

الفصل الثاني

مصادر ملحقه وتابعة

* مقدمة :

قلنا ان مصدر الشرعية الأصيل هو الوحي ، وما عداه ملحق به
أو تابع له •

- وهكذا كان قول الصحابي وشرع من قبلنا ملحقين بالوحي •
- وكان الاجماع والقياس والمصلحة والاستحسان تابعة للوحي •
- وكان العرف والاستصحاب مجرد قواعد فقهية •
- وهو ما سيبين بعد ببعض من التفصيل •

ولئن كان لهذه المصادر وضع اللاحق أو التبعية فانها لا تفقد
أهميتها : أنها بعد الوحي •• أدلة تقود الى ما شرع على الوحي ابتداء ،
بعد ما شرع الوحي ابتداء • ومن هنا نجد الأصل ونجد الفروع ••
شجرة طيبة تؤتي أكلها كل حين باذن ربها لتسد حاجة مجتمع الاسلام ،
الذي يعبد الله بأقامة شريعته ورفع مشروعيته •• !

ونتحدث بمشيئة الله في مبحث عن المصادر الملحقه ، وفي مبحث
ثان عن المصادر التابعة ، وفي مبحث ثالث عن القواعد الفقهية •



المبحث الأول

مصادر ملحقة

ونعنى بها :

أولاً : مذهب الصحابي •

ثانياً : شرع من قبلنا •

ولسوف يبين بمشيئة الله من العرض أن هذين المصدرين ملحقان

بالموحى ويبين من ذلك أن الموحى هو المصدر الأصيل •

ونشير إليهما ببعض من التفصيل يتناسب مع مقام البحث •

أولاً : مذهب الصحابي

* مقدمة :

كان الموحى — على ما أشرنا — هو المرجع الأول لأغلب الأحكام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان دائماً هو المرجع الأخير ، باعتبار أن ما كان من اجتهاد — وان كان لما — فقد كان مرجعه إلى الموحى يقره أو يرده (١) •

(١) في حديث معاذ بن جبل حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال له : « بم تقضى ؟ فقال : بكتاب الله ، فقال له : فان لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فان لم تجد ؟ قال : اجتهد رأيي ولا آلو ، ف ضرب على صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله » وهذا الحديث اذ يعطى شرعية اجتهاد الصحابة يعطى كذلك انهم اجتهدوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن الموحى — قرآناً أو سنة — كان المرجع الأخير ، باعتبار أنه لا يسكت على خطأ وهو ينزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم (الحديث قال فيه الترمذى : ان اسناده ليس بمتصل ، وعده الجوزجاني في الموضوعات وانكر ابن حزم حججته ، لكن قال بصحته ابن كثير وابن القيم ومحمد صديق خان) راجع السنة للسباعى ص ٤٢٦ ، وتاريخ المذاهب لابي زهرة ج ٢ ص ٣٩٩ ، ونيل المرام في تفسير الاحكام لمحمد صديق خان) •

ومن بعد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .. تجددت الحاجات
وتشعبت ، فكان لابد والنصوص محدودة والحاجات غير محدودة
من الاجتهاد .

• واجتهد الصحابة .

• والتقوا على رأى واحد .. فكان اجماع الصحابة .

• أو اختلفوا الى أكثر من رأى .

وكان للتابعين مع الصحابة أدب جميل .. يسلمون بما أجمعوا
عليه ، ويختارون من بين ما اختلفوا فيه ، ولكن لا يخرجون عليه كله .
وكان هذا كذلك نهج الأئمة الأربعة .. رضوان الله على الجميع .
وبعد الكلام عن حجية مذهب الصحابي ، ثم عن مكانته .. سوف
نرى بمشيئة الله لم الحقناه بالوحي ، ولم نؤخره كما فعل آخرون .

* حجية مذهب الصحابي :

أخذ التابعون بقول الصحابي على ما أشرنا ، وتبعهم الأئمة الأربعة ،
ولم نر مخالفا الا قلة قليلة ، وحجة الآخذين :

١ - اشارة القرآن الى فضل الصحابة ، واعلانه الرضا عن
تبعهم .. والأخذ بأقوالهم وسنتهم هو الاتباع لهم ((والسابقون الأولون
من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم باحسان رضى الله عنهم ورضوا
عنه وأعد لهم جنات تجري تحتها الأنهار خالدين فيها أبدا ، ذلك
الفوز العظيم)) (٢) .

٢ - وردت أحاديث تجعل سنة الخلفاء مع سنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، وتقرن بين الرسول عليه الصلاة والسلام وبين
الصحابة .

« .. فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين تمسكوا
بها وعضوا عليها بالنواجذ » (٣) ، « تفترق أمتي على ثلاث وسبعين

(٢) النبوة : ١٠٠

(٣) جزء من حديث رواه أبو داوود والترمذى ، وبرواية قريبة من
ذلك في مسند أحمد وابن ماجه وسيرد عليه اعتراض نرد عليه في حينه
إن شاء الله .

فرقة كلها في النار الا واحدة — قالوا : ومن هم يا رسول الله ؟ — قال :
ما أنا عليه وأصحابي « (٤) » .

٣ — من أقوال الصحابة ما هي أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تخرجوا عن نسبتها اليه ورعا وتحوطا (٥) .

٤ — ما كان عن اجتهاد من الصحابي .. فهو أولى بالاتباع ، لأن قدرته على الاجتهاد أقوى من قدرة غيره ، ومن ثم فان وصوله الى استنباط حكم الله لما يعرض أقرب من وصول غيره (٦) .

(٤) للحديث روايات متقاربة من طرق كثيرة ، وممن رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي : حديث حسن صحيح — راجع الموافقات ج ٤ ص ٧٦

(٥) راجع الرسالة للإمام الشافعي ، طبع الحلبي ص ٤٧٠ ، اعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٢٤٨

(٦) ونترك الكلمة لامام جليل حلل مذهب الصحابي ، ودلل على حجيته أروع تحليل وتدليل !

يقول الامام ابن القيم : « ان الصحابي اذا قال قولاً ، أو حكم بحكم ، أو أفنى بفتيا ، فله مدارك ينفرد بها عنا ، ومدارك تشاركه فيها .

فأما ما يختص به فيجوز أن يكون سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم شفاهاً أو من صحابي آخر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأما ما انفردوا به من العلم عنا فأكثر من أن يحاط به ، فلم يرو كل منهم كل ما سمع وأين ما سمعه الصديق والفاروق وغيرهما من كبار الصحابة الى ما روهه ؟ فلم يرو عن صديق الأمة الا مائة حديث ، ولم يغيب عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء شاهده ، بل صحبه من حيث بعث ، بل قبل البعث الى أن توفي ، وكان أعلم الأمة به صلى الله عليه وسلم ، وبقوله وفعله ، وهديه وسيرته ، وكذلك اجلة الصحابة ، روايتهم قليلة جدا ، بالنسبة الى ما سمعوه من نبينهم وشاهدوه ولو رروا كل ما سمعوه وشاهدوه لزادوا على رواية أبي هريرة أضعافاً مضاعفة ، فانها صحبه نحو أربع سنين وقد روى عنه الكثير ، فقول القائل لو كان عند الصحابي في هذه الواقعة شيء لذكره قول من لم يعرف سيرة القوم وأحوالهم ، فانهم كانوا يهابون الرواية ويعظمونها ويقبلون منها خوف الزيادة والنقص ، ويحدثون بالشيء الذي سمعوه من النبي صلى الله عليه وسلم مرارا ولا يصرحون بالسماع ، ولا يقولون قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

=

* رد المعترضين :

اعترضت قلة قليلة^(٧) على حجية مذهب الصحابي ، وان اعتدوا في الوقت نفسه باجماع الصحابة ، ونجمل حججهم والرد عليهم :

فتلك الفتوى التي يفتى بها الصحابي لا تخرج عن سنة وجوه :

أحدها : أن يكون سمعها من النبي صلى الله عليه وسلم .

الثاني : أن يكون سمعها من سمعها .

الثالث : أن يكون فهمها من آية من كتاب الله فهما خفي علينا .

الرابع : أن يكون قد اتفق عليه ملؤهم ولم ينقل اليها الا قول المفتى وحده .

الخامس : أن يكون رأيه لكمال علمه باللغة ودلالة اللفظ الذي انفرد به عنا ، أو قرائن حالية اقترنت بالخطاب ، أو لمجموع أمور فهمها على طول الزمان من رؤية النبي صلى الله عليه وسلم ، ومشاهدة أفعاله وأحواله ، وسيرته وسماع كلامه ، والعلم بمقاصده ، وشهود تنزيل الوحي ، ومشاهدة تأويله بالفعل فيكون فهم ما لا نفهمه نحن .

وعلى هذه التقادير الخمسة تكون فتواه حجة علينا .

السادس : أن يكون فهم ما لم يروه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخطأ في فهمه .

وعلى هذا التقدير لا يكون قوله حجة .

ومعلوم قطعاً أن وقوع احتمال من خمسة أغلب على الظن من وقوع احتمال واحد معين ، هذا ما لا يشك فيه عاقل ، وذلك يفيد ظناً غالباً قوياً على الصواب في قوله . . . وليس المطلوب الا الظن الغالب ، والعمل به متعين ، ويكنى العارف هذا الوجه (راجع أعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٢٤٨) .

(٧) هم — فيما نعلم — الشيعة والخوارج والظاهرية ، والشيعة معلوم تهجمهم على الصحابة الا علياً رضي الله عنه ، بما لا يرضاه على نفسه — والخوارج معروف خروجهم على جماعة المسلمين وتكفيرهم لهم ، والظاهرية معروف مغالاتهم في ظاهر النص دون معقوله وروحه — ومن بعد هؤلاء الأمدى والغزالي والشوكاني — وقد أورد الدكتور عبد الحميد متولى سرداً لحججهم في كتابه : مبادئ نظام الحكم في الاسلام ص ١٤٤ وما بعدها ، وقد أجملنا الحجج وأجملنا الرد ، راجع أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

١ — قالوا : الصحابة غير معصومين ، ومن لا عصمة له لا حجة لرأيه ، ونقول بعون الله : ان المقدمة صحيحة ، لكن النتيجة موضع نظر ، فالصحابه غير معصومين — هذا حق — لكن من ناحية أخرى لا يصح أن يهدر رأيهم ، لأنه اما أن يكون سنة عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ، أو أن يكون اجتهادا عن دليل .. واجتهادهم أقرب الى كشف حكم الله من اجتهاد غيرهم « خير القرون قرنى والقرن الذى بعث فيه » (٨) .

٢ — قالوا : ان صحابة سمحوا بمخالفتهم فى رأى — ونقول : ان ذلك كان لصحابه مثلهم .. وهو ما نراه .. أن حجية رأى الصحابى هى بالنسبة لغير الصحابى .

٣ — قالوا : رأى الصحابى ليس حتما أكثر امتيازاً من غيره — ونقول : ان غلبة الظن تكفى .

٤ — فى حديث : « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين ... » — طعنوا من ناحية سنده ، ومن ناحية منته .

ونحن نظمئن الى سند الحديث بما اطمأن اليه الذين رووه ، واعتراضهم على متن الحديث استنادا الى وجود عبارة الراشدين التى لم تستعمل الا بعد وفاة النبى عليه الصلاة والسلام — اعتراض محل نظر .. فمن يدري لعل الذين أطلقوا هذا اللفظ بعد وفاة الرسول أخذوه من هذا الحديث .. وعدم شهرة الحديث ليس دليلاً على عدم صحته ، فغلبة الظن تكفى ، أما قولهم ان اتباع سنة الخلفاء الراشدين تكون بقبول امارتهم وانتهاج نهجهم فى العدل والانصاف — ذلك تخصيص للفظ عام بغير مخصص ، خاصة أن لفظ السنة واحد بالنسبة للنبى عليه الصلاة والسلام وبالنسبة للراشدين ولم يخصه أحد بالنسبة للنبى فلم يخص بالنسبة للراشدين ؟!

٥ — وأخيراً قالوا : كيف الالتزام برأى الصحابة ان اختلفوا ؟

ونقول : كما التزم التابعون والأئمة الأربعة يختارون من بينهم ، ولا يخرجون عليهم جميعاً .

(٨) علم أصول الفقه ، للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، ص ١٠٧ ،

أصول الفقه ، للبريدى ، ص ٣٤٩

✽ تمحيص فيما ورد عن مذهب الصحابي :

ما كتب عن مذهب الصحابي كثير منه بعيد عن التمحيص .. ولقد وفقنا الله الى تمحيص هذا الأمر على النحو التالي :

١ - أمور سلم فيها الفقهاء بالأخذ عن الصحابة :

(أ) ما اتفقوا عليه - والكل يأخذ به حتى الذين رفضوا ما كان موضع اختلاف سلموا بالأخذ بما كان موضع اتفاق والأمثلة على اجماع الصحابة ترد بمشيئة الله عند الحديث عن الاجماع .
(ب) ما لم يعرف له مخالف^(٩) - لأنه اذا انتفى المخالف فقد انتفى احتمال الخطأ .

ونعتقد أن ذلك يمكن الدائمه بالنوع الأول باعتباره اجماعا سكوتيا ، وله في رأينا - كما سيجيء بمشيئة الله - نفس حجية الاجماع الصريح - وقد ضربوا لهذا النوع مثلا بتوريث الجدات ، فقد قضى به أبو بكر ولم يوجد له مخالف فانهقد الاجماع على توريثهم .

(ج) ما لا يدرك بالقياس :

أى لا تدرك علته وحكمته ، وقد فضلنا هذا التعبير على تعبير « ما لا يعقل » منعا للبس .

ويضربون لذلك مثلا قول عائشة رضى الله عنها : « لا يمكث الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل »^(١٠) وسبب التسليم بهذا اللون من أقوال الصحابة أنه يحمل على السماع ، لأنه لا وجه له الا السماع أو الكذب ، والثاني منتف في حق الصحابي^(١١) .

(د) قول الصحابي ليس حجة على صحابي مثله .
لأنهما في نفس الدرجة ، والزام صحابي برأى صحابي آخر ينطوى على شيء من التحكم .

(٩) علم أصول الفقه ، للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه للبرديسي ، ص ١٠٧ و ص ٣٤٩

(١٠) ومثل فتوى ابن سعد بأن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام « الدكتور حسين حامد » المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، طبعة ١٩٧٢ ص ٢١٨
(١١) هذا قول الكرخي ، ومعه فيه الامام مالك ، ولا نعرف مخالفهما في هذا الرأي مما دنعنا الى وضعه في قسم ما اتفقوا عليه (راجع استاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٠٧) .

(ه) يذكر البعض ما كان من رأى الصحابى مستندا الى قرآن أو سنة ولا نرى ذلك قسما مستقلا ، اذ رأى الصحابى اما سماع عن رسول الله ، أو اجتهاد لا بد له من دليل من قرآن أو سنة .

٢ - ما اختلف فيه الفقهاء :

هو قول الصحابى بالنسبة لغير الصحابى . . . فى غير الأحوال السابقة .

والائمة الأربعة على ما قدمنا يأخذون برأى الصحابى فى هذه الحالة (١٢) ، ومن بعدهم جمهور الفقهاء ، وما قدمناه من حجج فى حجية رأى الصحابى ترد فى هذا المجال .

(١٢) يأخذون برأى أى منهم ، ولا يخرجون عليهم جميعا ، وكانهم رأوا ان اختلافهم على رأيين اجماع على أنه لاثالث .
والامام مالك كان شديد التمسك بأقوال الصحابة ، وكان يردد قول عمر بن عبد العزيز : « سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سننا الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعته ، وقوة على دينه ، وليس لأحد تغييرها ولا تبديلها ، ولا النظر فى رأى من خالفها ، فمن اهتدى بها سنوا فقد اهتدى ومن استنصر بها فهو منصور ، ومن خالفها واتبع سبيل غير المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » .
والامام أحمد ، كان يرى ان ساعة مع الرسول صلى الله عليه وسلم خير من الجهاد قرونا .

والامام ابو حنيفة روى عنه روايات ثلاثة :

(ا) انه يقلد القضاة والمفتين من الصحابة دون غيرهم .
(ب) انه يقلدهم جميعا عدا ثلاثة : أنس بن مالك ، وأبو هريرة ، وسبرة بن جندب — الاول لاختلاط عقله فى نهاية حياته ، والثانى لأنه كان ناقلا أكثر منه فقيها ، والثالث لما روى عنه من تجويزه وتوسعه فى الأشربة عدا الخمر .

(ج) انه كان يقلد الصحابى ولا يستجيز خلافة — وقد نقل عن ابي حنيفة : اذا لم أجد فى سنة رسول الله أخذت بقول من شئت ولا أخرج عن قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم والشعبى ، والحسن وابن سيرين فلى أن أجتهد كما اجتهدوا .

والامام الشافعى ، عبارات الرسالة والام تفيد عكس ما نسب اليه ، وقد كان يختار من بين آرائهم أقربها الى الكتاب والسنة ، والا فالرأى الذى فيه الامام (راجع علم أصول الفقه للمرحوم خلاف ، وأصول الفقه للبرديسى ، وأبى زهرة ، وتاريخ المذاهب الفقهية له ، والام للشافعى ج ٧ ص ٢٤٧ ، والاحكام فى أصول الاحكام للامدى ج ٣ ص ١٣٥) .

* منزلة مذهب الصحابي :

أهمل البعض الحديث عنه^(١٣) ، وأخره البعض الى المنزلة العاشرة بعد كل أدلة الأحكام^(١٤) ، وعلى العكس قدمه البعض على الحديث ونسب ذلك الى مالك رضى الله عنه ، وجعله البعض بعد الاجماع^(١٥) .

وقد اخترنا أن نجعله بعد الوحي :

- ١ — لأنه قد يكون منه ما هو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يصرح الصحابي بنسبتها .
- ٢ — ما كان منه موضع اتفاق فإنه يرد كذلك بعد الوحي ويتقدم كل الأدلة الأخرى باعتباره اجماعا .
- ٣ — ما كان غير ذلك يرد بعد الاجماع باعتبار تقدم اجتهاد الصحابة على اجتهاد غيرهم .

* وسنة الصحابة يمكن أن تكون مصدرا للأحكام الدستورية :

ولقد كان نظام الخلافة وليد اجتهاد الصحابة .

فضرورة البيعة — وهى مظهر رضا المسلمين — كانت عليها سنة الصحابة ، فلم يل أحدهم دون بيعة ، ولم يكن الاستخلاف بالنسبة لمن استخلفوا الا ترشيحا .

واستمرار الخلافة مدى حياة الخليفة . • كان سنة للصحابة ، تحقق بها ميزات عجز عنها كل من النظام الجمهورى والنظام الملكى على السواء ، فقد وفرت الثبات الذى ينقص الأنظمة الجمهورية ، ونفت التوارث الذى يعيب الأنظمة الملكية .

وهكذا يبين أن سنة الخلفاء كانت مصدرا لكثير من الأحكام الدستورية على غير ما يذهب اليه بعض « المجتهدين » « المحدثين »^(١٦) .

* * *

(١٣) الدكتور حسين حامد فى أصول الفقه أغفل رأى الصحابي وفى المدخل جعله فى المرتبة السادسة .

(١٤) المرحوم عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٠٦ .

(١٥) استاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، فى أصول الفقه ، ص ٢٠٣ .

(١٦) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى ، مبادئ نظام الحكم فى

الاسلام ، ص ٢٦٣

ثانيا : شرع من قبلنا

* تمحيص :

ليس المقصود بشرع من قبلنا .. ما أقره شرعنا ، فليس في هذا خلاف^(١٧) .

وليس المقصود بشرع من قبلنا .. ما ألغاه شرعنا ، فليس في هذا خلاف كذلك^(١٨) .

أنما المقصود بشرع من قبلنا .. ما لم يقره ولم يلغاه شرعنا ، أيكون شرعا لنا ؟

ونتحفظ فنقول انه لا حجة لما ورد عن هذا الشرع في مصادر غير اسلامية لأنها تناولها التحريف والتبديل^(١٩) .

* حجية هذا المصدر :

قال الجمهور بحجيته استنادا الى وحدة الشرائع السماوية « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه »^(٢٠) ، ثم استنادا الى الأمر بالاقتداء بالأنبياء السابقين « أولئك الذين هدى الله ، فبهادهم اقتده »^(٢١) ، « ثم أوحينا اليك أن اتبع ملة ابراهيم حنيفا ، وما كان من المشركين »^(٢٢) .

وقال البعض بعدم حجيته استنادا الى خصوصية الشرائع السابقة ، والى هيمنة الشريعة الاسلامية الخاتمة^(٢٣) .

(١٧) مثل تشريع الصيام « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » (البقرة : ١٨٣) .

(١٨) أستاذنا المرحوم أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ٢٩٣

(١٩) المرجع السابق . (٢٠) الثوري : ١٣

(٢١) الانعام : ٩٠

(٢٢) النحل : ١٢٣ — راجع أصول الفقه للبرديسي ، ص ٣٤٥

(٢٣) المصادر السابقة والمستصفي للغزالي ج ١ ص ١٢٣ ، الاحكام

في اصول الاحكام ج ٣ ص ١٣٠ — ١٣٢ ، ونظام الحكم للدكتور متولى؛

ص ١٤١ ، ١٤٢

ونقول تأييدا لقول الجمهور :

ان ما ورد خاصا بالشرائع السابقة وورد في شرعنا .. وأشار شرعنا الى خصوصيته مثل قوله تعالى : « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم » (٢٤) .

فهذا التحريم لا يعد قائما في شرعنا .

أما ما ورد في شرعنا — دون اشارة الى خصوصيته ولا الى الغائه مثل قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (٢٥) ، فإنه يعد شرعا لنا ، لأن سكوت شرعنا .. اقرار له ، كما يكون سكوت الرسول عليه الصلاة والسلام اقرارا ، وسنة متبعة — اذ لا يتصور أن يسكت القرآن ، كما لا يتصور أن يسكت الرسول على غير حق ، ولأن السكوت — كما قال الأقدمون — في موضع البيان بيان ، ومن ثم كانت الحجية الأولى مستمدة من اقرار شرعنا له .

* مكانة هذا المصدر :

لعله صار من الواضح أن هذا ليس بمصدر مستقل ، ولا شبيه بذلك ، بعدما صار واضحا بأن حجيته مستمدة من وروده في شرعنا ومن ثم اقرار شرعنا له ، وعلى ذلك فإن المصدر الحقيقي يكون هو شرعنا كما كانت سنة الرسول هي المصدر الشرعي في اقراره لما يراه أو يسمعه ولم يكن ما يحدث هو المصدر الشرعي .

* * *

تلك كانت المصادر الملحقه : رأى الصحابي ، شرع من قبلنا — تبين أن استقلالها عن الوحي أمر عسير ، وأن الحاقها بالوحي هو الأمر اليسير .

وننتقل بعد ذلك باذن الله الى المصادر التابعة .

* * *

المبحث الثانى

مصادر تابعة

الفصل الأول •• كان فى المصدر الأصيل •• الوحى ، والمبحث الأول من هذا الفصل كان فى المصادر الملحقه بالوحى ، وهذا المبحث حول المصادر التسابعة •• وهى كلها مردودة للوحى لابتنائها عليه ، باستمداد الدليل منه أو بدلالة الوحى عليها •• كمصدر أو دليل شرعى •
وسوف نبين ذلك بمشيئة الله من التفصيل عند حديثنا عن :

- أولا : الاجماع
- ثانيا : القياس
- ثالثا : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة
- رابعا : الاستحسان

* * *

أولا : الاجماع

* تعريف وتقديم :

للاجماع تعريفات كثيرة^(١) نختار منها أنه : اتفاق المجتهدين ، من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور على حكم شرعى عملى ، ويبين من هذا التعريف أركان الاجماع وشروطه :

(١) عرفه الأهدى بأنه اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من الأعصار على واقعة من الوقائع (الاحكام ج ١ ص ٢٧١ — ٢٨٢) وقد أخذ أستاذنا الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، على ذلك التعريف أنه ذكر أهل الحل والعقد بدلا من المجتهدين رغم أنه ليس كل أهل الحل والعقد مجتهدين — ونضيف الى ذلك أنه ذكر أن الاجماع يكون على واقعة من الوقائع دون تحديد لنوع الوقائع يعد تعريفا غير مانع ، اذ يدخل بحكم ذلك كثير من الوقائع التى لا تعد « حكما شرعيا عمليا » كما أشرنا فى المتن .

(أ) فهو اتفاق المجتهدين — فلا بد من وجود مجتهدين تتحقق فيهم أهلية الاجتهاد بشروطها المعروفة ولا بد أن يتفقوا ، فلا يوجد مخالف •• لأن الاجماع يستمد قوته من هذا الاتفاق •

(ب) من أمة محمد صلى الله عليه وسلم •• فبلوغ غير مسلم مستوى العلم والاجتهاد لا يجعله أهلا للمشاركة في الاجماع لأن من المقررات الاسلامية أنه لا يحكم المسلم بغير المسلم أو لا ولاية لغير المسلم على المسلم •

(ج) في عصر من العصور •• فاذا انقضى العصر دون أن يتم اتفاق لم ينعقد اجماع ، كذلك لا يلزم موافقة مجتهدى العصر التالى أو العصور التالية اذا تم اتفاق مجتهدى عصر •

(د) على أمر شرعى عملى — والاشارة الى شرعى ، اخراج لما ليس من الأمور الشرعية كأموال العادات أو العقل (كالاتفاق على أن زوايا المثلث تساوى قائمتين •• الخ) كذلك فالاشارة الى « الشرعية » اشارة الى استناد الاتفاق الى دليل شرعى من كتاب أو سنة لأنه لا يصح القول فى الدين بغير دليل •

والاشارة الى عملى ، استبعاد لمسائل العقيدة عن أن تكون موضع اجتهاد ثم اجماع لأنها ثابتة على وجه اليقين بأدلة قطعية •

ولسنا بقادرين فى هذا المقام أن نعرض لكل قضايا الاجماع •• ولسوف نقتصر بمشيئة الله على نقاط ثلاث نحسبها لازمة فى هذا المقام :

١ — هل انعقد الاجماع من قبل ، وهل يمكن أن ينعقد ؟

٢ — ما هو الاجماع الذى يأخذ حجيته بعد الكتاب والسنة ؟

٣ — ما هو مجال الاجماع — وهل يكون فى مجال الأحكام

الدستورية اجماع ؟

=
وفى الحديث عرفه المرحوم محمود شلتوت (الاسلام عقيدة وشرعية ، ص ٥٥٧) بأنه اتفاق أهل النظر فى المصالح ، وهم رجال الشورى الذين تعرض عليهم الحوادث ويتناولونها بالبحث وتتفق آراؤهم فيها — وهو تعريف يفتقر الى الضبط العلمى فضلا عن أنه ليس بجامع لأركان الاجماع وشروطه ولا مانع من دخول غير موضوعات الاجماع فيه — وقد اخترنا فى المتن ما حسبناه جامعاً مانعاً •

(راجع كذلك أصول الفقه الاسلامى — الأستاذ الدكتور زكريا البرى ،

ص ٥٩) .

أولا - هل انعقد الاجماع ، وهل يمكن أن ينعقد ؟

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان الوحي بشقيه - قرآنا وسنة - هو المصدر الوحيد للشرع الاسلامي ، ولم يكن الاجتهاد الا لماما والوحي من ورائه يقره أو يرده ، وبذلك كان الوحي هو المرجع الأول غالبا والمرجع الأخير دائما .
وعلى عهد الصحابة ، جدت أمور لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان بحث في النصوص واختلاف في وجهات النظر ، تلاه اجتماع على الرأي أو اختلاف فيه ، وكان ذلك منشأ الاجماع وبداية انعقاده .

فعلى عهد الصديق أبي بكر رضى الله عنه ، انعقد الاجماع على قتال مانعي الزكاة حتى من كان منهم يشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله يقينا منهم أن التفريط في بعض الدين تفريط فيه كله . . وأن هدم بعضه هدم له كله . . بيد أن ذلك الاجماع قد سبقه اختلاف في وجهات النظر ، فلقد كان عمر يعارض في البداية استنادا الى أن قتال من قال لا اله الا الله محمد رسول الله . . حرام . . أخذنا من الحديث الشريف : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله محمد رسول الله ، فمن قال لا اله الا الله عصم مني ماله ونفسه الا بحقه وحسابه على الله » . . لكن أبا بكر رضى الله عنه لفت نظر عمر الى الاستثناء الوارد في الحديث « الا بحقه » والزكاة من حقه . . وقال قولته المشهورة : « والله لو منعوني عقال بغير كانوا يؤدونه لرسول الله لقاتلتهم عليه » . . فاقتنع عمر رضى الله عنه برأى أبي بكر ووافق الصحابة كلهم على قتال مانعي الزكاة ، وانعقد الاجماع على ذلك بغير مخالف (٢) .

وليس صحيحا أن أبا بكر أمضى رأيه وحده . . معرضا عن الشورى (٣) بدليل أن نهاية الحديث جاء فيه : « فقال عمر : فوالله ما هو الا أن رأيت الله قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه الحق » .

(٢) روى هذه القصة الامام البخارى في صحيحه ج ٩ ص ١١٥ ، طبعة محمد على صبيح وأولاده ، وراجع عرضا قريبا في مصنف صحيح البخارى الطبعة الخامسة ١٣٧٠ هـ ، ١٩٥١ م ، ج ٢ ، ص ١٣ وما بعدها .
(٣) قال بذلك قديما الامام البخارى ، وسار وراءه حديثا كثيرون -

=

وانعقد الاجماع كذلك على عهد أبى بكر على جمع القرآن .. فقد رأى ذلك عمر ، وعارضه أبو بكر بأدى الرأى ، ثم شرح الله صدره ، ثم عارضهما زيد بن ثابت ثم شرح الله صدره كذلك (٤) .

وعلى عهد الفاروق عمر ثارت مسألة توزيع الأرض التى فتحتها المسلمون على الفاتحين ، فقد رأى ذلك كثيرون وعارضهم عمر ، وظل الأمر موضع البحث والمناقشة أياما ثلاثة حتى حاجهم عمر بقول الله : **« ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم »** (٥) .

ولقد قال البعض فى عمر ما قالوه فى أبى بكر .. من أنه أمضى رأيه وحده دون مشورة .. ولو قد فعل فى هذه الحالة المعروضة لما كان عليه من جناح .. فلقد ظهر له النص ، ولا اجتهاد مع النص ، لكن الحديث الصحيح الذى يروى القصة يشير الى أنه ظل أياما ثلاثة لا يعضى رأيه ويناقش ويبحث ولو أراد لما انتظر هذه الثلاثة .. ! ولما عرض عمر رأيه مدعما بالنص نزل الصحابة عليه وانعقد منهم الاجماع (٦) !

ونحن لا نوافق الامام الكبير ولا الذين تبعوه لان الحديث صريح فى اقتناع عمر رضى الله عنه ومن ثم اقتناع بقية الصحابة ، ولو أراد أبو بكر أن يمضى الرأى وحده لما لجأ الى سماع آرائهم ولما قال عمر : فعرفت أنه الحق .. اما كان موقف أبو بكر موقف المتشبه برأيه لاحساسه أنه الحق ، ولا تثريب عليه فى ذلك ، ولا تعارض بين هذا وبين الشورى .

(٤) راجع صحيح البخارى ، المرجع السابق ج ٩ ص ٩٢

(٥) الحشر : ٧

(٦) راجع الامام أبو زهرة فى أصول الفقه ، طبعة ١٣٧٧ هـ ، ١٩٥٧ م ، ص ١٩٢ ، وأستاذنا البرديسى ، طبعة ١٣٨١ هـ ، ١٩٦١ م ، ص ٢٥٣ وما بعدها ، وقد ذكروا للاجماع أمثلة أخرى مثل الاجماع على تحريم شحم الخنزير قياسا على لحمه ، وتحريم زواج المسلمات بغير المسلمين ، وتوريث الجدات السدس وغير ذلك . وفى التقديم لم يقل بعدم امكان انعقاد الاجماع الا النظام وبعض الشيعة (المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ٥٢ ، والدكتور زكريا البرى ، أصول الفقه الاسلامى ، ص ٧٠) ، وفى الحديث قالها الكثيرون .. بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير !

هذه نماذج من أجماع من انعقد على عهد الصحابة .. وقد ذكر غيرها^(٧) ومنها يبين أن الأجماع قد انعقد فعلا على عهد الصحابة ، وهو ما يسلم به الأئمة الأربعة وكثير من الفقهاء ، إلا أن الخلاف حول انعقاده بعد عهد الصحابة ، وعن امكان انعقاده الآن^(٨) .

وليس يهنا الجدل حول انعقاد الأجماع بعد عصر الصحابة ، فإنه يكفى عهد الصحابة دليلا على امكان انعقاده .. لأنهم كانوا بشرًا يأكلون الطعام ويمشون في الأسواق ، ولقد اختلفت وجهات نظرهم كما يمكن أن نختلف ، والتقت في النهاية وجهات نظرهم كما يمكن أن نلتقى .

لكن الأمر ليس راجعا الى صعوبة اجتماع العلماء ولا الى صعوبة أجمعهم اذا اجتمعوا .

انما الأمر أن الأصل نفسه مفقود فكيف نبحث في الفرع ؟

كيف نناقش أحكاما شرعية فرعية لنجتهد فيها ثم نجمع أو لا نجمع .
وشرع الله - حتى اليوم - غير قائم كما أنزله الله وأراده الله !؟

أولى بالعلماء أن يجتمعوا .. ليجمعوا على ضرورة اقامة شرع الله كنه بغير تفرقة لتكون شريعة الله هي العليا لا شريعة معها ولا شريعة فوقها فتلك هي الشريعة التي يرضى عنها الله .

أولى بالعلماء أن يجتمعوا ليجمعوا على اسقاط الشرعية عن كل نظام يخالف عن ذلك .. قبل أن يخوضوا في أمور شرعية فرعية تاركين ذلك الأصل الكبير .

وأمامهم في تاريخ الاسلام سابتان :

ما فعله عمر رضى الله عنه حين لم يرض أحد المناهقين بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وراح يراجع عمر فيه ، فدخل عمر واستل سيفه وهوى به على رأسه وقال : هذا حكم عمر فيمن لا يرضى حكم الله ورسوله .

ثم ما كان من علماء المسلمين حين هاجم التتار دولة الاسلام ، وأرادوا أن يحكموها بخليط من شريعة الله وشرائع أخرى فرفض علماء المسلمين وأجمعوا على الرفض ، وعلى كفر من يقبل ذلك .. فخضع التتار .. ودخلوا الاسلام بدلا من أن يخرجوا المسلمين منه !

(٧) المرجع السابق .

(٨) نفس المرجع .

أولى لهم ثم أولى !!

والحل الوحيد واليسير لامكان انعقاد الاجماع مرة أخرى •
هو اقامة شرع الله •• مع اقامة الأمة المسلمة والدولة المسلمة ••
أى اقامة الشرعية الاسلامية •• ويومها يجتمع العلماء بغير عقبات ،
ويجمعون كذلك بغير كثير جدال •• أما قبلها فلا يزالون مختلفين
الا من رحم ربك •• ! ولا يزالون مقطعين في الأرض أما منهم الصالحون
وأكثرهم دون ذلك •• ! ولا يزال الحديث عن الاجماع قبل ذلك ••
خطا وخطا لا يبنى عليه عمل !

ثانياً - ما هو الاجماع الذى يأخذ حجته بعد الكتاب والسنة ؟

هو الذى توافرت له أركانه التى وردت في التعريف •
وفي مقدمتها اتفاق كل المجتهدين ، فاتفاق البعض ولو كانوا أغلبية
أو أكثرية ورفض الآخرين يجعل احتمال الصواب في جانب واحتمال
الخطأ في جانب ، فيتردد الاحتمال بين الخطأ والصواب ، ويفقد الاجماع
بذلك قوته وقطعيته^(٩) •

(٩) قال البعض في القديم باتفاق الغالبية الساحقة •• وهم بعض
الزيدية ، وقال آخرون باتفاق الاكثرية (انراى والطبرى وأبو حسن
الخطاط من المعتزلة واحمد في احدى الروايتين) ، وقال البعض حديثا باتفاق
الاكثرية تردادا لانظمة الديمقراطية الحديثة وجريا وراء أشكالها •
ونحن نرفض القول باتفاق الاكثرية في مجال الأحكام الشرعية حيث
نضع الاجماع بعد القرآن والسنة :
اولا : لأن الاجماع الذى له هذه الحجية القوية مستمدة من موافقة
الكل حيث ينتفى احتمال الخطأ ، أما اذا وافق الأكثر ولم يوافق البعض
فقد وجد احتمال الخطأ ، وان كانت نسبة الاحتمال تبعا لنسبة الرفض
الا أنها تفقد الاجماع قطعيته التى تتوافر له متى توافرت به الكلية لا الاكثرية
ولا الغالبية •

ثانيا : لأن ذلك خلط بين الأمور الشرعية الى ينبغى أن يتوافر لها
اجماع الكل ، وبين أمور العامة التى قد تكون موضع شورى ويكتفى فيها
الأغلبية أو الاكثرية - والاولى تكون للمجتهدين والثانية تكون لأهل الحل
والعقد الذين قد لا يبلغون مرتبة الاجتهاد ، وان توافرت لهم الخبرة
والتخصص في مجالاتهم كأهل التخصص في الصناعة والزراعة والتجارة •

=

والاجماع بهذه المثابة حجة .. بما يكاد يتفق عليه أهل السنة ، حتى لقد قيل ان حجبية الاجماع موضع اجماع^(١٠) ، ولقد أوردت كتب الأصول كثيرا من الأدلة من القرآن والسنة ، وساق أحد الأئمة الكبار ست آيات وتسع أحاديث^(١١) وكل حجة الرافضين أن أدلة الاجماع ظنية فكيف يثبت بها أمر قطعى .

ونحن نقول — ردا عليهم — ان كل دليل على حدة — بغير شك — ظنى الدلالة أو ظنى الوجود .. لكنها مجتمعة فى دلالتها تقوى بعضها بعضا .. ويقبلها تواتر المعنى الى أن تكون قطعية الدلالة .. فان للاجتماع من القوة ما ليس للافتراق^(١٢) .
ولا بد للاجماع من دليل شرعى^(١٣) .
لأن القول فى الدين بغير دليل لا يجوز^(١٤) امثالاً لنهى الله

ثالثا : لأن ذلك نقل عن الأشكال الغربية والشرقية .. وللإسلام صبغته الشكلية والموضوعية .. لا شرقية ولا غربية .
ولقد تحدثوا عن أنواع أخرى من الاجماع ، كاجماع أهل المدينة ، واجماع فقهاء الحرمين والعصرين ، واجماع الراشدين ، واجماع الشيخين ، واجماع المعصومين ، واجماع أهل العترة ، وكلها تفتقد أركان الاجماع (راجع بحثا قيما للمرحوم الشيخ محمد الزفزاف ، محاضرات القاها بمعهد الدراسات الاسلامية ، ص ٢٢ ، وبحثا قيما للإمام أبو زهرة ، بموسوعة الفقه الاسلامى — جمعية الدراسات الاسلامية) .
(١٠) الامام محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ١٩٣ وما بعدها ، ابن الحاجب ، ص ١٢٥ ، وهو يرى أن خروج الشيعة والخوارج والتنظيم على اجماع الفقهاء على حجبية الاجماع هذا الخروج لا قيمة له .
(١١) الامام ابن تيمية فى كتابه القيم منهاج السنة ، ج ٤ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، وراجع كذلك الأسنوى فى نهاية السؤل فى شرح منهاج الأصول ، ص ٨٥٩

(١٢) الامام الشاطبى ، الموافقات ، ج ١ ص ٣٦
(١٣) يكاد يتفق الفقهاء على ذلك عدا من قالوا بإمكان وقوعه بالالهام والتوفيق ، وهو قول لا يستحق كثيرا من الرد لأن الفرق بين الاجتهاد فى الدين وبين القول بالهوى هو الدليل (راجع بحثى أستاذينا أبى زهرة والزفزاف سالفى الذكر ، وأصول الفقه للأستاذ البرديسى ، ص ٢٢٢) .
(١٤) وفى هذا يقول الآمدى : « فإن القول فى الدين من غير دلالة

« ولا تنفّ ما ليس لك به علم » (١٥) ، ولأن القول في الدين بغير دليل افتراء للكذب على الله « هؤلاء قومنا اتخذوا من دونه آلهة ، لولا يأتون عليهم بسطان — أي بدليل — بين ، فمن أظلم ممن افترى على الله كذبا » (١٦) .

وغائدة الاجماع .. أنه يرفع الدليل الظنى الى مستوى الدليل القطعى اذ يغدو اجماع العلماء قاضيا بقطعية المعنى الذى انتهوا اليه فى الدليل ، كما أنه فى حالة الدليل القطعى يغنى عن ذكر الدليل فيغدو الاجماع هو الدليل (١٧) .

وهذه الحجية للاجماع تتناول — فى رأينا — الاجماع بنوعيه .. الصريح أو الحقيقى ، والسكوتى ، أو الظنى كذلك .
ذلك أنه اذا كان الكل متفقا على حجية النوع الأول فان الجمهور يرفض القول بحجية الثانى أو يعطيه حجية أدنى (١٨) ، رغم أن الفائلين بهذا النوع من الاجماع (١٩) وضعوا له من الشروط بحيث ينتفى معها أن يكون سكوت البعض مع قول الآخرين فيه مظنة العى أو الخوف أو الملق .. فاذا انتفى ذلك فلا يصح أن يفسر سكوت العلماء — وهم ورثة الأنبياء — بغير الموافقة ، تماما كما كان سكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة تقريرية ، ولأن القول بغير ذلك معناه كتمان الحق . الأمر الذى يعرض العالم للعنات الله ولعنات اللاعنين ، فان كان ذلك مقابل ثمن فانما يأكل فى بطنه نارا يصلها يوم القيامة سعيرا « ان الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون » (٢٠) ، « ان الذين يكتمون

ولا اشارة خطأ » (الاحكام فى أصول الأحكام ج ١ ص ٣٧٦) وراجع ابن الحاجب ص ١٣٧ ، وراجع السنوى فى نهاية السؤل فى شرح منهاج الأصول ، ج ٣ ، ص ٩٢١ (١٥) الاسراء : ٣٦

(١٦) الكهف : ١٥ ، من بحث غير منشور للمستشار المرحوم حسن

الهضيبى .

(١٧) الامام محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، المرجع السابق ١٩٥٩ ،

وابن الحاجب ، ص ١٣٧ ، ويقول : « اذ فائدته سقوم البحث وحرمة المخالفة » . (١٨) المرجع السابق ص ١٩٦ ، ١٩٧

(١٩) هم الاحناف ، علم أصول الفقه ، للمرحوم خلاف ، ص ٥٩

(٢٠) البقرة : ١٥٩

ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون في بطونهم
الا النار ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزيكهم ولهم عذاب أليم» (٢١) •

والاجماع بهذه المثابة ترد حججته بعد القرآن والسنة ، ويكون
على ذلك مصدرا ثانيا للشرعية بعد الوحي وليس صحيحا أنه يتقدم
الكتاب والسنة (٢٢) الا أن تكون نصوصها ظنية الدلالة وظنية البرود
فان الاجماع بدليله الشرعى يتقدم عليهما باعتبار أن الاجماع يرفع
ظنية الدليل الى القطعية •

والذين قالوا يتقدم المعلوم من الدين بالضرورة — باعتباره مجمعا
عليه على النصوص (٢٣) •• أخطأوا اذا فهموا أن التقدم كان راجعا
الى الاجماع •

(٢١) البقرة : ١٧٤

(٢٢) فهم البعض ذلك خطأ من كلام الشافعى عن المعلوم من الدين
بالضرورة على ما سنشير فى المتن ، واشترط البعض فى المعلوم من الدين
بالضرورة أن يدخل فى الاجماع فيه اجماع العوام (الغزالي والباقلاني) ،
وردد جولدتسيهر تقدم المعلوم من الدين بالضرورة على النصوص وزاد على
ذلك : أن الاجماع يمكن أن يتخذ اساسا لتطور سياسى وعقيدى وقانونى

Le Clef de l'evolution historique de l'Is'am au Port de
quepo'itique dnignatique et Juridique. (La Pogme de la Loi de
l'Islam) . Paris, 1950.

ونقف مع المستشرق المجرى أن الاجماع يمكن أن يكون اساسا لتطور عقيدى ،
وقد نفهم التطور — مع التحفظ — فى جانب بعض احكام المعاملات لكننا
لا نفهمه فى مجال العقيدة اذ هى ثابتة لدالاتها القطعية ولمصادرها القطعية
ومن ثم فهى تسمو على كل تغيير أو تطور والا فكيف تتطور عقيدة التوحيد
للهم الا أن تصير تثليثا أو شيئا من هذا القبيل !

(٢٣) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى — مؤلفه : مبادئ نظام الحكم
فى الاسلام ، ص ٢١١ الى ٢١٣ ، وقريبا منه الدكتور ضياء الدين الرئيس
اذ نفى الصفة الدينية للاجماع ، وراجع ردا للدكتور فؤاد النادى فى
موسوعته عن رئيس الدولة بين الشريعة الاسلامية والنظم السياسية
المعاصرة ، ج ١ ص ٢٠٧ وما بعدها ، وراجع آراء خاطئة فى الاجماع لروسو
فى العقد الاجتماعى ، ص ١٤٠ ، ترجمة عبد الكريم أحمد — الالف كتاب ،
جروتياوم صاحب حضارة الاسلام ، ص ١٩٤ ، وخطب بين الاجماع والبيعة ،
ص ٢٩٤ ، كتاب الخلافة والامامة ، لعبد الكريم الخطيب •

ذلك أن المعلوم من الدين بالضرورة — مثل فرائض الاسلام —
دليله قطعى •• وهو يستمد قوته من قطعية النصوص في وردها — كقرا أن
أو سنة متواترة — وقطعيتها في دلالتها — مثل قوله تعالى : « **وأقيموا
الصلاة وآتوا الزكاة** » (٢٤) فهي لا يمكن أن تعنى غير إقامة الصلاة على
نحو ما أقامها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت عنه ، وإيتاء الزكاة
على نحو ما فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت عنه !

ومن ثم فإن عمل الاجماع هو الاستغناء عن ذكر الدليل •• وهذه
في النفس منها شيء •• فاننا نرى أن ذكر الدليل أولى من مجرد التصريح
بالاجماع •

فالمعلوم من الدين بالضرورة لا يزيده الاجماع قوة في دليله لأنه
لا مرتبة بعد القطعى حتى يرتفع اليها • أما تقدمه للنصوص فقد يكون
من ناحيتين :

أولا : من ناحية أنه يستند الى أدلة قطعية فهي بلا شك تتقدم
الأدلة الظنية •

وثانيا : من ناحية أنه يتضمن قواعد كلية فهي تتقدم القواعد
الجزئية ، وان كانت الأخيرة يمكن لها أن تخصص الأولى أو تقيدها
ان توافرت شروط التخصيص أو التقييد •

ثالثا — ما هو مجال الاجماع ؟

قلنا مجاله : الأحكام الشرعية العملية •

فقييد الشرعية مانع من دخول الأمور العقلية أو العادية — على
نحو ما أشرنا ومانع كذلك من دخول الأمور العامة التي تكون موضع
شورى ، وقييد العملية مانع من دخول الأمور العقيدية عن أن تكون
موضع اجتهاد أو بحث مواد أجمع عليها أم لم يجمع بعد ذلك •

ولقد طلع علينا حديثا من يخرج الأحكام الدستورية من مجال
الاجماع •

وذلك رغم أنها في غالبيتها أحكام عملية — استنادا الى أن الاجماع
يكون في مجال الأمور الدينية كما قال الغزالي ثم استنادا الى استحالة
وقوعه •

وقد رددنا على الثانية •

أما الأولى فإن ما يعنيه الغزالي بالأمر الدينية هو ما عبرنا عنه بالأمر الشرعية لإخراج الأمور العتلية أو العادية من أن تكون موضع اجتهاد ثم اجماع ! ذلك لو دقق ذلك العالم المجتهد .
والاجماع كمصدر للمشروعية شامل لكل الأحكام دستورية وغير دستورية ، وقد حدث اجماع الصحابة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ضرورة الخلافة ، كما أجمعوا على أن تكون مدى الحياة . فستتبع واجبة الاتباع كسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن باب أولى اجماعهم !

ذلك هو الاجماع يمكن اذا قامت دولة الاسلام أن يكون مصدرا خصبا غنيا لأحكام قطعية تواجه كل المشكلات .
لكن لا ينبغي أن يفهم من هذا أن الاجماع مصدر مستقل عن الوحي قائم بذاته ، فهو ان كان في مظهره كذلك اذ يغني بذاته عن البحث عن الدليل ، الا أنه في حقيقته لا يقوم بغير دليل ، لأنه اجتهاد مجتهدين والمجتهد لا يجتهد بغير دليل ، والا وقع فيما نص الله عليه من جزاء « لولا يأتون عليهم بسلطان بين ، فمن أظلم ممن افترى على الله كذبا » (*) .

وإذا كان الاجماع مستندا الى دليل من كتاب أو سنة .. فإنه تابع للكتاب والسنة وليس في حقيقته مصدرا مستقلا .

ثانيا : القياس (٢٥)

✱ القياس وحجتيه :

كان من بين وسائل الكتاب لرد الناس الى الايمان بالله واليوم الآخر استنهاض عقولهم ، واثارة فطرتهم فقرأنا في سورة الحشر قوله تعالى :

« هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ، ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله

(*) الكهف : ١٥

(٢٥) القياس لغة : هو التقدير والمساواة ، تقول قست الثوب بالذراع اذا قدرته به ، وفلان لا يقاس بفلان ، أى لا يساوى به .. وواضح التلاقي بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي (راجع ابن الحاجب ج ٢

=

فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا وقذف في قلوبهم الرعب ، يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين فاعتبروا يا أولى الأبصار» (٢٦) .
وقرأنا في سورة يس : « وضرب لنا مثلا ونسى خلقه ، قال من يحيى العظام وهى رميم • قل يحييها الذى أنشأها أول مرة ، وهو بكل خلق عليم» (٢٧) .

وكان القرآن فى نفس الوقت يدل المؤمنين به على منهج القياس (٢٨) . ذلك أن الاعتبار معناه مجاوزة الشيء الى غيره •• وذلك هو القياس •• كما أن أمرنا أن نعتبر بما كان لليهود حين خرجوا على أمر الله فأخرجهم من ديارهم ، فلا نفعل مثلهم حتى لا يحق بنا ما حاق بهم بمعنى ألا نتساوى معهم فى الأسباب حتى لا نتساويهم فى النتائج •• ذلك أيضا هو القياس (٢٩) .

وقوله تعالى : « قل يحييها الذى أنشأها أول مرة » قياس للبعث على الانشاء .

وقول الله تعالى فى سورة النساء : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر» (٣٠) .
فهم منه الفاقهون لكتاب الله أن طاعة الله والرسول هى اتباع القرآن والسنة ، وأولى الأمر اشارة الى الاجماع ، وغهوا أن الرد الى الله والرسول شىء آخر غير طاعة الله والرسول التى جاءت فى البداية ، ففهموا أنه القياس على نصوص القرآن والسنة فيما لم يرد فيه نص (٣١) .

ص ٣٥٠) ومباحث القياس كثيرة خاصة بمباحث العلة •• وقد آثرنا أن نظل بمنأى عن الخوض فيها مقتصرين على النقاط التى نحسبها كافية للكشف عن هذا المصدر التابع من مصادر المشروعية تاركين تلك المباحث لمكاتها فى كتب الأصول .

(٢٧) يس : ٧٨ ، ٧٩

(٢٦) الحشر : ٢

(٢٨) اعلام الموقعين ج ٢

(٢٩) الدكتور حسين حامد حسان ، أصول الفقه ، طبعة ١٩٧١ ،

ص ٣٢٩ ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ١٧٦

(٣٠) النساء : ٥٩

(٣١) أصول الفقه ، لاستاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف ، ص ٦٠

كذلك علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم منهج القياس .. حين سألته امرأة من جهينة : ان أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفأحج عنها ؟ قال : « نعم حجي عنها .. » رأيت لو كان على أمك دين ، أكنت قاضيته .. ؟ اقضوا الله فإله أحق بالوفاء » (٣٢) .

وقد قدمنا أن بعض أحكام السنة التي جاءت في ظاهرها زائدة على أحكام القرآن كانت كذلك قياساً عليه ، مثل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، فقد جاءت قياساً على تحريم الجمع بين المرأة وأختها (٣٣) .

كذلك عرفه الصحابة رضوان الله عليهم منهاجاً للاستدلال فسلكوه وأمروا به واشتهر به عبد الله بن مسعود ، وعلى بن أبي طالب ، وأمر عمر رضى الله عنه : « الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ، اعرف الأشياء والأمثال وقس الأمور عند ذلك » (٣٤) .

وأخذ به من بعد الصحابة الأئمة والفقهاء يجدون فيما تقدم دليلاً على حجبيته ، ويرون فيه رداً الى الكتاب والسنة وأعمالاً لهما على نحو أوسع وأرحب (٣٥) .

ونرى فيه - الى جوار ذلك - جانباً من جوانب الإعجاز في شرع الله الخالد ، فان النصوص التي تبدو جزئية - تعدو أصولاً وأحكاماً كلية تدرج تحتها جزئيات وأحكام أخرى تتحقق فيها علة النص أو حكمته ، ويتحقق بذلك سر من أسرار خلود هذه الشريعة

(٣٢) رواه البخارى ، صفوة صحيح البخارى ، ج ٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ شرح الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر .
(٣٣) راجع ما سبق في بحث السنة .

(٣٤) تاريخ المذاهب الاسلامية ، ج ١ ص ١٦ ، ومزيداً من التوسع في اعلام الموقعين لابن القيم ، وقد كان عمر يلجأ في الأمور العامة الى المصلحة أكثر من القياس (تاريخ المذاهب ، المرجع السابق) .

(٣٥) وقد يكون ذلك تطبيق النص بمفهوم الموافقة فيكون للنص مدلول من عبارته في شأن الواقعة التي جاء بشأنها ، ومدلول من دلالته في شأن الواقعة التي لم يرد بشأنها - ورأى البعض الآخر أن هذه من حالات تطبيق عبارة النص دون حاجة الى القياس لذلك تحرز البعض في تعريف القياس . (الاجتهاد في رأى للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٠ ، ص ١٢ ، ١٣) .

وقدرتها على مواجهة الحاجات المتجددة التي لم يرد فيها نص ، بما سبق أن ورد فيه نص ، لتظل الحياة دائما خاضعة لحكم الله •• مصطبغة بصبغة الله •• ((ومن أحسن من الله صبغة)) (٣٦) ؟

•• ذلك هو القياس

الحاق واقعة لم يرد فيها نص (وتسمى الفرع) بأخرى ورد فيها نص (وتسمى الأصل) الحاقها بها في (الحكم) لاتحادهما في وصف ظاهر منضبط (هو العلة) (٣٧) •

• وهو حجة عند الجمهور (٣٨)

* عمل القياس ومجاله :

القياس طريق يلجأ اليه المجتهد بحثا عن حكم الله في أمر لم يرد فيه نص ، ولذا عبر عنه البعض بأنه فعل المجتهد (٣٩) ، فهو مجرد وسيلة وطريقة لاستنباط الأحكام — هذا عن عمل القياس • أما عن مجاله •• فهو فيما لم يرد فيه نص •

واذ وردت في مجال العقيدة والتعبد نصوص كافية فلا حاجة بنا للقياس فضلا عن أن كثيرا من أحكام الشعائر والنسك ليس مما يسهل ادراك علته أو حكمته فتعذر القياس فيها (٤٠) •

(٣٦) البقرة : ١٢٨

(٣٧) وهذه أركان القياس : الأصل ، الفرع ، العلة ، الحكم (راجع تفصيلا أصول الفقه للإمام أبو زهرة ، ص ٢١٧ وما بعدها ، الدكتور حسين حامد ، أصول الفقه ، ص ٣٣٤ وما بعدها ، ابن الحاجب ، ج ٢ ص ٣٥٤) •

(٣٨) لا نعرف مخالفا الا الظاهرية والشيعة الامامية وبعض المعتزلة (راجع المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى الطبعة الثانية ١٣٨٠ هـ ، ١٩٦٠ م ، ص ١٩٤ ، ١٩٥ ، علم أصول الفقه ، المرجع السابق ، ص ٥٨)

(٣٩) الشيخ عمر عبد الله في بحثه عن القياس بمجلة الحقوق —

جامعة الاسكندرية — عدد أكتوبر سنة ١٩٤٨

(٤٠) ويفرق البعض بين الأحكام الأساسية للعبادات والأحكام الفرعية

فيجيز القياس في الأخيرة دون الأولى — الاجتهاد في الرأي ، ص ٢٩ ، ٣٠

ويلحق بالعبادات أحكام الحدود والكفارات — على الرأى الراجح — لأن أغلبها لا تظهر فيها العلة ، كما لا يتوسع في تفسيرها أخذا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ادروا الحدود بالثبتهات » ومن الثبتهات ألا يوجد للواقعة نص يحكمها^(٤١) .

وما ورد من الأحكام على خلاف الأصل لا يقاس عليه أيضا (كورود رخصة على خلاف حكم العزيمة ، كالإفطار في رمضان لسفر أو مرض) فان إيراد الحكم على خلاف الأصل أشعار يقصره على ما ورد فيه وحصره في هذا النطاق ، والقول بالقياس يؤدي الى تعديده هذا الحكم الى غير الحالة التي ورد فيها حتى ليغدو هو ذاته أصلا يقف أمام الأصل الذي جاء خلافا له الا الذي نحسبه خلافا لقصد الشارع^(٤٢) .

* لكن أيكون قياس في مجال الأحكام الدستورية ؟

يرى البعض^(٤٣) أن الأحكام الدستورية مبادئ عامة ، ولا يتصور قياس المبادئ على المبادئ ، ومن ثم فلا يرى أن للقياس مجالا في نطاق الأحكام الدستورية .

ونرى أن ما عرفه فقه القانون من قياس نظام على نظام (Anolog:aguris Anologie de droit) بالمقابلة لقياس الحكم الجزئي والذي أسموه (Anologia legia Anologie de loi)^(٤٤) .

كقياس نظام الأولاد الطبيعيين على نظام الأولاد الشرعيين — نرى

(٤١) وما قيل عن قياس الخمر على القذف ليس صحيحا والصحيح أنه بين الحد الأعلى — الاجتهاد ، ص ٢٧ ، ٢٨

(٤٢) ما اخترناه هو رأى الأحناف وقد اضطرت عبارات الشافعية

في هذا الموضوع (الاجتهاد ، المرجع السابق ، ص ٣٠ ، ٣١) .

(٤٣) الدكتور عبد الحميد متولى ، في مبادئ نظام الحكم في الاسلام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ ، ٢٤٥ ، وقد قدم للحديث بعرض شيق عن القياس في الشريعة ، والقياس في القانون .

(٤٤) المرجع السابق ، وجينى ، طريقة تفسير القانون الخاص

الوضعي ومصادره ، ج ١ ص ٣٠٥ — ٣٠٧

Method d'intretretation - Sources en droit Privie

Positif 2re. 1933.

أن الفقه الاسلامي عرفه من قبل حين قاس المسلمون الامامة الكبرى (خلافة المسلمين) على الامامة الصغرى (امامة الصلاة) .
 واذا كان ذلك كذلك فان قياس المبادئ على المبادئ أمر متصور ،
 وقد وقع فعلا ، ومن ثم فان انكار وجود القياس في مجال الأحكام
 الدستورية انكار على غير أساس ، وليس لنا أن نغلق بابا لمرونة الفقه
 الاسلامي وفقا لأصول الاسلام وشرعيته — ليس لنا أن نغلق بابا
 يشجع حاجاتنا المتجددة بعد إذ أذن به الله !

هذا هو القياس يجري فيه العمل حول ألفاظ النصوص لتعديتها
 الى حالات أخرى غير التي وردت فيها . . . وهناك لون آخر من القياس
 يجري حول مقاصد النصوص وغاياتها ، وهو ما سنراه في المصلحة
 المرسله بمشيئة الله .

* * *

ثالثا : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة^(٤٥)

أولا — تقديم وتعريف :

ان الله بالناس لرؤوف رحيم ، لم يخلقهم عبثا ، بل جعل لهم غاية . .
 ولم يتركهم سدى ، بل حدد لهم طريقا ومنهجا . . وغاية الناس ان
 ارتفعوا الى مستوى الايمان الحق . . هو الله .

(٤٥) هذا تعبير الامام الشافعي رضي الله عنه ، وقد فضلنا استعماله
 على اصطلاح « المصلحة المرسله » لما حكاه الغزالي بحق من أن المصلحة
 التي لم تعتبر ولم تلغ هي مصلحة غريبة أجمع أهل العلم على عدم الأخذ
 بها — على ما سنشير في المتن بمشيئة الله .

ولما أشار اليه الغزالي كذلك من أن الاسلام لا يعرف الاستدلال
 المرسل إذ ان الله سبحانه أكمل الدين ، ولا يتصور بعد كمال الدين وجود
 حكم بغير دليل ! وقد سماها الغزالي المصلحة الملائمة .

(راجع الزميل الدكتور حسين حامد في رسالته عن المصلحة في الفقه
 الاسلامي ، طبعة ١٩٧١ م ، وراجع أستاذنا الامام محمد أبو زهرة ،
 تاريخ المذاهب ، ج ٢ ، وقد أشار الى أن المصلحة تكون من جنس المصالح
 التي أقرها الاسلام ، وهو تعبير آخر عن نفس المعنى الذي عبر عنه
 الامام الشافعي بالمصالح الشبيهة بالمعتبرة وعبر عنه الامام الغزالي
 بالمصالح الملائمة .

وطريقهم ومنهجهم .. هو ما أنزل الله •

ولقد كان ما أنزل الله من منهاج معجزة اذ حدد الحدود ، ونص على الكليات ، وكانت مقاصده مصالح الناس ، واذ كانت النصوص محدودة وحاجات الناس غير محدودة • فلقد كان من فقه الكتاب قياس ما لم يرد فيه نص على ما ورد فيه نص اذا اشتركا في العلة ••

وكان من فقه الكتاب كذلك قياس على المقاصد •• كما كان قياس على النصوص •• قياس على المعاني والغايات كما كان قياس على الألفاظ والعبارات •

دل على ذلك أمران :

أولهما : ما تضمنته كثير من النصوص من تعقيبات تؤكد رعاية شرع الله لمصالح الناس كمقصد له وغاية •
— فبعد أحكام الفطر في رمضان يجيء التعقيب الكريم :
« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٤٦) •

— وبعد أحكام الوضوء يأتي كذلك التعقيب : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » (٤٧) •

— وبعد الأمر بالصلاة « ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » (٤٨) •

— وبعد الأمر بالاتجاه الى الكعبة في الصلاة « لئلا يكون للناس عليكم حجة الا الذين ظلموا منهم » (٤٩) •

— وبعد أحكام القصاص « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب » (٥٠) •

فكشفت النصوص عن أن وراء الأحكام •• غايات ومقاصد •• هي هدف للشارع الحكيم •

وثانيهما : ما كشف عنه استقراء نصوص الكتاب والسنة •• وانعقد عليه الاجماع •• من تحديد لتلك الغايات والمقاصد على النحو التالي ، وبالترتيب التالي : الدين •• النفس •• العقل •• النسل •• المال •

(٤٧) المائدة : ٦

(٤٩) البقرة : ١٥٠

(٤٦) البقرة : ١٨٥

(٤٨) العنكبوت : ٤٥

(٥٠) البقرة : ١٧٩

وينضوى هذا الترتيب تحت ترتيب آخر دل عليه الاستقراء ،
وانعقد عليه الاجماع :

١ - الضرورات .. وهو ما لا بد منه من الأحكام لتحقيق تلك
المقاصد الخمسة والحفاظ عليها بترتيبها السابق .

٢ - الحاجيات .. وهي ليست لازمة للقيام بهذه المقاصد الخمسة
لكنها لازمة لدفع الحرج ورفع الضيق .

٣ - التحسينات .. وهي لازمة لاستكمال حسن الأمر وتحقيق
صالح الخلق .

وكل مرتبة تخدم المرتبة التي تسبقها .. كذلك كل مصلحة تخدم
المصلحة التي تسبقها .

ففى المرتبة الأولى .. الضرورات .. تقف المصلحة الأولى وهي
الدين ، وتقف من ورائها كل المصالح التالية خادمة ومقتدية .. النفس ،
والعقل ، والنسل ، والمال .. من هنا كانت التضحية بالنفس دفاعا
عن الدين وبالأحرى التضحية بما دون النفس من سائر المصالح ..
لاقامة الدين .. حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله .

كذلك مرتبة الحاجيات فيها من الأحكام ما يخدم المرتبة الأولى
فكثير من أحكام دفع العنت والحرج ، ومنع الضيق والملل .. هي في
الواقع تخدم اقامة الدين والحفاظ عليه .. حتى لا يكون تبرم به
وتفلت منه !

مثل أداء الصلاة قعودا لمن كان ذا عذر ، وقصرها للمسافر ،
وما كان من أحكام وعقود في مجالات المعاملات !

وفي المرتبة الثالثة تقف التحسينات .. مثل خلق العفو والصفح
الجميل ودرء السيئة والحسنة .. مكملة لأحكام المعاملات وخادمة لها
ومتيحة اطارا مضيئا ، ومستوى رفيعا من التعامل بين المسلمين^(٥١) .

(٥١) راجع أستاذنا عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه ، ص ٢٣١
— ٢٤٧ ، وبحثنا في مؤتمر رابطة الاصلاح الاجتماعى ، الاسلام والاصلاح
الاجتماعى عام ١٩٣٨ م ، منشور بعدد خاص من مجلة وزارة الشؤون
الاجتماعية . وراجع رسالة قيمة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ، كلية
الشريعة جامعة الأزهر ١٣٨٥ هـ — ١٩٦٥ م ، ص ٧٨ وما بعدها ص ١٨١ ،
١٨٥ ، ١٨٧ — وقد كانت رسالة رائدة كشفت الغموض حول « المصلحة

وهكذا كانت الأحكام محققة مصالح على درجات .. هذه المصالح مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بغايات الشريعة ومقاصدها .. وعلى ذلك فالمصلحة ليست مطلقة .. لكنها مقيدة :

١ - أما بنص الشارع في المسألة نفسها •

٢ - أو بنص الشارع في مسألة مماثلة فيتعدى الحكم الى المسألة المعروضة •

٣ - أو بنص الشارع في جملة مماثلة يبين منها هدف الشارع ومقصده ، فيتعدى الحكم الى المسائل الأخرى التي تحقق هدف الشارع ومقصده .. وتلك هي المصلحة التي نعنيها بالدراسة هنا .. إذ الأولى مصلحة معتبرة والثانية هي القياس •

وعلى ذلك فالمصلحة المرسله .. هي مصلحة لم يلغها الشارع بنص ، ولم يعتبرها بنص كذلك ، وإنما اعتبر جنسها بجملة نصوص أو بمقاصد الشريعة العامة وغاياتها ، فهذه التي قال عنها الشافعي : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة • وقال عنها الغزالي : المصلحة الملائمة (٥٢) • وللامام الغزالي تحليل عميق يرفض فيه الأخذ بالمصلحة التي لم يرد نص باعتبارها أو الغائها ويسميها مصلحة غريبة وينزه الشارع

المرسله « ووضعت لها الضوابط ، وقد تبعها رسالة قيمة للزميل الدكتور حسين حامد في نفس الموضوع (منشورة سنة ١٩٧١ م) وقبل هذين كانت رسالة الدكتور مصطفى زيد « المصلحة في التشريع الاسلامي » وهي التي حاول فيها الدفاع عن نجم الدين الطوفي وابن الحاجب ، ج ٢ ص ٤٦٠ (٥٢) راجع تفصيلا لذلك اصول الفقه للدكتور حسين حامد ص ٣٠٥ وما بعدها ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، لنفس المؤلف ص ١٨٨ وما بعدها ، ورسالة المؤلف في المصلحة وقد تضمنت تحقيا جميلا في هذا الصدد ، وفي تعريف المصلحة نقل تعريف الأصوليين ، وتعريف الامام الغزالي ، وواعم بين المصلحة لغة ومعناها اصطلاحا ، وقد كان لاستاذنا الامام محمد أبو زهرة فضل السبق في الاشارة الى هذا الفيد حين قال : « المصلحة تكون من جنس المصالح التي أقرها الاسلام فهي رجوع الى عبوم المقاصد التي أخذت من النصوص » (تاريخ المذاهب ج ٢ ص ٤٠٠) •

عن السكوت عن مصلحة للناس دون نص عليها بالعبارة أو الإشارة ،
فقد جاء الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمؤمنين (٥٣) !

ثانيا - حجية المصلحة وشروطها :

المصلحة التي اعتبر الشارع جنسها بجملة نصوص أو بمقاصده العامة
•• حجة عند الجمهور (٥٤) على غير الشائع في هذا الصدد وذلك :

أولا : لما ورد من نصوص تنفيذ الغاية من الأحكام الشرعية ••
وهي تحقق المقاصد الخمسة التي أشرنا إليها •

وثانيا : لما تبين من استقراء الأحكام الشرعية •• من تحقيقها
لتلك المقاصد الخمسة •

وثالثا : لأخذ الصحابة بها •• وقولهم سنة متبعة بعد قول الرسول
صلى الله عليه وسلم •• وهم يضعون لها شروطا تفهم من عباراتهم :

أولا : كون المصلحة من الحكم تحقق جنس مصلحة أخرى تشهد
لها جملة نصوص أو تشهد لها مقاصد الشرع العامة (٥٥) •

ثانيا : أن تكون مصلحة حقيقية •• لأنها ان لم تكن كذلك كانت
وهما ، والأحكام لا تبنى في النظام الاسلامي على وهم •

(٥٣) راجع الدكتور حسين حامد في مؤلفاته الثلاثة السابقة — وهو
ينقل عن الغزالي اجماع اهل العلم على رد المصالح الملقاة والغريبة
(المستصفي للغزالي ، ج ٢ ، ص ٣٠٦) •

(٥٤) فقد أخذ بها الأئمة الأربعة •• وان كان الشائع غير ذلك ،
فالشائع أن مالكا واحمد هما الأخذان (استاذنا الشيخ زكريا البرديسي —
أصول الفقه ، ص ٣٢٦ ، والدكتور عبد الحميد متولى ، ص ١٢٢ ، المرجع
السابق ، لكن بالتحقيق تبين أن الجميع أخذوا بها . فالشافعي عالجها
تحت باب القياس ، وأبو حنيفة تحت باب الاستحسان والعرف واختلاف
المكان لا يدل على اختلاف الاحتجاج (راجع الرسالة للإمام الشافعي ،
ص ٥١٥ ، ٥١٦ ، الاجتهاد بالرأى للمرحوم خلاف ، ص ٨٣ ، ورسالة
الدكتور محمد سعيد البوطي ، ثم رسالة الدكتور حسين حامد حسان) •

(٥٥) وهو ما عبر عنه الشافعي بكونها الشبيهة بالمعتبرة ، وعبر عنه
الغزالي بكونها ملائمة (مؤلفات الدكتور حسين حامد سالف الذكر ، والامام
أبو زهرة في تاريخ المذاهب ، ج ٢ ص ٤٠٠) •

ثالثا : أن تكون مصلحة عامة .. أى تحقق مصلحة لمجموع من الناس وليست مصلحة جزئية لأحكام تنزل للناس كافة ، وقد تكون لها شروط وأركان . ولكن ذلك لا يؤثر على عموميتها .. وهذا الشرط هو الذى تواضع عليه الوضعيون تحت عنوان التجديد .. وشرطوا للقاعدة القانونية أن تكون عامة مجردة !

والذين رفضوا الاحتجاج بها^(٥٦) .. لم ينظروا الى حقيقة أمرها وظنوها تشريعا بالتشهي ، فغلبتهم الغيرة على دين الله وجنحوا لرفضها ولو علموها محققة لغايات الشارع ومقاصده ، محددة بأنها من جنس المصالح التى نص عليها الشارع نصا صريحا أو استقراء من جملة نصوص ، لو علموا ذلك لما رفضوا .. وما نظنهم بعد هذا البيان براغضين !

ثالثا - المصلحة بين افراط وتفريط :

١ - على جانب الافراط قدمها البعض على النص والاجماع ، واستندوا فى افراطهم على فهم غير صحيح لما فعله بعض الصحابة . والطوفى الذى تولى كبر ذلك الافراط يبدو كلامه متهاترا متهافتا يردد نفسه على نفسه .

فهو يتحدث عن تسعة عشر دليلا شرعيا يذكر فى مقدمتها النص والاجماع ، ويذكر أن النص والاجماع أقواها ، ثم يناقض نفسه بعد ذلك حين يقول : ان المصلحة تتقدم على النص والاجماع اذا تعارضت معه : ثم يعجز عن أن يقدم مثلا واحدا لمصلحة حقيقية تناقضت مع نص أو اجماع^(٥٧) !

(٥٦) نشير الى الباقلانى والامدى من الشافعية وبعض الظاهرية ، وقد كان رفض الآخرين استنادا الى أخذهم الظاهر من النصوص دون عللها وكذلك دون غاياتها ومقاصدها .. فضيقوا واسعا أذن به الله (الدكتور البوطى ، ص ٢٩٥ ، ٣٠٢ ، المرجع السابق) .

(٥٧) فى آراء الطوفى رسالة كاملة للدكتور مصطفى زيد « المصلحة فى الشريعة الاسلامية ، ونجم الدين الطوفى » الطبعة الثانية ١٣٨٤ هـ ، ١٩٦٤ م وهناك ما يثار حول عقيدة الطوفى وللمشرف على الرسالة (الامام أبو زهرة رأى صدر به الرسالة) وفى رسالة الزميل الدكتور محمد سعيد البوطى ردكاف ، وفى رسالة الدكتور حسين حامد تحليل كذلك لهذا الموضوع .

والصحابية الذين نقلوا عنهم^(٥٨) القول بتقديم المصلحة على النصوص يضعون في مقدمتهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ومن غير كبير خوض فيما قالوا .. فان عمر الذى قتل مسلما حين استبان له رفضه لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٥٩) لا يتصور أن يخالف عن حكم الله ورسوله ! انما الأمر يحتاج الى نظرة فاحصة لا سريعة وعارضة لما كان من عمر ، ونضرب لذلك مثلين :

أولا : قالوا ان عمر أبطل سهم المؤلفة قلوبهم عند توزيع الزكاة لأن الاسلام قد عز ولم يعد بحاجة الى المؤلفة قلوبهم ولا الى تأليف القلوب !

ولقد كانت نهاية الكلام ردا على أوله .. !

ان سهم المؤلفة قلوبهم .. كان لتجميع الناس حول الاسلام حتى يقوى ويقووا .. فاذا كان الاسلام قد عز وعز أبنائه فقد تخلفت « عنة الحكم » ومن ثم وجب تخلف الحكم ، لأن الأحكام تدور حول علما وجودا وعندما ! فالأمر اعمال للنص وليس اهمالا له .. اعمال لعنة المبتغاة من الحكم وليس تقديما للمصلحة على النص .. فان عمر ما قال وما يقول بذلك !

ثانيا : قالوا ان عمر « عطل » حد السرقة في عام « الرمادة » أو المجاعة .

وما كان لعمر الذى كان مثال الغيرة على دين الله أن يعطل حدا من حدود الله ، وهو الذى سمع قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأسامة ابن زيد مستنكرا : « أنشفع في حد من حدود الله » ؟ وقال : « من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه » وما كان لعمر أن يفعل ذلك وهو كذلك !

انما الأمر أن لكل جريمة أركانها ، ولكل عقوبة شروطا .. اذا لم تتوافر .. ما كانت جريمة ولا عقوبة ، ومن ثم فلا تطبيق للنص ، وفي عام الرمادة تحققت شبهة كبيرة فتخلفت شروط اعمال النص على

(٥٨) نشير الى ما ذكره الدكتور مصطفى زيد في رسالته ص ٣١ ، والدكتور عبد الحميد متولى في مؤلفه السابق ص ١٢٦ ، أما الدكتور محمد يوسف موسى فقد قال بتقديم المصلحة على القياس ، وذلك غير ما قاله الآخرون (التشرية الاسلامى واثره في الفقه الغربى ، ص ٣٥) .

(٥٩) راجع ابن كثير ، ج ١ ، ص ٥٢١

قطع يد السارق اعمالا لنص آخر أخص « ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم » . . فسموا عدم توافر شروط اعمال النص تعطيلًا لحد . . ونسبوه الى عمر . . وعمر مما يقولون برىء (٦٠) .

٢ - وعلى جانب التفريط : رفض البعض المصلحة المرسله رفضا تاما ، ظنا منهم أنها حكم الهوى ، واعتراضا على أن انحيازها الى جانب الاعتبار ليس أولى من انحيازها الى جانب الالغاء ، فذلك الاعتراض صحيح فيما لو قلنا بالمصلحة الغريبية - كما سماها الغزالي - وهي التي لم يشهد لها نص بالاعتبار ولا نص بالالغاء فان في انحيازها الى جانب الاعتبار نوعا من التحكم لا يصح - لكننا أشرنا الى أن اجماع أهل العلم على رفض المصلحة الغريبية باعتبار أن شرع الله جاء تبيانا لكل شيء ، فلا يصح أن توجد مصلحة لم يعتبرها الشارع أو يعتبر نوعها أو يعتبر جنسها !

أما المصلحة التي نأخذ بها كدليل أو مصدر للشرعية فهي المصلحة الشبيهة بالمعتبرة - كما سماها الشافعي - أو الملائمة كما سماها الغزالي ، وهي التي شهد الشارع لجنسها وان لم يشهد لها أو لنوعها . وبذلك تسقط حجة الرافضين وفيهم بعض الشافعية (٦١) .

رابعا - مجال المصلحة وتكييفها :

المصلحة تعمل في مجال المعاملات .
فلا عمل لها في مجال العقيدة أو العبادة لورود النصوص الكافية لهذه وتلك بما يعنى عن القياس وما يشبهه القياس .

(٦٠) وفي دقة بالغة يعبر الامام ابن القيم عن ذلك بقوله : « في عام المجاعة وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين . . فهو مجال تنفيذ وليس مجال تشريع » ويقول استاذ محمد المدنى : وقد كان مرد عدم انطباق شروط حد السرقة الى أحد أمرين : اما لأن السارق في هذه الحالة قد أخذ حقه ، واما لتحقيق الشبهة التي تدرا الحد وهي شبهة الحاجة أو الضرورة ، والى هذا ذهب ابن القيم (من يحته السلطة التشريعية في الاسلام) وراجع رسالة حسين حامد ، ص ٩٧ ، ٣٢٦ ، ٤٦٨

(٦١) نشير بذلك الى الباقلانى والامدى ، وقد كان عليهم رحمة الله أن يتفهّموا قول امامهم « الشبيهة بالمعتبرة » ليعلموا لم انحازت الى جانب الاعتبار ، وليعلموا أنها ليست حكم التشهى ، لكن لهم فضل الاجتهاد ولهم اجره اصابوا أو اخطأوا .

وفروع القانون العام — بما فيها القانون الدستوري — تدخل تحت باب المعاملات^(٦٢) ومن ثم يمكن الاجتهاد في هذه المجالات جميعا استنادا الى المصلحة ، كما أمكن الاجتهاد استنادا الى القياس — كما قدمنا — .

والمصلحة بهذه المثابة هي فعل المجتهد ، كما عبر البعض بالنسبة للقياس ، ومن ثم فهي ليست مصدرا مستقلا للأحكام ، وإنما هي مصدر تابع أو هي إحدى طرق الاستدلال التابعة للكشف عن حقيقة حكم الله في الواقعة بقياسها على جنس المصلحة التي قامت عليها نصوص أو مقاصد شرعية .
وحسبنا في هذا المجال هذه الامامة .

* * *

رابعا : الاستحسان

* تعريف وتكييف :

الاستحسان عدول عن حكم كلى الى حكم جزئى ، أو عن قياس جلى الى قياس خفى لدليل انقذح في ذهن المجتهد يبرر ذلك العدول .
هذا الدليل قد يكون نصا أو اجماعا أو ضرورة أو مصلحة .

وعلى ذلك فالاستحسان وحده لا يصلح دليلا لأن الدليل هو النص أو الاجماع أو الضرورة أو المصلحة ، ولذلك قال السعد : الاستحسان آيل على اختلاف معانيه الى الأدلة الشرعية المتفق عليها^(٦٣) ، ولا يعدو أن يكون أداة ترجيح .

(٦٢) يشير الدكتور عبد الحميد متولى الى امثلة للأخذ بالمصلحة مثل الطرق التي اتبعت في اختيار الخليفة ، والاساليب المختلفة التي كان يتبعها الخلفاء في الأخذ بالشورى — ونضيف أنه يمكن أن يكون مع هذه المسائل كثير من الأمور التنظيمية التي يمكن أن تكون محل تشريعات دستورية مثل نوع الوزارة (تفويض أو تنفيذ) وتوزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة وتشكيل مجلس الشورى وكيفية عمله الى غير ذلك من الموضوعات (راجع مبادئ نظام الحكم في الاسلام ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١) .

(٦٣) سعد الدين التفتازانى ، التلويح على التوضيح ، مطبعة الحلبي ج ٢ ص ٨٢ ، ويعرفه السرخسى بقوله : أنه ترك القياس الى ما هو أرفق

* مكانته :

عالجه الفقهاء في أبواب متفرقة :

فالبعض عالجه في باب القياس (الحنفية)

• والبعض عالجه في باب المصلحة (المالكية)

والبعض عالجه تحت باب النصوص والاجماع أو الضرورة

• (الحنابلة)

وقيل ان الشافعي رفضه^(١٤) ، وقيل أخذ به^(١٥) ، وقيل لم يعرف

حقيقته وطنه حكما بالهوى والتشهي فكانت كلمته المأثورة : من

استحسن فقد شرع^(١٦) .

وارتأى البعض أنه لم يرد في الشريعة حكم على خلاف القياس

ومن ثم فلا حاجة الى الاستحسان ولا مكان له^(١٧) .

• وقد وضعناه مع المصادر التابعة لامكان ادراجه تحت أي منها .

* * *

بالناس ، ج ١ ص ١٤٥ ، وراجع الشريف الجرجاني في تعريفاته ، ص ١٣ ، والاجتهاد بالرأى ، للمرحوم خلاف ، ص ٧٧ ، حيث يقول : « وهم لا يلجأون اليه الا حين يؤدي القياس الجلي الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة » وراجع سلم الوصول الى علم الأصول ، للشيخ عمر عبد الله ، ص ٣٠٠ وتاريخ المذاهب للمرحوم محمد أبو زهرة ، ج ٢ ص ٣٤٢

(٦٤) راجع باب ابطال الاستحسان في الرسالة والام ، وتاريخ المذاهب

ج ٢ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام ، ص ٢٥٥

(٦٥) تأسيسا على ما نسبته الأمدى الى الشافعي في الأحكام ، ج ٢ ،

ص ٢١٠ ، والى الغزالي وهو شافعي ، المستصفي ، ج ٢ ص ٢٨٣

(٦٦) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، ص ١٩٣ ، ١٩٨

(٦٧) انظر عرضا شيقا للامام ابن القيم في اعلام الموقعين ، الطبعة

الثانية ، ج ١ ص ٣٥ وما بعدها ، ج ٢ ص ٣ - ٢٥ ، وابن الحاجب ، ج ٢

ص ٤٥٣ ، وما بعدها .

المبحث الثالث

قواعد فقهية

* تقديم :

- تقدم الحديث عن المصدر الأصيل .. وهو الوحي .
- وعن مصادر ملحقه به — شرع من قبلنا ، رأى الصحابي .
- وعن مصادر تابعة — الأجماع ، والقياس ، والمصلحة ، والاستحسان
- ونتحدث هنا عن « مصادر » يسميها البعض كذلك تجوزا ، ولكنها في الواقع لا ترقى إلى مرتبة المصدر الأصيل ولا الملحق والتابع ، ولا تعدو أن تكون مجرد قواعد فقهية يستعين بها الفقيه في بحثه عن الأحكام ..
- وبالتالي فلا تصح أن تكون مصدرا للمشروعية .
- وهي « العرف » ، و « الاستصحاب » .

أولا : العرف

* تقديم وتعريف :

- لم يترك الله الانسان سدى ، بل جعل له نداء من داخله ونداء من خارجه ..
- وكانت « الفطرة » هي نداء الداخل تدفعه إلى الحق والخير وتوجهه .
- وكانت « الشريعة » وهي نداء الخارج ترسم له الطريق وتحدد معاله .
- وكانت الثانية موافقة للأولى ، منسجمة بها ، مقومة لها ان مسها عوج أو انحراف !
- والكون من حول الانسان يسيير مثله وفق نظام مرسوم .. فهو يسيير وفق عادة أرادها الله وبثها فيه .

وشريعة الله للإنسان جاءت موافقة لهذه العادة في كثير ، بانية أحكامها أيضا على كثير ، ثم مقومة ما اعوج من هذه العادة أو فسد منها .

وكانت موافقة الشريعة للعادة في كثير ، وابتناؤها عليها في كثير ، أحد أسرار يسرها ودفعها للحرص من غير عوج ، مصداقا لقوله تعالى : « فطرة الله التي فطر الناس عليها ، لا تبديل لخلق الله ، ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون » (١) .

وهكذا قال فقهاء بالعرف قاصدين معنى العادة (٢) التي وافقت أحكام الشريعة في كثير ، وبنيت عليها أحكام الشريعة في كثير في مجال المعاملات ، بل وفي مجال العبادات ! وهل كانت عقيدة التوحيد الا استجابة لفطرة المخلوق نحو خالقه ورازقه ومدبر أمره ؟

وهل كانت أحكام الدين والحج وابتناء الارث على العصبية والكفاءة في الزواج وحلول التعاطي محل الايجاب والقبول .. الا استجابة للعادة مع بعض التهذيب أو تصحيح النية .. ؟!

ثم أليس للعادة أثرها في كثير من العقود حتى جعلوها تحل محل الشرط المتفق عليه اذا تخلف فقالوا : المعروف عرفا كالمشروط شرطا ؟

والعرف بالمعنى السابق يكاد يكون موضع اتفاق الفقهاء (٣) :

(١) الروم : ٣٠ .

(٢) جرى على لسان فقهاء الشريعة « العادة » قاصدين بها معنى العرف ، وشراح القانون يجعلون للعرف ركنين : أحدهما مادي وهو الاعتياد ، والثاني معنوي وهو الالتزام ، ونحسب أن فقهاء الشريعة يعتبرون الركن المعنوي مفترضا بتوافر الركن الأول اذ كثيرا ما يلزم الالتزام الاعتياد !

(٣) غنى عن الذكر أن العرف الذي نتحدث عنه هو العرف الصحيح الذي لا يصادم نصا ، فان صادم نصا فهو عرف فاسد لا يؤخذ به كتعارف الناس هذه الأيام على كثير من المنكرات دون نكير ! مثل جعل التشريع مطلقا لبشر منهم ، وتعارفهم على شرب الخمر ، وتعارفهم على عرى النساء ، والاستهانة بالأعراض واستباحة الحرمات على نحو يتجاوز المعصية أحيانا الى حد استباحة ما حرم الله .

=

ولئن لم تسلّم المذاهب جميعاً بالعرف قولاً ، فلقد سلّمت عملاً ،
اذ راحت تغاير بين الأحكام تبعاً لتغاير الأعراف والعادات ، بل لقد
تغايرت الأحكام داخل المذهب الواحد لهذا السبب ، فلقد غاير الشافعي
— وهو ممن يمسكون بالكتاب والسنة — غاير بين مذهب له قديم وآخر
حديث لاختلاف العادات بين العراق ومصر !

واختلاف تطبيق الأحكام تبعاً لاختلاف الأعراف والعادات ليس
اختلافاً في التشريع لكنه اختلاف في التطبيق !

وليس معناه أن حكم الله في المسألة الواحدة يتعدد ، ولكن معناه
أن التطبيق يختلف تبعاً لاختلاف الظروف والملابسات واختلاف الوقائع
كذلك !

وفي عالم القانون يكون حكم القانون واحداً ، ويختلف تطبيقه
من حالة إلى أخرى تبعاً لاختلاف الظروف والملابسات والوقائع كذلك !

وعلى ضوء هذا ينبغي أن يفهم ما قيل عن تبدل الأحكام بتبدل
الأزمان ، وتغير الفتوى بتغير الأزمنة والأحوال أن ذلك لا يعدو أن يكون
مجرد اختلاف تطبيق ، وليس اختلافاً في الحكم القانوني المجرد .

✽ تكييف العرف :

وهكذا ينبغي أن يفهم أن العرف لا يشرع مع الله ، ولا يشرع
من دون الله !

وفقهاء الشريعة يتحدثون عن العرف لمناسبة الحديث عن معاملات
الأفراد أي بلفظ القانونيين بمناسبة الحديث عن علاقات القانون الخاص —
وهو غير العرف في مجال علاقات القانون العام وبالأخص العرف الدستوري
فانه يتكون اذا اعتادت جهة حكومية سلوكاً معيناً لم ترفضه بقية الجهات
أو أقرتها صراحة عليه فيصير لهذه القاعدة ما للقواعد المكتوبة من احترام
أو جزاء (Sanction) ومن أمثلة العرف الدستوري حق رئيس الدولة
في رئاسة مجلس الوزراء في ظل دستور ١٩٢٣ م ، اذ لم يرد به نص ،
وانما جرى به العرف (عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ ،
٢٦٣) وفي مجال الفقه الاسلامي ليس ما يمنع من تكون عرف دستوري في
ظل نظام اسلامي !

انما اذا راعت أحكام الشريعة العرف فتخفيف من ريبكم ورحمة !
ويكون مصدر الحكم هو الله منزل الشريعة وليس العرف الذي جاء الحكم
موافقا له ! واذا أذن الله لنا أن نبني أحكامنا على العرف^(٤) فاذن الله
هو المصدر وليس العرف ••

والعرف في الحالين ليس سوى قاعدة فقهية^(٥) يستفاد منها عند
التطبيق والتنفيذ ، ولا يرقى الى مستوى المصدر أو الدليل •

* * *

ثانيا : الاستصحاب

* تعريفه :

هو بقاء الحكم — نفيا أو اثباتا — على ما هو عليه حتى يوجد
ما يعبره^(٦) •

* تكيفه :

والحكم على هذا التعريف يكون مستمدا من دليله الأصلي — وليس
من الاستصحاب — وعمل الاستصحاب لا يعدو أن يكون عمل وسائل
الاثبات^(٧) ، ومن ثم فإنه لا يعدو أن يكون مجرد قاعدة فقهية^(٨) •

(٤) وقد نجد هذا الاذن في قوله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ذلك أنهم لا يرون الحسن بأهوائهم ،
وانما يرونه بالفطرة التي أودعت في داخلهم ، ومن خلال الشريعة التي تحكم
واقعهم وحياتهم (استاذنا الشيخ فرج السنهوري في محاضرات تاريخ الفقه ،
قسم الدكتوراه ، ص ٢٨ وما بعدها ، طبعة ١٩٦٥) .

(٥) المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، الدكتور عبد الحميد متولى ، المرجع
السابق ص ٢٥٤ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦١

(٦) اصول الفقه لاستاذنا ابو زهرة ، ص ٢٨٣ وما بعدها ، وراجع
ابن الحاجب ، ج ٢ ص ٤٥٣

(٧) تاريخ الفقه لاستاذنا السنهوري ، ص ٩٤ ، وعبد الحميد متولى ،
ص ٢٦٣ ، ٢٦٤

(٨) المرجع السابق .

ولقد بنوا عليه قواعد لها قيمتها الفقهية :

مثل الأصل في الأشياء الإباحة ، وهو ما لم يرد فيه نص بحكم شرعى بإيجاب أو ندب أو كراهة أو تحريم ، وهذا الأصل غير ما ورد به نص خاص بالإباحة ، إذ الأول مجال لسلطة ولى الأمر لتقييده أما الثانى فليس لولى الأمر أن يقيده .. ومثال الأول مجال الزراعة والصناعة والتجارة .. ومثال الثانى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » (٩) . وقد تقدم .

ومثل قاعدة : الأصل في الإنسان البراءة .. فإنه ابتناء على استصحاب لأصل وهو البراءة ..

ومثل ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين (١٠) ، فمن كان متوضئاً وشك فيه جاز له الصلاة دون وضوء جديد — خلافا للمالكية . ولا يفوتنا أن نشير الى أن الذين ضيقوا على أنفسهم فرفضوا القياس اضطروهم الأمر الى التوسع فى الأخذ بالاستصحاب حتى آداهم ذلك الى نتائج تنفر منها الفطرة السليمة (١١) .

* * *

* الخلاصة :

عرضنا لمصادر المشروعية الاسلامية .. فوجدناها تحقق الثبات كقاعدة أصلية ، لكنها تحقق المرونة كذلك .. وهى فى حقيقتها لا تعدد لأن المصدر الأصيل لها الوحي وبقية المصادر ملحقة به أو تابعة له .. فهى فى النهاية مردودة اليه .

وعلى ذلك فإنه لا يتصور قيام شرعية اسلامية لنظام فى غيبة الوحي .. سواء غاب كله ، أو غاب بعضه ، أو كانت مصادر ترتفع الى مستواه ! والوحي — كمصدر للمشروعية — يرتفع فوق الدستور وفوق القانون ، ومن ثم جاز الطعن على أى منهما بعدم شرعيته اذا خالف

(٩) البقرة : ٢٢٣

(١٠) ومن تطبيقاته أن الشك يفسر لصالح المتهم — راجع الأستاذ الدكتور زكريا البرى ، أصول الفقه الاسلامى ، ص ١٨٧ وما بعدها .
(١١) المحلى لابن حزم ، ج ١ ص ١٣٢ ، من ذلك قولهم بنجاسة سؤر الكلب وطهارة سؤر الخنزير ، لورود النص بالأول وعدم النص بالثانى ، ومن ثم فإنه بالاستصحاب طاهر !

نصا قطعييا في كتاب أو سنة ، أو خالف أصلا من الأصول الواردة بهما
أو المستمدة من مجموعة أدلة جزئية ثابتة بهما ، ومن ثم كانت النصوص
القطعية والأصول الشرعية مقيدة لكل نص وضعى أيا كانت مرتبته •

وفي هذا اختلاف بين الشرعية الإسلامية والشرعية الوضعية
فالأخيرة — في الأغلب — تجعل في القمة الدستورية تستمد منه الشرعية
لما دونه •

أما الشرعية الإسلامية فنترتفع فوق القانون وفوق الدستور حاكمة
لكل اجتهاد بشرى •• معطية كل فرد حق الطعن على كل ما شرع ابتناء
من نص دستوري أو قانوني — بعدم الشرعية اذا خالف نصا قطعييا
أو أصلا شرعيا من أصول الإسلام التي جاء بها الوحي •

* * *

محتويات الكتاب

| الصفحة | |
|--------|--|
| ٣ | تمهيد |
| | الفصل الأول : المصدر الأصيل « الوحي » (٥ - ٣٥) |
| ٦ | المبحث الأول : القرآن |
| ٦ | ١ - ذلك الكتاب |
| ٨ | ٢ - قدره التشريعي |
| ١٥ | ٣ - لا شرعية في غيبة الكتاب |
| ٢١ | المبحث الثاني : السنة |
| ٢٢ | ١ - الكتاب والسنة |
| ٢٩ | ٢ - السنة والشرعية |
| | الفصل الثاني : مصادر ملحقه وتابعة (٣٦ - ٧٧) |
| ٣٧ | المبحث الأول : مصادر ملحقه |
| ٣٧ | أولا : مذهب الصحابي |
| ٤٥ | ثانيا : شرع من قبلنا |
| ٤٧ | المبحث الثاني : مصادر تابعة |
| ٤٧ | أولا : الاجماع |
| ٥٧ | ثانيا : القياس |

رقم الايداع بدار الكتب : ١٨٢٤ / ١٩٨٧
الترقيم الدولي : ١ - ٠٨٩ - ٣٠٧ - ٩٧٧

طابع
دار التراث العربي
٩٣٦١٤٥