الفصل السابع

مصادر الفقه العقلية

أشاد الإسلام بالعقل، وطلب أعماله فيما له من مجال، والركون إليه في قضايا التشريع في الحدود التي رسم له الشارع ووضع له المجال والحركة، فعلى الباحث أن يتحرك في نطاق تلك الحدود، ويقنن ما لا يصطدم مع القواعد الأساسية الأصولية، وإننا نتناول المصادر الفقهية الخاضعة لنطاق العقل في المباحث التالية على وجه الإيجاز، ومن أراد التفصيل فله مراجعة كتب الأصول الكفيلة بالأطناب:

المبحث الأول:

القياس

القياس لغة: هو التقدير، تقول: قست الشيء بغيره أي: قدرته على مثاله، فهو كما يأتي بمعنى التسوية الحسية، يأتي بمعنى التسوية المعنوية أيضاً، نقول: فلان لا يقاس بفلان أي: لا يستوي به.

وهو في الاصطلاح: عبارة عن إلحاق واقعة لم ينص على حكمها بواقعة نص على حكمها الكتاب أو السنة أو الإجماع، لاشتراكهما في علة الحكم. فالأمر وارد بترك البيع وقت النداء لصلاة الجمعة لأنه يؤدي إلى عدم إدراكها، فكل أمر يؤدي إلى عدم هذا الإدراك ينسحب عليه هذا الأمر، كالمداينة مثلاً.

فالقياس إذن مصدر من مصادر التشريع تأتي رتبته بعد الإجماع، وهو عبارة عن بذل الجهد بغية الوقوف على حكم مسألة شرعية ليس فيها نص وإلحاقها بمسألة فيها نص.

أركان القياس: للقياس أربعة أركان هي:

1 - المقيس عليه (الأصل) .

2 - المقيس (الفرع) .

3 - حكم الأصل.

4 - العلة، وهي الوصف الداعي لحكم الأصل، أو هي ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة من جلب نفع أو دفع مفسدة.

شروط حكم الأصل:

1 - أن يكون حكمه ثابتاً بالكتاب أو بالسنة أو الإجماع، كحرمة شرب الخمر.

2 - أن تكون له علة يدركها العقل كالإسكار في الخمر، فالعقل لا يدرك مثلاً العلة في كون صلاة الصبح ركعتين، فمثل هذا الأمر لا يكون محلاً للقياس.

3 - أن يكون حكماً متفقاً عليه، خلافاً لمن ذهب إلى جواز ذلك.

4 - أن لا يكون مختصاً بالأصل ولا يمكن تعديته إلى غيره، فحكم شهادة الصحابي الجليل خذيمة بمثابة شهادة رجلين كان خاصاً به ولا يتعدى إلى غيره.

5 - أن يمكن تعدية علته إلى أمر آخر، فعلة تحريم الخمر هي الإسكار، فكل مسكر تتحقق فيه هذه العلة يكون حكمه الحرمة، دون علة إباحة الفطر في السفر، إذ هو قاصر على المسافر فقط، ولا يقاس عليه وضع أصحاب الأعمال الذين يجدون المشقة عند صومهم.

شروط الفرع:

1 - مساواته للأصل في ذات علة الحكم، كتعليل حرمة شرب النبيذ بالسكر الذي هو عين علة تحريم الخمر.

2 - خلوه من حكم يدل عليه نص أو إجماع، فعند وجوده يمتنع إلحاقه بغيره في الحكم، فحكم عدم جواز ترك الصلاة في السفر ثابت بالإجماع، لذا فهو لا يقاس على عدم وجوب الصوم في السفر، ليقال يجوز قياساً ترك الصلاة في السفر.

3 - تأخر تشريع حكمه عن تشريع حكم الأصل، فلا يقاس الوضوء على التيمم في اشتراط النية لتأخر ورود حكم التيمم عن ورود حكم الوضوء.

شروط العلة:

1 - أن تكون وصفاً ظاهراً يمكن وجوده في المقيس والمقيس عليه، كالإسكار في كليهما، لذا كان علة الحكم فيهما. وكالصغر فإنه أمر واضح لكونه علة للولاية على الصغير.

2 - أن تكون وصفاً منضبطاً لايختلف باختلاف الأشخاص، فالسفر علة الإفطار في السفر في رمضان للمسافر، دون المشقة لأنها غير منضبطة تختلف باختلاف الأشخاص.

3 - أن تكون وصفاً متعدياً غير خاص بالأصل، فالإسكار وصف موجود بالأصل والفرع، لذا ينسحب حكم الأول على الثاني، بخلاف السفر الذي هو وصف خاص بالمسافر دون حاصد الزرع الداعي إلى المشقة.

4 - أن تكون وصفاً مناسباً لشرع الحكم بحيث يكون ربط الحكم بذلك الوصف داعياً لجلب منفعة أو دفع ضرر، فالقتل العمد وصف مناسب لتشريع حكم القصاص ولحرمان القاتل من الإرث.

5 - أن لا تكون من الأوصاف التي ألغى الشارع اعتبارها، كاعتبار وصف الولد وصفاً مناسباً للتسوية بين الابن والبنت في الميراث، لأنه سبحانه وتعالى أهدر الاعتبار بهذا الوصف، حيث فرق بين ميراثهما.

مسالك العلة: العلة تدرك بمسالك، منها النص: فهو يدل حيناً على أن وصفاً من الأوصاف هو العلة لحكم من الأحكام، وذلك بأن يشتمل النص على لفظ يدل على العلية مثل قوله تعالى في الآية (7) من سورة الحشر ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ وكقوله ﷺ: «**إنما جعل الاستئذان من أجل البصر**» فألفاظ مثل «كي» و«من أجل» وأمثالهما في النصوص تدل على العلية صراحة.

وقد تأتي الدلالة في النص على العلية على وجه يحتمل التعليل احتمالاً راجحاً كقوله تعالى في الآية (222) من سورة البقرة ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ وقوله في الآية (56) في سورة الذاريات ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ فحرف الفاء واللام وأمثالهما تستعمل في التعليل وفي غير التعليل، ولكن دلالتهما على التعليل واضحة في المثالين.

وقد تكون الدلالة على وجه الإيماء كترتيب الحكم على الوصف المشعر علية الوصف للحكم، وهذا ما عناه الأصوليون بقولهم (تعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق) وذلك مثل قوله تعالى في الآية (38) من سورة المائدة ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ الذي جاء ترتيب الحكم فيه على الوصف بالفاء.

ومنها الإجماع، مثل إجماع العلماء أن قرابة الشقيق من شقيقه من جهتي الأب والأم هي العلة في تقديمه في الميراث على أخيه لأب الذي قرابته من جهة الأب فقط، وكالإجماع على جهالة الثمن في البيع علة لفساده.

ينقسم القياس إلى ثلاثة أقسام بحسب المعنى الجامع بين الأصل والفرع من جهة الحكم:

1 - القياس الأولى/ وهو ما كانت علة الفرع فيه أقوى من علة الأصل، لذا يكون حكم الفرع ثابتاً بطريق الأولى، لقد ورد النهي منه سبحانه وتعالى عن التأفف من الوالدين، فإذا كان مجرد التأفف منهما محرماً يكون إيذائهما بالشتم والضرب محرماً قياساً بطريق الأولى.

2 - القياس المساوي/ وهو ما استوت فيه علة الحكم في كل من الأصل والفرع، فالله سبحانه وتعالى حرم أكل أموال اليتامى لعلة الاعتداء عليها، وهذه العلة تتحقق بإتلاف ماله.

3 - القياس الأدنى/ هو ما يكون تحقيق العلة في الفرع أدنى من تحققه في الأصل، وذلك كقياس التفاح على البر في حرمة التفاضل، فحرمة التفاضل في البر ثابت سواء كانت العلة الطعم أو الكيل أو الاقتيات والادخار بخلاف التفاح، إذ حرمة التفاضل فيه ثبت بالقياس على البر فيما إذا كانت العلة هي الطعم فقط.

أما أنواع القياس بحسب الدرجة والقوة فهو على قسمين:

1 - القياس الجلي/ وهو ما قطع فيه بانعدام الفارق بين الأصل والفرع، وهو يشمل القياس الأولى والمساوي.

2 - القياس الخفي/ وهو ما لم يقطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، مثل قياس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد لا يجاب القصاص على القاتل بالمحدد، إذ يجوز أن يكون الفارق مؤثراً أو غير مؤثر، لذا ذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب القصاص في القتل بالمثقل بخلاف غيره من أصحاب المذاهب، وهو المشمول بالقياس الأدنى.

حجية القياس: يرى جمهور الأصوليين أن القياس حجة شرعية يلزم الركون إليه وبناء الأحكام الشرعية عليه سواء كانت علة الأصل منصوصاً عليها أم كانت مستنبطة، وذهب القاشاني والنهرواني على حجيته إن كانت علة الأصل منصوصاً عليها صراحة أو إيماءً، وكان حكم الفرع ثابتاً بطريق الأولى. وذهب النظام وأتباعه من المعتزلة وداود الظاهري وأتباعه والشيعة إلى عدم حجيته.

الأدلة: القائلون بحجيته استدلوا بالكتاب والسنة وبأقوال فقهاء الصحابة وبالعقل. أما في الكتاب فبآيات منها قوله تعالى في الآيات (78-79) في سورة يس ﴿وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُۥ ۖ قَالَ مَن يُحْىِ ٱلْعِظَٰمَ وَهِىَ رَمِيمٌ ﴿٧٨﴾ قُلْ يُحْيِيهَا ٱلَّذِىٓ أَنشَأَهَآ أَوَّلَ مَرَّةٍ ۖ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴿٧٩﴾﴾ فهو سبحانه وتعالى قاس إعادة

الحياة إلى العظام البالية على الخلق ابتداء، وقال عز من قائل في الآية (5) من سورة الجمعة: ﴿مَثَلُ ٱلَّذِينَ حُمِّلُوا۟ ٱلتَّوْرَىٰةَ ثُمَّ لَمْ يَحْمِلُوهَا كَمَثَلِ ٱلْحِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًۢا﴾ فهو سبحانه قاس من لا ينتفع بما حمل من علم على حال الحمار الذي يحمل أسفاراً.

وورد في السنة أن النبي ﷺ قال: «**وفي بضع أحدكم صدقة**»، قالوا: يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون فيها أجر؟ قال: «**أرأيتم إن وضعها في حرام أكان عليه وزر؟**» قالوا: نعم، قال: «**فكذلك إن وضعها في حلال**» فهو ﷺ قاس الأجر في حال الحلال على الوزر في حال الحرام.

أما أقوال الصحابة فكثيرة، منها: أنهم قدموا أبا بكر للخلافة، فقالوا: رضيه رسول الله لديننا ألا نرضاه لدنيانا؟ أما من ناحية العقل فعرضوا أموراً منها أن الفطرة السليمة تحتكم إلى القياس، فمن سلك أرض مسبعة فافترسه سبع اعتبر به غيره فلا يسلك نفس المسلك.

أما نفاة القياس فاستدلوا بأدلة من الكتاب منها قوله تعالى في الآية (49) من سورة المائدة ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾[1] كما استدلوا بالحديث بأدلة منها أن النبي ﷺ قال: «**تعمل هذه الأمة بالكتاب برهة، وبرهة بالسنة، وبرهة بالقياس، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا**». وأصحاب القياس ردوا هذا الحديث لأن ابن معين كذب بعض رواته، كما استدلوا بأقوال الصحابة منها ما ورد عن علي رضي الله عنه: «لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه» كما استدلوا بالعقل فقالوا: إن القياس يفضي إلى الاختلاف في الأحكام، ويؤدي إلى المنازعة لاختلاف الناس في النظر والاستنباط.

وهنالك ردود ومناقشة طويلة بين الجانبين حول تلك الأدلة محل تفصيلها أمهات كتب أصول الفقه.

والنظرة الفاحصة ترشد إلى ترجيح رأي القائلين بحجية القياس، وكونه دليلاً

(1) سورة الإسراء، الآية: 36.

للوقوف على قسم من الأحكام الشرعية. وفي هذا المجال يقول ابن القيم في الجزء الأول في الصفحة (141) في كتابه أعلام الموقعين: «وقد تدبرت ما أمكنني التدبر من أدلة الشرع فما رأيت قياساً صحيحاً يخالف حديثاً صحيحاً، كما أن المعقول الصحيح لا يخالف المنقول الصحيح».

المبحث الثاني:

الاستحسان

الاستحسان لغةً: هو عد الشيء حسناً حسياً كان أو معنوياً، تقول: فلان استحسن الطعام كما تقول: استحسن الفكرة، وهو عرفاً يطلق على أمرين: الأول هو العدول عن حكم قياس ظاهر إلى حكم قياس خفي تستدعي دقة علته هذا العدول، والثاني استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص لدليل من نص أو إجماع أو ضرورة أو مصلحة أو عرف.

أقسام الاستحسان:

1 - الاستحسان بالقياس الخفي: ومن أمثلته إذا ادعى شخص وكالة قبض دين من المال من مدين، وأقر المدين بالوكالة لزمه دفع الدين إليه، وإذا أنكر الدائن الوكالة ولم يكن هنالك ما يثبتها وجب على المدين إيفاء الدين وله الرجوع على مدعي الوكالة.

أما إذا أودع شخص شيئاً عند آخر، وجاء من يدعي الوكالة بقبض ذلك الشيء وأقر الوديع بالوكالة لزمه تسليم الوديعة قياساً على المسألة السابقة، ولكنهم قالوا بعدم الالتزام استحساناً، لأن المودع قد ينكر الوكالة ويتعذر استرداد الوديعة من الوكيل لتصرفه فيه، إذ يتعلق الحق هنا بعين الوديعة نفسها لا بذمة الوديع، بعكس المسألة السابقة التي يتعلق الحق فيها بالذمة لا بالعين.

2 - **الاستحسان بالنص**: ويقصد بها ورود النص القاضي بحكم مسألة بخلاف الحكم الكلي الثابت لنظائرها، القاعدة تقتضي عدم جواز الوصية لإضافتها إلى ما بعد الموت، حيث تنعدم بعده الملكية، ولكنها جازت استحساناً بالنص وهو قوله تعالى في الآية (11) من سورة النساء ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾.

ومنه الحكم ببقاء الصوم مع الأكل والشرب ناسياً، إذ القاعدة تقتضي فساده لعدم الإمساك، ولكن حكم ببقاء الصوم استحساناً لقوله ﷺ: «**من نسي وهو صائم فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه**».

3 - **الاستحسان بالإجماع**: فهو اتفاق أهل العلم على حكم في مسألة بخلاف حكم القاعدة التي تنضوي تحتها تلك المسألة، فالعقد على شيء غير موجود لايصح شرعاً، ولكن استثنى منه عقد الاستصناع بدافع الحاجة للإجماع الثابت بالتعامل، وكذلك الأمر في تطهير الآبار والأواني المتنجسة.

4 - **الاستحسان بالمصلحة**: وهو استدعاء المصلحة العدول عن حكم أصلي كلي في مسألة من المسائل وسحب حكم آخر عليها يخالف ذلك الحكم، وذلك لتضمين الصناع كالخياطين والصباغين بقيمة ما يهلك عندهم من بضاعة الآخرين، مع أن الأصل هو عدم التضمين إلا بالتعدي، فتم العدول عن حكم الأصل بدافع المصلحة لما لوحظ من فساد الذمم، وتفريط الأجراء عن واجباتها. ومنه صحة وصية المحجور عليه بالرغم من عدم صحة تبرعاته والمحافظة على ماله، والوصية لا تعارض هذا الغرض لأن النفاذ يكون بعد موته.

5 - **الاستحسان بالضرورة**: وهذا يكون بالعدول عن حكم أصل كلي في مسألة إلى حكم يخالفه بدافع الحرج والضرورة، كالحكم بصحة عقد البيع مع اقترانه بالغبن اليسير، وكالحكم بتطهير الآبار المتنجسة بموت حيوان فيها أن نزح مقدار من الماء منها.

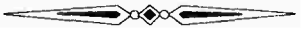
6 - **الاستحسان بالعرف**: المقصود به جريان العرف على استثناء حكم

مسألة من حكم قاعدة كلية، وذلك كالحكم بصحة وقف المنقولات كالكتب والأواني، إذ يفترض في الموقوف الدوام والاستقرار، ومنه دخول الحمامات العامة مقابل مبلغ معين دون تحديد مدة المكث وتحديد المياه المصروفة.

حجية الاستحسان: الاستحسان مصدر عقلي آخر للفقه الإسلامي، وقد توسع الحنفية في الأخذ به، وقال به جمهور المالكية والحنابلة، وأصحاب هذا الاتجاه استدلوا بأدلة من الكتاب منه قوله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم﴾، وقوله تعالى: ﴿فَبَشِّرۡ عِبَادِ ۝١٧ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأۡمُرۡ قَوۡمَكَ يَأۡخُذُواْ بِأَحۡسَنِهَا﴾ الآية الأولى في سورة الزمر (55) والثانية في الزمر أيضاً (17-18) والثالثة في الأعراف (144).

وذهب الشافعية والظاهرية وكثير من المتكلمين إلى عدم حجية الاستحسان، ويقولون إنه قول بالتشهي المنهي عنه شرعاً. ويظهر أن الشافعي عندما تناول الاستحسان بالرد كان يقصد الاستحسان الخالي عن الدليل المبني على الهوى.

والحقيقة أن المخالفين لحجية الاستحسان خلافهم لفظي، فإنهم قالوا بشرعية كثير من الأحكام التي أدرجها القائلون بحجية الاستحسان ضمن نطاق الاستحسان، غير أنهم أخضعوها لنطاق أدلة أخرى، إذ ورد عن الشافعي أنه استحسن قطع اليد اليسرى للسارق إذا أخرجها بدل اليمنى، لذلك نرى أن أبا إسحاق الشيرازي الشافعي يقول بعد إيراد بعض أقوال فقهاء الحنفية في معنى الاستحسان: كما جاء في إرشاد الفحول ص (241): إن كان تخصيص بعض الجملة من الجملة بدليل يخصصها أو الحكم بأقوى الدليلين، فهذا مما لا ينكره أحد.



المبحث الثالث:

المصالح المرسلة (الاستصلاح)

المصلحة مأخوذة من مادة صَلَحَ يَصلُح، وهي ضد فسد. والمصلحة بمعنى الصلاح والمنفعة، والمصالح المرسلة في الاصطلاح عبارة عن الوصف الذي يظهر للمجتهد أنه مظنة لجلب المنفعة أو دفع المضرة عند بناء الحكم عليه دون أن يجد من الشارع ما يدل على الاعتبار به أو إلغائه.

والمصلحة باب واسع من أبواب الاجتهاد، ويمكن أن يؤسس عليها المجتهدون الشيء الكثير من الأحكام فيما لا نص فيه أو إجماع مما يجد من القضايا المتعلقة بأمور العباد ومصالح البلاد.

والفقهاء في مختلف العصور منذ عهد الصحابة بنوا عليها الشيء الكثير من الأحكام، منها اتفاق الصحابة في عهد سيدنا أبي بكر على جمع المصحف في مكان واحد، واتفاقهم على استنساخ عدة نسخ منه بلهجة قريش في عهد سيدنا عثمان، ومنها تضمين الصناع مع كون الأمانة هي الأصل في أيديهم، ومنها إفتاء العلماء بتوظيف الإمام العادل على أموال الأغنياء بقدر الحاجة من المصروفات في أوقات الحروب والأزمات عند عجز بيت المال عن الإنفاق اللازم، ومنها قرار سيدنا عمر قتل الجماعة بالواحد، إذ بخلافه تجتمع الأيادي على قتل الواحد وتضيع الدماء.

حجية المصالح المرسلة: حول هذا الموضوع ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب قسم من الفقهاء منهم الحنفية والشافعية وابن حاجب من المالكية والظاهرية والشيعة الإمامية إلى عدم حجية هذة المصلحة، واستدلوا بأدلة منها:

1 - يصل أهل الأهواء عن طريقها إلى سن ما يروق لهم من الأحكام والقوانين، إذ الهوى قد يغلب على المرء فيرى المفسدة مصلحة والمضرة منفعة.

2 - العمل بالمصلحة يعرض وحدة الشريعة وعمومها إلى الانفصام، إذ يقتضي أن يكون للأمر الواحد أحكام مختلفة متباينة تبعاً لاختلاف العقول والأهواء.

الرأي الثاني: ذهب الإمام الغزالي إلى الأخذ بها - ويسميها الاستصلاح - في حدود معينة، وهي كونها من الضروريات الخمس، وكونها قطعية في جلب منفعة أو دفع ضرر، وكونها عامة تعود بالنفع لعامة المسلمين، وذلك كأن يتترس الأعداء في هجومهم بعدد من أسرى المسلمين، فإن تركناهم فإنهم يحتلون الديار ويقتلون هؤلاء الأسرى وغيرهم، وإن رميناهم صددناهم وإن أتينا على أسرانا المتترس بهم، إذ المصلحة هي الداعية لهذا الأمر.

هذا بخلاف ما إذا تترس الكفار ببعض أسرانا في قلعة يهاجمها المسلمون، فهنا لا يحل الرمي، إذ فيه قتل المتترس بهم لعدم ضرورة فتح القلعة.

والكليات الخمسة الضرورية التي أشار إليها الغزالي هي:

1 - حفظ الدين، إذ شرع الشارع لأجله الجهاد، وقتل المرتد بالشروط التي فصلها الفقهاء.

2 - حفظ النفس، والشارع شرع لأجله القصاص في القتل العمد.

3 - حفظ العقل، وشرع الشارع لأجله تحريم المسكرات ولزوم الحد على شاربها.

4 - حفظ المال ومنع الاعتداء عليه، وأوجب الشارع لهذه الغاية الحد على السارق وقاطع الطرق، كما أوجب الضمان على تالفه.

5 - حفظ النسل والعرض، وشرع الشارع لتحقيقه تحريم الزنى وأوجب الحد على مرتكبها.

الرأي الثالث: يرى المالكية والحنابلة أنها حجة شرعية يعتد بها لبناء الأحكام عليها، ومن أكثر المتحمسين للقول بها هو الفقيه نجم الدين الطوفي الحنبلي، إذ رأى أنها دليل شرعي فيما فيه النص أيضاً، وجعل رعاية المصلحة

مقدمةً على رعاية النص أو الإجماع عند التعارض ولكن بطريق التخصيص والبيان لها لا بطريق التعطيل والإهمال.

وأصحاب هذا الاتجاه ناقشوا أدلة أصحاب الاتجاه الأول وردوها، واستدلوا لاتجاههم بأدلة منها:

1 - القضايا التي فيها أحكام يتبع بشأنها تلك الأحكام، لأنها هي التي تحقق المصالح وتدفع المضار، أما الخالية عن الأحكام فيلتمس لها من الأحكام على ضوء القواعد الشرعية ما يحقق المصالح أو يدفع المضار، فالرسول ﷺ بين لنا أن الدين يسر ولا عسر فيه، وهو تعالى لم يجعل لنا في الدين من حرج.

2 - إن الحوادث تتجدد، وتظهر في المجتمعات ضرورات تستدعي أحكاماً معينة، وهي تدعو فسح المجال أمام المجتهدين لاستنباط الأحكام وفق المصالح، وإلا ضاقت الشريعة بمصالح العباد واتهمت بالجمود وهي منه براء.

3 - فقهاء الصحابة بنوا شيئاً غير قليل من الأحكام على المصالح دون أن تجد اجتهاداتهم نكيراً من أحد كالأمثلة التي مرت في بداية المبحث.

وإننا نؤيد هذه الوجهة الأخيرة، لأنه سبحانه وتعالى لم يقصد بشريعته إلا تحقيق مصالح العباد، فلم يأمرهم إلا بما ينفعهم، ولم ينههم إلا عما يضرهم، فإن عرض أمر يستدعي حكماً معيناً لا نص فيه، إن ركن أهل العلم والتقوى إلى عقولهم، واهتدوا إلى كون المصلحة في حكم معين لذلك الأمر لزم الأخذ به لموافقة قصده سبحانه وتعالى من تحقيق المصالح لعباده من شرعه، لأن فيه استعمالاً لما أنعمه الله عليهم من نعمة العقل والفهم، وتحدثاً بجلال هذه النعمة.

إن القول بالمصالح يكاد يكون متفقاً عليه بين المذاهب، واختلافهم ليس إلا في التسمية، فالحنفية الذين ذكروا عدم الاعتداد بالمصلحة أصل من أصولهم هو الاستحسان، وهم قد جعلوا المصلحة سنداً من أسانيده، فكيف إذن ينكرون الاحتجاج بها؟ وكثير من العلماء الشافعية قرروا الأخذ بها كالإمام الرازي، فهم

قالوا بجواز إتلاف شجر الأعداء وأبنيتهم إن كان الظفر منوطاً به. وقال أبو حنيفة بجواز إتلاف ما يعجز المقاتلون عن حمله من الغنائم لئلا ينتفع بها الأعداء ويكون سبباً في قوتهم.

شروط العمل بالمصالح المرسلة:

1 - أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع ولا تنافي أصلاً من أصوله.

2 - أن تكون معقولة تنسجم مع العقول السليمة ولا تخرج عن أحكامها.

3 - أن تكون من المصالح المحققة، الغالبة على الظن، أي أن يكون تشريع الحكم على أساسها موجباً لجلب نفع أو دفع ضرر.

4 - أن تكون من المصالح العامة لا الخاصة لشخص أو فئة.

5 - أن لا تعارض مصلحة أخرى أجدر منها بالأخذ والاعتبار.

المبحث الرابع:

الذرائع

الذريعة في اللغة بمعنى: الوسيلة، جمع الذرائع، وهي في الاصطلاح بمعنى: الوسائل المباحة المؤدية إلى المحرمات. فيكون سد الذرائع بمعنى منع التوسل بالمباح المفضي إلى ما هو ممنوع شرعاً.

ويقابل سد الذرائع فتحها، أي الأخذ بالوسائل المؤدية إلى ما فيه المصلحة، فيحكم بالحرمة على ما يؤدي إلى المحرمات، وبالوجوب إلى ما يؤدي إلى الواجبات، وبالكراهة إلى ما يؤدي إلى المكروهات، وبندب ما يؤدي إلى المندوبات، وبإباحة ما يؤدي إلى المباحات. فمن سد الذرائع، فالله سبحانه وتعالى نهى عن سب الذين يدعون من دون الله لئلا يؤدي ذلك إلى سب الله. ونهى عن النظر إلى الأجنبية لأنه قد يؤدي إلى الاقتراب من الفاحشة، إذ أصل

النظر مباح. ومن ناحية فتحها مثل دفع الأموال إلى الأعداء مقابل فداء الأسرى، مع أن دفع الأموال إليهم ممنوع، كما يجوز دفع الرشوة لاتقاء شر أنيط بها اندفاعه.

أقسام الذرائع: الذريعة المباحة في الأصل المفضية إلى أمر محرم ثلاثة أقسام:

1 - ذرائع يقصد بها الوصول إلى مصلحة، ولكنها قد تؤدي إلى مفسدة كالنظر إلى المشهود عليها، وكالنطق بكلمة حق عند سلطان جائر، فالذرائع التي هي من هذا القبيل مباحة شرعاً لرجحان مصلحتها.

2 - ذرائع تؤدي في غالب الأحوال إلى المفاسد كبيع العنب لصانع الخمر، وسب آلهة المشركين أمامهم، وبيع الأسلحة إلى أرباب الفتن في أوقات الفتن، فمثل هذه الأمور تم الاتفاق على حرمتها.

3 - ذرائع موضوعة للمباح ولكنها تستعمل لغير ما وضع له، كالمتزوج من امرأة بقصد تحليلها لزوجها السابق، وكبيع شيء بمبلغ مؤجل إلى شخص ثم شراؤه منه بثمن معجل بأقل من ثمن البيع وهو ما يسمى ببيع العينة، فمثل هذه الذرائع مفاسدها راجحة ولكنها غير غالبة، لذا اختلف الفقهاء فيها فمنهم من قال بسدها ومنهم من أمضاها.

حجية الذرائع: تأسيس الأحكام على الذرائع هو مسلك المالكية والحنابلة، أما الإمامان أبو حنيفة والشافعي فقد أخذا بها في حالات دون أخرى، اما ابن حزم الظاهري فقد أنكر العمل بها مطلقاً.

والقائلون بحجيتها استدلوا بأدلة منها:

1 - النهي عن سب الذين يدعون من دون الله.

2 - قوله ﷺ: **«من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه»**، قيل: يا رسول الله كيف يلعن الرجل والديه؟ قال: **«يسب أبا الرجل فيسبّ أباه»**.

3 - نهيه ﷺ عن خطبة المعتدة، إذ قد يؤدي إلى الزواج منها قبل انتهاء عدتها.

4 - منعه ﷺ الميراث من قاتل مورثه لئلا يتخذ القتل ذريعة لاستعجال الميراث.

5 - المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسبابها، لذا فإنها تكون تابعة لها من حيث الحكم الشرعي، فإذا حرم سبحانه وتعالى شيئاً حرم وسائله، فالطبيب إذا أراد حسم الداء منع صاحبه من كل ما يؤدي إليه.

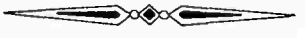
أما القائلون بعدم حجيتها استدلوا أيضاً بأدلة منها:

1 - يتم التحليل والتحريم بأدلة قطعية دون الظنية، فالذرائع قائمة على الظن، والظن لا يغني عن الحق شيئاً.

2 - الصيغ هي الدالة على الأحكام، لذا يلزم الاعتداد بظواهرها دون البواعث الباطنية الخالية عن الدلائل.

ومن يمعن النظر بأدلة الطرفين يترجح لديه الأخذ بالذرائع، إذ هي اتجاه أكثر المذاهب لا اتجاه المالكية والحنابلة، لأن أكثر المسائل التي حكم فيها المالكية والحنابلة قال بها بقية الفقهاء في المذاهب الأخرى لا على أساس الذرائع، وإنما على أساس إخضاعها لأصول شرعية أخرى، كالقياس والاستحسان والضرورة، أو على أساس انضوائها تحت نطاق النهي عن التعاون على الإثم والعدوان.

قال القرطبي وهو مالكي المذهب: سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً. وقال القرافي وهو مالكي أيضاً: مالك لم ينفرد بذلك بل كل أحد يقول بها، ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها.



المبحث الخامس:

الاستصحاب

الاستصحاب في اللغة - من مادة صحب - بمعنى المعاشرة والملازمة، وهو اصطلاحاً: الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الحاضر أو المستقبل بناءً على ثبوته أو نفيه في زمن سابق، ما لم يقم دليل على خلافه.

فكل أمر علم وجوده سابقاً ثم حصل شك في زواله حكم ببقائه استصحاباً للأصل، وكل ما علم عدمه في الماضي ثم حصل شك في وجوده حكم بعدمه للعدم السابق. فملكية شيء لشخص قائمة ما لم ينهض دليل على زواله، وإذا ادعى شخص زواجه من امرأة وهي تنفي يكذب الرجل ما لم يثبت ادعاءه، لأن الأصل عدم وجود الزواج. ومن تزوج امرأة وادعى ثيبوبتها بعد الدخول وأنكرت المرأة الادعاء، كان القول قولها لأن الأصل في المرأة البكارة.

أنواع الاستصحاب: أنه باعتبار الحكم السابق للقضايا على أربعة أقسام:

1 - استصحاب حكم الإباحة الأصلية: القاعدة الأصولية هي أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة حتى يقوم الدليل على التحريم، يقول ﷺ: **«ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»** أما الأشياء الضارة فالأصل فيها الحرمة، وهذا القسم هو محل اتفاق جمهور العلماء.

2 - استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي: إذا ادعى شخص ديناً على آخر وأنكر هذا الآخر الدين يكون القول قوله استصحاباً بالبراءة الأصلية، إلا إذا ثبت الدين بالبينة، وإذا وجهت اليمين على المدعى عليه فنكل عن اليمين لا يقضى عليه لأن الأصل البراءة، وإنما تعرض اليمين على المدعي، وهذا النوع محل اتفاق العلماء أيضاً.

3 - استصحاب ما نهض الدليل على ثبوته: فكل ما دل دليل من الشرع أو العقل على قيامه يحكم باستمراره ما لم ينهض دليل على تغيير حكمه، الصائم إذا شك في غروب الشمس وأفطر فسد صومه لأن النهار كان موجوداً، والنائم

للسحور ليلاً إن أكل وشكّ في حصول الفجر لم يفسد صومه لسبق الليل. والحاكم يقضي باستمرار الزوجية بين الزوجين لوجود العقد ما لم يقم الدليل على زوالها بالفرقة، وهذا النوع أيضاً محل اتفاق جمهور العلماء، بخلاف بعضهم كبعض الحنفية، قال ابن القيم: ولم ينازع العلماء في هذا النوع وإنما في بعض أحكامه كتجاذب مسألة أصلين متعارضين، مثاله أن مالكاً منع الرجل من الصلاة إذا شك هل أحدث أم لا، فإن قيل: لا تخرجه من الطهارة بالشك، قيل: لا تدخله في الصلاة بالشك.

4 - استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع: إذا أجمع المجتهدون على حكم مسألة على صفة معينة فهل يبقى حكم المسألة على حاله إذا تغيرت تلك الصفة أم لا؟ قال الحنفية: لا، وقال الشافعية: نعم، مثاله: الفقهاء أجمعوا على أن المتيمم بسبب فقد الماء إذا أتم صلاته قبل رؤية الماء صحت صلاته، ولا داعي لإعادتها إذا وجد الماء بعد ذلك. أما إذا وجد الماء أثناء الصلاة فذهب أبو حنيفة إلى بطلان صلاته ويلزمه الوضوء واستئناف الصلاة، ورأى الشافعي صحة صلاته ويعتبره متطهراً، ولا يؤثر رؤيته الماء خلال صلاته، وأيد اتجاه الشافعي فقهاء، كما أيد اتجاه أبي حنيفة فقهاء أيضاً.

دليل الاتجاه الثاني هو أن الإجماع منعقد على صحة الصلاة قبل رؤية الماء، وخلو هذا الإجماع في محل النزاع لا يؤثر على حكمه، إذ لا يلزم من انتفاء الإجماع انتفاء الحكم.

حجية الاستصحاب: حول هذه الحجية الآراء التالية:

1 - يرى جمهور العلماء - منهم الحنابلة وأكثر الشافعية وقسم من المالكية والظاهرية وبعض الحنفية - إلى كون الاستصحاب حجة في النفي والإثبات سواء كان في أمر شرعي أو عقلي، إذ يرون بقاء الحكم الثابت في الماضي ما لم يثبت تغييره، لأن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك، فمن توضأ للصلاة ثم شك في نقضه فلا اعتبار بشكه. والمفقود يحكم بحياته ما لم يثبت خلافها، فأمواله لا تورث وزوجته لا تبين، وإن مات مورثه قبله فإنه يرثه.

2 - ذهب أكثر المتكلمين وبعض الحنفية إلى عدم حجيته، لأن الدليل القائم على ثبوت حكم لواقعة دليل على ثبوته لا على استمراره، فبقاؤه يحتاج إلى دليل آخر.

3 - يرى أكثر الحنفية وقسم من المالكية إلى أنه حجة في الدفع والنفي لا في الإثبات، أي أن الحالة الثابتة للاستصحاب دافعة تدفع ما يخالفها، ولكنها لا تثبت حكماً جديداً لم يقم عليه دليل، فالمفقود حياته قائمة استصحاباً فلا تقسم أمواله ولا تبين زوجته منه لغلبة الظن بقيام حياته إلى أن يثبت خلافها حقيقةً أو حكماً، ولكن لا يثبت له حق من مال مورثه إن مات ولا يثبت له الوصايا خلافاً لأصحاب الرأي الأول كما مر معنا.

والراجح هو قول الجمهور القائلين بحجية الاستصحاب بجميع أقسامه ما لم ينهض دليل على منعه، فالشرع والعقل يرشدان إلى براءة الذمم من الحقوق ما لم يقم دليل على مشغوليتها، فالانشغال حكم طارئ يحتاج إلى إثبات. فما دلّ الشرع والعقل على ثبوته يبقى على ثبوته، فالزوجية بين الزوجين تستمر ما لم ينهض دليل على انقطاعها. ثم إن الاستصحاب ليس بنفسه دليلاً على حكم من الأحكام، إذ الدليل هو ما يثبت الحكم السابق، وما الاستصحاب إلا دليلٌ على استمرارية الحكم وعدم نقضه بناقض، وهو نائب يقوم مقامه.

وفي الأخير أقول: إن الشريعة الإسلامية شريعة عامة خالدة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهي تضم من القواعد ما تتكفل التجاوب مع كل الظروف نتيجة تغيّر الزمان والمكان، وهي لا تعرف الجمود والتوقف، وإنما هي نامية تستجيب لسنة التطور وفق الظروف والأحوال.

يقول القانوني الضليع الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري - بشيء من التصرف -: الشريعة الإسلامية شريعة الشرق ومشكاة من نور الإسلام، إنها لو أعيد سبكها لكان لنا من هذا التراث ما يظهر روح الاستقلال في فقهنا وفي تشريعنا، ولأشرفنا نطالع العالم بهذا النور فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون.