

## الاستصلاح

الاستصلاح هو أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه وفيه التسع لمسيرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم . والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء لأن الأهواء كثيراً ما ترين الفسدة فترى مصلحة وكثيراً ما يفتربما ضرره أكبر من نفعه والبحوث التي نخصها بالبيان من بحوثه .

١ - تعريفه

٢ - مذاهب العلماء في الاحتجاج به .

٣ - أدلة كل مذهب .

٤ - شروط التشريع بالاستصلاح .

٥ - هل يراعى الاستصلاح حيث توجد أحكام بالنصوص .

١ - تعريفه : الاستصلاح في اللغة العربية طلب الإصلاح مثل الاستفسار

طلب التفسير وكما يقال في الحسيات استصلح بدنه أو مسكنه يقال في المنويات استصلح خلقه أو أدبه وفي القرآن الكريم « وبسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير . وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

أما الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين فهو تشريع الحكم في واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسله أي مطلقاً بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لإلغائها . وبعض الأصوليين كالحنبلي يسميه الاستصلاح وبعضهم يسميه العمل بالمصلحة المرسله .

وتوضيحا المراد من الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين أقول : إن جمهور علماء

المسلمين متفقون على أن الشارع الإسلامي ما شرع الأحكام لوقائع المكلفين وما أرشد إلى طرق توصل إلى التشريع فيما لانص فيه إلا لتحقيق مصالح الناس . وأن

مصالح الناس ترجع إلى حفظ ما هو ضروري لهم . وما هو حاجي . وما هو تحسيني فكل حكم شرعه الشارع فالقصد به مصلحة من هذه المصالح ، وقد دل على هذا استقراء الأحكام الشرعية في مختلف الأبواب وفروع التقنين ووفى هذا بما لا مزيد عليه الإمام الشاطبي في الموافقات وذكر أمثلة كثيرة لا يبقى منها مجال لريب وليستقيم التكليف بالأحكام وينضبط لم يربط الشارع أحكامه وجوداً وعندما بنفس المصالح المقصودة منها لأن هذه المصالح قد تكون خفية ، وقد تكون مرنة غير منضبطة ويختلف فيها المكلفون باختلاف أحوالهم بل ربطها بعلم ظاهرة منضبطة يكون ربط الحكم بها من شأنه أن يحقق المصلحة المقصودة فيه فلم يربط الحكم بنقل الملكية بين البائع والمشتري بتراضى المتبايعين ولأن هذا التراضى أمر نفسى خفى بل ربطه بأمر ظاهر هو مظنة هذا التراضى وهو صفة الإيجاب والقبول . ولم يربط استحقاق الشفعة بدفع الضرر عن الشريك أو الجار لأن هذا أمر مرن غير مضبوط بل ربطه بنفس الشركة أو الجوار وكل منهما أمر محدد مضبوط مظنة لتحقيق المصلحة .

فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ودل على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه لما في هذا الربط من تحقيق المصلحة فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة يحكم فيها بحكم الشارع في واقعة النص وهذا حكم بالقياس ومثاله قول الله تعالى « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » فعبارة النص تدل على أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض مسبب عن كونه أذى . فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال التزيف حال أذى مثل المحيض يجب اعتزال النساء فيه شرعاً قياساً على وجوب اعتزالهن في المحيض .

ومثاله قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسمعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » فعبارة النص تدل على أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة من يوم الجمعة لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله وعن الصلاة . فكل معاملة تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة كالإجارة والرهن حكمها حكم البيع مأمور بتركها « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة » .

ولا فرق بين أن يدل الشارع على اعتبار العلة بعينها لحكم بعينه أو يدل على اعتبار العلة بعينها لجنس الحكم أو يدل على اعتبار جنس العلة للحكم أو على اعتبار جنس العلة لجنس الحكم . في كل هذه الصور تكون العلة معتبرة من الشارع بأنهم وجوه الاعتبار أو بنوع من أنواع الاعتبار والتشريع في واقعه بناء على تحقق هذه العلة فيها هو تشريع بالقياس والمصلحة المقصودة بهذا القياس وتسمى المصلحة المعتبرة من الشارع . وإذا نص الشارع على حكم في واقعة لمصلحة استأثر بعلمها وبدا لبعض الناس حكم فيها منار لحكم الشارع لمصلحة توهموها ولأمر ظاهر تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نفعاً أو يدفع ضرراً فهذه المصلحة التي توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ولا يصح التشريع بناء عليها .

ومثاله قال تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فما يتوهم من المصلحة في التسوية بين الذكور والإناث في الإرث مصلحة ملغاة .

ومثاله قول الرسول لمن أفطر عامداً في رمضان اعتق رقبة فإن لم تجد فصم شهرين متتابعين فإن لم تجد فأطعم ستين مسكينا . فالفتى الذي أفتى الملك الذي أفطر عامداً في رمضان بأنه لا يكفر ذنبه إلا صوم شهرين متتابعين بناء على أن هذا هو الذي يشق على الملك ويردعه قد بنى فتواه على مراعاة مصلحة ملغاة لأن الشارع رتب ما به التكفير ترتيباً خاصاً لمصلحة يعلمها بلا تفريق بين ملك وغير ملك ، فالغناء هذا الترتيب والإزام المفطر بهذا الإلزام للمصلحة الذي توهمها الفتى هو مراعاة مصلحة ملغاة .

فالتشريع بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بأي نوع من أنواع الاعتبار تشريع سائغ وهو بالقياس ، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ومعارضة لمقاصد الشارع .

أما إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكماً لها . ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم ، أي أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً ؛ فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسله ، أما وجه أنه مصلحة فلأن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر

أو جاب نفع ، وأما وجه أنه مصلحة مرسلة أي مطلقة فلا أنه لا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

فالاستصلاح هو استنباط الحكم في واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لادليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها .

ومن أمثله الأحكام الكثيرة التي استنبطها الصحابة فيما جد لهم من الوقائع التي لم يجدوا فيها نصا ولم يتقدم لها نظير ، وبنوا استنباطهم فيها على مطلق المصلحة مثل جمعهم القرآن في مصحف واحد وجمعهم المسلمين عليه . وتدوين الدواوين وسك النقود واتخاذ السجون وتوظيف عمر الخراج على أرض السواد ، وتجديد عمان أذانا ثانيا لصلاة الجمعة لساكثر المسامون ولم يكف الأذان بين يدي الخطيب لإعلامهم . ومن أمثله في تقنيننا الحديث اشتراط الإشهاد الشرعي لصحة الوقف واشتراط سن معينة لمباشرة عقد الزواج ، ومنع سماع الدعوى في عدة وقائع بينها القانون إلا بوثائق رسمية .

٢ - مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصلاح : اتفقت كلمة علماء المسلمين على أنه لا مجال للقياس ولا للاستحسان ولا للاستصلاح في العبادات لأن أحكام العبادات أحكام تعبدية وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة الجزئية لكل حكم منها ، ومن أجل هذا لا مجال للاجتهاد بالرأى فيها ولا منفذ فيها لقياس أو استحسان أو استصلاح . ومثل العبادات الحدود والكفارات وفروض الإرث وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق وكل ما شرع محددًا مقدرًا واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به .

وأما ما عدا أحكام العبادات والمقدرات من أحكام المعاملات والتعزيرات وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام . فقد اختلف العلماء في الاستنباط فيها بالاستصلاح أو بمباراة أخرى بالعمل فيها بناء على مراعاة المصلحة المرسلة .

(١) فذهب مالك وأحمد ومن تابعهما إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع ، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها ولا على إلغائها مصلحة صالحة لأن يبني عليها الاستنباط .

(ب) وذهب الشافعي ومن تابعوه إلى أنه لا استنباط بالاستصلاح ومن استصلاح فقد شرع كمن استحسن والاستصلاح كالاستحسان متباينة للهوى .

(ج) وذهب الطوفي من علماء الحنابلة إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعي الأساسي في المعاملات ونحوها مما شرعت فيها الأحكام لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، وليس هو الدليل الشرعي الأساسي فيما لانص فيه فحسب بل هو الدليل الشرعي الأساسي وسبيل التشريع العام فيما لا نص فيه وفيما فيه نص وفي المعاملات والسياسات الدنيوية حيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله .

(د) أما الحنفية : فالشهور في بعض السكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ، ولا يمتبرونه دليلاً شرعياً ، وهذا فيه نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء المراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء المراق لا يأخذون بالاستصلاح . وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي في بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتاج إلا بالمصلحة . وهم في مقدمة العباسيين وعمادهم مراعاة المصلحة .

وثانيها : أنهم قالوا بالاستحسان ، وجملوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده المرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استناداً إلى المناسب المرسل ، وأخذنا بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان ويتكروا الاستصلاح . والذي أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح .

أدلة المحتجين بالاستصلاح : استندل المحتجون بالاستصلاح على حججته بـمدة أدلة :

أولها : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس أي لجلب النفع لهم ، أو دفع الضرر عنهم . فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي بنص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص ، أو إجماع ، يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة . وإذا لم يكن فيها حكم بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، يتوخى الحكم فيها بما يحقق

المصلحة . ويكون الحكم التوضيحي به المصلحة فيها حكماً شرعياً لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التي ما قصد بتشريعيها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتي دل استقراؤها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله .

وثانيها : أن الوقائع تحدث . والحوادث تتمجدد . والبيئات تتغير . والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللائحة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئية مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئية من قبل ، وقد يؤدي تغير أخلاق الناس وذهمهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح ، ضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد . وقصرت عن حاجتهم ، ولم تصلح لسائرة مختلف الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال ، مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس ، وخاتمة الشرائع السماوية كلها .

وثالثها : أن المصالح التي بنيت عليها أحكام الشريعة هي مصالح معقولة ، أي أن العقل يدرك حسن ما طالب به الشرع ويدرك قببح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه ، وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره ، فإذا حدثت واقعة لا حكم للشارع فيها ، وبني المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع فيها أو ضرر كان حكمه على أساس صحيح معتبر من الشارع . ولذلك لم يفتح باب الاستصلاح إلا في المعاملات ونحوها مما تعقل معاني أحكامها ، وأما العبادات ونحوها مما لا تعقل معاني أحكامها ، فلا تشريع فيها بالاستصلاح .

ورابعها : أن أصحاب رسول الله لما طرأت لهم بعد وفاته حوادث وجدت لهم طوارئ شرعية لها ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة ، وما وقفوا عن التشريع لأن المصلحة ما قام دليل من الشارع على اعتبارها ، بل اعتبروا أن ما يجلب النفع أو يدفع الضرر حسبما أدركته عقولهم هو المصلحة ، واعتبروه كافياً لأن يبنوا عليه التشريع والأحكام ، فأبو بكر جمع القرآن في مجموعة واحدة ، وحارب مانعي الزكاة ، ودرأ القصاص عن خالد بن الوليد . وعمر أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ووقف تنفيذ حد السرقة في عام الجماعة ، وقتل الجماعة في الواحد . وعثمان جدد أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة ، وورث زوجة المطلق الفار من إرث زوجته . ودون مصحفاً واحداً وجمع المسلمين عليه . وعلى حرق الرافضة .

وأصحاب هذا المذهب يتفقون في الأساس فقط وأصحاب مذهب التحسين والتقييد المقلدين الذين ذهبوا إلى أن ما حسنه العقل فهو الحسن وهو المطلوب لله أن يفعله المكلف ويثاب على فعله ويماقب على تركه . وما قبحه العقل فهو القبيح وهو المطلوب لله أن يتركه المكلف ويماقب على فعله ويثاب على الكف عنه . ويتفقون في الأساس أيضاً . وأصحاب مذهب المنفعة الذين ذهبوا إلى أن الخير ما جلب أكبر نفع لأكثر عدد ، والشر ما جلب الضرر . وإنما قلت إنهم يتفقون معهم في الأساس فقط ، لأن المحتجين بالاستصلاح لا يرون أن الحكم بالاستصلاح هو حكم العقل وإنما يرون أنه حكم الشرع اهتدى إليه العقل على ضوء أحكام الشارع ومبادئه العامة ومقاصده من التشريع .

وهذه أقوال أربعة من زعماء المحتجين بالاستصلاح أنقلها بنصوصها لتبين منها وجهات نظرهم .

قال العز بن عبد السلام<sup>(١)</sup> : إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل ؛ وذلك في معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن .

وانفق العقلاء ، وكذلك الشرائع على تحريم الدماء ، والأبضاع ، والأموال ، والأعراض ، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال .

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع ، وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمروفة بالضرورات والتجارب والظنون . ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجعها ومرجوحها فليمرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم لينت عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ، ولم يوقفهم على مصلحته

أو مفسدته ، والشريعة كلها مصالح ، أو تدرأ مفسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : « يا أيها الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجرد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزرعك عنه .

وقال أبو إسحاق<sup>(١)</sup> الشاطبي الفقيه المالكي : إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول في براءة الرسل : « رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى في الصيام : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ » وفي الصلاة : « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وفي القبلة : « فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ » وفي الجهاد : « أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا » وفي القصاص : « وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ » .

وقال محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم<sup>(٢)</sup> : « إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله أتم دلالة وأصدقها ، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون ، وهداه الذي به اهتدى المهتدون ، وشفأؤه التام الذي به دواء كل عليل ، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل ، وهي المعصمة للناس وقوام العالم ، فيها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا .

(١) توفي سنة ٧٩٠ هـ .

(٢) توفي سنة ٢٥١ هـ .

وقال القرافي ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسل أن الصحابة عجلوا أموراً لطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظر وولاية العهد من أبي بكر لعمر وترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين وعمل السكة للمسلمين وغير ذلك مما عملوه لطلق المصلحة .

أدلة من لا يحتاجون بالاستصلاح : الذين لا يحتاجون بالاستصلاح في التشريع فريقان : الأول نفاة القياس وهوؤلاء حجبتهم على إنكار الاستصلاح هي حجبتهم على إنكار القياس ، وهي أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا . ومأنص عليه في كتابه وعلى لسان رسوله كفييل بتحقيق مصالح الناس وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء . فهوؤلاء لا يقولون بهمل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ورون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

والفريق الثاني : جمهور من مثبتى القياس في مقدمتهم الإمام الشافعى وقد استدلوا على مذهبهم بمدة أدلة .

أولها : أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، فشرع لهم أحكاماً في كتابه وعلى لسان رسوله ، وأحكاماً هدى إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها ، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا في شىء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه ، أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأى طريق من طرق رده إليه ، وبهذا أكل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وأمن عليهم بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى » . ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لبينه ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار : « أيجسب الإنسان أن يترك سدى » .

وثانيها : أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها . فما لم يشرع الشارع له أحكاماً من مصالح الناس ، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع

عليه لأن الحكم إنما يكون شرعياً إذا شرعه الشارع أو بنى عليه ما اعتبره الشارع أساساً لبناء الحكم عليه والاستصلاح هو حكم مبنى على مصلحة لم يستبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعي .

وثالثها : أن المصلحة المرسله أي المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هي مترددة بين الاعتبار والإلغاء ، ومحملة لأن تلحق بالمعتبر أو بالمغنى . وفي هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والأغراض ، فقد يغلب على المرء هواه فيرى الفسدة مصلحة والمضرة منفعة . وقد تخفى على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام . فالإنسان مهما كمل لا يأمن من أن يغلب هواه عليه وأن يزين له السوء حسناً والعقل مهما نضج لا يأمن من أن تخفى عليه بعض وجوه النفع أو الضرر ، فالتشريع بناء على المصلحة المرسله عرضة للزلل وباب للتشريع بالهوى .

وهذا المذهب يتفق وأصحاب مذهب التحسين والتقييح الشرعيين الذين ذهبوا إلى أن الحسن هو ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه الشرع . وما حسنه الشرع هو المطلوب للشارع فاعله ، وما قبحه الشرع هو المطلوب للشارع الكف عنه وهو الذي يماقب فاعله . ويتفق ومذهب أصحاب القانون الذين ذهبوا إلى أن مقياس الخير والشر القانون ، فما أمر به القانون أو أباحه فهو الخير وما منعه القانون فهو الشر . وأنا أورد بعض أقوال زعماء هذا المذهب لتبين من أقوالهم وجهات نظرهم .

قال الإمام الشافعي : « لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب أو السنة . أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه . أو قياس على بعض هذا » فما أبطل به الاستحسان هو الذي أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعي لا يكون إلا عن نص أو إجماع أو قياس مبنى على علة اعتبرها الشارع لحكمه .

وقال الأمدى في كتابه الإحكام : المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها . والمرسل مترددة بين ذينك القسمين . وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى .

وقال الغزالي في كتابه المستصفى « هذا — أى القول بالمصالح — من الأصول الموهومة إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع . ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع فهي باطلة مطروحة ، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسّن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا عن هذه الأصول — ثم قال : ما معناه : إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف في اتباعها . ويجب القطع بكونها حجة لأنها في الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع . وإذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة التي لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها ولا لبناء تشريع عليها — وختم بحثه بقوله : وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلا خامساً برأسه بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسّن فقد شرع » .

الطوفى ، ومذهبه ، وأدلته : الطوفى هو سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد الطوفى الصرصرى البغدادى الحنبلى الملقب بنجم الدين . ولد بقرية طوفى من أعمال صرصر بالعراق فى سنة ٦٧٣ هـ ونشأ بها . ثم رحل إلى بغداد وتمتقف بعلمائها . ثم سافر إلى دمشق واجتمع فيها بابن تيمية ، ثم ذهب إلى مصر وقرأ على أبى حيان النحوى مختصره لكتاب سيبويه ، وقد عرف عنه التشيع ونقد بعض كبار الصحابة والتطرف فى بعض آرائه ، وقد ابتلى من أجل هذا بالتهزير والشهير والحبس ثم حج وأقام بمكة زمناً طويلاً ، وله مؤلفات عديدة فى الحديث والأصول ، وتوفى ببلدة الخليل فى سنة ٧١٦ هـ ودفن بها .

ومن مؤلفات الطوفى كتاب فى شرح الأربمين حديثاً النووية ، وقد أفاض فى شرح الحديث الثانى والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار<sup>(١)</sup> » فجاء رسالة فى رعاية المصالح المرسلة .

(١) نشرنا فى آخر هذا الكتاب نص هذه الرسالة منقحة محررة من أوثق مصادرنا ..

أما خلاصة ما ذهب إليه في مراعاة المصلحة المرسله فهي أنه قسم الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام العبادات والمقدرات التي لا مجال للعقل في فهم ممانها بالتفصيل . وهذه الممول عليه فيها نصوص القرآن والسنة وإجماع المجتهدين من الأمة . وأحكام المعاملات والسياسات الدنيوية التي للعقل مجال في فهم ممانها والمقصود بها . وهذه الممول عليه فيها هو المصلحة أي جلب النفع ورفع الضرر فإذا لم يكن للشارع حكم في وقائع منها حكماً فيها بما يحقق المصلحة . وإذا كان للشارع حكم في وقائع منها واتفق حكم نص الشارع والمصلحة التي تدركها عقولنا نفذنا النص ، وإذا كان حكم نص الشارع أو الإجماع لا يتفق والمصلحة التي تدركها عقولنا ولم يمكن الجمع بينهما فالممول عليه هو المصلحة ، وهذه بعض عباراته أنقلها بنصوصها ليتبين منها مذهبه ووجهة نظره :

قال : « واعلم أن هذه الطريقة التي قررناها مستفيدة لها من الحديث المذكور — لا ضرر ولا ضرار — ليست هي القول بالمصالح المرسله على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك . وهي التمويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات . وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وبقى الأحكام ، وإنما اعتبرنا المصلحة في المعاملات دون العبادات وشبهها لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته فيأتي به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يمد مطيماً خادماً له إلا إذا امتثل ما رسم سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هاهنا ، ولهذا لما تقيدت الفلاسفة بقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عز وجل وضلوا وأضلوا . وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضمت لمصالحهم ، وكانت هي المعتبرة ، وعلى تخصيصها الممول » .

وقال : « المصلحة وبقى الأدلة إما أن تتفقا ، أو تختلفا . فإن اتفقا فيها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام السكوية الخمسة وهي : قتل القاتل والمرتد . وقطع يد السارق . وحد القاذف والشارب . ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها الأدلة المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ، مثل أن تحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه

لا يخل بالمصلحة ولا يفضى إلى التلاعب بالأدلة أو بمضها . وإن تمذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار . وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المسكفين بإثبات الأحكام ، وباقي الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هي :

أولاً ما ورد عن الشارع من نصوصه وتعليقات أحكامه الدالة على أنه ما قصد من تشريعه الأحكام إلا تحقيق مصالح الناس مثل «ولكم في القصاص حياة» . ومثل « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وغير ذلك مما يدل على مقصود الشارع من تشريعه ، فإذا سكت عن حكم واقعة من وقائع مما ملات الناس . وحقوقهم بمضهم على بعض . ونظمهم السياسية الدنيوية ، فقد أحلهم على عقولهم يستنبطون بها في هذه الوقائع الأحكام التي تحقق مصالحهم وهي المقصودة للشارع من التشريع .

وهذا الدليل يتفق وما استدل به السالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسله فيما لانص على حكمه ولا إجماع .

وثانياً ما ورد في السنة الصحيحة من قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فهذا نص خاص قاطع في نفي كل ضرر وكل ضرار لأن النكرة في سياق النفي من صيغ العموم . فإذا دل نص على حكم وكان تطبيق حكم هذا النص في واقعة من الوقائع يستلزم ضرراً بأن كان يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة يخص النص بما عدا هذه الواقعة عملاً بحديث لا ضرر ولا ضرار كما هو الشأن في تمارض العام والخاص ، يعمل بالعام فيما عدا الخاص ، وعلى هذا لا يكون التمارض في التحقيق بين النص والمصلحة ، وإنما هو بين النص ونص لا ضرر ولا ضرار . ولا نكون أهملنا العمل بالنص مراعاة للعمل بالمصلحة ، وإنما خصصنا عموم النص أو قيدنا إطلاقه بنص الحديث لا ضرر ولا ضرار . وكان الشارع لما شرع أحكامه في المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضرراً ، ودل على هذا التقييد بقوله لا ضرر ولا ضرار .

وثالثاً أن النصوص والإجماع وسائر الأدلة والأمارات الشرعية إنما هي وسائل لتحقيق مصالح الناس ، ورعاية المصلحة هي من أدلة الأحكام والأمارات عليها ؛ فإذا عملنا بالمصلحة في مقابلة ما دل عليه دليل من هذه الأدلة فنحن نعمل بدليل راجح في مقابلة دليل مرجوح ، لأن المصلحة هي المقصودة والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل . ولهذا نسخت بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبديل المصالح .

شروط المصلحة التي يبنى عليها التشريع : من يحتاجون بالمصلحة الرسالة لم يتركوها مطلقة عن كل قيد وشرط بل احتاطوا وشرطوا فيها شروطاً تحول دون اتخاذها ذريعة للأهواء والمظالم والعبث بالتشريع لأن اعتبار المصلحة أمر تقديري فما لم يحتط فيه كان سبيل الزلل .

الشرط الأول : أن يثبت بالبحث وإنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية . أي أن بناء الحكم عليها يجب نفعاً أو يدفع ضرراً لأنها بهذا تكون مصلحة متفقة في الجملة والمصالح التي قصدها الشارع ، وأما مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع وجوه الضرر . فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء التشريع عليها . فمن يتوهم المصلحة في سلب الزوج حق التطلق وحمل التطلق للقاضي . أو في منح الزوجة حق التطلق وجعلها مساوية للزوج فيه ، لا يصح له التشريع بناء على مجرد هذا التوهم بل لابد من البحث الدقيق والاستقراء والموازنة بين المنافع والمضار ، وكذا كل مصلحة يتجه الرأي إلى التشريع لتحقيقها .

الشرط الثاني : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ، أي ليست مصلحة شخصية أي أن بناء الحكم عليها يجب نفعاً لأكثر الناس ، أو يدفع ضرراً عن أكثرهم . وأما المصلحة التي هي نفع لأمر أو عظيم أو أي فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء التشريع عليها لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع ولو كانت فيها مضرة لفرد أو أفراد .

الشرط الثالث : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة لا يمارض التشريع

لها نصا ولا إجماعا . فلا تصح رعاية المصلحة في مساواة الابن بالبنت في الإرث . ولا في تعديل فروض أصحاب الفروض في الإرث ، ولا في تغيير أى حكم ثبت بالنص أو الإجماع لأن الحكم الذى ثبت بالنص أو الإجماع ما قصد به إلا المصلحة ، وهى مصلحة حقيقية عامة بتقدير الشارع أو بتقدير المجتهدين متفقين . فالمصلحة التى تمارض هذا الحكم يغاب أن تسكون وهمية ، ولا يعدل عن مصلحة حقيقية بمصلحة وهمية .

موازنة — ومن الموازنة بين المذاهب الثلاثة فى الاستصلاح يتبين أن الذين لا يحتجون بالمصلحة المرسله إطلاقاً لا فيما لانص على حكمه ، ولا فيما ورد نص بحكمه قد سدوا بابا من أبواب اليسر ورفع الحرج فى التشريع ، وأظهروا الشريعة قاصرة عن مصالح الناس وعن مساندة التطورات ، ودعواهم أن الشريعة كفلت كل مصلحة فى أى زمن وأية بيئة إنما تسلم لهم إذا اعتبروا المصلحة سندا للتشريع وسلموا بأنه حيث توجد المصلحة فتم شرع الله ، وبهذا أكل الله للمسلمين دينهم لأنه شرع لهم أحكاما فى وقائع ، ومهد لهم عدة سبل للوصول إلى أحكام مالم يشرع فيه ، وجعل من هذه السبل أن يتوخوا مصالحهم حيث كانت — وأن الطوفى الذى يحتاج بالمصلحة المرسله إطلاقاً فيما لانص فيه . وفيما فيه نص ، قد فتح بابا للقضاء على النصوص . وجعل حكم النص أو الإجماع عرضة للنسخ بالرأى لأن اعتبار المصلحة ماهو إلا مجرد رأى وتقدير . وربما قدر العقل مصلحة ، وبالروية والبحث قدرها مفسدة . فتعريض النصوص للنسخ أحكامها بالآراء وتقدير العقول خطر على الشرائع الإلهية وعلى كل القوانين . ثم هو قد سلم أن المبادات والمقدرات لا مجال للاستصلاح فيها ، وسلم أن الأحكام السكينة التى شرعت لحفظ الضروريات والحاجيات لا مجال فيها أيضا للاستصلاح لأنها متفقة دائما والمصلحة . ولم يورد أى مثال لجزئية ورد نص بحكمها وعارض هذا الحكم المصلحة ليتبين مقياس المصلحة فى رأيه وعلى أى ضوء يقدرها .

وخير المذاهب الثلاثة مذهب من يحتجون بالاستصلاح فى الوقائع التى لا حكم فيها بنص ولا إجماع ، إذا كانت المصلحة التى قصدت بالتشريع لها قد ثبت بالبحث

أنها مصلحة حقيقية عامة لأنه متى ثبت ببصحة الجماعة التشريعية أنها مصلحة حقيقية عامة فهي مصلحة اعتبر الشارع مثلها أو جنسها ، والحكم الذي يحققها حكم شرعي لأنه مثل ما حكم به الشارع أو من جنسه .

رأى الغزالي : حجة الإسلام الغزالي من أتباع الشافعي في إنكار الاحتجاج بالاستصلاح . وقد قرآن من استحسنت فقد شرع ، ومن استصلاح فقد شرع ، ولكنه فرض أن المصلحة في بعض الحالات قد تعارض حكم النص أو الإجماع فوضع قانونا للترجيح عند تعارضهما وقال : إذا عارضت مصلحة حكما ثبت بالنص أو الإجماع فهذا في الحقيقة تعارض بين مصلحتين : مصلحة حكم النص أو الإجماع والمصلحة المعارضة ، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة بمرجعياتها المتبعة روعيت وعدل عن حكم النص أو الإجماع . ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة : أن تكون ضرورية ، وقطعية ، وكلية . ومثل لهذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسرى من المسلمين ، وعلم أن المسلمين يستأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين ، فإنه يباح لهم رمي المسلمين المترس بهم ، فهذه الإباحة تعارض حكما ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم ، ولكنها لمصلحة ضرورية هي حفظ حياة جميع المسلمين ، وقطعية لأننا قطعنا بأننا لو لم نرم من تترسوا بهم من المسلمين استؤصل المسلمون ؛ وكلية لأنها لا تملق بنبجاة فرد أو أفراد ، بخلاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمي المسلم المترس به للوصول إلى فتح القلعة ، لأن فتحها ليس ضروريا لحياة المسلمين ، وبخلاف ما لو خيف أو ظن أننا لو لم نرم الأسرى استؤصلنا ، لأن هذا الظن أو الخوف لا يجمل المصلحة القطعية ، وبخلاف ما لو زاد عدد راكبي سفينة عن حمولتها ولو لم يرم أحدهم غرقوا لا يباح هذا الرمي لأن المصلحة جزئية .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التي عارضت حكم النص روعيت وعدل عن حكم النص وكان اعتبارا لأرجح المصلحتين ، وفي الحقيقة ينبغي أن يكون هذا رأى العلماء جميعهم لا رأى الغزالي وحده ، لأن الحال التي توافرت فيها هذه الأمور الثلاثة هي حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وجميع الأحكام الشرعية إنما كلف بها المسكفون في حال الاختيار ، ومن المتفق عليه أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، والضرر الخاص يتحمل دفماً للضرر العام . ولهذا يقتل القاتل حفظاً لحياة الناس ، وتقطع يد السارق حفظاً لأموالهم وتضحي المصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة .

الخلاصة — والذي خلص لي من إتمام النظر في المذاهب في الاستصلاح ووجهات نظر المختلفين نتأج ثلاث :

أولها : أن الحكم الشرعي في ماملات الناس إذا ثبت بنص قطمي أو إجماع صريح لا يمدل عنه إلى حكم غيره إلا إذا قضت بهذا العدول ضرورة لأن مواضع الضرورات مستثناة بالنص فالعدول يكون عن حكم نص إلى حكم نص .

وثانيها : أن الواقعة من وقائع ماملات الناس التي لم يثبت فيها حكم بنص قطمي ولا إجماع صريح إذا أمكن الحكم فيها بالقياس على واقعة حكم فيها النص أو الإجماع يحكم فيها بمقتضى القياس ، وإذا لم يمكن الحكم فيها بمقتضى القياس يحكم فيها بما يحقق مصلحة الناس أي بما يدفع عنهم ضرراً أو يجلب لهم نفعاً .

وثالثها : أن تقدير الضرورة التي يمدل بها عن حكم النص في الحال الأولى وتقدير المصلحة التي يبنى عليها الحكم فيما لا نص فيه في الحالة الثانية يجب أن يكونا من اختصاص الجماعة التشريعية في الأمة المسكونة من العدول ذوي البصيرة النافذة بأحكام الشريعة ومصالح الدنيا ، ولا يوكل أمر واحد منهما إلى فرد أو أفراد ، فإن الهوى قد يغلب على العقل فيقدر السكالي ضرورياً ، ويقدر المتوهم قطعياً ، ويقدر المفسدة مصلحة ، والخوف من هذا هو الذي حمل بعض العلماء على إنكار طريق الاستصلاح سدا للذريعة إلى المفسد والظالم ، فإذا أمنا من هذا الخوف بوسائل الاحتياط فيمن يستصلحون فهو طريق الحق والسداد ومسيرة مصالح الناس .

## رسالة الطوفي في رعاية المصلحة

كتب نجم الدين الطوفي العالم الحنبلي المتوفى سنة ٧١٦ هـ شرحاً للأربعين حديثاً النووية ولما وصل إلى شرح الحديث الثاني بعد الثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» أسهب في شرحه وأفاض في بحث أصوله في أدلة الشرع على الأحكام ومنزلة رعاية المصلحة من هذه الأدلة وتحدث في هذا بما لم يسبق إليه فيما نعلم .

جرد الشيخ جمال الدين القاسمي أحد علماء دمشق شرح هذا الحديث وطبعه رسالة خاصة وأوضح في حواشيتها ما يحتاج إلى الإيضاح .

نشرت مجلة المنار في المجلد التاسع في الجزء العاشر الصادر في أكتوبر عام ١٩٠٦م هذه الرسالة بحواشيتها .

واختار الأستاذ مصطفى زيد المدرس بكلية دار العلوم — الطوفي ورأيه في رعاية المصلحة — موضوعاً لرسالته — وعنى بالتحقيق والاستيثاق من نص الرسالة فرجع إلى مخطوطتين بالخزانة التيمورية بدار الكتب المصرية لشرح الطوفي للأربعين النووية إحداهما برقم ٣٢٨ حديث وثانيتها برقم ٤٤٦ حديث ورجع إلى تجريدة الشيخ جمال الدين القاسمي . وإلى الجزء العاشر من المجلد التاسع من المنار ووازن وقابل بين هذه المصادر واستخلص رسالة الطوفي منقحة محررة وعنه ننشرها فيما يلي . وهي رسالة قيمة تقرر نظريات جريئة وفيها مواضع جديدة بالبحث والنظر ، والذي ينقصها هو الاستشهاد بجزئيات عملية على نظرياتها الكلية .

## الحديث الثاني والثلاثون<sup>(١)</sup>

عن أبي سعيد سمع بن مالك بن سنان الخدرى (رضى الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار». حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطنى وغيرهما مسنداً، ورواه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم برسلاً، فأسقط أبا سعيد. وله طرق يقوى بعضها ببعض. الكلام على إسناده، ولفظه، ومعناه:

### سند الحديث

أما إسناده، فالكلام عليه فى مواضع:

أحدهما: [الخدرى] بجاء معجمة مضمومة، بـ بعدها دال مهملة ساكنة، نسبة إلى قبيلة من الأنصار. وإنما ضبطت هذا اللفظ على ظهوره لأن بعض مشايخنا الفضلاء أخبرنى أنه تنازع هو وولده - وكان أيضاً فاضلاً - فى الخدرى، هل هو بـدال معجمة أو مهملة؟ وأنهما سألوا عن ذلك الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد رضى الله عنه، فأخبرهما أنها بـدال مهملة.

الموضع الثانى: فى [المسند والمرسل] وهما من ألقاب الحديث، فالمسند: المتصل الذى لم يحذف من إسناده أحد، والمرسل: ما حذف من إسناده الصحابى [عند المحدثين]، أو أى راو كان [عند الأصوليين<sup>(١)</sup>].

الموضع الثالث: أن الحديث اللين أو الضعيف من جهة الضبط قد يقوى

---

(\*) انظر الصفحة رقم ١٦٨ من المخطوطة رقم ٣٢٨ حديث تيمور، وهى التى رمزنا لـها بالحرف [أ]، والصفحة رقم ١٢٥ من المخطوطة رقم ٤٤٦ حديث تيمور، وهى التى رمزنا لـها بالحرف [ب] أما مطبوعة القاسمى فقد رمزنا لـها بالحرف [ح] وأما مطبوعة المنار فقد رمزنا لـها بالحرف [د].

(١) فى [ب]: عند الأولين.

بالشواهد المنفصلة حتى يبلغ درجة ما يجب العمل به ، كالجھول من الناس إذا وجد من كذا صار عدلاً تقبل شهادته وروايته .

ثم الشاهد قد يكون كتاباً مثل أن يضعف الحديث ، لكن يوافق ظاهر آية أو مجموعها فيقوى بهما ، ويتماضدان على صيرورتهما دليلاً .

وقد يكون سنة : إما عن راوى الحديث نفسه أو عن غيره ، وقد قيل في المثل : لا تخاصم بواحد أهل بيت . فضميفان يغلبان قويا !  
وقال الآخر :

إن القداح إذا اجتمعن فرامها بالكسر ذو حنق وبطش أيد  
عزت فلم تكسر ، وإن هي بددت فالكسر والتوهين<sup>(١)</sup> المتبدد

قلت : فكذلك الأسانيد اللينة ، إذا اجتمعت حصل منها إسناد قوى ، كما قال الشافعي رضي الله عنه في قلتين نجستين ضمت<sup>(٢)</sup> إحداهما إلى الأخرى : صارتا طاهرتين ، وله نظائر . فإذا هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه<sup>(٣)</sup> .

### لفظ الحديث

وأما لفظه فالضرر : مصدر ضره يضره ضراً وضرراً ، والضرار : مصدر ضارّه يضارّه ضراراً . وفي التنزيل « ولا تمسكوهن ضراراً » . والضرر : إلحاق مفسدة بالغير<sup>(٤)</sup> مطلقاً ، والضرار : إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة ، أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه . ويروى هذا الحديث : ولا إضرار بزيادة ألف<sup>(٥)</sup> ، وهو مصدر أضرّ به إضراراً إذا ألحق به ضرراً ، وهو في معنى الضرر .

وقوله « لا ضرر ولا ضرار » فيه حذف ، أصله لا لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ، ولا فعل ضرار مع أحد ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعاً إلا بموجب خاص ، مخصوص . أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا ينتفي . وأما استثناء لحوق

(١) في [ب] : والتوهين . (٢) في [ب] : جمعت . (٣) في [ب] : بوجوده .

(٤) هكذا أدخل (ال) على كلمة غير ، مع أن هذا لا يجوز .

(٥) هكذا ورد في [أ] ، [ب] ، مع أن المزيد هنا همزة لا ألف .

الضرر بموجب خاص — فلأن الحدود والمعقوبات ضرر لاحق بأهلها ، وهو مشروع بالإجماع ، وإنما كان ذلك لدليل خاص .

وإنما كان الضرر منتهياً<sup>(١)</sup> شرعاً فيما عدا ما استثنى . لأن الله عز وجل يقول : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر<sup>(٢)</sup> » ، « يريد الله أن يخفف عنكم<sup>(٣)</sup> » ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج<sup>(٤)</sup> » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج<sup>(٥)</sup> » وقال عليه السلام « الدين يسر » ، « بعثت بالحنيفة السمحة » : السهلة<sup>(٦)</sup> ، ونحو ذلك من النصوص المصرحة بوضع الدين على تحصيل النفع والمصلحة ، فلو لم يكن الضرر والضرار<sup>(٧)</sup> منتهياً شرعاً — لزم وقوع الخلف في الأخبار الشرعية المتقدم ذكرها ، وهو محال .

### معنى الحديث

وأما معناه فهو ما أشرنا إليه من نفي الضرر والمفاسد شرعاً ، وهو نفي عام إلا ما خصصه الدليل ، وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة ؛ لأننا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تضمن ضرراً — فإن نفيها بهذا الحديث كان عملاً بالدليلين ، وإن لم تنتف به كان تعطيلاً لأحدهما ، وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص في العمل بها أولى من تعطيل بعضها .

### أدلة الشرع

ثم نقول :<sup>(٨)</sup> إن أدلة الشرع تسعة عشر باباً بالاستقراء ، لا يوجد بين العلماء غيرها . أولها الكتاب ، وثانيها السنة ، وثالثها إجماع الأمة ، ورابعها إجماع أهل المدينة<sup>(٩)</sup> ،

(١) في [ أ ] منقياً ، وهذا الذى اخترته هو ما جاء في [ ب ] ، وهو أدق في نظرى .  
 (٢) ١٨٥ : البقرة (٣) ٣٨ : النساء (٤) ٦ : المائدة (٥) ٨٧ : الحج (٦) ذكرت هذه الصفة في ( أ ، ب ) ضمن الحديث ، كأنها إحدى كلماته .  
 (٧) في [ أ ] : الإضرار ، بدلا من الضرار . وقد ذكر قبل أنها رواية في الحديث .  
 (٨) بهذا الكلام عن أدلة الشرع تبدأ الرسالة التى جردها القاسمى من كلام الطوفى . وقد أورده هناك ( بعد البسملة ) بمباراة . أعلم أن أدلة الشرع ... الخ  
 (٩) في ( أ ، ب ) : إجماع المدينة . وقد زدت ( أهل ) تحشياً مع ما اضطلع عليه الأصوليون . وكذلك ورد في [ ج ، د ] .

وخاصتها القياس ، وسادسها قول الصحابي ، وسابعها المصلحة المرسله ، وثامنها الاستصحاب ، وتاسعها البراءة الأصلية ، وعاشرها الموائد<sup>(١)</sup> ، الحادي عشر الاستقراء ، الثاني عشر سد الذرائع ، الثالث عشر الاستدلال ، الرابع عشر الاستحسان ، الخامس عشر الأخذ بالأخف ، السادس عشر المصمة ، السابع عشر إجماع أهل الكوفة ، الثامن عشر إجماع المعترة<sup>(٢)</sup> ، التاسع عشر إجماع الخلفاء الأربعة . وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه . ومعرفة حدودها ، ورسومها ، والكشف عن حقائقها ، وتفاصيل أحكامها — مذكور في أصول الفقه .

ثم إن قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » يقتضى رعاية المصالح إثباتاً<sup>(٣)</sup> ، والمفاسد نفيًا ؛ إذ الضرر هو الفسدة ، فإذا نفاها<sup>(٤)</sup> الشرع لزم إثبات النفع الذى هو المصلحة ؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما .

### أقوى الأدلة

وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها ، فإن وافقاها فيها ونعمت ولا نزاع<sup>(٥)</sup> ؛ إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم ، وهى النص والإجماع ورعاية المصلحة الاستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » . وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لها ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان .

وتقرر ذلك أن النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضررا ولا مفسدة بالسكينة ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئا من ذلك فهما موافقان<sup>(٦)</sup> لرعاية المصلحة ،

(١) هكذا ذكر هذا الدليل فى [ ا ، ب ] ، أما فى [ ح ، د ] فقد ذكر بانظر (العادات) .

(٢) زادت [ ح ، د ] هنا : ( عند الشيعة ) وهى زيادة لا وجود لها فى [ ا ، ب ] .

(٣) فى [ ح ، د ] زيادة ( ونفيا ) هنا ، وهى زيادة على ما فى [ ا ، ب ] ، مفسدة للمعنى ؛ إذ المصالح إما تراعى اثباتا ، والمفاسد إما تراعى نفيا . وكلا لا يجوز أن تراعى هذه اثباتا لا يجوز أن تراعى المصالح نفيا .

(٤) هكذا فى جميع النسخ ، والذى يبدو لى أن تذكر الضمير على رجوعه للضرر أولى من تأنيثه على رجوعه للمفسدة ؛ إذ لفظ الضرر هو المننى فى الحديث ، وجواب (إذا) : لزم إثبات النفع .

(٥) فى [ ح ، د ] : ولا تنازع .

(٦) فى [ ح ، د ] : موقوفان ، وهو تحريف مفسد للمعنى .

وإن اقتضيا ضررا — فإما أن يكون [ أى الضرر ] مجموع مدلوليهما أو بضمه ، فإن كان مجموع مدلوليهما فلا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ، وذلك كالحُدود والعقوبات على الجنایات ، وإن كان الضرر بمض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ؛ جما بين الأدلة<sup>(١)</sup> .

ولعلك تقول إن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » — لا تقوى على معارضة الإجماع لتقضى عليه بطريق التخصيص والبيان لأن الإجماع دليل قاطع ، وليس كذلك رعاية المصلحة ؛ لأن الحديث الذى دل عليها واستفيدت منه ليس قاطما ، فهى<sup>(٢)</sup> أولى — فنقول لك إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها أقوى<sup>(٣)</sup> أدلة الشرع ؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى . ويظهر ذلك<sup>(٤)</sup> بالكلام فى المصلحة والإجماع :

### المصلحة

أما المصلحة فالنظر فى لفظها ، وحدها ، وبيان اهتمام الشرع بها ، وأنها مبرهنة . . .

(١) أما لفظها فهو<sup>(٥)</sup> مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له ، كالتقلم يكون على هيئة الصالحة للكتابة به ،

(٢) وردت هذه العبارة المفصلة فى [ ح ، د ] مبتورة هكذا « وإن اقتضيا ضررا فإما أن يكون مجموع مدلوليهما ضررا ، ولا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ، جما بين الأدلة » وهى بهذا الشكل لا يفهم منها معنى سليم . . .

(٣) فى [ ح ، د ] « فهو » ، ولا وجه لتذكير الضمير ؛ لأن مرجعه رعاية المصلحة . والقصود بالأولوية هنا أنه مادام الحديث الذى ثبتت به المصلحة ليس قاطما — فالمصلحة التى ثبتت به أولى فى ألا تكون دليلا قاطما .

(٤) فى [ ح ، د ] « أنها من أدلة الشرع » ، وما ذكرته هنا — وهو الوارد فى [ ا ، ب ] — هو النتيجة السليمة للمقدمة المذكورة قبله .

(٥) هكذا فى [ ب ] وفى [ ح ، د ] « من الكلام » .

(٥) فى [ ا ] : « أما لفظها مفعلة » ، وقد وجدت العبارة فى [ ب ] كما نقلتها هنا ، وكما ذكرت فى [ ح ، د ] .

والسيف على هيئته الصالحة للضرب به (١) .

(ب) وأما أحدها بحسب العرف (٢) فهي السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالنجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالمبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم (٣) كالمادات .

(ج) وأما بيان اهتمام الشرع بها فن جهة الإجمال والتفصيل :

أما الإجمال فقوله عز وجل : « يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم ، وشفاء لما فى الصدور . . . الآيتين (٤) » ، ودلالتهما من وجوه :

أحدها : قوله عز وجل « قد جاءكم موعظة » حيث اهتم بوعظهم (٥) ، وفيه أكبر مصالحهم (٦) ؛ إذ فى الوعظ كفهم عن الردى (٧) ، وإرشادهم إلى الهدى .

الوجه الثانى : وصف القرآن بأنه شفاء لما فى الصدور ، يعنى من شك ونحوه وهو مصالحة عظيمة .

الوجه الثالث : وصفه (٨) بالهدى .

الوجه الرابع : وصفه بالرحمة ، وفى الهدى والرحمة غاية المصلحة .

- 
- (١) فى [ ح ، د ] : كالعلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة ، والسيف على هيئة المصلحة للضرب . وقد وردت العبارة صحيحة فى [ ا ] ومحرقة فى [ ب ] .
- (٢) فى [ ا ] « بحسب العرف » وهو خطأ واضح .
- (٣) فى [ ح ، د ] « وإلى ما لا يقصده لحقه كالمادات » وما ورد فى [ ا ، ب ] — وهو ما نقلته هنا — أدق فى نظرى . . .
- (٤) تكملة الآيتين « وهدى ورحمة المؤمنين » قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون » ( ٥٧ ، ٥٨ ) : يونس .
- (٥) فى [ ح ، د ] « حيث لأنه توعدكم » ، ( وهو تحريف لما نقلته هنا عن المخطوطتين ) .
- (٦) فى [ ح ، د ] : « صالحهم » ، وما ورد فى [ ا ، ب ] هو ما أثبتته هنا .
- (٧) فى [ ح ، د ] : « الأذى » . . .
- (٨) فى [ ا ] : « وصف » وهو بالإضافة إلى الضمير ينسق وأسلوب الوجه الرابع بعده .

الوجه الخامس : إضافة (١) ذلك إلى فضل (٢) الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

الوجه السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك (٣) . فقوله عز وجل : « فليفرحوا » — هو فى معنى التهنية لهم . والفرح والتهنية إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

الوجه السابع : قوله عز وجل « هو خير مما يجمعون » . والذى يجمعونه هو من صالحهم ، فالقرآن ونعمه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة .

فهذه سبعة أوجه من هذه الآيات تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها ، ولو استقرت النصوص لوجدت على ذلك أدلة كثيرة .

فإن قيل : لم لا يجوز (٤) أن يكون (٥) من جملة ما راعاه من مصالحهم نصب النص والإجماع دليلاً لهم على معرفة الأحكام — قلنا : هو كذلك ، ونحن نقول به فى العبادات ، وحيث وافقنا (٦) المصلحة فى غير العبادات ، ونحن نرجح (٧) رعاية (٨)

(١) فى [ ح ، د ] « إسناد » بدل إضافة .

(٢) فى [ ح ، د ] : « إلى فعل الله » وهو تحريف لفظ الوارد فى النص .

(٣) ذكر الوجه السادس فى [ ح ، د ] هكذا « الوجه السادس : الفرح بذلك لقوله ... وما نقلته هنا عن المخطوطتين ترجمة أمينة للنص القرآنى .

(٤) فى [ أ ] « لم يجوز » وهو نقص بعكس المعنى .

(٥) فى [ س ] « تسكون » وهو تأنيث لا وجه له .

(٦) هكذا بضمير الاثنين المائد على النص والإجماع كما فى [ أ ، س ] .. أما [ ح ، د ] فقد ورد فىهما الفعل مستنداً إلى المفرد الغائب ، ولا وجه له .

(٧) فى [ ح ] : « وإنما نرجح » . وفى [ د ] : « وإنما نرجح » بتجريف الفعل ، أما [ أ ، س ] ففيهما : ونحن نرجح . وهو أدق ؛ لأن فيه نسبة الترجيح إلى المؤلف ، على حين أن فى العبارة معرفة ادعاء التسليم بالترجيح ...

(٨) هكذا فى [ أ ، ح ، د ] . أما [ س ] ففيها « عامة » بدل رعاية . وهو تحريف .

المصالح في العادات<sup>(١)</sup> والمعاملات ونحوها لأن رعايتها في ذلك هي<sup>(٢)</sup> قطب مقصود الشرع منها ، بخلاف العبادات فإنها حق الشرع ، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من جهته نصاً وإجماعاً .

وأما التفصيل ففيه أبحاث :

الأول : في أن أفعال الله عز وجل معللة أم لا : حجة مثبت أن فعلا لا علة له عبث ، والله عز وجل منزه عن العبث ، وأن القرآن مملوء من تلميل الأفعال نحو « لتعلموا عدد السنين والحساب<sup>(٣)</sup> » وحجة<sup>(٤)</sup> الثانی أن كل من فعل فعلا لعله فهو مستكمل بتلك العلة ما لم يكن له قبلها ، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره ، والنقص على الله عز وجل محال . وأجيب عنه بمنع الكلوية ، فلا يلزم ما ذكره إلا في حق المخلوقين . والتحقق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكالهم ، لا بنفع الله عز وجل وكاله ؛ لاستغنائها بذاته عما سواه<sup>(٥)</sup> .

المبحث الثاني : أن رعاية المصالح تفضل<sup>(٦)</sup> من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة ، واجبة عليه عند المعتزلة . حجة الأولين أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك ، فلا<sup>(٧)</sup> يجب عليه شيء ، وأن<sup>(٨)</sup> الإيجاب يستدعى موجبا أعلى ، ولا أعلى من الله عز وجل . وحجة الآخرين أن الله عز وجل كاف خلقه بالعبادة ،

(١) لم تذكر العادات في [ ج ، د ] مع أن [ ا ، ب ] اتفقتا على ذكرهما ، وهو في نظري أنسب من الحذف .

(٢) هكذا بضمير المؤنث العائد إلى رعاية ، كما وردت في [ ا ، ب ] . . . أما [ ج ، د ] ففيهما « وهو » ومع أنه يناسب الخبر ، فالضمير المؤنث أبلغ في رأيي . . .

(٣) ١٢ : الإسراء .

(٤) هذه الواو لا وجود لها في [ ا ، ب ] .

(٥) في [ ب ] وردت هذه العبارة بحرفه هكذا : « والتحقق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غايتها فيعود بنفع المكلفين ، فكالهم لا ينفع الله عز وجل وكاله ، لاستغنائها بذاته عما سواه » . وليس في [ ج ، د ] كلمة « وكاله » .

(٦) في [ ب ] « بفضل الله » وما هنا هو ما ورد في [ ا ، ج ، د ] .

(٧) في [ ب ] : ولا ، والفاء أنسب هنا كما في [ ا ] .

(٨) في النسخ الأربع : ولأن ، والسياق يقتضى حذف اللام ليتمكن العطف على [ أن الله ] قبله .

فوجب أن يراعى مصالحهم ؛ إزالة لملهم في التكليف ، وإلا لكان (١) ذلك تكليفاً بما لا يطاق أو شبيهاً به . وأجيب عنه بأن هذا مبني على تحسين العقل (٢) وتقييمه ، وهو باطل عند الجمهور .

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث ألزم التفضل بها ، لا واجبة عليه ، كما قلنا (٣) في « إعمال التوبة على الله » : إن قبولها واجب منه لآعليه . وكذلك الرحمة في قوله عز وجل : « كتب على نفسه الرحمة (٤) » ، ونحو ذلك . .

البحث الثالث : في أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق : هل راعى مطلقها في جميع محالها ، أو أكملها في جميع محالها ، أو أوسطها في جميع محالها ؟ أو راعى مطلقها في بعض وأكملها في بعض ؟ أو أنه راعى منها في كل محل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة ، وأشبهها الأخير (٥) .

البحث الرابع : في أدلة رعاية المصلحة على التفصيل ، وهي من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر . ولندكر من كل منها يسيراً على جهة ضرب المثال ؛ إذ استقصاء ذلك بعيد المنال (٦) .

أما الكتاب فنحو قوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة » ، « والسارق

(١) هكذا في [ب] أما في [ا] فقد حرف الفعل إلى (فكان) .

(٢) في [ب] : الفعل ، وهو تحريف .

(٣) وردت هذه العبارة في [ح ، د] هكذا : « كما في آية إعمال التوبة على الله ؛ فإن قبولها الخ » وواضح أنها بهذا الشكل لا تثبت أنه هو القائل . . .

(٤) ٥٤ : الأنعام . وفي [ح ، د] : « كتب ربكم على نفسه الرحمة » ، وهي الآية ١٢

في السورة نفسها .

(٥) هكذا وردت الفقرة في [ا ، ب] أما في [ج ، د] فقد وردت هكذا : « البحث

الثالث في أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق هل راعاها مطلقاً ، أو راعى أكملها في بعض ، وأسفلها في بعض ، أو أنه راعى منها في الكل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة » وواضح أنه قد وقع فيها تصرف مفسد المعنى .

(٦) هكذا في [ج ، د] أما في [ا ، ب] فالعبارة : ( إذ استقصاء ذلك يتعذر ) وقد

حرف الفعل في [ب] إلى : يعتذر .

والسارقة فاقطعوا أيديهما» ، « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وهو كثير . ورعاية مصلحة الناس في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم مما ذكرنا ظاهرة<sup>(١)</sup> ، وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل إلا وهي تشمل على مصلحة أو مصالح ، كما بيناه<sup>(٢)</sup> في غير هذا الموضع .

وأما السنة فنحن نقوله عليه السلام : « لا يبيع بهنكم على بيع بعض ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تتسكح المرأة على عمتها أو خالتها ؛ إنسكم إن فملمت ذلك قطعت أرحامكم » وهذا ونحوه في السنة كثير ؛ لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتغال كل آية منه على مصلحة ، والبيان على وفق المبين .

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعتمد به من جامدى الظاهرية — على تليل الأحكام بالمصالح ودرء المفسد ، وأشدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصالح الرسالة . وفي الحقيقة لم يختص بها ، بل الجميع قائلون لها ، غير أنه قال بها أكثر منهم . وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح<sup>(٣)</sup> . ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته<sup>(٤)</sup> ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتها للقياس ؛ إذ هما معاوضة على ممدوم ؛ وسائر أبواب النقد ومسائله معلل<sup>(٥)</sup> بالمصالح .

وأما النظر فلا شك عند كل ذي عقل صحيح أن الله عز وجل راعى مصلحة

(١) في [أ ، ج ، د] : ( مما ذكرناه ظاهر ) ولا بأس بذكر الضمير ، واسكن كيف لا يؤث خبر « رعاية » ؛ لأنه تحريف بنقل التاء المربوطة من مكانها .

(٢) في [ج ، د] : كما بينتهما ، وهو تحريف .

(٣) في [ج ، د] اقتضيت هذه العبارة ، فوردت مفسدة المعنى المقصود هكذا : ( وأما الإجماع فنسب أجمع العلماء — إلا من لا يعتمد به من جامدى الظاهرية — على تليل الأحكام بالمصالح للرسالة ، وفي الحقيقة الجميع قائلون بها ، وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح » .

(٤) هذه الكلمة سقطت من [ج ، د] .

(٥) هكذا في [أ] أما في [ب] فقد ذكر الفعل المضارع المبني للمجهول بدلا منها . . .

وفي [ج ، د] حُرقت إلى « لعل » .

خلقه عموماً وخصوصاً : أما عموماً ففي مبدئهم ومماشهم : أما البدأ فحيث أوجدهم بعد المدم ، على الهيئة التي يبالغون بها مصالحهم في حياتهم ؛ ويجمع ذلك قوله عز وجل : « بأيتها الإنسان ما غرّك بربك الكريم ، الذي خلقك فسوّاك فمدلك ، في أي صورة ما شاء ركبك<sup>(١)</sup> » وقوله عز وجل : « الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى<sup>(٢)</sup> » .

وأما المماش فحيث هيأ لهم أسباب ما يمشون به ويتمتمون ، من خلق السموات والأرض ، وما فيهما وما بينهما ، وجماع<sup>(٣)</sup> ذلك قوله عز وجل : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً<sup>(٤)</sup> » ، « وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه<sup>(٥)</sup> » ، وتفصيله بمض التفصيل في قوله عز وجل : « ألم نجعل الأرض مهاداً » إلى قوله<sup>(٦)</sup> : « إن يوم الفصل كان ميقاتاً » ، وفي قوله عز وجل : « فلينظر الإنسان إلى طعامه أنا صببنا الماء صباً » إلى قوله عز وجل<sup>(٧)</sup> : « متاعاً لكم ولأنعامكم » .  
وأما خصوصاً فرعاية مصلحة العباد في حق السعداء<sup>(٨)</sup> ، حيث هداهم السبيل ووقفهم لنيل الثواب الجزيل ، في خير مقيل<sup>(٩)</sup> .

وعند التحقيق إنما راعى مصلحة العباد عموماً حيث دعا الجميع إلى الإيمان

(١) الانفطار : ٦ و ٧ و ٨ .

(٢) طه : ٥٠ .

(٣) في [ ج ، د ] وردت هذه العبارة هكذا « وجمع ذلك في قوله عز وجل . ألم نجعل الأرض ... » وقد أكتتها على هذا النحو من [ ا ب ]

(٤) البقرة : ٢٩ .

(٥) الجاثية : ١٣ .

(٦) بقية الآيات : « والجال أوتادا . وخلقناكم أزواجا . وجعلنا نومكم سباتا . وجعلنا الليل لباسا . وجعلنا النهار معاشا . وبنينا فوقكم سماء شدادا . وجعلنا سراجا وهاجا . وأنزلنا من المعصرات ماء ثجاجا لنخرج به حيا ونباتا . وجنات ألفافا . » [ ٦ — ١٦ ] : النبأ .

(٧) بقية الآيات : « ثم شققنا الأرض شققا . فأنبثنا فيها حيا . وعنباً وقضبا . وزيتونا ونخلًا . وحدائقاً غلبا . وفاكهة وأبا . » [ ٢٤ — ٣٢ ] : عبس .

(٨) وردت هذه العبارة في [ ج ، د ] . فرعاية مصالح العباد السعداء ...

(٩) في [ ب ] : كل مقيل .

الموجب لمصلحة الماد<sup>(١)</sup> ، لكن بعضهم قرط بمدم الإجابة ، بدليل قوله عز وجل :  
 « وأما ثمود فهديناهم ، فاستحبوا العمى على الهدى<sup>(٢)</sup> » وتحرير هذا المقام أن الدعاء  
 كان عموماً ، والتوفيق السكمل للمصلحة المصحح لوجودها كان خصوصاً ، بدليل  
 قوله عز وجل : « والله يدعو إلى دار السلام ويهدي من يشاء إلى صراط مستقيم<sup>(٣)</sup> » ،  
 فدعاً عاماً ، وهدى ووفق خاصاً .

إذا عرف هذا فن الحمال أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه في مبدئهم ومآلهم  
 ومعاشهم ، ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية ؛ إذ هي أعم<sup>(٤)</sup> ، فكانت  
 بالمرعاة أولى . ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ؛ إذ بها صيانة أموالهم ودمائهم  
 وأعراضهم ، ولأماش لهم بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم . وإذا ثبتت رعايته  
 إياها ، لم يجز إهالها بوجه من الوجوه . فإن وافقها النص والإجماع وغيرهما من أدلة  
 الشرع فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعى وفق بينه وبينها بما ذكرناه : من تخصيصه  
 بها ، وتقديعها بطريق البيان .

( ٥ ) وأما أن رعاية المصلحة مبرهنة<sup>(٥)</sup> فقد دل عليه ما ذكرناه من اهتمام  
 الشرع بها ، وأدلته<sup>(٦)</sup> .

(١) في [ ح ، د ] ذكرت كلمة « العباد » في الموضعين ؛ وفي [ ا ، ب ] ذكرت كلمة  
 « الماد » في الموضعين ، وقد رأيت أن الصواب موزع بين هذه النسخ ؛ فأبقيت كلمة « العباد »  
 على ما جاءت في [ ح ، د ] ، أى في الشطر الأول من المبارة وأبقيت كلمة « الماد » في الشطر  
 الأخير منها كما وردت في [ ا ، ب ] ، وبهذا استقامت العبارة ...

(٢) فصلت : ١٧

(٣) يونس : ٢٥

(٤) هكذا في [ ا ، ب ] . أما في [ ح ، د ] فقد ذكر ( أعم ) بدلا منها .

(٥) ارجع إلى ص ١٨ ، ١٩ من هذا الملحق .

(٦) سقطت أن من هذه المبارة هناك في [ ب ] ، وذكر حرف الجر ( هل ) دون الضمير

المجرور به ؛ فاضطربت العبارة هناك ...

## الإجماع

وأما الإجماع<sup>(١)</sup> فالنظر في لفظه ، وحده ، وأدلته ، والاعتراض عليها ثم معارضتها .

( أ ) أما لفظه<sup>(٢)</sup> فهو إفعال من جمع يجمع ، وهو في اللغة : المزم ، والاتفاق .

يقال : أجمع القوم<sup>(٣)</sup> على كذا إذا عزموا ، وإذا اتفقوا أيضاً .

( ب ) وأما حده اصطلاحاً فهو اتفاق مجتهدي هذه الأمة على أمر ديني .

( ح ) وأما أدلته فالكتاب ، والسنة ، والنظر .

## أدلته من الكتاب

أما الكتاب فنه آيات :

الأولى : قوله عز وجل : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى

ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً »<sup>(٤)</sup> . ووجه

دلالتها<sup>(٥)</sup> أنه عز وجل توعد من شاق الرسول واتبع غير سبيل المؤمنين ، والوعيد

لا يكون إلا على فعل محرم ، أو ترك واجب . والإجماع هو سبيل المؤمنين ، وقد

وقع الوعيد على تركه فهو محرم ، فاتباعه واجب .

والاعتراض عليه من وجوه كثيرة أقواها ستة :

أحدها : أن الوعيد في الآية على شيئين : مشاققة الرسول واتباع غير سبيل

(١) حذف الجزء الخاص بالإجماع من [ ح ، د ] ، واكتفى بالإشارة إليه بمباراة « ثم قال

الطوفي بعد بيانه الإجماع وأدلته ومعارضتها » . وقد رأيت اثباته لتمكين الموازنة بين المصلحة

والإجماع على ضوئه ، فن أجل هذا تحدث عنه الطوفي هنا ... [ ص ١٧٨ - ١ ] [ ص ١٣٣ - ب ] .

(٢) في [ ب ] ألفاظه ، وهو تحريف .

(٣) في [ أ ] أجمع القول ، وهو محرف عن القوم . (٤) النساء : ١١٥ .

(٥) لم تذكر كلمة وجه في [ أ ] ، ولم تذكر واو العطف في [ ب ] وقد رأيت أن

العطف أنسب .

المؤمنين ، فهما جميعا واجبان<sup>(١)</sup> ، ولا يلزم من وجوب الشيء مع غيره وجوبه منفرداً لجواز أن يكون الآخر شرطاً فيه ، أو ركناً له .

الثاني : أن اللام في المؤمنين تشمل العهد والاستغراق . وبتقدير كونها للعهد لا يتم الدليل ؛ لاحتمال إرادة جماعة من المؤمنين مخصوصة ، كالصحابة أو بعضهم ؛ كما ذهب إليه الظاهرية من أن الحججة في إجماع الصحابة لا غير ؛ لأن الخطاب لهم وفي عصرهم<sup>(٢)</sup> ، فيختص بهم .

الثالث : أن الإضافة في « غير سبيل المؤمنين » ليست محضة<sup>(٣)</sup> ؛ لأن غير لا تعرف بالإضافة لشدة إبهامها ، وحينئذ لا تدل الآية على ترتيب الوعيد على كل فرد من اتباع غير سبيل المؤمنين ؛ إذ يبقى تقدير الآية : ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين ، فيحمل<sup>(٤)</sup> ذلك الأمر على غير سبيلهم في الإيمان ، وحينئذ يقصر الوعيد على<sup>(٥)</sup> مشاققة الرسول والكفرة ، ولا دليل فيه على اتباع الإجماع .

وفي هذا الوجه نظر لأن الكلام في سياق الشرط ، والنكرة في سياق الشرط تم كما في سياق النفي . ويمكن دفع هذا النظر بأن يحمل الأمر المذكور في قوله « ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين » على مهود معين<sup>(٦)</sup> وهو الكفر ، ويدل عليه سياق الآية بعدها وقبلها ؛ فإنها في الكفر والكفار .

ويمكن تقرير هذا الوجه ابتداءً بأن منع المصنوع في سبيل المؤمنين يحمل<sup>(٧)</sup> على سبيلهم في خصوص الإيمان ، فيكون<sup>(٨)</sup> الوعيد على مخالفتهم فيه بالكفر ، وهذا

---

(١) لعله يعني بوجوبها ضرورة وجودهما للوعد . ولا فهما ممنوعان لا واجبان ...  
 (٢) في [ ١ ] حرفت هذه الكلمة إلى ( وفي غيرهم ) .  
 (٣) في [ ١ ] ليست مختصة ، وهو تحريف .  
 (٤) في [ ١ ] وينفع .  
 (٥) وردت هذه الكلمة في [ ١ ] يعبر ، وفي ( ب ) يضرب ، وأعتقد أنها بحرفة في المستخين عما هنا .  
 (٦) في [ ١ ] : حرفت هذه الكلمة إلى مقبر .  
 (٧) ورد هذا الفعل في [ ١ ] : فيحمل ، وفي [ ب ] : يحتمل ، وكلاهما تحريف .  
 (٨) سقط هذا الفعل من [ ب ] فاضطربت العبارة فيها .

غير ما قدرته أولا ؛ لأن هذا منع<sup>(١)</sup> لمعوم سبيل المؤمنين ، وذلك منع<sup>(١)</sup> لمعوم المقارنة التي دلت عليها غير .

الرابع : أن السبل ثلاثة : سبيل المؤمنين ، وسبيل غير المؤمنين والسبيل المتوسطة بينهما ، لاسبيل هؤلاء ، ولا سبيل هؤلاء ، بل السبيل المباحة التي لا وعد عليها ولا وعيد . وبتقدير<sup>(٢)</sup> وجود هذه الواسطة — لا يتم الدليل على وجوب اتباع سبيل المؤمنين .

الخامس : أن الآية مقابلة للتي في الجملة الشرطية ، ومعطوفة عليها<sup>(٣)</sup> . وفي التي قبلها خصال ثلاث ؛ فوجب أن يكون المراد بسبيل<sup>(٤)</sup> المؤمنين فيها أصدقاء تلك الخصال الثلاث ؛ تصحيحا للمقابلة وتحقيقا لها في الآيتين . بيان ذلك أن الآية التي قبل هذه « لاخير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ، ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله ، فسوف نؤتيه أجراً عظيماً » (ثم قابلها بقوله عز وجل<sup>(٥)</sup>) : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين » ، أي في الأمر بالصدقة والمعروف والإصلاح ، بأن أمر بأصدقاء ذلك . وهذا تأويل له ظهور في الآية ، ولو لم يكن إلا مجرد احتمال قدح في دلالة الآية على المطلوب<sup>(٦)</sup> .

السادس : بتقدير تسليم ما ذكرتم ، فإنما يدل على وجوب اتباع الإجماع ، ونحن نقول به في العبادات وأشباهاها من المقدرات<sup>(٧)</sup> التي لا تعلم إلا بالنص أو مقام مقامه ، [ والنزاع إنما هو في تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى

(١) في [ ب ] ذكرت هذه الكلمة بدون اللام في الموضعين .

(٢) في [ ب ] وتقرير .

(٣) في [ ا ، ب ] : والعطف ، وهو تحريف عما هنا .

(٤) في [ ا ، ب ] سبيل بدون الباء ، وقد رأيت وجودها ضروريا .

(٥) هذه الزيادة من [ ب ] ، وهي ضرورية ، وقد سقطت من [ ا ] .

(٦) وردت هذه العبارة في [ ا ] هكذا : « بأمرنا من راد ذلك . وهذا تأويل له ظهور

الآية . ولو لم يكن احتمال قدح في دلالة الآية على المطلوب » .

(٧) في ( ا ) المقدرات . وهو تحريف .

منه ، وليس في دليلكم ما يمنع من ذلك (١) .  
 الآية الثانية : قوله عز وجل : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » (٢) وجه دلالتها أن الوسط هو العدل والخيار ، والعدل الخيار لا يصدر عنه إلا الحق ، والإجماع صادر عن هذه الأمة العدل الخيار ، فليكن حقا .  
 والاعتراض عليه أن العدل إنما يلزم صدور الحق عنه بطريق الظاهر ، فيما طريقه الصدق والكذب ، وهو نقل الأخبار وأداء الشهادات . أما فيما طريقه الخطأ والصواب في استخراج الأحكام والاجتهاد فيها - فلا .

فإن قيل : إذا ثبت عدالة الأمة لزم أنهم لا يجمعون إلا عن مستند قاطع ، والقاطع يجب العمل به - قلنا : لانسلم أنهم لا يجمعون إلا عن قاطع وقد صرح جمهور مثبتي (٣) الإجماع بمجواز انعقاده عن الأمارات كالتقياس وخبر الواحد ، بل قد ذهب كثير إلى انعقاد الإجماع لا عن مستند أصلا ، بل بالبحث (٤) المحض ؛ بناء على أن الأمة معصومة فكيفما انفقت (٥) على حكم كان اتفاقها حجة ، عن مستند كان أو غيره .

سألنا أنهم لا يجمعون إلا عن قاطع ، لكن ما المراد بالقاطع ؟ إن أريد به القاطع العقلي الذي لا يحتمل النقيض فمثله نادر ، ومنتعذر في أدلة الشرع ، وبمقتدر وجوده لا نسلم أنه يخالف المصلحة فيعود إلى الوفاق . وإن أريد به القاطع الشرعي فقد بينا أن أدلة الشرع تسعة عشر ، وليس فيها ما يمكن دعوى القطع فيه إلا الإجماع ، والنص ، ورعاية المصلحة .

أما الإجماع فلا يجوز اعتباره في مستند الإجماع ؛ لأنه إثبات الشيء بنفسه ، ولو اعتبر كان نزاعنا فيه كالنزاع في فرعه المنمقد عنه .

(١) في [ ب ] ذكرت هذه العبارة هكذا . « والنزاع لنا هنا في تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى منه وليس في دليلكم ما يتبع ذلك » وفي [ أ ] : « لكونه أقوى منه » ، مع أن الضمير يعود إلى المصلحة .

(٢) سورة البقرة : ١٤٣  
 (٣) في [ أ ] وردت هذه العبارة محرفة هكذا « وقد صرح الجمهور بين الإجماع بمجواز الانعقاد عن الإمارات » وفي [ ب ] حرقت هكذا « وقد صرح جمهور بين الإجماع بمجواز انعقاده الخ » ... وقد غلب على ظننا أن الكلمة محرفة عن مثبتى الإجماع ...

(٤) في [ أ ، ب ] بالتبعية ، وهو تحريف ...  
 (٥) وردت هذه الكلمة في [ أ ] انعقد ، وفي [ ب ] انقضت ، وكلاهما تحريف لما أثبتته هنا .

وأما النص فهو إما متواتر أو آحاد ، وعلى التقديرين فهو إما صريح في الحكم ، أو محتمل ، فهي أربعة أقسام . فإن كان متواتراً صريحاً فهو قاطع من جهة متنه ودلالته ، لكن قد يكون محتملاً من جهة عموم أو إطلاق ، وذلك يقدر في كونه قاطعاً مطلقاً . فإن فرض عدم احتمال من جهة العموم والإطلاق ونحوه ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه — فمننا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق . وإن كان آحاداً محتملاً فلا قطع ، وكذا إن كان متواتراً محتملاً ، أو آحاداً صريحاً لا احتمال في دلالته بوجه ؛ لفوات قطعته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده .

وأيضاً فإن الإجماع أقوى من النص ، فإذا نازعناكم في الإجماع ورجحنا عليه المصلحة فالنص بذلك أولى ، فانتفت بذلك دعوى القطعية في مستند الإجماع من جهة الإجماع والنص ، فلم يبق لإرعاية المصلحة ، فإذا استند الإجماع إليها فهو موافق لما نقوله ؛ لأننا نعهد في الأحكام المصلحة ، سواء كانت بواسطة إجماع أو نحوه ، أو بغير واسطة .

الآية الثالثة : قوله عز وجل « كنتم خير أمة أخرجت للناس ... الآية (١) » وهو ثناء عليهم ، وثناء الله عز وجل عليهم تمديد لهم ، فليكن إجماعهم حجة . والاعتراض عليه كالأعتراض على الذي قبله .

فهذه [ هي ] الآيات المستدل بها على الإجماع من القرآن .

### أدلة الإجماع من السنة

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : « أمتي لا تجتمع على ضلالة » ، وما ورد بمنهاه .

وجه الاستدلال به أنه ورد بالفاظ كثيرة ، وروايات متعددة [ بلغت درجة (٢) ] التواتر المعنوي كمشجاعة علي وكرم حاتم ، ودلالته قاطعة في وجوب اتباع الإجماع

(١) آل عمران : ١١٠ ، وبقية الآية « ... تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله ، ولو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم ، منهم المؤمنون وأكثرهم الفاسقون » .  
(٢) في [١] يبلغ التواتر ، وفي [تب] بلغ التواتر المعنوي . وقد آثرت تصحيحها هكذا .

تقصار في قوة النص القاطع إسنادا وممتنا على المطاوب ، فيجب اتباعه .  
والاعتراض عليه بأن هذا الخبر وإن تمددت ألفاظه ورواياته — لا نسلم أنه بلغ رتبة التواتر المنوي ؛ لأنه إذا عرضنا<sup>(١)</sup> هذا الخبر على أذهاننا ، وسخاء حاتم وشجاعة علي ونحوهما من المتواترات المنوية — وجدناها قاطمة بثبوت الرأي الثاني ، غير قاطمة بالأول ، فهو إذاً في القوة دون سخاء حاتم وشجاعة علي ، وهما متواتران ، ومادون المتواتر ليس بمتواتر ، فهذا الخبر ليس بمتواتر ، لكنه في غاية الاستفاضة<sup>(٢)</sup> . . .

فإن قيل : تلقته الأمة بالقبول ، فدل على ثبوته — فجوابه من وجوه :  
أحدها : لا نسلم تلقيها له بالقبول ؛ إذ منكر الإجماع كالنظام ، والشيمة ، والخوارج ، والظاهرية — فيها عدا إجماع الصحابة — لو تلقوه بالقبول لما خالفوه .  
الثاني : أن الاحتجاج بتلقي الأمة له بالقبول احتجاج بالإجماع ، وهو إثبات الشيء بنفسه .

الثالث : سلمنا تلقيهم له بالقبول ، لكن قبولاً مظنوناً لا مقطوعاً به ، والظن لا يصلح مستنداً للإجماع المدعى قطعيته وكونه أقوى أدلة الشرع ، بحيث تسفك به الدماء ، وترتب عليه الأحكام القواطع ؛ إذ ذاك تفرغ للقوى على الضعيف ، وللقاطع على المظنون .

سلمنا أنه بلغ رتبة التواتر ، ولكن لا نسلم أنه قاطع في وجوب اتباع الإجماع لاحتمال أنه أرادها [ لا تجتمع على ضلالة الكفر ] ، فلا يكون حجة في وجوب اتباع الإجماع ، فيما سوى الإيمان المقابل للكفر .

فأما نحو قوله ( عليه السلام ) : « اتبعوا السواد الأعظم ؛ فإنه من شذشد في النار ، ويد الله مع الجماعة<sup>(٣)</sup> » — فإنما المراد به طاعة الأئمة والأمراء ، وترك الخروج عليهم ، بدليل قول عليه السلام : « اسمعوا وأطيعوا

(١) في [ ١ ] اعترضنا ، وهو تحريف .  
(٢) في [ ١ ] لكن غاية الاستفاضة ، وفي [ ب ] لكن في غايته الاستفاضة ، وقد آثرت تصحيحها على ما ظننته الصواب .  
(٣) هذه الجملة من [ ب ] وقد وجدت هناك « يد الله على الجماعة » فصحتها . أما [ ١ ] فلا توجد فيها هذه الجملة ولا جواب أما . والكلام كله بعد ذلك من [ ب ] خاصة ، حتى أنه لي وجوده في [ ١ ] .

وإن تأمر عليكم عبد حبشي ، وقوله عليه السلام : « من مات تحت راية عصبية<sup>(١)</sup> مات ميتة جاهلية » .

ثم يرد على [ أدلة ]<sup>(٢)</sup> الإجماع من الكتاب والسنة سؤالان :  
أحدها : أنها<sup>(٣)</sup> استدلال بظواهر سمية ؛ إذ لا قاطع فيها ، لورود الإشكالات المذكورة عليها . والظواهر السمية إنما وجب الاحتجاج بها بالإجماع فلو أثبت الإجماع بها لزم<sup>(٤)</sup> الدور .

الثاني : أن [ المؤمنين ] في الآية و [ أمتي ] في الخبر تقتضي كل مؤمن ، وجميع الأمة . لكن الأمة<sup>(٥)</sup> قد افتردت بموجب النص على ثلاث وسبعين فرقة ، فنحن نقول بموجب الدليل : ( وإن اجتمعت عليه الأمة بجميع فرقة الثلاث والسبعين<sup>(٦)</sup> حجة قاطمة يجب اتباعها ) ، لكن مجموع الأمة بفرقة إنما أجمعوا على الإيمان بالله ورسوله ، ومسائل يسيرة بمد ذلك . ولا جرم أن إجماعهم في تلك المسائل حجة ، وبهذا يظهر سر قوله عليه السلام : « أمتي لا تجتمع على ضلالة » ، أي أمتي بفرقةها .

### دليل الإجماع من النظر

وأما النظر فلأن الجرم النفي من أهل الفضل والذكاء ، مع استفراغ الوسع في الاجتهاد ، وإيمان النظر في طلب الحكم — يمتنع في المادة اتفاهم على الخطأ . واعترض عليه بالنقض<sup>(٧)</sup> بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على<sup>(٨)</sup> ضلاتهم ، مع كثرتهم ، وفضلهم ، واجتهادهم ، وإيمانهم في النظر ؛ ثم هم مخطئون بإجماع المسلمين .

(١) رسمت هذه الجملة في الأصل هكذا [ عممه ] .  
(٢) سقطت هذه الكلمة من جميع النسخ مع أن المعنى يتطلبها .  
(٣) ورد هذا الضمير مذكراً في جميع النسخ ، مع أنه يعود على أدلة الإجماع ، لا على الإجماع نفسه .

(٤) في [ الأصل ] : لزوم ، وهو تحريف .  
(٥) في [ الأصل ] : الآية ، وهو تحريف .  
(٦) في [ الأصل ] : الثلاث وسبعين ، وهو خطأ .  
(٧) هكذا وردت الكلمة في الأصل ، وكان واجباً أن يقال : [ بأنه منقوض ] ؛ لأن مثل هذا المصدر يجب أن يكون مؤولاً .  
(٨) سقط حرف الجر [ على ] من الأصل .

## معارضة أدلة الإجماع

( ٥ ) وأما معارضة أدلة الإجماع<sup>(١)</sup> فمن وجوه :

أحدها : أنه لو كان الإجماع حجة لسكان إما لذات المجتمعين<sup>(٢)</sup> أو لشهادة الشرع لهم بالمصمة . والأول باطل ؛ إذ المجمعون ليسوا معصومين بذاتهم<sup>(٣)</sup> ؛ إذ لا يلزم من فرض عدم عصمتهم محال لذاته . والثاني باطل ؛ لأن شهادة الشرع بمصمتهم إما متواترة ، لسكن تواترها ممنوع كما تقرر . أو آحاد ، وهو لا يقيد المقصود . فظهر أن الإجماع ليس بحجة .

الوجه الثاني : قوله عليه السلام : « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » مع قوله : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » ، فنقول المراد بالأمة التي لا تجتمع على ضلالة إما مجموع الفرق الثلاث والسبعين ؛ أو الفرقة الناجية منهم :

فإن أريد مجموع الفرق لم يصح لوجهين : أحدهما أن منهم من لا يقول بالإجماع ، فلا يصح اعتبار إجماع من لا يرى الإجماع حجة ، والثاني أن من فرق الأمة من يكفر ببدعته ، والكافر لا يمتبر في الإجماع .

وإن أريد الفرقة الناجية فليست مجموعة الأمة ، بل هي ثمن تسع الأمة تقريباً : جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً ، فيبقى تقدير الحديث : ثمن تسع أمتي لا يجتمع على ضلالة ، أو جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً من أمتي لا يجتمع على ضلالة<sup>(٤)</sup> ، وهو ركيب من الكلام لا يجوز نسبة مثله إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

الوجه الثالث : أن عثمان بن عفان والإمامين قبله حججوا الأم عن الثلث إلى السدس بأخوين ، ولم يحجبها ابن عباس إلا بثلاثة ، وناظر عثمان في ذلك حيث

(١) انظر ص [ ٢٦ ] من هذا الملحق .

(٢) في [ الأصل ] : المجتمعين ، وهو تحريف .

(٣) في [ الأصل ] : بذاته ، وهو تحريف .

(٤) في [ الأصل ] : ثلاث وسبعين بدون التاء ، ولا تجتمع بضمير المؤنث مع أن مرجعه

لفظ ( جزء ) . وكلاهما تحريف من الناسخ في عبارة المؤلف .

قال لعثمان : [ إن الله عز وجل يقول : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وليس الأخوان إخوة في لسان قومك ] فقال عثمان : [ إني لا أدع أمراً كان قبلي ] ، وهذا احتجاج من عثمان بالإجماع ، ولو كان حجة لما خالفه ابن عباس لظاهر القرآن ابتداء ، ولما أقره عثمان على خلافه دواماً ، بل كان يأخذ على يده ، ويرده إلى إجماع الناس . وهذا يدل على أن الإجماع دون ظواهر النصوص في القوة ، كما فعله ابن عباس ، حيث قدم ظاهراً من ظواهر الكتاب على الإجماع الذي خصصه به (١)

الخلفاء الثلاثة ومن في عصرهم .

الوجه الرابع : أن الصحابة أجمعوا على جواز التيمم للعرض وعدم الماء ، وخالف ابن مسعود حيث قال : « لو رخصنا لهم في هذا — لأوشك أن يبرد على أحدهم الماء ، فيتيمم وهو يرى الماء » . فاحتج أبو موسى عليه بالآية ، وحديث عمار ، فلم يلتفت . وهذا ترك للنص (٢) والإجماع بمجرد المصلحة ، ثم اشتهر هذا عن ابن مسعود ، ولم يفكر عليه أحد ، فهو في ذلك إما مصيب أو مخطيء ، فإن كان مصيباً لزم جواز ترك النص والإجماع بالمصلحة ونحوها ، وهو المطلوب . وإن كان مخطئاً لزم خطأ أهل الإجماع في ترك الإنكار عليه ، فأحد الأمرين لازم : إما جواز ترك الإجماع ، لفعل ابن مسعود . أو وقوع الإجماع على الخطأ ؛ لإقرار الصحابة ابن مسعود على خطئه . وكلا الأمرين قاصح في الإجماع .

فإن قيل : لا نسلم انتقاد الإجماع على التيمم عند عدم الماء ؛ لخالفه ابن مسعود فيه . ولا نسلم (٣) اتفاق الصحابة على ترك الإنكار على ابن مسعود قوله ؛ لرد أبي موسى عليه ، فبطل ما احتججتم به على القدرح في الإجماع — قلنا : بتقدير [ أن ] ابن مسعود لم يخالف الإجماع ، فقد خالف النص الذي هو أصل الإجماع لمجرد المصلحة ، وأنتم (٤) لا تقولون بترك النص لقياس ولا مصلحة ، فهو إذن مخطيء عندكم ، وقد

(١) في [ الأصل ] : ( حضصوا ) ولا معنى له ، فلعله تحريف عما ذكرته .

(٢) العبارة في [ الأصل ] : ( وهذا ترك النص ) ، ورأى أنه لا مفر من تصحيحها إلى أحد

وجهين ، فإما أن تكون : وهكذا ترك ... وإما : وهذا ترك للنص ، وقد آثرت الأخير .

(٣) في جميع النسخ « فلا » والصواب ما ذكرته .

(٤) في [ الأصل ] : وأنهم لا يقولون ...

أقرّه المسحابة على الخطأ ، ولزم المخذور . وأما رد أبي موسى على ابن مسعود فهو مناظرة وجدال لا رد إنكار . والفرق بينهما واضح (١) .

واعلم أن غرضنا من هذا كله ليس القبح في الإجماع وإهداره بالكلية ، بل نحن نقول به في العبادات والقدرات ونحوها . وإنما فرضنا بيان أن رعاية المصلحة الاستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » - أقوى من الإجماع ، ومستندها أقوى من مستنده ، وقد ظهر ذلك مما قررنا في دليلها ، والاعتراض على أدلة الإجماع .

### لماذا تقدم المصلحة على النص والإجماع ؟

وإنما (٢) يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع ، على الوجه الذي ذكرناه ، وجوه :

أحدها : أن منكري الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهي (٣) إذاً محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق (٤) عليه أولى من التمسك بما اختلف (٤) فيه .  
الوجه الثاني : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعا ، ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرط ، فكان اتباعه أولى (٥) . وقد قال عز وجل : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء » . وقال (٦) عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » . وقد قال عز وجل في مدح

(١) هكذا وردت هذه الفقرة في [ الأصل ] ، وفي العبارة الأخيرة منها ركافة وضعف عن أداء المعنى المقصود بها .

(٢) هذا هو أول الكلام في [ ج ، د ] بعد السلام الذي قاله الطوفي في الإجماع وتركته النسختان . وقد ورد هذا الكلام فيهما بلفظ « وبما يدل » .

(٣) في [ الأصل ] : فهو ، ولعله يعني دليل رعاية المصلحة .  
(٤) ورد الفعلان في [ ج ، د ] مسنين إلى واو الجماعة ، أما في الأصل فقد وردا مبذيين

المجهول ، وهذا أقوى في أداء المعنى المقصود .  
(٥) في [ الأصل ] : « ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه ، ولا يختلف هو بسبب الاتفاق

المطلوب شرعا ، فكان تابعه أولى » .  
(٦) في [ الأصل ] : [ وقوله ] وكذلك هم [ ج ، د ] والمناسب وقال .

الاجتماع : « وألف بين قلوبهم . لو أنفقت ما فى الأرض جميعاً ما ألفت بين قلوبهم .  
ولسكن الله ألفت بينهم » وقال عليه السلام : « وكونوا عباد الله إخوانا » .  
ومن (١) تأمل ما حدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر — علم صحة ما قلنا ، حتى إن المالكية استقلوا بالمغرب ، والحنفية بالشرق ، فلا يقارر أحد المذهبين أحداً من غيره فى بلاده إلا على وجه ما (٢) ، وحتى بلغنا أن أهل جيلان (٣) من الحنابلة إذا دخل إليهم سجنى قتلوه وجملوا ماله فيثا : حكمهم فى الكفار . وحتى بلغنا أن بعض بلاد ما وراء النهر من بلاد الحنفية كان فيه مسجد واحد للشافعية ، وكان والى البلد يخرج كل يوم لصلاة الصبح ، فىرى ذلك المسجد ، فيقول أما أن لهذه الكنيسة أن تملق ؟ . فلم يزل كذلك حتى أصبح يوماً وقد سد باب ذلك المسجد بالطين والابن ، فأعجب الوالى ذلك . ثم إن كلا من أتباع الأئمة يفضل إمامه على غيره فى تصانيفهم ومحاوراتهم ، حتى رأيت حنفياً صنف مناقب أبى حنيفة ، فافتخر فيها بأتباعه [ كآبى يوسف ، ومحمد ، وابن المبارك ، ونحوهم ] ثم قال يعرض بياق المذاهب :

أولئك أبأى فجئنى بمثلهم إذا جمعنا يا جرير الجامع

وهذا شبيه بدعوى الجاهلية ، وغيره كثير . وحتى إن المالكية يقولون الشافعى غلام مالك . والشافعية يقولون : أحمد بن حنبل غلام الشافعى . والحنابلة يقولون : الشافعى غلام أحمد بن حنبل ، وقد ذكره أبو الحسن القرافى فى الطبقات من أتباع أحمد . والحنفية يقولون إن الشافعى غلام أبى حنيفة ؛ لأنه غلام محمد بن الحسن ، ومحمد غلام أبى حنيفة ، قالوا : لولا أن الشافعى من أتباع أبى حنيفة لما رضينا أن ننصب معه الخلاف . وحتى إن الشافعية يطعنون بأن أبأ حنيفة من الموالى ، وأنه

(١) هذا الكلام مما حدث بين أئمة المذاهب وارد فى [ ا ، ب ] وقد حذف من [ ج ، د ] ولم يشر إليه بشئ .

(٢) فى [ الأصل ] : [ ولا يهاد أحد المذهبين أحداً من غيره فى بلاده إلا على وجه ما ] ، وقد رأيت تصحيحها حسب السياق .

(٣) فى ص ١٩٤ ج ٣ من معجم البلدان أنها اسم لبلاد كثيرة من وراء بلاد طبرستان ، وأنه ليس فيها مدينة كبيرة ، إنما هى قرى فى مروج بين جبال . . . وقد نسب إليها من لا يحصى من أهل العلم فى كل فن ، وعلى الخصوص فى الفقه .

ليس من أئمة الحديث . وأحوج ذلك الحنفية إلى الطعن في نسب الشافعي وأنه ليس قرشياً ، بل من موالى قريش . ولا إماما في الحديث ؛ لأن البخاري ومسلم أدركاه ولم يرويا عنه<sup>(١)</sup> ، مع أنهما<sup>(٢)</sup> لم يدركا إماما إلا يرويا عنه ، حتى احتاج الإمام نحر الدين ، والتميمي ، في تصنيفهما مناقب الشافعي ، إلى الاستدلال على هاشميته ، وحتى جعل كل فريق يروي السنة في تفضيل إمامه ، فالمالكية رويوا : « يوشك أن تضرب أكباد الإبل ولا يوجد أعلم من عالم المدينة » قالوا : وهو مالك . والشافعية رويوا : « الأئمة من قريش » ، « تعلموا من قريش ولا تعلموها » أو « عالم قريش ملا الأرض علما » قالوا : ولم يظهر من قريش بهذه الصفة إلا الشافعي . والحنفية رويوا : « يكون في أمتي رجل يقال له النعمان هو سراج أمتي ، ويكون فيهم رجل يقال له محمد بن إدريس هو أضر على أمتي من إبليس » والحنبلة رويوا : « يكون في أمتي رجل يقال له أحمد بن حنبل يسير<sup>(٣)</sup> على سنتي سير الأنبياء » ؛ أو كما قال ، فقد ذهب عن لفظه .

وقد ذكر أبو الفرج الشيرازي في أول كتابه المنهاج : « واعلم أن هذه الأحاديث ما بين صحيح لا يدل ودال<sup>(٤)</sup> لا يصح . أما الرواية في مالك والشافعي فجيدة ، لكنها لا تدل على مقصودهم ؛ لأن ( عالم المدينة ) إن كان اسم جنس فعلماء المدينة كثير ، ولا اختصاص لمالك دونهم ، وإن كان اسم شخص فمن علماء المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم من مشايخ مالك الذين أخذ عنهم ، وكانوا حينئذ أشهر منه ، فلا وجه لتخصيصه بذلك ، وإنما حمل أصحابه على حمل الحديث عليه كثرة أتباعه ، وانتشار مذهبه في الأقطار ، وذلك أمانة على ما قالوا . وكذلك « الأئمة من قريش » لا اختصاص للشافعي به ، ثم هو محمول على الخلفاء في ذلك<sup>(٥)</sup> ، وقد احتج به أبو بكر يوم السقيفة . وكذلك « تعلموا من قريش » لا اختصاص لأحد به . أما

(١) في [ أ ] : ولم يلقياه . وهو آخر ما ورد فيها شرحا للحديث « لا ضرر ولا ضرار » أما المذكور بعد فقد أخذته من [ ب ] .

(٢) في [ الأصل ] : [ ولم يدركا ] وأعتقد أن السياق يقتضي هذا التصحيح .

(٣) في [ الأصل ] : [ صيد ... صيد ] وهو تحريف .

(٤) في [ الأصل ] : أو ذلك ، ولا معنى له .

(٥) في [ الأصل ] : زيادة وردوا على ذلك ... وهي زيادة لا داعي لها نظري .

قوله « عالم قريش عملاً الأرض علماً » فابن عباس يزاحم الشافعي فيه ، فهو أحق به لسبقه ، وصحبه ، ودعاء النبي صلى الله عليه وسلم له في قوله : اللهم فقهم في الدين وعلمه التأويل » ، فكان يسمى ببحر العلم وجزر العرب . وإنما حمل الشافعية الحديث على الشافعي لاشتهار مذهبه ، وكثرة أتباعه . على أن مذهب ابن عباس مشهور بين العلماء لا ينكر .

« وأما الرواية في أبي حنيفة وأحمد بن حنبل فموضوعة باطلة لا أصل لها : أما حديث « هو سراج أمتي » فأورده ابن الجوزي في الموضوعات ، وذكر أن مذهب الشافعي لما اشتهر أراد الحنفية إخماله ، فتحدثوا مع مأمون بن أحمد السامري ، وأحمد ابن عبد الله الخوشاري<sup>(١)</sup> وكانا كذابين وضاعين ، فوضعا هذا الحديث في مدح أبي حنيفة وذم الشافعي ، و « يأنى الله إلا أن يتم نوره » . وأما الرواية في أحمد ابن حنبل فموضوعة قطما ؛ لأننا قدمنا أن أحمد كان أحفظ الناس للسنة<sup>(٢)</sup> ، وأشدهم بها إحاطة ؛ حتى ثبت أنه كان يذاكر تأليف<sup>(٣)</sup> ألف حديث ، وأنه قال : خرّجت مسندى من سبعمائة ألف حديث وخمسين ألف حديث ، وجملته حجة بيني وبين الله عز وجل ، فما لم تجدوه فيه فليس بشيء . ثم إن هذا الحديث الذي أورده الشيرازي في مناقب أحمد ليس في مسنده ، فلو كان صحيحاً لكان [ هو ] أولى الناس بإخراجه والاحتجاج به في محنته<sup>(٤)</sup> التي ضيق الأرض ذكرها » اهـ .

فانظر بالله أمرا يحمل الأتباع على وضع الأحاديث في تفضيل أئمتهم ، وذم بعضهم . وما مبمته إلا تناقض المذاهب في تفضيل الظواهر ونحوها<sup>(٥)</sup> على رعاية المصالح الواضح بيانها ، الساطع رهانها ، فلو انفقت كلمتهم بطريق ما — لما كان شيء مما ذكرنا عنهم .

واعلم أن من أسباب الخلاف الواقع بين العلماء تعارض الروايات والنصوص .

(١) هذه الكلمة في [ الأصل ] مطموسة لا تسكاد تقرأ ، وقد رجعت أنها هكذا .

(٢) في [ الأصل ] : السنة بدون اللام وهو تحريف .

(٣) هكذا في الأصل .

(٤) في [ الأصل ] : في محنته ، وهو تحريف .

(٥) في [ الأصل ] : وما تثبته لإلتناسهم في المذاهب في تحيكم الظواهر ونحوها ...

وبعض الناس يزعم أن السبب في ذلك عمر بن الخطاب ؛ وذلك أن أصحابه استأذنوه في تدوين السنة في<sup>(١)</sup> ذلك الزمان ، فمنهم من ذلك ، وقال : « لا أكتب مع القرآن غيره » ، مع علمه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اكتبوا لأبي شاه خطبة الوداع » وقال : « قيدوا العلم بالكتابة » قالوا : فلو ترك الصحابة يدون كل واحد منهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لانضبطت السنة ، ولم يبق بين أحد من الأمة وبين النبي صلى الله عليه وسلم في كل حديث إلا الصحابي الذي دون روايته ؛ لأن تلك الدواوين تتواتر عنهم إلينا ، كما تواتر البخاري ومسلم ونحوها .

الوجه الثالث<sup>(٢)</sup> : [ أنه ] قد ثبت في السنة ممارضة النصوص بالمصالح ونحوها في قضايا ، ومنها . ممارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم ، بمصلحة الاحتياط في العبادة ، كما سبق .

ومنها قوله عليه السلام لأصحابه حين فرغ من الأحزاب : « لا يصلين أحدكم العصر إلا في بني قريظة » ، فصلى بعضهم<sup>(٣)</sup> قبلها ، وقالوا : لم يرد منا ذلك ، وهو شبيه بما ذكرنا .

ومنها قوله عليه السلام لمائشة : « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » ، وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب في حكمها ، فتركة مصلحة الناس<sup>(٤)</sup> .

ومنها أنه عليه السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : كيف وقد سمينا الحج ؟ ، وتوقفوا . وهو ممارضة للنص بالمادة ، وهو شبيه بما نحن فيه .

وكذلك<sup>(٥)</sup> يوم الحديبية ، لما أمرهم بالتجمل ترفقوا تمسكا بالمادة ، في أن لا حل قبل قضاء المناسك ، حتى غضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « مالي أمر بالشيء<sup>(٦)</sup> فلا يفعل ؟ » .

(١) في [ الأصل ] : من .

(٢) انظر ص [ ٣٥ ] من هذا الملحق .

(٣) في ( ج ، د ) فصل أحدكم . وما هنا هو ما في [ الأصل ] وهو أقرب ، بدليل [ وقالوا ] بعده .

(٤) في [ الأصل ] : لمصلحة التنازل .

(٥) هكذا في ( ج ، د ) . أما في [ ب ] فقد حُرِّفَتْ إلى : ذلك .

(٦) في [ ب ] بشيء ، وقد آثرت ما في [ ج ، د ] وهو ما أثبتته هنا .

ومنها ما روى أبو يعلى الموصلي في مسنده أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا بكر ينادي : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده عمر فردّه ، وقال : « إذا يتسكروا (١) » .

وكذلك رد عمر أبا هريرة عن مثل ذلك في حديث صحيح ، وهو معارضة للنص الشرع بالمصلحة .

ومنها (٢) ما روى الموصلي أن رجلاً دخل المسجد يصلي ؛ فأعجب الصحابة سمعته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأبي بكر : « اذهب فاقتله » فذهب فوجده يصلي ، فرجع عنه ، ثم أمر عمر فرجع كلاهما يقول « كيف أقتل رجلاً يصلي ؟ » ثم أمر علياً بقتله ، فذهب فلم يجده ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو قتل لم يختلف من أمتي اثنان » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . ولا يقال إنما تركا هذا النص على قتله بقوله عليه السلام : « مهيت عن قتل المصلين » ؛ لأن ذلك نسخ في حق هذا الشخص بهذا النص الخاص المتأخر ، وظهر أن (٣) تركهما الأمر بقتله إنما كان استحساناً منهما مجرداً ، وهو من باب ما نحن فيه : من معارضة النصوص ونحوها بالمصالح ، هذا مع أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفسك عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، ولا تَرَبَّ عليهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ؛ لما علم من نيتهما وصدقتهما في ذلك — فكذلك من قدم رعاية مصالح المكافين على باقي أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم (٤) وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، واختلفها عن الاختلاف . فوجب أن يكون جائزاً ، إن لم يكن متميناً .

[ فوجب أن يكون تقديم رعاية المصالح على باقي أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متمين ، كما ذكرنا (٥) .

(١) في [ ب ] : يتسكروا ، وهو تحريف .

(٢) لم يرد هذا المثال في [ ج ، د ] .

(٣) في [ ب ] بدون [ أن ] هذه . ويبدو أن وجودها ضروري لاستقامة الجملة .

(٤) في [ ب ] يقصد ترك إصلاح . وهو تحريف واضح .

(٥) السلام الذي بين قوسين هنا — سقط من [ ج ، د ] .

فقد ظهر بما قررناه أن دليل رعاية المصالح أقوى من دليل الإجماع ، فليقدم عليه وعلى غيره من أدلة الشرع عند التمازض ، بطريق البيان .

### اعتراضات وردود عليها

فإن قيل : حاصل ما ذهبتم إليه تمطيل الشرع بقياس مجرد ، وهو كقياس إبليس فاسد الوضع والاعتبار -- قلنا : هذا وهم واشتباه ، من نأثم بميد<sup>(١)</sup> الانتباه ، وإنما هو تقديم دليل شرعي على أقوى منه وهو دليل الإجماع ، على وجوب العمل بالراجح ، كما قدمتم أنتم الإجماع على النص ، والنص على الظاهر .

وقياس إبليس -- وهو « أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين » -- لم يقيم عليه ما قام على رعاية المصالح من البراهين ، وليس هذا من باب فساد الوضع ، بل من باب تقديم الراجح كما ذكرنا .

فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس ، وقد أودعها أدلة الشرع وجعلها أعلاما عليها تعرف بها ، فترك أدلته لغيرها صراغمة ومماندة له -- قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المسكفين فنعم . وأما كون ما ذكرنا من رعاية المصالح تركا لأدلة الشرع بغيرها فمنوع ، بل إنما ترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها ، مستند إلى قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » كما قلتم في تقديم الإجماع على غيره من الأدلة . ثم إن الله عز وجل جعل لنا طريقا إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مبهم ، يحتتمل أن يكون طريقا إلى المصاححة والأي يكون ...

فإن<sup>(٢)</sup> قيل : إجماع الأمة حجة قاطعة تخالف -- قلنا : إن عنيتم بكونه قاطعا القطع العقلي الذي لا يحتتمل النقيض<sup>(٤)</sup> كقولنا ، الواحد نصف الاثنين -- فلا نسلم أن الإجماع قاطع بهذا المعنى . وإن عنيتم به استناده<sup>(٥)</sup> إلى دليل قاطع

(١) في [ ج ، د ] بعد ، وهو تحريف لما في الأصل .  
 (٢) هكذا في [ ج ، د ] أما في [ ب ] فقد وردت : وهو متمين الإجماع ...  
 (٣) هذا الاعتراض وجوابه ساقتان من [ ج ، د ] ...  
 (٤) في [ الأصل ] الذي يحتتمل نقيض ... وهو تحريف .  
 (٥) في [ الأصل ] : لإسناده وهو محرف في نظري عما ذكرته .

فقد سبق تفصيل جوابه في الاعتراض على دلالة الآية الثانية من أدلة الإجماع . وإن عنيتم به أنه لا يجوز خلافه — فهو عين الدعوى ومحل النزاع بيننا ، وعندنا يجوز خلافه بأقوى منه ، وقد بيناه .

فإن قيل : خلاف الأمة في مسائل الأحكام رحمة وسعة ، فلا يجوز حصرهم من جهة واحدة ؛ لئلا يضيق مجال الاتساع — قلنا : هذا الكلام ليس منصوباً عليه من جهة الشرع حتى يُمتثل ، ولو كان لكان (١) مصلحة الوفاق أرجح من مصلحة الخلاف ، فتقدم . ثم ما ذكرتموه من مصلحة الخلاف بالتوسمة على المكافين ممارض بمفسدة (٢) تعرض منه ، وهو أن الآراء إذا اختلفت وتمددت — اتبع بعض رخص المذاهب ، فأفضى إلى الانحلال والفجور ، كما (٣) قال بمفهومهم :

فاشرب ولط وازني وقامر واحتجج في كل مسألة بقول إمام ...  
يعني بذلك شرب النبيذ وعدم الحد في اللواط على رأى أبي حنيفة ، والوطء في الدبر على ما يعزى إلى مالك ، ولعب الشطرنج على رأى الشافعي .

وأيضاً ، فإن بعض أهل الذمة ربما أراد الإسلام ، فيمنعه كثرة الخلاف ، وتمدد الآراء ؛ ظنا منه أنهم يخطئون (٤) ؛ لأن الخلاف مبعود عنه (٥) بالطبع ، ولهذا قال الله تعالى : « الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها » أي يشبهه بعضه ببعضاً ، ويصدق بعضه ببعضاً ، لا يختلف إلا بما فيه من التشابهات ، وهي ترجع إلى المحكمات بطريقها . ولو اعتمدت رعاية المصالح المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » على ما تقرر — لا تجد طريق الحكم وانتهى الخلاف ، فلم (٦) يكن ذلك شبهة في امتناع من أراد الإسلام ، من أهل الذمة وغيرهم .

فإن قيل : هذه الطريقة التي سلكتها إما أن تكون خطأ فلا يلتفت إليها ، أو صواباً : فإما أن ينحصر الصواب فيها أولاً . فإن انحصر لزم أن الأمة من أول

(١) في [ الأصل ] : لکن ، وهو تحريف .

(٢) في [ الأصل ] : لمفسدة ، وهو تحريف .

(٣) هذا المثال وشرحه ليس في [ ج ، د ] .

(٤) سقط هذا التعليل من [ ج د ] .

(٥) في [ ج ، د ] : منفور منه .

(٦) هذا الاستنتاج ساقط من [ ج ، د ] .

الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ؛ إذ لم يقل بها أحد منهم . وإن لم ينحصر فهي طريق جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التي انفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة؛ لقوله عليه السلام: « اتبعوا السواد الأعظم ، فإنه من شد شد في النار » — فالجواب أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصر فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً ، وذلك يوجب المصير إليها؛ إذ الظن في المرفيات كالقطع في غيرها . وما يلزم على من خطأ الأمة فيما قبله لازم على كل ذي رأى أو طريقة انفرد بها غير مسبوق إليها . والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحججة والدليل الواضح؛ وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم؛ لأن الإمامة أكثر، وهم<sup>(١)</sup> السواد الأعظم .

### بين الطوفي والإمام مالك

واعلم أن هذه الطريقة<sup>(٢)</sup> التي ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور — ليست هي القول بالمصالح المرسله على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك ، وهو التحويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام .

### أدلة العبادات

وتقرير ذلك أن الكلام في أحكام الشرع إما أن يقع في العبادات والمقدرات ونحوها ، أو في المعاملات والمادات وشبهها . فإن وقع في الأولى<sup>(٣)</sup> اعتبر فيه النص والإجماع ونحوها من الأدلة . غير أن الدليل على الحكم إما أن يتحدد<sup>(٤)</sup> أو يتعمد ، فإن تحدد مثل أن كان فيه آية أو حديث أو قياس أو غير ذلك ثبت به . وإن تعدد الدليل مثل أن كان آية وحديثاً وقياساً واستصحاباً ونحوه — فإن انفقت

(١) في [ ب . ج ، د ] وهو ، وقد آثرت عودة الضمير إليهم بموجعا .

(٢) في [ ج ، د ] زيادة [ هي ] ههنا ، وهي زيادة تفسد المعنى .

(٣) في [ ب ] : الأول . وهو تحريف .

(٤) يقصد : يتوحد ، أى يكون واحداً فقط ، بدليل مقابله . وهكذا في سائر ما يأتي .

الأدلة على إثبات أو نفي ثبت بها ، وإن تمارضت فيه فيما تمارضاً يقبل الجمع أو لا يقبله . فإن قبل الجمع جمع بينهما ؛ لأن الأصل في أدلة الشرع الإعمال لا الإلغاء ، غير أن الجمع بينهما يجب أن يكون بطريق قريب واضح ، لا يلزم معه التلاعب ببعض الأدلة . وإن لم يقبل الجمع فالإجماع ، مقدم على ما عداه من الأدلة التسعة عشر ، والنص مقدم على ما عدا الإجماع ثم النص منحصراً في الكتاب والسنة ، ثم لا يخلو ، إما أن ينفرد بالحكم أحدهما أو يجتمعا فيه ، فإن انفرد به أحدهما فإما الكتاب<sup>(١)</sup> أو السنة ، فإن انفرد به الكتاب فإما أن يتحد الدليل أو يتمدد ، فإن اتحد بأن كان في الحكم آية واحدة عمل بها إن كانت نصاً أو ظاهراً فيه ، وإن كانت مجملة فإن كان أحد<sup>(٢)</sup> احتمالها أو احتمالاتها أشبه بالأدب مع الشرع عمل به ، وكان ذلك كالبيان . وإن استوى احتمالاتها في الأدب مع الشرع جاز الأمران ، والمختار أن يتمدد بكل منهما صراحة وإن لم يظهر وجه الأدب فيهما<sup>(٣)</sup> وقف الأمر على البيان .

وإن<sup>(٤)</sup> تعدد الدليل من الكتاب - بأن<sup>(٥)</sup> كان في الحكم منه آيتان فأكثر - فإن اتفق مقتضاهن فكالاتية الواحدة ، وإن اختلف : فإن قبل الجمع جمع<sup>(٦)</sup> بينهما بتخصيص أو تقييد أو نحوه ، وإن<sup>(٧)</sup> لم يقبل الجمع : فإن علم نسخ بعضها بعينه فالعمل على ما سواه ؛ وإن لم يعلم نسخ بعضها فالمنسوخ منهما مبهم<sup>(٨)</sup> ، وليستدل عليه بموافقة السنة غيره ؛ إذ السنة بيان الكتاب ، وهي إنما تبين ما ثبت حكمه لا ما نسخ .

(١) في [ ب ] ؛ فيما الكتاب والسنة ، وهو تحريف .

(٢) في [ ب ] ، إحدى ، وهو تحريف .

(٣) في [ ج ، د ] سقط الجار والجرور .

(٤) في [ ب ] ، فإن ، والمناسب ما في [ ج ، د ] .

(٥) في [ ج ، د ] : فإن كان ، وهو تحريف عما أثبتناه .

(٦) سقطت هذه الكلمة من [ ب ] ، فبق الشرط هناك دون جواب .

(٧) في [ ب ] : فإن لم بإلغاء ؛ والمكان للواو .

(٨) وردت هذه العبارة في [ ج ، د ] هكذا : فإن علم نسخ بعضها بعينه فيها ؛ وإلا

فالمنسوخ منهما مبهم .

وإن انفردت السنة بالحكم : فإن كان فيه حديث واحد - فإن صح عمل به كالآية الواحدة . وإن لم يصح لم يعتمد عليه ، وأخذ الحكم من الكتاب إن وجد<sup>(١)</sup> ، وإلا فن الاجتهاد إن ساع ، مثل أن يعمل بما هو أشبه بالأدب مع الشرع ، وتمظيم حقه . وإن لم يسغ<sup>(٢)</sup> فيه الاجتهاد وقف على البيان .

وإن كان فيه أكثر من حديث - فإن صححت جميعها : فإما أن تتساوى<sup>(٣)</sup> في الصحة أو تتفاوت<sup>(٤)</sup> ، فإن تساوت في الصحة فإن اتفق مقتضاها فكالحديث الواحد ، وإن اختلف<sup>(٥)</sup> فإن قبل الجمع جمع بينهما ، وإلا فبعضها منسوخ ، فإن تميز وإلا استدل عليه<sup>(٥)</sup> بموافقة الكتاب أو الإجماع غيره ، أو بغير ذلك من الأدلة .

وإن لم تصح جميعها - فإن كان الصحيح منها واحداً فسكاً لولم يكن في الحكم إلا حديث وإن كان الصحيح أكثر من واحد فإن اتفقت عمل بها ، وإن اختلفت جمع بينها إن أمكن الجمع ، وإلا فبعضها منسوخ كما سبق فيما إذا كان جميع الأحاديث صحيحاً .

وإن تفاوتت في الصحة - فإن كان بعضها أصح من بعض : فإن اتفق مقتضاها فلا إشكال ، وهي كالحديث الواحد وإن تعارض<sup>(٦)</sup> فإن قبلت الجمع جمع بينها ، وإن لم تقبله قدم الأصح فالأصح .

ثم إن اتحد الأصح عمل به ، وإن تعدد : فإن<sup>(٧)</sup> اتفق فكالحديث الواحد ، وإن تعارض جمع بينه إن قبل الجمع ، وإلا فبعضه منسوخ : معين ، أو مبهم يستدل عليه بما سبق .

إن اجتمع في الحكم كتاب وسنة - فإن اتفقا عمل بهما ، وأحدهما بيان للآخر أو مؤكداً له . وإن اختلفا - فإن أمكن الجمع بينهما جمع ، وإن لم يمكن :

- 
- (١) في [ ب ] : يوجد .
  - (٢) في [ ب ] : يتبع ، وهو تحريف .
  - (٣) في [ ب ] بتساوى ، وتفاوت .
  - (٤) هكذا في [ ب ] . أما [ ج ، د ] فقد ورد العمل فيهما ( اختلفت ) ، وهو تحريف .
  - (٥) في [ ب ] : بالاستدلال عليه ، وهو تحريف .
  - (٦) في جميع النسخ : [ تعارضت ] وهو خطأ ؛ لأنه مقابل « فإن اتفق مقتضاها » .
  - (٧) سقط هذا العرط والفعل الذي قبله من [ ب ] ، ففسد المعنى هناك ...

فإن اتجه نسخ أحدهما بالآخر نسخ به ، وإن لم يتجه فهو محل نظر وتفصيل ،  
والأشبه تقديم الكتاب ؛ لأنه الأصل الأعظم ، فلا يترك بفرعه .  
هذا تفصيل القول في أحكام المبادات .

## أدلة الماملات

أما الماملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وبقا أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا فيها ونعمت ، كما  
اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الخمسة الكلية الضرورية ، وهي  
قتل القاتل والمرتد ، وقطع السارق ، وحد القاذف<sup>(١)</sup> والشارب ، ونحو ذلك من  
الأحكام التي وافقت فيها أدلة الشرع المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع فاجمع  
بينهما<sup>(٢)</sup> ، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض ،  
على وجه لا يخل بالمصلحة ، ولا يفضى<sup>(٣)</sup> إلى التلاعب بالأدلة أو بمضها ؛ وإن تعذر  
الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر  
ولا ضرار » ، وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة ، فيجب تقديمه .  
ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، وبقا الأدلة  
كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

## عند ما تتعارض المصالح . . .

ثم إن المصالح والفساد قد تتعارض فتحتاج إلى ضابط يدفع محذور تعارضها ،

- 
- (١) في [ ب ] : وحد القاذف ، والناسب ما في [ ج ، د ] .  
(٢) في [ ج ، د ] فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ... وقد آثرت ما في [ ب ] .  
(٣) في [ ب ] ولا يفضى إلى ... وهو تحريف .  
(٤) وردت العبارة في [ ج ، د ] هكذا : كل حكم يفرضه فاما أن تتحعض مصلحته ، فإن  
اتحد ... الخ بدون مقابل إما ، وقد أشارت [ د ] إلى هذا ، ثم عثرت على العبارة في [ ب ]  
كما أثبتنا هنا غير أني آثرت [ بأن ] على [ فإن ] بعد الفعلين اتحدت ، واتمددت لأن المذكور  
يورد كل منهما تفسير له ، لا يفرض عليه .

فمقول : كل حكم نفضه فيما أن تمتحض مصلحته أو مفسدته ، أو يجتمع فيه الأمران . فإن تمتحض مصلحته — فإن اتحدت<sup>(١)</sup> [ بأن كان فيه مصلحة واحدة ] حصلت . وإن تمدت [ بأن كان فيه مصلحتان أو مصالح ] فإن أمكن تحصيل جميعها حصل ، وإن لم يمكن حصل الممكن . وإن تمدر ما زاد على المصلحة الواحدة — فإن تفاوتت المصالح في الاهتمام بها حصل الأهم منها ، وإن تساوت في ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار ، إلا أن يقع ههنا تهمة فبالقرعة .

وإن تمتحض مفسدته فإن اتحدت دفعت ، وإن تمدت فإن أمكن درء جميعها درئت ، وإن تمدر<sup>(٢)</sup> دريء منها الممكن . فإن تمدر درء ما زاد على مفسدة<sup>(٣)</sup> واحدة — فإن تفاوتت في عظم المفسدة دفع أعظمها ، وإن تساوت في ذلك فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة<sup>(٤)</sup> .

وإن اجتمع فيه الأمران المصلحة والمفسدة — فإن أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تمين ، وإن تمدر فعل الأهم من تحصيل أو دفع إن تفاوتتا<sup>(٥)</sup> في الأهمية ، وإن تساويا فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة .

وإن تمارض مصلحتان أو مفسدتان ، أو مصلحة ومفسدة ، وترجح كل واحد من الطرفين من وجه دون وجه<sup>(٦)</sup> — اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلاً أو دفعا . فإن استويا في ذلك عدنا إلى الاختيار أو القرعة .

فهذا ضابط مستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، يتوصل به إلى أرجح الأحكام غالباً ، وينتفى به الخلاف بكثرة الطرق والأقوال ، مع أن في اختلاف الفقهاء فائدة عرضت خارجة عن المقصود ، وهي معرفة الحقائق التي تتعلق بالأحكام ، وأعراضها ونظائرها ، والفروق بينها ، وهي شبيهة بفائدة الحساب من جزالة الرأي . . .

(١) في [ ج ، د ] تمدت ، وهو تحريف لأنه مقابل فإن أمكن . . .  
 (٢) في [ ب ، ج ، د ] : مصلحة ، وهو خطأ من الناسخ أو سهو من المؤلف ؛ إذ المفسدة هي التي تمدر لا المصلحة .  
 (٣) في [ ب ] : إن تحققت تهمة .  
 ٤ في [ ب ] : أو يتفاوتتا ، وهو تحريف .  
 (٥) في [ ب ] : ترجح كل واحد من الطرفين وجه دون وجه . . .

## لماذا لم تعتبر المصلحة في العبادات

وإنما اعتبرنا المصلحة في الماملات ونحوها دون العبادات وشبهها ؛ لأن العبادات سبق<sup>(١)</sup> للشرع خاص به ، ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته ، فيأتي به المبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يمد مطيماً خادماً له إلا إذا امتثل ما رسم له سيده ، وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك ههنا . ولهنا لما تمبذت الفلاسفة بمقوهم ورفضوا الشرائع — أسخطوا الله عز وجل ، وضلوا وأضلوا ، وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، فكانت<sup>(٢)</sup> هي المعتبرة ، وعلى تحصيلها الممول .

ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ<sup>(٣)</sup> من أدلته ؛ لأننا قد قررنا أن رعاية<sup>(٤)</sup> المصلحة من أدلة الشرع ، وهي أقواها<sup>(٥)</sup> وأخصها ، فلنقدمها في تحصيل المصالح .

ثم هذا إنما يقال في العبادات التي تخفى مصالحها عن مجارى المقول والعبادات . أما مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم فهي معلومة لهم بحكم المادة والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعداً عن إفادتها علمنا أنها أحلنا في تحصيلها على رعايتها ، كما أن النصوص لما كانت لا تفي بالأحكام علمنا أنها أحلنا بتمامها على القياس ، وهو إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه ، بجامع بينهما .

والله عز وجل أعلم بالصواب .

(١) في [ ب ] : حق الشرع ، وهو تحريف .

(٢) في [ ج ، د ] : وكانت ، بالواو . وما في [ ب ] هو المناسب .

(٣) في [ ب ] : فيؤخذ ...

(٤) في [ ج ، د ] أن المصلحة ، وفي [ ب ] : أن غاية المصلحة ، وقد رأيت تصحيحها

إلى رعاية المصلحة .

(٥) في [ ب ] : من أقواها ، والمبارة بدون [ من ] أكثر تمثيلاً مع ما سبق أن قرره ...

## ٤ - العرف

قدمنا في مبحث الاستحسان أن الحنفية عدوا من أنواع الاستحسان الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بتجوز عقد الاستصناع . وأن المالكية عدوا أيضاً من أنواع الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بمدم حذت من أكل سمكا إذا حلف لا يأكل لحماً .

واشتهر على السنة الشرعيين قولهم - العرف في الشرع له اعتبار - وقولهم العرف شريعة محكمة - ولهذا نخص العرف بالمبحث لعرف مدى اعتبار الشرع له . وأثره في التشريع وفي القضاء .

تعريفه - العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل . والعرف والمادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد . ومثال العرف القولي تعارف الناس على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى . وتعارفهم على اطلاق لفظ اللحم على غير لحم السمك . ومثال العرف الفعلي تعارفهم على البيع بالتعاطى من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول . وتعارفهم على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن تقبض جزءاً من مهرها .

والفرق بين العرف والإجماع من وجوه . أحدها أن العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة والقارئون والأميون والمجهدون . وأما الإجماع فلا يتكون إلا من اتفاق المجتهدين خاصة على حكم شرعى عملي ولا مدخل فيه لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو أية طائفة من الناس غير المجتهدين . وثانيها أن العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وتوفيق غالبهم أى أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف ولا يحول دون اعتباره .

وأما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر وقوع الواقعة العروضة ، ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تنقض الإجماع . وثالثها أن الحكم الذي يستند إلى الإجماع الصريح يكون كالحكم الذي يستند إلى النص ولا مساغ

للاجتهاد فيما فيه نص أو إجماع وأما الحكم الذي يستند إلى العرف فهو يتغير بتغير العرف وليست له قوة الحكم الذي سنده النص أو الإجماع .

أنواعه — العرف نوعان . العرف الصحيح وهو ما تمارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة كتعارفهم اطلاق لفظ على معنى عرفي لهم غير معناه اللغوي وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل بعضه وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحوى ونحوها يعتبر هدية وليس من المهر .

والعرف الفاسد وهو ما يمارفه الناس مما يخالف الشرع أو يجلب ضرراً أو يفوت نفعاً كتعارفهم بعض العقود الربوية أو بعض المعاداة المستنكرة في المآثم والموالد وفي كثير من احتفالاتهم .

مدى اعتبار العرف — أما العرف الصحيح الذي لا يخالف أصلاً شرعياً فملى المجتهد أن يراعيه في اجتهاده وعلى القاضي أن يراعيه في قضاؤه . والدليل على هذا أمران — أحدهما أن الشارع الإسلامي في تشريعه راعى عرف العرب في بعض أحكامه . فوضع الدية على العاقلة . واشترط الكفاة في الزواج . وبني الولاية في الزواج على المصيبة وكذلك الإرث — وثانيهما أن ما يتعارفه الناس من قول أو فعل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم . وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه . وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضى به عرفهم ولهذا قال الفقهاء المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . وقالوا إن الشرط في العقد يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد . أو ورد به الشرع . أو جرى به العرف .

وأما العرف الفاسد أى المخالف لأصل شرعى أو حكم ثابت بالنص فلا يراعيه المجتهد في اجتهاده وفتواه ولا القاضي في قضاؤه . ولهذا ما راعى الشارع الإسلامى في تشريعه بعض ما جرى عليه عرف العرب من زواج المقت والطواف بالبيت عراة وأمثال هذا .

ولكن إذا تعارف الناس عقداً أو تصرفوا من العقود أو التصرفات الفاسدة حسب أحكام الشريعة كعقد الرهن الذى ينتفع فيه المرتهن بالرهون باشرائط هذا

في المقدم أو كمقدم مضاربة اشترط فيه لرب المال من الربح قدر مسمى لانسي . أو عقد من التأمينات ففي مراعاة هذا العرف نظر من وجهة أخرى وقد وضعها الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر سابقاً في بحث كتبه بمجلة الأزهر وعنوانه — مراعاة العرف — ونقل عنه ما يأتي بنصه . قال :

« ويراعى العرف في القضاء والفتوى ، وليس للفقهاء أن يفتى أو يقضى بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل في قبيل الرخصة التي يقرها الفقيه على سبيل الاجتهاد .

ف شأن الفقيه أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة فإن وجدها ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنىها من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل . فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فإله إلا أن يفتى بفسادها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة . ولا يصح أن يجعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً ويفتى بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن المارف بمقاصد الشريعة تقديرها — قال العلامة أبو عبد الله بن شبيب أحد علماء تونس في القرن الثامن « وغلبة الفساد إنما هي من إهمال حملة الشريعة ولو أنهم تقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد — وقال الشيخ إبراهيم الياحي التونسي في إحدى فتاويه « والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق وأما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام — فإذا أفتى بمض الفقهاء بصحة عقد مخالف لأصل شرعي وظهر من عبارته أنه استند في إفتائه إلى جريان العرف بهذا العقد فاعلم أن العبارة لم تفرغ في قالب التحقيق أو أنه لم يزن الفتوى بقسطاس الشرع المستقيم » .

ومما يستند إليه هذا الرأي أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما وجد عرف أهل المدينة جارياً على بيع السلم وعلى بيع العرايا وأصبح هذان النوعان من البيوع التي لا يستغنى عنهما التمامون أباحهما فرخص في السلم ورخص في العرايا مع أن كلا منهما بحسب الأحكام الشرعية عقد غير صحيح لأن السلم بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال فهو عقد على معدوم وقد نهى

صلى الله عليه وسلم عن بيع المدموم . والمرابيا بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف وهذا لا يمكن فيه التحقق من تساوى البدلين وقد نهى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ولكن ضرورات الناس دعوتهم إلى هذا النوع من التعامل وجرى عرفهم به فراعى رسول الله ضرورتهم وعرفهم ورخص فيه .

والأحكام التي روعي فيها العرف تتغير بتغير العرف ولهذا خالف بعض المتأخرين من الفقهاء بعض أئمتهم ومقدميهم بناء على اختلاف العرف في زمنهم ولما قال محمد بن الحسن يعني عن رشاش البول وخالفه في هذا أبو يوسف قال لو رأى صاحبى سرو وما عليه سكانها لوافقنى وكثيراً ما قال الفقهاء عن اختلافهم إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان .

والإمام الشافعى لما هبط مصر غير بهض الأحكام التي كان قد ذهب إليها في بغداد لما رآه من بعد العرف في مصر عن عرف بغداد ومن أجل هذا كان له مذهبان القديم والجديد .

وبالنظر الدقيق في العرف وأمثلته وما قال الأصوليون والفقهاء فيه يتبين أن العرف ليس دليلاً مستقلاً يشرع الحكم في الواقعة بناء عليه وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم المراد من عبارات النصوص ومن ألفاظ المتعاملين وإلى تخصص العام منها وتقييد المطلق . ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة . وفي رفض سماع بعض الدعاوى التي يكذبها العرف . وفي اعتبار الشرط الذي جرى به العرف . وفي الترخيص بمحذور دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم وفي أمثال هذا مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضى ملائماً حال البينة ومتفقاً وإلف الناس ومصالحهم . قال شهاب الدين القرافي في قواعده « إذا جاءك رجل من غير اقليمك لا تجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح . والجود على النقول أيا كانت اضلال في الدين وجهل بمقاصد المسالين والسلف الماضين .