عوامل السعة والمرونة
فى الشريعة الإسلامية

من الحقائق المسلَّمة أن الشريعة الإسلامية قد وسعت العالم الإسلامى كله، على تنائى أطرافه، وتعدد أجناسه، وتنوع بيئاته الحضارية، وتجدد مشكلاته الزمنية.

وأنها- بمصادرها ونصوصها وقواعدها- لم تقف يوما من الأيام مكتوفة اليدين، أو مغلولة الرجلين، أمام وقائع الحياة المتغيرة، منذ عهد الصحابة ومن بعدهم، وأنها ظلت القانون المقدس المعمول به فى بلاد الإسلام حوالى ثلاثة عشر قرنا من الزمان، إلى أن جاء عهد الاستعمار الغربى الذى استبدل بها تشريعاته الوضعية، فأحل بها ما حرم الله، وأبطل بها مافرض الله.

وإنما استطاعت الشريعة الإسلامية أن تفى بحاجات كل المجتمعات التى حكمتها، وأن تعالج كافة المشكلات فى كافة البيئات التى حلت بها، بأعدل الحلول وأصلحها، لأنها بجوار ما اشتملت عليه- من متانة الأصول التى قامت على مخاطبة العقل، والسمو بالفطرة، ومراعاة الواقع، والموازنة بين الحقوق والواجبات، وبين الروح والمادة، وبين الدنيا والآخرة، وإقامة

القسط بين الناس جميعا، وجلب المصالح والخيرات ودرء المفاسد والشرور، بقدر الإمكان- قد أودعها الله مرونة عجيبة جعلتها تتسع لمواجهة كل طريف، ومعالجة كل جديد، بغير عنت ولا إرهاق.

وسنتحدث فى الصحائف التالية عن عوامل هذه المرونة والسعة ودلائلها، حسبما يتسع المقام.

العامل الأول

سعة منطقة العفو المتروكة قصداً

إن أول هذه العوامل ما يلمسه الدارس لهذه الشريعة وفقهها من اتساع منطقة «العفو» أو الفراغ التى تركتها النصوص قصدا، لاجتهاد المجتهدين فى الأمة ليملؤوها بما هو أصلح لهم، وأليق بزمانهم وحالهم، مراعين فى ذلك المقاصد العامة للشريعة، مهتدين بروحها ومحكمات نصوصها.

وإنما قلت: إن منطقة العفو أو الفراغ تركت قصدا من الشارع، لما جاء عن النبى ﷺ أنه قال: «إن الله حدّ حدودا فلا تعتدوها، وفرض أشياء فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم، غير نسيان، فلا تبحثوا عنها»[1].

والخطاب فى قوله: «فلا تبحثوا عنها» للصحابة فى زمن نزول الوحى، حتى لايترتب على بحثهم وتقعرهم تشديد بزيادة التكاليف، من إيجاب واجبات، أو تحريم محرمات، ولهذا قال فى الحديث الآخر: «ذرونى ما تركتكم»[2].

---

(١) رواه الدار قطنى وحسنه النووى فى الأربعين، وحسنه قبله أبو بكر السمعانى فى أماليه وفى إسناده مقال بينه ابن رجب فى جامع العلوم والحكم.

(٢) رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجة عن أبى هريرة.

وجاء فى القرآن الكريم: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤكُمْ، وَإِنْ تَسْأَلُواْ عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ، عَفَا اللهُ عَنْهَا، واللهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [المائدة: ١٠١].

وإنما سميناها «منطقة العفو» أخذاً من الحديث الشريف الذى رواه سلمان: «ما أحل الله فى كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً»[1] ثم تلا: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤].

وهذا كله يدلنا على أن تقليل التكاليف، وتوسيع منطقة العفو، لم يجيء اعتباطا ولا مصادفة، وإنما هو أمر مقصود للشارع، الذى أراد لهذه الشريعة العموم والخلود والصلاحية لكل زمان، ومكان، وحال.

أدلة التشريع فيما لانص فيه:

أما ملء هذه المنطقة- منطقة العفو- بالتشريع والتنظيم بعد انقطاع الوحى، فهو أمر متروك لاجتهاد المجتهدين، لم يضيق عليهم فيه، ماداموا أهلا للاجتهاد.

---

(١) رواه البزار ورجاله ثقات كما قال الهيثمى فى مجمع الزوائد (٧/ ٥٥) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٣٧٥) وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبى.

وهنا تتعدد المسالك، وتتنوع المأخذ من الفقهاء فى ملء هذا الفراغ، دون أن تضيق الشريعة ذرعا بواحد منها، مادام قد وضع فى موضعه، واستوفى شروطه:

١ - القياس

وهنا يأتى دور «القياس» فى الاجتهاد الإسلامى، وهو «إلحاق أمر لم ينص على حكمه بآخر قد نص عليه، لعلة جامعة بينهما، ولم يوجد فارق معتبر بين الأمرين».

كالذى فعله الفاروق «عمر» حين أخبره بعض ولاته أن بعض الناس يقتنى من الخيل ما يبلغ ثمن الفرس منها قيمة عشرات الإبل، ومئات الأغنام، فقال: أنأخذ الزكاة من أربعين شاة، ولا نأخذ من الخيل شيئاً؟! وأمر بأخذ الزكاة منها من باب قياس الأولى، وهو ما أخذ به الإمام أبو حنيفة.

ومثل ذلك قياس جماعة من الأئمة «غالب قوت البلد» فى صدقة الفطر على ما جاء به الحديث من التمر والزبيب والشعير والأقط.

ومن ذلك قياس المحصنين من الرجال على المحصنات من النساء فى حدّ القذف المذكور فى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً. . .﴾ [النور: ٤]

وقياس الكتابيات على المؤمنات فى قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ، فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وقياس الإجارة على البيع فى قوله تعالى: ﴿فاسْعَوْاْ إِلَى ذِكْرِ اللهِ وَذَرُواْ الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]

وقوله ﷺ: «لايبع أحدكم على بيع أخيه»(١).

وقياس الاغتسال والأدهان والاكتحال وغيرها من وجوه الانتفاع بالآنية على الأكل والشرب المحرَّمين فى قوله ﷺ: «لا تأكلوا فى آنية الذهب والفضة، ولاتشربوا فى صحافهما»(٢) وقوله: «الذى يشرب فى آنية الذهب والفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم»(٣).

قال الإمام المزنى صاحب الشافعى: «الفقهاء من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا، وهلم جرا، استعملوا المقاييس فى الفقه فى جميع الأحكام فى أمر دينهم. قال: وأجمعوا أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس لأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها»(٤).

---

(١) متفق عليه.

(٢) رواه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى.

(٣) رواه مسلم وهو فى صحيحه «الذى يشرب فى إناء الفضة إنما... الخ».

(٤) انظر: إعلام الموقعين جـ١ ص ٢٠٥ ومابعدها.

وقد أخذ بالقياس الأئمة الأربعة وجمهور الأمة، وتركوا لنا بحوثا ضافية فى حقيقته وأركانه وشروطه وحدود استعماله، يجدها الباحث فى كتب الأصول، على اختلاف مذاهبها وطرائق تناولها[1].

٢- الاستحسان

وقد يؤدى اطراد القياس أحيانا إلى نتائج تأباها مقاصد الشريعة ويسرها واعتدالها، فيدع المجتهد القياس مطلقا، أو يدع القياس الجلى إلى قياس خفى أو يدع الحكم الكلى فيستثنى منه أمرا جزئيا، لدفع مفسدة، أو تحقيق معدلة، فهذا ما يسمى «الاستحسان». ويروى عن مالك أنه قال: «تسعة أعشار العلم الاستحسان» وقال تلميذه أصبغ: «إن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم».

وقالوا عن أبى حنيفة: «إنه إذا قبح القياس استحسن» وكان إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال: استحسن، لم يلحق به أحد.

فالاستحسان ليس معناه الأخذ بمجرد التشهى والهوى، دون

---

(١) لعل أعدل ما كتب عن القياس بين نفاته والمتوسعين فيه هو بحث المحقق ابن القيم فى «إعلامه» جـ١ص١٣٠-١٤٠، جـ٢ ص١-١٥٦ ط السعادة، بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد.

الاستناد إلى أصل، وإنما معناه ما ذكرنا من تقديم مصلحة جزئية معتبرة على قياس كلى، أو تقديم قياس خفيت علته، ولكنها قوية التأثير على قياس ظاهر العلة، ولكنها ضعيفة التأثير. أو تخصيص عموم بدليل معتبر، أو نحو ذلك.

وفى هذا يقول الإمام الشاطبى المالكى:

«الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرد، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، والاستثناء من القياس بأى دليل كان».

وليس فى أى تعريف من تعريفات الاستحسان- على كثرتها- مايفيد أنه بمجرد التشهى دون الاعتماد على دليل.

وقد ذكر الإمام «الشوكانى» جملة من هذه التعريفات فقال: «اختلف فى حقيقته فقيل: هو دليل ينقدح فى نفس المجتهد، ويعسر عليه التعبير عنه.. وقيل: هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى، وقيل: هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس، وقيل: هو تخصيص قياس بأقوى منه[1]، وقيل: هو استعمال مصلحة جزئية فى مقابل قياس كلى»[2].

---

(١) إرشاد الفحول: ٢٢٣ ط السعادة.

(٢) نفسه ص ٢٢٤ وهو ما استظهره ابن الأنبارى من مذهب مالك فى القول بالاستحسان مع ما ذكر.

وفى هذه التعريفات كلها لانرى أثرا للحكم بالتشهى أو الهوى أو الرأى المجرد، بل لابد من دليل شرعى خاص، ويستند إليه المجتهد فى عدوله بحكم المسألة عن نظائرها، أو عن مقتضى الدليل الكلى.

ولهذا قسموا الاستحسان باعتبار سنده فقالوا:

منه ما سنده العرف مثل عقد «الاستصناع» مع أنه عقد على معدوم صح استحسانا، لأن العرف جرى به من غير نكير، وكذلك وقف المنقول الذى لم يرد بوقفه نص، ولكن تعورف وقفه مثل وقف الكتب ونحوها.

ومنه ما سنده الضرورة كالعفو عن رشاش البول. واغتفار الغبنْ اليسير، وطهارة الآبار ونحوها؛ ومنه ما سنده المصلحة كتضمين الأجير المشترك إذا هلك المال فى يده.

ومنه ماسنده رفع الحرج، كالغبن اليسير فى المعاملات[1].

ومن أمثلة الاستحسان مايعرف بـ«المسألة المشتركة» فى الميراث أو المسألة الحمارية، وهى ما إذا ماتت المرأة وتركت زوجا وأما، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء أى لأب وأم معا، فالقياس هنا يوجب

(١) مصادر التشريع فيما لانص فيه للشيخ خلاف: ص٧٠ نشر دار القلم- الكويت.

أن يكون للزوج النصف، وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث، أما الإخوة الأشقاء فلا يأخذون شيئاً، لأنهم عصبة يأخذون مابقى بعد أصحاب الفروض وهنا لم يبق لهم شيء.

وقد عرضت قضية كهذه على عمر -رضى الله عنه- فلم يجعل للأشقاء شيئاً فى التركة، فقال له بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان «حمارا» ألسنا من أم واحدة؟ فرجع عمر عن قسمته الأولى وشرك بينهم بالسوية، ويقال: إن بعض الصحابة قال له:

هب أن أباهم كان حمارا، فما زادهم ذلك إلا قربا، فلهذا سميت «المشتركة» أو «الحمارية».

هذا ما جاء عن عمر وعثمان، وزيد بن ثابت. وخالفهم على، وابن مسعود، وابن عباس، -رضى الله عنهم- قال العنبرى: القياس ما قال على والاستحسان ما قال عمر.

قال الخبرى: وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة[1].

وبذلك سن عمر سنة الاستحسان، الذى يقيم العدل، ويدفع الحرج، كما قال الشيخ أبو زهرة[2].

ومن صور الاستحسان: إباحة الاطلاع على العورات للعلاج الطبى، استثناء من القاعدة العامة فى تحريم رؤيتها، وذلك

---

(١) انظر: المعنى لابن قدامة جـ٦ ص٢٣٨- ٢٣٩ ط الإمام.

(٢) مالك لأبى زهرة: ص ٣٧٨.

للحاجة إلى دفع ضرر المرضى.

ومنها عدم اعتبار ربا الفضل فى المقادير القليلة لتفاهتها، فأجيز التفاضل القليل فى المماطلة الكثيرة.

ومنها الإفتاء بقبول الشاهد غير العدل، فى بلد لايوجد به عدول[1].

ومنها دخول الحمام من غير تقدير أجرة، ولامّدة اللبث ولاتقدير الماء المستعمل، وإن كان الأصل فى هذا المنع.

وجوز مالك استئجار الأجير بطعامه وإن كان لا ينضبط مقدار أكله، ليسارة أمره وخفة خطبه وعدم المشاحة فيه، وأباح يسير الغرر فى الأجل دون الثمن، لأن العرف جار بالمسامحة فى الأجل والمضايقة فى الثمن، فقد يسامح البائع فى التفاضى عن الأيام ولايسامح فى مقدار الثمن على حال[2].

٣- الاستصلاح

ويأتى هنا كذلك دور «الاستصلاح» وهو كما قال المرحوم عبد الوهاب خلاف أخصب الطرق التشريعية فيما لانص فيه. وفيه

---

(١) المرجع نفسه: ص٣٨٦.

(٢) انظر: الاعتصام للشاطبى جـ٢ ص١٤٣ ط مطابع شركة الإعلانات الشرقية- القاهرة.

المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس؛ وتحقيق مصالحهم وحاجتهم[1].

ومعنى الاستصلاح هو: الاستدلال «المصلحة المرسلة» وهى التى لم يدل دليل خاص من نصوص الشرع على اعتبارها أو إلغائها.

وإنما قام الدليل العام على أن الشرع يراعى مصالح الخلق، ويقصد إليها فى كل ما شرع من أحكام كما يقصد رفع الضرر والفساد عنهم ماديا كان أو معنويا، واقعا أو متوقعا.

وجمهور فقهاء المسلمين يعتبرون المصلحة دليلا شرعيا يبنى عليها التشريع أو الفتوى أو القضاء، ومن قرأ كتب الفقه وجد مئات الأمثلة من الأحكام التى لم تعلل إلا بمطلق مصلحة تجلب، أو ضرر يدفع.

وكان الصحابة، وهم أفقه الناس لهذه الشريعة، أكثر الناس استعمالا للمصلحة واستنادا إليها، فهذه المصلحة هى التى جعلت «أبا بكر» يجمع الصحف المفرقة، التى كان القرآن مدونا فيها من قبل فى مصحف واحد، وهو أمر لم يفعله النبى ﷺ، ولهذا

---

(١) وهذه- كما يقول الإمام القرافى فى الفروق جـ٢ ص١٠٧- أدنى رتب المصالح، بخلاف المصلحة التى شهدت لها أصول الشرع بالاعتبار، فهى أعلى وأقوى. ولذا لم يختلف فيها.

توقف فيه أول الأمر، ثم أقدم عليه بنصيحة عمر، لما رأى فيه من خير ومصلحة للإسلام.

وجعلته يستخلف «عمر» قبل موته مع أن الرسول ﷺ لم يفعل ذلك.

وهى التى وجهت عمر إلى وضع الخراج وتدوين الدواوين، وتمصير الأمصار، واتخاذ السجون، والتعزير بعقوبات شتى، مثل إراقة اللبن المغشوش، ومشاطرة الولاة أموالهم إذا تاجروا أثناء ولايتهم.

وهى التى جعلت عثمان يجمع المسلمين على مصحف واحد. ينشره فى الآفاق ويحرق ما عداه، ويقضي بميراث زوجة من طلقها زوجها فى مرض الموت فرارا من إرثها.

وهى التى جعلت عليا يأمر «أبا الأسود الدؤلى» بوضع مبادىء علم النحو، ويضمن الصناع مايكون بأيديهم من أموال، إذا لم يقدموا بينة على أن ماهلك إنما هلك بغير سبب منهم قائلاً: «لا يصلح الناس إلا ذاك»[1].

وهى التى استند إليها معاذ بن جبل فى أخذ الثياب اليمنية بدل (العين) من زكاة الحبوب والثمار قائلاً: إيتونى بخميس أولبيس (منسوجات محلية) آخذه منكم مكان الذرة والشعير، فإنه أهون

---

(١) انظر: تنقيح الفصول وشرحه للقرافى ص١٩٨- ١٩٩ ومصادر التشريع فيما لانص فيه لخلاف ص ٨٥-٨٨.

عليكم وأنفع للفقراء بالمدينة[1].

واستند إليها معاوية فى أخذه مدّين (أى نصف صاع) من القمح فى زكاة الفطر فى مقابل صاع من التمر، وأقره الصحابة الذين كانوا فى زمنه ماعدا أبا سعيد الخدرى- رضى الله عنهم-[2].

وهى التى جعلت مَن بعد الراشدين يتخذون البريد، ويعربون الدواوين، ويضربون النقود، إلى غير ذلك من أعمال الدولة، دون أن يعترض عليه أحد من علماء الأمة.

وهى التى جعلت الإمام أبا حنيفة يوجب الحجر على المفتى الماجن، والطبيب الجاهل، والمكارى (المقاول ونحوه)، مع أن مذهبه- رضى الله عنه- عدم الحجر على العاقل البالغ وإن كان سفيها، احتراما لآدميته.

ولكن حجر على هؤلاء منعا لضرر الجماهير من الناس[3].

وهى التى جعلت كثيرا من المالكية وغيرهم يفتون بشرعية فرض الضرائب على القادرين إذا اقتضى ذلك الدفاع عن الحوزة ولم يكن فى بيت المال مايكفى[4].

---

(١) انظر كتابنا: فقه الزكاة جـ٢ ص٨٠٣.

(٢) نفسه ٩٣٢ ومابعدها.

(٣) قالوا: لعموم ضرر الأول فى الأديان، والثانى فى الأبدان، والثالث فى الأموال. انظر الاختيار جـ٤ ص٩٦.

(٤) فقه الزكاة: جـ٢ ص٩٨٦ -٩٨٧.

وجعلت جمهور الفقهاء يقولون بجواز قتل المسلم إذا تترس به الكفار، ولم يكن من قتالهم بد[1].

وأجاز فقهاء الحنفية، والشافعية، وجماعة من المالكية وبعض الحنابلة شق بطن الأم بعد موتها لإخراج الجنين، إذا غلب على الظن أنه سيخرج حيا، برغم حرمة الميت المرعية شرعا، بل أوجب بعض الفقهاء ذلك، لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت، وشبهة صاحب «المهذب» من الشافعية بما لو وقعت مجاعة واضطر إلى أكل جزء من الميت[2]، وذلك لأن حق الحي مقدم على حق الميت عند التعارض، ومصلحة إنقاذ حياة الجنين تفوق مفسدة انتهاك حرمة أمه، فيرتكب أخف الضررين، ويفوق أدنى المصلحتين[3].

استدلال المذاهب الأربعة بالمصلحة المرسلة:

ومن الفقهاء من أنكر اعتبار «الاستصلاح» أصلا مستقلا يحتج

---

(١) انظر: المستصفى جـ١ ص٢٩٤-٢٩٥ والاختيار لتعليل المختار جـ٤ ص١١٩ جـ١ حلب، ومطالب أولى النهى جـ٢ ص٥١٨-٥١٩.

(٢) انظر: المهذب وشرحه «المجموع» جـ٥ ص٣٠١-٣٠٢ وحاشية الصاوى جـ١ ص٢٠٥.

(٣) أما عند الحنابلة فالمذهب عندهم تحريم شق البطن من أجل الحمل، لما فيه من هتك حرمة متيقنة، لإبقاء حياة موهومة. قالوا: إذ الغالب والظاهر أن الولد لايعيش واحتج أحمد بحديث: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحى» رواه أبو داود ويجاب=

به، ويستند إليه فى الفتوى والقضاء والتشريع، كالنص والإجماع والقياس، وذلك مثل الإمام الغزالى، الذى اعتبر الاستصلاح من «الأصول الموهومة» على حد تعبيره.

ومع هذا ذكر عددا من المسائل والقضايا مال فيها- أو فى أكثرها- إلى القول بالمصالح، وكان المفهوم بعدها أن يلحق هذا بالأصول الصحيحة ليصير أصلا خاصا برأسه.

وقد اعترض بذلك على نفسه ثم أجاب بقوله:

«من ظن أنه أصل بنفسه فقد أخطأ، لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع، فكل مصلحة لاترجع إلى حفظ مقصود، فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكات من المصالح الغريبة، التى لاتلائم تصرفات الشرع، فهى باطلة مطرحة ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى، علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا من هذه الأصول، ولكنه لايسمى قياسا، بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين، وكون هذه

عنه بأن هذا فى غير حالة الضرورة والمصلحة، على أن شق البطن ليس فيه كسر عظم. واختيار بعض علماء المذهب جواز الشق إذا كان بالجنين حركة تظن بها حياته بعد شق البطن فالحياة هنا مرجوة لا موهومة.

المعانى مقصودة عرفت لابدليل واحد، بل بأدلة كثيرة لاحصر لها، من الكتاب والسنة، وقرائن الأحوال، وتفاريق الإمارات، تسمى بذلك «مصلحة مرسلة».

قال: «وإذ فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف فيها، بل يجب القطع بكونها حجة.

وحيث ذكرنا خلافا، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، عند ذلك يجب ترجيح الأقوى»[1].

وقد شاع أن الاستدلال بالمصلحة المرسلة خاص بمذهب المالكية، ولكن الإمام شهاب الدين القرافى المالكى (ت ٦٨٤هـ) يقول- ردا على من نقلوا اختصاصها بالمالكية:

«وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لايطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذى جمعوا أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهى حينئذ فى جميع المذاهب»[2].

وهذا هو التحقيق، فالذى يطالع كتب المذاهب الأخرى يجد فيها عشرات ومئات من المسائل إنما يعللونها بتعليلات مصلحية، وإن كان الحنفية والحنابلة أكثر من الشافعية فى ذلك.

---

(١) المستصفى: جـ١ ص٣١، ص٣١١.

(٢) شرح تنقيح الفصول: ص ١٧١.

ويذكر القرافى: أن إمام الحرمين- عبد الملك بن عبد الله الجوينى ٤٧٨هـ- قرر فى كتابه المسمى بـ«الغياثى» أمورا وجوزها وأفتى بها- والمالكية بعيدون عنها- وجسر عليها، وقالها للمصلحة المطلقة، وكذلك الغزالى فى «شفاء الغليل» مع أن الاثنين شديدا الإنكار علينا- يعنى المالكية- فى المصلحة المرسلة[١].

وإمام الحرمين والغزالى شافعيان.

ولكن الغزالى فى «المستصفى» ضيق فى الأخذ بالمصلحة المرسلة، واشترط لها شروطا صعبة التحقيق وهى:

١- أن تكون ضرورية: أى من الضروريات الخمس المعروفة، فإذا كانت فى مرتبة الحاجيات أو التتمات والتحسينات لاتعتبر.

٢- أن تكون كلية: أى تعم جميع المسلمين، بخلاف مالو كانت لبعض الناس دون بعض أو فى حالة مخصوصة.

٣- أن تكون قطعية أو قريبا من القطعية[٢].

قال القرطبى: «هى بهذه القيود لاينبغى أن يختلف فى اعتبارها، وأما ابن المنير فعد ذلك تحكما من قائله»[٣].

والذى يظهر من عمل الصحابة- رضى الله عنهم- أنهم لم

---

(١) المصدر نفسه ص١٩٩.
(٢) المستصفى: جـ١.
(٣) إرشاد الفحول: ص٢٢٦.

يكونوا يلتزمـون هذه الشروط كلها، وإنما يراعـون المصلحة، وإن كانت جزئية أو حاجية أو ظنية.

فـ«عمـر» يحكم بطلاق امرأة المفـقود بعد مـضى أربع سنوات -إما من حين فـقده، أو من حين رفع أمرها إلى القضـاء -رعاية لمصلحة الزوجة، ورفعا للضرر عنها، وإن لم يثبت موت زوجها، وهى مصلحة جزئية وحاجـية وظنية، وقد وافق «عمر» على ذلك عثمان وعلى وابن عمر وابن عباس وجماعة من التابعين[1].

ويقضى عمر على محمد بن مـسلمة الأنصارى بالسماح لجاره -«الضحـاك بن قيس» أن يسوق نهرا فى أرض ابن مـسلمة. لأن النهر ينفع جاره، ولايضـر محمدا، وقد كان محـمد بن مسلمة. منع جاره من ذلك، فقال له جـاره: أنت تمنعنى. هو لك منفعة؟ تسقى منه أولا وآخرا، ولايضـرك، ولما اختصما إلى «عـمر» قال لمحمد: «تمنع أخاك ما ينفعه ولايضرك؟! فأصر محمد على المنع، فقال عمر: والله ليمـرن به ولو على بطنك! ثم أمر عمر الضحاك أن يمر بنهره فى أرض محمد ففعل[2].

والأمثلة كثيرة على هذا الاتجاه من عمل الصحابة الراشدين.

---

(١) انظر: المحلى جـ١٠ ص١٦٤-١٧٥ ط الإمام مسألة رقم ١٩٤١.

(٢) بداية المجتـهد: جـ٢ ص ٣١٠ مطبعـة المعاهد-نقلا عـن «المدخل إلى علم أصول الفقه» للدكتور الدواليبى.

ولهذا لم يشترط الإمام الشاطبى ما اشترطه الإمام الغزالى، وإنما اعتبر أموراً ثلاثة يجب مراعاتها عند الأخذ بالمصلحة وهى:

١- أن تكون معقولة فى ذاتها، بحيث إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول، فلا مدخل لها فى الأمور التعبدية، فإن الأصل فيها أن تؤخذ بالتسليم.

٢- أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع فى الجملة، بحيث لاتنافى أصلا من أصوله، ولا دليلا من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التى قصد الشرع إلى تحصيلها، بأن تكون من جنسها أو قريبة منها، ليست غريبة عنها، وإن لم يشهد دليل خاص باعتبارها.

٣- أن ترجع إلى حفظ أمر ضرورى، أو رفع حرج لازم فى الدين.

فأما مرجعها إلى حفظ الضرورى، فهو من باب مالايتم الواجب إلا به. فهى إذن من الوسائل لا المقاصد.

وأما رجوعها إلى رفع حرج لازم: فهو إما لاحق بالضرورى، وإما من الحاجى، الذى مرده إلى التخفيف والتيسير[1].

---

(١) انظر: الاعتصام للشاطبى جـ٢ ص١٢٩- ص١٣٥ «وعلم أصول الفقه» للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص٨٤-٨٨ ط الدار الكويتية «ومالك» للشيخ أبو زهرة ص٣٩١، ص٤٣١.

وليس من اللازم إذن ما اشترط الإمام الغزالى أن تكون المصلحة من الضروريات، فقد تكون مصلحة حاجية، مما ييسر على الناس، ويرفع عنهم العنت والحرج.

وليس من اللازم أن تكون كلية عامة، فرعاية مصالح الأفراد، والفئات المختلفة، أمر معتبر فى الشريعة.

وليس من اللازم أن تكون قطعية، فالعمل بالظن الراجح أمر معمول به فى الأحكام الفرعية، وناط به الشرع أمورا كثيرة.

والأمر المهم الذى ينبغى الالتفات إليه، والاحتياط فيه، أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية، فقد يخيل الهوى والشهوة، أو الوهم وسوء التصور، أو الإلف والعادة، لبعض الناس: أن عملا ما مصلحة، وهو فى حقيقته مفسدة، أو أن ضرره أكبر من نفعه، فكثيرا مايغفل الناس المصلحة العامة لأجل المنفعة الخاصة، أو يغفلون عن الضرر الآجل من أجل النفع العاجل، أو يغفلون الخسارة المعنوية من أجل الكسب المادى، أو يتغاضون عن المفاسد الكبيرة من أجل مصلحة صغيرة، فالاعتبارات الشخصية والوقتية والمحلية والمادية لها ضغطها وتأثيرها على تفكير البشر، لهذا يجب الاحتياط والتحرى عند النظر فى المصالح وتقويمها تقويما سليما عادلا[1].

(١) حاول الإمام الغزالى فى «المستصفى» أن يضع ضابطا شرعيا للمصلحة يتقيد به أهل الفتوى والقضاء والتقنين فقال:

قال الإمام ابن دقيق العيد: «لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح، ولكن الاسترسال فيها وتحقيقها يحتاج إلى نظر سديد»[1].

وينبغى أن نشير هنا إلى حقيقة هامة وهى: أن الأحكام المبنية على مصلحة معينة تظل معتبرة مابقيت هذه المصلحة، التى هى مناط الحكم وعلته، فإذا انتفت وجب أن يتغير الحكم تبعا لها، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

ومن أمثلة ذلك: العقوبات التعزيرية، والأحكام التى تقتضيها

= أما المصلحة فهى عبارة- فى الأصل- عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعنى به ذلك، لكنا نعنى بالمصلحة «المحافظة علي مقصود الشرع» ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، مالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة هو مصلحة، وكل مايفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعه مصلحة. وهذه الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات، فهى أقوى المراتب فى المصالح . (المستصفى جـ١/ ٢٨٦/ ٢٨٧) إلا أنه يؤخذ على هذا الضابط: أنه اقتصر على قسم واحد من المصالح، وهو الضرورى منها، وأهمل الحاجى والتحسينى، وكلاهما من المصالح التى يقصد الشرع إلى تحقيقها فى حياة الناس، فهو يريد بهم اليسر والتخفيف، ورفع الحرج، والهداية إلى أقوم المناهج فى الآداب والأخلاق والنظم والمعاملات، وهذا يدل على أن المصالح الحاجية والتكميلية مقصودة للشارع أيضاً.

فتعريف المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع صحيح، ولكن قصر مقصوده على حفظ الضروريات غير مسلّم.

(١) إرشاد الفحول: ص٢٢٦.

السياسة الشرعية الوقتية، التى رويت عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة ومن بعدهم، بل من ذلك بعض ما ورد عن النبى ﷺ نفسه.

وذلك مثل نهيه ﷺ عن كتابة الحديث فى أول الأمر، خشية اختلاطه بالقرآن، ومثل إلزام عمر الصحابة أن يقلوا الحديث عن رسول الله ﷺ لما اشتغلوا به عن القرآن، سياسة منه.

ومثل ذلك اختياره للناس الإفراد بالحج، ليعتمروا فى غير أشهر الحج، فلايزال البيت الحرام مقصودا.

فإن هذا وأمثاله- كما قال ابن القيم- «سياسة جزئية بحسب المصلحة تختلف باختلاف الأزمنة، فظنها من ظنها شرائع عامة لازمة للأمة إلى يوم القيامة، ولكل عذر وأجر، ومن اجتهد فى طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الأجر والأجرين»[1].

وبناء الأحكام على المصالح الزمنية والبيئية من أسباب تغيير الفتوى واختلافها باختلاف الأزمان والأماكن والأحوال كما سيجىء بعد.

٤- العرف

وفى هذه المنطقة- منطقة الفراغ من النصوص الملزمة- يتسع

---

(١) الطرق الحكمية: ص١٦-١٨.

المجال للأخذ بالعرف- ونعنى بالعرف: ما اعتاده الناس، وتواضعوا عليه، فى شئون حياتهم، حتى أنسوا به واطمأنوا إليه، وأصبح أمرا معروفا، سواء أكان عرفا قوليا، أم عمليا، عاما أم خاصا.

فالقولى: مثل تعارف الناس على أن السمك لايسمى لحما، وعلى إطلاق «الولد» على الذكر دون الأنثى، على خلاف اللغة.

والعملى: مثل تعارفهم على البيع بالمعاطاة، من غير صيغة إيجاب وقبول لفظية.

والعرف العام: ما يتعارف عليه كافة الناس على اختلاف طبقاتهم فى كافة البلاد والأقطار.

والخاص: ما يتعارف ويشيع فى بعض الأقطار أو بعض البلاد دون بعض، أو يختص ببعض الفئآت، كالعرف التجارى بين التجار، والعرف الزراعى بين الزراع... وهكذا.

وعندما جاء الإسلام كانت للعرب أعراف مختلفة، فأقر منها ما كان صالحا ويتلاءم مع مقاصده ومبادئه، ورفض ما ليس كذلك، وأدخل على بعض الأعراف تصحيحات وتعديلات، حتى تتمشى مع اتجاهه وأهدافه.

وقد ترك الشرع أشياء كثيرة لم يحددها تحديدا جامدا صارما،

بل تركها للعرف الصالح، يحكم فيها ويعين حدودها وتفاصيلها، كما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١].

فالعرف هو المحكم في تحديد النفقة للمرأة، والمتعة للمطلقة. ومثل ذلك تحديد معنى التفرق في حديث: «البيعان بالخيار مالم يتفرقا»[١] ومعنى الإحياء في حديث: «من أحيا أرضا ميتة فهي له»[٢] ومعنى «الحرز» في السرقة، ومعنى «القبض» في البيع والهبة ونحوهما، وذلك لأن الشارع ذكر حكمها ولم يبينه، فدل على أنه تركه لعرف الناس، كما قال ابن قدامة وغيره من الحنابلة[٣].

وقد نوه عامة الفقهاء بالعرف، وبنوا عليه كثيرا من الأحكام، واستشهدوا له بما جاء عن ابن مسعود -رضي الله عنه-: «ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن»[٤] وقد ظن بعضهم هذا النص حديثا مرفوعا، وإنما هو من كلام ابن مسعود.

---

(١) متفق عليه.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وحسنه.

(٣) انظر: المغني جـ٣ ص٥٠٥ والكافي جـ٢ ص٢٩، ٥٥ ومنار السبيل جـ٢ ص٣٨٧-٣٨٨.

(٤) رواه أحمد في كتاب «السنة» وليس في مسنده كما وهم بعضهم، وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد، كلهم عن ابن مسعود موقوفا. وروى مرفوعا عن أنس بإسناد ساقط. انظر كشف الخفاء ومزيل الإلباس حديث رقم ٢٢١٤.

ومن القواعد الفقهية المشهورة: «العادة محكمة»[1] ومن فروعها: «المعروف عرفا كالمشروط شرطاً» «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة».

وقال بعض الناظمين فى الفقه:

والعرف فى الشرع له اعتبار
لذا عليه الحكم قد يدار

ورعاية العرف فى هذه الحالة إنما هى نوع من رعاية المصلحة أيضاً إذ من مصلحة الناس أن يقروا على ما ألفوه وتعارفوه، واستقر عليه أمرهم على مر السنين والأجيال، فقد أصبح إلفهم واستقرارهم على عاداتهم حاجة من حاجاتهم الاجتماعية يعسر عليهم أن يتركوها، ويعنتهم أن يتخلوا عنها.

وقد جاء الدين بالتيسير، ورفع الحرج والعنت عن الأمة، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقال: ﴿هُوَ اجْتَبَاكُمْ، وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقال ﷺ: «إنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين»[2].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر «لابن نجيم» ص٤٦-٥٢.

(٢) متفق عليه عن أبى هريرة.

وإنما يعتبر العرف إذا لم يصادم نصا ثابتا أو إجماعا يقينيا، وكذلك إذا لم يكن من ورائه ضرر خالص أو راجح، فأما العرف المصادم للنصوص الذى يحل الحرام، أو يبطل الواجبات، أو يقر البدع فى دين الله، أو يشيع الفساد والضرر فى دنيا الناس، فلا اعتبار له، ولايجوز أن يراعى فى تقنين أو فتوى أو قضاء.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره مكانا، وزمانا[1].

فمن التغير المكانى: ما ذكر الشاطبى مثلا له: كشف الرأس. قال: «فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع، فهو لذوى المروءآت قبيح فى البلاد الشرقية، وغير قبيح فى البلاد المغربية، فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحا فى العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح»[2].

ومن التغير الزمانى: ما ذكره القرافى فى «الأحكام» عن مالك: «إذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول، فالقول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض».

وعلق القاضى إسماعيل- من فقهاء المالكية- على ذلك بقوله: «هذه كانت عادتهم بالمدينة: أن الرجل لايدخل بامرأته حتى

---

(١) علم أصول الفقه لخلاف ص٩١.

(٢) مالك لأبى زهرة ص٤٥١ وقد نقل ذلك عن الموافقات جـ٢ ص١٩٨.

تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العادات»[1].

وبناء على اعتبار العرف الخاص قال العلامة ابن نجيم الحنفى: «ينبغى أن يفتى بأن مايقع فى بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم، ويصير الخلو فى الحانوت حقا له، فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها، ولا إجارتها لغيره، ولو كانت وقفا»[2].

وناقشه بعض المحدثين: كيف ينبغى أن يفتى به، مع كونه مخالفا للقواعد الشرعية[3]؟.

(١) المصدر السابق ص٤٥٢.
(٢) الأشباه والنظائر: ص٥٢.
(٣) حاشية الأشباه.