

البَابُ الثَّانِي

المصادر الفرعية (أو المختلف عليها)

(٣٥٨-٢٦٥)

تمهيد .

الفصل الأول : الاستحسان .

الفصل الثاني : المصالح المرسلة .

الفصل الثالث : الاستصحاب .

الفصل الرابع : العُرف .

الفصل الخامس : قول الصحابي .

الفصل السادس : شرع من قبلنا .

مَهَيِّدٌ

تطلق «المصادر الفرعية» -أو المختلف عليها- ويراد بها -كما أسلفنا من قبل- تلك المصادر التي هي وراء المصادر الأصلية الأربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس. وتشمل الفرعية فيما تشمل: الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة (الاستصلاح)، والعرف، وشرع من قبلنا، وقول الصحابي . . وغيرها.

ولئن كانت المصادر الأصلية -وفيها القياس- موضع اتفاق بين جماهير المسلمين إن المصادر الفرعية موطن اختلاف وتعدد في وجهات النظر عند العلماء. غير أن البحث يهدينا إلى أن الاختلاف كثيراً ما يكون حول التسمية والاصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

فترى بعض المنكرين لواحد من هذه المصادر أو أكثر: يأخذون بالمضمون ولكن تحت تسمية أخرى، والبعض -كما سنرى- يحملهم على عدم عدّ طريق من الطرق مصدراً للاستدلال: أن هذه المصادر الفرعية تابعة للمصادر الأصلية ومردّها إليها. ولا ضير ما دامت الحدود مضمونة والخطوات لا تعدو على النصوص، والأمور توزن في ضوء الكتاب والسنة، وروح الشريعة التي أقرت التعليل في ساحة كبيرة من الأحكام، وأعطت تحقيق المصالح المشروعة، ودرء المفاسد، ما يليق بهما من العناية والدقة والضبط.

والشريعة - في شمولها ومقاصدها - لا بد أن تلبي حاجات الزمن في المجتمع الذي يتطور في ظلها، والمصادر الفرعية - على تفاوتها قوة وضعفاً - كانت انعكاساً طبيعياً لقدرة هذه الشريعة على العطاء .

الفصل الأول

الاستحسان

التعريف بالاستحسان :

ثبت عن ابن مسعود - رضي الله عنه - قوله : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(١).

والاستحسان في اللغة هو : « عدُّ الشيء حسناً ، سواء أكان هذا الشيء من الأمور المحسنة أم كان من الأمور المعنوية »^(٢) وربما دخل من طريق اللغة : العلم بحسن الشيء ، فيقال : فلان يستحسن القول بالمسألة الفلانية ، وربما دخل أيضاً : الاعتقاد وحسن الظن بالشيء ، بحيث يقول المجتهد مثلاً : قد استحسنت حكم كذا ، بناء على أماره حملته على ذلك .

أما في الاصطلاح - عموماً - وقبل تفصيل أقوال الأئمة : فيمكن تعريفه بأنه : « عدول في الحكم عن طريقة إلى طريقة هي أقوى منها »^(٣).

(١) «المسند» للإمام أحمد : (١/ ٣٧٩) . وانظر : «الربانيون - قدوة وعمل -» للمؤلف : (ص ١٢٨) .

(٢) «القاموس المحيط» و«لسان العرب» مادة : (ح س ن) .

(٣) وانظر : «أصول السرخسي» : (٢/ ٢٠٠) . «جمع الجوامع» لابن السبكي مع «شرحه» للمحلي و«حاشية البناني» : (٢/ ٣٥٣) .

موقف العلماء من الاستحسان :

- لقد نسب القول بالاستحسان إلى بعض الأئمة ، كما نقل إنكاره عن آخرين :
- ١- فقد قال به المالكية والحنفية والحنابلة .
- ٢- ولم يصرح به الشافعية ، بل كان الإمام الشافعي يرى في القياس غناءً عنه وهو القائل : «من استحسن فقد شرع» وحلال الله وحرامه - كما يقول - : أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان^(١) .
- أ- وهكذا فقد روى محمد بن عزيز العتبي في كتابه (المستخرجة) عن ابن القاسم أن مالك بن أنس - إمام دار الهجرة - قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم . وقال مالك في بعض فتاواه : استحسن في كذا أن يكون الحكم كذا . . . حتى نقل أن إمام دار الهجرة قد عول في كثير من الأحكام التي استنبطها على الاستحسان ، وبنى عليه كثيراً من الأبواب ومسائل المذهب ، وذلك ما نقله بعض المالكية في (أصول الفقه) فقال ابن خويز منداد : وقد عول مالك على الاستحسان ، وبنى عليه أبواباً ومسائل من مذهبه^(٢) .
- ب- أما الحنفية : فقد كانت عنايتهم بالاستحسان - بحيث يعارضون به القياس - أكثر وأكثر ، كما يلاحظ ذلك في مؤلفاتهم ، وما ينقلونه من الأحكام التي يعتبرون أن مصدرها الاستحسان ، حتى إن عبارات : «القياس كذا والاستحسان كذا ، وذاك ما يقتضيه الاستحسان» مشهورة عندهم في كتب الأصول والفروع . وقد روي عن الإمام محمد بن الحسن قوله : «إن العالم بالاستحسان مع باقي الأدلة يسعه الاجتهاد في كل شيء من أموره» .

(١) وانظر : «الرسالة» : (ف ٧٠ ، ١٤٦٣) . «الأم» للشافعي : (٢٥٧/٧) .

(٢) انظر : «الذخيرة» للقرافي : (١/٤٨) . و«رسائل الإصلاح» للخضر حسين : (٣/٦٩) .

وفي تصوير لعناية أبي حنيفة - رحمه الله - بالاستحسان ومقدار ما كان يحفل به ، وكيف تبدو قدرته الفقهية عند الأخذ به يقول : إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس ، فإذا قال : أستحسن ، لم يلحق به أحد ، ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ، فإذا قبح القياس استحسن^(١) .

موقف المالكية :

نقل القرافي في «الذخيرة» عن المحقق الباجي أنه قال : «الاستحسان هو القول بأقوى الدليلين» وهو المنقول عن ابن رشد الحفيد أيضاً^(٢) .

ويلاحظ أن أكثر ما يكون الأخذ بأقوى الدليلين عندهم ، أو الترجيح بين الأدلة المتعارضة ، أن يكون هنالك ما يدعو للتيسير ورفع المشقة ، بحيث يرى أن الأخذ بالقياس قد يؤدي إلى غلو في الحكم ، فيجئ المجتهد إلى الاستحسان باستعمال مصلحة جزئية ، أو عرف ، أو سد ذريعة في مقابل قياس كلي ، أو ترجيح أحد القياسين على الآخر ، بحيث يكون أحدهما جلياً والآخر خفياً .

فمنع الغلو فيما يمكن أن يوصل إليه القياس ، والحرص على المصلحة الجزئية ، وجلب التيسير ورفع المشقة ، كلها أمور يضعها الفقيه في حسابه عندما يريد أن يجئ من قياس جلي إلى قياس خفي ، أو أن يجئ إلى المصلحة ، أو العرف ، أو غيرهما في مقابل القياس ، وهذا كله استحسان عندهم .

وهكذا لا يكون الاستحسان دليلاً مستقلاً عند المالكية ، وإنما هو ترك قياس جلي لقياس خفي ، أو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيه قياس كلي .

(١) انظر : «كشف الأسرار» : (١٢٣/٤) فما بعد . و«أصول الفقه» لأستاذنا أبي زهرة : (ص ٢٥١) .

(٢) «رسائل الإصلاح» للخضر حسين : (٧٠/٣) .

ويمكن إيضاح ذلك بالمثال التالي:

لما كانت العدالة هي التي ترجح جانب الصدق على جانب الكذب في الشهود حتى يلزم القضاء بالحكم، فإن القياس يوجب عدالة الشهود في كل قضية معروضة للنظر أمام القضاء.

ولكن إذا حملت الظروف قاضياً إلى بلد، لا يوجد فيه عدول، وكل شاهد فيها غير شاهد عدل، فإنه يجب على هذا القاضي أن يقبل شهادة من يوثق بقوله في الجملة... وهذا استحسان حمل عليه الحرص على عدم تضييع الأموال والأولاد.

وهكذا نرى أن هذا الاستحسان - ومثله كثير عند المالكية - كان منعاً لغلو القياس، إذ إن غلوه كثيراً ما يؤدي إلى القبح، وهذا مما لا ينسجم مع روح الشريعة، ومن هنا روي عن الإمام مالك قوله: «إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة»^(١). مع أنه كان يقول: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»^(٢).

موقف الحنفية:

أما الحنفية: فقد نقلت عنهم تعريفات كثيرة للاستحسان من أبينها ما جاء عن أبي الحسن الكرخي حيث يقول: «الاستحسان هو أن يعدل الفقيه عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول»^(٣).

(١) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني: (ص ٢٤١). «أصول الفقه» لأبي زهرة، (ص ١٥٣).

(٢) «أصول الفقه» لأبي زهرة: (ص ٢٦٢).

(٣) «أصول السرخسي»: (٢/ ٢٠٣). «أصول الفقه» لشيخنا أبي زهرة: (ص ٢٦٢).

فمن الواضح أن هذا التعريف يشير إلى حقيقة الاستحسان والأساس الذي يقوم عليه، وفي الوقت نفسه يشمل كل أنواعه؛ فمحور الاستحسان والأساس الذي يقوم عليه، أن يجيء مخالفاً قاعدة مطردة لسبب يجعل الخروج على القاعدة أقرب إلى الشرع من الأخذ بالقاعدة نفسها، فيكون هذا الخروج على القاعدة -وهو الاستحسان-: أقوى استدلالاً في المسألة من القياس.

فإذا عرضت واقعة ليس فيها نص ولا إجماع، وتبين أن للنظر فيها وجهتين مختلفتين، إحداها ظاهرة تقتضي حكماً، والأخرى خفية تقتضي حكماً آخر، ولكن استقر في عقل المجتهد دليل رجح إحدى الوجهتين، وهي الوجهة الخفية - كما لو كانت هناك مصلحة جزئية لا يترتب على اعتبارها مفسدة - فعدل عن وجهة النظر الظاهرة إلى الوجهة الخفية: فهذا العدول هو الاستحسان.

وهكذا يكون من دلالة التعريف: أن يشمل الاستحسان العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، واستثناء مسألة جزئية من أصل كلي، لدليل استقر في عقل المجتهد واطمأنت نفسه إليه.

وظاهر، أن المجتهد يلجأ إلى الاستحسان في هذه الجزئية التي تكون في مقابل قاعدة كلية، لكيلا يؤدي الإغراق في الاستمسك بالقاعدة التي هي القياس، إلى مجافاة مقاصد الشرع والابتعاد عن روح الشريعة ومعناها^(١).

أنواع الاستحسان عند الحنفية:

تنوع الاستحسان عند الحنفية بناء على حقيقته إلى نوعين رئيسيين هما^(٢):

(١) راجع «أصول السرخسي»: (٢/٢٠٣) فما بعدها.

(٢) انظر لأنواع الاستحسان: «أصول البزدوي» مع «كشف الأسرار»: (٤/١٢٤) فما بعدها.

«أصول السرخسي»: (٢/٢٠٢-٢٠٥). «التوضيح مع التلويح»: (٢/٨٢).

أ- الاستحسان القياسي .

ب- استحسان الضرورة .

أ- أما الاستحسان القياسي: فهو الثابت بالقياس الخفي، ويتحقق ذلك -كما سبق- بأن يتنازع مسألة قياسان، أحدهما ظاهر جلي، والآخر خفي. أو أقل منه ظهوراً.

ويختلف الحكم المراد إعطاؤه للمسألة باختلاف القياس الذي يستعمل، واللجوء إلى الاستحسان، يكون بإعطاء الحكم على أساس القياس الخفي الذي رجحه في ذهن المجتهد، تحقيق مصلحة مشروعة أو دفع مفسدة، أو منع للغلو والإغراق في القياس.

والأمثلة على ذلك كثيرة مثورة في كتب الأصول والفروع:

منها: مسألة حق المرور والشرب في الأرض الموقوفة؛ فالناظر في هذه المسألة الملم بأطرافها، يرى وجهتين مختلفتين تقومان على أن الوقف يتنازع بالنسبة لحق المرور شبهان: شبه بالبيع، وشبه بالإجارة.

١- فالوجهة الأولى: ظاهرة، وتقضي بعدم دخول حق المرور في الأرض الزراعية الموقوفة؛ لأن الوقف يشبه البيع، بجامع أن كلا من الوقف والبيع يخرج العين عن ملك صاحبها، ولما كانت الأرض الزراعية إذا بيعت لا يدخل معها في البيع حق المرور والشرب إلا بالنص: فكذلك إذا وقفت هذه الأرض، ينبغي ألا يتبعها حق المرور إلا بالنص وهذا قياس جلي.

٢- أما الوجهة الثانية: وهي أقل ظهوراً من الأولى -أو خفية- فتقضي بدخول حق المرور في الأرض الزراعية الموقوفة، بناء على أن الوقف يشبه

الإجارة في أن كلاً منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين، فكما يدخل حق المرور والشرب مع الأرض إذا أجرت، فكذلك ينبغي أن يدخل هذا الحق مع الأرض إذا أوقفت، وهذا قياس خفي.

غير أن هذه الوجهة الثانية إنما كانت خفية أو أقل ظهوراً من سابقتها، بسبب أن شبه الوقف بالبيع أظهر من شبهه بالإجارة، وإنما رجح هذه الوجهة الثانية ما استقر في عقل المجتهد بعد النظر في المصلحة وغرض الشارع من أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليهم، ولا يحصل هذا المقصود إلا بتوفير حق المرور والشرب، فعدل المجتهد عن الوجهة الظاهرة إلى الوجهة الخفية، وحكم بدخول حق المرور في الأرض الزراعية، لما يقتضيه مقصود الانتفاع.

فهذا العدول من المجتهد عن الحكم الأول - وهو عدم دخول حق المرور - إلى الحكم الثاني - وهو دخول حق المرور في الوقف - هو من الاستحسان القياسي؛ لأنه يثبت من طريق القياس الخفي، إذ أخذنا به ورجحناه في مقابلة القياس الجلي^(١).

ب- أما استحسان الضرورة: فهو أن يوجد في المسألة ضرورة موجبة، أو مصلحة مقتضية تحمل المجتهد على ترك القياس دفعاً للحرج والعسر، أو تحقيقاً للمصلحة وسداً للحاجة.

١- من أمثلة ذلك: تطهير الآبار والأحواض التي تقع فيها النجاسة، فإنه لا يمكن تطهيرها إذا أخذنا بالقياس، ذلك أن القياس يقضي بنجاسة البئر أو الحوض الذي وقعت فيه النجاسة؛ لأن إخراج بعض الماء لا يؤثر في طهارة ما بقي من الماء

(١) راجع «أصول البزدوي» مع «كشف الأسرار»: (٤/١١٢٦). «مذكرات البرديسي»: (ص ١٣٢).

فيه . والأخذ بهذا القياس يوقع الناس في الضيق والخرج^(١) والله يقول: ﴿هُوَ أَجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢)، ورسول الله ﷺ يقول: «يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا»^(٣). وهكذا فقد استحسّن العلماء تطهير هذه الآبار أو الأحواض بطريقة مفصلة في مظانها، والذي حملهم على الاستحسان: إبعاد الناس عن الحرج الذي رفعته كثير من نصوص الكتاب والسنة^(٤).

٢- ومنها: أن القاعدة العامة عدم صحة التبرع من المحجور عليه، ولكن العلماء جنحوا إلى غير هذا، فحكموا أن المحجور عليه لسفه، تصح وصيته في سبل الخير استحساناً، والذي رجح هذا الاستحسان: أن المقصود من الحجر حفظ مال المحجور عليه، لكيلا يكون كلاً على غيره في المجتمع، والوصية في سبل الخير - وإن كانت تدرج تحت التبرع - إلا أنها تأتي بخير، ولا تتنافى مع المقصود الذي كان الحجر من أجله، بسبب أنها لا تفيد الملك إلا بعد الوفاة، فاستثنت من التبرع الذي قضت القاعدة العامة بعدم صحته من المحجور عليه، وهذا الاستثناء من القاعدة العامة كان استحساناً^(٥).

وهكذا نرى أن هذا النوع من الاستحسان يفتح الطريق أمام المجتهد، لتكون أحكامه متفقة مع روح الشريعة ومقاصدها في تحقيق المصالح المشروعة ورفع

(١) «أصول السرخسي»: (٢/٢٠٣). «مسلم الثبوت»: (٢/٣٢٢).

(٢) سورة الحج، الآية: ٧٨.

(٣) رواه البخاري في العلم برقم: (٦٩). ومسلم في الجهاد برقم: (١٧٣٤) من حديث أنس ومن حديث أبي موسى. رواه مسلم في الجهاد برقم: (١٧٣٢).

(٤) وانظر: «أصول السرخسي»: (٢/٢٠٣).

(٥) وانظر لهذا المثال ولأمثلة أخرى: «كشف الأسرار» لعبدالعزیز البخاري على «أصول البزدوي»:

(٤/١١٢٩). «أصول السرخسي»: (٢/٣٢٣). «المدخل الفقهي العام» لأستاذنا الزرقاء:

(١/٥٥) فما بعد.

الخرج، وكثيراً ما يكون في ذلك حيلولة دون ما يتولد عن الإغراق في القياس من مصاعب.

من أنواع الاستحسان:

وبعد الذي ذكرنا من استحسان القياس واستحسان الضرورة، نود أن نشير إلى أن معظم علماء الحنفية من الأصوليين يطلقون على الأخذ بنص خاص من نصوص السنة، في مقابل القياس العام اسم الاستحسان، ويدعونه (استحسان السنة).

وهذا الاستحسان -كما ترى- عدول عن حكم القياس إلى حكم ثبت بالسنة.

١- مثال ذلك: أن من أكل أو شرب ناسياً في رمضان، فإن القياس يقتضي فساد صومه؛ لأنه وقع في مخالفة قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(١). والشيء لا يبقى مع وجود ما ينافيه.

ولكن هذا القياس الذي يقضي بفساد الصوم ترك واعتبر الصيام صحيحاً، لما ثبت في السنة الصحيحة من قوله ﷺ: «من نسي فأكل أو شرب وهو صائم، فليتم صومه فإنما الله أطعمه وسقاه»^(٢).

وقد روي عن أبي حنيفة قوله: «لولا الرواية لقلت بالقياس» أي لولا هذا النص من السنة الذي دل على عدم فساد صوم من أكل أو شرب ناسياً، لقال

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٢) رواه البخاري في الصوم برقم: (١٩٣٣)، وفي الأيمان والنذور برقم: (٦٦٦٩). ومسلم في الصيام برقم: (١١٥٥) من حديث أبي هريرة.

- رحمه الله - بالقياس . وسمى الحنفية هذا العدول عن حكم القياس إلى الحكم الذي ثبت بالسنة استحساناً^(١) .

٢- ومثله : صحة السكّم فإن القياس يقتضي عدم صحة بيع المعدوم عند العقد لما يؤدي إليه من النزاع ، إلا أن هذا القياس ترك استحساناً بالنص وهو قوله ﷺ : «من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم»^(٢) .

وإلى جانب هذا النوع يعتبرون الأخذ بالإجماع في مقابل القياس استحساناً ، وهذا الاستحسان - كما نرى أيضاً - هو العدول عن حكم القياس إلى حكم مخالف ثبت بالإجماع .

وأنت ترى أن من الغرابة اعتبار العدول عن حكم القياس إلى حكم يثبت بنص صحيح من نصوص السنة ، أو العدول عن حكم القياس إلى حكم ثبت بالإجماع . . . استحساناً .

ذلك أن الاستحسان مهما كان شأنه ، فإن السنة هي المصدر الثاني من مصادر الشريعة ، والإجماع هو المصدر الثالث ، فإذا وجدت السنة الصحيحة فكيف يمكن العمل بقياس أو استحسان؟ وإذا وجد الإجماع أيضاً فكيف يمكن أن نعمل بالاستحسان؟

وإذن فالمفروض أن يقال : هذا حكم ثبت بالسنة ، وذاك حكم ثبت بالإجماع ، أما أن يقال : عدل عن القياس إلى السنة استحساناً ، وعدل عن القياس إلى

(١) انظر : «كشف الأسرار» : (٤/ ١٢٥) . «المدخل الفقهي العام» لأستاذنا مصطفى الزرقاء : (٥٢/ ٥٥) .

(٢) رواه البخاري في السلم برقم (٢٢٤٠ ، ٢٢٤١) ، ومسلم في المساقاة برقم (١٦٠٤) .

الإجماع استحساناً، فهذا في ظاهره يحول بيننا وبين وضع كل من المصادر موضعه الطبيعي، ويباعدنا عن التحديد والدقة في مناهج الاستنباط التي وضعها علماؤنا لأخذ الأحكام، فأين مكان الاستحسان مع وجود نص أو إجماع؟ وأين الضبط في جعل الأخذ بالسنة أو الإجماع قسيماً للأخذ بقياس خفي في مقابل قياس جلي، أو العدول عن القياس لدفع حرج أو لتحقيق مصلحة جزئية؟

تنبيه:

وبجانب هذا الذي قلناه يلاحظ أن هذا الاتجاه يكشف عن أن الاستحسان يشمل -عند الحنفية- استحسان المجتهد واستحسان الشارع، مع أنه لا بد من التفريق بينهما . .

إذ إن ما يثبت بالنص الصحيح من السنة في مسألة ما مخالفاً لما يثبت فيها بقياس أمثالها لحكمة يراها الشارع: هو استحسان الشارع، وهذا خارج عن الموضوع الذي نحن فيه، إذ إن الكلام هو في استحسان المجتهد أو الفقيه الذي يفهم نصوص الشارع، ويدرك علل الأحكام فيها، ثم يقيس عليها ما تسنى له القياس، ويستحسن حين تنهياً دواعي الاستحسان، وسلامة الطريق إليه: على هدي ما تمليه روح الشريعة ومقاصدها، والغرض الذي يرمي إليه الشارع الحكيم فيما يشرع من أحكام^(١).

موقف الحنابلة:

في كلام الإمام أحمد -رحمه الله- ما يقتضي أن الاستحسان: عدول عن موجب قياس لدليل أقوى. واختار هذا أبو الوفاء بن عقيل من الحنابلة.

(١) انظر: «المدخل الفقهي» لأستاذنا مصطفى الزرقاء: (١/ ٥٧-٥٨). «أصول التشريع الإسلامي» لعلي حسب الله: (ص ١٣٣).

وقد كشف صاحب «المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، عن المراد بالاستحسان المنسوب إلى ابن حنبل فقال: وأنت إذا تأملت في الاستحسان المنسوب إلى الإمام أحمد ترى معناه تقديم الدليل الشرعي أو العقلي لحسنه. ومثل هذا يجب العمل به؛ لأن الحسن ما حسنّه الشرع، والقبيح ما قبحه الشرع^(١).

ومن أمثلة الاستحسان عند الحنابلة: مسألة ما إذا اشترى ما باع، بأقل مما باع قبل نقد الثمن الأول، فهو جائز قياساً، ولكنه لم يجز استحساناً، فالحكم في نظائر هذه المسألة من الرويات، الجواز بمقتضى القياس، ولكن عدل بها عن نظائرها بطريق الاستحسان فمنعت، لما قد يترتب على ذلك من المخالفة.

وأنت ترى أن ما جنح إليه الحنابلة في الاستحسان لا يخرج عن الإطار العام الذي رسمه له العلماء. والأساس: أنه لا عدول عن القياس إلا بمرجح من تحقيق مصلحة أو دفع حرج، أو ما يكون من هذا القبيل^(٢).

الإمام الشافعي والاستحسان:

لقد استبان مما سبق: أن بواعث الاستحسان في الحدود التي رسمناها فهماً من كلام العلماء: لا يخرج عن روح الشريعة ومقاصدها من تحقيق مصلحة

(١) «المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل» لعبد القادر بدران: (ص ١٣٦). وانظر: «ابن الحاجب مع العضد والفتنازاني»: (٢/ ٢٨٨-٢٨٩).

(٢) لذا كان مما يروى عن الإمام أحمد أنه: «يجوز شراء أرض السواد بالعراق - ولا يجوز بيعها، قيل له: فكيف يشتري من لا يملك البيع؟ فقال: القياس هكذا، وإنما هو استحسان»، وإذا تذكرنا الفارق بين وضع أرض السواد وبين غيرها من الأراضي العادية يومذاك، تسنى لنا إدراك مرجع الاستحسان عنده. «المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل» لبدران: (ص ١٣٦).

مشروعة، أو درء مفسدة، أو دفع حرج يمكن أن يقع به المكلفون، فيما إذا حصل إغراق في القياس.

والباحث يرى -فعلاً- أن كثيراً من الأحكام عولج فيها غلو القياس بالاستحسان.

نقول هذا مع التذكير بما قلناه، عما أسماه الحنفية استحسان النص، وعما أسموه استحسان الإجماع.

هذه واحدة. وأما الثانية فهي أن ما نقوله يمكن على هديه إلقاء لون من الضياء على موقف الشافعي -رحمه الله-.

فقد جاء عنه قوله في «الرسالة»: «من استحسّن فقد شرع» وقوله: «ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر، بما يحضرهم من الاستحسان، وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز»^(١). وقرر في كتابه (الأم): «أن الاستحسان تلذذ وقول بالهوى فلا يكون أصلاً للأحكام الشرعية، وأن الاستحسان لا ضابط له، فلو أخذنا به لاختلقت الأحكام في المسألة الواحدة»^(٢).

ولئن كان الإمام الشافعي -رحمه الله- يعني بقوله: «فقد شرع» أي وضع شرعاً جديداً، وأقام نفسه مقام الشرع: إن علينا أن نذكر أن هذا الاستحسان الذي يعنيه الإمام ابن إدريس، لا ينطبق على الاستحسان الذي تحدثنا عنه وفصلنا

(١) «الرسالة»: (ص ٥٠٥).

(٢) «الأم»: (٦/ ٢٠٥). واستدل في كتاب «إبطال الاستحسان» على أنه: «لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم، وذلك من الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجباً، ولا في واحد من هذه المعاني». «الأم ج ٩ كتاب إبطال الاستحسان: ص ٦٧-٦٨»، تحقيق د/ رفعت فوزي عبدالمطلب.

حدوده، وضربنا عليه بعض الأمثلة، فليس هناك شرع جديد، وإنما ترجيح بدليل يجعل المجتهد يعدل عن القياس الجلي إلى القياس الخفي، أو يحكم باستثناء مسألة جزئية، في مقابلة أمر كلي للبواعث التي ألمحنا إليها.

وما دام الأمر منضبطاً على هذه الشاكلة، فالذي يمكن فهمه من كلام الشافعي إذن، أن ما يعنيه هو أن يكون الاستحسان صورة عن الانحراف والميل مع الهوى، وجعل نصوص الشريعة تابعة لا متبوعة، مع أن الأصل أن المجتهد من وراء النصوص؛ لأنه حتى الاجتهاد - ومنه القياس - إنما كان بدعوة من الشارع.

وما جاء في (الأم) من أن الاستحسان تلذذ وقول بالهوى فلا يكون أصلاً للأحكام الشرعية: مؤيد ومؤكد لما نقول.

وما أحسب عالماً أميناً على شريعة الله يرتضي أن يكون القول بالهوى دليلاً لحكم شرعي، والله تعالى يقول مخاطباً نبيه ﷺ: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(١)، ويقول: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ...﴾^(٢).

وإذن: فالاستحسان الذي ينكره الإمام الشافعي، والذي أطال الكلام فيه وأبدع، إنما هو ذلك الذي لا يمكن أن يقول به إلا ظالم لنفسه، منحرف عن جادة الحق، معرض عن حدود شريعة الله، فهو يقصد القول بالتشهي من غير دليل، وهو باطل عند الجميع.

ولذلك نرى المحققين يستنكرون أشد الاستنكار ما ورد على لسان البعض في تعريف الاستحسان أنه: «دليل يقذفه الله في قلب المجتهد، تقصر عنه عبارته»، وقد اعتبروا أن هذا تفسير بما تضافرت أصول الشريعة ومدلولاتها على إسقاطه

(١) سورة ص، الآية: ٢٦.

(٢) سورة المؤمنون، الآية: ٧١.

وإخراجه من دائرتها. ومن عجب أن يكون هناك تصور لعالم بلغ من المعرفة ما أوصله إلى رتبة استنباط الأحكام من أدلتها، ولا تكون عنده القدرة على الإعراب عما انقدح في ضميره، وأضاء في ذهنه من المعاني^(١).

ثم إن كثيراً من أهل التأويل الفاسد، وأصحاب الأهواء قد دخلوا من مثل هذه الأبواب؛ فقبول أن ينقدح في ذهن شيء ولا يستطيع التعبير عنه، قد يكون جسراً يعبر عنه أولئك الذين ينشدون التضليل والعبث بالأحكام، وهذا ما أجمع العلماء الذين يشعرون بعبء الأمانة على رده، وهم مع الشافعي في إعلان الحرب على ما يمت إليه بصلة.

على أننا لو أمعنا النظر في الشروط التي وضعها الإمام الشافعي - رحمه الله - للقائس - الذي يود استخدام القياس - فضلاً عن الذي يريد أن يستعمل الاستحسان، تلك الشروط الدقيقة الجامعة، من علم واسع، وعقل راجح، وقدرة على التبصر في الأمور الشرعية، ومعرفة بالاختلاف، ومنازع الاجتهاد والمجتهدين، وإطلاع على ما يدور حوله، وخبرة بشؤون الوقائع التي يريد معالجتها بأحكام الشريعة؛ لو أمعنا النظر في هذه الشروط لرأينا الاستحسان - وكأنه مندرج - فيما أراده الشافعي من القياس، إذ ما الذي يتركه للاستحسان، ذلك القائس الذي طلب له الإمام الشافعي كل تلك المؤهلات!! ولذلك نقل عن الشافعي - رحمه الله - أنه قال: «أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً»، «أستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتاب»^(٢).

(١) قال صاحب «المدخل إلى مذهب ابن حنبل»: ثم قيل في تعريفه - يعني الاستحسان - أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه. وهو بهذا التعريف هوس؛ لأن ما هذا شأنه لا يمكن النظر فيه لتستبان صحته: (ص ١٣٤).

(٢) جاء في «جمع الجوامع وشرحه» للمحلي: «أما استحسان الشافعي التحليف على المصحف، =

فإذا أضفنا ذلك كله إلى أن كثيراً من وقائع الاستحسان - كما أسلفنا - مردها ترجيح بين دليلين، والعدول عن حكم إلى آخر أوجه وأقوى. وصلنا إلى تكييف للموضوع يضيق كثيراً من شقة الخلاف. بل إن سعد الدين التفتازاني يقول: «الحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع»^(١). وقال الجرجاني: «والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه»^(٢).

وأوضح ذلك صاحب «كشف الأسرار» فقال: «وإذا صح المراد، أي ثبت وظهر على ما قلنا أنه اسم لأحد القياسين أو اسم للدليل الأقوى في مقابلة القياس، ولا خلاف لأحد في صحة العمل به: بطلت المنازعة في العبارة»^(٣)، وهكذا يجعلون الأمر اختلافاً في التعبير والاصطلاح.

ولئن كنا نذكر بالكثير من التقدير والعرفان، أولئك الذين قالوا بالاستحسان حرصاً على أن يمتد رواق الشريعة على كثير من الوقائع الطارئة، وتحقيقاً لما تقتضيه روحها ومقاصدها، وسيراً مع اليسر وعدم الحرج، ودفعاً لما يمكن أن يكون من غلو الأخذ بالقياس، إننا لنذكر الإمام الشافعي - رحمه الله - علماً من أعلام هذه الشريعة، يزود عن حياضها، عرضاً يخاف عليه أن يثلم، وحمى يخشى على حدوده أن تستباح. . كي لا تكون الأحكام هوى يتبع، والاستنباط استهتاراً بالحدود والمعالـم. . وما دام الحق رائد الجميع، فليس عجيباً أن يلتقي

= والخط في الكتابة لبعض من عوضها أو نحوها كاستحسانه في المتعة ثلاثين درهماً: فليس منه،

أي ليس من الاستحسان المختلف فيه إن تحقق» (٢/ ٣٥٤).

(١) انظر: «التلويح على التوضيح»: (٢/ ٨١).

(٢) «حاشيته على شرح العضد لمختصر المنتهى»: (٢/ ٢٨٨). وراجع: «المستصفى للغزالي:

(١/ ٢٧٤-٢٨٣). وانظر كلام الشوكاني في: «إرشاد الفحول»: (ص ٢٤٢).

(٣) «كشف الأسرار» مع «أصول الهزدوي»: (٤/ ١١٣٣).

على هذا الحق أهله مهما تلونت السبل، واختلفت الأسماء: ﴿قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ فَرَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَنْ هُوَ أَهْدَى سَبِيلًا﴾ (١).

ولعل من الخير أن نضيف إلى ما سبق في شأن استدلال الإمام الشافعي على بطلان الاستحسان: ما ذهب إليه أستاذنا الشيخ: محمد أبوزهرة من أن ما استدل به الإمام الشافعي على بطلان الاستحسان، لا يرد على الاستحسان الحنفي إلا فيما يتعلق باستحسان العرف؛ واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط: موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف، فإن كل أنواع الاستحسان الحنفي لا ترد عليها اعتراضات الإمام الشافعي؛ لأنه -كما يقول- مبني على الأصول المقبولة عند الشافعي؛ إذ هو في إحدى صوره ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النص أو الإجماع، أو الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار (٢).

(١) سورة الإسراء، الآية: ٨٤.

(٢) «أصول الفقه» لأبي زهرة: (٢٧٢).

الفصل الثاني

المصلحة المرسله

تهيد:

لا يكاد الباحث ينظر في شيء من أصول الشريعة وفروعها، ويدرك -ولو بعضاً من مضمونات النصوص التي هي مرتكزات هذه الشريعة-: حتى يتضح له أن مقاصد الشريعة الواضحة التي لا غبار عليها: تقوم على تحقيق مصالح العباد المشروعة، التي في تحقيقها توافر كل ما فيه سعادة الناس في دنياهم وآخرتهم. فإذا أضيف إلى النظر والإدراك: أن الشريعة هي من عند الله الحكيم الخبير، العليم بما يصلح الناس وما يفسدهم، تكاملت عناصر الحكم الذي يقضي بأن الشريعة تقوم على جلب المصالح المشروعة التي هي المنافع، ودرء المفاسد التي هي المضار.

والمصلحة المرسله هي «المصلحة التي تدخل في تصرفات الشارع ومقاصده ولم يقد دليل من الشرع على اعتبارها بخصوصها أو بإلغائها».

المصلحة ومجالها :

من الواجب أن يعلم أن التكاليفات الشرعية تنقسم بحسب الدائرة التي تشملها إلى قسمين :

أ- قسم يتعلق بتنظيم العلاقة بين الإنسان وخالفه وهو العبادات .

ب- وقسم يتعلق بتنظيم العلاقة بين بني الإنسان بعضهم ببعض ، على صعيد الفرد والجماعة ، وهو العادات والمعاملات .

أما القسم الأول : فالأصل فيه التعبد . وذلك يكون بالامثال للعبادة المقررة بحدودها وأبعادها ، دون بحث عن البواعث والعلل التي دعت إلى الحكم ؛ لأن هذا مجاله العادات والمعاملات ، وعليه فإن الفرد لا يتوقف قيامه بالعبادة على إدراك الباعث أو الحكمة المناسبة ؛ لأن ذلك يتنافى مع العبودية ، كما لا يصح له أن يشرع عبادة جديدة قياساً على عبادة قررها الشارع مثلاً ، فذلك منهي عنه بصريح السنة ؛ لأنه بدعة وكل بدعة ضلالة .

والأمر في شأن العبادات واضح : إذ إن الشريعة تقوم أولاً وبالذات على تحقيق العبودية لله ، والعبودية معناها الانعتاق والتحرر من كل عبودية لسواه ، وتربية النفس الإنسانية وإعدادها من هذه الطريق : غرض من أغراض الشريعة التي منها إعداد الفرد الصالح لبناء الجماعة ؛ لذا فإن هذا القسم من التكاليف -وهو العبادات- لا يدخل في دائرة بحثنا عن المصالح ، وإن كان المكلف كثيراً ما يكتشف ويستنبط العديد من الحكم السامية لكل عبادة من العبادات ، ومما لا شك فيه أن الله لم يشرع أمراً من الأمور عبثاً ، اقرأ قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(١) . ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ ﴾^(٢) . ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾^(٣) . ومثل ذلك كثير .

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٨٣ .

(٢) سورة العنكبوت ، الآية : ٤٥ .

(٣) سورة التوبة ، الآية : ١٠٣ .

غير أنه إذا كان من العبادات ما تستبين حكمته ويبدو القصد من مشروعيته واضحاً: فإن منها ما لم تقف العقول على حكمته الخاصة، وحسب العقل في الإيمان بحكمة ما كان من هذا القبيل: أنه صادر ممن قام الدليل القاطع على أنه لا يأمر إلا بخير، ولا يكلف إلا بما فيه سعادة الفرد والجماعة، ولا يجد العقل حرجاً في هذا الإيمان، ما دامت العبادات -على اختلاف ضروبها وألوانها- منزّهة عما لا تقبله العقول الراجحة.

ولعل من الخير أن نذكّر بأن الفرق بين ما لا يقف العقل على حكمته الخاصة، وبين ما لا يرضى به لاشتماله على فساد راجح: لا يخفى إلا على سقيم النظر أعمى البصيرة، ومن هنا كان الأصل في العبادات التبعّد، وقصر الأمر على ما ورد من الشارع الحكيم؛ لأن أكثر هذه العبادات مما قد تخفى مصلحته الخاصة.

أما القسم الثاني: وهو العادات والمعاملات: فدائرته تنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض، والقادر على النظر في أحكام الشريعة: يدرك أن أحكام المعاملات مبنية على رعاية المصالح الدنيوية (المادية) التي يتيسر للعقول السليمة -متى تلقّتها من الشارع، وأدركتها تدبراً ووعياً من كل جانب- أن تقف على أسرارها، وترى خير الحياة ومصلحة الفرد والجماعة في التمسك بها، من هنا رأينا العلماء متفقين في قسم العادات والمعاملات على مراعاة العلل، والبحث عن البواعث والمعاني التي كان مرد الأحكام إليها وارتباطها بها؛ لأن من مقاصد الشريعة تحقيق سلامة البنية للمجتمع، وإحاطته بسياج من الحق والخير، بما يضمن سعادة الفرد والمجموع.

فترى أن الصلاة مثلاً: لا يمكن أن تتأثر بُنيته في عدد الركعات، وغيرها من أوقات وشروط لابد من توافرها قبل الدخول فيها. . إلخ، مهما اختلف الزمن وتطورت الأحوال، فلسنا بحاجة للبحث عن الباعث لتحلل من شيء موجود، أو لتزيد فنشرع جديداً غير موجود.

أما في مجال العادات والمعاملات: فنحن بحاجة لمعرفة الباعث الذي قام عليه جواز نوع من أنواع العقود أو تحريمه مثلاً، من أجل التطبيق، وليمكن بذلك إعطاء الحكم لعقد جديد طارئ في المجتمع، وما أكثر ما يطرأ وما يحدث مع التطور، وعلى ذلك فقس.

أقسام المصالح:

كانت هذه كلمات لابد منها بين يدي تفصيل القول في (المصالح المرسلة) فكل ما فيه مصلحة مشروعة منزهة عن سلطان الأهواء: فالشريعة تقره وتدعو إليه، وكل ما فيه مفسدة فالشريعة تحاربه وتضع العراقيل دونه.

وإذا استبان لدينا أن أحكام الشريعة في المعاملات وفي شؤون الحياة معللة بمصالح العباد، ودرء المفسد عنهم، كان علينا أن نعلم أن المصالح في نظر الشارع تقسم إلى ثلاثة أقسام^(١):

١- مصالح معتبرة: وهي التي اعتبرها الشارع حيث قام الدليل الشرعي على رعايتها.

٢- مصالح ملغاة.

٣- مصالح مرسلة.

(١) انظر للشاطبي: «الموافقات»: (٢/ ١١) فما بعدها. «الاعتصام»: (٢/ ٩٥-١٠٨).

١- المصالح المعتمدة:

أما المصالح المعتمدة: فهي التي قام الدليل الشرعي على رعايتها، وهي على ثلاثة أنواع:

أ- مصالح ضرورية (الضروريات) .

ب- مصالح حاجية (الحاجيات) .

ج- مصالح تحسينية (التحسينيات) .

أ- فالمصالح الضرورية: هي التي يتوقف عليها قيام مصالح الناس في حياتهم الدينية والدنيوية، وإذا فقدت لم يستقم أمر هذه المصالح، فأمر الدين انحراف وفوضى، وأمر الدنيا خسارة وضياع حقوق وأضرار هنا وهناك . .

وحفظ هذه المصالح إنما يكون بتثبيت قواعدها ومرتكزاتها . . وينحصر ذلك في المحافظة على ما أسماه علماؤنا بالضرورات الخمس وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. فبالمحافظة على كل واحد من هذه الأمور الخمسة يكون حفظ المصالح الضرورية.

فالمحافظة على الدين: مصلحة معتبرة، إذ إن الدليل الشرعي قام على رعايتها، فقد فرض الجهاد على القادرين من المكلفين محافظة على الدين، ليسود التوحيد فتكون كلمة الله هي العليا، وليزال من طريق تحقيق إنسانية الإنسان كل الركام والعوائق ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾^(١).

والمحافظة على النفس: مصلحة معتبرة رعاها الشارع وقام الدليل على اعتبارها، فقد شرع القصاص محافظة على النفس الإنسانية وإبقاء لها. وكان

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٣.

هذا القصاص حقاً لولي القتل: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(١).

وفي الطريق إلى تحقيق ذلك، والقضاء على كثير من الفوارق نزل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْ بِالْحَرْ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢).

وأحكام الحفاظ على الأجسام بالحيلولة دون الوقوع في المعاصي، وعدم الحرج في التكاليف، بجانب تحريم الانتحار: تلقي ضوئاً على اهتمام الشريعة بهذا الأمر. وكان في مشروعية القصاص قضاء على فكرة الثأر التي كانت متحكمة، والتي كانت تسبب الكثير من المضاعفات وإهدار الدماء، وجاء القرآن يبين أن القصاص ليس حفظاً لحق المقتول فحسب، ولكنه حقن للدماء أيضاً في المجتمع: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣).

وفي شأن حفظ العقل: كان من الطبيعي أن ينظر إليه الشارع على أنه مصلحة معتبرة، فقد حرم الله الخمر وفرض حداً معيناً عقوبة لشاربها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٤). وقال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام»^(٥). هذا

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٩٠.

(٥) رواه مسلم في الأشربة برقم: (٢٠٠٣) (٧٥). وأحمد: (٢٩/٢) (١٣٤)، من حديث ابن عمر. ورواه البخاري بمعناه. وراجع «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٨/٧).

إلى جانب الأحكام الكثيرة التي تهدف إلى تغذية العقل وتهيئة الفرص أمامه للعمل .

أما عن حفظ النسل : ويعبر عنه بعضهم بالمحافظة على النسب والعرض ، فقد شرع الزواج حفاظاً على النسل من جهة ، كما نرى في حديث : «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة»^(١) . بل شرع تعدد الزوجات وأحاطه بوجوب العدل . ومن جهة ثانية : حرم الزنا وشرع الحد عقوبة لفاعله ، إلى أحكام كثيرة أخرى تتعلق بهذا الموضوع ، تهدف إلى سد كل المنافذ الموصلة إلى الجريمة التي تؤدي إلى الاستهانة بأمر النسل ، بجانب ما فيها من الهدم الخلقي .

أما المحافظة على المال : فقد رعاها الشارع وقام الدليل على اعتبارها ، ومن أجل ذلك شرع حد السرقة ، وقرر الأحكام الكثيرة التي ترسم طريقاً للكسب المشروع ، والنفقة ، وتحرم الاعتداء على الأموال .

ب- المصالح الحاجية:

أما المصالح الحاجية : فهي التي تكون حاجة الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط ، فلو فاتت هذه المصالح لا يضطرب حبل نظام الحياة ، ولا تختل أمور الناس الدينية والدنيوية ، ولكن ذلك يوقعهم في الحرج . واليسر ورفع الحرج مصلحة رعاها الشارع حق رعايتها ، بل إن ذلك كان من خصائص التشريع القرآني - كما أسلفنا من قبل - . ومما دل على رعايتها - بجانب النصوص التي نقررها - : أنه على صعيد التطبيق : قد شرع الله أنواعاً من العبادات والمعاملات حفاظاً عليها ،

(١) جاء الحديث - على اختلاف في لفظه - بعدة روايات صحيحة ومنها ما رواه الإمام أحمد عن أنس : أن النبي ﷺ كان يأمر بالعبادة ، وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول : «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة» ، «المسند» : (٣/ ١٥٨ ، ٢٤٥) .

وعلى سبيل المثال: نرى بجانب فرض الصوم في رمضان على المكلف، شرع الله الفطر للمريض والمسافر على أن يقضي فيما بعد: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (١).

وفي شأن الصلاة: نرى أن الرباعية من الصلوات أباح الشارع قصرها إلى اثنتين في حالات معينة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ..﴾ (٢).

وفي شأن المعاملات: نرى الشارع أحل البيع وحرّم الربا، ولا نحتاج إلى كثير من النظر لندرك أي حاجة ماسة للناس تتحقق في هذين الحكمين وهما: حلُّ البيع وتحريم الربا، كما أن في ذلك ما فيه من دفع الحرج، ومثل ذلك في الأحكام كثير، ومن باب التيسير ودفع الحرج: إباحة (السَّلَم) بشرائط دقيقة تعرف في مظانها.

ج- المصالح التحسينية:

وهي التي لم يقصد بها ما قصد في سابقتيها من المحافظة على ما به تقوم الحياة، وما به تتيسر أمور الناس ويندفع عنهم الحرج، وإنما يقصد بها ما وراء ذلك، من الأخذ بسياج أدبي من الأخلاق، ومحاسن العادات التي تساعد المجتمع دائماً على نوع من اليسر، والتسامي في التعامل وطرق العيش، وهذه مصالح اعتبرها الشارع وقام الدليل الشرعي على رعايتها والتعامل بها، كالذي نراه من أمر النبي ﷺ بالنظافة، وحضه على لبس الحديد أيام الأعياد، والأبيض النظيف أيام الجمع، ومن أجل تحقق هذه المصالح أيضاً: حرّمت الخبائث من

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٠١.

المطعومات، وكره أكل ما له رائحة كريهة . . والمتتبع يقع على كثير من الفروع في هذا الباب .

وهكذا: فما كان ضرورياً: فهو من الضروريات، وما كان مكماً ومتمماً فهو من التحسينيات، وما كان بينهما فهو من الحاجيات^(١).

٢- المصالح الملغاة:

وهي التي قام الدليل الشرعي على إلغائها، وذلك بأن تكون هناك مصلحة، ولكن تعارضها مصلحة أرجح منها وأكثر اعتباراً، أو أن هذه المصلحة تستتبع مفسدة لا يستهان بأمرها: ومثالنا على ذلك الاستسلام للعدو، فقد يبدو بحسب الظاهر أن فيه مصلحة الحفاظ على النفوس والحيلولة دون إزهاق الأرواح، وما إلى ذلك . . . غير أن الشارع رأى أن هذه المصلحة تستتبعها المفساد من كل جانب؛ لذلك أذن في الدفاع لما يترتب على ذلك من مصلحة للأمة هي أرجح من تلك، وذلك: سلامة حدودها واحتفاظها بهيبتها وكرامتها لنشر دعوة الخير، والسير في طريق العزة والمنعة ونصرة الحق . . ، الأمر الذي يساعدها على النصر والتمكين في ظل مشروعية الجهاد، ويهيئ لها فرص السبق في مضمار الحياة.

ومن هذا الباب: انتحار من ضاقت به سبل الحياة، أو كان مريضاً ميؤوساً من شفائه؟ فقد يكون في ذلك مصلحة وضع حد للعذاب الذي يلاقيه، ولكن ما يترتب على ذلك من المفساد كثير؛ قد يكون أقله القضاء على روح الرضى بقضاء الله والطمأنينة والصبر في المجتمع، وتنمية القلق في نفوس الأفراد والجماعات، مما يتسبب عن ضيق الأفق، والتخلي عن الإيمان بالقدر الذي يسمو بالإنسان إلى

(١) انظر: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» للعز بن عبد السلام: (١/٦٠-٦١).

جو من البعد عن السلبية في الحياة، ويجعله إيجابياً في نظراته وتفكيره؛ ولذا رأينا أن الدليل الشرعي دلّ على تحريم الانتحار الذي هو من قتل النفس بغير حق، فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾^(١). ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٢).

ونهى النبي ﷺ كما ورد في الحديث الصحيح نهياً قاطعاً عن أن يقتل الإنسان نفسه، واعتبر ذلك خروجاً عن جادة الإيمان بقضاء الله وقدره وتوعد عليه نار جهنم^(٣) ذلك ما روى البخاري وغيره عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيه خالداً مخلداً أبداً، ومن تحسّى سمّاً فقتل نفسه فسمه في يده يتحسّاه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً...» الحديث^(٣).

ومن هذا الباب أيضاً: تعدد الزوجات الذي هو حق الرجل، فقد يتبعه من الضرر أن تتألم المرأة بسبب مشاركة امرأة أخرى لها في الصلات الزوجية وما يترتب على ذلك من حقوق، ففي ترك التعدد: مصلحة هي قطع سبب استياء هذه الزوجة! غير أن الشارع ألغى هذه المصلحة مكتفياً بما أحاط به حق التعدد الذي أعطاه للرجل، من وجوب العدل وتحريم التعسف في استعمال هذا الحق، واعتبره؛ نظراً لما قد يترتب عليه من المصالح ودرء المفاصد في المجتمع كتكثير النسل، والقضاء على كثير من الأزمات العامة للرجال والنساء؛ كتلك التي تنشأ

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٥١.

(٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٣) «الجامع الصحيح مع الفتح» برقم: (٥٧٧٨). ورواه أحمد برقم: (٧٤٤٨). وأبو داود برقم:

(٣٨٧٢). والترمذي برقم: (٢٠٤٤) وآخرون.

في آثار الحروب . . . والأزمات الخاصة، كتلك التي تنشأ من مرض الزوجة أو عقمها، كما أن فيه عوناً للرجل على تجنب الحرام الذي قد يقع فيه صاحب الزوجة الواحدة في الحالات التي تعرض للمرأة فتعوق الرجل عن الاستمتاع الحلال، كما أن فيه للمرأة - في أحوال كثيرة تعرض لها ضمن الأسرة أو المجتمع - الخير الكثير^(١).

وفي باب المصلحة الملقاة: نذكر فتوى ليحيى بن يحيى الليثي العالم الأندلسي المشهور، وموقفاً للعلماء من فتواه، فقد وقع لعبدالرحمن بن الحكم أمير الأندلس أن باشر إحدى نسائه في رمضان، ثم ندم على ما فعل، وجمع الفقهاء وسألهم عن الكفارة التي تلزمه ليكفر بها عما فعل، فقال له يحيى بن يحيى الليثي: تكفّر بصوم شهرين متتابعين - علماً بأن من أفطر على هذا الشكل مخير شرعاً بين عتق رقبة وصيام ستين يوماً وإطعام ستين مسكيناً - . فلما خرجوا قال له بعض الفقهاء: لم لم تفتته بمذهب مالك، وهو التخيير بين العتق والصيام والإطعام؟ فقال: لو فتحنا له هذا الباب سهل عليه أن يباشر كل يوم بعتق رقبة، ولكن حملته على أصعب الأمور لثلاث عود^(٢).

(١) نرى الآن المفسدات الكثيرة في تلك البلاد التي تحارب التعدد، فتستعيز عن الزوجات بالخليلات، الأمر الذي يفسح المجال للمرأة في كثير من الأحيان أن تقوم بدور مقابل لدور زوجها . . . ولا تسئل عما يكون وراء ذلك في جو الأسرة والبيت والمجتمع . على أن من الواجب أن نضع في الحسبان ما يسيئه أولئك الذين يتعسفون في استعمال حق التعدد فيخالفون ما أمر الله به من وجوب العدل، ويجافون ما طلبته الشريعة في هذا المضمار من المودة ومراعاة الحقوق والأخلاق التي بها يتحقق السكن بين الزوجين وتضمن سلامة نشأة الأولاد، والبناء السليم للأسرة.

(٢) انظر: «ترتيب المدارك» للقاضي عياض: (٥٤٣/٢). «وفيات الأعيان» لابن خلكان: (١٤٤/٦). «سير أعلام النبلاء» للذهبي: (٥٢١/١٠). «نفح الطيب» للمقري: (١١/٢).

والملاحظ أن هذه الفتوى أقيمت على رعاية مصلحة لم يعتدَّ بها الشارع، ففي حمل الأمير عبدالرحمن على الصوم مصلحة زجره ومنعه من اتباع الشهوة التي أوقعته في انتهاك حرمة رمضان على هذه الشاكلة، ولكن الشارع لم يعتبر هذه المصلحة وألغاها، مكتفياً بالنهي عن الإفطار، واعتبار ارتكابه إثماً لا يستهان به، وجعل الكفارة العتق أو الإطعام أو الصيام من غير تفريق بين حاكم ومحكوم، سواء أكان الواقع في هذا الإثم أميراً أم كان واحداً من أفراد الرعية، فالكل مخاطب بالتكليف! وقد اعتمد الشارع مع الكفارة ما يكون من الوازع الداخلي الذي يعتبر الحارس الأول عند المكلف لمراعاة حكم الله فيما يتصرف، والحفاظ على حدود الشريعة؛ لذا، ولما كان الشارع قد ألغى تلك المصلحة التي اهتم بها يحيى بن يحيى الليثي - رحمه الله - : فقد اعتبر العلماء تلك الفتوى غير صحيحة^(١).

٣- المصالح المرسلة:

هذا هو النوع الثالث من أنواع المصالح، والمصلحة المرسلة هي التي تدخل في تصرفات الشارع ومقاصده، ولم يقم دليل من الشرع على اعتبارها بخصوصها أو إلغاؤها - كما سلف - .

وإنما سميت المصلحة التي على هذه الشاكلة : (مرسلة) لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغاؤها من قبل الشارع، عكس الذي رأيناه في المصلحة المعتبرة التي قام الدليل المباشر على رعايتها، والذي رأيناه في المصلحة الملغاة التي قام الدليل الشرعي على إلغاؤها، ومن العلماء من يعبر في هذا المقام بـ (الاستصلاح) ويعنون به العمل بالمصلحة المرسلة.

(١) «ترتيب المدارك»: (٢/ ٥٤٣) فما بعد. «نفح الطيب»: (٢/ ١١).

وإذا كانت المصلحة في أصل اللغة هي المنفعة وزناً ومعنى، وكان الشرع لا يأتي إلا بما فيه جلب مصلحة أو دفع مضرة عن المكلفين في دينهم ودنياهم، فهل يمكن أخذ المصلحة المرسلة دليلاً من أدلة الشريعة يكون طريقاً لأخذ الأحكام^(١).

لقد عرفنا في الماضي أن مصادرنا الأصلية (الأدلة) للأحكام الشرعية هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، فإذا أريد إعطاء واقعة من الوقائع حكماً شرعياً من وجوب أو جواز أو حرمة أو ندب أو كراهة.. ننظر في كتاب الله نستنبط منه، فإن لم نجد نظرنا في السنة، وإلا رأينا ما دل عليه الإجماع، فإذا تعذر أن نجد الحكم في أحد هذه المصادر (الأدلة) الثلاثة لجأنا إلى القياس.. وقد تبين لنا عند البحث في حقيقة القياس وأركانه وشروط هذه الأركان، أن الأحكام منوطة أو مرتبطة بعلمها، وأن العلة هي ذلك الوصف الظاهر المنضبط المناسب، فمتى توافرت العلة في فعل أو واقعة: أعطينا الحكم نفسه الذي أعطيناه لواقعة سابقة، اشتركت مع الواقعة أو الفعل الجديد بهذه العلة.

وهكذا نجد أن الشرع قد شهد باعتبار هذا النوع من الأوصاف وربط بها الأحكام، ولم تعلق الأحكام بالمصالح التي تترتب عليها، لعدم انضباطها في بعض الأحيان، وقد تختلف الأنظار في حدود المصلحة ما هي؟ فمتى توافر للمجتهد معرفة الوصف المناسب الذي وضعه الشارع موضع الاعتبار: كان له أن يقيس ما طرأ من الحوادث والوقائع على ما ورد فيه نص، متى تحقق هذا الوصف في ذلك الطارئ الجديد.

(١) انظر: «ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية» للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: (ص ٣٨٧) فما بعدها.

ولكن الأمثال والوقائع لا تقف عند حد، وقد يواجه المجتهد أو الفقيه كل يوم جديداً . . . فهذه الأفعال والوقائع الطارئة التي ليس لها نظير منصوص على حكمه حتى يتمكن القياس عليه، هل يحق للمجتهد أن يصدر فيها حكماً قائماً على اعتبار ما يترتب عليها، من جلب منفعة أو دفع مضرة؟ أم أنه يمكّن بزماء السلبية، فيقف حيالها دون إصدار أي حكم، علماً بأنه لا بد من بيان حكم الشرع، ليكون المكلف على بينة من أمره فيما يأخذ وفيما يدع^(١)؟

فإذا اكتشف أن عقاراً يحضر على شكل لا يسكر من يشربه، ولكن نوعاً من التأثير يجعل شاربته على حال من بلادة العقل وضعف التفكير وشراسة الخلق، فهل نحكم بحل شربه لفقدان علة التحريم وهي الإسكار، أم نحرّمه لما يتحقق من مصلحة المحافظة على العقل والخلق، ودرء ما يترتب على الشرب من تلك المفاسد التي لا يقتصر ضررها على الفرد، بل تؤثر بالتالي على المجتمع.

لا شك أن روح الشريعة تقتضي أن نحكم بالتحريم تحقيقاً لتلك المصلحة المشروعة، فإذا فعلنا ذلك: كنا عاملين بالمصلحة المرسلة.

ومن هذا الباب: ما لو شاعت شهادة الزور في المجتمع، حتى بات مخوفاً أن تختلط الأنساب، أو تضيع، وأن يتهدد بالمنحرفين أكل أموال الناس بالباطل، ففي مثل هذه الحال تبدو خيرية أن تسجل عقود الزواج والمبايعات، فيُقطع الطريق على أولئك المنحرفين المحترفين شهداء الزور، ويُحال دون أن تضيع الأنساب أو الأموال.

وإذا كان الأمر كذلك: كان من الخير الاعتماد على المصلحة المرسلة، وإيجاب ما به حفظ الحقوق، والإسهام في الحفاظ على سلامة المجتمع ورفيّه، والحيلولة

(١) انظر: «الموافقات» للشاطبي: (١/ ١٥-١٧). «مالك» لأستاذنا أبي زهرة: (ص ٣٩٨) فما بعدها.

دون المستهترين الذين يستبيحون أكل أموال الناس بالباطل، وعدم رعاية ما للآخرين في ذمهم من حقوق، ودون أن يحققوا أغراضهم الشيطانية في ظلم أنفسهم وغيرهم، والإساءة للجماعة والمجتمع، لما يحققه ذلك من مصالح دلت تصرفات الشارع وروح الشريعة العامة على رعايتها واعتبارها، وهكذا يكون إيجاب ذلك عملاً بالمصلحة المرسلّة وأخذاً بالاستصلاح^(١).

مواقف العلماء من الأخذ بالمصلحة المرسلّة:

في الطريق إلى الكشف عن موقف العلماء من المصلحة المرسلّة: من الطبيعي أن ننظر إلى التاريخ البعيد قليلاً لنرى كيف كان موقف الصحابة الذين هم القدوة الأولى بعد رسول الله ﷺ، إذ إنهم عنه يتلقون، وعلى هدي روح الشريعة ومقاصدها يسировون دون وكس ولا شطط، يعصمهم عن الانحراف علم نافع وخشية من الله، وينأى بهم عن الجهالة فهم صحيح للدين، وحرص صادق على حدود الشريعة.

وبعد ذلك، لابد من النظر في موقف التابعين الذين تلقوا عن الصحابة، فكانوا واسطة العقد بين الصحابة وبين الذين يلونهم، حيث تسلسل الأمر حتى وصل إلى أئمة المذاهب رضوان الله عليهم أجمعين.

أ- موقف الصحابة:

فقد حملت إلينا الآثار العديد من الوقائع التي تبين بكل جلاء ووضوح أنهم -رضوان الله عليهم- قد اعتمدوا المصلحة المرسلّة وأخذوا بالاستصلاح. . ولقد

(١) راجع الخضر حسين في «رسائل الإصلاح»: (٣/ ٦٤) فما بعدها. «أصول التشريع الإسلامي» لعلي حسب الله: (ص ١٢٢) فما بعدها.

يبدو هذا الأمر طبيعياً إذا وضعنا في الحسبان، ما جدَّ بعد رسول الله من الوقائع التي كان عليهم أن يواجهوها بأحكام الشريعة.

وعلى هذا كان لزاماً عليهم بما عرفوا من روح الشريعة، وما دروا عن مقاصدها وأغراضها. . أنه عندما يعوزهم النص، إذا توافر لهم أن يقيسوا على شيء وقع في عهد رسول الله: فعلوا، أما إذا لم يكن هنالك ما يقيسون عليه من شبيه في عهد الرسالة: جنحوا إلى بناء الأحكام على المصلحة المرسلة؛ فكل ما تحقق فيه مصلحة لا تنأى عن نصوص الشارع في الكتاب والسنة وتلتقي مع مقاصد الشريعة العامة وروحها: أخذوا به وبنوا الحكم عليه.

ومن أمثلة ذلك^(١): جمع القرآن الكريم بعد وفاة الرسول ﷺ؛ فقد لقي الرسول وجه ربه والقرآن مكتوب على الرقاع والعُسْبُ واللخاف^(٢) ومحفوظ كله في صدور فريق من الصحابة، وبعضه - قليلاً وكثيراً - في صدور آخرين، غير أنه لم يكن مجموعاً على شكل صحف بعضها مع بعض، فقام أبو بكر بالجمع حيث اقترح عليه ذلك عمر بن الخطاب، والذي تولى التنفيذ زيد بن ثابت، كان كل هذا عندما استحرَّ - اشتد - القتل بالقراء في واقعة اليمامة في أثناء حروب الردة. . وخاف عمر أن يضيع الكثير من القرآن باستشهاد الكثير من الصحابة الذين يحفظونه. . فكان هذا الجمع والحمد لله^(٣)، وبقيت الصحف

(١) انظر: أمثلة عشرة يقدمها الشاطبي في «الاعتصام»: (١١٥-٩٨/٢).

(٢) العسب: واحده عسيب، وهو جريد النخل، واللخاف؛ حجارة بيض رقاق واحدها لَخْفَة كسمكة.

(٣) انظر: «الجامع الصحيح» للبخاري، باب جمع القرآن من كتاب فضائل القرآن رقم: (٤٩٨٦) مع «فتح الباري»: (١١-١٠/٩).

عند أبي بكر، ثم عند عمر، ثم عند حفصة حتى أخذها عثمان -رضي الله عنهم أجمعين- .

والملاحظ في الأمر: أن هذا الجمع واقعة جديدة قام بها هؤلاء الصحابة بعد رسول الله ﷺ اقتضاها الخوف من ضياع القرآن لا سمح الله، فكان سندهم في ذلك ما قاله عمر: «هو والله خير»، قال ذلك عندما قال له أبو بكر: كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فالخيرية هي التي كانت مناط الموافقة على العمل وتنفيذه في قناعة عمر أولاً ثم في قناعة أبي بكر، ثم في قناعة زيد وهو من كبار كتاب الوحي والقراء المأمونين. . كل هذا إلى شباب ويقظة وتعقل وحضور للعرضة الأخيرة للقرآن بين جبريل -عليه السلام- والرسول ﷺ كما في أغلب الروايات.

وهكذا رأى الصحابة أن في هذا العمل تحقيق مصلحة عامة للمسلمين في حفظ كتابهم الذي هو مدار حياتهم في الدين والدنيا، وهي مصلحة مرسلّة غير منصوص عليها، يتضح ذلك من عبارة «هو والله خير» فالسند الواضح: هو هذه الخيرية العظيمة التي تحدثنا عنها، والذي دعا إليها ما كان من اشتداد القتل وكثرته بالقراء، وهو وصف لم يشهد الشرع باعتباره ولا بإلغائه.

ومن ذلك أيضاً: ما أفتى به عمر -رضي الله عنه- من قتل الجماعة بالواحد، فقد كان مستنده في ذلك حفظ الدماء المعصومة عن الإهدار، فلو أن اشتراك كل جماعة بقتل الواحد: يدفع عنها إقامة الحد -لكونها جماعة- لأدى ذلك إلى الكثير من الأذى للمجتمع، بما يكون من إهدار الدماء وضياع الحقوق، ناهيك عما فيه من تعطيل لحكم القصاص المنصوص عليه في القرآن الكريم، وفتح الباب

للجريمة على مصراعيها دون عقوبة رادعة، إذ إنه كلما أريد قتل إنسان تجمعت عليه جماعة وقتلته، وكون القاتل جماعة -لا فرداً- يصرف العقوبة والقصاص . فالذي فعله عمر يستند إلى المصلحة -كما هو ظاهر- وهي مصلحة مرسله؛ لأنه لا وجود نص معين على اعتبارها، ولا شاهد من أصل يمكن أن تقوم بالقياس عليه^(١).

ب- موقف التابعين:

ولقد سار التابعون على نهج أساتذتهم من الصحابة فرأينا النماذج الكثيرة التي تدل على الأخذ بالمصلحة المرسلة . من أمثلة ذلك : ما سار عليه عمر بن عبدالعزيز في كثير من الأحكام عندما شرع في رد المظالم إلى أهلها، وإعادة ما أخذه بعض ولاية بني أمية من الأراضي والأموال إلى أصحابها .

فقد كان -رحمه الله- يكتفي بما يستبين له من وجه مظلمة الرجل المدعي لكي يرد إليه ظلامته، دون أن يتوقف على حصول البيئة القاطعة، ولا شك أن صنيعة هذا من الاكتفاء بأيسر الأدلة، إنما كان مستنده المصلحة المرسلة، وهي مرسله لأنه ليس بين أيدينا نص معين عليها، في كتاب أو سنة ولا شاهد من قياس .

ومنه أيضاً: ما كان من أمره -رحمه الله- بإقامة الخانات التي تتوافر فيها راحة المسافرين، حيث يأوي إليها هؤلاء الناس خلال سفرهم وترحالهم في مختلف فصول السنة، وهو عمل لم يعهد مثله في عصر النبي ﷺ، ولم يرصد له شيء في بيت مال المسلمين أيام الصحابة، وإنما هو ظاهره عناية الدولة المسلمة

(١) انظر: «الاعتصام» للشاطبي (١٠٧/٢)، وراجع: «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني: (ص ١٠٧-١٠٩) بتحقيق المؤلف .

برعاياها، فهو أمر اقتضاه ما جد من التوسع بالأسفار واتصال أطراف الدولة بعضها ببعض حتى باتت الطرق تمتلئ بالغادين والرائحين من المسافرين، فكانت هذه الخانات تؤدي - فيما تؤدي من أغراض - الراحة وتيسير الخدمات للمسافر ومعونته على المتابعة، ما يمكن أن يؤديه النزل - الفندق - اليوم^(١).

ج- موقف أئمة المذاهب من هذه المصلحة:

وفي ضوء الذي رأينا من موقف الصحابة والتابعين نجد لزماً علينا أن نعرض لاتجاهات أئمة المذاهب، لنستبين حقيقة الموقف - عموماً - من المصلحة المرسلة إذ أن الطريق كانت شائكة واعتراها الكثير من اللبس والغموض، الأمر الذي أدى إلى إعطاء أحكام على مواقف بعض الأئمة من المصلحة، كالشافعي، فكانت أحكاماً لا تتفق مع الذي يراه الباحث في آثار هذا الإمام، وقريب من ذلك ما كان من الحكم على الحنفية، بسبب الاختلاف على التسمية، وإن كان المسمى واحداً في كثير من الأحيان.

المالكية والمصلحة المرسلة:

المعروف عن الإمام مالك: أنه في مقدمة الآخذين بالمصلحة المرسلة، وإذا ذكر الاستصلاح: فأول من يذكر معه من الأئمة إمام دار الهجرة مالك بن أنس - رحمه الله -، فقد استرسل في الأخذ بهذا الأصل استرسال المدلل العريق كما يقول الشاطبي^(٢)، وكان يرى - رحمه الله - أن المجتهد إذا استقرأ أمور الشرع

(١) انظر: «سير أعلام النبلاء»: (٥/ ١٥٠) فما بعدها.

(٢) راجع: «تنقيح الفصول» للقرافي. و«الذخيرة»: (١/ ١٤٢-١٤٤). «مالك» لأستاذنا أبي زهرة: (ص ٢٩٠) فما بعدها. الخضر حسين في «الرسائل»: (٣/ ٦٦).

ومصادره، أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياته وکلياته، وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها، لكنه استثنى من هذه القاعدة -بشكل واضح- كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة.

وقد مر بنا أن كل هذا يجري في قسم العادات والمعاملات الذي هو وراء العبادات. وذلك قول الشاطبي -رحمه الله-: «أما قسم العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول، فإنه -يعني مالکاً- استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله...»^(١).

ومما روي عن الإمام مالک في هذا الباب: إجازته سجن المتهم، وهو ذلك الشخص الذي اشتبه في أمره، وقامت حوله قرينة تحوكم في نفس الحاكم، وتؤثر في عقله حتى تبعث شيئاً من الظن... .

فالسجن نوع من العذاب، والأصل أن لا يعذب أحد لمجرد الدعوى، ولكن إمام دار الهجرة -رحمه الله-، نظر إلى أن الوصول إلى الحق أمر مطلوب، وفي سجن المتهم -دون أذاه وإهانة كرامته- مصلحة الوصول إلى هذا الحق، وليس غريباً أن يقصد الشارع إلى حفظ هذه المصلحة.

ومما أسند إلى هذه القاعدة عند المالكية: سيراً وراء الذي سلکه الإمام مالک: أن تقع بلاد الإسلام في خطر هجوم العدو الذي يتحفز لهذا الأمر ويحشد قواه، ولم يكن في بيت المال ما يقوم بحاجة الجند المهيأ لقتال ذاك العدو؛ فقد قال طائفة من علماء الأندلس بالأخذ بالمصلحة تجاه هذا الوضع القائم، فأفتوا بأن للأمير

(١) انظر: «الاعتصام»: (٢/ ١١٤).

العادل أن يفرض على الأغنياء ما يراه كافياً لحاجة الجند في هذه الحال من سلاح ومؤونة وخدمات . . وهذا شيء وراء الزكاة المفروضة، ورأى هؤلاء العلماء أن وجه المصلحة في ذلك: درء الخطر عن البلاد والعباد، وتقوية شوكة الدولة، وتخليص الأمة من عدو إذا استولى على بلادها وسيطر على شؤونها . . جرّ عليها الكثير من الولايات في دينها وعزتها، وكرامتها ووجودها، في جميع المجالات .

هذا وقد ادعى بعضهم -من غير المالكية- أن الإمام مالكا أفتى -بناءً على قاعدة المصالح المرسلة- بجواز قتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين!! والباحث في المذهب، يرى أن المالكية ينكرون نسبة هذه الفتوى إلى الإمام مالك أشد الإنكار، ويقولون: إنها لم تنقل في كتبهم البتة، وإنما الذي أفتوا به -وكان صنيعهم في ذلك صنيع غيرهم من العلماء-: هو مسألة العدو يضع في الخط الأمامي الأسرى من المسلمين يتترس بهم، ليكونوا حاجزاً بينه وبين الجيش المسلم في الحرب!! فأفتوا بجواز رمي العدو، إن اقتضت ذلك مصلحة القتال، ولو أدى ذلك إلى قتل أولئك الأسرى من المسلمين، كل ذلك مع تقدير صحيح لمدى الخطر الذي يمكن أن يحل بالأمة، فيما لو توقفنا عن رمي العدو وقتاله في مثل هذه الحال^(١).

موقف الحنابلة:

لا يكاد الباحث يقطع خطوات معدودات في البحث حتى يجد أن الإمام أحمد بن حنبل -رحمه الله- يلي بشكل مباشر الإمام مالكا في الأخذ بالمصلحة المرسلة والعمل بها، وحتى يجد أن شهرة مالك لا تزيد كثيراً على شهرة أحمد في

(١) راجع الخضر حسين في «الرسائل»: (٦٧/٣).

الموضوع، غير أن السبق الزمني، وكثرة التطبيقات كان لهما كبير الأثر في هذا المضمار.

ولا يرد على ذلك أن بعض الحنابلة، لم يعدوا الاستصلاح من أصول الإمام أحمد التي كان يعتبرها مصادر لأخذ الأحكام؛ لأن أحمد لم يكن يأخذ بالمصلحة، كأصل قائم بذاته، يقابل الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

فالمصلحة عنده -رحمه الله-، تدخل في إطار القياس العام، لتكون معنى من معاني القياس، فهي أصل في استنباط المعاني من جملة الأدلة الأخرى.

وقبل العناية بتحديد التعريفات والمصطلحات على الشكل الذي نعلمه بعد مرحلة التدوين: كان أخذ القياس بهذا المعنى الواسع للقياس: اصطلاحاً يكاد يكون عاماً في أوائل عصر الأئمة في القرن الثاني للهجرة، ولقد رأينا في كلام الشافعي عن القياس في الماضي وعن شروط القائل ما يدل على ذلك، بل إن كثيراً من الحنابلة -وفيهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم- ينظرون إلى الأقيسة نظرة أوسع مما ينظر غيرهم من الأصوليين الذين عنوا أشد العناية بالتعريفات، ووضع الحدود بين المصطلحات حين ضبطوا قواعد القياس، ومسالك العلة فيه؛ ذلك بأنهم يقيمون وزناً كبيراً لأغراض الشريعة العامة، ومقاصدها السامية، فيجعلون الأوصاف المناسبة التي تبنى على أساسها الأقيسة الصحيحة، وترتبط بها الأحكام: مستمدة من تلك الأغراض والمقاصد^(١).

من أجل ذلك رأينا ابن القيم -رحمه الله-، لا يذكر المصلحة أصلاً من أصول الإمام أحمد، وحين يذكر أصول الاستنباط: يعدها أصلاً من الأصول، وسبب

(١) انظر «إعلام الموقعين» لابن القيم: (١/ ٢٩-٣٣). «المدخل» لعبد القادر بدران: (ص ١٣٨)،

«ابن حنبل» لأبي زهرة: (ص ٢٩٧).

ذلك - كما أسلفنا - ما يراه من أن المصلحة داخلية عند أحمد في باب القياس الصحيح .

ومن أمثلة الأخذ بالمصالح المرسلة عند أحمد: ما جاء عنه في شأن من يطعن على الصحابة، فقد رأى أن من وقع في ذلك: وجب على السلطان عقوبته، وليس له أن يعفو عنه، بل يعاقبه ويستتيبه، فإن تاب وإلا أعاد العقوبة^(١).

وأنت ترى أن الاستتابة هنا والعودة إلى العقوبة إن لم يتب الجاني: عمل بالمصلحة المرسلة، إذ ليس من نص على هذه العقوبة ولا شاهد من قياس، ولكنه الحفاظ على كيان الأمة من الفرقة، وتقدير الصحابة الذين حملوا إلينا الشريعة عن رسول الله ﷺ، وفي ذلك ما فيه من المصلحة، الأمر الذي يستدعي الحرص على العقوبة الرادعة، وعدم الترخيص للحاكم بالعفو عند أحمد - رحمه الله - .

موقف الحنفية:

لقد ينسب البعض إلى الحنفية، عدم اعتبار المصلحة المرسلة في الاستدلال، ومرد ذلك أنهم حين يذكرون أصولهم التي قام عليها الاستنباط نتيجة استقراءهم للفروع الواردة عن الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - وأصحابه: لا يذكرون في ضمنها المصلحة المرسلة .

ولكن الحقيقة التي لا مندوحة عن الاعتراف بها: هي أن الخلاف لفظي في هذه النقطة؛ فأبو حنيفة - كما مرَّ سابقاً - يولي الاستحسان بوصفه مصدراً من مصادر الاستنباط أهمية كبرى، ويقول عنه صاحبه محمد بن الحسن: «إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس، فإن قال: أستحسن، لم يلحق به أحد» .

(١) «إعلام الموقعين»: (٤/ ٣٧٧). «مالك» لأبي زهرة: (ص ٣٠٠) فما بعدها.

والاستحسان الذي يقول به أبو حنيفة، وعمدته ترجيح دليل على دليل بحيث تستثنى بالاستحسان بعض مسائل القياس: إنما يستند في حقيقة الأمر على اعتبار المصلحة، كما أسلفنا الحديث عن ذلك من قبل، وأنت ترى في أكثر الأحكام الفرعية التي أخذت من طريق الاستحسان: أنها مبنية على المصلحة التي تدخل ضمن مقاصد الشريعة السامية وأغراضها التي ترعى جلب المنافع ودرء المفاسد.

ويحسن أن نذكر أيضاً أن الأخذ بالعرف -وساحته متسعة عند الحنفية فيما لا نص فيه، ولا يعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها- يلقي ضوءاً على العمل بالمصلحة عند أبي حنيفة؛ لأن مصالح الناس في حياتهم هي الأساس الذي تقوم عليه أعراف الناس وعاداتهم، وعلى هذا ترى كثيراً من الفروع في كتب الحنفية تستند إلى المصلحة باسم العرف حيناً وباسم الاستحسان حيناً آخر.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار ما أسلفناه عند الحديث عن المصلحة عند الإمام أحمد، من أن المرحلة الأولى في عصر الأئمة، لم يكن ذلك التحديد الاصطلاحي قد أخذ صورته النهائية فيها كالذي رأيناه فيما بعد، وأضفنا إلى ذلك ما عرف عن الإمام أبي حنيفة، من توسيع ساحة الرأي عند الاستنباط، أدركنا ما للمصلحة المرسلة من وزن في فقه هذا الإمام، ما دامت هذه المصلحة لا تصطدم بنصوص الكتاب والسنة.

وعلى هذا: يكون أبو حنيفة -رحمه الله- من القائلين برعاية المصلحة المرسلة، بالمعنى الذي فسرناها به، وإن كان عنوان ذلك عنده الاستحسان^(١).

(١) انظر «الاعتصام»: (٢/ ٣٢٤). «أبو حنيفة» لأستاذنا أبي زهرة: (ص ٣٧٢). «المدخل الفقهي العام» لأستاذنا مصطفى الزرقاء -رحمه الله-: (١/ ٦٠-٧٦) فما بعد.

ومن أمثلة ذلك: قول أبي حنيفة بجواز الاستصناع، شريطة أن لا يضرب فيه أجل محدد، وإلا كان سَلَمًا واعتبرت فيه شروط السلم^(١). ومراعاة المصلحة في تيسير شؤون التعامل بين الناس واضحة في الحكم بجواز الاستصناع.

ومن ذلك أيضاً: قوله بتضمين الأجير المشترك، وإن لم يخالف عمل هذا الأجير ما تم عليه الاتفاق بينه وبين المستأجر، إلا ما هلك تحت يده بغير فعل منه كسرقة وموت ونحوهما، وفي هذا الحال: لا بد من إقامة بينة على دعواه، ولا يصدق إلا بإقامة هذه البينة.

قال السرخسي في المبسوط: «لو كان الراعي مشتركاً يرعى لمن يشاء، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سعي أو غير ذلك؛ لأن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده، وإن لم يخالف في إقامة العمل ظاهراً، كما في (القصار) إذا دق الثوب فتخرق»^(٢).

وكما في المثال السابق، يلاحظ أن القول بتضمين الأجير المشترك إنما يقوم على مراعاة مصالح الناس، وحاجتهم إلى الصُّنَاع؛ لما لذلك من أثر في معاشهم وإنجاح أعمالهم.

الشافعية والمصلحة المرسلة:

إن ما كان من موقف الإمام الشافعي من الاستحسان مما يرى منشوراً في «الرسالة» و«الأم» و«جماع العلم»^(٣)، خصوصاً ما جاء في كتاب «إبطال الاستحسان»،

(١) جاء في «بدائع الصنائع» للكاساني: «فإن ضرب للاستصناع أجل صار سَلَمًا، حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، وهذا قول أبي حنيفة»: (٤/٢٢٣).

(٢) «المبسوط» للسرخسي: (١٥/١٦١).

(٣) انظر: «الأم»، ج ٩، جماع العلم، ص ١٤، تحقيق د/ رفعت فوزي عبدالمطلب.

جعل الكثيرين يعتقدون بأن هذا الإمام لا يرى الأخذ بالمصالح المرسلة في الاستنباط وأخذ الأحكام، غير أن الاستحسان الذي أنكره الشافعي ذلك الإنكار، ليس هو الذي يأخذ به الحنفية -على وجه العموم- كما أوضحنا ذلك عند بحث الاستحسان، وفي الوقت نفسه، هو غير الاستصلاح والأخذ بالمصلحة المرسلة، فالذي يحاربه الإمام الشافعي: السير مع الهوى، والانحراف عن النصوص، والإتيان بشرع لم يأذن به الله، فليس له شاهد من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، ومن هنا جاء قوله: «ومن استحسَن فقد شرَّع».

وهذا في الواقع: غير الأخذ بالمصلحة المرسلة -كما أوضحنا تعريفها من قبل- وقد أسلفنا أن الدائرة التي رسمها الشافعي للقياس، والشروط التي وضعها للقائس تشمل الاستحسان، كذلك يمكن القول بأن الأخذ بالمصلحة المرسلة، يمكن أن يندرج في تلك الدائرة نفسها، كما أن القياس في إطلاقه -رحمه الله- يشمل عامة وجوه الاجتهاد الذي يكون وسيلة الفقيه للاستدلال على حكم من الأحكام، حين يعوزه النص أو الإجماع.

ولعل مما يؤيد هذا: ما نقل عن الشافعي القول بالاستدلال المرسل، وهو الذي يرجع إلى الاعتداد بالقواعد الشرعية التي تؤخذ من تصرفات الشارع عامة، وإن لم يدل على اعتبارها شاهد معين.

يبدو ذلك فيما حكاه أحد كبار الشافعية وهو إمام الحرمين الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ، فبعد أن ساق في كتابه (البرهان) كلاماً مفصلاً عن الشافعي في الموضوع، أبان فيه أن من تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة، فإن عَدَمها التفت إلى الأصول مشبهاً، ثم أوضح كيف أن كل ما يشترطه الشافعي أن تكون المصلحة المرسلة شبيهة بالمعتبرة، ومما قاله في

هذا أيضاً: ذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى تعليق الأحكام بالمصالح المرسلة بشرط الملاءمة للمصالح المعبرة لها بالأصول^(١).

فالذي ينكره الشافعي: الاعتداد بمصالح لا تدخل في عرف الشارع تحت اسم المصالح عامة، وفي ذلك يقول الإمام الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ: «كل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع»^(٢). والذي يعترف به الشافعي من الاستدلال المرسل إذن: هو الاعتداد بالمصالح المعبرة شرعاً، وبناء الأحكام الموصلة إليها على أوصاف لم يشهد الشارع باعتبارها ولا بإلغائها، وهذا هو ما فسرنا به المصالح المرسلة، وفي ذلك يقول الغزالي: «لا يبعد عندي أن يغلب ذلك على ظن بعض المجتهدين ولا يدل دليل قاطع على بطلان اجتهاده»^(٣).

ونغضي مع الزمن، فلا نكاد نصل إلى القرن السابع الهجري، حتى نرى واحداً من كبار رجال العربية والأصول وفقه الشافعية، وهو الإمام أبو منقرب شهاب الدين محمود الزنجاني المتوفى سنة ٦٥٦ هـ يقدم لنا موقف الشافعي من المصلحة المرسلة على الشكل التالي:

قال الزنجاني -رحمه الله-: «ذهب الشافعي -رضي الله عنه- إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز»^(٤)، وهل هذا إلا الأخذ بالمصلحة المرسلة؟

(١) «البرهان في أصول الفقه» لإمام الحرمين الجويني: (٢/ ١١١٤) تحقيق الدكتور عبدالعظيم الديب. وانظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني: (ص ٢٤٢).

(٢) «المستصفى»: (١/ ٣١٠).

(٣) المصدر السابق، (١/ ٣١٠).

(٤) «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني: (ص ٢٧٨) فما بعد، تحقيق المؤلف.

ومن الأمثلة التي قدمها الزنجاني: ما أخذ به الشافعي من قتل الجماعة بالواحد، قال -رحمه الله-: «وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي -رحمه الله-، فإنه -أي قتل الجماعة بالواحد- عدوان وحيث في صورته من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(١). ثم أبان «أن المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء، إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة فإن الواحد يقاوم الواحد غالباً، فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلاً عند ملاحظة العدل المتوقع منه، والعدل فيه جور عند النظر إلى الجور المتوقع منه، فقلنا بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما. وهذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين في الشرع، ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة، بل هي مستندة إلى كلي الشرع، وهو حفظ قانونه في حقن الدماء، مبالغة في حسمه مواد القتل واستبقاء جنس الإنس»^(٢).

واحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي.

فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي^(٣).

(١) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

(٢) المصدر السابق: (ص ٢٧٨-٢٧٩).

(٣) «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني تحقيق المؤلف: (ص ٢٧٩-٢٨٠)، هذا وينبغي أن يعلم أن جعل الزنجاني قتل الجماعة بالواحد مستنداً عند الشافعي إلى المصلحة، مع وجود الأثر المروي عن عمر في هذا، كما مر سابقاً، مرتبط بما يراه الشافعي من أن قول الصحابي غير حجة ولا =

ومن أمثلة أخذ الشافعي بالمصلحة المرسله ما جاء في كتاب (الأم) بشأن رجوع اليهود عن شهادتهم قال -رحمه الله- : «ولو شهد -أي اليهود- على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ففرق بينهما الحاكم، ثم رجعوا: أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها، غرمهم نصف صداق مثلها؛ لأنهم حرموها عليه ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها، ولا ألفت إلى ما أعطاها قلَّ أو كثر، إنما ألفت إلى ما اتفقوا عليه فأجعل له قيمة»^(١).

فأنت ترى أن ما ذهب إليه الشافعي من التبريم، إنما يستند إلى مصلحة هذا الزوج الذي جنى عليه أولئك اليهود، وهي مصلحة تدخل في إطار ما طلب الشارع المحافظة عليه ومراعاته، وإن لم تكن معتمدة في هذه الجزئية هنا على نص من كتاب أو سنة.

وهكذا يكون الإمام الشافعي من القائلين باعتبار المصالح المرسله والأخذ بها، على تعدد الوجوه التي كان النقل عنه فيها بذلك.

نتيجة:

وإلى هنا نكون قد انتهينا إلى نتيجة يمكن تلخيصها: بأن الأئمة الأربعة -كما تعطي آثارهم- متفقون على الاعتداد بالمصالح المرسله والأخذ بها في استنباط الأحكام، وإن كانوا يختلفون عند التطبيق، فكل يعطيها اسماً معيناً، ولقد رأينا

= يجب على من بعده تقليده، وإذن فالحكم لم يستند -في نظره- إلى ما ذهب إليه عمر، ولكن إلى المصلحة، ويستأنس لذلك قطعاً بصنيع عمر -رضي الله عنه- الذي يدل على اتجاه الصحابة إلى الأخذ بالمصلحة هذه. وانظر لفتوى الفاروق -رضي الله عنه-: «الأم»: (١٩/٦) عن سعيد ابن المسيب.

(١) «الأم» للشافعي: (٥٠/٧).

من قريب كيف أن الزنجاني يعتبر «قتل الجماعة بالواحد» من الأخذ بالمصلحة المرسلة عند الشافعي، ونرى الحنفية يأخذون بالحكم نفسه؛ ولكن يجعلون مستنده الاستحسان، فالحكم واحد ولكن اختلفت تسمية مستند هذا الحكم^(١).

كما أنهم يتفاوتون في مقدار الأخذ بها، فالمقدم في ذلك: هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس، يليه أحمد بن حنبل، ويأتي بعد ذلك أبو حنيفة والشافعي، وذلك ما قاله كثير من محققي الشافعية وغيرهم.

قال ابن دقيق العيد من الشافعية: «الذي لا شك فيه: أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع -يعني الأخذ بالمصلحة- يليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال له على غيرهما»^(٢).

ولقد كان القرافي من محققي المالكية، واضحاً كل الوضوح حين كشف عن كثير مما يكتنف هذه المسألة فقال: «وأما المصلحة المرسلة: فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكن تجدهم عند التفريع يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة»^(٣).

وإذا تقرر ما أثبتناه، فلن يعارض ذلك أن يختلف الآخذون بالمصلحة في أحكامهم على بعض المسائل، فمثل ذلك مثل كثير من الفروع التي يختلفون

(١) انظر: السرخسي في «المبسوط»: (١٢٦/٢٦).

(٢) انظر: «إرشاد الفحول» للشوكاني: (ص ٢٤٢-٢٤٣).

(٣) انظر: «تنقيح الفصول». «مقدمة الذخيرة» للقرافي: (١/١٤٤).

عليها في القياس أحياناً، فعندما يختلفون في هذه الجزئيات، لا يعني ذلك أنهم غير متفقين على الأخذ بالأصل، الذي هو القياس . . . وهكذا.

من شروط الأخذ بالمصلحة المرسلة:

لقد أحاط العلماء الأخذ بالمصالح المرسلة بشروط لا بد من مراعاتها حرصاً على عدم العدوان على النصوص، وإبعاداً لكل ما من شأنه أن يأخذ بالفقيه إلى مزالق الانحراف، من هذه الشروط ما يلي:

١- ألا يُبَيَّن الحكم الذي روعيت فيه المصلحة، على وصف مناسب شهد الشرع بإلغائه؛ لأن ذلك مخرج للقضية عن دائرة المصلحة المرسلة، وذلك كالذي رأينا من قبل في فتوى يحيى بن يحيى الليثي، إذ كان ما قصد إليه هذا العالم هو مصلحة لا يعتد بها؛ لأنها صادمت نصاً شرعياً شهد بإلغائها.

٢- أن يكون ترتب المصلحة على الحكم مقطوعاً به، وليس مظنوناً ولا متوهماً، فتسجيل العقود الذي أشرنا إليه في صدر حديثنا، لا شك في أنه يحفظ الحقوق ويقلل من شهادة الزور، وعلى هذا فلا مانع من القول به. وفي مقابل ذلك: نرى -مثلاً- أن سلب الزوج حق تطليق زوجته، وجعله حقّاً خاصاً بالقاضي -مع مخالفته الواضحة للنص- لا يأتي بأية مصلحة، فلا يصح القول به!! نذكر ذلك للتقريب؛ لأن مخالفة المصلحة للنص بمجرد ما، توجه الأمر وجهة أخرى.

٣- أن يلاحظ في المصلحة، الطابع الكلي لا الجزئي، فلا يوضع الحكم لمصلحة فرد أو أسرة أو طائفة بعينها، وإنما يوضع لمصلحة الناس جميعاً؛ لأن من خصائص التشريع الإسلامي النزعة العامة؛ وأحكام الشريعة توضع لتطبق على الناس جميعاً، فلا خصائص بين أتباع الرسالة ولا امتيازات، والمكلفون في نظر الشارع سواء.

لذلك قرر العلماء: أنه بالنسبة لجواز رمي العدو الذي يتترس بالأسرى المسلمين، ولو أدى ذلك إلى قتلهم استناداً إلى المصلحة، قرروا أنه لا بد أن يكون الخطر عاماً؛ فلو كان بالإمكان حصر الأعداء في الحصن، فلا يخشى منهم القضاء على الإسلام والمسلمين الموجودين في منطقة هذا الحصن: لم يصح الأخذ بالمصلحة، ورمي العدو، وتعرض أسرارنا للموت.

٤- ومن البدهي أن يكون الأخذ بالمصلحة التي يراد تحقيقها بالحكم مما لا يتعارض مع نص من الكتاب والسنة أو إجماع أو قياس؛ لأننا في الأصل لا نلجأ إلى هذه المصلحة المعتبرة شرعاً إلا حين تعوزنا هذه الأصول.

صفوة القول في الأخذ بالمصلحة:

إن ما كان من الحديث عن المصلحة المرسلة في مجال العادات والمعاملات، عند الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب، وما عرفنا عن حدودها وشروطها: يقودنا إلى الأخذ بهذه المصلحة ما دام ذلك ضمن حدود مرسومة ومراعاة لسلامة الطريق، وذلك ما يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها الإنسانية، وأغراضها. وإنا نسلك هذه الطريق مذكرين بما يلي:

١- لقد ثبت بما لا يقبل الشك -كما أسلفنا- أن من مقاصد الشريعة تحقيق مصالح العباد المشروعة بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم، وإنك واجد في نصوص الشريعة الكثير من المؤيدات؛ ففي القرآن الكريم يبين الله أنه أرسل رسوله رحمة للعالمين فيقول: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١). وفي تقدير لمبدأ اليُسْر

(١) سورة الأنبياء، الآية: ١٠٧.

وعدم الحرج قال سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾^(١). ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(٢). وفي شأن الصلاة تجد: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ...﴾^(٣). وفي شأن إباحة أكل لحم الميتة وغيره للمضطر قال: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٤). ويضع رسول الله ﷺ دستوراً للتعامل فيقول: «لا ضرر ولا ضرار»^(٥).

والمصالح التي بنيت عليها أحكام المعاملات: معقولة المعنى، فإذا جدت حادثة من الحوادث لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس: كان الحكم فيها بما يحقق المصلحة، وعند ذلك يكون الحكم موافقاً للشرع، لا مخالفاً له؛ لأن الشارع قد راعى في شؤون المعاملات المصلحة المعقولة، وكان من أغراضه تحقيقها.

ولكن ينبغي أن يلاحظ أنه ما دام الشارع هو الذي فتح للناس طريق الأخذ بالمصالح: فلا بد أن يكون الأخذ بها ضمن الحدود التي شرع، فإذا جعل الناس من الأخذ بالمصالح أداة عدوان على النصوص، لم يكن ذلك أخذاً بالمصلحة، ولكنه شرع من عند أنفسهم، وهذا ما يجزئ إلى الفوضى في الأحكام، واختلافها باختلاف الأهواء.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٢) سورة الحج، الآية: ٧٨.

(٣) سورة العنكبوت، الآية: ٤٥.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٥) رواه الإمام أحمد: (٣١٣/١). وابن ماجه في الأحكام برقم: (٢٣٤١). وقال البوصيري في «الزوائد» في إسناده جابر الجعفي: متهم. ورواه الطبراني في «المعجم الكبير» وفي «المعجم الأوسط». وفي الباب من حديث عبادة بن الصامت. رواه ابن ماجه في الأحكام برقم: (٢٣٤٠) وفيه انقطاع. وللحديث طرق يتقوى بها. وانظر: «مجمع الزوائد» للهيثم: (١١٠/٤).

٢- ذكرنا غير مرة أن النصوص تتناهى والوقائع لا تتناهى، وإذا أردنا أن نتساق مع طبيعة الشريعة الإسلامية التي جاءت وهي تحمل عناصر الحياة والصلاحية لكل زمان ومكان، والقدرة على تلبية الحاجات الطارئة في ظل مبادئها، وتحقيق مصالح العباد، فلا بد من الأخذ بالمصالح المرسلة، وبذلك لا تضيق الشريعة عما يمكن أن يطرأ بسبب اختلاف المكان أو الزمان أو البيئة، وطبيعة أحوال الناس ومدركاتهم، وطريق ذلك أن نأخذ -فيما وراء النص والإجماع والقياس- بشواهد الشرع العامة، دون الوقوف عند الشواهد الخاصة. وهذا من خصائص الشريعة الربانية التي جاءت خاتمة الشرائع، والتي أنزلها إلى العباد خالق العباد وهو أعلم بما يصلح شؤون عباده.

٣- يرى المتتبع لأحكام وفتاوى الصحابة الذين هم طريق الصلة بين الأمة وبين رسول الله المبلغ عن ربه، والمبين كتابه، والذين عاشوا متنزل الوحي ووقائعه. . . أن كثيراً من هذه الأحكام والفتاوى إنما كان بناء على الاعتداد بالمصلحة المرسلة، كالذي رأينا من جمع القرآن الكريم، ومن قتل الجماعة بالواحد، ومثله: ما كان من استخلاف الصديق لعمر -رضي الله عنهما-، وما كان من تدوين عمر للدواوين، ومشاطرته للولادة أموالهم حين يثبت له اختلاط أموالهم الخاصة بأموال استفادوها بسلطان ولايتهم على الناس. . . ثم ما كان من تضمين الصناعات -مع أن الأصل أنهم أمناء على ما عندهم، والأمين على ما عنده لا يضمن- فعل ذلك الصحابة منعاً لتهاون هؤلاء الصناعات فيما في أيديهم مع حاجة الناس إليهم، وقد ثبت من بعض الطرق: أن علياً -رضي الله عنه- كان يقول: لا يصلح الناس إلا ذلك^(١).

(١) انظر: «رسائل الإصلاح»: للخضر حسين رحمه الله: (٣/ ٦٥) فما بعد.

ولن نكون بحاجة إلى الكثير من البحث كيما ندرك أن رعاية المصالح كانت مدار الأحكام التي أعطاهها الصحابة لتلك الوقائع ، وهذه المصالح التي كانت الأحكام ترمي إلى المحافظة عليها ، هي مصالح دلت تصرفات الشارع عامة على توافر الوصف المناسب فيها ، فهي مصالح مرسلة لا دليل من الشارع على اعتبارها ، ولا دليل منه على إلغائها ، ولكنها داخلة في الإطار العام للمصالح التي تدل عليها تصرفاته .

جواب عن بعض الاحتمالات :

أ- مما يرد في مقام استنكار الأخذ بالمصالح المرسلة ، أن ذلك قد يكون بآباً يدخل منه أهل الأهواء ، فينحرفون بأحكام الشريعة عن روح الشريعة باسم المصالح التي حرصت الشريعة عليها وكانت من مقاصد الشارع .

وجوابنا على هذا : أن ما رأيناه من تحديد المصلحة المرسلة ما هي ، وما هي الشروط التي لابد من توافرها عندما يراد بناء الحكم على المصالح : يحول في ميزان الفكر والاجتهاد ، دون هذا الذي يخشى من الانحراف وسيطرة الأهواء وأهل الأهواء .

أما ما وراء ذلك : فالذي لا يخاف الله ، ولا يرقب في شريعته ولا أمته إلا ولا ذمة ، فلن يصده عن الانحراف إغلاق باب من أبواب الرحمة بالعباد ، بكل الحدود التي رأيناها والقيود التي لابد من توافرها . والمفروض ألا توكل أعمالٌ كهذه فيها تقرير الحلال والحرام ، وفيها الاتصال العملي بشريعة الأمة ودينها ، إلا لمن توافر فيهم عنصر الأمانة - بجانب عنصر المعرفة - بحيث تعصمهم المعرفة عن الخطأ ، وتصدهم عن الانزلاق وراء الهوى : مراقبة الله وخوف مساءلته !! .

ب- ويرى آخرون أن الأخذ بالمصالح المرسلة، فتح لطريق يدخل منه عوام الناس إلى التصرف في أحكام الشريعة، بما يلائم آراءهم القائمة على الجهل والبعد عن المعرفة، أو ما ينافرها.

غير أن هذا مردود أيضاً؛ لأن ما أحيط به العمل بالمصلحة المرسلة يرفعها في الواقع -عن أن تكون في تناول عوام الناس، أو أشباه العوام- وهم أشد خطراً- إذ لا يدري ما هي المصلحة المرسلة التي يراد تحقيقها من وراء حكم من الأحكام دراية منتجة: إلا من توافرت له أهلية الاستنباط، والقدرة على البحث في الأدلة وأخذ الأحكام؛ فليست القضية منوطة بأن يحكم عقل أي كان بأن هذه مصلحة!! وإلا لوقعنا في سلسلة من التناقض والتنافر لا يعرف آخرها من أولها، ولكنها ضوابط الشارع الذي شرع الأخذ بالمصلحة، وكشف عن حدودها ورسم للأخذ بها معالم الطريق.

قال الشيخ عمر الفاسي من علماء المغرب في رسالة له في الوقف: «وأنتى للمقلد-يعني غير المجتهد- أن يدعي غلبة الظن أن هذه المصلحة فيها تحصيل مقصود الشارع، وأنها لم يرد في الشرع ما يعارضها ولا ما يشهد بإلغائها، مع أنه لا بحث له في الأدلة ولا نظر له فيها، وهل هذا إلا اجتراء على الدين، وإقدام على حكم شرعي بغير يقين؟ فليس كل ما يبدو للعقل أنه مصلحة يدخل في قبيل المصالح المرسلة، وتبنى عليه الأحكام؛ وإنما هي المصالح التي يتدبرها من هو أهل لتعرف الأحكام من مأخذها حتى يثق بأنه لم يرد في الشريعة شاهد على مراعاتها أو إلغائها»^(١).

(١) انظر: «رسائل الإصلاح» للشيخ الخضر حسين: (٣/ ٦٦).

ج- ولقد يقول قائل: إن الأخذ بالمصالح المرسلّة يفضي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة والمواطن!

وهذا صحيح لا غبار عليه، بل إن هذا الاختلاف معتبر من محاسن الشريعة وفضائلها - ما دام لا يعدو على النصوص -، إذ إنه أثر من آثار ما أَرَادَهُ اللهُ لهذه الشريعة من خصائص الشمول والبقاء.

ومن المهم جداً ملاحظة أن اختلاف الأحكام الناشئ عن مراعاة المصلحة المرسلّة حسب المواطن، وحسب الأزمنة: ليس اختلافاً في أصل خطاب التكليف، وإنما هو اختلاف جاء من جهة تطبيق أصل عام دائم، وهو أن المصلحة التي لم يَقم دليل شرعي على اعتبارها بخصوصها أو إلغائها: يقضي فيها المجتهد أو يفتي المفتي، على قدر ما يراه من صلاح، حسب الضوابط التي دلَّ عليها الشارع. فالأحكام المبنية على اعتبار المصالح المرسلّة ورعايتها، تستند - كما سبق تفصيله - إلى أصل عرفه المجتهدون من موارد الشريعة وإدراك الأبعاد التي تتحرك على مداها أغراض الشارع، وفلسفة ذلك: أن المجتهد إذا عرض له أمر أعوزته الأدلة الأصلية في معرفة حكمه، وكان فيه مصلحة لم يَقم دليل شرعي على اعتبارها بخصوصها أو إلغائها: فإن الشارع يدعو هذا المجتهد أن يزن تلك المصلحة بعقله الراسخ المستنير، في ضوء الضوابط التي أسلمها إليه، ثم يعطي الحكم المناسب. وهذا يؤكد أهمية الاجتهاد الجماعي في الموضوع، وأن تكون هناك جدية عند صناع القرار والمؤتمين مع التنفيذ: في إعداد المؤهلين علماً وديناً لهذا الاجتهاد.

كلمة أخيرة:

وبعد: فليس من مكرور القول تقرير أن الأخذ بالمصالح المرسلّة في ساحة العادات والمعاملات، حين يتناولها - ضمن الشروط المرسومة والحدود المعلومة -

مَنْ تَمَرَسَ بِبَحْثِ الْأَدْلَةِ وَالنَّظَرِ فِيهَا وَتَوَافَرَتْ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْإِسْتِنْبَاطِ، وَكَانَ عَلَى جَانِبٍ مِنْ رِعَايَةِ الْحَقِّ وَمِرَاقَبَةِ اللَّهِ -عَزَّ وَجَلَّ-: هُوَ مِنَ الْقَوَاعِدِ الَّتِي تَعْطِي أَفْضَلَ الثَّمَرَاتِ وَتَوْصِلُ إِلَى خَيْرِ النَّتَائِجِ، وَتَقْدُمُ الْبَرَهَانَ الْعَمَلِيَّ عَلَى شُمُولِ هَذِهِ الشَّرِيعَةِ وَصَلَاحِيَّتِهَا عَلَى الدَّوَامِ.

ولكن الذي نستنكره أشد الاستنكار أن يكون الهوى رائد الحكم، وأن يكون الأخذ بالمصالح ستاراً للانحراف، ودعوى الاستصلاح طريقاً للمفاسد.

والطريق المأمونة في الموضوع: أن تعطى النصوص دائماً ما هي جديرة به من التقدير، وأن توضع حيث وضعتها الشريعة، وذلك بأن تكون متبوعة لا تابعة، فالنص الشرعي حراسته ذاتية نابعة من كونه نصاً شرعياً، أما تقدير المصلحة: فيختلف باختلاف العقول والطاقات.

لذا كان لا بد حين تكون المصلحة مرسلة، لم يشهد دليل من الشرع باعتبارها هي بخصوصها أو إلغائها، أن تكون موصولة النسب بتصرفات الشارع العامة. وفي اعتقادنا: أن ضبط الخطأ في الأخذ بالمصلحة المرسلة والحرص على سلامة الطريق، ليس أمراً شرعياً فحسب، بل هو ذو صلة وثيقة بأصالة الأمة وذاتيتها.

وكم نحسن صنعا حين نعمل على تلبية حاجات الزمن، وتحقيق مصالح العباد، دون عدوان على النصوص، أو تجاوز لذاتية الأمة وطابعها الأصيل^(١).

وفي ضوء ذلك: يمكن وضع الأمور مواضعها، وإنزال الأدلة منازلها، وعدم الانحراف في فهم قولهم: «تتغير الأحكام بتغير الأزمان» واستغلاله لأغراض هابطة في النفوس.

(١) قال المحقق الشاطبي -رحمه الله- موضحاً هذا المعنى في «الموافقات»: (٢/ ٢٦-٢٧): «وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات ولا لإجابة داعي الهوى».

الفصل الثالث

الاستصحاب

هذا دليل من الأدلة الفرعية . وقد قال به كثير من العلماء ، ومعهم الظاهرية والإمامية ، على اختلاف في توسيع دائرة الأخذ به أو تضييقها ، فلقد كان من شمول هذه الشريعة وطبيعة مناهجها في أخذ الأحكام : أن أقامت وزناً للحال التي يكون عليها الحكم في الماضي نفيًا أو إثباتًا ؛ فما لم يرد تغيير لهذا الحكم ، فالأصل بقاؤه ، واعتباره الحكم المطلوب .

ومن هنا اعتبر الجمهور (الاستصحاب) ووضعوه هذا الموضع بحيث يصلح أن يكون طريقاً لأخذ الأحكام ، وبذلك كان للعلماء فسحة عند استعصاء بعض الأمور ، ومخلص من كثير من مواقف الحيرة التي تفاجئ المجتهد في العديد من الأحوال .

التعريف بالاستصحاب :

والاستصحاب في معناه القريب : ينطوي على ثبوت أمر في الزمن الحاضر لثبوته في الزمن الماضي . وهو في اللغة: مأخوذ من المصاحبة التي هي الملازمة ، إذ كل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه ، قال الفيومي في «المصباح المنير» : ومن هنا قيل : استصحبت الحال : إذا تمسكت بما كان ثابتاً ، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة^(١) .

(١) «المصباح المنير» مادة (ص ح ب) .

وتعريفه في اصطلاح الأصوليين ذو صلة قوية بمعناه اللغوي، فالمفهوم من جملة تعريفاتهم أنه: «الحكم باستمرار أمر وجد سابقاً ولم يظن عدمه». وبأوضح من ذلك يمكن أن نقول: «الاستصحاب هو الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له أو منفياً عنه في الماضي لعدم قيام الدليل على تغييره»^(١).

وعلى هذا يمكن أن يقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكل ما كان فيما مضى ولم يقم دليل على تغييره فهو مظلون البقاء؛ لأن الاستصحاب - كما يؤخذ من التعريف - مبني على عدم وجود دليل على تغيير الحكم السابق، فالأمر الذي علم وجوده، ثم طرأ الشك في عدمه: فالاستصحاب يقضي أن الأصل بقاءه حتى يقوم دليل على التغيير، والأمر الذي علم عدمه ثم طرأ الشك في وجوده: فالاستصحاب يقضي بأن الأصل الاستمرار في حال عدمه، حتى يقوم دليل على التغيير أيضاً. جاء في «الإحكام» لابن حزم قوله: «إذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما، على حكم ما، ثم ادعى مدّع أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل، من أجل أنه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله أو لتبدل زمانه، أو لتبدل مكانه، فعلى مدعي انتقال الحكم من أجل ذلك، أن يأتي ببرهان - من نص قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة - على أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل. فإن جاء به صح قوله، وإن لم يأت به فهو مبطل فيما ادعى من ذلك»^(٢).

وبناء على ذلك قرر العلماء: أن الاستصحاب هو آخر ما يمكن أن يلجأ إليه المجتهد عند الاستنباط، أو المفتي في فتواه.

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (١/٥) فما بعدها. وانظر: «إرشاد الفحول»:

(ص ٢٣٧). «الوسيط في أصول الفقه»: للزميل الأستاذ الدكتور وهبه الزحيلي: (ص ٤٦٧) فما

بعدها. «الإمام الصادق» لأستاذنا أبي زهرة: (٥٠١-٥٠٥).

(٢) «الإحكام»: (١/٥).

تنوع الاستصحاب :

والاستصحاب باعتبار الحكم السابق على نوعين :

الأول : استصحاب حكم الإباحة أو البراءة الأصلية للأشياء ، عند عدم الدليل على خلاف هذا الحكم ، وهذا مبني على ما يقوله كثير من العلماء بأن الأصل في الأشياء الإباحة ، فكل ما كان من طعام أو شراب لم يرد في الشرع ما يدل على حرمة يكون مباحاً ؛ لأن الله جل وعلا خلق ما في الأرض ، وسخر ما سخر من مخلوقاته ليتنفع به الناس ويستمتعوا به : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ۖ ﴾ (١) . ولا يتوافر ذلك الانتفاع ويتحقق مضمون الآية إلا بأن يكون الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يقوم الدليل على ما سوى الإباحة من كراهة ، أو حرمة ، أو وجوب ، أو ندب . . وكل ما يجريه الناس فيما بينهم من عقود ومعاملات لتبادل المنافع وتيسير أمور دنياهم ومصالحهم : فهو على الإباحة ما لم يوجد في الشرع ما يدل على غير ذلك .

ومثل ذلك ما يقرره العلماء بالنسبة للذم ، فإن الأصل براءتها حتى يقوم الدليل على شغلها . فإذا ادعى شخص على آخر ديناً : كان على هذا المدعي إقامة البينة على دعواه بأن ذمة المدعى عليه مشغولة بالدين الذي له عليه ، فإذا لم يستطع ذلك كانت ذمة المدعى عليه بريئة ؛ لأن الأصل هو البراءة حتى يقيم المدعي دليلاً يثبت الدين الذي ادعاه (٢) .

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٩ .

(٢) راجع : «إعلام الموقعين» لابن القيم : (١ / ٣٣٩) . «إرشاد الفحول» للشوكاني : (ص ٢٣٧) . «أصول التشريع الإسلامي» لعلي حسب الله : (ص ١٣٤) .

الثاني: استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته، ولم يقم دليل جديد على تغييره.

فما دل الشرع على ثبوته من الأحكام، ولم يقم دليل شرعي على التغيير، يكون مقتضى استصحاب الحال، العمل بالثابت الذي لم يوجد بعد ذلك دليل على تغييره. مثال ذلك: الأحكام التي يربطها الشارع بأسباب تبني عليها وتناط بها، فمتى حصل لنا العلم بالسبب الذي بني عليه الحكم، كان ذلك كالدليل على ثبوت هذا الحكم، وعند ذلك يلزم العمل به، ويستمر هذا اللزوم حتى يقوم دليل على انتفاء ذلك السبب.

فملك إنسان قطعة أرض أو بضاعة بتحقق السبب المقتضي: يستدعي ثبوت هذه الملكية، فإذا قام شك حول الملكية ألغي الشك وقضي باستمرار ملك هذا الإنسان للأرض أو البضاعة، حتى يقوم دليل على نفيه وزواله.

وإذا ثبت أن عقد زواج قام بين فلان وفلانة من الناس: استدعى ذلك ثبوت الزوجية بينهما، ووسع من علم بعقد الزواج أن يشهد بقيام هذه الزوجية ما لم يتوافر عنده دليل جديد على الفرقة بينهما، وهكذا: إذا طرأ الشك استصحبنا الحكم السابق حتى يقوم الدليل الجديد.

وإذا توافر العلم لإنسان بأن فلاناً من الناس، ورث عن قريب له منزلاً أو سيارة، كان بوسع أن يشهد بملكه للسيارة أو المنزل ما لم يقم عنده الدليل على زوال هذا الملك^(١).

(١) انظر: «جمع الجوامع» لابن السبكي مع «شرحه» للجلال المحلى: (٢/ ٣٤٨-٣٥٠). «تسهيل الوصول إلى علم الأصول» للمحلاوي: (ص ٢٣٧-٢٣٨).

وفي مجال العبادة: نرى الشارع يدعو دائماً إلى العمل باليقين واطراح الشك، حتى يقوم الدليل على تغير المستيقن، فقد يشك إنسان في عدد ما صلى من الركعات، وفي هذه الحال: أمره الشارع أن يأخذ بما هو على يقين منه وي طرح الشك، فقد أخرج مسلم من رواية أبي سعيد الخدري: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى: أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن». ومن توضأ ثم طرأ عليه الشك في وضوئه، فالمطلوب منه أن يستصحب ما ثبت باليقين وهو الوضوء السابق، وبذلك يبقى له حكم المتوضئ حتى يقوم الدليل الذي ينفي... إلخ^(١).

وهكذا نرى بأنه قد تقرر بالاستصحاب عدد من القواعد، فبالنوع الأول تقرر:

١- «الأصل في الأشياء الإباحة».

٢- «الأصل في الذمة البراءة».

وبالنوع الثاني تقرر:

١- «اليقين لا يزول بالشك».

٢- «الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه».

نظرة العلماء إلى الاستصحاب:

قلنا في مقدمة الكلام: إن جمهور العلماء قد أخذوا بالاستصحاب على اختلاف في سعة الساحة التي يمكن أن يعمل بها.

(١) «صحيح مسلم» رقم: (٥٧١) مساجد. وانظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٣/ ١٢٤) و(٢/ ٢٢٣).

أ- فالشافعية والحنابلة -مثلاً- ومعهم الإمام الظاهري: قد وسعوا دائرة العمل بالاستصحاب حتى رأوا أنه يصلح حجة لتقرير الحكم الثابت حتى يقوم دليل على تغييره والتحول عنه.

ب- بينما يرى الكثير من محققي الحنفية: أن الاستصحاب يصلح حجة للدفع فقط، ولا يصلح حجة لإثبات الحكم الذي يستصحب، وعلى هذا: فاستصحاب البراءة الأصلية للذمة ليس -في نظرهم- حجة لبراءتها حقاً، بل هو صالح لدفع دعوى من يدعي أن الذمة مشغولة حتى يقيم الدليل على ثبوت دعواه.

والذي يقال في هذه، يقال في استصحاب ثبوت الملكية، فاستصحاب ثبوت الملكية الثابتة بدليل لا يصلح حجة لبقاء الملكية، بل يصلح لدفع دعوى من يدعي زوال هذه الملكية، حتى يقيم الدليل على ما يدعيه^(١).

أما الشافعية: فيرون أنه ما دام وجود الحكم السابق قد تحقق بدليل، فهذا دليل استمرار هذا الحكم وبقائه؛ لأن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير^(٢)، والظن الغالب حجة في العمل، فالتمسك بالاستصحاب باق على الأصل في ثبوت الحكم، دون الاقتصار على أن ذلك يصلح للدفع دون الإثبات. فلا يجب على المتمسك بالاستصحاب الانتقال عن الحكم الذي ثبت سابقاً بالدليل، إلا بدليل يصلح لذلك.

وقد انبنى على هذا الاختلاف في النظرة إلى قوة الاستصحاب والساحة التي يشملها، الاختلاف في عدة مسائل من الفروع الفقهية^(٣).

(١) راجع: «نبيل الأوطار» للشوكاني: (١٢٤/٣) و(٢٢٣/٢).

(٢) انظر: «التوضيح مع التلويح»: (١٠١-١٠٢)، وقارن بـ «جمع الجوامع وشرحه» للمحلي: (٣٤٨-٣٤٩).

(٣) «الإحكام في أصول الأحكام» للأمدى: (١٧٢/٤). «إرشاد الفحول»: (ص ٢٣٨-٢٣٩).

من ذلك -مثلاً- مسألة المفقود: فإذا كان شخص مفقوداً لا تعلم حياته ولا موته؛ فالاستصحاب يقضي بأن يعطى حكم الأحياء حتى يحكم القاضي بموته، وله حكم الأحياء في الحقة التي تكون بين الفقد والحكم بالموت. ولكن بناء على ما قلناه من اختلاف وجهتي النظر: اختلف الحكم.

فإذا ترجح عند القاضي موت هذا المفقود: فإنه يرث من مات من أقاربه حال غيبته عند الشافعية والحنابلة، استصحاباً لحياته التي كانت ثابتة بيقين قبل فقده. أما عند الحنفية: فإنه لا يرث لأن وجوده لم يكن ثابتاً بيقين، وتوريثه في هذه الحال يكون من باب إثبات ما لم يكن.

وهكذا رأينا أن المفقود اعتبر حياً، استصحاباً للحال التي كانت ثابتة له عند فقده، ولكن هذه الحياة المعتبرة بالاستصحاب والتي صلحت لإثبات حقوق له عند الشافعية والحنابلة: لم تصلح عند الحنفية أن تثبت له هذه الحقوق، من أخذ مال غيره بطريق الإرث أو الوصية أو غيرهما، ولكنها تصلح لأن تدفع عنه ما يترتب على وفاته؛ من توريث ماله لأقربائه، وفراق زوجته، وما إلى ذلك.

وأخيراً لا بد لنا من تأكيد ما قلناه من قبل، من أن الاستصحاب كان باباً من أبواب الاستنباط، فتح للفقهاء الكثير من الطرق التي تجعلهم يصدرون الفتاوى والأحكام، ويفصلون في الوقائع الطارئة والقضايا المعروضة دون عسر أو حرج: كل أولئك ضمن حدود الشريعة المرسومة المعلومة. وقد دلّ ذلك على سماحة هذه الشريعة وقدرتها على الوفاء بحاجات الزمن ومصالح الإنسان التي لا تتناهى؛ فالنصوص -كما أشرت غير مرة- تتناهى والوقائع لا تتناهى.

ومن هنا رأينا أن مجال الاستصحاب كان فسيحاً أمام أولئك الذين هم من نفاة القياس، والإمام الشافعي الذي كان له موقف معين من الاستحسان والعرف،

تدل آثاره من كتبه، أن دائرة الأخذ بالاستصحاب عنده، أوسع منها بكثير مما هي عند الحنفية والمالكية، ولقد يرى المستقرئ في كل موضع كان دليل الحكم فيه من الاستحسان أو العرف: أن هنالك حكماً حل محله، أخذه الإمام الشافعي من الاستصحاب^(١).

والظاهرية والإمامية - على اختلاف الدرجات في إنكار القياس - وسعوا دائرة الاستدلال به، وكان طريقهم لإثبات كثير من الأحكام التي لم يثبتها جمهور الفقهاء الذين يأخذون بالقياس، حتى لنكاد نرى أن كل موضع أخذ الجمهور فيه الحكم من القياس، أخذ الظاهرية في موضعه بالاستصحاب^(٢).

ولكن الذي لا بد من توكيده وتكرار التنبيه عليه أن الاستصحاب هو آخر مدار الفتوى واستنباط الأحكام، فالمجتهد يطلب حكم الواقعة المعروضة في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يقع على هذا الحكم في واحد من هذه المصادر الأربعة، أخذه من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد أو الشك في زوال الحكم: فالأصل بقاؤه، وإن كان الشك أو التردد في ثبوته: فالأصل عدم ثبوته.

وعندما يسلك الفقيه هذه الطريق فإنه لا يسلكها عن عبث، أو جرياً وراء الهوى، وإنما يسلكها ضمن قواعد منضبطة، وفي ظل مناهج لا يعرف الانحراف إليها سبيلاً.

(١) انظر: «تخريج الفروع على الأصول» للزنجاني: (ص ٢٩٩) فما بعد؛ تحقيق المؤلف. «الإحكام» لابن حزم: (٣٩/٥) فما بعدها. «الذخيرة» للقرافي: (١/١٥١). «أصول الفقه» لأستاذنا أبي زهرة: (ص ٢٩٠-٢٩١).

(٢) وانظر: «أصول الفقه» لأبي زهرة: (ص ٣٠٢).

الفصل الرابع العُرف

يلاحظ الباحث في أصول الشريعة أنها في نظرتها إلى (العرف) أعطته الأثر الكبير في فهم نصوص الكتاب والسنة، التي جاءت وفق مدلولات الخطاب عند العرب، زمن نزول الوحي، كما جعلت العديد من تلك الأحكام يدور عليه. الأمر الذي مهد السبيل لجعل ما اعتاده الناس وألفوه في حياتهم، مما يكون ضمن الحدود المشروعة المقبولة: في موضع الاعتبار.

التعريف:

والعرف في اللغة: المعروف، والرفق والإحسان، واسم ما تبذله وتجد به، وضد النكر^(١). وهذا من أقرب معانيه إلى المعنى الاصطلاحي.

أما في الاصطلاح: فهو «ما تعارف عليه الناس أو طائفة منهم، وألفوه من قول أو فعل»، ويطلقون عليه العادة، فإذا تعارف الناس على لفظ يطلقونه على معنى خاص، لا يتبادر عند السماع غيره، أو شاع بينهم فعلٌ، أو غلب عليهم، فهذا: من العرف^(٢).

(١) وانظر: «القاموس المحيط»، «المصباح المنير» مادة: (ع ر ف).

(٢) انظر «التحرير مع التقرير والتحبير»: (٢٨٢/١). رسالة: «نشر العرف» لابن عابدين من مجموعة «الرسائل»: (٢/١١٤-١١٥). «العرف والعادة» لأحمد فهمي أبو سنه: (ص ٧-١٠).

وإذا عارض العرف كتاباً أو سنة فهو عرف فاسد، وقد جاءت الشريعة بإبطال العرف الفاسد، ومن الأعراف الفاسدة التي أبطلتها قول الجاهلية للمتزوج: (بالرفاء والبنين). والرفاء: التلاؤم وحسن المعاشرة، ووجه الفساد في ذلك أن هذا الكلام مبني على تنزيل قدر البنات وكراهيتهن، فنهى النبي ﷺ عنه، وأبدله بدعاء منزّه عن هذه النظرة الجاهلية، فقد ورد في الصحيح عن أبي هريرة قوله ﷺ للمتزوج: «بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير»^(١).

وروي أن عقيل بن أبي طالب تزوج امرأة من بني جُشَم فقالوا: بالرفاء والبنين. فقال: قولوا: كما قال رسول الله ﷺ: «بارك الله فيكم وبارك عليكم»^(٢).

ومن ذلك أيضاً ما أبطله الشارع من البيوع الفاسدة التي نبهت عليها السنة وبحث العلماء فسادها؛ كبيع الغرر، والجهالة، وغير ذلك..

أقسام العرف:

١- والعرف كما يعطي التعريف يقسم إلى قسمين:

أ- عرف قولي: وهو «استعمال اللفظ في معنى لا يدل إلا على بعض أفراد ما يدل عليه، بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة»^(٣). فقد يكون للفظ معنى في

(١) رواه أبو داود في النكاح برقم: (٢١٣٠). والترمذي في النكاح برقم: (١٠٩١). وأحمد: (٣٨/٢). والحاكم: (١٨٣/٢) وصححه ووافقه الحاكم.

(٢) أخرجه النسائي في النكاح برقم: (٣٣٧١)، وفي «عمل اليوم والليلة» برقم: (٢٦٢). وابن ماجه في النكاح برقم: (١٩٠٦). وعن تقي بن مخلد عن رجل من بني تميم قال: كنا نقول في الجاهلية: بالرفاء والبنين، فلما جاء الإسلام علمنا نبينا وقال: «قولوا: بارك الله فيكم وبارك عليكم». وانظر: «معالم السنن» للخطابي: (٢١٦-٢١٧).

(٣) قال ابن أمير الحاج: «هو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا =

اللغة، ولكن تعارف الناس على إطلاق هذا اللفظ على بعض أفراده دون بعض، ولذلك: كانت طريقة تكوين العرف القولي هي: أن يُتفق على هجر المعنى الأصلي للفظ، ونقل هذا اللفظ بواسطة الاستعمال الشائع المتكرر إلى المعنى الثاني.

من ذلك: إطلاق الدرهم على النقد الغالب، مع أنه كان يطلق في الأصل على كل أفراد الدراهم، وكذلك: إطلاق لفظ (حيوان) على ما سوى الإنسان من أنواع الحيوانات، ومنه: تعارف الناس على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك ولحوم الطير، مع أن القرآن سَمَّى السمك لحمًا طرياً: ﴿وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا...﴾^(١)، وقال: ﴿وَلَحْمِ طَيْرٍ مِمَّا يَشْتَهُونَ﴾^(٢). وتعارف البعض إطلاق لفظ (الدابة) على الفرس فقط.

ب- عرف عملي: وهو «ما تعارف الناس عليه وجرى عليه العمل عندهم»^(٣). ومنه ما اعتاد الناس من وضع بطاقة بسعر البضاعة، فتقوم مقام الإيجاب في عقود البيع، وما تعارفوا عليه: من البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية^(٤)، وما جرت عليه عادتهم: من تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وكذلك: ما تعارفوا

= ذاك المعنى». انظر: «التقرير والتحجير مع التحرير»: (١/ ٢٨٢). وانظر: «رسالة نشر العرف»

من مجموعة الرسائل لابن عابدين: (٣/ ١١٤-١١٥).

(١) سورة فاطر، الآية: ١٢.

(٢) سورة الواقعة، الآية: ٢١.

(٣) «العرف والعادة في رأي الفقهاء» لأبي سنة: (ص ٢٢).

(٤) البيع بالتعاطي أو المعاطة هو -كما يقول القرافي من المالكية-: «الأفعال دون شيء من الأقوال» «الفروق»: (٣/ ١٤٣)، ومن أمثلته عند ابن قدامة ما جاء في «المغني» (٦/ ٧) من قوله -رحمه الله-: «المعاطة مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه. فهذا بيع صحيح» وانظر: «العرف وأثره في الشريعة والقانون» للدكتور أحمد سير المبارك: (ص ٧٦).

على التساهل فيه، من ثمر بعض الأشجار، كالتوت وغيره في بعض البلاد، وأنت واجد أن الناس ينكرون على من خالف العرف ويعتبرونه شاذاً.

٢- والعرف: قولياً كان أو عملياً، ينقسم إلى قسمين:

أ- عام: وهو ما تواضع عليه وتعارفه عامة أهل البلاد في زمن الأزمنة، كتعارفهم الاستصناع في الأواني والأحذية. . وغيرها، ودخول الحمام من غير تعيين زمن للمكث ولا تقدير أجر معين، أيام كان الناس يستخدمون الحمامات العامة.

ب- خاص: وهو ما تواضع عليه وتعارفه أهل بلد معين، أو أصحاب صناعة أو مهنة، أو طائفة من الناس، وذلك: كتعارف بعض البلاد على أن يكون أثاث المنزل للزوجة لا للزوج، وتعارف التجار إثبات الديون التي تكون لهم على عملائهم في دفاتر خاصة، من غير توثيقها بالإشهاد عليها، ويعتبرون هذا حجة فيما بينهم، ومنه تعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس فقط، وتعارف أهل البوادي جعل الأنعام هي رأس المال عندهم، وسبب هذا العرف هو التعامل^(١).

٣- وينقسم العرف من حيث المشروعية وعدمها إلى قسمين:

أ- صحيح: وهو ما تعارف الناس كلهم أو طائفة منهم عليه، ولم يقم دليل شرعي على فساده وبطلانه. وذلك: كالأمثلة التي ذكرناها آنفاً لكل من العرف العام، والعرف الخاص.

ب- فاسد: وهو ما تعارفوا عليه وقام دليل شرعي على فساده وبطلانه. من ذلك: ما تعارف عليه الناس من صنع أهل الميت طعاماً للمعزّين، وقد ثبت

(١) راجع: «إعلام الموقعين»: (٣/ ٨٩)، «العرف والعادة في رأي الفقهاء» لأبي سنة: (ص ١٨،

١٩، ٩٥).

مخالفة ذلك للشرع في مثل هذه الحال ، فقد روي عن جرير بن عبدالله -رضي الله عنه- قال : «كنا نعدُّ الاجتماع إلى أهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة»^(١) ، بل إن الرسول ﷺ أمر بعكس ذلك ، مراعاة لظروف المصابين فقد صح عنه قوله : «اصنعوا لآل جعفر طعاماً فقد جاءهم ما يشغلهم»^(٢) .

ومثل ذلك : ما تعارفه الناس من المخالفات الشرعية من شرب للخمر ولعب بالميسر ، والتي كثيراً ما يخصصونها بأوقات معينة في الأفراح ، أو الأعياد ، وما شابه ذلك .

ومن هذا الباب : مشي النساء وراء الجنائز ، وكشف بعض العورات ، وإضاءة الشموع على المقابر ، وعمل المآتم وغير ذلك ، مما أصبح سمة واضحة في الأفراح والأتراح والعلاقات الاجتماعية ، وقد ثبت في الشريعة تحريمه ، لما يترتب عليه من المفسد الدينية والاجتماعية في حياة الفرد والجماعة ، ولما يحدث من تخلخل في كيان المجتمع ، حتى تصبح تصرفاته نهباً مقسماً من هنا وهناك ، ليس فيها شيء من الذاتية والأصالة .

وقد رأينا في صدر هذا المبحث كيف أن الشريعة حرمت كل الأعراف الفاسدة التي كانت في الجاهلية . . وهذا يدل على أنه لا بد من عرض العادات والأعراف على قواعد الشريعة ، فما خالفها كان فاسداً ومن المصلحة إزالته ، وإلا تُرك الناس وشأنهم ، فيما تعارفوا عليه وألفوه في حياتهم .

(١) رواه الإمام أحمد : (٢٠٤ / ٢) . وابن ماجه في الجنائز برقم : (١٦١٢) .

(٢) رواه أبو داود في الجنائز برقم : (٣١٣٢) . ورواه الترمذي في الجنائز برقم : (٩٩٨) . وابن ماجه في الجنائز برقم : (١٦١٠) . من حديث عبدالله بن جعفر . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

مدى الاحتجاج بالعُرف :

لا خلاف في أن العرف الفاسد ليس موطن بحث إلا من حيث الحكم بفساده، وموطن البحث عند العلماء هو: العرف الصحيح، ذلك العرف الذي لا يخالف دليلاً ولا قاعدة من قواعد الشرع الأساسية. واتجاه الأئمة قائم -في الجملة- على إحلال العرف الصحيح المحل اللائق عند أخذ الأحكام، حتى ورثنا عنهم قواعد كلية في هذا الباب: كمثّل قولهم: «العادة محكمة»، فقد ذهب أكثر أئمة الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى اعتباره، وبناء الأحكام الشرعية عليه^(١).

أما الإمام الشافعي: فلا يعتبر من العرف إلا ما أرشد الشارع إلى اعتباره^(٢) والخطب سهل؛ فإن تصرفات الشارع -بجملتها- دلت على مكانة العرف، ووجهت إلى الاعتداد به واعتباره، فبجانب ما ألغى من الأعراف الفاسدة رأيناه يقر كثيراً من مألوفات العرب في جاهليتهم، بعد أن نظمها ورتب شؤونها، كما في اعتبار الدية وفرضها على العاقلة، لما بين أفرادها من تناصر، ولما في إيجابها عليهم من إثارتهم للضرب على أيدي المفسدين، ومحاولة الحيلولة دون وقوع الجريمة، وكما في بعض أنواع البيوع والرهن والإجارة، واعتبار العصبية سبباً في الإرث، والولاية في الزواج، وكذلك اعتبار الكفاءة فيه، وإن كانت الكفاءة -فيما وراء النصوص- مما يختلف فيه العرف بين الناس، ويختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة، والاعتبارات في كثير من الأحيان.

(١) «التحرير مع التقرير والتحبير»: (٢٨٣/١)، «تنقيح الفصول» من الذخيرة للقرافي (١/١٤٤)، «إعلام الموقعين» (٣/٨٨-٨٩).

(٢) انظر: «جمع الجوامع» لابن السبكي مع «شرحه» للمحلي: (٢/٣٤).

وهكذا رأينا الشارع لم يُلغ من العادات والمألوفات إلا الفاسد الضار الذي لا حظَّ له من الخير، ولا يصلح للبقاء والاستمرار، وقد رأينا بعض أمثلة في صدر حديثنا عن العرف، نضيف إليها: تحريمه لعادة الثأر، واستبدالها بالقصاص من قبل الدولة، وتحريم وأد البنات، وتقرير حق النساء والصغار في الإرث، وإبطال عادة الجاهلية في حرمان المرأة والصغير: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(١).

وما دام الأمر كذلك: فمما يتسق مع روح الشريعة من إصلاح أحوال الناس في شؤون حياتهم ومعاشهم، ورفع الحرج والضيق عنهم: أن يكون هنالك اعتبار للعرف الذي لا يتعارض مع الأدلة الشرعية وقواعد الشريعة، وهو ما تقره الطباع السليمة، ولا يتجافى مع عقل رشيد، ولا بصيرة واعية نافذة.

ومن هنا: كان للفقهاء على اختلاف مذاهبهم - كما أسلفنا - جولات موفقة في الأخذ بالعرف الصحيح، وجعله مداراً لكثير من الأحكام، والمتتبع لكتب الأصول والفروع، يراها زاخرة بالأمثلة على ذلك، ومنها ما يلاحظ فيه تغير الأحكام بتغير الأعراف... ومن هذه الأمثلة ما يلي:

١ - قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾^(٢). وقرر العلماء أن العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى، وأن فعل ما يخل بالمروءة مسقط للعدالة. وقد جعل العلماء للعرف شأنًا أي شأن في تحديد الأفعال التي تخل بالمروءة؛ لأن كثيراً منها يختلف باختلاف البيئات والأحوال، فكشف الرأس

(١) سورة النساء، الآية: ٧.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٢.

مثلاً: كان يعتبر في زمن من الأزمان مُخلّاً بالمروءة، ولكنه لم يعتبر كذلك في البلاد التي كان العرف فيها على العكس في الزمن نفسه، حتى قال أبو إسحاق الشاطبي عند الكلام عن العادات المتبدلة: «منها - أي العادات - ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح وبالعكس، مثل: كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات: قبيح في البلاد الشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قاذحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قاذح»^(١).

٢- أجاز كثير من الفقهاء الاستصناع فيما جرى العرف به، كالأحذية والأواني وأثاث المنزل. . ويمكن الحكم بجواز الاستصناع اليوم بالثياب أيضاً، وإن كان الأقدمون نصوا على عدم الجواز؛ ذلك لأن الناس لم يكونوا يتعاملون بهذا النوع، أما الآن؛ فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في مختلف البلدان، وفيه ما فيه من اليسر ودفع الحرج، وتوسيع دائرة العمل والإنتاج^(٢).

٣- من المعروف شرعاً أن للوكيل أن يتصرف في الأمر الذي وكل فيه بما يحقق مصلحة الموكل، قال العلماء: فإذا قال أحد لوكيله: اشتر لي ثوباً - وكان الموكل قاضياً - فاشترى له ثوباً لم يعتد القضاة لبسه، كان تصرفه مردوداً عليه؛ لأن العرف قيد المطلق من قوله: «اشتر لي ثوباً»، فكان المقصود: اشتر لي ثوباً مما يعتاد القضاة لبسه^(٣).

(١) «الموافقات»: (٢/ ١٩٨). وانظر: «العرف والعادة في رأي الفقهاء» لأبي سنة: (ص ٤٦).

(٢) وانظر: «المهذب» للشيرازي: (٢/ ٢٩٦)، «المنهاج مع شرحه للمحلي»: (٢/ ٢٥١). «العرف والعادة في رأي الفقهاء» لأبي سنة: (ص ١٧٤-١٧٥).

(٣) انظر: «نشر العرف»: (٢/ ١١٦). «شفاء العليل»: (١/ ١٥٨). من رسائل ابن عابدين. «العرف والعادة» لأبي سنة، (ص ١٣٣).

وأبرز مظاهر الأخذ بالعرف -قولياً كان أو عملياً- هو إمكان تخصيص العام به، وقد عرضنا لهذه المسألة في مبحث التخصيص، فليرجع إليه^(١).

هذا، وفي ضوء ما مرَّ، يُرى أن الأخذ بالعرف ضمن الحدود الشرعية يتلاءم كل الملاءمة مع شريعة الإسلام السمحة، التي لم تدع باباً للخير ونفع العباد إلا فتحت، ولا طريقاً للفساد والشر إلا أوصدت الأبواب دونه. وفي مجال بيان نصوص الأحكام وتفسيرها قدّر العلماءُ العرف حق قدره، حين راعوا عادات العرب الذين نزل فيهم الكتاب، كما راعوا عرفهم في مدلولات الخطاب، وإدراك معاني الألفاظ لأن القرآن نزل على معهودات العرب في الخطاب، يهدينا إلى ذلك ما رأينا عند الإمام الشافعي وغيره^(٢)، وما قرره المحقق الشاطبي من أنه «لابد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها، ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله، والبيان من رسوله؛ لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة»^(٣).

ومن جهة أخرى؛ يلاحظ أن اعتبار العرف الذي يقوم على أساس وثيق مقبول يؤكد طابع الحياة في هذه الشريعة، والقدرة على مواصلة طريقها الإنساني العظيم^(٤).

(١) انظر ص ٥٢٧ وما بعدها في هذا الكتاب.

(٢) وانظر: «الرسالة» للإمام الشافعي: (ص ٥٠، ف ١٦٩-١٧٠).

(٣) «الموافقات»: (٣/ ١٥١).

(٤) انظر: «المدخل الفقهي العام» لأستاذنا الشيخ مصطفى الزرقاء: (٢/ ٨٢٤).

الفصل الخامس

قول الصحابي

من هو الصحابي؟

الصحابي عند علماء الحديث هو: «من اجتمع برسول الله ﷺ مؤمناً بالإسلام ولقي الله على ذلك»^(١).

أما الأصوليون: فلما كانوا ينظرون دائماً من زاوية التشريع واستنباط الأحكام، فقد وضعوا في حسابهم الأثر الذي ينبنى على تعريف الصحابي في هذه الساحة. لذا عرفه جمهورهم بأنه: «من لقي النبي ﷺ وآمن به، ولازمه زمناً طويلاً حتى صار يطلق عليه اسم الصحاب عرفاً»^(٢). وذلك كالخلفاء الأربعة الراشدين، وعبدالله بن مسعود، وأنس بن مالك، وزيد بن ثابت، وزوجات الرسول ﷺ وأبي هريرة، وعبدالله بن عمرو بن العاص، وأبي ذر وغيرهم، ممن جمعوا إلى الإيمان والتصديق، ملازمة الرسول ﷺ، فوعوا أقواله، وشهدوا أخلاقه وفعاله،

(١) انظر: «الكفاية في علم الرواية» للخطيب البغدادي: (ص ٤٨). «الإصابة في تمييز الصحابة» للحافظ ابن حجر: (١/ ٤-٥). «التقريب» للنووي مع «تدريب الراوي» للسيوطي: (ص ٤١٦). «لمحات في أصول الحديث»: (ص ٢٦) للمؤلف.

(٢) «الإحكام» للآمدي: (٤/ ٢١). «فواتح الرحموت على مسلم الثبوت»: (٢/ ١٨٥). «كشف الأسرار»: (٣/ ٢٢٣).

فعملوا على التأسى بسنته، والتزام منهجه فيما بلغ عن ربه، وفيما بين من كتاب الله عز وجل، ونقل ذلك بأمانة ووعي إلى الأمة.

ولم يكن الصحابة -رضوان الله عليهم، وهذا أمر طبيعي- على درجة واحدة من الفقه والاستنباط، كما لم يكونوا على درجة واحدة بكثرة الرواية عن رسول الله ﷺ أو قلتها، وانتقل ﷺ إلى الدار الآخرة، فكانوا هم الجسر المبارك بين رسول الله وبين الناس من بعده، وكما قال ابن القيم: «هم أئمة الأمة قلوباً، وأعمقها علماً، وأقلها تكلفاً، وأحسنها بياناً، وأصدقها إيماناً، وأعمقها نصيحة، وأقربها إلى الله وسيلة، فهم مرجع الأمة في الفتوى وبيان الأحكام، والقضاء فيما يجد من حوادث ووقائع، وبذلك حملت إلينا كتب الحديث والآثار، الكثير من الفتاوى والأقضية والآراء لهم -رضي الله عنهم-، وإن كان منهم المقل ومنهم المكثراً»^(١).

موقف العلماء من الأخذ بقول الصحابي:

هنالك حالتان يبحثهما العلماء في شأن الأخذ بقول الصحابي:

أ- أما الأولى: فهي حالة ما إذا كان قول الصحابي وارداً في الأمور التي لا مجال فيها للرأي والاجتهاد، بمعنى أنها: ليست مما يدرك بالبحث وإعمال الفكر، وإنما هي من الأمور التعبدية والمقدرات الشرعية، أي أن طريقها التعليم والتحديد من النبي ﷺ. مثال ذلك: ترتيب آيات القرآن الكريم في السور، فهذا الأمر ليس من مسائل الاجتهاد، بل هو أمر توقيفي من الشارع، فعندما يروي لنا بعض الصحابة أن الآية الفلانية هي من السورة الفلانية بكذا، ندرك مباشرة أنه يقول هذا

(١) والذين حفظت عنهم الفتوى من هؤلاء الصحابة -رضوان الله عليهم- مائة ونيف وثلاثون نفساً، ما بين رجل وامرأة. انظر: «إعلام الموقعين»: (١/ ١٢) فما بعد.

كما سمعه من النبي ﷺ ، أو من طريق صحابي آخر ، لأن هذا الأمر ، لا علاقة له بالرأي والاجتهاد ، والظاهر أن يكون تلقياً من النبي ﷺ .

فهذا النوع من أقوال الصحابة : مجمع على الأخذ به واعتباره حجة ؛ لأن الصحابي في هذه الحال يكون ناقلاً لما عرف عن رسول الله ﷺ ، بلا زيادة ولا نقصان ، فهو من السنة ، وله حكم الحديث المرفوع ، والسنة تلي الكتاب في الحجية - كما هو معلوم -^(١) . وفي مصادر السنة الكثير من الأحاديث الموقوفة على الصحابة ، وقرّر المحدثون أن لكل منها حكم المرفوع للسبب الآنف الذكر .

ومما يمكن اعتباره من هذا الباب : ما نقل عن الشافعي أنه قال : روي عن علي ابن أبي طالب أنه صلى في ليلة واحدة ست ركعات ، في كل ركعة ست سجادات ، ولو ثبت ذلك عن علي لقلت به ؛ لأنه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفاً^(٢) .

فأنت ترى أن الإمام الشافعي ما منعه عن العمل بهذا النوع من العبادة مع هذا الشكل ، إلا أن ذلك لم يثبت تماماً عن علي بن أبي طالب ، أما لو ثبت فإنه يعمل به .

ب- أما الحالة الثانية : فهي حالة ما إذا كان قول الصحابي صادراً عن الرأي والاجتهاد ؛ لأنه في غير الأمور التعبدية والمقدرات الشرعية ، فهل يكون حجة ؟

والجواب عن ذلك :

أ- أن العلماء متفقون على أنه لا يكون حجة على غير الصحابي من إخوانه الصحابة المجتهدين ، بدليل أن الصحابة - رضوان الله عليهم - قد اختلفوا في كثير من المسائل الداخلة ضمن هذا الإطار ، ولو كان قول الواحد منهم حجة على

(١) انظر : «لمحات في أصول الحديث» للمؤلف : (ص ٢١٤-٢١٧).

(٢) «جمع الجوامع مع شرح المحلي وحاشية البناني» : (٢/ ٣٥٤).

إخوانه من الصحابة، لما جاز لهم الاختلاف ولكان عليهم أن يلتزموا ما قاله الواحد منهم ما دام حجة ودليلاً شرعياً، ولقد حملت إلينا كتب الحديث والآثار الكثير من الآراء المختلفة للصحابة - رضوان الله عليهم - في المسألة الواحدة الاجتهادية.

ولذلك قال الأمدى: «اتفق الكل على أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين، إماماً كان أو حاكماً أو مفتياً»^(١).

أما لو فرض وأنه اجتمعت كلمتهم على رأي واحد في مسألة من هذه المسائل: كان ذلك إجماعاً، وبذلك يخرج الموضوع عن الدائرة التي نحن فيها. . إذ حينما يكون الإجماع: فهو ملزم؛ لأنه مصدر أصلي من مصادر الشريعة، قام الدليل القاطع على حجيته، والذي نحن فيه هو قول الصحابي بمفرده وليس الإجماع.

ب- وقد جرى اختلاف العلماء في قول الصحابي الذي يكون مبعثه الرأي والاجتهاد، هل يكون حجة على من يأتي بعد الصحابة من التابعين ومن يليهم من المجتهدين؟.

فقال الكثيرون: إنه ليس بحجة، وهو مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل في أحد قولين له، واختاره الأشاعرة والمعتزلة وجمع من متأخري الحنفية والمالكية والشافعية. بل نُسب إلى إمام الحرمين أن هذا قول المحققين^(٢).

ومن أوضح ما احتجوا به قول الله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾^(٣). فأمر الله تعالى بهذه الآية بالاجتهاد والقياس دون التقليد.

(١) راجع «الإحكام في أصول الأحكام» للأمدى: (٢٠١/٤). وانظر: «إرشاد الفحول» (٢٦٨-٢٦٩).

(٢) «الإحكام» للأمدى: (٢٠١/٤). «المحلي على جمع الجوامع»: (٣٥٤/٢). «إرشاد الفحول»: (٢٧٠-٢٧١).

(٣) سورة الحشر الآية: ٢.

والقياس نوع من أشمل وأوضح أنواع الاجتهاد، والأمر بالاجتهاد وترك التقليد، يتنافى مع اعتبار قول الصحابي حجة على من بعده وتقديمه على القياس .

ثم إن الصحابي -على فضله- مجتهد كسائر المجتهدين، واحتمال أن يخطئ في اجتهاده قائم، إذ يجوز عليه الخطأ والسهو كما يجوز على غيره، وإذا كان الأمر كذلك: لم يصح أن يكون قوله حجة تحمل طابع الإلزام، ومصدراً تشريعياً لمن يأتي بعده من التابعين، ومن يليهم من المجتهدين .

وقد عزا صاحب «تخريج الفروع على الأصول» هاتين الحجتين إلى الشافعي -رحمه الله- بعد أن أبان أن مذهب الشافعي عدم حجية قول الصحابي، والمراد طبعاً -نفي الحجية في المسائل الاجتهادية! .

قال -رحمه الله-: «لا حجية في قول الصحابي على انفراده عند الشافعي -رضي الله عنه-، ولا يجب على من بعده تقليده . واحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾^(١) . أمر بالاجتهاد دون التقليد . . ولأن الصحابي لم تثبت عصمته، والسهو والغلط جائزان عليه، فكيف يكون قوله حجة في دين الله تعالى»^(٢) .

وقال آخرون: إنه حجة مقدمة على القياس، وقد نسب هذا القول إلى الإمام مالك وبعض أصحاب أبي حنيفة، ونقل بعضهم أنه القديم من قول الشافعي، وقد استمسك ابن القيم بهذا الرأي وحاول تأييده بالكثير من الحجج والبراهين، ومن أهم ما احتج به أصحاب هذا الرأي:

(١) سورة النساء، الآية: ١٢ .

(٢) انظر: «الأم» للشافعي: (١٤٥/٧) . «جامع بيان العلم وفضله»: (٨٦/٢) .

أن الصحابي - وإن كان اجتهاده يحتمل الخطأ - إلا أنه مرجح على اجتهاد غيره من التابعين وغيرهم من المجتهدين، إذ الغالب موافقته للحق والصواب، لما كان له من الخير والمعرفة في صحبة النبي ﷺ التي هيأت له مشاهدة التنزيل ومعرفة التأويل، ومعاينة الوقائع، والكثير من أسباب النزول، والاطلاع على أحوال الرسول ﷺ المبلغ عن الله ما أراد، ومعرفة المراد من كلامه مما لم يقف عليه غيره، ولم يشاركه فيه أحد من المجتهدين الذين جاؤوا من بعده، وعلى ذلك يكون حال التابعي بالنسبة إليه كحال العامي بالسنة إلى المجتهد التابعي، فوجب اتباعه^(١).

ويمكن ترجيح أن قول الصحابي في المسائل الاجتهادية، يلقي ضوءاً على معاني النصوص، ويساعد المجتهد على تبيانها، ولكنه ليس في سوية المصادر الأصلية؛ ولذلك ليس له قوة الإلزام، بل إن المجتهدين من التابعين وغيرهم ملزمون بالعمل بما جاء في قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾^(٢). فإن أدى النظر وإعمال الفكر والاجتهاد إلى ما يتفق مع قول الصحابي عملوا به، وإلا لم يتركوا القياس إلى قول الصحابي.

وإنما جنحنا إلى ذلك لعدة أمور، من أهمها ما يلي:

١ - لو كان مذهب الصحابي حجة، لتناقضت الحجج؛ لأن الصحابة كثيراً ما خالف بعضهم بعضاً في الأمور الاجتهادية، سواء عند الاجتهاد فيما لا نص فيه أو في الاجتهاد البياني عند تفسير نص من النصوص الشرعية لأخذ الحكم منه،

(١) راجع «إعلام الموقعين»: (٤/١٥٣) فما بعدها. وقد نسب بعضهم هذا القول إلى الإمام أبي

حنيفة نفسه. وانظر: «إرشاد الفحول»: (٢/٢٦٨).

(٢) سورة الحشر، الآية: ٢.

ومعرفة مدلوله ، وما دام الصحابة يختلفون على هذه الشاكلة فليس قول أحدهم - ما دام منفرداً عن الجماعة - بأولى من قول الآخر .

ومن هنا نقلت لنا كتب الآثار والأصول الكثير من آراء التابعين التي تخالف مذهب الصحابي ، مع علم الصحابي صاحب الرأي بذلك ، ولو كان مذهب الصحابي حجة شرعية على غير الصحابة من المجتهدين ، لما ساغ لتابعي أن يجتهد برأي مخالف لقول الصحابي ومذهبه ، ولكان حقاً على الصحابي الذي يكون موجوداً إنكار هذه المخالفة ، والمتتبع للآثار يقع على كثير من الأمثلة في هذا المضمار :

أ- من ذلك ما روي أن علياً - رضي الله عنه - تحاكم إلى القاضي شريح - وهو من كبار التابعين - في درع له وجدها في يد واحد من اليهود يبيعها ، فقال له شريح حين ادعى : وهل لك من بينة ؟ قال نعم : قنبر والحسن ابني ، فقال شريح : شهادة الابن لا تجوز للأب ، ورد شهادة الحسن ، وسلم الدرع لليهودي^(١) وبذلك خالف شريح القاضي - وهو من التابعين - رأي علي ابن أبي طالب وهو من كبار الصحابة .

وفي رواية أن اليهودي قال بعدها : أمير المؤمنين علي يمشي معي إلى قاضيه ، ففضى عليه فرضي به !! ثم قال لعلي : صدقت والله يا أمير المؤمنين ، إنها لدرعك سقطت عن جمل لك والتقطتها ، وأسلم اليهودي فوهبها له علي رضي الله عنه^(٢) .

(١) «أخبار القضاة» لوكيع محمد بن خلف بن حيان : (٢/ ١٩١-١٩٥) .

(٢) «حلية الأولياء» لأبي نعيم الأصبهاني : (٤/ ١٣٩-١٤٠) . وانظر : «تسهيل الوصول» للمحلاوي : (١٦٨) . «أصول الفقه الإسلامي» لزكي الدين شعبان : (ص ١٣٢-١٣٣) .

ويجب أن يكون معلوماً أن الذي نرجحه لا يتعارض مع ما ورد في فضل أصحاب النبي ﷺ مما جاء في القرآن الكريم، أو في السنة المطهرة، فمنزلتهم في الإسلام -بعد الذي ثبت بالكتاب والسنة- لا يرقى إليها الشك، لكن ليس ذلك في أمور المذهب الفردي لواحد منهم، وإنما هو في الفضيلة والعمل الصالح، والسلوك العملي في الدين والخلق . . . وهم القدوة الحسنة في اتباع رسول الله ﷺ لما هم عليه من العدالة، والفضل . وما يرويه بعضهم من حديث: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»^(١)، فهو مما لم يثبت . أما إذا أجمعوا على شيء -كما أسلفنا- كان إجماعهم مصدراً من مصادر التشريع يلي الكتاب والسنة، وذلك ما قرره الشوكاني حين قال :

«ولا شك أن مقام الصحبة مقام عظيم، ولكن ذلك في الفضيلة وارتفاع الدرجة وعظمة الشأن، وهذا مسلّم لا شك فيه، ولهذا كان مدُّ أحدهم لا يبلغه غيرهم من الصدقة بأمثال الجبال . ولا تلازم بين هذا وبين جعل كل واحد منهم بمنزلة رسول الله ﷺ في حجية قوله، وإلزام الناس باتباعه، فإن ذلك مما لم يأذن الله به ولا ثبت عنه في حديث واحد .

وأما ما تمسك به بعضهم مما روي «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»، فهذا لم يثبت قط . . . على أنه لو ثبت من وجه صحيح لكان معناه: أن مزيد عملهم بهذه الشريعة المطهرة الثابتة من الكتاب والسنة، وحرصهم على اتباعها، ومشيههم على طريقها يقتضي أن اقتداء الغير بهم في العمل بها، واتباعها هدايةٌ

(١) رواه ابن عبد البر في «جامع العلم»: (٩١/٢)، وفي سنده ضعف ومجاهيل . وقال ابن حزم في «الإحكام»: (٨٢/٦): هذا خبر مكذوب .

كاملة؛ لأنه لو قيل لأحدهم: لم قلت كذا؟ لم فعلت كذا؟ لم يعجز عن إبراز الحجة من الكتاب والسنة، ولم يتلعثم في بيان ذلك.

وعلى مثل هذا: يحمل ما صح عنه ﷺ من قوله: «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر»^(١). وما صح عنه ﷺ «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين»^(٢).

ولقد أردت إثبات هذا النص بجملته، لما فيه من تأصيل لمبدأ من المبادئ الشرعية الأساسية، جاء على ذكره وتحقيقه الشوكاني - رحمه الله - من خلال حديثه عن مذهب الصحابي^(٣).

(١) رواه من حديث حذيفة بن اليمان الترمذي في المناقب برقم: (٣٦٦٢) وحسنه. وأحمد: (٣٨٢/٥). وابن ماجه في المقدمة برقم: (٩٧). وصححه الحاكم: (٧٥/٣). ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان الإحسان برقم: (٢١٩٣). ورواه البغوي في شرح السنة برقم: (٣٨٩٥). والطحاوي في «مشكل الآثار» برقم: (١٢٢٤). وابن سعد في الطبقات: (٣٣٤/٢).

(٢) رواه أبو داود في السنة برقم: (٤٦٠٧) مطولاً. والترمذي في العلم برقم: (٢٦٧٦). وابن ماجه في المقدمة برقم: (٤٢). والإمام أحمد: (٢٦/٤، ١٢٧). كلهم من حديث العرياض بن سارية. وانظر: شرح الحديث في «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي.

(٣) «إرشاد الفحول» للشوكاني: (٢٧١-٢٧٢).

الفصل السادس

شرع من قبلنا

حين يعرض علماء الأصول للمصادر الشرعية يتحدثون عن شرائع الرسل السابقين عليهم السلام، من حيث احتمال أن يكون لها بالنسبة إلينا طابع التكليف، ويبحثون ذلك تحت عنوان (شرع من قبلنا)، وطبيعة الموضوع تقضي بتقسيمه إلى قسمين:

الأول: ما إذا كان رسول الله ﷺ متعبداً بشريعة قبل البعثة؟

الثاني: ما إذا كان شرع من قبلنا يعتبر شرعاً لنا بعد البعثة؟

١- أما عن القسم الأول: فهو من الناحية العقلية، في حدود الإمكان؛ لأن كل رسالات السماء في أصولها من عند الله - عز وجل -. ولكن من ناحية النقل: لم يقدّم دليل قاطع على أن نبينا ﷺ كان قبل البعثة يتبع الله على شريعة من الشرائع. غير أن هنالك أقوالاً في الموضوع أولاهها بالقبول: أنه كان متعبداً بشريعة إبراهيم - عليه السلام -، ويستأنس لذلك أنه كان ﷺ كثير البحث عن هذه الشريعة، حريصاً على العمل بما وصل إليه منها، كما تدل على ذلك بعض أخبار السيرة، وهو ما تفيدته الآيات القرآنية من أمره ﷺ بعد البعثة، باتباع تلك الملة - ملة إبراهيم الحنيفية - فإن ذلك كما يقول الشوكاني: يشعر بمزيد خصوصية لها، وإذا

كان العقل لا ينفي ذلك، فلو قدرنا أنه كان على شريعة قبل البعثة، لم يكن إلا عليها. غير أن شيئاً من ذلك -فيما وراء عقيدة التوحيد- لم يثبت من طريق النقل، خصوصاً وأن الانحراف عن التوحيد إلى الوثنية في الجزيرة، قد أضاع الكثير من المعالم، فإن وصل شيء إلى رسول الله فهو النزر اليسير. وإن يكن لم يعهد عنه من ناحية العقيدة: أنه سجد لوثن، وأنه من ناحية الأخلاق والسلوك: كان المثل الأعلى في قومه بشهادة الكافرين والمؤمنين^(١).

٢- وأما عن القسم الثاني: وهو ما إذا كان شرع من قبلنا شرعاً لنا بعد بعثة الرسول ﷺ؟ فإن البحث يقودنا إلى تصنيف الأحكام المنسوبة إلى شرائع السابقين وتقسيمها إلى قسمين اثنين أيضاً:

القسم الأول: الأحكام التي تنسب إليهم ولم يعرض لها الكتاب ولا السنة، فهذه لا تكون شرعاً لنا.

القسم الثاني: الأحكام التي من هذا القبيل، وورد ذكرها في القرآن الكريم، أو عرضت لها السنة. وهذه تنحصر في ثلاثة أنواع^(٢):

النوع الأول: أحكام كلفنا بها الشارع، وهي من الشرائع السابقة: فهذه لا خلاف بين العلماء في أنها شرع لنا، والتزامنا بها إنما كان بإلزام الشارع، لا بكونها من الشرائع السابقة، فهي من شريعتنا شأنها شأن أي حكم آخر من الأحكام. وأمثلة ذلك كثيرة نقتصر منها على ما يلي:

آ- قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣).

(١) «إرشاد الفحول»: (٢/ ٢٦٥) فما بعد.

(٢) وانظر ما يقوله أبو الحسين البصري في كتابه «المعتمد»: (٢/ ٨٩٩) فما بعدها.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٣.

فالصيام كان واجباً على الذين من قبلنا، وقد أوجبه الله على الأمة في شريعتنا بهذا النص، كما أوجبه على أولئك السابقين، هذا من حيث أصل الصيام. ولكننا وراء ذلك ألزمتنا بمدة زمنية هي شهر رمضان؛ حيث إن التشبيه في قوله تعالى ﴿كَمَا كُتِبَ﴾ تشبيه في أصل فرض ماهية الصوم، لا في الكيفيات^(١).

النوع الثاني: أحكام ثبت نسخها ورفعها عن الأمة المحمدية بدليل شرعي من كتاب أو سنة، فهذه ليست شرعاً لنا بلا خلاف، فلسنا ملزمين بالعمل بها ولا يجب علينا اتباعها، وهكذا ترى أن هذه شأنها شأن الأحكام التي تحدثنا عنها في القسم الأول^(٢). وذلك كما في حل الغنائم وهي الأموال التي تؤخذ من العدو بطريق القتال والحرب. فقد كانت محرمة في الشرائع السابقة، وأصبحت حلالاً بالنسبة للمسلمين، ثبت ذلك فيما جاء من قوله ﷺ: «أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي: نُصرت بالرعب مسيرة شهر، وجُعِلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل»، وأحلّت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان كل نبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس كافة^(٣).

وهكذا نرى أن الغنائم لا يعتبر تحريمها شرعاً لنا؛ لأن السنة الصحيحة قد نصت على الحل بالنسبة إلينا ورفع الحكم السابق^(٤).

(١) وانظر: «التحرير والتنوير» للعلامة محمد الطاهر بن عاشور: (١٥٦/٢).

(٢) راجع «التوضيح مع التلويح»: (١٦-١٧). «إرشاد الفحول»: (٢٥٧/٢).

(٣) أخرجه البخاري في التيمم برقم: (٣٣٥)، وفي الصلاة برقم: (٤٣٨). ومسلم في المساجد

برقم: (٥٢١) مع تقديم وتأخير من حديث جابر بن عبد الله.

(٤) وانظر: «إرشاد الفحول»: (٢٥٨-٢٥٩).

النوع الثالث: الأحكام التي عرض لها القرآن الكريم أو السنة دون إنكارها أو تقريرها علينا، ولم يقم أي دليل شرعي على أنها نسخت أو رفعت عنا. مثال ذلك ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(١). فإن في الآية إخباراً عن ماهية القصاص، والقاعدة التي يقوم عليها في شريعة بني إسرائيل التي كتبت عليهم في التوراة^(٢).

وقد كانت للعلماء في هذا النوع نظرات، تعددت بتعدد وجوه القضية.

والصحيح الذي ذهب إليه الجمهور: أن هذا النوع من شرائع من قبلنا، الذي لم ينكره الشارع ولم يقرره علينا: هو شرع لنا نلتزم به، ويجب علينا اتباعه ما لم يرد ناسخ ينسخه. ويؤيد ذلك عدة أمور منها:

١- أن الله تعالى يقول: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا...﴾^(٣). والموروث - كما يقول العلماء - يكون مختصاً بالوارث، والإرث هنا من جهة العمل، فإذا لم ينسخه ناسخ فهو ثابت بإقرار الشريعة له.

٢- ثم إن شمول الشريعة الإسلامية وكونها ناسخة لما قبلها من الشرائع ولا تختص بقوم من الناس: يجعل ما يقصه الله علينا من شرائع الماضين، أو يذكره رسول الله ﷺ - على الصفة التي أوضحناها من قبل - ولم يرد ناسخ: يدل على إقرار ضمني لهذا الشيء وجعلنا مكلفين به، كما كُلف به السابقون.

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٥.

(٢) وانظر: «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٢/٢٤٤) و(٦/١٩٢).

(٣) سورة فاطر، الآية: ٣٢.

من أجل ذلك جرى العمل عند جمهور الفقهاء على الاستدلال بما كان شرعاً لمن قبلنا، مما كان على الصفة المذكورة، ولم يرد ما ينسخه. فمن قوله تعالى: ﴿وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾^(١). أخذ أبو يوسف -رحمه الله-، حكم التماثل في القصاص بين الذكر والأنثى. مع أن الآية تقص علينا شرع من قبلنا في توراة موسى -عليه السلام-. كما أخذ الكثيرون من قوله تعالى: ﴿وَنَبِّهِمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُحْتَضَرٌ﴾^(٢). دليلاً على جواز قسمة الماء المشترك بطريق المهايأة، وهي -كما يقول الفقهاء- أن يجعل لكل واحد من الشركاء مدة معينة ينتفع فيها وحده بالشيء المشترك، والآية واردة في شريعة من قبلنا، فهي إخبار عما كان بين صالح -عليه السلام- وبين قومه من الاتفاق على قسمة الماء على شكل معين، حيث يكون الاختصاص بالشرب في وقت معين من أصحاب العلاقة^(٣).

نسبة شرع من قبلنا إلى الكتاب والسنة:

وأخيراً: إن النظرة الفاحصة في الموضوع ترينا أن شرع من قبلنا -على الحال التي وصفنا- ليس دليلاً مستقلاً وإنما هو -بناءً على ما ذكرنا- راجع إلى الكتاب والسنة؛ ذلك أننا لا نأخذ به ولا نعتبره ملزماً إلا إذا عرض له القرآن الكريم، أو ورد ذكره في السنة من غير إنكار، ومن بعد لم يقدّم دليل شرعي على نسخه أو

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٥.

(٢) سورة القمر، الآية: ٢٨.

(٣) انظر: «تسهيل الوصول» للمحلاوي: (١٦٤-١٦٦)، «أصول التشريع الإسلامي» لعلي حسب الله: (٥٧-٥٨).

رفعه عنا، وليس بدعاً أن نقول: إذا كان مما ورد ذكره في الكتاب، فهو راجع إلى الكتاب، وإذا كان مما عرضت له السنة: فهو راجع إلى السنة^(١).

وعلى هذا يكون القائلون بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، لا يضيفون شرعاً جديداً، وإنما يأخذون بما هو راجع إلى الكتاب أو السنة؛ لأنه استمد القوة من واحد منهما، حتى كان شريعة لنا كما كان لغيرنا من السابقين، وهذا ينسجم مع حقيقة أن الشريعة الإسلامية ناسخة لما قبلها. وهكذا ترى أنك واجد في كل مرحلة من مراحل البحث في هذه الشريعة دليلاً جديداً على خلودها وصلاحياتها للبقاء، واتساعها لكل ما هو حق وخير.

(١) انظر: «تسهيل الوصول للمحلاوي»: (ص ١٦٦-١٦٧). «أصول التشريع الإسلامي» لعلي حسب الله: (ص ٥٩)، «مذكرات في أصول الفقه» للشيخ فرج السنهاوري: (ص ١١٥).