب المسالك مع مختصر خليل، ص 146-147

### ثالثاً: مشروعية البيع على البرنامج

قال الإمام مالك : الأمر عندنا في القوم يشترطون السلعة البزّ أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البزّ الذي اشتريت من فلان قد بلغني صفتُهُ وأمرُهُ فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا؟ فيقول نعم فيُربحه ويكون شريكاً للقوم مكانه فإذا نظر إليه رآه قبيحاً واستغلاه ، قال مالك : ذلك لازم له ولا خيار له فيه إذا كان ابتاعه على برنامج وصفة معلومة

قال مالك : وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يُجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج ولم يكن مخالفاً له<sup>1</sup>.

والبيع على البرنامج لأجل الضرورة وتعذر الوقوف على عين المبيع وتأمله وما يخشى عليه من الخلل والشدّ والطّيّ بهذا الاعتبار جوز مالك البيع على البرنامج مع ماله في ذلك من ظواهر الأخبار وشواهد الآثار فمن ذلك تفسيره عليه الصلاة والسلام بيع الملامسة حيث قال : (هو أن يبتاع القوم السلعة لا ينظرون إليها ولا يُخَيِّرون عنها ) رواه البخاري

فبين عليه الصلاة والسلام أن الإخبار يقوم مقام النظر إليها مع القدرة عليها<sup>2</sup> و الضرورة كما مر سابقاً مجالا من مجالات الاجتهاد الاستثنائي.

### الفرع الثاني: بيع الأعيان الغائبة

قال الإمام مالك : يجوز بيع الأعيان الغائبة على صفة بضبطها المتبايعان كقوله : بعتك داراً لي بواسطة صفتها كيت وكيت ... فإذا جاء على الصفة لزم البيع بغير خيار ، إلا أن لا تُوافق الصفة المذكورة وبه قال أبو حنيفة غير أنه جعل الخيار للمشتري وإن وافق الصفة وأجازه وبيع ما لا يُوصفُ أصلاً وللمبتاع الخيار إذا راه.

وقد روي عن مالك قريب منه لأنه قال : من ابتاع ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه فإذا كان على الصفة فلا خيار له إذا وافقها<sup>3</sup>.

1 الموطأ باب البيع على البرنامج ص 408

2 مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها علي الرجراجي اعتنى به أحمد علي الدمياطي ج6

دار بن حزم ط 1 2007، ص 366

3 عيون المسائل للقاضي وهو اختصار لكتاب عيون لأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمة للقاضي بن القصار البغدادي ، دراسة

وتحقيق علي محمد بورويبة دار بن حزم لبنان عبد الوهاب البغدادي المالكي ط 1 2009، ص 397

## المبحث الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية في باب المعاوضات المالية

أنظر كيف أن الإمام مالك أجاز و ألزم المشتري بالبيع إذا جاء على الصفة ، فحافظ على العقد كما هو في الأصل و يسر التعاقد على غائب عن المجلس.

### أولاً: البيع على الصفة

فإن كانت غيبةً بعيدةً جداً فلا يجوز البيع اتفاقاً، فإن كانت غيبةً قريبةً جداً مثل الحاضر في البلد الغائب عن المجلس أو على مسيرة يوم فيجوز بيعه على صفة يتخرج على قولين قائمين من المدونة - الجواز وهو مشهور المذهب

-المنع وهو قول محمد بن المؤاز وهو ظاهر المدونة في بيع الغرر في باب البيع على البرنامج لأن مالكاً جوزه للضرورة ولا ضرورة في غير البرنامج

سبب الخلاف: اختلافهم في الصفة هل تقوم مقام الرؤية مع القدرة على الوقوف على عين

الموصوف أم لا؟<sup>1</sup>

### ثانياً: أمثلة لمسائل مستثناة في بيع السلم

1- مسألة (بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم اليه قبل قبضه) اختلف الفقهاء فيه الى أقوال:

- قول أبي حنيفة و أحمد و اسحاق لا يجوز بيعه.

- وقول الشافعي يجوز مطلقاً.

- قول مالك لا يجوز شراؤه قبل قبضه إلا في موضعين:

أ- إذا كان المسلم فيه طعاماً.

ب- إذا كان المسلم فيه عرضاً والتمن عرضاً مخالفاً له، فيأخذ المسلم من المسلم اليه شيئاً من جنس ذلك

العرض الذي هو الثمن ، لأنه يدخله إما سلف و زيادة إن كان المأخوذ أكثر، و إما ضمان و سلف إن

كان مثله أو أقل<sup>2</sup>.

2- مسألة اشتراط الاجل في السلم: اختلف العلماء في هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ

والحصاد و الموسم؟ فأجازه مالك و منعه أبو حنيفة و الشافعي أو أحمد في رواية<sup>3</sup>

1 مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، المرجع السابق، ص 359

2 شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد الأندلسي، وبهامشه السبيل المرشد لبداية المرشد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق وتخریج

عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط7، ج 2018، 3، ص 1741-1740.

3 نفس المرجع ، ص 1736.

وهذه كلها أمثلة تطبيقية مستثناة من الأصل بعدم جواز بيع الغرر ، أي مستثناة من أصل البيوع ممنوعة لأنها غير حاضرة في مجلس العقد ولا مقبوضة حتى في يد البائع ، إنما على الصفة فقط ، وهو ما تميز به المالكية في السلم بناء على الاجتهاد الاستثنائي في باب البيوع. والحاصل أن البيع مع الجهل بالصفة والأجل والمقدار لا يجوز

### الفرع الثالث: أنواع بيع الغرر

بيع الغرر 10 أنواع والمستثنى منها في المذهب ما يأتي : يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ومنعه الشافعي مطلقاً ويشترط في المذهب في المبيع على الصفة خمسُ الشروط وهي :

- ألا يكون بعيداً جداً كالأندلس وإفريقية
- ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد
- أن يصفه غيرُ البائع
- أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها
- ألا ينقد ثمنه بشرط ، إلا في المأمون كالعقار ويجوز النقد من غير الشرط ، ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار ، ويجوز بيع ما في الاعدال من الثياب على وصف البرنامج بخلاف الثوب المطوي دون تقليب ونشر ، ويجوز أن يقول إلى الحصاد أو إلى معظم الدراس أو إلى شهر كذا ويُحمل على وسطه ولا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله وكذلك لا يجوز بيعه في تنبهه ويجوز بيعه مع تنبهه ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى خلافاً للشافعي.<sup>1</sup>

1 القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنابلة، لابن جزى المالكي تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، ص 404 إلى 406.

المطلب الثاني: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية في عقود الصناعة :

الفرع الاول: تعريف عقد الاستصناع :

أولاً: تعريف عقد الاستصناع لغة : طلب الصنعة، و الصناعة ككتابة حرفة الصانع و عمله<sup>1</sup> هو من بيع المعدوم

ثانياً: تعريف الاستصناع اصطلاحاً: هو (عقد وارد على العمل والعين في الذمّة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط)<sup>2</sup> أو هو (عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص)<sup>3</sup> وعقد الاستصناع هو أيضا بيع على معدوم مثل : إستصناع معدّات وآلات طبيّة خاصّة بفئة المعاقين وذوي الاحتياجات الخاصة ، وكذا البيع للسكنات على الخريطة وغيرها

الفرع الثاني: مشروعية عقد الاستصناع و شروطه

- المسألة الأولى استئجار الطّئر: هي المرأة التي ترضع ولد غيرها ويجوز استئجارها للبن وهو عين وليس منفعة على خلاف القاعدة ، أجازها الفقهاء على معدوم مراعاة لحاجة الناس

قال تعالى : (وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ)

البقرة 231

ويجوز استئجارها بالنقد وبالطعام ، كأن تشترط طعامها مع الأجرة ولا يُعدّ هذا من بيع الطعام بالطعام ويلزمها ما يقتضيه العرف من تنظيف الرضيع وغسل لباسه وكل ما تستلزمه الحضانة لأن العرف كالشرط الوفاء به واجب إذ العادة محكمة ، فإن لم يجز العرف بذلك فلا تلزمها الحضانة إلا بشرط لأن أصل وجوبها على الأب وهذا من إيجار المعدوم الجائزة بشروط وهي :

- أن يكون ما تمّ العقد عليهم متحقق الوجود عادة

أن يكون الأجل معلوماً ، أي وقت التسليم تخفيفاً للغرر والجهالة.<sup>4</sup>

- وجاز بيع لبن المرأة إذا حلب في إناء عند الشافعي ومنعه أبو حنيفة.<sup>5</sup>

1 القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 951.

2 الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج 7، ص 5201

3 اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي، في فقه المعاملات من كتبه التمهيد والاستذكار وتطبيقات معاصرة، أسامة الصلابي، دار

ابن حزم، لبنان، ط1، 2011، ص340

4 مدونة الفقه المالكي وأدلته، عبد الرحمان الغرياني، ج4، ص 207-208

5 عيون المسائل، المرجع السابق، ص423

المسألة الثانية ضرب الفحل : ومن المجهول الذي يتعذر تسليمه ويمتنع بيعه للغرر ضرب الفحل وهو :  
شراء ماء الفحل لِيَنْزُوَ على الأنتى حتى تحمل ، لأنها قد لا تحمل فيتضرر ربُّ الفحل وقد تحمل من أول  
مرة فيغبن صاحب الأنتى ، ففي الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما :

( نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عَسْبِ الفحل ) رواه البخاري

وعن سعيد بن المسيب أنه قال : ( لا رباً في الحيوان ، وإنما تُهَي من الحيوان عن ثلاثة : عن المضامين  
والملاقيح وحبل الحبلّة والمضامين : بيع ما في بطن إناث الإبل والملاقيح : بيع ما في ظُهُور الجمال )<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: مذاهب الفقهاء في عقد الاستصناع

وجوز علماؤنا استئجار الفحل للضراب مدة معلومة كيوم أو عدة مرات كمرتين أو ثلاث لأنه عقد  
على منافع وهي معلومة وعملوا حديث النهي عن عسب الفحل على استئجار الفحل إلى أن تحمل  
الأنتى لأنها إجارة مجهولة ، أما على مدة معلومة أو مرّات معدودة فيجوز ، وكذلك إعارته للضراب  
جائزة<sup>2</sup>

قال ابن رشد : وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله  
على أن ينزو أكواما معلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي ، أي لا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي  
بخلاف مالك لأنه استثنى هذه الحالة....

و جمهور العلماء وفقهاء الامصار في الإجارة كمالك وأبي حنيفة والشافعي ، اتفقوا بالجملة :  
أن من شروط الإجارة ، أن يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر وذلك إما بغايتها مثل خياطة  
الثوب في العمل وإما بضرب الأجل إلى نهايتها مثل خدمة الأجير وإما بالزمان إن كان عملاً واستيفاء  
منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت وإما بالمكان إن كان مثلياً مثل كراء الرواحل<sup>3</sup>  
كراء الفحل مدة معلومة لِيَنْزُوَ على الإناث يجوز عندنا ومنع منه أبو حنيفة والشافعي<sup>4</sup>  
وكانت هي العادة الشائعة في صحراء الجزائر وربما إلى اليوم .

1 رواه مالك في الموطأ باب ما لا يجوز من بيع الحيوان

2 مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص 99-100

3 شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، المرجع السابق، ص 1803-1804-1808

4 عيون المسائل للقاضي، مرجع سابق، ص 418



## المبحث الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية في باب المعاوضات المالية

وعلى هذا يُجرح في عصرنا تحدد العمل في الوظائف الحكومية بالساعات والأيام والشهور لأن التعليم مثلاً لا نضمن فيه نجاح كل المتدربين وكذا كل الطلاب فكان التحديد بالزمن والمدة معلوماً غير مجهول.

ذكر ابن القيم حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في منع الرجل من بيع ما ليس عنده حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه ( لا تبع ما ليس عندك ) وحديث بن عمرو رضي الله عنه ( لا يَحِلُّ سَلْفٌ وبيعٌ ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يُضْمَن ولا يَبَّع ما ليس عندك )

قال : فاتفق لفظُ الحديثين على نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عنده فهذا هو المحفوظ من لفظه عليه الصلاة والسلام وهو يتضمن نوعاً من الغرر فإنه إذا باعه شيئاً معيناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه أو يُسَلِّمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه ، فكان غرراً يشبه القمار فنهى عنه وقد ظن بعض الناس أنه إنما نهى عنه لكونه معدوماً فقال لا يصح بيع المعدوم . والمعدوم ثلاثة أقسام

- معدوم موصوف في الذمة فهذا يجوز بيعه اتفاقاً
- ومعدوم تبع للموجود وإن كان أكثر منه وهو نوعان نوع متفق عليه ونوع مختلف فيه ، أما المتفق عليه فبيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها ، فالناس اتفقوا على جواز بيع ذلك وأما المختلف فيه كبيع المقائض والمطابخ إذا طابت فهذا فيه قولان :
- أنه يجوز بيعها جملة ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة ، ويجري مجرى بيع الثمار بعد بدو صلاحها وهذا هو الصحيح من القولين الذي استقر عليه عمل الأمة ولا غنى لهم عنه ولم يأتي بالمنع منه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا أثر ولا قياس صحيح ، وهو مذهب مالك وأهل المدينة وأحد قولين في مذهب أحمد وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية
- معدوم لا يُدرى يحصل أو لا يحصل ولا ثقة لبائعه بحصوله ، بل يكون المشتري منه على خطر فهذا الذي منع الشارع بيعه لا لكونه معدوماً بل لكونه غرراً ، فمنه صورة النهي التي تضمنها حديث حكيم بن حزام وابن عمر رضي الله عنهما.<sup>1</sup>

1 زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 189-190-191

المطلب الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند المالكية في عقود الزراعة.

ويدخل تحته لتمثيل عقد المزارعة والمغارسة و المساقاة.

الفرع الأول: تعريف المزارعة و المغارسة و المساقاة

المسألة الأولى : تعريف المزارعة

أولاً: المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع، و حدث بأنها الشركة في الزرع

والأصل في مشروعيتها هي أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من تمر أوزرع<sup>1</sup>  
المزارعة اصطلاحاً: هي الشركة في الزرع وجرى بها العمل في الأندلس وأجازها قوم وإن وقع فيه كراء  
الأرض بما تنبت<sup>2</sup>.

المسألة الثانية : تعريف المغارسة

ثانياً : المغارسة لغة: من فعل غرس الشجر يغرسه: أثبته في الأرض<sup>3</sup>

المغارسة اصطلاحاً: هي دفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً وهي على قولين في المذهب الجواز وهو  
المشهور وعدم الجواز لأنه متى تثمر<sup>4</sup>.

المسألة الثالثة : تعريف المساقاة

ثالثاً : المساقاة لغة: من سقاه يسقيه و أسقاه: دله على الماء أو سقى ماشيته أو أرضه أو كلاهما<sup>5</sup>

المساقاة اصطلاحاً: (أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي  
والعمل على أن أطعم الله من ثمرها بينهما نصفين أو على جزء معلوم من التمرة)<sup>6</sup>

<sup>1</sup> جامع الأمهات لابن الحاجب المالكي، تحقيق و تعليق أبو عبد الرحمان الاخضر الأخضرى، دار اليمامة، دمشق، بيروت، ط1، 1998، هامش ص 432.

<sup>2</sup> زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص435-436.

<sup>3</sup> القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 1182.

<sup>4</sup> مناهج التحصيل، المرجع السابق، ص414

<sup>5</sup> القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 784.

<sup>6</sup> كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، وبالهامش حاشية العدوي، شركة القدس، القاهرة، ط1، 2009، ج3، ص 424-425.

### الفرع الثاني: مشروعية العقود الثلاثة و أقوال العلماء

وحكمها : هي جائزة مستثناة من أصولين ممنوعين هما: الإجارة المجهولة و بيع ما لم يُخلق، و لذلك منعها أبو حنيفة مطلقا و إنما اجازها غيره لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع يهود خيبر في نخلها عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم فتح خيبر: (أقركم فيها ما أقركم الله عزوجل، على أن الثمر بيننا و بينكم)<sup>1</sup>

قال : فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة يخرص بينه و بينهم فقصر الضاهرية جوازها على النخيل خاصة و الشافعي على النخيل و الاعنابي، وأجازها مالك في جميع الأشجار والزرع ما عدا البقول<sup>2</sup> فهي مستثناة من أجول ممنوعة كالمخابرة ، وهي جائزة بشروط<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث : بيع ثمر البطون المختلفة

مذهب مالك في أن البطون المختلفة لا تخلوا أن تتصل أو لا تتصل، ثم إن اتصلت فلا يخلوا أن تتميز البطون أو لا.

- ففي الذي يتميز عنه ولا ينفصل مثل القصيل يجد مدة بعد مدة، فعنه روايتان الجواز والمنع.  
- وفي الذي يتصل ولا يتميز كالمطابخ والمقائئ والباذنجان والقرع قول واحد هو الجواز، أي يجوز بيع الجميع خلافا لأبي حنيفة و الشافعي وأحمد.  
وحجة مالك لا يمكن حبس أوله على آخره ، فيجوز بيع ما لم يطب مع ما طاب وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على رخصة بيع الثمار، و لموضع الضرورة<sup>4</sup>.

### • بيع المغيبات في الأرض:

يقول: ابن القيم في بيع المغيبات في الأرض كاللفت والجزر والبصل ، فإنها معلومة بالعادة يعرفها أهل الخبرة بها ، فظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصُّبيرة مع باطنها ، ولو قدر أنّ في ذلك غررا فهو يسير يغتفر للمصلحة العامة للناس ، فإنّ إجارة الحيوان والدار لا تخلو من غرر الحيوان يموت والدار تنهدم ، وكذا بيوع السلم لا يخلو من غرر لكن ليس كل غرر سببا للتحريم فالغرر اليسير الذي لا يمكن

<sup>1</sup> رواه مالك في الموطأ، باب ما جاء في المساقاة.

<sup>2</sup> القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 433.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 433.

<sup>4</sup> شرح بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص 1629.

## المبحث الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند الملكية في باب المعاوضات المالية

الاحتراز منه لا يمنع من صحة العقد بخلاف الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز منه ، فإذا عرف هذا فبيع المغيبات في الأرض انتفى عنه الامران ، فإن غرره يسير لا يمكن الاحتراز منه ، فإن الحقول الكبيرة لا يمكن بيع ما فيها إلا وهو في الأرض فلو شرط لبيعه إخراجه دفعةً واحدةً كان فيه مشقة وفساد للأموال وإن منع بيعه إلا شيئاً فشيئاً كلما أخرج شيئاً باعه ، كان في ذلك حرج ومشقة وتعطيل لمصالح أرباب الأموال ومصالح المشتري مالا يخفى فبيعهما في الأرض اضطراراً وبالجملة ليس هذا من الغرر الذي نهى صلّ الله عليه وسلم .<sup>1</sup>

وكلام ابن القيم هذا عين ما ذهب إليه علماء الملكية استثناءً من بيع الغرر، أي جواز بيع المغيبات في الأرض خرزا كاللفت والجزر والبصل من بيع الغرر الممنوع مما يدل دلالة واضحة على الاجتهاد الاستثنائي عند الملكية في العقود الزراعية.

يقول ابن عاشور من الملكية: (غير أني رأيت الفقهاء لا يمثلون إلا بالرخصة العارضة للأفراد في أحوال الاضطرار، ونحن إذا تأملنا الرخصة فوجدناها ترجع إلى عروض المشقة والضرورة صح لنا أن ننظر إلى عموم الضرورة و خصوصها ، فقد وجدنا من الضرورات ضرورات عامة مطردة كانت سبب تشريع عام في أنواع من التشريعات مستثناة من أصول كان شأنها المنع مثل السلم و المغارسة والمساقاة)<sup>2</sup>

**فائدة :** قال الإمام مالك رحمه الله : ( الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه أن له أن يستثني من ثمر حائطه ما بينه و بين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك ، وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك )<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص212-213.

<sup>2</sup> مقاصد الشريعة ابن عاشور، المرجع السابق، ص 139-141.

<sup>3</sup> الموطأ تحت : ما يجوز في استثناء الثمر.

خاتمة

## خاتمة

### خاتمة

أتيت على خاتمة الدراسة وأنا تواق إلى مزيد دراسة ومدارسة وفهم وعمل، قال تعالى: (وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا) طه 111.

وخلصت منها إلى ما يلي:

**1-** تبينت من الدراسة حقيقة اجتهاد استثنائي وأن له مبررات وضرورات في حياة المكلفين وواقعهم جمعاً بين العقل و النقل.

**2-** الاجتهاد الاستثنائي له من أدلة الشرعية والأصول الفقهية التي تدل على أنه من أهم موضوعات أنواع الاجتهاد الفقهي و أنه كان حاضراً في كتابات و مدرسات و أجوبة و أقوال المجتهدين القدماء من علماء الإسلام و علماء المالكية رحمهم الله جميعاً.

**3-** إجتهد علماء الإسلام المعاصرون في وضع حدود وتعريفات للاجتهاد الاستثنائي التي لم تكن من قبل عند الأقدمين ومنها هذا التعريف (بذل المجتهد وسعه في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع المشخصة بما يقتضي تغير هيئة الحكم وإحلال غيره محله إذا كان لا يحقق المقصد الشرعي) أنظر ص 9 من الدراسة.

**4-** تبين أن للاجتهاد الاستثنائي حجية من القرآن والسنة وتطبيقات سلف الأمة من الصحابة خاصة زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وكذا النصوص والشواهد المنقولة عن أئمة المالكية وغيرهم واتضحت فكرة هذا النوع من الاجتهاد وان له أصوله وأسس وتطبيقاته.

**5-** اجتهاد العلماء و الدارسون المعاصرون في وضع ضوابط الاجتهاد الاستثنائي حتى تنضبط الفتوى ومن ثم تنضبط المعاملات والتصرفات وتظهر خاصية الواقعية لهذه الشريعة الغراء، وفي أحكامها وجزئياتها استناداً على أصولها وقواعدها العامة.

**6-** إن للاجتهاد الاستثنائي تجليات في التطبيقات العملية خاصة في عقود البيوع وعقود الصناعة وعقود الزراعة وهذه العقود هي الأصول الحرف الثلاثة الأساسية للحرف والانشطة الاقتصادية ، أي أن هذه الأصول تعد مجالاً للاجتهاد الاستثنائي ، فما يتفرع عنها يكون أيضاً مجالاً صالحاً لهذا النوع من الاجتهاد.

7- بينت الدراسة قدراً كبيراً من التراث الفقهي ، المتمثل في أصول وقواعد وجزئيات وتخرجات و تفريعات للمذهب المالكي ، و بينت كيف استثمر فقهاء المالكية هذا التراث الفقهي في انسجام رائع و ماتع ظهر في التطبيقات الفقهية عبر الزمان ، مما جعل الكثير من فقهاء الاسلام من غير المالكية ، يقرون بأفضلية المذهب المالكي أصولاً و فروعاً و تأصيلاً و تنزيلاً ، كشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله .

● توصيات الدراسة:

- توصي الدراسة بمزيد من البحث خاصة في المعايير والضوابط الفقهية في هذا النوع من الاجتهاد الاستثنائي .
- كما توصي بتوسيع الدراسة في أبواب المعاملات الأخرى ، أو أفراد كل باب منها ببحث ودراسة .
- كما توصي بالبحث في الاستثناءات الخاصة في عقود الزواج والطلاق وكذا الميراث .
- وختاماً نحمد الله على التوفيق والإتمام ونسأله الحسنى والزيادة والسلام .

# فهرس الآيات والأحاديث



## فهرس الآيات والأحاديث

### فهرس الآيات

سورة البقرة الآية 103	" يا أيُّها الذين آمنوا لا تقولوا .. "
سورة البقرة الآية 104	" والله يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ ..... "
سورة البقرة الآية 126	" وإذ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ .... "
سورة البقرة الآية 184	" يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ.... "
سورة البقرة الآية 172	" فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ..... "
سورة البقرة الآية 229	" وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا.... "
سورة البقرة الآية 285	" رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا ... "
سورة النساء الآية 6	" فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا..... "
سورة النساء الآية 19	" وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا .... "
سورة المائدة الآية 2	" يا أيها الذين آمنوا لا تُحَلُوا.... "
سورة المائدة الآية 4	" فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ .... "
سورة المائدة الآية 52	" وَمَنْ أَحْسَنَ قَوْلًا ... "
سورة الأنعام الآية 2	" ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ "
سورة الأنعام الآية 151	" وَهُمْ بِرَبِّهِمْ يَعْدِلُونَ "
سورة الأنعام الآية 120	" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ ..... "
سورة الأنفال الآية 41	" واعلموا أنَّما غَنَمْتُمْ ..... "
سورة التوبة الآية 5	" فاقتلوا المشركين .... "
سورة التوبة الآية 82	" فرح المخلفون بمقعدهم... "
سورة التوبة الآية 80	" وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ ..... "
سورة هود الآية 41	" و قَالَ ارْكَبُوا .... "
سورة النحل الآية 38	" وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ ..... "
سورة الكهف الآية 90 و 91	" قَالُوا يَا ذَا الْقُرْنَيْنِ ... "
سورة الحج الآية 76	" وما جعل عليكم ..... "
سورة النور الآية 58	" وَالْقَوَاعِدَ مِنَ النِّسَاءِ ... "

## فهرس الآيات والأحاديث

سورة الزمر الآية 17	"الذِينَ يَشْتَمِعُونَ... "
سورة الزمر الآية 52	"واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم... "
سورة المنافقون الآية 6	"سواءً عليهم أَسْتَغْفَرْتَ... "

## فهرس الأحاديث

ص39	ابن مسعود " ما رآه المسلمون ... "
ص41	" الذهب بالذهبِ وَزناً بوزن... "
ص47	" إذا مات الانسانُ انقطع ... "
ص26	"إلا كلب غنم أو حرث أو صيد"
ص52	الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتولية
ص78	بيع ما في بطن إبليس
ص7	" تَعُودُوا بِاللَّهِ مِنْ جَهْدٍ... "
ص45	حديث عائشة رضي الله عنها " كان عتبة بن أبي... "
ص28	" لا يتحدَّث النَّاسُ أَنَّهُ كَانَ... وبلفظ آخر " لا يتحدَّثُ النَّاسُ أَنَّ مُحَمَّدًا... "
ص26	" مَنْ أَمْسَكَ كَلْبًا.. " وبلفظ آخر "إلا كلب غنم أو حرث.. "
ص53	" مَنْ حَلَفَ يَمِينًا كاذِبَةً... "
ص78	نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عَسْبِ الْفَحْلِ
ص55	"نهى عن بيع ما ليس عندك "
ص12	" ..... يا عبادي كلُّكم جائعٌ... "

## قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

### المصادر:

1- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- الأحاديث النبوية.

- رواه البخاري في الجامع الصحيح ، كتاب الحرث والمزارعة ، باب اقتناء الكلب للحرث

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، للحافظ بن حجر العسقلاني ، رَقَمَ كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي ، تصحيح وتحقيق عبد العزيز بن باز، المكتبة السلفية

- الموطأ للإمام مالك برواية يحيى الليثي مع الإشارة إلى رواية محمد بن الحسن الشيباني وأهمّ الفروق بين أشهر الروايات الأخرى إضافة الى رواية البخاري ومسلم، ضبط وتخرّيج محمد صديق العطار، دار الفكر بيروت 2008 .

### • مراجع اللغة العربية:

1- معجم مقاييس اللغة لابن فارس ، تحقيق وضبط عبد السلام هارون ، دار الفكر

2- المعجم الوسيط

3- لسان العرب لابن منظور، تحقيق نخبة من الأساتذة ، دار المعارف

4- المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني ، تحقيق وضبط محمد سيد كيلاي

5- معجم التعريفات للجرجاني ، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة القاهرة

6- القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، دار الحديث القاهرة 2008

7- الاستغناء في الاستثناء للقرافي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية لبنان ط أولى 1986

### • مراجع الفقه وأصول:

8- الإجتهد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية لعمر مونة ، رسالة دكتوراه ، الجامعة الأردنية 2008

9- الإجتهد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة دراسة تحليلية في أصول سياسة التشريع ومقاصده وتاريخه ، عبد الرحمن السنوسي ، الوعي الإسلامي ط1 2011

10- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ، علق عليه عبد الرزاق عفيفي ، دار الصمعي السعودية ، ط أولى 2003 ، ج الثاني

11- إختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي، في فقه المعاملات من كتبه التمهيد والإستدكار وتطبيقات معاصرة، أسامة الصلابي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2011،

12- إرشاد السالك إلى أشرف المسالك على مذهب الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس لعبد الرحمن بن عسكر المالكي البغدادي ، دار الإمام مالك البليدة ، ط الأولى 2023

13- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني ، تحقيق سامي بن العربي الأثري ، دار الفضيلة الرياض ط أولى 2000 ج الأول ص 869 ،

14- الأصول الإجتهدية التي يُبنى عليها المذهب المالكي ، حاتم باي ، مجلة كويتية شهرية جامعة ، الإصدار 20 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ط أولى 2011

15- أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر الجزائر ، ط الأولى 1986 .

16- أصول الفقه محمد لأبي زهرة، دار الفكر العربي، 1958.

17- الاعتصام للإمام الشاطبي ، المكتبة التجارية الكبرى مصر.

18- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيم الجوزية ، راجعه وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل لبنان

## قائمة المصادر والمراجع

- 19- إقامة الحجة بالدليل شرح على نظمن ابن بادي لمختصر خليل، محمد باي بالعالم، دار ابن حزم، ط 2007، 1
- 20- أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك الدرديري
- 21- أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات عبدالله بن بيه دار ابن حزم.
- 22- إيصال السالك في أصول الإمام مالك ل سيدي محمد يحيى الولاقي ، تعليق مراد بوضابه ، دار ابن حزم ط 1 2006
- 23- إيصال السالك في أصول الإمام مالك ل سيدي محمد يحيى الولاقي ، عُنى به محمد أوادير مشنان ، دار الإمام مالك الجزائر ط 2 2013
- 24- بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله، فتح الدريني ، ط 2 2008 ، مؤسسة الرسالة ،
- 25- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله مؤسسة الرسالة ط الثانية 2008
- 26- التجديد الأصولي ، نحو صياغة تجديدية لعلم أصول الفقه ، إعداد جماعي بإشراف أحمد الريسوني ، دار الكلمة الأردن ، ط 1 2015
- 27- تخصيص العام بالاستثناء عند الاصوليين ، بحث محمود صالح جابر، جامعة الزرقاء الأهلية
- 28- تحليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الإجتهد والتقليد ، لمحمد مصطفى شلبي ، مطبعة الأزهر ، 1947
- 29- تفضيل مذهب الإمام مالك وأهل المدينة وصحة أصوله لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق وتعليق أحمد الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة .
- 30- تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى المالكي ، دراسة وتحقيق علي فركوس ، دار العواصم الجزائر ط 4
- 31- تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى تحقيق محمد الأمين الشنقيطي ،
- 32- تقريب الوصول لعلم الأصول لابن جزى، تحقيق محمد المختار الشنقيطي.
- 33- تقييم الأدلة في أصول الفقه ، الدبوسي ، تحقيق خليل محيي الدين الميس ، دار الكتب العلمية لبنان ، ط أولى 2001
- 34- التمهيد في تخرج الفروع على الأصول للاسنوي ، تحقيق وتعليق محمد حسن هيتو ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ط 2 1981
- 35- التوقيف على مهمات التعاريف عبد الرؤوف بن المناوى ، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان ، ط 1 1990م عالم الكتب القاهرة
- 36- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، للعلامة عبد الرحمن السعدي، دار ابن حزم، ط 1، 2003م.
- 37- جامع الأمهات لابن الحاجب المالكي، تحقيق و تعليق أبو عبد الرحمان الاخضر الأخضرى، دار اليمامة، دمشق، بيروت، ط 1، 1998.
- 38- الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ، حسن المشاط ، دراسة وتحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ، دار الغرب الإسلامي لبنان ، ط 1 1986 ط 2 1990
- 39- دراسة في فقه مقاصد الشريعة ، يوسف القرضاوي، دار الشروق، القاهرة، ط 3، 2008.
- 40- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية ، تحقيق وتخرج وتعليق يحيى بن محمد بن شوس ومسعد بن كامل بن مصطفى بإشراف مصطفى بن العدوي ، دار بن رجب المنصورة ، ط أولى 2006
- 41- شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الأندلسي، وبهامشه السبيل المرشد لبداية المرشد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق وتخرج عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط 2018، 7
- 42- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للإمام القراني ، اعتناء مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر بيروت ، 2004 ،

## قائمة المصادر والمراجع

- 43- شرح حدود ابن عرفة لمحمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الاجفان والطاهر المعموري دار الغرب الإسلامي لبنان 1993 ط 1
- 44- ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، ووقية عبد الرزاق، دار لبنان.
- 45- ط 4 1995
- 46- عيون المسائل للقاضي وهو اختصار لكتاب عيون لأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمة للقاضي بن القصار البغدادي ، دراسة وتحقيق علي محمد بورويبة دار بن حزم لبنان عبد الوهاب البغدادي المالكي ط 1 2009
- 47- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج 7، دار الفكر، دمشق، الإعادة التاسعة، 2006.
- 48- القواعد الفقهية من خلال شرح التلقين للإمام المازري ( 536هـ) ل سيدنا عالي ولد سيداتي بن امباله ، مطبعة الأمنية الرباط 2018
- 49- القواعد الكبرى الموسوم ب قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ،العز بن عبد السلام ، تحقيق نزيه كمال حماد وجمعة ضميرية ، ج 2 دار القلم دمشق ط أولى 2000
- 50- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية لابن جزى المالكي ، تحقيق محمد سيدي محمد مولاي
- 51- كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، وبالهامش حاشية العدوي، شركة القدس، القاهرة، ط1، 2009.
- 52- مباحث العلة في القياس عند الاصوليين عبد الحكيم السعدي دار البشائر لبنان ط 2 2000
- 53- مجموعة الفتاوى لابن تيمية اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجرار و أنور البار دار الوفاء المنصورة ط 2 2001
- 54- المحصول في أصول الفقه ، للقاضي أبي بكر بن العربي ، إخراج حسين علي اليدرلي وتعليق سعيد عبد اللطيف فودة ، دار البيارق الأردن ، ط أولى 1999
- 55- مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، للششيخ خليل ابن اسحاق المالكي، ضبطه و علق عليه أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2012
- 56- مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والعدل ، دراسة وتحقيق وتعليق نذير حمادو دار ابن حزم ط 1 2006.
- 57- مدارك الإستدلال في المذهب المالكي ، نبيل موفق ، سامي للنشر والطباعة الوادي ط 1 2019
- 58- المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم دمشق ط الأولى 1998
- 59- مدونة الفقه المالكي وأدلته، عبد الرحمان الغرياني،
- 60- مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية ، محمد قرون ، دار البحوث والدراسات الإسلامية الإمارات ، ط 1 2002
- 61- المسائل التي بناها الامام مالك على عمل أهل المدينة توفيقا ودراسة، لمحمد المدني بوساق، دار ابن الحزم.
- 62- المستصفي من علم الأصول للغمام الغزالي، اعتناء ناجي السويد.
- 63- المسودة في أصول الفقه ، لابن تيمية ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني القاهرة
- 64- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، عبد الوهاب خلاف ، دار الكتاب العربي بمصر 1954
- 65- مصطلح ما جرى به العمل عند المالكية حقيقته وضوابطه فؤاد محمد أبو عود
- 66- مفتاح الوصول للتلمساني ومنتهى السؤل لابن الحاجب.

## قائمة المصادر والمراجع

- 67- مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية ، محمد سعد اليوبيّ ، دار ابن الجوزي الدمام ، ط 8 2020
- 68- مقاصد الشريعة الإسلامية، الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، دار سُحنون للنشر والتوزيع تونس ، ط 8 2018
- 69- مقدمة في أصول الفقه لابن القصار المالكي، تحقيق و تعليق مصطفى مخدوم، دار المعلمة، الرياض، ط1، 1999.
- 70- المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، عبد الكريم الدريني ، مؤسسة الرسالة ، ط 3 2013
- 71- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها علي الجرجاني اعتنى به أحمد علي الدمياطي دار بن حزم ط 1 2007،
- 72- المهذّب في أسباب اختلاف فقهاء المذهب عند الإمام أبي سعيد الزّجّاجي المالكي ، عبد الكريم حامدي ، دار ابن حزم لبنان ط 1 2014
- 73- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ، اعتناء الشيخ إبراهيم رمضان مع شرح عبد الله دراز، دار المعارف لبنان ط . الثالثة 1997
- 74- موسوعة الإمام العلامة أحمد بن نصر الداودي المسيلي التلمساني المالكي في اللغة والحديث والتفسير والفقه ل عبد العزيز الصغير دخان ج 2 دار المعرفة الدولية ط خاصة 2013.
- 75- نشر البنود على مراقي السعود سيدي عبد الله العلوي، الشنقيطي.
- 76- نظرية الضرورة الشرعية ، وهبة الزحيلي ، مؤسسة الرسالة بيروت ط 5 1997
- 77- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، أحمد الريسوني ، المعهد العالمي للفكرة الإسلامي الولايات المتحدة الأمريكية
- 78- نفايس الأصول في شرح المحصول للقراني دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الجواد وعلى محمد معوض مكتبة نزار مصطفى البار ط 1 1995
- بحوث:
- 79- ماجرى به العمل في الفقه المالكي نظرية في الميزان ، قطب الريسوني ، بحث محكم مجلة العدل العدد 43 رجب 1430هـ
- 80- الإجهاد الاستثنائي حقيقته حجيته ضوابطه ، بحث فاطمة أمين ، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد 92.
- 81- مبدأ العدول عند الاصوليين وأثره في معالجة نوازل ( وباء كورونا ) ، قطب الريسوني ، مجلة الجامعة القاسمية للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية ، المجلد 1 ، العدد 2 2021 م

ملخص



### ملخص البحث:

تناولت هذه المذكرة دراسة حول:

الإجتهد الاستثنائي عند المالكية وتطبيقاته في باب المعاوضات المالية، فعرفت الاجتهاد الاستثنائي وبينت جدّة ألفاظه ومبانه مع اقدمية أحكامه ومعانيه، وأظهرت أهميته وحصرت مجاله وسردت أدلته من القرآن والسنة وعمل سلف الأمة، وجمعت ضوابط الاجتهاد الاستثنائي حتى ينضبط ولا يتسبب وينتظم ولا يتشعب.

وختمت الدراسة ببيان الاجتهاد الاستثنائي في تطبيقات فقهية عملية في باب المعاوضات المالية على أصول السادة المالكية وتوزعت بين عقود تجارية وعقود صناعية وعقود زارعية وهي اصول الحرف على الإطلاق التي ترجع اليها المعاملات المالية تملكا وتكسبا، فأبانت متانة أصول المذهب المالكي وصحتها وسعة فروعه واستيعابها، ومن كانت أصوله أصح كان بناءه أقوى.

### **Research Summary;**

This memorandum dealt with a study about:

The extraordinary Diligence to the Malikis and it's applications in the section on financial compensation. I knew the extraordinary Diligence and demonstrated the seriousness of its words and structures, along with the antiquity of its rulings and meanings. It showed it's importance, defined it's scope , and listed it's evidence from the Qur'an and the Sunnah, and the work of the nation's predecessors. The controls for this Diligence have been collected so that it's disciplined, and does not wander , is organized, and doesn't diverge. This study concluded with an explanation of practical jurisprudential applications in the chapter on bargaining over the assets of the Maliki masters, which were distributed among commercial contracts, industrial contracts, and agricultural contracts ,They are the fundamentals of the profession in general, to which financial transactions, ownership and earnings, are traced

الصفحة	العنوان
	إهداء
	كلمة شكر وعرافان
1	مقدمة
<b>المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي</b>	
7	المطلب الأول: الاجتهاد و الاستثناء
8	الفرع الأول: تعريف الاجتهاد الاستثنائي
10	الفرع الثاني: أنواع الاستثناء و حجيته
13	المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة
13	الفرع الأول : تعريف التخصيص
16	الفرع الثاني: قاعدة المعدول به عن سنن القياس
18	المطلب الثالث: أهمية الاجتهاد الاستثنائي ومجالاته
18	الفرع الأول: أهمية الاجتهاد الاستثنائي
20	الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد الاستثنائي
<b>المبحث الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي وضوابطه</b>	
24	المطلب الأول: حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة الأصولية
24	الفرع الأول: حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة السمعية
31	الفرع الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي من الأدلة العقلية
49	المطلب الثاني: حجية الاجتهاد الاستثنائي من القواعد الفقهية
49	الفرع الأول: تعريف القاعدة والفقہ
50	الفرع الثاني: القواعد الفقهية
57	المطلب الثالث: شواهد ونصوص المالكية في الاجتهاد الاستثنائي
57	الفرع الأول: نُقول الإمام الشاطبي رحمه الله
61	الفرع الثاني: نُقول ابن عاشور

## فهرس المحتويات العامة

67	الفرع الثالث: نقول البُرْزِيُّ
68	المطلب الرابع: ضوابط الاجتهاد الاستثنائي
المبحث الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند الملكية في باب المعاوضات المالية	
76	المطلب الأول: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي في عقود البيع
76	الفرع الأول: بيع السلم و أمثله
77	الفرع الثاني: بيع الأعيان الغائبة
79	الفرع الثالث: أنواع بيع الغرر
80	المطلب الثاني: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند الملكية في عقود الصناعة
80	الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع
80	الفرع الثاني: مشروعية عقد الاستصناع و شروطه
81	الفرع الثالث: مذاهب الفقهاء في عقد الاستصناع
83	المطلب الثالث: تطبيقات الاجتهاد الاستثنائي عند الملكية في عقود الزراعة
83	الفرع الأول: تعريف المزارعة و المغارسة و المساقاة
84	الفرع الثاني: مشروعية العقود الثلاثة و أقوال العلماء
84	الفرع الثالث: بيع ثمر البطون المختلفة
89	خاتمة
92	فهرس الآيات والأحاديث
95	قائمة المصادر والمراجع
100	ملخص البحث
101	فهرس المحتويات العامة