٥ ـ الاستصحاب

١ — تعريفه :

الاستصحاب فى اللغة العربية المصاحبة تقول استصحبت فى سفرى الكتاب أو الرفيق أى جعلته مصاحباً لى واستصحبت ما كان فى الماضى أى جعلته مصاحبا إلى الحال .

والاستصحاب فى اصطلاح الأصوليين هو استبقاء الحكم الذى ثبت بدليل فى الماضى قائما فى الحال حتى يوجد دليل يغيره أو هو اعتبار الحكم الذى ثبت فى الماضى بدليل مصاحبا لواقعته وملازماً لها متى يوجد دليل يدل على قطع هذه المصاحبة .

وزيادة فى إيضاح التعريف نقول .

إذا دل دليل على ثبوت حكم شرعى لواقعة ودل هذا الدليل نفسه على بقاء هذا الحكم واستمراره فإن ثبوت الحكم لواقعته وبقاءه واستمراره ثابتان بالدليل الشرعى ولا يختلف فى هذا اثنان ومثاله قول الله تعالى فيمن قذفوا المحصنات بالزنا « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » فهذا النص دل على رد شهادتهم فيما مضى وفى المستقبل لقوله « أبدا » ومثاله قول الرسول فى حكم الجهاد « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » فهذا النص دل على وجوب الجهاد وعلى بقائه إلى يوم القيامة .

وأما إذا دل دليل على ثبوت حكم لواقعة ولم يدل هذا الدليل على بقاء حكمه واستمراره ولم يجد المجتهد بعد بحثه واجتهاده دليلا بغير الحكم الذى ثبت لهذه الواقعة فهل يحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره ما دام لم يجد ما غيره أو لا يحكم ، هذا موضع الخلاف بين الأصوليين فى الاستصحاب .

٢ — مذاهب المختلفين فيه وأدلة كل مذهب :

مذهب جمهور العلماء وفى مقدمتهم مالك وأحمد أنه يحكم ببقاء الحكم الذى ثبت فى الماضى ما دام لم يثبت ما يغير أو بعبارة أخرى يبقى ما ثبت فى الماضى ثابتا

فى الحال حتى يوجد ما يغيره وهؤلاء هم المحتجون بالاستصحاب .

ومذهب بعض العلماء ومنهم الحنفية أن الاستصحاب ليس بحجة وأن بقاء الحكم لا بد أن يدل عليه دليل كثبوته .

استدل من لا يحتجون بالاستصحاب بأن الفرض أن الدليل دل على ثبوت الحكم للواقعة . ولم يدل على استمراره وبقائه وإذا يكون بقاء الحكم لا دليل عليه وكل حكم بغير دليل مردود .

واستدل المحتجون بالاستصحاب بأن مما فطر عليه الناس وجرى به عرفهم فى عقودهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر غلب على ظنهم بقاؤه موجودا حتى يثبت لهم عدمه وإذا تحققوا من عدم أمر غلب على ظنهم بقاؤه معدوماً حتى يثبت لهم وجوده فمن عرف إنساناً حيا راسله بناء على ظنه بقاؤه حياته . ومن عرف زوجية زوجين شهد بها بناء على ظن بقائها والقاضى يقضى بالملكية فى الحال بناء على سند ملكية بتاريخ سابق ويقضى بالدين فى الحال بناء على شهادة شاهدين باستدانة سالفة .

وهذا كله يدل على أن مما تقضى به الفطرة أن يعتبر ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره .

وبأنه مما اتفق عليه الفقهاء أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك فمن توضأ للصلاة ثم شك بعد ذلك فى أنه أحدث يصلى ولا عبرة بشكه . ومن تزوج ثم شك بعد ذلك فى أنه طلق تحل له زوجته ولا اعتبار لشكه وهذا فى الحقيقة مبنى على أن الحكم الذى ثبت فى الماضى يستصحب ويبقى ويستمر حتى يوجد دليل يغيره .

وبأن أكثر المجتهدين فى اجتهادهم يبنون الأحكام على الاستصحاب فإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى طعام أو شراب وبعد بحثه واجتهاده لم يجد دليلا شرعياً خاصا يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة لقوله تعالى « هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعاً » وخلق مافى الأرض جميعه للناس يدل على أنه أباح لهم الانتفاع به إلا استثناه وحرمه ولهذا قال الأصوليون أن الاستصحاب آخر مدار الفتوى .

وبأن القضاة درجوا على بناء أحكامهم على الاستصحاب فيقضون بالملك الآن بسند دل على مباشرة سبب من أسباب الملكية فيما مضى ويقضون بالزوجية وبآثارها الآن بناء على وثيقة دلت على عقد زواج فيما مضى . ولا يقضون على برىء بثبوت دين فى ذمته حتى يقوم الدليل ولا يقضون ببراءة ذمة مشغولة بدين فيما مضى حتى يقوم الدليل .

وعلى هذا الاستصحاب بنيت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « تكفى الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه فى ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » والمادة ١٨١ منها « ونصها تكفى الشهادة بالوصية أو الإيصاء وإن لم يصرح بإصرار الموصى إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت المبادىء الشرعية الكلية الآتية :

الأصل فى الأشياء الإباحة — الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره ما ثبت باليقين لا يزول بالشك — الأصل فى الإنسان البراءة .

وقد ذهب الحنفية إلى أن الاستصحاب حجة فى الدفع لا فى الاثبات ومرادهم أن الحال الثابتة بالاستصحاب حجة لدفع ما يخالفها حتى يقوم الدليل على هذا المخالف . وليست حجة على اثبات مدعى لم يقم عليه دليل يثبته ، ويوضح هذا ما حكموا به فى المفقود . فالمفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعرف حياته ولا وفاته وهو حين غاب كانت حياته ثابتة والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فالأصل أن يظن بقاؤه حيا حتى تثبت وفاته بدليل حسى أو بحكم القضاء بموته ، فإذا طلب ورثته قسمة تركته بينهم بدفع طلبهم بأن حياته ثابتة استصحابا وكذلك إذا طلبت زوجته أن تطلق منه أو إذا طلب أحد فسخ إجارته فاستصحاب حياته حجة لدفع ما يدعى عليه . ولكن إذا مات أخ المفقود والمفقود من ورثته وطلب القيم على المفقود إرث المفقود من مورثه مستندا إلى أن المفقود معتبر حيا بالاستصحاب لا يصلح سنده حجة لإرثه فلا يرث المفقود فعلا وإنما يحفظ نصيبه أمانة حتى تتجلى حال المفقود حقيقة فإن ظهر حيا ورث ما حفظ له وإن ظهرت وفاته أو حكم بوفاته فحياته المستصحبة صلحت للدفع عنه لا للإثبات له .

والسبب فى هذا أن الحياة المستصحبة للمفقود حياة اعتبارية أو ظنية لأن الاستصحاب ما هو إلا ظن بقاء الحال التى كانت ثابتة فى الماضى . وشرط الإرث التحقق من حياة الوارث بعد موت مورثه ؛ فظن حياة الوارث بعد موته لا تكفى لإرثه منه فالحياة الاعتبارية الثابتة بالظن لا بالجزم تكفى فى الدفع عن المفقود إذا ادعى عليه غيره ما يترتب على موته ، ولا تكفى لإثبات ما يدعى للمفقود مما يتوقف على حياته .

والحق أن استصحاب الحكم الذى دل عليه دليل واعتباره قائما إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضى خلافه هو مما تقضى به الفطرة السليمة وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم ؛ وكل نص شرعى دل على حكم يعتبر حكمه قائما إلى أن يطرأ ما ينسخه وكل عقد أو تصرف ترتب عليه حكمه يعتبر حكمه ثابتا إلى أن يطرأ ما يغيره . ولكن عد هذا الاستصحاب دليلا مستقلا فيه نظر لأن الدليل الأول هو الذى دل على الحكم وعلى استمراره . دل على ثبوت الحكم بصيغته ودل على استمراره ببرهان عقلى ملحوظ مع كل دليل ما دام قائما ولم يلغه دليل لاحق فحكمه قائم .

مصادر التشريع الإسلامى مرنة

تساير مصالح الناس وتطورهم

اتفقت كلمة علماء المسلمين على أن كل مايحدث للناس من وقائع فى هذه الحياة لها فى الشريعة الإسلامية أحكام . وهذه الأحكام يعرف بعضها من نصوص فى القرآن والسنة ، ويعرف بعضها من دلائل أخرى أرشد إليها الشارع الإسلامى ليتعرف بها حكم مالم يدل على حكمه نص فى القرآن أو السنة . ومجموعة الأحكام التى تعرف من النصوص والأحكام التى تعرف من غيرها من الأدلة الشرعية هى الفقه الإسلامى ، فإذا حدثت واقعة لأى مسلم ودل نص فى القرآن أو السنة على حكمها وجب تطبيق النص واتباعه ، وإن لم يدل نص فيهما على حكمها وجب تعرف حكمها من أى دليل من الأدلة الشرعية . قال الإمام الشافعى رحمه الله فى رسالته فى علم أصول الفقه « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه طَلَبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس » . فمصادر تشريع الأحكام العملية فى الشريعة الإسلامية نصوص تشريعية وردت فى القرآن والسنة . ودلائل أخرى أقامها الشارع ليهتدى بها فى التشريع حيث لا يوجد نص فيهما ، ومن أظهر هذه الدلائل الاجماع والقياس ، ومن الدلائل التى بنى عليها بعض المجتهدين اجتهادهم الاستحسان ، والاستصحاب ، والاباحة الأصلية ، ومراعاة العرف ، والمصالح المرسلة ، ومرجع أكثر هذه الأدلة عند التحقيق إلى القياس .

وقد توهم بعض الباحثين من المستشرقين[1] وغيرهم أن هذه المصادر ليس فيها من المرونة والخصوبة ما يكفل حركة تشريعية متجددة ، وقوانين وأحكاما تتطور

---

(١) ص ١١٤ من رسالة وجوب تنقيح القانون المدنى للدكتور السنهورى س ٦ ع ١ مجلة القانون والاقتصاد .

بتطور أحوال الناس وتساير الأزمان المتعاقبة ، وتلائم البيئات المختلفة . والذى أوهمهم هذا الوهم أنهم رأوا أن النصوص التشريعية فى القرآن والسنة نصوص معدودة ، والوقائع التى شرعت أحكامها وقائع محدودة ، وقدروا أن الشارع الإسلامى لابد أن يكون قد راعى فى تشريع ما شرعه من الأحكام لتلك الوقائع حال الأمة ومقتضيات البيئة ، وما يصلح لبيئة ربما لايصلح لأخرى ورأوا أن الأدلة الأخرى التى يصدر عنها التشريع فيما لانص فيه أدلة غير ممهدة للاهتداء بها ، وعلماء المسلمين أحاطوها بأسوار من القيود والشروط والالتزامات ضيقت نطاقها وسدت أبوابها وجعلتها غير عملية .

وأنا ألتمس بعض العذر لهؤلاء المتوهمين فيما توهموه ، لأن نواحى الخصوبة والمرونة فى النصوص التشريعية فى القرآن والسنة نواح دقيقة لايحيط بها إلا من استقرأ تلك النصوص ، وراض عقله على الاستدلال بها ، وأنعم النظر فى جملتها وتفصيلها . ولأن نواحى الخصوبة والمرونة فى سائر الأدلة الشرعية قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأتربة عليها بسد باب الاجتهاد وإيجاب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة لأن هذا عطل استعمال مصادر التشريع فى الاستنباط وجمدها وعين الماء إذا لم يردها الواردون يغيض ماؤها ، والأسلحة إذا لم تستعمل يعلوها الصدأ ويخيل إلى رائيها أن العيب فى جوهرها والحقيقة أن عين الماء فياضة لو ورد المستقون ، والأسلحة ماضية وجوهرها كريم لو وجدت من يحسن استعمالها .

وأنا أكشف فى هذا البحث عن بعض نواحى الخصوبة والمرونة فى مصادر التشريع الإسلامى من النصوص ، وغير النصوص ، ليتبين أن ما توهمه المتوهمون غير صحيح ومبنى على نظر سطحى ، وأن المصادر التشريعية معين لاينضب ماؤه ، وأنها كفيلة بتطور التشريع وبالتقنين لكل ماتقتضيه حاجات الأمم فى مختلف العصور ، وأن المسلمين لو أرادوا أن يعاشوا الأزمان ويسايروا المصالح بتشريعهم لايجدون من الشريعة ومصادرها ما يحول بينهم وبين سيرهم بل يجدون فيها نوراً يهديهم ومرونة تذلل لهم سيرهم وتقرب غايتهم .

١ — النصوص التشريعية فى القرآن :

من ينظر فى نصوص التشريع فى القرآن يتبين أن هذه النصوص على قلة عددها فيها سعة ومرونة وخصوبة من نواح عدة :

(الأولى) أن هذه النصوص لم ترد على نمط واحد فى كل فروع التقنين ، ففى تشريع أحكام العبادات وما ألحق بها من أحكام الأحوال الشخصية تعرضت لبعض التفصيلات والتفريعات لأن العبادات وما فى حكمها لا مجال فيها للعقل ولا تتطور أحكامها بتطور البيئات . وأما فى تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالعبادات وما فى حكمها مثل الأحكام المدنية والدستورية والجنائية والاقتصادية مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع بل اقتصرت على الأحكام الأساسية والمبادىء العامة التى لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العدالة فى كل أمة ليكون أولو الأمر فى أية أمة فى سعة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيلى شرعه القرآن ، وأصدق برهان على هذا إيراد أمثلة من تشريع القرآن فى هذه القوانين .

فالبيع ، وهو أكثر العقود المدنية أحكاما ومواده فى القانون المدنى المصرى أكثر من مائة ، لم يرد فى نصوص القرآن من أحكامه إلا أربعة أحكام : الأول إباحته فى قوله تعالى فى سورة البقرة « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، والثانى اشتراط التراضى فيه فى قوله تعالى فى سورة النساء « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، والثالث إيجاب شهره فى قوله تعالى فى سورة البقرة « وأشهدوا إذا تبايعتم » ، والرابع النهى عنه وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة فى قوله تعالى فى سورة الجمعة « يأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

والإيجارات ، وهى تلى البيع فى كثرة أحكامها وموادها فى القانون المدنى المصرى قريبة من المائة ، لم يرد فى نصوص القرآن من أحكامها إلا ثلاثة : الأول إباحتها فى قوله تعالى فى سورة البقرة « وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم

إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » ، والثانى إيجاب إيتاء الأجير أجره بالمعروف فى قوله تعالى فى سورة الطلاق فى شأن المطلقات بعد انقضاء عدتهن « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف » ، والثالث إباحة أن يكون عمل الأجير مهر زواجه فى قوله تعالى فى سورة القصص على لسان شيخ مدين لموسى « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » .

ولو استقرأت نصوص القرآن فى الأحكام المدنية فى مختلف العقود لا تجد تفصيلا ولا تفريعاً يقف عقبة فى سبيل أى تشريع مدنى يراد به تحقيق العدل والمصلحة .

وفى القانون الدستورى اقتصرت نصوص القرآن على تقرير المبادىء الأساسية الثلاثة التى تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة ، وهى الشورى قال تعالى : « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الأمر » ، والعدل قال تعالى « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » ، والمساواة قال تعالى « إنما المؤمنون إخوة » ، وتركت تفصيل الأحكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعى فيه كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها .

وفى قانون العقوبات وتحقيق الجنايات اقتصرت نصوص القرآن على تحديد خمس عقوبات لخمس جرائم وهى القتل ، والسرقة ، والسعى فى الأرض بالفساد ، والزنا ، وقذف المحصنات ، وتركت سائر الجرائم من جنايات وجنح ومخالفات يقرر ولاة الأمر فى كل أمة عقوبة كل جريمة منها بما يرونه رادعاً للمجرم ومصلحاً للمجتمع واقتصرت على تقرير المبدأ العام فى تحقيق الجنايات فى قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

وفى القانون الاقتصادى اقتصرت نصوص القرآن على تقرير حق للفقير فى مال الغنى قال تعالى : « وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » ، وقال تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وعلى تقرير حق للفقراء والمساكين فى مال الدولة فلهم سهم من الصدقات ومن الغنائم ومن الفىء ولم تفصل أحكام هذا البر بالفقراء لتفصل فى كل أمة بما يناسبها .

ولا ريب فى أن اقتصار نصوص القرآن التشريعية فى القوانين العملية على الأحكام

الأساسية والمبادىء العامة من أظهر نواحى خصوبة هذه النصوص ومرونتها واتساعها لتقبل كل ما تقتضيه العدالة والمصلحة من قوانين ، لأن أهل الذكر فى أية أمة لا يجدون فى القرآن إلا أسساً صالحة ، ومبادىء عامة ، ويجدون باب التفريع والتفصيل مفتوحاً لتتحقق به المصالح بناء على هذه الأسس والمبادىء .

(الناحية الثانية) أن النصوص التشريعية التى وردت فى القرآن ليست دلالتها مقصورة على الأحكام التى تفهم من ألفاظها وعباراتها ، بل هى تدل أيضاً على أحكام تفهم من روحها ومعقولها . ولهذا قسمت دلالة النص إلى دلالة بمنطوقه ، ودلالة بمفهومه . وقسمت دلالته بمنطوقه إلى دلالة عبارته ، ودلالة إشارته . وقسمت دلالته بمفهومه إلى دلالته على حكم المفهوم الموافق ودلالته على حكم المفهوم المخالف . وبهذه الطرق المتعددة من طرق دلالة النصوص توصل المجتهدون من النص الواحد إلى عدة أحكام ، وكثيراً ما قرروا أن عبارة النص يؤخذ منها كذا ، وإشارته يؤخذ منها كذا ، ومفهومه الموافق حكمه كذا ، ومفهومه المخالف حكمه كذا . وجميع هذه الأحكام ينبوعها النص وهو دال عليها وحجة فيها ، وهذا مثال واحد تتبين منه خصوبة النص بتنوع طرق دلالته . قال الله تعالى فى سورة البقرة فى بيان من تجب عليه نفقة الوالدات المرضعات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » استدل بعبارة هذه الآية على حكم وهو أن نفقة الوالدات المرضعات تجب على أبى أولادهن . واستدل بإشارتها على حكم ثان وهو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أمهم ولا غيرها وهذا الحكم يشير إليه تعبير الآية بأنهم مولودون له أى هو مختص بهم . واستدل بمفهوم موافقتها على حكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وثمن أدويتهن على أبى أولادهن لأن حاجة الوالدة إلى العلاج والأدوية أشد من حاجتها إلى طعامها وكسوتها وهو إنما وجب عليه طعامها وكسوتها سداً لحاجتها . وهكذا وجد المجتهدون فى تنوع طرق دلالة النصوص نوافذ إلى التشريع فى كثير من الوقائع ، وهذه بلا ريب ناحية من نواحى خصوبة النصوص .

(الناحية الثالثة) أن النصوص التشريعية التى وردت فى القرآن لم ترد كلها بأحكام مجردة عن عللها والمصالح التى شرعت لأجلها بل ورد كثير منها مقرونا فيه

الحكم بعلته صراحة أو إشارة مثل قوله تعالى فى الخمر والميسر « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » ، وقوله فى المحيض « قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » ، وقوله « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » ، وفى هذا إرشاد من الشارع إلى أنه ما شرع الأحكام لمجرد التعبد بها وإخضاع المكلفين لسلطانها وإنما شرعها لمصالحهم التى اقتضت تشريعها ، وفيه إرشاد إلى أن أحكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وإرشاد إلى أن يقيس المجتهدون ما لا نص فيه على ما فيه نص إذا تحققت فيه علة الحكم الذى ورد به النص . فنصوص الشريعة بتبيين علل بعض الأحكام وفتحت باب القياس وإلحاق الأشباه بالأشباه ودلت على ربط الأحكام بالمصالح . ومن هذا الباب وصل المجتهدون إلى مجموعات عديدة من أحكام الوقائع التى لا نص على حكمها ، وأظهروا خصوبة النصوص وصلاحيتها أسسا للتشريع فى كل زمن ، وكانت عدة لتسابق العقول فى ميدان التشريع لأنهم اجتهدوا فى تعرف علة كل حكم شرع بالنص ، وعلى ضوء هذه العلل فهموا الروح التشريعية الإسلامية ، وعلى ضوء هذه الروح صاغوا مبادىء عامة وكونوا ثروة تشريعية أغنت الدولة الإسلامية تشريعياً على اختلاف بلادها وأجناس شعوبها وتباين عاداتهم ومعاملاتهم .

(الناحية الرابعة) أن النصوص التشريعية التى شرعت أحكاما فى فروع القوانين المختلفة من مدنية وجنائية واقتصادية ودستورية كملت بنصوص قررت مبادىء عامة وقوانين تشريعية كلية لا تخص فرعا من القوانين دون غيره لتكون هذه المبادىء العامة والقوانين الكلية هاديا للمجتهدين فى التشريع ومصباحا يحققون على ضوئه العدل ومصالح الناس .

من هذه النصوص النصوص التى دلت على أن الأصل فى الأشياء الإباحة مثل قوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » وقوله سبحانه : « وسخر لكم ما فى السموات والأرض » وقوله : « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » .

ومنها النصوص التى دلت على أن أساس التشريع رفع الحرج واليسر بالناس مثل قوله تعالى : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » وقوله : « ماجعل عليكم في الدين من حرج » وقوله : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا » وقوله : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

ومنها النصوص التى دلت على إيجاب الوفاء بالالتزام مثل قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله سبحانه « أوفوا بالعهد » وقوله « وليوفوا نذورهم » وقوله « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » .

فمن النصوص التشريعية التى قررت مبادئ عامة وقوانين كلية ليستضاء بها فى كل تقنين ، ومن النصوص التشريعية التى قررت أحكاما أساسية فى فروع القوانين العملية المختلفة ومن اقتصار القرآن على ماهو أساسى فى كل قانون ، وتعدد طرق دلالة نصوصه فى استثمار الأحكام منها ، وفتح الباب لجعلها أصولا يقاس مالم يرد فيها على ماورد فيها ، يتبين مافى نصوص القرآن التشريعية من سعة ومرونة وأنها مجموعة تشريعية مكونة من أسس ومبادئ عامة تعين المشرع على تحقيق العدل والمصلحة فى أى زمن ولا تعترض أى تقنين عادل يراد به تحقيق مصالح الناس .

٢ — النصوص التشريعية فى السنة :

من استقرأ النصوص التشريعية التى وردت فى سنن الرسول صلى الله عليه وسلم يتبين أن الرسول ماشرع حكما يناقض حكما شرعه القرآن ولا قرر مبدأ تشريعيا يهدم مبدأ قرره القرآن . ويتبين أن ماورد فى سنن الرسول من أحكام لايعدو أن يكون واحداً من ثلاثة : إما أن يكون حكما مقرراً ومرددا حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون مفسراً ومبينا حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون منشئا حكما سكت عن تشريعه القرآن . قال الإمام الشافعى رحمه الله فى رسالته فى علم الأصول « لم أعلم من أهل العلم مخالفا فى أن سنن النبى صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه ، أحدها ماأنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل مانص الكتاب ، والآخر

ماأنزل الله عز وجل فيه جملة كتاب فبين الرسول عن الله معنى ماأراد ، والوجه الثالث ماسن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » .

فأما ماسنه رسول الله مما هو تقرير لما شرعه الله فى القرآن فهذا مثل ماشرعه الله فى القرآن ، وقد بينا أن ماشرعه الله فى القرآن من الأحكام فيه خصوبة ومرونة ولا يضيق بحاجة ولا يقصر عن مصلحة .

وأما ماسنه الرسول تبيانا للمراد من نص تشريعى ورد به القرآن فهذا إذا كان تبيانا لامراعاة فيه لأحوال خاصة بالبيئة ولا للملابسات الخاصة بالأمة وقت التشريع فهذا حكم عام . مثل تبيينه فرائض الصلاة وأوقاتها ومناسك الحج وكيفية الصوم ، وإن كان تبيانا هو تطبيق للنص ودلت القرائن القاطعة على أنه تطبيق روعى فيه حال الأمة ومقتضيات البيئة زمن التشريع فهذا حكم خاص يطبق فى مثل بيئته وملابساته وحيث يحقق المصلحة التى شرع لتحقيقها .

ومثال هذا تبيين الرسول الدية التى أوجبها القرآن على من قتل مؤمنا خطأ بأنها مائة من الإبل ، أو ألف دينار من الذهب ، أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، فالتخيير بين أداء واحد من هذه المقادير الثلاثة مبنى على تساوى قيمتها أو تقاربها لأنه لايعقل أن يخير القاتل بين هذه المقادير الثلاثة إلا على هذا الأساس ، ولاشك أن تساوى هذه المقادير أو تقاربها أمر زمنى مراعى فيه حال البيئة وقت التشريع خاضع لنظرية العرض والطلب . وكذلك تبيينه صلى الله عليه وسلم أقل نصاب تؤخذ منه الزكاة بأنه عشرون دينارا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة مبنى على مابنى عليه التخيير فى الدية من أن الدينار من الذهب يعادل عشرة دراهم من الفضة وهذا أساس زمنى ، وكذلك تبيينه صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر بأنها صاع من شعير أو تمر أو زبيب مبنى على تساوى أو تقارب قيمة الصاع من هذه الأطعمة . ولهذا لما رأى معاوية قمح الشام وقيمته بالنسبة للشعير والتمر قال فى خطبة له أرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر فأخذ الناس بذلك وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر أو دقيقه .

وأما ماسنه الرسول تشريعا مبتدأ فى وقائع سكت القرآن عن تشريع أحكامها

فهذا سبيله سبيل ماسنه للتبيين ، فإذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمن التشريع فهو تشريع زمنى يطبق فى مثل بيئته ، وإن لم تقم القرينة القاطعة على هذا فهو تشريع عام . فقوله صلى الله عليه وسلم « خالفوا المشركين وفروا اللحى وأحفوا الشوارب » فى نفس صيغة النص مايدل على أنه تشريع زمنى روعى فيه زى المشركين وقت التشريع والقصد إلى مخالفتهم فيه وأزياء الناس لااستقرار لها .

على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية فى السنة ليست عقبة فى سبيل التطور التشريعى لأنها إذا قام الدليل على أن ماشرع بها شرع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعدما . ومن أظهر مايزيد هذا إيضاحا أن الله سبحانه بين مصارف الصدقات الثمانية بقوله « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم » فجعل من مصارف الصدقات من تؤلف قلوبهم للاسلام بسهم منها ، وثبت أن الرسول فى حياته نفذ هذا وأعطى أبا سفيان والأقرع ابن حابس وعباس ابن مرداس وصفوان ابن أمية وعيينة بن حصن كل واحد منهم مائة من إبل الصدقات تأليفاً لقلوبهم . وفى زمن أبى بكر جاء عيينة والأقرع يطلبان أرضا فكتب لهما بها فمزق عمر الكتاب وقال إن الله أعز الإسلام ولا حاجة إلى تأليف قلوبهم بالصدقات . وهذا صريح فى أن عمر فهم أن الصرف من الصدقات للمؤلفة قلوبهم كان لمصلحة خاصة زمنية فى بدء الإسلام ، وأن تغير الحال واعتزاز الإسلام لم يجعل فى تنفيذ هذا الحكم مصلحة فلم ينفذه . وكذلك روى مسلم فى صحيحه عن ابن عباس « كان الطلاق الثلاث فى عهد الرسول وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم . فأمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ثلاثا وعدل عما كان عليه الحكم فى عهد الرسول وأبى بكر وسنتين من خلافته لأن المصلحة تبدلت . قال ابن تيمية ولو رأى عمر تتابع الناس فى تحليل المطلقة ثلاثا لطلقها وتلاعبهم لعدل إلى ما كان عليه الحكم فى عهد الرسول ، وهذا صريح فى أن المصلحة هى التى تدور معها الأحكام وجودا وعدما .

وقد سلك الرسول فى نصوصه التشريعية نهج القرآن فى نصوصه التشريعية فكل النصوص الخاصة فى فروع القوانين بنصوص قررت مبادىء عامة وقوانين تشريعية كلية يهتدى بها إلى تحقيق العدل والمصلحة فى التشريع فى أى زمن مثل قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » وقوله « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وقوله « يسروا ولا تعسروا » وقوله « إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » . وعلل بعض أحكامه .

ومن نصوصه الخاصة ونصوصه العامة وتعليله بعض أحكامه تكونت مجموعة فيها هدى ونور لمن يريد الحق والعدل والمصلحة . وليس فيها جمود ولا ضيق كما توهم المتوهمون .

٣ — الإجماع :

من حقق النظر فى منشأ فكرة الإجماع فى التشريع الإسلامى ، وفى كيفية الإجماع الذى انعقد فى أول مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول ، وفى تقدير المجمعين لما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع أخصب مصدر تشريعى يكفل تجدد التشريع ، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل مايقع فيها من حوادث ومايحدث لها من وقائع ، وأن تساير به الأزمان . ومختلف المصالح فى مختلف البيئات . ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه فى تدبير شئون المسلمين الشورى وأن لايستبد أولو الأمر منهم بتدبير شئونهم سواء أكانت تشريعية أم سياسية أم اقتصادية أم إدارية أم غيرها من الشؤون . قال الله تعالى مخاطبا رسوله « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الأمر » ولم يخص سبحانه بالمشاورة أمراً دون أمر ، ووصف سبحانه المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم وصفا يدل بصيغته على أن هذا شأنهم ومقتضى إيمانهم فقال عز شأنه « والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم » ، فقرن إقامتهم الصلاة وهى عماد الدين بأنهم أمرهم شورى بينهم ليشعرهم أن الشورى من عمد دينهم كإقامة الصلاة .

وعلى هذا الأساس كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستشير رءوس صحابته فى الأمور التى لم ينزل عليه فيها وحى من ربه ، ومما كان يستشيرهم فيه التشريع فيما

لم ينزل فيه قرآن . فقد روى أنه لما انتصر المسلمون فى غزوة بدر وأسروا عدة أسرى من المشركين ، وأراد بعض المشركين أن يفتدوا أسراهم ، ولم يكن قد نزل على الرسول قرآن بحكم هذا الافتداء استشار الرسول أصحابه فيما يحكم به ، فأشار أبو بكر بقبول الفدية ممن يفتدى ، وأشار عمر بعدم قبولها وبقتلهم ، وأخذ الرسول برأى أبى بكر . وبين الله خطأ هذا الرأى بقوله « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » . وروى عن سعيد بن المسيب عن على . قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال أجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأى واحد .

فلما توفى رسول الله وواجهت أصحابه وقائع عديدة لم ينزل فيها قرآن ولم تمض فيها من الرسول سنة سلكوا السبيل الذى أرشدهم إليه القرآن وهو الشورى والذى سلكه الرسول فيما لم ينزل فيه قرآن وهو الشورى . أخرج البغوى عن ميمون بن مهران قال « كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر فى كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن فى الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى ذلك بقضاء فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله قضاء ، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رءوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فإن أجمع رأيهم على شىء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد فى القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبى بكر قضاء ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به ، وإلا دعا رءوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به » .

وفى المبسوط للسرخسى « كان عمر يستشير الصحابة مع فقهه حتى كان إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لى علياً ، وادعوا لى زيداً . . . . فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه » .

وروى عن القاضى شريح قال ، قالى لى عمر اقض بما استبان لك من قضاء رسول الله

فإن لم تعلم كل أقضية رسول الله فاقض بما استبان لك من أئمة المجتهدين ، فإن لم تعلم فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح .

من هذا يتبين أن إجماع الصحابة ما كان إلا اتفاق من أمكن اجتماعهم من رءوسهم وخيارهم على حكم واقعة لم يرد نص بحكمها ، وأن الذى دعاهم إلى اتباع هذه السبيل هو العمل بالشورى التى أوجبها الله وسار عليها الرسول . وتنظيم اجتهاد الأفراد فيما لا نص فيه ، فبدلا من أن يستقل كل فرد من خيارهم بالاجتهاد فى هذه الوقائع اجتمعوا وتشاوروا وتبادلوا الآراء . والخليفة نفذ الحكم الذى اتفقوا عليه ، وبهذا لم تتسع دائرة الخلاف بين رجال التشريع ولم تصدر فى حكم الواقعة الواحدة وفى البلدة الواحدة أحكام متناقضة ولم يضق التشريع الإسلامى بما جد من الحوادث ولا وقف عن مماشاة الزمن ومسايرة المصالح .

وكان من الحكمة والمصلحة أن يستمر هذا النظام ، وأن يكون إلى جانب كل خليفة أو ولى أمر من خلفاء المسلمين وولاة أمورهم جماعة تشريعية مكونة من رءوس المسلمين وخيارهم يرجع إليهم فى حكم ما يجد من الحوادث مما ليس فيه قرآن ولا سنة ويعمل بما اتفقوا عليه ، وأن يتطور هذا النظام بوضع نظام لاختيار أعضاء هذه الجماعة ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشئون الحياة ونظام لكيفية اجتماعهم وتشاورهم وقانونية الحكم الذى اتفقوا عليه . ولكن الحكومات الإسلامية[1] ما سارت على هذا النظام ولا عملت على أن تختار جماعة من رءوس المسلمين يتشاورون فى أحكام ما يجد من الحوادث ، وتركت التشريع للأفراد يفتى كل فرد أو يقضى بما رآه ولا عملت على اختيار مجموعة رسمية من اجتهادات هؤلاء الأفراد تكون قانوناً للمسلمين يزاد ويعدل حسب حاجاتهم فلم ينظم التشريع الإسلامى باختيار جمعية من المشرعين

---

(١) تنبه لهذا بعض ملوك الدولة الأموية بالأندلس فقد كونوا فى القرن الهجرى الثانى جمعية من العلماء لاستشارتهم فى التشريع وكثيراً ما يذكر فى تراجم بعض علماء الأندلس أنه كان مشاوراً وكثيراً ما أخذت هذه الجمعية برأى مخالف المذهب السائد فى بلادهم وهو مذهب الإمام مالك .

وتنبه لهذا بعض سلاطين الحكومة العثمانية فقد كونوا فى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر جمعية من كبار العلماء كلفوا بوضع قانون فى المعاملات المدنية تكون مآخذه الفقه الإسلامى ولو من غير المذاهب المعروفة متى كان الحكم يتمشى وروح العصر وقد سن هؤلاء القانون المسمى مجلة الأحكام العدلية وابتدأ العمل به فى سنة ١٢٩٣ هـ .

يكونون مصدر التشريع ولا باختيار مجموعة من الاحكام الاجتهادية تكون قانون المسلمين . وبهذا الإهمال جمد التشريع الإسلامى ووقف عن مماشاة الزمن وعن التطور بتطور المسلمين وزاد هذا الجمود تحجراً أن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل إلى أن تتحقق فى الوجود . رسموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية بعد عهد الرسول على حكم شرعى وقرروا أن الإجماع لا يتحقق إلا إذا عرف جميع المجتهدين من المسلمين فى العالم الإسلامى ، وأحصوا ، وأبدى كل واحد منهم رأيه صراحة فى الواقعة المعروضة ، وعلم رأى كل واحد منهم ، وعلم أن كل واحد منهم أصر على رأيه إلى أن تم إبداء كل واحد رأيه . وكأنهم أرادوا إجماعاً عالمياً قطعياً فى الحكم الذى ينعقد ، لا ما أراده الرسول حين قال لعلى اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد ، فهو إنما أراد أن يكون الرأى للجماعة لا للفرد ومافهم منه على بن أبى طالب أنه مكلف أن يجمع جميع العالمين من المؤمنين فى المدينة وفى البادية وفى اليمن وفى غيرها ، وإنما فهم أن يستشير غيره من أهل العلم ليكون الرأى رأى الجماعة لا الفرد . وأبو بكر لما جمع رءوس المسلمين وخيارهم جمع من أمكن جمعهم من الموجودين منهم بالمدينة وبالقرب منه وماروى أنه بعد أن جمع من بالمدينة من رءوس المسلمين وخيارهما أرجأ الفصل فيما عرض عليه حتى يأخذ رأى رءوس الصحابة الذين كانوا بمكة واليمن والشام وفى ميادين الجيوش وولاية الأنصار . وعمر لما قال ادعوا لى علياً ادعوا لى زيداً لم يعمل على أن يدعو كل أهل العلم من الصحابة ولما قال لشريح استشر أهل العلم والصلاح مافهم شريح أنه يستشير جميعهم . فالإجماع الذى رسموا صورته إجماع فرضى وهو غير الإجماع الذى انعقد فى عهد الصحابة . ولذا قال فريق من العلماء أنه غير ممكن انعقاده وما انعقد فعلا حتى بالغ بعضهم وقال إنه غير ممكن عقلا أى لا يتصور فى العقل وجوده ، ولعل هذه الصورة غير الحقيقية للاجماع هى التى رآها من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامى .

٤ — القياس :

أما القياس فهو تسوية الواقعة التى لا نص على حكمها بواقعة ورد النص بحكمها لاشتراك الواقعتين فى علة الحكم الذى ورد به النص . ومن تعريفه يتبين أن أساسه

الوقوف على علة حكم النص . وقد اتفق جمهور العلماء على أن الأحكام التى وردت بها النصوص مبنية على علل وأسباب شرعت لأجلها ، واتفقوا على أن هذه العلل والأسباب مرجعها جميعها إلى تحقيق مصالح الناس أى جلب النفع لهم أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم ، فكل حكم شرعه الله ورسوله فهو إنما شرع لجلب منفعة للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم . وقد أرشد الشارع إلى كثير من المصالح التى شرع من أجلها الأحكام ، وأرشد إلى عدة مسالك يتوصل بها إلى تعرف علل الأحكام والمصالح التى شرعت لتحقيقها وبهذا كان القياس ميدان البحث فى مصالح الناس وباب الوصول إلى الأحكام التى تحقق مصالحهم ، وما من مصلحة تقتضيها معاملات الناس وأحوالهم فى أى زمن فى أية بيئة إلا ولها مصلحة تشبهها راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . أو تندرج فى مصلحة كلية راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . ولهذا نص علماء الأصول من الحنفية على أن كل مصلحة اعتبر الشارع جنسها تصلح علة لحكم شرعى اعتبر الشارع جنسه ، فإذا أباح الشارع عقداً من العقود لحاجة الناس إليه صح أن يقاس عليه عقد آخر ثبتت حاجة الناس إليه لاشتراك العقدين فى أن فى كل منهما رفع الحرج عن الناس . فأساس القياس عند التحقيق هو التحقق من أن الحكم الذى يراد تشريعه فى الواقعة المسكوت عنها فيه جلب نفع للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم ، فمتى تحقق أن الحكم فى الواقعة يحقق هذه المصلحة فهو حكم شرعى وتشريعه هو قياس صحيح على ما شرعه الله لأن الله ما شرع الأحكام إلا لنفع الناس أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم . ومن عدل الله وحكمته أن تستوى أحكام الوقائع التى استوت فى عللها وأسبابها وأن لا يبيح تصرفا لأن فى إباحته رفع الحرج ، ويحرم تصرفا مثله . وعلى هذا الأساس قاس رسول الله وقائع على وقائع ، فقد روى أن جارية خثعمية قالت يا رسول الله إن أبى أدركته فريضة الحج شيخا زمنا لا يستطيع أن يحج . إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها الرسول : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم . قال : فدين الله أحق بالقضاء . وروى أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به زوجته أسود اللون ، فقال له الرسول هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال ما ألوانها ؟ قال حمر . قال هل فيها من أورق ؟

قال نعم . قال فمن أين ؟ قال لعله نزعة عرق . قال وهذا لعله نزعة عرق . وقاس أصحابه من بعده فإن رسول الله لما توفى ولم يستخلف صراحة خليفة ، قال الصحابة فى أبى بكر رضيه الرسول لديننا أفلا نرضاه لدنيانا ، وذلك لأن الرسول فى مرضه قال مروا أبا بكر فليصل بالناس . ولما امتنع فريق من الناس عن أداء الزكاة بعد موت الرسول ، وقالوا إنما كانت فرضاً علينا فى حياته ، قرر أبو بكر أن يقاتلهم ولما عارض عمر فى قتالهم قال أبو بكر إن جاحد الزكاة كجاحد الصلاة لا عصمة لدمه . وكل ما وقع للمسلمين فى عهد الصحابة شرعوا أحكامه باجتهادهم جماعات أو فرادى وأوضح طرق اجتهادهم القياس . وأساس قياسهم ما اهتدوا إليه من مصالح الناس ، وما فوتوا على الناس مصلحة لأنه لم يقم دليل شرعى على اعتبارها ، وما عطلوا قياسا لأنهم لم يقفوا على علة الأصل الذى يقاس عليه ، وما وقفوا ولا جمدوا عن تشريع الحكم فى أية واقعة طرأت لهم .

وقد قرر علماء الأصول أن المناسبة مسلك من المسالك التى يتوصل بها إلى معرفة علة الحكم ومعنى المناسبة أن تكون الواقعة المسكوت عنها فيها وصف خاصية لو شرع الحكم معها يكون فى تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، ومعنى هذا أن مناط التعليل وأساسه بناء الحكم على المصلحة ، ومن زاد البحث فى القياس تبين أنه ميدان السعة التشريعية ، ومجال العقل الإنسانى لتحقيق مصالح الناس . ولو فهمه حق فهمه من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامى لفهم أنه تجنى على هذه المصادر وغبنها .

٥ — الاستحسان :

الاستحسان مصدر تشريعى بنى عليه جمهور المجتهدين اجتهادهم فى كثير من الوقائع وعلى رأسهم أبو حنيفة وأصحابه . ومالك وأصحابه . وتوصلوا به إلى أحكام عدة فى وقائع ليس فيها قرآن ولا سنة .

ومن عرف حقيقة ما أرادوه بالاستحسان واستقرأ الأحكام التى استنبطوها به يتبين أن هذا المصدر مصدر التوسعة فى التشريع . وأنه المصدر الذى يتلافى به ما يحتمل أن يؤدى إليه بعض الأنسبة من تفويت لبعض المصالح . وأنه المصدر

الذى يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه ويتقدح فى عقله من مصالح قد لا تتفق وما يقتضيه القياس أو وما يؤدى إليه تطبيق القواعد العامة .

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضى فيها القياس الظاهر المتبادر حكما ولكن يستقر فى نفس المجتهد بناء على أدلة قامت عنده أن هذا الحكم لا يتفق والمصلحة فى هذه الواقعة وأن الذى يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفى غير متبادر فيحكم فى الواقعة بما يتفق والمصلحة بناء على هذا القياس الخفى ويعدل عن مقتضى القياس الظاهر ويسمى حكمه هذا حكما بالاستحسان .

مثلا : إذا وقف الإنسان أرضا زراعية ولم ينص على أن يدخل فى الوقف مالها من حق الرى أو الصرف أو المرور ، فمقتضى القياس الظاهر المتبادر أن لا تدخل هذه الحقوق فى وقف الأرض بدون نص عليها كما لا تدخل فى بيع الأرض بدون نص عليها . ومقتضى القياس الخفى أن تدخل هذه الحقوق فى وقف الأرض بدون نص عليها كما تدخل فى إجارة الأرض بدون نص عليها . فأبو حنيفة وأصحابه حكموا بدخولها فى وقف الأرض بدون نص عليها لأن المقصود من وقفها نفع الموقوف عليهم ولا يتحقق انتفاعهم بأرض زراعية إلا بهذه الحقوق وقالوا إن هذا الحكم مصدره الاستحسان .

وكذلك بعض الوقائع قد يؤدى تطبيق القواعد التشريعية العامة عليها إلى تفويت مصلحة أو يؤدى إلى ضرر أو حرج فيستقر فى نفس المجتهد بناء على ما قام عنده من الأدلة أن يستثنى هذه الواقعة وأن لا يطبق عليها القاعدة العامة ويحكم عليها بحكم آخر يتفق والمصلحة ويصدر فى حكمه هذا عن الاستحسان .

مثلا : الأجير المشترك كالخياط والكواء أمين على ما تحت يده من أموال الناس . والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن ما يهلك فى يده من أموال من ائتمنوه إلا إذا ثبت أنه تعدى عليه أو قصر فى حفظه ولكن تطبيق هذه القاعدة على الأجير المشترك يؤدى إلى تفويت مصلحة للناس لأنهم لا يطمئنون على أموالهم ويتحرجون من إعطائها له ، فأبو حنيفة وأصحابه تبعا للصحابة استثنوا الأجير المشترك من تطبيق

هذه القاعدة عليه وحكموا بأنه يضمن ما يهلك فى يده إلا إذا ثبت أن هلاكه كان بقوة قاهرة وقالوا أن هذا الحكم بناء على الاستحسان .

ومن هذا يتبين أن الاستحسان هو عدول عن قياس ظاهر إلى قياس غير ظاهر أو استثناء جزئية من تطبيق قاعدة كلية عليها لمصلحة اقتضت هذا العدول أو الاستثناء ودليل هذا العدول أو الاستثناء هو وجه الاستحسان . ويتبين أن هذا المصدر من أظهر الأدلة على أن الشارع توخى بالتشريع تحقيق مصالح الناس بكل وسيلة ممكنة لأنه فتح الباب للعدول عن مقتضى الأقيسة الظاهرة أو القواعد الكلية فى بعض الوقائع تحريا للمصلحة ودل بهذا على أنه لا ينبغى أن تقف أية عقبة فى تشريع ما تقتضيه المصلحة . قال الإمام الشاطبى ما معناه : إذا اقتضى القياس أمراً وكان ذلك الأمر يؤدى إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة فعلى المجتهد أن يعدل عن القياس إلى ما يحقق المصلحة لأن مقصود الشارع من التشريع تحقيق مصالح الناس . وتقريباً المراد من الاستحسان يعرف بأنه ترجيح ما تقضى به المصلحة فى بعض الوقائع التى لا نص فيها على ما يقضى به القياس أو تطبيق قواعد الفقه العامة ، فهو العمل بما تقتضيه المصالح عدولا عن قياس ظاهر أو قاعدة فقهية .

٦ — المصالح المرسلة : « الاستصلاح »

لا نعرف خلافا بين علماء المسلمين الذين يعتد بآرائهم فى أن أحكام الشريعة الإسلامية قصد بتشريعها تحقيق مصالح الناس ولا فى أن مصالح الناس هى مجموعة ضرورياتهم وحاجياتهم وتحسينياتهم ، لأن ضرورياتهم هى الأمور التى تتوقف عليها حياتهم وإذا اختل أمر منها اختلت حياتهم وعمتها الفوضى ومرجعها إلى حفظ دينهم ونفوسهم وأموالهم وأعراضهم وعقولهم ، ولأن حاجياتهم هى الأمور التى تقتضيها سهولة حياتهم ويسرها وإذا اختل أمر منها شقت حياتهم وجهدوا فيها ومرجعها إلى إباحة معاملاتهم ومبادلاتهم وتخفيف التكاليف عليهم والترخيص لهم بما يرفع الحرج عنهم ، ولأن تحسينياتهم هى الأمور التى تجمل حياتهم وتكفل لهم عيشة راضية وجماعة فاضلة ومرجعها إلى تنظيم معاملاتهم وتهذيب أخلاقهم

وما يقرب من المثل الأعلى للجماعات والأفراد . فإذا توافر للناس ما تتوقف عليه حياتهم ، وما تكون به حياتهم سهلة يسيرة لا حرج فيها ، وما تكون به حياتهم جميلة كاملة طيبة فقد توافرت لهم مصالحهم .

وقد دل استقراء الأحكام فى الشريعة الإسلامية فى جميع أبوابها وفروعها على أن كل حكم شرع فيها إنما قصد به تحقيق أمر ضرورى للناس ، أو حاجى لهم ، أو تحسينى ، أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة أى أنه ماقصد به إلا تحقيق مصلحة للناس . وهذه المصالح لا تتناهى جزئياتها لأنها تتجدد وتتولد بتجدد شؤون الناس وتطور حالهم .

وبعض جزئيات هذه المصالح شرع الشارع الإسلامى أحكاما لتحقيقها ودل بهذا على أنه قصدها بتشريعه واعتبرها أساساً له مثل الأحكام التى شرعها لحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعرض والعقل والأحكام التى شرعها للتخفيف والتيسير ورفع الحرج والأحكام التى شرعها للتطهير والتكميل وهذه تسمى فى اصطلاح علماء الأصول المصالح المعتبرة من الشارع . وهذه لا خلاف بين علماء المسلمين فى بناء التشريع عليها أى أن كل واقعة لم يرد بها نص إذا تحقق بالتشريع فيها مصلحة من المصالح التى بنى الشارع عليها الحكم فى واقعة النص يحكم عليها بالحكم الذى ورد به النص لأن اعتبار الشارع هذه المصلحة هو إذن بجعلها أساساً للتشريع . والاستدلال بها على الحكم هو اقتداء بالشارع فى تشريعه .

وبعض ما يبدو للناس أنه من مصالحهم قد دل الشارع بنصوصه أو بمبادئه العامة التى قررها على إلغائها وعدم اعتبارها مثل مايبدو للناس من المصلحة فى مساواة الإبن بالبنت فى الإرث فقد دل على إلغائها قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ومثل ما يبدو من المصلحة فى التشديد على موسر يفطر عامداً فى رمضان بأن لا يكفر ذنبه إلا صيام ستين يوما فقد دل على إلغائها بناء الشريعة على اليسر ورفع الحرج والنص على أن التكفير بعتق رق فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . فمن لم يجد فإطعام ستين مسكيناً ومثل أية مصلحة تبدو للناس وهى تصادم نصا فى الشريعة أو مبدأ عاما قررته الشريعة وتسمى هذه فى اصطلاح الأصوليين المصالح الملغاة .

ولا خلاف بين العلماء فى أنه لا يبنى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها بحكم من الأحكام .

وبعض المصالح التى تقتضيها الضرورة أو الحاجة أو التحسين لحال الناس . لم يرد من الشارع ما يدل على اعتبارها بأشخاصها أساساً للتشريع . ولا ما يدل على إلغائها بمعارضتها نصاً من نصوصه أو مناقضتها مبدأ من مبادئه مثل المصالح فى كثير من العقود والنظم والإجراءات التى تقتضيها حال الناس ولا دليل على اعتبار أشخاصها ولا دليل على إلغائها . وهذه تسمى فى إصلاح الأصوليين المصالح المرسلة أى المطلقة عن اعتبار الشارع لها أو إلغائه إياها . وجمهور علماء المسلمين على أنها تصلح أساساً للتشريع وللاستدلال بها على الحكم فيما لا نص فيه لأنها وإن كانت لم يعتبرها الشارع تفصيلا فقد اعتبرها جملة فى ضمن اعتباره فى التشريع مصالح الناس . فمتى تثبت باليقين أو الظن الراجح أن تحقيق أمر ضرورى للناس أو حاجى أو تحسينى يقتضى تشريع حكم من الأحكام ساغ تشريعه وكان الحكم شرعياً لأنه بنى على أساس مصلحة اعتبرها الشارع فى الجملة ولم يقم منه دليل على إلغائها . فهى عند التحقيق ليست مصلحة مرسلة وإنما هى مصلحة معتبرة من الشارع ولكن جملة لا تفصيلا وتسميتها مصلحة مرسلة لأنها لم تعتبر بشخصها لا لأنها لم تعتبر أصلا .

قال القرافى « ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة الصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وولاية العهد من أبى بكر لعمر ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير . وكذلك ترك الخلافة شورى ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وغير ذلك مما عمله الصحابة لمطلق المصلحة .

والذى خلص من أقوال العلماء فى المصلحة المرسلة أنه لا خلاف بينهم فى التشريع بها وأنه لم يذهب واحد منهم إلى أنه لا تشريع إلا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بذاتها لأن مصالح الناس تتجدد وقد تقتضى ضرورات الناس وحاجاتهم فى عصر من العصور مصالح لم يكن لها نظائر فى عصر التشريع ولا بد من التقنين لها وإنما الذى فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولاة الأمر اتخذوها وسيلة إلى التشريع

لتحقيق أهوائهم وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة ، وبعضهم شرع لمصلحة فردية لا مصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف فى التشريع بالمصالح المرسلة خوفا من اتخاذها وسيلة إلى الأهواء والمصالح الخاصة . وذهب بعض الأئمة إلى أنه لا ينبغى التشريع عليها سداً للذريعة إلى الشر ولكن منهم من سوغ بناء التشريع عليها واحتاط بأن شرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية . وأن تكون ظاهرة المناسبة والملاءمة بمعنى أن تشريع الحكم بناء عليها يتفق ومقاصد الشارع العامة من التشريع ويدفع ضرراً أو يرفع حرجا وأن تكون مصلحة حقيقية لا توهمية وعلى رأس هذا الفريق مالك بن أنس وأصحابه ، وأبو حنيفة وأصحابه ، لأن هذا مقتضى قولهم أن المصلحة تعد معتبرة من الشارع إذا اعتبر الشارع جنسها أساسا للتشريع .

وخلاصة القول فى مصادر التشريع الإسلامى أن الوقائع التى وردت نصوص فى القرآن أو السنة بأحكامها تطبق فيها أحكام هذه النصوص . وليس فى تطبيق هذه النصوص أى جمود أو مصادمة لمصالح الناس كما بيناه . وأن الوقائع التى لم ترد نصوص بأحكامها واتفق جماعة من أهل الذكر وأولى العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها يستنبط حكمها بالقياس على ما ورد النص به ، أو بتطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية . وإذا كان مقتضى القياس أو تطبيق القاعدة العامة فى جزئية من الجزئيات يفوت مصلحة أو يؤدى إلى ضرر أو حرج يعدل عنه إلى ما يقتضيه الاستحسان من الحكم الذى يتفق والمصلحة ويدل عليه وجه الاستحسان . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق ، ولا يقتضى حكما فيها قياس أو تطبيق قاعدة عامة يشرع فيها الحكم بناء على ما تقتضيه المصلحة المطلقة بشرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية وأن تكون مصلحة حقيقية لا هوائية وأن لا يصادم التشريع لتحقيقها نصا شرعيا ولا مبدأ عاما شرعيا ، وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ، ولا دلالة لقياس أو استحسان أو مصلحة مرسلة على حكم فيها فحكمها الإباحة بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة مصداق قوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » .

أهم المراجع الأصولية

لمن يرغب فى الاستزادة

١ — كتاب أصول فخر الإسلام البزدوى العالم الحنفى المتوفى سنة ٤٨٣ هـ وشرحه لعلاء الدين البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ

٢ — كتاب المستصفى لأبى حامد الغزالى العالم الشافعى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ

٣ — كتاب روضة الناظر وجُنة المناظر لابن قدامة المقدسى العالم الحنبلى المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

٤ — كتاب الموافقات لأبى اسحاق ابراهيم الشاطبى الغرناطى العالم المالكى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ

وهذه الكتب الأربعة كتب قيمة جليلة الشأن وكل كتاب فيها يعبر أصدق تعبير عن أصول فقه مذهب من المذاهب الأربعة وكلها مطبوعة ومتداولة وأفضل طبعات الموافقات للشاطبى طبعة المكتبة التجارية الكبرى بتعليق وتصحيح المرحوم العالم الجليل الشيخ عبد الله دراز .

٥ — القياس فى الشرع الإسلامى بحث قيم مسهب فى الجزء الثانى من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥٠ هـ

٦ — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . والشوكانى من نفاة القياس . ومن الدعاة إلى فتح باب الاجتهاد والحاملين على القائلين بإيجاب التقليد .

٧ — أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضرى المتوفى سنة ١٩١٧ م . وهو كتاب على إيجازه جامع نافع .