الباب الثاني
في الأدلة المختلف فيها

تمهيـــد :

بعد الكلام عن الأدلة المتفق عليها عند جمهور الأصـوليين في البـاب الأول وهي: الكتـاب والسنـة والإجماع والقيـاس، نتكلم في هـذا البـاب عن الأدلـة الإجماليـة التي اختلف فيهـا الأصـوليين، فمنهم من جعلهـا دليـلاً يتوصل المجتهد عن طريقه إلى معـرفـة حكم اللـه تعالى في المسـائل التي يحتاج الناس إلى معرفة حكم الله تعالى فيها، ومنهم من لم يجعلهـا دليـلاً وعدل عنها وبحث عن حكم الله في المسألة التي يراد معرفـة حكمـه تعـالى فيها عن طريق الأدلة الأخرى.

والأدلة التي اختلف فيها الأصوليين هي: الاستحسان، والمصلحة المرسلة، والعرف، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، وقول الصحابي.

والكلام عن هذه الأدلة يحتاج إلى عدة فصـول يخصص لكـل دليـل منها فصل خاص، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول
في الاستحسان

تعريفه :

الاستحسان في اللغة: هو مصدر لفصل استحسن تقول: استحسنت هذا الشيء بمعنى عددته حسناً، وهو مشتق من الحسن، والحسن ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره(١).

والاستحسان بهذا المعنى ليس دليلاً من الأدلة الشرعية عند جميع الأصوليين: لأنه في هذه الحالة يكون قولاً في الدين بالهوى والتشهي، وهذا لا يجوز مطلقاً ولا يقول به أحد(٢).

وهذا المعنى الظاهر من اللفظ هو الذي جعل بعض الفقهاء يعترضون على الاستحسان ويعتبرونه ليس دليلاً على الأحكام الشرعية.

وكلمة الاستحسان كثيراً ما وردت على ألسنة فقهاء الحنفية منفردة دون أن تقرن بكلمة القياس، أو مقرونة بكلمة القياس، فنراهم يقولون في كتبهم: هذا هو الحكم في هذه المسألة استحساناً، ويقولون: القياس في هذه

---

(١) أنظر مادة حسن في المنجد في اللغة والأدب والعلوم ص ١٣٤، والقاموس المحيط ص ٢١٣.

(٢) أنظر نهاية السول للأسنوي ج ٣ ص ١٤٠.

المسألة يقتضي كذا والاستحسان كذا وبالقياس نأخذ، أو بالاستحسان نأخذ، ويقولون: الاستحسان يقتضي كذا، والقياس يقتضي كذا، أو القياس يقتضي كذا، لكنا نستحسن كذا، وغير ذلك من العبارات المختلفة التي ذكروها في كتبهم.

ومع كثرة ورود كلمة الاستحسان في كلام الإمام أبي حنيفة وصاحبيه إلا أنه لم ينقل عنهم تحديد هذا الاستحسان وبيان المراد منه، كما لم ينقل عنهم تحديد القياس الذي يذكرونه في مقابل الاستحسان، أهو القياس الشرعي المعروف الذي هو إلحاق فرع بأصل في حكمه لاشتراكهما في علة الحكم، أو هو النص الشرعي العام، أو القاعدة المقررة.

ولا شك أن عدم تحديد معنى الاستحسان والقياس المقابل له، وعدم بيان المراد منهما عند أئمة الحنفية، بالإضافة إلى المعنى اللغوي، هو الذي جعل بعض الفقهاء ينكرون هذا الاستحسان، ويظنون أنه من قبيل الرأي والهوى دون رعاية دليل من الأدلة الشرعية المعروفة، وقد نقل عن الإمام الشافعي قوله: «مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَّعَ» ومعنى هذه العبارة: أن من أثبت حكمًا عن طريق الاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه، وذلك لا يجوز(١).

ومن أجل الدفاع عن الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، قام كبار الأصوليين من الحنفية ببيان معنى الاستحسان المراد عند أئمتهم، وإثبات أنه دليل من الأدلة الشرعية، وليس تشريعاً بالهوى والشهوة كما فهم المنكرون.

---

(١) انظر الأحكام للآمدي ص ١٤٠ ج ١.

وفي اصطلاح الأصوليين: يطلق على أمرين :

الأول : هو عدول المجتهد من قياس جلي إلى قياس خفي(١).

والمراد بالقياس الجلي : هو الذي ظهرت علته لتبادرها إلى الذهن ابتداءً.

والمراد بالقياس الخفي : هو الذي خفيت علته لدقتها وبعدها عن الذهن.

والثاني : هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي؛ لوجود دليل خاص يقتضي هذا العدول.

والدليل الخاص : قد يكون نصاً، أو إجماعاً، أو ضرورة أو عرفاً، أو مصلحة، أو غير ذلك.

وبيان ذلك : أن يكون في المسألة التي يبحث المجتهد عن حكمها وصفان يمكن قياسها بسببهما على أصلين لكل منهما حكم شرعي منصوص عليه، فيكون فيها قياسان متعارضان، أحدهما ظاهر جلي، وثانيهما خفي لا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالقياس الثاني مع خفائه، ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلائه، ويسمى فقهاء الحنفية ذلك استحساناً، والحكم الثابت به حكمًا مستحسناً ثابتاً على خلاف القياس، وهذا هو الأمر الأول.

أما بالنسبة للأمر الثاني فقد تكون المسألة داخلة تحت نطاق دليل من أدلة الشرع العامة، أو قاعدة من القواعد العامة، ولكن يوجد فيها دليل خاص، من نص أو إجماع أو عرف أو غير ذلك يقتضي استثناءها من

---

(١) أنظر المبسوط للسرخسي ج١٠ ص ١٤٥، الأحكام ج ٣ ص ١٢٧، العضد على ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٨.

الحكم العام الثابت لنظائرها، فيعدل الفقيه عن الحكم العام ويعطيها حكمًا آخر على سبيل الاستثناء.

وهذا ما يسمى بالاستحسان عند الحنفية، وهم يسمون الحكم الثابت بهذه الطريقة حكمًا مستحسناً ثابتاً على خلاف القياس.

والمراد بالقياس في الأمر الأول: هو القياس الأصولي، والمراد به في الأمر الثاني: هو الدليل العام أو القاعدة العامة.

أنواع الاستحسان :

إذا نظرنا إلى الاستحسان بمعناه الاصطلاحي وجدناه قد أطلق على أمرين، ولا شك أن كل واحد منهما يختلف عن الآخر، والأمر الثاني يندرج تحته عدة أنواع، **وبناء على هذا: فالاستحسان له أنواع عديدة، ترجع إلى الدليل الذي يثبت به، فقد يكون قياساً خفياً، أو نصاً، أو إجماعاً، أو ضرورة، أو عرفاً، أو مصلحة، أو غير ذلك وهذه هي أنواع الاستحسان:**

النوع الأول : الاستحسان بالنص :

وهو الذي يتحقق في كل مسألة ورد فيها نص معين يدل على حكمها الخاص على خلاف الحكم العام الثابت بمقتضى النص العام، أو القاعدة العامة المقررة، وهذا النوع شامل لجميع المسائل التي أعطاها الشارع حكمًا مخالفاً لحكم نظائرها على سبيل الاستثناء، والأمثلة كثيرة لهذا النوع، أذكر منها ما يلي:

١ ـ **السَّلَمُ** : ويسمى السلف أيضاً، وهو بيع شيء آجل موصوف في الذمة بثمن عاجل، وذلك مثل رجل يشتري من آخر طناً من القمح مع بيان نوعه وصفته بألف درهم يدفعها المشتري في مجلس العقد، ويلتزم البائع

بتسليم القمح للمشتري بعد حصاده؛ لأنه غير موجود عند التعاقد، وهذا بيع ما ليس عند الإنسان، وهو باطل؛ لقول النبي ﷺ لحكيم بن حزام: «لاتَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»(١) لكن عدل عن البطلان إلى الجواز استحساناً؛ لوجود دليل خاص يدل على جواز السلم، وهو قول النبي ﷺ : «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(٢).

فالسلم حينئذ فيه نصان : أحدهما عام يقتضي عدم جوازه، وثانيهما خاص يقتضي جوازه، فعدل الفقهاء عن الحكم العام إلى الحكم الخاص واستثنوا السلم من الحكم المأخوذ من النص العام، وقالوا في ذلك: السلم مشروع استحساناً على خلاف القياس، ومعنى ذلك: أن السلم يجوز التعامل به بناء على الدليل الخاص وذلك على خلاف القياس الذي هو النص العام الذي يدل على عدم جواز التعامل بالسلم.

والاستحسان بناء على هذا: يعتبر من قبيل التجوز واصطلاح فقهاء الحنفية، وليس هناك أحد من فقهاء المسلمين يخالف في ذلك.

٢ ـ الإجارة : والمراد بها هنا : هي استئجار شخص ليقوم بعمل من الأعمال، فهذه الإجارة باطلة؛ لأن المعقود عليه وهو المنفعة غير موجود وقت العقد، وهذا حكم كلي، لكن الرسول ـ ﷺ ـ قال في ذلك : «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» وهذا نص خاص يدل على جواز الإجارة وصحتها وإن كانت المنفعة غير موجودة عند التعاقد؛ وذلك لأن أمره ـ عليه الصلاة والسلام ـ بإعطاء الأجرة يدل على الجواز، وقال الفقهاء: عدل عن هذا البطلان إلى جواز الإجارة وصحتها استحساناً على خلاف القياس.

٣ ـ الوصيّة : وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهو زمن

---

(١) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ١٦٢ ورقم الحديث ٨٢٠.
(٢) أنظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ١٧٤ ورقم الحديث ٨٧٤.

زوال الملك، والقاعدة المقررة في التمليك أنه لا يجوز أن يضاف إلى زمن زوال الملك، وهذا يقتضي بطلان الوصية وعدم جوازها وصحتها، لكنه عدل عن البطلان وعدم الجواز إلى جوازها وصحتها استحساناً؛ وذلك لورود النصوص الخاصة بصحتها في الكتاب والسنة، كقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِها أو دَيْنٍ﴾(١) وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إذَا حَضَرَ أحَدَكُمُ المَوْتُ إنْ تَرَكَ خَيراً الوصِيةُ للوالدينِ والأقْربِيَن بِالمعْرُوفِ حقًّا عَلىَ المتَقِيْنَ﴾(٢).

وقول الرسول ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِىء مُسْلِمٍ يبِيتُ لَيْلَتيْنِ وَلَهُ شيْءٌ يُرِيدُ أنْ يُوصي فِيهِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مكْتُوبةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»(٣)، وقوله ﷺ: «إنَّ اللهَ تَصدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفاتِكُمْ، زِيادَةً في حَسَناتِكُمْ لِيَجْعَلَهَا زِيادةً في أعمالِكُمْ»(٤).

فالاستحسان هنا في هذا المثال : هو صحة الوصية على سبيل الاستثناء؛ وذلك بناء على النصوص الواردة فيها في القرآن والسنة خلافاً للقياس الذي يقضي بمنع الوصية وعدم جوازها وصحتها.

والمراد بالقياس هنا: هو مراعاة القاعدة العامة المقررة في التمليك.

٤ ـ الحكم ببقاء الصوم مع الأكل أو الشرب نسياناً: فالصوم هو الإمساك عن المفطرات جميع النهار من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وهذا هو الركن في الصوم، والشيء لا يتحقق إلا بوجود ركنه، فإذا أكل أو شرب عمداً أو ناسياً فإنه قد ترك ركن الصوم، ولا شك أن ترك الركن يفسده، والقاعدة المقررة أن الشيء يزول بزوال ركنه، فالقياس هنا فساد الصوم بالأكل نسياناً أو عمداً، لكنه عدل عن فساد الصوم بالأكل أو بالشرب

(١) الآية ١١ من سورة النساء.
(٢) الآية ١٨٠ من سورة البقرة.
(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٣.
(٤) نيل الأوطار ج ٤ ص ١٧٥.

نسياناً لقول الرسول ﷺ : «مَنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ نَاسِيًا فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وسَقَاهُ»(١).

فالاستحسان هنا هو صحة الصوم مع الأكل والشرب نسياناً، على سبيل الاستثناء مراعاة للنص الوارد فيه، وذلك خلافاً للقياس الذي يقضي بفساد الصوم.

النوع الثاني : الاستحسان الثابت بالإجماع :

ويتحقق هذا النوع باتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على حكم شرعي لحادثة على خلاف الأصل العام المقرر في أمثالها، أو سكوتهم على ما يفعله الناس دون إنكار عليهم، وذلك إذا كان فعلهم مخالفاً لأصل من الأصول المقررة، أو قاعدة من القواعد العامة، وهذه بعض الأمثلة التي توضح ذلك.

١ ـ الاستصناع : وهو عبارة عن عقد بين شخص وصانع من الصناع كحائك الثياب ليقوم له بحياكة ما يريد نظير مبلغ معين من المال، فالقياس يقتضي عدم جواز هذا العقد؛ لأن الشيء المطلوب صنعه غير موجود وقت العقد، والمعروف أن العقد على المعدوم لا يجوز كما سبق، لكن الفقهاء قد عدلوا عن هذا القياس وجوزوا عقد الاستصناع استحساناً، لحصول الإجماع على جوازه مراعاة لحاجة الناس، وقد تعامل المسلمون بذلك من عصر النبي ـ ﷺ ـ حتى يومنا هذا من غير إنكار أحد من الفقهاء.

٢ ـ إطفاء الظمأ نظير مبلغ معين من المال : ومعنى هذا : أن يتعاقد شخص مع آخر على إطفاء ظمئه نظير مبلغ معين من المال، فالقياس يقتضي بطلان هذا العقد؛ وذلك لجهالة المعقود عليه فالناس يتفاوتون فيما

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص٣٢.

يشربونه من الماء، والجهالة في المعقود عليه تبطل العقد وتفسده، وذلك من باب القياس، لكن الفقهاء عدلوا عن هذا القياس، وقالوا بجواز هذا العقد استحساناً؛ لأن العرف قد جرى على ذلك من غير إنكار أحد من الفقهاء، فكان ذلك إجماعاً منهم على جواز هذا العقد، وعدم تأثير هذه الجهالة فيه.

النوع الثالث : الاستحسان الثابت بالضرورة والحاجة :

ويتحقق هذا النوع في كل مسألة يعدل فيها عن القياس لحاجة الناس وضرورتهم، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

١ ـ الحكم بطهارة سؤر(١) سباع الطير كالنسر والغراب، والصقر والحدأة، فهذه الطيور تأكل النجاسات، وتنزل على الماء فتشرب منه، ومناقيرها لا تخلوا من بعض النجاسات التي تأكلها، ومقتضى هذا أن يتنجس الماء بسبب شرب هذه الطيور منه، كما يتنجس بشرب سباع البهائم، وذلك مثل الأسد والنمر والفهد وغيرها، فالقياس يقتضي نجاسة سؤر سباع الطير، لكن العمل بهذا القياس يترتب عليه وقوع الناس في حرج شديد؛ لأن هذه الطيور الجارحة تنقض على الماء من الجو، ولا يمكن الاحتراز عنها، وخصوصاً في الصحراء والأماكن الخالية البعيدة عن العمران، ودفعاً لهذا الحرج والضيق عن الناس، قال فقهاء الحنفية بطهارة سؤر سباع الطير استحساناً؛ وذلك مراعاة للضرورة والحاجة، خلافاً للقياس على نجاسة سؤر سباع البهائم بجامع أكل النجاسات في كل منهما.

٢ ـ الحكم بطهارة البئر التي وقعت فيها النجاسة : فالقياس يقتضي نجاسة الماء الموجود بالبئر لوقوع النجاسة فيها، وهي لا تطهر أبداً سواء نزح الماء كله أو بعضه؛ لأن نزح بعضه لا يفيد في طهارة الماء الباقي

---

(١) السؤر : هو ما يبقى في الإناء من الماء بعد الشرب منه، ويطلق على البقية من الشيء مطلقاً.

الملاقي للنجاسة، ونزح كل الماء الموجود الذي تنجس لا يفيد في طهارة الماء الذي ينبع من باطن الأرض؛ لتنجسه بملاقاة عين النجاسة وجدران البئر المتنجسة، ولا شك أن العمل بمقتضى هذا القياس الذي هو العمل بالقاعدة العامة في التطهير يترتب عليه وقوع الناس في حرج وضيق، والله ـ سبحانه وتعالى ـ قد رفع عن الناس كل حرج وضيق، والقرآن الكريم والسنة النبوية فيهما من النصوص الكثيرة ما يدلنا على رفع الحرج والضيق عن الناس، ومن هذه النصوص: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا اركَعُوا واسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وافْعَلُوا الَخيْرَ لَعلَّكُمْ تُفْلِحُون* وَجَاهِدُوا فِي اللهِ حَقَّ جِهادِهِ هُوَ اجتبَاكُمْ وما جَعَل عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَج...﴾(١) وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ اليُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُم العُسْر﴾(٢). وقوله ﷺ: «بُعِثْتُ بِالَحنِيفِيَّةِ السَمْحَة». وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ لأبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل ـ رضي الله عنهما ـ حينما بعثهما إلى اليمن: «يَسِّرا ولا تُعَسِّرا، وَبَشِّرا ولا تُنَفِّرا، وَتَطاوعَا ولا تُخْتَلِفا»(٣).

من أجل ذلك عدل فقهاء الحنفية عن العمل بالقياس، وقالوا بطهارة البئر إذا نزح قدر ما فيها من الماء استحساناً على خلاف القياس، ومعنى هذا: أن القول بالطهارة مستثنى من القاعدة العامة التي تقضي بالنجاسة، وذلك مراعاة للضرورة والحاجة.

النوع الرابع : الاستحسان الثابت بالقياس الخفي :

ويتحقق هذا النوع في كل مسألة اجتمع فيها قياسان: أحدهما: جلي ظاهر، وثانيهما: خفي، فيعمد الفقيه إلى ترك القياس الجلي

---

(١) الآيتان ٧٧، ٧٨ من سورة الحج.

(٢) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٣) أنظر مشكاة المصابيح ج ٢ ص ٣٣٠ ورقم الحديث ٣٧٢٤.

الظاهر ويأخذ بالقياس الخفي، ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١ ـ **وقف الأرض الزراعية** : وهو حبس عينها وتسبيل ثمرها، ومعنى هذا: أن الأرض الزراعية الموقوفة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وإنما ينتفع الموقوف عليهم بما يخرج منها من زرع أو ثمر.

وبناء على هذا : فالوقف يشبه البيع من جهة خروج العين عن ملك صاحبها في كل منهما، **ويشبه الإجارة** ـ أيضاً ـ من جهة ملك الانتفاع بالعين دون ملك العين نفسها في كل منهما، ومادام أمر الوقف كذلك فيجوز قياسه على البيع. كما يجوز قياسه على الإجارة.

وقد تقرر في المذهب الحنفي أن بيع الأرض الزراعية لا يدخل فيه حق المرور، ولا حق الشرب، ولا حق المسيل الخاصة بهذه الأرض، إلا بالنص عليها في عقد البيع.

وقد تقرر فيه ـ أيضاً ـ أن إجارة الأرض الزراعية يدخل فيها هذه الحقوق المذكورة من غير نص عليها في عقد الإجارة.

فلو قيس الوقف على البيع لا تدخل هذه الحقوق إلا بالنص عليها، ولو قيس على الإجارة لدخلت هذه الحقوق دون النص عليها، لكن قياسه على البيع أوضح وأظهر؛ لأن شبه الوقف بالبيع لا يحتاج إلى تأمل وتفكر، فالعين في كل منهما خرجت عن ملك صاحبها، أما قياسه على الإجارة فيحتاج إلى التأمل والنظر، ومن هنا كان قياس الوقف على البيع قياساً ظاهراً جلياً، وقياسه على الإجارة قياساً خفياً، **وقد عدل فقهاء الحنفية عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي، وقاسوا وقف الأرض الزراعية على إجارتها**، وقالوا بدخول حق المرور وحق الشرب وحق المسيل في الوقف

وإن لم ينص في العقد عليها استحساناً؛ وذلك عملاً بالقياس الخفي وتركاً للقياس الجلي؛ لأن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليهم بالغلة والثمرة، ولا يتحقق هذا الانتفاع إلا بهذه الحقوق.

النوع الخامس : الاستحسان الثابت بالعرف :

ويتحقق هذا النوع من الاستحسان في كل مسألة جرى العرف فيها على خلاف ما يقتضيه القياس، والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها ما يلي :

١ ـ الشرط الذي جرى به العرف يعتبر صحيحاً عند جمهور الحنفية، وهو استحسان بالعرف على خلاف القياس.

والمراد بالقياس هنا : ما يشمل القياس الأصولي، أو الدليل العام، أو القاعدة المقررة.

وبيان القياس والاستحسان في هذا المثال كالآتي :

ورد عن النبي ـ ﷺ ـ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وشَرْطٍ» وهذا دليل عام يدل على بطلان أي شرط من الشروط التي تقترن بالعقد، لكن العرف جرى على اعتبار الشرط صحيحاً، فكان ذلك استحساناً ثابتاً بالعرف، على خلاف هذا النص العام الذي يدل على بطلان كل شرط اقترن بالعقد، ولولا العرف ما خولف هذا القياس الذي هو النص العام.

٢ ـ من حلف لا يأكل لحمًا فأكل سمكاً لا يحنث في يمينه استحساناً؛ وذلك لجريان العرف على أن السمك ليس بلحم، وهذا خلافاً للقياس الذي يقضي بالحنث لو أكل سمكاً، لأن الله ـ تعالى ـ قال في كتابه الكريم: ﴿وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَائِغٌ شَرَابُهُ، وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ، وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا، وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً

تَلْبَسُونهـــا، وَتَرَى الْفُلْكَ فِيـــهِ مَوَاخِرَ لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾(١)

فقد سمي القرآن السمك لحمًا، ومراعاة هـذا الـدليـل تقتضي القـول بحنث من حلف لا يأكل لحمًا فأكل سمكاً، لكن فقهاء الحنفية قد عدلوا عن هذا الحكم وقالوا: بعدم حنثه لو أكل سمكاً، استحساناً لجريان العرف على أن السمك ليس بلحم، «فـالعـدول عن الحنث في اليمين الـذي يقضى بـه القياس الذي هو الدليل العام هنا، والقول بعدم الحنث عملاً بالعـرف، هـو الاستحسان بالعرف.

النوع السادس : الاستحسان الثابت بالمصلحة المرسلة :

ويتحقق هذا النوع من الاستحسان في كل مسألة عدل فيهـا عن الحكم الذي يقضي به القياس، إلى حكم آخر ثبت لها بناء على المصلحة الراجحة، وذلك على سبيـل الاستثنـاء من الحكم العـام الـذي ثبت لها بمقتضى النص العام الذي يشملها، أو القاعـدة التي تنـدرج تحتهـا، ومن أمثلة هذا النوع من الاستحسان ما يلي:

١ ـ عقد المزارعة لا ينتهي بمـوت العـاقـدين أو مـوت أحـدهما، وذلك استحساناً على خلاف القيـاس، فالقاعدة المقررة عند الحنفيـة هي انتهاء عقد المزارعة بموت العاقدين، أو موت أحدهما كالإجـارة، لكنهم قـد عدلوا عن حكم هذه القاعدة بالنسبة للمـزارعـة، إذا مـات صـاحب الأرض والزرع لم ينضـج بعد، وقالوا ببقاء عقد المزارعة سارياً بعد وفاة صـاحب الأرض استحساناً على خلاف القياس؛ وذلك حفظاً لمصلحة العامل ودفعـاً

---

(١) الآية ١٢ من سورة فاطر، والمراد بقوله تعالى عذب فرات: شديد العذوبة، وملح أجاج شديد الملوحة، واللحم الطري: هو السمك الذي يخرج من النهر والبحـر، والحليـة: هي اللؤلؤ والمرجان، والفلك: السفن التي تمخر الماء فيهما أي تشقه بجريها فيه مقبلة ومدبرة وذلك من أجل الحصول على فضل الله ورزقه بالتجارة، وشكره ـ جل وعلا ـ على هذه النعم.

للضرر عنه، وهذا استثناء من حكم القاعدة المقررة عندهم.

٢ ـ دفع الزكاة لبني هاشم استحساناً، وذلك على خلاف القياس الذي هو الأصل العام، وهو قول الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ : «إِنَّهَا لا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلا لآلِ مُحَمَّدٍ»، وقوله: «إِنَّ لَهُمْ فِي خُمُسِ الْخُمسِ مَا يَكْفِيهِم وَيُغْنِيهِم».

فهذه النصوص تمنع من دفع الزكاة لبني هاشم، وهذا هو الحكم العام الذي يسمى بالقياس، وقد عدل الإمام أبو حنيفة عن هذا الحكم، وقال بجواز دفع الزكاة لبني هاشم استحساناً؛ رعاية لمصالحهم، ومحافظة عليهم من الضياع، وذلك لأن الناس قد أهملوا أمر الجهاد، وانقطع هذا المورد المالي الذي كان لبني هاشم فيه خمس الخمس، فإذا لم يأخذ المحتاج منهم من الزكاة ما يغنيه عن ذل السؤال كان ذلك سبباً في ضياعه وتعطيل مصالحه، ولا شك أن هذا العدول عن الحكم الأصلي إلى الحكم الاستثنائي إنما يرجع إلى المصلحة.

هذه هي أهم أنواع الاستحسان التي ذكرها فقهاء الحنفية، وأمثلتها التي توضحها، وقد عرفنا منها أن القياس عند الحنفية أنواع عديدة، يرجع بعضها إلى ترجيح القياس الخفي في مقابلة القياس الجلي، ويرجع بعضها إلى استثناء مسألة جزئية من قاعدة عامة لوجه اقتضى هذا الاستثناء، ويندرج تحت هذا النوع الثاني صور عديدة منها: الاستحسان الثابت بالنص، أو الثابت بالإجماع، أو الثابت بالضرورة، أو الثابت بالعرف أو غير ذلك.

وقد عرفنا ـ أيضاً ـ أن القياس الذي يذكره فقهاء الحنفية في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به: القياس الاصطلاحي عند الأصوليين، وقد يكون المراد به: النص الشرعي العام، أو القاعدة العامة المقررة المأخوذة من

مجموع الأدلة الواردة في موضوع واحد، وليس المراد به القياس الاصطلاحي بخصوصه كما فهم ذلك بعض الأصوليين.

حجية الاستحسان

الاستحسان بمعناه الاصطلاحي المذكور دليل من الأدلة الشرعية، اشتهر به الحنفية والمالكية، والصحيح الذي لا شك فيه أن بقية الفقهاء لا ينكرون هذا الاستحسان المذكور، فهو عمل بالدليل، وليس عملاً بالرأي المبني على الهوى والشهوة كما يظن البعض، وقد نتج الخلاف في الاستحسان بين الفقهاء بسبب عدم بيان حقيقته بياناً كافياً، وقد ساعدهم على هذا الخلاف قول بعض من يقول بالاستحسان: (الاستحسان عد الشيء حسناً)، وقول بعضهم: (إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته)(١) ولذلك أنكره الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وأثر عنه قوله: «مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَّعَ».

ورغم إنكار الإمام الشافعي للاستحسان كدليل على الأحكام الشرعية، فقد نقل عنه استعمال كلمة الاستحسان في كلامه، فقال في المتعة: «أستحسن أن تكون ثلاثين درهما»، وقال في الشفعة: «أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام»، وقال في الكتابة: «أستحسن ترك شيء من نجوم الكتابة»، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت: «القياس أن تقطع يمناه والاستحسان أن لا تقطع»(٢)، وهذا يدلنا على أن الاستحسان الذي ينكره الإمام الشافعي هو غير الاستحسان الذي يقول به غيره من الفقهاء، فالاستحسان الذي أنكره وهاجم القائلين به إنما هو

---

(١) أنظر المبسوط ج ١٠ ص ١٤٥، والأحكام للآمدي ج ٤ ص ٢١٠، ونهاية السول ج ٤ ص ٣٩٨.

(٢) أنظر الأحكام للآمدي ج ٣ ص ١٣٨.

الاستحسان المبني على الهوى والشهوة من غير اعتماد على دليل شرعي، وليس هناك إمام من الأئمة يقول بهذا الاستحسان، والحق الذي لا شك فيه أن جميع الفقهاء متفقون مع الإمام الشافعي على إبطال هذا النوع من الاستحسان ولم يقل به أحد؛ لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي، ولا يجوز لأحد كائناً من كان أن يقول في شرع الله ـ تعالى ـ وأحكامه برأيه وهواه من غير دليل شرعي يستند إليه(١).

والخلاصة في هذا الموضوع: أن الخلاف بين الفقهاء في الاستحسان خلاف لفظي؛ لأن الاستحسان الذي يقول به الحنفية والمالكية لا يخرج عن كونه عملاً بالدليل الشرعي الراجح في مقابلة دليل شرعي مرجوح، وليس في هذا خلاف بين الفقهاء، والاستحسان الذي ينكره الإمام الشافعي هو العمل بغير دليل، وهو تشريع ممن لا يملك التشريع وذلك لا يجوز عند جميع الفقهاء.

---

(١) أنظر في ذلك الأسنوي ج ٣ ص ١٣٩، ١٤٠، والعضد على ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٨، وحاشية البناني ج ٢ ص ٣٥٣، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ج ٤ ص ٣، ومن الكتب الحديثة أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص ٢٧٠، والشيخ زكي الدين شعبان ص ١٧٦، والشيخ البرديسي ص ٣١٤، والشيخ سلام مدكور ص ١٦٨، والشيخ زكريا البري ص ١٢٦ وما بعدها.

الفصل الثاني
في المصالح المرسلة

اتسمت التشريعات السماوية بالمحافظة على مصالح الناس، سواء كانت مأمورات أو منهيات، والشريعة الإسلامية فيها من النصوص الكثيرة ما يدلنا على مراعاة هذه المصالح، منها: قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِيْنَ﴾(١)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جاءتكم مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِيْنَ﴾(٢).

فالهدف من التشريعات السماوية لا يخرج عن الرحمة بالناس وتحقيق مصالحهم، ودفع المفاسد عنهم، لأن الله تعالى يقول في كتابه الكريم: ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾(٣) وتحقيقاً لهذه الإرادة الإلاهية، وعملاً بمقتضاها، نجد أن جميع ما يطلبه الله من عباده قد غلبت فيه منفعتهم، وأن جميع ما ينهاهم عنه قد غلبت فيه مضرتهم، وهذا يدلنا دلالة واضحة على أن التشريع الإسلامي مبني على جلب المصالح للناس، ودرء المفاسد عنهم، وليس ذلك بمستغرب فهو تشريع من لدن حكيم عليم، أرسل رسوله محمداً ـ ﷺ ـ بالموعظة الحسنة التي هي القرآن الكريم، دستور التشريع الإسلامي الذي فيه ما للناس وما عليهم، والذي هو شفاء ودواء لما في صدورهم من العقائد الفاسدة والشكوك الباطلة، والذي هو الهدي من الضلال، وهو الرحمة المهداة

---

(١) الآية ١٠٧ من سورة الأنبياء.
(٢) الآية ٥٧ من سورة يونس.
(٣) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

للمؤمنين به، والعاملين بأحكامه وتشريعاته، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾(١).

تعريف المصلحة :

قبل الكلام عن المصالح المرسلة ينبغي أن نتكلم عن المصلحة مطلقاً، سواء كانت مرسلة أو غير مرسلة، وهذا يدعونا إلى البحث عن معناها في اللغة أولاً، ثم معناها في اصطلاح الأصوليين بعد ذلك.

وهي في اللغة : اسم للواحدة من المصالح كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع، **أو مصدر بمعنى الصلاح** كالمنفعة بمعنى النفع، وفي لسان العرب: والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، فكل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل كاستعمال الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة)(٢).

وفي اصطلاح الأصوليين : هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم(٣).

وعبارة الإمام الغزالي في ذلك : أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، **لكنا نعني بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما**

---

(١) الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(٢) أنظر لسان العرب ج ٢ ص ٣٤٨، والمنجد ص ٤٣٢.

(٣) أنظر المحصول للإمام الرازي ج ٢ ص ٤٣٤.

يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة)(١).

والذي يؤخذ من هذين التعريفين: أن العبرة بقصد الشارع في جلب النفع أو دفع الضرر، ولا عبرة بقصد الناس، فكثيراً ما تكون المصلحة في نظر بعض الناس مخالفة لقصد الشارع، والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

كان العرب قبل الإسلام يرون المصلحة في وأد البنات، وفي حرمان الإناث من الميراث، وفي قتل غير القاتل، وفي شرب الخمر، وفي لعب الميسر، وفي زواج الأخدان، وفي نسبة الولد إلى غير أبيه، وفي غير ذلك من الأمور.

وليس الأمر مقصوراً على العرب وحدهم، فسائر الشعوب قديمًا وحديثاً، نجد عندهم بعض مقاصد للناس تخالف مقاصد الشارع، ولا عبرة بمقاصد الناس إذا خالفت مقاصد الشارع، فالحسن ما حسنه الشرع، والقبيح ما قبحه الشرع.

أقسام المصلحة

قسم الأصوليين المصلحة عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، والذي يهمنا من هذه التقسيمات، **تقسيمها من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها، وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام:**

القسم الأول : المصالح المعتبرة :

المصالح المعتبرة : هي التي قام الدليل الشرعي على اعتبارها، وهذه المصالح يجوز التعليل بها وبناء الحكم عليها، وذلك باتفاق القائلين بحجية القياس، **وهي تتنوع من حيث قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أنواع:**

(١) انظر المستصفي ج ١ ص ١٣٩.

مصالح ضرورية، ومصالح حاجية، ومصالح تحسينية.

النوع الأول : المصالح الضرورية :

المصالح الضرورية : هي التي تتوقف عليها حياة الناس وسعادتهم في الدنيا والآخرة، وتنحصر في المحافظة على الأمور الضرورية، أي الأساسية الجوهرية، وهي المحافظة على الدين، والمحافظة على النفس، والمحافظة على العقل، والمحافظة على النسل، والمحافظة على المال.

وتتمثل المحافظة على الدين بالجهاد في سبيل الله، فقد أوجب الله تعالى على المسلمين محاربة أعداء الإسلام؛ لتكون كلمة الله هي العليا، وكلمة الذين كفروا هي السفلى، وقال تعالى : ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ للهِ، فإنْ انْتَهَوا فَلا عُدْوَانَ إلاَّ عَلى الظَّالِمِينَ﴾(١).

وقال الله تعالى : ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ باللـهِ ولا باليَوْمِ الآخِرِ، وَلاَ يَحُرِّمُونَ مَا حرَّمَ اللـهُ ورَسُولُه، ولا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ، مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حَتَى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُم صَاغِرُون﴾(٢).

ولا يقتصر الأمر على محاربة أعداء الإسلام من المشركين، أو أهل الكتاب الذين يقفون ضد الإسلام ويفتنون المسلمين عن دينهم، وإنما يتعداهم إلى كل مسلم ومسلمة يرتد عن دين الإسلام، وذلك عملاً بقوله ﷺ : «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوه»(٣)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِىء مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أنْ لاَ إلَهَ إلاَّ اللهَ وأنِّى رسُولُ اللهِ إلاَّ بإحْدَى ثَلاثٍ: الثَّيِّبِ الزَّانِي، وَالنَّفْسِ بالنَّفْسِ، والتَّارِكِ لِدِينِهِ المفارِقِ للجماعَةِ»(٤).

---

(١) الآية ١٩٣ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٩ من سورة التوبة.

(٣) انظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٥٥ ورقم الحديث ١٢٢٩ (رواه البخاري).

(٤) المصدر السابق ص ٢٤٤ ورقم الحديث ١١٨٧ (رواه البخاري ومسلم).

وعن معاذ بن جبل ـ رضي الله عنه ـ في رجل أسلم ثم تهود ـ «لا أجلس حتى يقتل، قضاء الله ورسوله، فأمر به فقتل» رواه البخاري ومسلم.

وفي رواية لأبي داود : وكان قد اسْتُتيبَ قبل ذلك»(١).

ولا شك أن في قتل المرتد حماية لحرية العقيدة من العبث والفساد، وليس في ذلك مصادرة لحرية العقيدة، فالدولة الإسلامية قائمة على الدين، ومن خرج منه خرج على الدولة، وخالف نظامها العام، وهو يشبه الآن من يرتكب الخيانة العظمى، والدول كلها مجمعة على قتل من يرتكب الخيانة العظمى.

وقد اتفق فقهاء المسلمين على وجوب قتل المرتد(٢).

ومن هذه الأدلة يتبين لنا أن المحافظة على الدين مصلحة معتبرة من الشارع سبحانه وتعالى.

وتتمثل المحافظة على النفس في وجوب القصاص من القاتل لغيره عمداً عدواناً، وذلك محافظة على النفس وإبقاء عليها، قال تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى، الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالأُنْثَى بِالأُنْثَى، فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ، فَمَنْ**

---

(١) بلوغ المرام... ص ٦٥٥ ورقم الحديث ١٢٢٨، والحوار في الحديث بين أبي موسى الأشعري ومعاذ، فقد بعث النبي ـ ﷺ ـ أبا موسى إلى اليمن، ثم أتبعه معاذ بن جبل، فلما قدم عليه ألقى له وسادة وقال له انزل، وإذا رجل موثق، قال ما هذا، قال: كان يهودياً فأسلم ثم تهود قال معاذ: لا أجلس حتى يقتل... إلخ الحديث.

(٢) أنظر في ذلك العقوبة للشيخ أبو زهرة ص ١٨٩.

اعْتَدَى بَعْدَ ذلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَلَكُم فِي القِصاصِ حَيَاةٌ يا أولِي الألبابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾(١).

فقد أوجب الله القصاص من القاتل عمداً عدواناً؛ لأن المحافظة على النفس مصلحة معتبرة من الشارع دل على اعتبارها هذا الدليل، وقد أجاز المولى ـ جل وعلا ـ لولي المقتول أن يطالب بالقصاص أولاً، ويجوز له العفو عن القصاص والعدول عنه إلى الدِّيَةِ، ويجوز له أن يعفو عن القصاص وعن الدية أيضاً.

وتتمثل المحافظة على العقل في تحريم شرب الخمر وغيرها من المسكرات، ووجوب العقاب عليها، وذلك محافظة على العقول فلا تستر ولا تغطي، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ* إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ، وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ، وَعَنِ الصَّلاَةِ، فَهَلْ أَنْتُم مُّنْتَهُونَ﴾(٢).

فالمحافظة على العقل مصلحة معتبرة من الشارع ـ جل وعلا ـ، وقد دل الدليل الشرعي على اعتبارها، ومن أجل ذلك حرم الله شرب الخمر، وأمر بمعاقبة شاربها حتى يحافظ الناس على عقولهم فلا يضيعوها.

وتتمثل المحافظة على النسل في تحريم الزنا، ومعاقبة الزناة، وذلك محافظة على الأعراض، وصيانة للأنساب، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ، وَلاَ تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ

---

(١) الآيتان ١٧٨، ١٧٩ من سورة البقرة.
(٢) الآيتان ٩٠، ٩١ من سورة البقرة.

مِنَ المؤْمِنِيَن. الزَّاني لا يَنْكِحُ إلاَّ زانِيَةً أوْ مُشركةً، والزانية لا يَنْكِحُهَا إلا زانٍ أو مشْـرِكٍ، وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلى المؤْمِنِيَن﴾(١).

فالمحافظة على النسل مصلحة معتبرة من الشارع ـ سبحانه وتعالى ـ ، دل الدليل الشرعي على اعتبارها، ومن أجل ذلك أحل الله الزواج ليكون طريقاً إلى المحافظة على بقاء النوع الإنساني، وحرم الاعتداء على الأعراض لتتحقق بذلك المحافظة على النسل.

وتتمثل المحافظة على المال بتحريم سرقته وإيجاب الحد على سارقه، وتحريم التعامل فيه بالربا، وإلزام من يتلف مال غيره بضمان ما أتلفه، والأدلة على هذه الأمور كثيرة، منها: قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِما كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللهِ، واللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾(٢). وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبا﴾(٣).

النوع الثاني : المصالح الحاجية :

المصالح الحاجية : هي الأمور التي شرعت للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، وذلك كالرخص المخففة لبعض العبادات، وهذه الأمور لا تتوقف عليها صيانة الأصول الخمسة المذكورة، وإنما تتحقق وتصان ويحافظ عليها بدونها، لكن مع الحرج والضيق.

وذلك مثل : إباحة الفطر في نهار رمضان للمريض والمسافر؛ دفعاً للمشقة ورفعاً للحرج والضيق عنهما، قال الله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ القُرآنُ هُدًى لِلنَّاس وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الهُدَى

(١) الآيتان ٢، ٣ من سورة النور.
(٢) الآية ٣٨ من سورة المائدة.
(٣) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

وَالفُرقَان، فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ، ومَنْ كَانَ مَرِيضـــاً أوْ على سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أيَّامٍ أُخَر، يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ اليُسْرَ، وَلاَ يُرِيـدُ بِكُمْ العُسْـر ولِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللهَ عَلى ما هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾(١).

ومثل : جواز قصر الصلاة الرباعية، وجمع الصـلاة تقـديمًا أو تاخيراً بالنسبة للمسافر، فقد جوز الشارع للمسافر أن يصلي الصـلاة الرباعية ركعتين بدلاً من أربع ركعات، وجـوز لـه أيضـاً أن يصلي الظهـر والعصر معاً في وقت الأولى أو في وقت الثانية، وكذلك المغرب مـع العشـاء، ولا شك أن الإفطار والقصر والجمع إذا تـركهم المسـافـر وصـام دون أن يفطر، وأتم الصلاة دون أن يقصرها، وأفرد كل صـلاة بفعلهـا في وقتهـا دون أن يجمعها مع الأخرى.، فإنه لا يترتب على هذا مفسدة، وإنما يترتب على ذلك الحرج والمشقة والضيق، فشرع الله هذه الأمور لرفع هذا الحـرج عن المسافر.

فرفع الحرج مصلحة معتبرة من الشارع دل الدليل على اعتبـارهـا، وهي ليست مصلحة ضرورية، ولكنها مصلحة حاجيـة، لا تتـوقف عليهـا المحافظة على الأمور الخمسة الأساسيـة، وإنما تحصـل المحـافظـة عليهـا بدونها مع الحرج والمشقة والضيق.

النوع الثالث : المصالح التحسينية :

المصالح التحسينية: ويقـال لها : التكميليـة والتـزينيـة : وهي الأمور الكماليـة التي تـرجـع إلى المـروءة ومكـارم الأخـلاق ومحاسن العادات، ولا ترجع إلى المحافظة على الأمور الأساسية الجوهرية الخمسـة كما في النوع الأول، ولا إلى المحافظة على رفع الحرج كما في النوع الثـاني، وذلك مثل: الطهارة، وستر العورة، ولبس الثياب البيض، ولبس الجديد من الثياب في يوم العيد، وتجنب الإسراف والتقتير وغير ذلك من الأمور.

---

(١) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

فالأخذ بمحاسن العادات، والتخلق بالأخلاق الكريمة، مصلحة معتبرة من الشارع دل الدليل على اعتبارها، قال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ، وَلكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ ولِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعلَّكُمْ تَشْكُرونَ﴾(١).

وقال تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ، وَكُلُوا واشْرَبُوا ولا تُسرِفُوا، إنَّهُ لا يحُبُّ المسْرِفِينَ*. قُلْ مَنْ حَرَمَ زِينَة اللهِ الَّتي أخْرجَ لِعِبَادِهِ والطَّيِّباتِ مِنَ الرِّزْقِ، قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمنُوا في الحَيَاةِ الدُّنيا خَالِصةً يَوْمَ القِيامةِ، كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الآياتِ لِقَومٍ يَعلَمُونَ»(٢).

وقال تعالى: ﴿وَقُلْ لِلمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أبْصَارِهِنَّ ويَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ، ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا، ولْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلى جُيُوبِهِنَّ، وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أو أبْنَاء بُعُولَتِهِنَّ، أو إخْوانِهِنَّ أوْ بني إخْوَانِهِنَّ، أوْ بَنِي أخَواتِهِنَّ، أوْ نِسائِهِنَّ أوْ مَا مَلَكَتْ أيْمَانُهُنَّ، أوِ التَّابِعِينَ غيرِ أولِي الإرْبَةِ مِنَ الرِّجالِ أوِ الطِّفْلِ الذِينَ لم يَظْهَرُوا على عِوْرَاتِ النِّساء، وَلا يَضْرِبْنَ بِأرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ، وتُوبُوا إلى اللهِ جَمِيعاً أيُّها المؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»(٣).

وقال رسول الله ﷺ: «الحياء من الإيمان».

وقال: «ما من شيء في الميزان أثقل من حسن الخلق».

وقال: «إن الله تعالى أوحى إليَّ أن تواضعوا، حتى لا يبغي أحد على أحد، ولا يفخر أحد على أحد».

وقال: «اللهم كما حسنت خَلْقِي فَحَسِّن خُلُقِي».

---

(١) الآية ٦ من سورة المائدة.

(٢) الآيتان ٣١، ٣٢ من سورة الأعراف.

(٣) الآية ٣١ من سورة النور.

وقال : «إنما بُعِثْتَ لأتَمِّمَ مَكَارِمَ الأخْلاق»(١).

فكل هذه الأمور تتعلق بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، تكمل وتحسن حياة الناس بوجودها، وتنقص وتقبح حياتهم بفقدها، وذلك عند أصحاب العقول الصحيحة والفِطَرِ السليمة.

القسم الثاني : المصالح الملغاة :

المصالح الملغاة : هي التي قام الدليل الشرعي على إلغائها وعدم اعتبارها، وهذه المصالح الملغاة لا يصح التعليل بها وبناء الحكم عليها، وذلك باتفاق الفقهاء.

وتتمثل هذه المصالح في كل مصلحة تعارض مصلحة أخرى أرجح منها، والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها ما يلي:

الاستسلام للعدو قد يترتب عليه مصلحة، وهي المحافظة على النفس من القتل أو التعذيب والأسر، وحفظ الأموال من الضياع والتلف، ولكن الشارع الحكيم قد ألغى هذه المصلحة، وأمر بمقاتلة الأعداء والدفاع عن الدين والوطن، وذلك مراعاة منه ـ سبحانه وتعالى ـ لمصلحة أرجح وأكبر من هذه المصلحة، وهي حفظ الدين وإعلاء كلمة الله، وحفظ كيان الأمة وكرامتها، ولذلك قال الله تعالى في كتابه الكريم : ﴿**يا أيُّها الّذِينَ آمَنُوا إذا لقِيتُم الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفـــاً فَلا تُولُّوهُمَ الأدْبَار* وَمَنْ يُوَلِهِمْ يَومئِذٍ دُبُرَهُ إلاَّ مُـتَحَرِّفاً لِقِتالٍ، أو مُتَحيِّـزاً إلى فِئةٍ، فَقَدْ باءَ بِغَضَب مِنَ اللهِ، وَمأواهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ المصِـير**»(٢).

---

(١) انظر ذلك في بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٣٠٨ وما بعدها، ومشكاة المصابيح ص ٦٣٢ ج٢.

(٢) الآيتان ١٥، ١٦ من سورة الأنفال.

وقال تعالى: ﴿يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إذا لقِيتُم فِئَةً فاثبُتُوا واذكُرُوا اللهَ كَثِيراً لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾(١).

ومن ذلك: التشدد في العبادات والزيادة فيها: فقد أمرنا الله بعبادته، والحرص عليها، وأداؤها وإبراء الذمة منها مصلحة معتبرة، لكن الزيادة فيها والتشدد الزائد في فعلها يعتبر مصلحة ملغاة؛ لأن الدليل الشرعي قد دل على إلغائها وعدم اعتبارها، ولذلك قال رسول الله - ﷺ -: «أمَا والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، ولكني أنا أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»(٢).

وقال أنس بن مالك - رضي الله عنه -: كان رسول الله - ﷺ - يأمرنا بالباءة، وينهى عن التبتل نهياً شديداً...»(٣).

والمراد من التبتل الذي نهى عنه الرسول - عليه السلام -: هو الانقطاع عن النساء وعن الدنيا والتفرغ لعبادة الله.

ومن ذلك: منع تعدد الزوجات: فقد تكون فيه مصلحة، وهي المحافظة على الروابط الأسرية وعدم وجود المنازعات والمخاصمات بين أفراد الأسرة الواحدة، ولا شك أن تعدد الزوجات ووجود الضرائر يترتب عليه المنازعات والمخاصمات وما يترتب على ذلك من مفاسد، لكن الشارع - جل وعلا - قد ألغى هذه المصلحة، ولم يعتد بها، وأباح تعدد الزوجات وشرط لذلك العدل بين الزوجات، وذلك لما فيه من المصالح العديدة التي تترتب عليه، وذلك كتكثير النسل والمحافظة على بقاء النوع الإنساني الذي شرع الله الزواج من أجله، وقال فيه رسول الله - ﷺ -: «تزوجوا الولود

---

(١) الآية ٤٥ من سورة الأنفال.

(٢) أنظر في ذلك سبل السلام ص ١١٦ ج ٣، وبلوغ المرام... ص ٢٠٠ ورقم الحديث ٩٩٤.

(٣) أنظر نيل الأوطار ص ٩٩ ج ٦.

الودود. فإني مُكَاثِرٌ بكم الأنبياء يوم القيامة»(١)، وصيانة أصحاب الشهوات الحادة من الوقوع في الزنا، وعدم ترك عدد كبير من النساء في أعقاب الحروب بدون زواج يترتب عليه غض البصر وتحصين الفرج، والحصول على المأكل والمشرب والملبس والمسكن.

ومن ذلك : ما روي أن عبد الرحمن بن الحكم الأموي أحد ملوك الأندلس جامع زوجته في نهار رمضان، ثم ندم على ما فعل وجمع الفقهاء وسألهم عما يُكفر به عن هذه المعصية؟ فقال له الفقيه يحيى ابن يحيى: تكفر بصيام شهرين متتابعين، وعندما خرج الفقهاء قال أحدهم ليحيى: لماذا لم تفته بمذهب الإمام مالك، وهو التخيير بين العتق والصيام والإطعام؟ فقال له يحيى: لو فتحنا له هذا الباب سهل عليه أن يخالط كل يوم ويعتق رقبة، ولكن حملته على أصعب الأمور لئلا يعود.

فقد اعتبر هذا الفقيه أن هذا الملك الغني القادر على العتق والإطعام لا ينزجر ولا يرتدع من هذا الفعل المحرم بالعتق أو بالإطعام، وإنما يحصل الزجر والردع بالنسبة له بصوم شهرين متتابعين، وهذه مصلحة، لكن الشارع ـ جل وعلا ـ قد ألغى هذه المصلحة؛ لأن هناك مصلحة أخرى أرجح منها، وهي عتق الأرقاء، وإطعام الفقراء، وكل منهما يعتبر مصلحة متعدية، أما زجر الملك وحده بالصوم فمصلحة خاصة به وأمثاله، وقد دل الدليل الشرعي على إلغاء هذه المصلحة الخاصة ولذلك قال رسول الله ـ ﷺ ـ لمن واقع زوجته في نهار رمضان: «هل تجد ما تعتق رقبة؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً؟ قال: لا...»(٢).

فالكفارة التي أوجبها رسول الله ـ ﷺ ـ هي العتق أولاً، ثم الصيام

---

(١) أنظر بلوغ المرام... ص ٢٠٠ ورقم الحديث ٩٩٥.

(٢) أنظر بلوغ المرام... ص ١٢٦ ورقم الحديث ٦٩٥.

ثانياً، ثم الإطعام ثالثاً، وتقديم الصيام على العتق للقادر عليه لا يجوز شرعاً فكان الإفتاء به باطلاً.

القسم الثالث : المصالح المرسلة :

المصالح المرسلة : هي التي لم يقم دليل من الشرع يدل على اعتبارها أو إلغائها، وسميت مرسلة؛ لأنها مطلقة عن الدليل الذي يدل على اعتبارها أو يدل على بطلانها وإلغائها، **وتسمى عند بعض الأصوليين بالاستصلاح، وهو العمل بالمصلحة.**

تعريف المصالح المرسلة :

المصالح المرسلة عند الأصوليين : هي عبارة عن المعاني التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب منفعة أو دفع مفسدة عن الخلق، ولم يقم دليل معين من الشرع يدل على اعتبارها أو إلغائها(١).

ويتضح من هذا التعريف : أن المصالح المرسلة لا تكون إلا في الوقائع التي سكت الشارع عن بيان حكمها، وليس لها أصل معين تقاس عليه، ويوجد فيها معنى يصلح أن يكون علة ومناطاً لحكم شرعي يحكم به بناء على ذلك المعنى المناسب.

ومثال ذلك : قتل الجماعة بالواحد، فإنه لم يرد فيه دليل خاص يدل على اعتباره، ولم يرد فيه ـ أيضاً ـ دليل يدل على إلغائه، فلو لم تقتل الجماعة التي اشتركت في قتل واحد، لاتخذ الناس ذلك ذريعة إلى عدم القصاص، وهذا يؤدي إلى إهدار دماء الأبرياء.

---

(١) أنظر : أصول الفقه الإسلامي للشيخ زكي الدين شعبان ص ١٨٢.

ومنها : جمع القرآن في مصحف واحد، وذلك حينما مات كثير من القراء الحافظين لكتاب الله في صدورهم، وقد أشار عمر بن الخطاب على أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنهما ـ بجمع القرآن، ولم يكن هذا الجمع في عصر الرسول ـ ﷺ ـ وليس هناك دليل يدل على الجمع في القرآن أو في السنة، وإنما دفعهم إلى الجمع ما رأوه من المصلحة، وهي حفظ القرآن الكريم من الضياع، وذلك بسبب موت حفاظه من الصحابة، وقد تحقق بهذا الجمع قوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾(١).

ومنها : استخلاف أبي بكر الصديق لعمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما ـ وذلك عندما أحس بقرب وفاته، وهذا عمل بالمصلحة؛ لأن الرسول ـ ﷺ ـ لم يستخلف على المسلمين أحداً بعده، ولم يرد عنه دليل على الاستخلاف، وقد لاحظ أبو بكر مصلحة المسلمين، وهي حفظ كلمتهم من التفرق والاختلاف بسبب اختيار من يخلفه، ولا شك أنه بهذا العمل المبني على مراعاة مصلحة المسلمين قد حقق قول الله تعالى: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللهِ جِمَيعاً وَلا تَفَرَّقُوا﴾(٢). وقوله ـ جل وعلا ـ : ﴿وأطِيعُوا اللهَ ورسُولَهُ ولا تنازَعُوا فَتَفْشَلُوا وتَذْهَبَ رِيحُكُم وَاصْبِرُوا، إنَّ اللهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾(٣).

محل العمل بالمصلحة المرسلة :

العمل بالمصلحة المرسلة يكون في باب المعاملات التي يتعامل بها الناس، فهي التي يدرك العقل فيها جلب منفعة أو دفع مضرة، أما في العبادات والعقوبات فلا مجال للمصلحة المرسلة فيهما؛ لأن كلا من العبادات والعقوبات غير معقول المعنى(٤).

---

(١) الآية ٩ من سورة الحجر.
(٢) الآية ١٠٣ من سورة آل عمران.
(٣) الآية ٣٦ من سورة الأنفال.
(٤) أنظر أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٢٢٥.

حجية المصالح المرسلة :

اختلف الأصوليون في تشريع الأحكام بناء على المصلحة المرسلة، وينحصر خلافهم في رأيين:

الأول : يرى أن المصلحة المرسلة حجة شرعية وأصل من الأصول التي يعتد بها في تشريع الأحكام، وهذا هو مذهب الإمام مالك والإمام الشافعي، ومن وافقهما.

الثاني : يرى أن المصلحة المرسلة ليست حجة شرعية، وبناء على ذلك: فلا يعتد بها في تشريع الأحكام، وهذا هو مذهب الظاهرية وبعض الشافعية وبعض المالكية.

أدلة القائلين بحجية المصلحة المرسلة :

استدل القائلون بحجية المصالح المرسلة بالأدلة الآتية :

أولاً : ما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال لمعاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ـ ﷺ ـ قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، أي لا أقصر في الاجتهاد، قال: فضرب رسول الله ـ ﷺ ـ على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى به رسول الله»(١).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث :

أن الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ قد أقر معاذاً على الاجتهاد والعمل بالرأي إذا لم يجد نصاً في الكتاب أو في السنة، والاجتهاد والعمل

---

(١) انظر : مشكاة المصابيح ص ٣٢٤ ج ٢ ورقم الحديث ٣٧٣٧.

بالرأي كما يكون بقياس النظير على نظيره، يكـون أيضـاً بتطبيق مبـادىء الشريعة، وتحقيق مقاصدها العامة، ولا شك أن العمل بالمصالح المرسلة لا يخرج عن هذا؛ لأنه تشريع للحكم الذي يترتب عليه تحقيق مصلحة عامـة للناس، وتحقيق المصالح للناس هو المقصود للشارع من تشريع الحكم.

ثانياً : إن الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ قد بنوا كثيراً من الأحكام على المصلحة المرسلة، التي ليس لها دليل من الشارع يدل على اعتبارها، أو يدل على إلغائها، فلو لم تكن حجة شرعية ما بني الصحابة عليها كثيراً من الأحكام، والأمثلة على ذلك كثيرة:

منها : قتل الجماعة بالواحـد، وجمع القـرآن الكـريم، وقد سبق توضيح هذين المثالين.

ومنها : تضمين الصنـاع : فقد قرر الصحابة ـ رضي اللـه عنهم ـ تضمين الصنـاع، وذلك عمـلاً بـالمصلحـة وتحقيقـاً لها، وبيـان ذلك: أن الصحابة رأوا أن الأصل أن تكون يد الصناع يد أمـانـة، والأمين لا يضمن إلا بالتفريط والتعدي، لكنهم وجدوا أن الصناع لو لم يضمنوا لاستهـانـوا بما في أيديهم من أموال الناس، ولم يحافظوا عليها تمام المحـافظـة، وربما يَدَّعُون هلاكها وضياعها، ويترتب على ذلك ضياع الأموال على أصحـابهـا، فقالوا بتضمين الصناع، وبنوا ذلك على أساس المصلحة، ولذلك قال الإمـام علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه وكرم اللـه وجهـه ـ في هـذا: «لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إلاَّ ذَلِك» وهو يقصد بذلك الحكم بالضمان.

ومنها : وضع الخراج على الأرض الزراعيـة التي بقيت بـايـدي أصحابها بعـد أن آلت ملكيتها للمسلمين بالغلبـة والقهـر، فقد أبقاها عمر بن الخطاب بأيديهم ولم يوزعها على الغانمين، ووضع عليها الخـراج وهو العشر، وهذا مورد مالي ينتفع به المسلمون، ولا يقتصر على المحـاربين

وحدهم، وهذا عمل بالمصلحة وقد وافقه على هذا بقية الصحابة فكان إجماعاً منهم على العمل بالمصلحة المرسلة.

ثالثاً : إن التشريع الإسلامي يقوم على مراعاة مصالح الناس، وتحقيقها لهم، ويترتب على ذلك جلب ما فيه مصلحتهم، أو دفع ما فيه مضرتهم، وقد دلت على ذلك الأدلة القطعية التي لا يخالف فيها أحد.

منها : قول الله تعالى : ﴿**يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ ولا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾(١).

ومنها : قول الرسول - ﷺ - لأبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل حينما أرسلهما إلى اليمن: «يَسِّرَا وَلاَ تُعَسِّرَا، وَبَشِّرَا وَلا تُنَفِّرَا».

وقوله أيضاً في رواية أخرى : «يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا...»(٢).

وهذه المصالح التي توجد في الوقائع الكثيرة التي تنزل بالناس في مختلف الأزمنة والأمكنة لا تقف عند حد، فلو اقتصر على المصالح المعتبرة وحدها لأدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس المتجددة بتجدد الوقائع، ويترتب على ذلك وصف الشريعة الإسلامية بالجمود وعدم مسايرة مصالح الناس، وهذا يتنافى ويتعارض مع حقيقة الشريعة الإسلامية التي ختم الله بها الشرائع السماوية، وجعلها صالحة لكل زمان ومكان.

أدلة المنكرين لحجية المصالح المرسلة :

استدل المنكرون لحجية المصالح المرسلة بالأدلة الآتية :

أولاً : قال الله تعالى : ﴿**أَيَحْسَبُ الإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى**﴾(٣).

---

(١) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٢) أنظر صحيح البخاري ص ٣٦ ج ٨.

(٣) الآية ٣٦ من سورة القيامة.

ومعنى هذه الآية الكريمة : أن الله تعالى لم يهمل الإنسان ويتركه دون أن يبين له ما فيه مصلحته، وبناء على هذا: فكل مصلحة من مصالح الناس بينها الله تعالى، وعرفهم بها، وبني الأحكام عليها، فلا مصلحة للناس إلا ولها دليل من الشارع باعتبارها، فإذا وجدت مصلحة خالية من اعتبار الشارع لها فهي مصلحة وهمية وليست مصلحة حقيقية، والأحكام الشرعية إنما تبنى على المصالح الحقيقية لا المصالح المتوهمة.

ثانياً : إن بناء التشريع على المصالح المرسلة فيه فتح لباب الهوى لذوي النفوس الضعيفة، ويترتب على ذلك قلب الأوضاع، وجعل المفسدة مصلحة، والمصلحة مفسدة، ولا شك أن ذلك أمر لا يجوز ولا يقبل، وفيه فتح لباب الشر.

والحق الذي لا شك فيه : أن الأحكام تبنى على المصالح المرسلة التي ليس لها دليل يدل على اعتبارها أو إلغائها، وإلا وقف المجتهدون عاجزون عن استنباط حكم شرعي لكل مسألة ليس عليها نص من القرآن ولا من السنة، وليس عليها إجماع، ولا ينطبق عليها القياس، وهذا أمر لا يستقيم مع الشريعة الإسلامية التي جعلها الله صالحة لكل زمان ومكان.

شروط العمل بالمصلحة المرسلة

اشترط من يقول بحجية المصلحة شروطاً لابد من توافرها في المصلحة حتى تكون حجة ودليلاً على الأحكام الشرعية، ومصدراً من مصادر التشريع، فإذا وجدت الشروط صح بناء الحكم عليها، وإذا انعدم شرط من الشروط لا يصح بناء الحكم عليها، ولا تعد ـ في هذه الحالة ـ مصدراً من مصادر التشريع.

وقد دعاهم إلى اشتراط هذه الشروط عدم استغلال الناس لهذا المصدر، وتشريعهم للأحكام بناء على أهوائهم ورغباتهم، وقد اختلف

الأصوليون في هذه الشروط نظراً لعملهم بالمصلحة، فمنهم من توسع في العمل بها فكانت شروطه قليلة، ومنهم من توسط في العمل بها فاشترط شروطاً كثيرة، وهذه هي أهم شروطها:

١ - **أن تكون المصلحة من المصالح التي لم يقم عليها دليل شرعي يدل على إلغائها**، فإذا كان هناك دليل شرعي يدل على إلغائها فلا يصح العمل بها؛ لأنها حينئذ تكون مخالفة للدليل الشرعي، وبناء على هذا: فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي جواز الاستسلام للعدو، ولا اعتبار المصلحة التي تقتضي جواز المساواة في الميراث بين الابن والبنت.

٢ - **أن تكون المصلحة من المصالح المحققة**، ومعنى هذا: أن يتحقق من بناء التشريع على هذه المصلحة المرسلة جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وذلك مثل تسجيل العقود فإنه يقلل شهادة الزور، وتسعير السلع في وقت الأزمات فإنه يمنع من جشع بعض التجار ويرفع الحرج عن الناس.

فإن كانت المصلحة من المصالح المتوهمة فلا يجوز العمل بها؛ وذلك لأن جلب المنفعة ودفع المضرة أمر متوهم غير محقق، وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح بناء الحكم عليها.

٣ - **أن تكون المصلحة من المصالح العامة**، ومعنى هذا: أن يكون بناء الحكم عليها يحقق المنفعة لأكبر عدد من الناس، أو يدفع المضرة عنهم.

فإذا كانت المصلحة من المصالح الخاصة التي يترتب على بناء الحكم عليها جلب مصلحة لفرد معين أو أفراد مخصوصين، أو دفع مفسدة عنهم، فلا يصح تشريع الحكم بناء عليها؛ لأنه يحقق مصلحة خاصة لفرد أو أفراد، ولا يحقق مصلحة لمعظم الناس.

ومثال ذلك: ما فعله الفقيه الأندلسي يحيى بن يحيى في فتواه للملك الذي أفطر في نهار رمضان بجماع زوجته، فقد أوجب عليه الصيام مع قدرته على الإعتاق، وقد راعى هذه المصلحة، لكنها مصلحة خاصة بالملوك وبالأغنياء فقط دون غيرهم من أفراد الأمة، ولذلك أنكر الفقهاء هذه الفتوى، وقالوا: إنها تخالف النص.

٤ ـ **أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها**، ومعنى هذا: أن تكون جارية على الأوصاف المناسبة المعقولة التي تتلقاها أصحاب العقول السليمة بالقبول، وبناء على هذا: فلا مجال للمصلحة في الأمور التعبدية التي لا تدرك العقول معناها المناسب من تشريعها.

الفصل الثالث
في العـــــــرف

العرف من المصادر التي اختلف فيها الأصوليون، فهو حجة ودليل على الأحكام الشرعية، ومصدر من مصادر التشريع عند جمهور الأصوليين، وليس حجة ولا دليلاً على الأحكام الشرعية عند بعضهم.

تعريفه :

هو في اللغة : بمعنى المعرفة، ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول.

وفي اصطلاح الأصوليين : هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا على إطلاقه على معنى خاص بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره، دون أن يعارض كتاباً أو سنة.

ويسمى العرف : عادة؛ لأن الأمر الذي تعارف عليه الناس يتكرر حصوله، ويعود الناس إليه مرة بعد أخرى حتى يصير عادة عندهم.

والعرف قد يكون عملياً، وقد يكون قولياً :

فالعرف العملي : مثل تعارف الناس على البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية.

والعرف القولي : مثل تعارف الناس على إطلاق إسم الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى، وقد أطلق القرآن

الكريم لفظ الولد عليهما، وذلك في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾(١).

ومثل : تعارف الناس على أن لفظ اللحم لا يطلق على السمك، مع أن القرآن الكريم سماه لحمًا طرياً، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَائِغٌ شَرَابُهُ، وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ، وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا، وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا، وَتَرَى الْفُلْكَ فِيهِ مَوَاخِرَ، لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾(٢).

ومثل : تعارف الناس على الاستصناع في كثير من الأشياء التي يحتاجون إليها، وذلك كخياطة الملابس، وصنع الأحذية وغير ذلك، وهذا عرف عام.

ومثل : استعمال الشارع لفظاً يريد به معنى خاصاً، وذلك مثل: لفظ الصلاة، فإن معناه في اللغة: الدعاء، لكن الشارع الحكيم استعملها وأراد بها معنى خاصاً هو العبادة المعروفة، التي عرّفها الفقهاء بقولهم: هي أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم بشروط مخصوصة، وهذا عرف شرعي.

والعرف يتكون من تعارف الناس جميعاً على اختلاف طبقاتهم، وهو يشمل عامة الناس وخاصتهم على حد سواء، ولا شك أن هذا المعنى يختلف عن معنى الإجماع الشرعي ـ الذي سبق ـ فإنه يتكون من اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ـ ﷺ ـ في عصر من العصور على حكم شرعي، وليس للعامة دخل في تكوينه.

---

(١) الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) الآية ١٢ من سورة فاطر.

أنواع العرف :

العرف نوعان : عرف صحيح، وعرف فاسد :

فالعرف الصحيح : هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليلاً شرعياً، ولا يحل محرماً، ولا يحرم حلالاً، وذلك كالأمثلة السابقة.

والعرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس، ولكنه يخالف الشرع؛ لأنه يحل ما حرم الله، ويحرم ما أحل الله، وذلك مثل: تعارف الناس على التعامل بالربا، وشرب الخمر، وغير ذلك من الأمور التي تخالف شرع الله تعالى.

والعرف الفاسد غير معتبر شرعاً، ولا يجوز العمل به؛ لأنه يعارض النصوص الشرعية التي تمنع العمل به وتحرمه على أمة محمد ـ ﷺ ـ وذلك بنصوص القرآن الكريم، فقد قال الله ـ تعالى ـ : **﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾**(١) وهذا دليل على حل البيع وحرمة الربا، وبناء على ذلك: يكون التعامل بالربا عرفاً فاسداً؛ لأنه يتعارض مع هذا النص الكريم، وقال تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾**(٢).

فهذه الآية الكريمة تدل على تحريم هذه الأشياء المذكورة فيها، ومنها شرب الخمر فإذا تعارف الناس على شربها فيكون عُرفاً فاسداً؛ لأنه يتعارض مع نص هذه الآية الكريمة، ومثل الخمر في الحكم بقية الأشياء المذكورة في هذا النص الكريم.

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٩٠ من سورة المائدة

أقسام العرف الصحيح :

ينقسم العرف الصحيح : إلى عرف عام، وعرف خاص :

فالعرف العام : هو الذي اتفق الناس على العمل به في جميع البلدان وفي أي زمن من الأزمان، وذلك مثل : تعارف الناس على دخول الحمام العام دون تقدير أجر معين، ودون تعيين مدة للمكث في الماء.

ومثل : تعارفهم على الاستصناع.

والعرف الخاص : هو الذي يسود في بلد من البلدان دون البلاد الأخرى، أو يسود بين طائفة من الناس دون بقية الطوائف، وذلك كتعارف أهل العراق على إطلاق لفظ الدابة على الفرس، وتعارف أهل مصر على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من الحلي والهدايا المختلفة لا يعد مهراً.

حكم العرف :

العرف الصحيح : يجب مراعاته في التشريع والقضاء، يدلنا على ذلك كتاب الله وسنة رسول الله، فقد قال الله ـ تعالى ـ : **﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾**(١).

ولا شك أن العمل بما يخالف العرف الصحيح الذي تعارف عليه الناس يوقعهم في الحرج والضيق، وهما مرفوعان بنص الآية الكريمة.

وقال رسول الله ـ ﷺ ـ : «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء»(٢).

---

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) رواه أحمد والبزار والطبراني عن ابن مسعود.

وهذا الحديث يدل على أن الأمر الذي اعتبره المسلمون حسناً يكون عند الله حسن، وبناء على ذلك: فيجوز العمل به والرجوع إليه.

وقد راعى الشارع ـ جل وعلا ـ العرف الصحيح عند العرب في التشريع، ومن ذلك: فرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج، وبناء الإرث والولاية في الزواج على العصبية.

وبناء على ذلك: يكون العرف الصحيح الذي لا يعارض نصاً من كتاب الله، ولا نصاً من سنة رسول الله ـ ﷺ ـ أصلاً من الأصول التي اعتمد عليها الفقهاء في المذاهب المختلفة في الفتاوى والأحكام.

ولهذا قال الفقهاء : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وقالوا: الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وقالوا: العرف عادة محكمة، وغير ذلك.

وقد بني الأئمة كثيراً من الأحكام على العرف، فالمالكية قد بنوا كثيراً من الأحكام على عمل أهل المدينة، والإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نراه يغير بعض الأحكام التي قالها في مذهبه القديم في بغداد بعد أن نزل بمصر، وذلك بناء على اختلاف العرف عند الناس في كل من البلدين.

والحنفية والحنابلة وغيرهما من أصحاب المذاهب الفقهية الأخرى قد اعتمدوا على العرف في كثير من الأحكام.

وأما العرف الفاسد: فلا تجب مراعاته، ولا يصح بناء الحكم الشرعي عليه؛ لأنه يخالف شرع الله، ومخالفته شرع الله غيرجائزة، وبناء على ذلك: فلا يجوز العمل بالعرف الفاسد، ولا عبرة لجريان العرف به.

تغير الأحكام بتغير العرف :

الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف في الزمان أو في المكان، وقد سبق أن عرفنا أن الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قد غير بعض الأحكام التي قالها في بغداد، استناداً إلى عرف أهل العراق، بعد أن نزل بمصر وعرف اختلاف العرف بها عن العرف في بغداد، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

والعرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، وإنما هو في الغالب يرجع إلى مراعاة المصلحة المرسلة، وكما تجب مراعاة العرف في تشريع الأحكام والقضاء، فتجب مراعاته في تفسير النصوص، فالعرف الصحيح يخصص به العام إذا كان ظنياً، ولم يكن قطعياً، وذلك مثل: ترك العموم في نص ظني لأجل العرف، فقد ورد نهي النبي ـ ﷺ ـ عن بيع وشرط، ولكن جمهور الحنفية مع المالكية قرروا: أنه يجوز كل شرط جرى العرف باعتباره(١).

ويقيد به المطلق، ويترك به القياس(٢).

شروط العرف :

العرف يكون حجة ودليلاً على الأحكام الشرعية عند جمهور الأصوليين، يدلنا على ذلك قول الله تعالى: ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**﴾(٣).

---

(١) أنظر في ذلك : أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٤.

(٢) أنظر في ذلك : علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٨٩، وأصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٢٩، وأصول الفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور ص ١٣٧، والشريعة الإسلامية للشيخ بدران أبو العينين بدران ص ٢١١.

(٣) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

والمراد بالعرف في الآية الكريمة: عادات الناس وما جرى عليه تعاملهم.

وهذا أمر من الله ـ تعالى ـ لرسوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ بأخذ العفو، والأمر بالعرف، والإعراض عن الجاهلين، وهذا يدل على اعتبار العرف شرعاً، وإلا لما كان للأمر به فائدة.

والعرف عند جمهور الأصوليين له شروط لابد من توافرها، وهذه هي شروط العرف:

١ ـ **أن يكون العرف مضطرداً أو غالباً**، ومعنى هذا: أن يكون العمل به عند من تعارفوا عليه مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها، وهذا هو معنى الاضطراد، أو يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث، وهذا هو معنى الغلبة.

٢ ـ **أن يكون العرف موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء التصرف؛** لأن العرف يكون مؤثراً في الأمور التي توجد بعده، لا في الأمور التي توجد قبله.

٣ ـ **ألا يكون العرف مخالفاً لتصريح أحد المتعاقدين**، فإن كان هناك تصريح بخلافه فلا يعمل به.

٤ ـ **ألا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع**، فإن كان العمل بالعرف يترتب عليه تعطيل حكم شرعي ثابت بنص شرعي لا يعمل به ويكون عرفاً باطلاً وفاسداً.

٥ ـ **أن يكون العرف ملزماً**، أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس.

الفصل الرابع
في الاستصحاب

الاستصحاب في اللغة : هو استمرار الصحبة، والصحبة: هي الملازمة والملاينة، وطلب الصحبة وعدم المفارقة، قال صاحب المصباح المنير: وكل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه، واستصحبت الكتاب وغيره: جعلته صحبتي.

وفي اصطلاح الأصوليين : هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول؛ لعدم وجود ما يصلح للتغيير(١).

ومعنى هذا : أن الحكم الذي ثبت وجوده، أو الحكم الذي ثبت عدمه، يستمر بعد ثبوت وجوده، أو بعد ثبوت عدمه، ولا يتغير هذا الحكم إلا بدليل جديد يقتضي المخالفة.

وبعبارة أخرى : ما ثبت وجوده ثم حصل الشك في عدمه فإنه يحكم ببقائه، وذلك بطريق الاستصحاب لذلك الوجود الثابت بطريق اليقين، والشك في عدمه لا يؤثر فيه؛ لعدم وجود دليل جديد يخالف الحكم الثابت المتيقن.

والأمر كذلك بالنسبة لما ثبت عدم وجوده، ثم حصل الشك في وجوده بعد ذلك؛ لأن الأمر حينئذ يدور بين أمر متيقن ثابت، وبين أمر مشكوك فيه ليس عليه دليل يدل على التغير، وما دام الأمر كذلك فالحكم الأول لا زال باقياً؛ لأن الدليل يدل على وجوده، وأما الحكم الجديد الثاني فلا يحكم

---

(١) انظر الأسنوي ج ٣ ص ١٢١.

بوجوده؛ لأنه ليس عليه دليل، ومما لا شك فيه أن العمل بالدليل أولى من العمل بغير دليل.

أنواع الاستصحاب :

الاستصحاب يتنوع إلى أربعة أنواع، وهي كما يلي :

١ ـ استصحاب الإباحة : وهي الحكم الأصلي للأشياء، وذلك إذا لم يوجد دليل يدل على تغيير الإباحة، وقد كانت الإباحة هي الحكم الأصلي للأشياء؛ لأن الله ـ تعالى ـ يقول في كتابه الكريم: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ ما في الأرضِ جِمَيعاً﴾(١)، ويقول: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ...﴾(٢) ويقول: ﴿اللهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمُ البَحْرَ لِتَجْرِيَ الفُلْكُ فِيهِ بِأَمْرِهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَكُمْ تَشْكُرُونَ* وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ جِمَيعاً مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾(٣).

ووجه الاستدلال من هذه الآيات : أنها بينت أن الله خلق هذه الأشياء المذكورة في الآيات وسخرها للناس، ولا تكون مخلوقة ومسخرة لهم إلا إذا كانت مباحة لهم؛ لأنها لو كانت محظورة عليهم لم تكن لهم.

وبناء على ذلك : إذا سئل المجتهد عن حكم عقد من العقود، أو تصرف من التصرفات، ولم يجد نصاً على حكمه في القرآن الكريم، أو في السنة، ولا دليلاً من الأدلة الشرعية كالإجماع أو القياس يدل على حكمه، حكم بإباحة ما سئل عنه، بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهي الحال التي خلق الله ـ تعالى ـ عليها ما في الأرض وسخرها لعباده، وما

---

(١) الآية ٢٩ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٦٥ من سورة الحج.
(٣) الآيتان ١٢، ١٣ من سورة الاثية.

دام الأمر على هذه الحال الأصلية ولم يوجد دليل يدل على التغير فيكون حكم الإباحة الأصلية لا زال قائمًا، وذلك بطريق الاستصحاب.

٢ ـ استصحاب البراءة الأصلية : ويسميها ابن القيم : براءة العدم الأصلية، وذلك كبراءة الذمة من التكليفات الشرعية التي يكلف الله بها عباده حتى يقوم الدليل على ذلك التكليف، ومثال ذلك: الصغير قبل بلوغه تكون ذمته بريئة من إيجاب الصلاة عليه؛ لأن الدليل قد قام بإيجابها عليه بعد بلوغه، فتكون ذمته بريئة من التكليف بها قبل البلوغ، وذلك بطريق الاستصحاب للبراءة الأصلية.

ومثال استصحاب العدم : عدم ثبوت الحقوق بين الرجل والمرأة قبل عقد الزواج، فإذا وجد عقد الزواج بين الرجل والمرأة فقد ثبتت الحقوق الزوجية بينهما.

٣ ـ استصحاب الحكم الماضي لوجود سببه : وذلك كشخص تزوج امرأة، فإن الزوجية تظل قائمة بينهما؛ لوجود سببها وهو عقد الزوجية، ولا تزول هذه الرابطة الزوجية بينهما إلا إذا قام الدليل على زوالها، ولا شك أن الحكم ببقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على زوالها هو استصحاب للحكم الذي ثبت في الماضي ولم يوجد دليل يدل على تغييره.

٤ ـ استصحاب الوصف : وذلك كوصف الحياة بالنسبة للمفقود، فإنه يحكم ببقائه حياً ولا يزوال عنه هذا الوصف حتى يقوم الدليل على وفاته.

ومثل ذلك : وصف الكفالة بالنسبة للكفيل، فإنه يحكم ببقاء كفالته لمن كفله حتى يقوم المدين بسداد دينه، أو يقوم الكفيل بسداد الدين عمن كفله، وعندئذ يزول عنه هذا الوصف(١).

---

(١) أنظر في ذلك : أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٣٥، وأصول الفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور ص ١٨٤.

حجية الاستصحاب :

اختلف الأصوليون في اعتبار الاستصحاب حجة ودليلاً على الأحكام الشرعية، وينحصر هذا الخلاف في رأيين:

الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن الإستصحاب حجةٌ يجب العمل به في كل شيء ثبت وجوده بدليل، ثم وقع الشك في بقائه بشرط ألا يكون هناك دليل جديد يدل على تغيير الحكم الأول، وهذا رأي جمهور المالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية وأكثر الشافعية وأكثر الشيعة الإمامية، وبعض الحنفية يرون أنه حجة للدفع فقط وليس للإثبات(١).

والثاني : يرى أصحابه أن الاستصحاب ليس حجة مطلقاً، وهذا رأي كثير من الحنفية وبعض الشافعية.

أدلة الفريقين :

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بحجية الاستصحاب بالدليلين الآتيين :

١ ـ لو لم يكن الاستصحاب حجة ودليلاً على الأحكام الشرعية لما بقيت الأحكام الشرعية التي ثبتت بدليل شرعي من عهد رسول الله ـ ﷺ ـ إلى وقتنا هذا، فبقاؤها حتى الآن يدل على استصحاب حكمها الثابت لها في الماضي بثبوته في الحال أيضاً.

٢ ـ أجمع الفقهاء على اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع الفقهية، وذلك مثل: الوضوء إذا ثبت حصوله ووقوعه ثم حصل الشك في زواله، فإنه يحكم ببقائه، ومثل: الزوجية إذا ثبتت بحصول عقد الزوجية

---

(١) أنظر الإحكام للآمدي ج ٤ ص ٢٨٥.

ثم حصل الشك في زوالها، فإنه يحكم ببقائها ولا تزول إلا بالدليل الذي يدل على زوالها.

واستدل أصحاب الرأي الثاني بقولهم: إن هذا الاستصحاب ليس بحجة؛ لأن حكم الدليل هو الثبوت دون البقاء، وما دام الأمر كذلك فلا يكون على البقاء دليل(١).

مناقشة الأدلة :

ناقش أصحاب الرأي الثاني أدلة الفريقين الأول وقالوا: إن النص يدل على ثبوت الحكم في الماضي والحاضر والمستقبل إلى زمان نزول الناسخ لهذا الحكم، وعدم بيان الرسول ـ رضي الله عليه وسلم ـ للناسخ دليل على عدم نزوله، فيكون بقاء الأحكام من عهد الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ إلى يومنا هذا ليس بدليل الاستصحاب وإنما لعدم وجود ما ينسخ هذه الأحكام.

وأما إجماع الفقهاء على الفروع المذكورة فليس مبنياً على الاستصحاب، وإنما بني على أن الوضوء والنكاح ونحوهما يوجب كل واحد منهما حكمًا شرعياً مستمراً إلى وقت ظهور ما يناقضه، وبناء على هذا: فيكون بقاء الأحكام ليس بطريق الاستصحاب وإنما لأنه لم يظهر ما يغيرها.

القواعد المترتبة على الاستصحاب :

يعتبر القائلون بالاستصحاب القواعد الآتية داخله فيه ومبنية عليه، وهي:

---

(١) أنظر تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ المحلاوي.

١ ـ **الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره**، ويترتب على هذا: الحكم على المفقود باعتباره حياً وتجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، ولا يحكم بموته إلا إذا قام الدليل عليه.

٢ ـ **الأصل في الأشياء الإباحة، وذلك إذا لم يرد دليل شرعي يغيرها**، ويتفرع على هذا صحة كل عقد أو تصرف لم يرد عن الشارع ما يغير هذه الإباحة ويمنع من صحته.

٣ ـ **اليقين لا يزول بالشك**، ويتفرع على هذا : أن الملكية إذا ثبتت بإحدى طرق التمليك لشخص فإنها لا تزول إلا بدليل يدل على زوالها.

٤ ـ **الأصل في ذمة الإنسان البراءة**، ويتفرع على هذا: أنه لو ادعى إنسان على آخر بأنه مدين له بمبلغ من المال فلا تثبت إدانته إلا بدليل، فإذا لم يكن هناك دليل يدل على هذه الدعوى فلا يحكم عليه برد الدين؛ لأن الأصل براءة ذمته.

ولا شك أن هذه القواعد المبنية على الاستصحاب إنما يقول بها من يعتبرون الاستصحاب دليلاً، أما من لا يعتبر الاستصحاب دليلاً فإنهم يرون أن هذه القواعد غير مبنية على الاستصحاب.

والحق أن عد الاستصحاب نفسه دليلاً على الحكم فيه تجوز؛ لأن الدليل الذي دل على الحكم في الحقيقة إنما هو الدليل الأول الذي ثبت به الحكم في الزمن الأول، والاستصحاب ما هو إلا استيفاء دلالة الدليل الأول على حكمه.

وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات، وهم يقصدون بذلك: أن الاستصحاب حجة على بقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل جديد يثبت ما يخالفه، وليس الاستصحاب حجة لإثبات أمر غير ثابت.

ويتضح ذلك بمثال الشخص المفقود، وهو الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا تعلم حياته أو موته، فالحكم حينئذ بأنه حي، وذلك باستصحاب الحال التي كان عليها قبل غيابه حتى يقوم دليل جديد يدل على وفاته، وهذا الاستصحاب يكون حجة ودليلاً تدفع به دعوى وفاته، وما يترتب عليها من الإرث منه، وفسخ إجارته، وطلاق زوجته، وليس الاستصحاب حينئذ حجة ودليلاً في إثبات إرث المفقود من غيره؛ وذلك لأن حياته التي ثبتت بالاستصحاب إنما هي حياة اعتبارية وليست حياة حقيقية(١).

(١) أنظر أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٢ وما بعدها، وأصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٢٢٥ وما بعدها، وأصول الفقه الإسلامي للشيخ محمد سلام مدكور ص ١٨٦.

الفصل الخامس
في شرع من قبلنا

لقد أرسل الله ـ تعالى ـ رسله إلى الناس، وكلف كل رسول بتبليغ ما أوحي الله إليه لمن أرسل إليهم؛ وذلك لأجل أن يعملوا بشريعة الله فيأتمروا بأمره وينتهوا بنهيه، فيسعدوا في دنياهم وأخراهم.

وقد ختم الله ـ تعالى ـ الرسالات السماوية برسالة محمد ـ ﷺ ـ وجعل شريعته مسك الختام، وأوجب الله على أمة الإسلام العمل بكتابه وسنة نبيه محمد ـ ﷺ ـ وذكر في القرآن أحكاماً شرعها للأمم السابقة على الإسلام، على لسان الأنبياء السابقين، فهل تعتبر شرعاً لنا ما دام القرآن الكريم قد ذكرها؟ أم لا تعتبر شرعاً لنا؛ لأننا مكلفون باتباع شريعة محمد ـ ﷺ ـ وحده دون سواه؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال يجب علينا أن نعرف موقف الشريعة الإسلامية من هذه الأحكام التي شرعها الله ـ تعالى ـ للأمم السابقة على الإسلام، فقد تكون مقررة علينا في شريعتنا أيضاً، وقد تكون منسوخة بالنسبة لنا، وقد يسكت الشارع عنها فلا يطلبها منا ويأمرنا بها، ولا ينسخها ويمنعنا من عملها.

فالأحكام الشرعية التي نص عليها القرآن الكريم، أو السنة النبوية الصحيحة بأنها كانت تطبق في الشرائع السماوية السابقة، ونص ـ كذلك ـ على أنها واجبة التطبيق على أمة محمد ـ عليه الصلاة والسلام ـ لا خلاف بين أحد من العلماء في وجوبها علينا، ومطالبتنا بها.

ومثال ذلك من الكتاب: وجوب صيام شهر رمضان على المسلمين، فقد بين الله ـ تعالى ـ في القرآن الكريم أن الصوم كان واجباً على الأمم السابقة قبل الإسلام، وأوجبه الله على الأمة الإسلامية أيضاً، ويدلنا على ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الصِّيامُ كَمَا كُتِبَ عَلى الَّذين مِنْ قَبْلِكُمْ لَعلَّكُمْ تَتَّقُونَ* أيَّاماً مَعْدُودَاتٍ، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أوْ عَلى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أيَّامٍ أُخَرَ، وعَلى الَّذينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ، فَمَنْ تَطوَّعَ خَيراً فهُو خَيْرٌ لَهُ، وانْ تَصُومُوا خَيْرٌ لكُمْ إنْ كُنْتُم تَعلَمُونَ﴾(١).

ومن السنة : مشروعية الأضحية في شريعة أبي الأنبياء سيدنا إبراهيم ـ عليه السلام ـ ، ومشروعيتها ـ أيضاً ـ في شريعتنا، ويدلنا على ذلك قول الرسول ـ ﷺ ـ : «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم عليه السلام»(٢).

أما الأحكام الشرعية التي نصت الشريعة الإسلامية على نسخها فلا يجب العمل بها على الأمة الإسلامية، ولو عمل بها أحد من المسلمين كان آثمًا، ولا خلاف في ذلك بين أحد من العلماء.

ومثال ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَعَلى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ، وَمِنَ البَقَرِ وَالغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيهِمْ شُحُومَهُما إلاَّ مَا حَمَلَتْ ظهُورُهمَا أوْ الحَوَايَا أوْ مَا اخْتَلَطَ بِعظمٍ، ذَلِكَ جَزَينَاهُم بِبَغْيهِمْ وإنَّا لصَادِقونَ﴾(٣)

ولا شك أن هذا التحريم على الذين هادوا، أي اليهود، أما المسلمون

---

(١) الآيتان : ١٨٣، ١٨٤ من سورة البقرة.

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٩٥.

(٣) الآية ١٤٦ من سورة الأنعام، والمراد من كل ذي ظفر: كل حيوان له مخلب من الطير وكل حيوان له حافر من الدوب، والمراد من الحوايا: الأمعاء.

فقد نسخ الله هذا التحريم، وقال في ذلك: ﴿قُلْ لا أَجِدُ فِيما أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طاعِمٍ يطْعَمُهُ إلا أنْ يَكُون مَيتَةً أوْ دَماً مسفُوحاً، أوْ لحمَ خنْزِيرٍ، فَإِنَّهُ رِجْسٌ أو فِسْقاً أُهِلَّ لِغيرِ اللهِ بِهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾(١).

وأما الأحكام الشرعية التي بينت الشريعة الإسلامية أنها كانت من أحكام الشرائع السماوية السابقة على الإسلام، ولكنها لم تنص على وجوب العمل بها، ولم تنص - أيضاً - على نسخها، فهذه هي محل الخلاف بين الأصوليين، وينحصر هذا الخلاف في رأيين:

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن شريعة من قبلنا شريعة لنا، ويجب علينا العمل بها في هذا النوع من الأحكام؛ لأن شريعتنا نصت عليها ولم يرد في شريعتنا ما ينسخها، فيجب علينا العمل بها؛ لأنها أحكام شرعها الله تعالى.

ومثال ذلك : قول الله - تعالى - في القرآن الكريم: وَكَتَبْنا عَلَيْهِمْ فِيها أنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، والعَيْنَ بِالعَيْنِ، والأنْفَ بِالأنفِ، وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ، وَالجُرُوحَ قِصاصٌ، فمَنْ تصدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارةٌ له، وَمَنْ لَمْ يحكُمْ بِمَا أنْزَلَ اللهُ فأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(٢).

فقد بين الله - تعالى - في هذه الآية الأحكام المذكورة التي كانت مقررة على الأمم السابقة، وواجبة التطبيق عليهم، ولكنها لم تشر إلى بقائها بالنسبة لنا أو نسخها وإلغائها وعدم مطالبتنا بها، وما دام الأمر كذلك فتكون شريعة لنا، ويجب علينا العمل بها.

وهذا رأي جمهور الحنفية، وبعض المالكية والشافعية والحنابلة

---

(١) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

في إحدى الروايتين عن الإمام أحمد ـ رضي الله عنهم ـ.

وبناء على ذلك : فقد قال الحنفية : بقتل المسلم بالذمي، وقتل الرجل بالمرأة، وذلك عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾(١).

والرأي الثاني : يرى أصحابه : أن شريعة من قبلنا ليست شريعة لنا؛ لأن شريعتنا ناسخة لما قبلها من الشرائع، إلا إذا ورد في شريعتنا ما يقرره.

وهذا رأي الأشاعرة والمعتزلة، وبعض العلماء.

وقد استدلوا على ذلك بحديث معاذ بن جبل حينما بعثه رسول الله ـ ﷺ ـ إلى اليمن قاضياً ومعلمًا، وسأله رسول الله بقوله: «بم تحكم يا معاذ؟ فقال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ فقال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد برأيي ولا آلوا، ـ أي لا أقصر في اجتهادي ـ فضرب رسول الله ـ ﷺ ـ على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسول الله لما يرضي رسول الله»(٢).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن معاذ بن جبل لم يذكر شيئاً من كتب الأنبياء السابقين في المصادر التي يرجع إليها في معرفة الأحكام الشرعية، وقد أقره الرسول ـ ﷺ ـ على طريقته في معرفة الأحكام الشرعية، ولو كانت الشرائع السماوية مصدراً من مصادر التشريع لما جاز العدول عنها إلى اجتهاد معاذ والعمل برأيه.

والرأي الأول هو الرأي الراجح؛ لأن الأدلة المتعددة تؤيده، وحديث معاذ ليس فيه ما يدل صراحة على منع الأخذ بالشرائع السماوية السابقة،

---

(١) الهداية ج ٤ ص ١١٩.

(٢) أنظر مشكاة المصابيح ج ٢ ص ٣٢٤ ورقم الحديث ٣٧٣٧.

ويكفي أن تدل آيات القرآن الكريم على العمل بشرائع من قبلنا على النحو المذكور.

ولو سلمنا جدلاً أن حديث معاذ يدل على ما يقول به أصحاب الرأي الثاني، فهو معارض بما هو أقوي منه، ويدل على نقيضه، فقد ورد في كتاب الله عز وجل قوله: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً، وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾(١).

وورد - أيضاً - قول الله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ، وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى، أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾(٢).

وهذا يدل على أن شريعة من قبلنا شريعة لنا بالنسبة لأحكامهم التي ذكرت في القرآن الكريم، وليس في شريعتنا ما يدل على نسخها، ومن هنا يجب علينا العمل بها(٣).

---

(١) الآية ١٢٣ من سورة النحل.

(٢) الآية ١٣ من سورة الشورى.

(٣) أنظر الإحكام للآمدي ج ٤ ص ١٩٠، ١٩١.

الفصل السادس
في قـول الصحابي

كان الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ أقربَ الناس إلى رسول اللـه ـ ﷺ ـ وأعرفَهم بأحكام الله تعالى في شريعـة الإسـلام، ولـذلك كـان منهم القراء الحفاظ لكتاب الله، والمحدثون الذين حفظوا لنـا سنـة النبي ـ عليـه الصلاة والسلام ـ والفقهاء المجتهـدون، الـذين صـدرت عنهم الفتـاوى في الوقائع المختلفة بعد وفاة رسول الله ـ ﷺ ـ فهل تعد هذه الفتاوى، وتلك الأقوال مصدراً من مصـادر التشريـع الملحقـة بنصـوص القـرآن الكـريم، والسنة النبوية المطهرة؟ أم هي مجرد اجتهـادات لهم ولا يجب على النـاس اتباعهم فيها؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال لابد لنا أن ننظر في أقـوال الصحـابـة حتى يتضح لنا محل النزاع في قول الصحابي الذي اختلف فيه الأصوليون، ولابد لنا ـ أيضاً ـ أن نعرف من هو الصحابي الذي نتحدث عنه؟

تعريف الصحابي عند علماء الحديث :

الصحابي: هو من لقي النبي ـ ﷺ ـ مؤمناً به ومات على الإسلام.

ومعنى هذا : أنه يشترط لأجل وصف الإنسان بالصحبـة أن يلقى النبي ـ ﷺ ـ وهو مؤمن به ويستمر على الإيمان حتى يموت.

وبناء على هذا : فلا يشترط في الصحبة رواية الصاحب عن رسول الله، ولا الإقامـة معـه مـدة معينـة، ولا الغـزو معـه أيضـاً، فمن اتصف

بالأوصاف الثلاثة المذكورة في التعريف فهو صحابي، ومن فقد وصفاً من هذه الأوصاف فلا يكون صحابياً.

وتعريفه عند الأصوليين :

هو من لقي النبي - ﷺ - مؤمناً به، وطالت صحبته له حتى صار يطلق عليه إسم الصاحب عرفاً.

وطول الصحبة فيه خلاف، وينحصر خلاف العلماء في ثلاثة أقوال:

١ - لا تقدير لمدة الصحبة في الأصح.

٢ - أقل مدة الصحبة ستة أشهر.

٣ - أقل مدة الصحبة سنة مع الغزو(١).

أقسام قول الصحابي :

قول الصحابى قد يكون إخباراً بما قاله أو فعله أو قرره رسول الله - ﷺ - أمامه وتحت بصره، وقد يكون في أمر من الأمور التي لا مجال للعقل فيها، وقد يكون في أمر من الأمور الاجتهادية التي تختلف فيها وجهة نظر المجتهدين.

وبناء على ذلك : فقد قسم علماء الأصول قول الصحابي إلى أربعة أقسام:

القسم الأول : وهو قول الصحابي الذي يقول فيه: كنا نقول كذا، أو نفعل كذا في حياة الرسول - ﷺ - ، والصحابي بهذا يضيف القول أو الفعل إلى زمن الرسول عليه الصلاة والسلام.

وهذا القول حجة باتفاق العلماء، ولا خلاف فيه؛ لأنه يعتبر سنة

(١) أنظر تسهيل الوصول إلى علم الأصول.

مروية عن الرسول ـ ﷺ ـ ، ومما لا شك فيه أن السنة النبوية الصحيحة حجة ودليل على الأحكام الشرعية.

والقسم الثاني : هو قول الصحابي في المسائل التي لا مجال للعقل فيها، وذلك مثل قول أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر ـ رضي الله عنهما ـ : «لا يمكث الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل».

وقد أجمع علماء المسلمين على اعتبار هذا القول حجة؛ لأنه لا مجال للعقل فيه، وما دام الأمر كذلك فلابد أن يكون ذلك مسموعاً من النبي عليه الصلاة والسلام.

ومثل ذلك : قول الصحابي في العبادات والتقديرات، وهو حجة بلا نزاع؛ لأن قوله لا مجال للعقل فيه فيحمل على سماعه من الرسول عليه الصلاة والسلام.

والقسم الثالث : هو قول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف من الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ وهذا القول حجة ودليل بلا خلاف بين العلماء؛ لأن عدم مخالفة الصحابة لهذا القول تعتبر دليلاً على إقرارهم له، وإجماعهم عليه.

والقسم الرابع : وهو قول الصحابي الذي لا يندرج تحت واحد من الأقسام الثلاثة السابقة، وهو الذي صدر نتيجة اجتهاده.

وهذا القول هو محل النزاع بين الفقهاء والأصوليين.

حجية قول الصحابي :

بعد تحرير محل النزاع بين الفقهاء والأصوليين، في قول الصحابي الذي صدر عن طريق اجتهاده ولم يحصل عليه اتفاق الصحابة ـ رضي

الله عنهم ـ أتعرض لذكر الخلاف فيه.

اختلف الفقهاء والأصوليون في حجية هذا القول، وينحصر خلافهم ـ على الأصح ـ في رأيين:

الرأي الأول : وهو رأي الإمام مالك وأئمة الحنفية، وقول مرجوح للإمام الشافعي، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وهم يرون أن **قول الصحابي حجة شرعية مقدمة على القياس.**

والرأي الثاني : وهو رأي جمهور الأشاعرة والمعتزلة من المتكلمين، وقول الشافعي الراجح عند الشافعية، ورواية أخرى عن الإمام أحمد، وهو الرأي المختار عند بعض الحنفية والمالكية، وهم يرون أن **قول الصحابي ليس بحجة مطلقاً.**

أدلة الفريقين :

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بأن قول الصحابي حجة شرعية مقدمة على القياس بالأدلة الآتية:

١ ـ قال الله تعالى : ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ**﴾(١).

ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة : أن الله ـ تعالى ـ أمرنا بالتقوى، وأمرنا أن نكون مع الصادقين، والصادقون هم صحابة النبي ـ ﷺ ـ كما نص على ذلك ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ في تفسيره لهذه الآية الشريفة، ولا نكون معهم إلا إذا امتثلنا أوامرهم ولم نخالفهم في أقوالهم، وبناء على هذا: فيكون قول الصحابي حجةً ودليلاً على الأحكام الشرعية.

---

(١) الآية ١١٩ من سورة التوبة.

٢ ـ قال تعالى : ﴿وَالسَّابِقُونَ الأَوَّلُونَ مِنَ المُهَاجِرِينَ وَالأَنصَارِ، والَّذِينَ اتبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ، رَضِيَ اللَّه عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ، وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تجَرِي مِنْ تَحْتِهَا الأَنهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَداً وَذَلِكَ الفَوْزُ العَظِيمُ﴾(١).

ووجه الاستدلال من هذه الآية : أن الله ـ تعالى ـ أثنى على الصحابة وأثنى على من اتبعهم، ومن هنا وجب اتباع أقوال الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ حتى يرضى الله عمن اتبعهم وسار على نهجهم، ويكون من الخالدين في جنة عرضها السماوات والأرض أعدت للمتقين.

٣ ـ قال رسول الله ـ ﷺ ـ : «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» وقال ـ ﷺ ـ : «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ»(٢).

ووجه الاستدلال من الحديثين : أن النبي ـ ﷺ ـ نص في الحديثين على وجوب اتباع الصحابة، واعتبار أقوالهم حجة.

٤ ـ **الدليل العقلي :** إنما جعل قول الصحابي حجة لاحتمال سماعه من النبي ـ ﷺ ـ فإذا قال الصحابي قولاً يخالف القياس، فلابد أن يكون عليه دليل منقول عن النبي ـ ﷺ ـ لكن الصحابي لم يبينه، وبناء على ذلك: يكون العمل بقول الصحابي بمنزلة تقديم خبر الواحد على القياس.

وقد استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بأن قول الصحابي ليس حجة شرعية بالأدلة الآتية:

١ ـ قال تعالى : ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الأَبْصَارِ﴾(٣).

---

(١) الآية ١٠٠ من سورة التوبة.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والدارمي وأحمد وابن حبان والترمذي وصححه.

(٣) الآية ٢ من سورة الحشر.

ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة : أن الله ـ تعالى ـ أمر أولي الأبصار بالاعتبار، ومعناه: الاجتهاد، وهو ينافي التقليد، ولو كان قول الصحابي حجة يجب العمل بها لكان تقليداً لهم وتركاً للاجتهاد وهو لا يجوز، وبناء على هذا: فلا يكون قول الصحابي حجة ودليلاً على الأحكام الشرعية.

٢ ـ **أجمع الصحابة على جواز مخالفة كل مجتهد منهم لمجتهد آخر**، ولو كان قول الصحابي حجة لما جازت مخالفته، ولوجب اتباعه، لكنهم أجمعوا على جواز المخالفة فدل ذلك على أن قول الصحابي ليس بحجة.

٣ ـ **الصحابي مجتهد، والمجتهد يجوز عليه الخطأ والصواب**، وما دام قول الصحابي يحتمل الخطأ فلا يجب على المجتهدين بعده أن يتبعوه في قوله ويقلدوه فيه؛ لأن المجتهد لا يقلد مجتهداً آخر.

الترجيح :

والرأي الراجح ـ في نظري ـ أن قول الصحابي ليس حجة ودليلاً شرعياً ملزماً؛ لأنه بالنسبة للقسم الرابع من أقوال الصحابي اجتهاد فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، وما دام الأمر كذلك فهو رأي مجتهد، ولا يجوز للمجتهد أن يقلد مجتهداً آخر، وأما موافقة بعض الأئمة على اعتبار أنه حجة؛ فلأن اجتهادهم وافق اجتهاد الصحابي فأخذوا بقوله، وهو في نفس الوقت قولهم الذي توصلوا إليه عن طريق اجتهادهم، ورجحوه على غيره من الأقوال الأخرى المخالفة لاجتهادهم(١).

---

(١) انظر في ذلك : الإحكام للآمدي ج ٤ ص ٢٠١، والرسالة للإمام الشافعي ص ٥٩٦ وما بعدها، والمستصفى للغزالي ج ١ ص ٢٦١، والأسنوي على المنهاج ج ٣ ص ١٤٤.

الفصل السابع
في سـد الذرائـع

الـذرائع : جمع ذريعـة، **والذريعة في اللغـة : هي الـوسيلـة التي يتوصل بها إلى الشيء، سواء كان حسياً أو معنوياً، خيراً، أو شراً.**

وفي اصطلاح الأصوليين : هي الموصل إلى الشيء المحرم.

ومعنى هذا : أن الذرائع الموصلة إلى الأمور المحرمة تكون محرمة كذلك؛ لأن الأحكام الشرعية بعضها مقاصد، وبعضها الآخر وسائل.

والمراد بالمقاصد : هي الأمور التي تكون في ذاتها مصالح أو مفاسد.

والمراد بالوسائل : هي الطرق المفضية إلى المقاصد، والموصلة إليها.

حكم الوسائل :

تأخذ الوسائل نفس حكم المقاصد التي أفضت الوسائل إليها، وبناء على ذلك: فتكون الوسيلة الموصلة إلى الواجب واجبة، والوسيلة الموصلة إلى الحرام تكون محرمة.

فالزنا حرام؛ لأنه اعتداء على الأعراض والأنساب، وقد نهى الله ـ تعالى ـ عنه، وكل ما يؤدي إلى الزنا ويدعو إليه يكون حراماً، وذلك مثل: النظر للمرأة الأجنبية بشهوة، والخلوة المحرمة بها، واللمس بشهوة وغير

ذلك مما يؤدي إلى الوقوع في الزنا الذي حرمه الله على عباده.

وصلاة الجمعة فرضها الله ـ تعالى ـ على عباده المؤمنين، والسعي إليها يأخذ نفس حكمها وهو الفرض أيضاً، وترك البيع في وقت نداء الجمعة لأجل أدائها يكون فرضاً كذلك؛ لأن هذه الأمور كلها وسائل توصل إلى فعل الفريضة فتأخذ حكمها.

وبناء على ذلك : فكل ذريعة تأخذ حكم المقصود، فإن كان حراماً كانت الذريعة حراماً، وإن كان فرضاً أو مندوباً فالذريعة مثله.

الفرق بين الذريعة والمقدمة :

مقدمة الشيء : هي ما يتوقف عليها وجود الشيء، وذلك كالوضوء فإنه مقدمة يتوقف عليها وجود صحة الصلاة شرعاً، فإذا وجد الوضوء وجدت صحة الصلاة إذا توافرت بقية شروطها، وإذا انعدم الوضوء انعدمت صحة الصلاة ولو وجدت جميع الشروط الأخرى، فالمدار في المقدمة على حصول المقصود وتوقفه عليها.

أما الذريعة : فهي ما تفضي إلى المقصود، سواء توقف المقصود عليها أم لا، ومعنى هذا: أنه لا يلزم في الذريعة التي يتوصل بها إلى ما فيه مفسدة أن يتوقف عليها وجود تلك المفسدة.

كما أنه لا يلزم في المقدمة التي يتوقف عليها وجود المفسدة أن تكون مفضية وموصلة إليها.

وهذه بعض الأمثلة لتوضيح الفرق بين الذريعة والمقدمة أذكرها فيما يلي:

قال الله ـ تعالى ـ ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ

وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ، ولا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا، ولْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلى جُيُوبِهِنَّ، وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ أو آبْنَاء بُعُولَتِهِنَّ، أو إخْوانِهِنَّ أوْ بني إخْوَانِهِنَّ، أوْ بَنِي أخوَاتِهِنَّ، أوْ نِسَائِهِنَّ أوْ مَا مَلَكَتْ أيْمَانُهُنَّ، أوِ التَّابِعِينَ غيرِ أولِي الإرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أوِ الطِّفْلِ الذِينَ لم يَظْهَرُوا على عِوْرَاتِ النِّسَاء، وَلا يَضْرِبْنَ بِأرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنَ زِينَتِهِنَّ، وتُوبُوا إلى اللهِ جَمِيعاً أيُّهَا المُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»(١).

فقد نهت الآية الكريمة المرأة التي تلبس الخلاخيل في رجليها عن ضربها الأرض برجليها؛ لأن ذلك من شأنه أن يلفت أنظار الناس إليها، وهذا يدعو إلى الافتتان بها، لكن حصول الافتتان لا يتوقف عليه فلا يكون مقدمة وإنما يكون ذريعة.

والسفر لأجل ارتكاب معصية من المعاصي يكون مقدمة؛ لأن المعصية التي يريد الشخص أن يقترفها تتوقف على السفر، فيكون حراماً كحرمة هذه المعصية، ومعلوم أن مقدمة الحرام تكون حراماً، وليس السفر ذريعة؛ لأنه ليس من شأنه أن يفضي إلى المعصية ويوصل إليها دائمًا.

والزنا الذي يفضي إلى اختلاط الأنساب يعتبر مقدمة؛ لأن اختلاط الأنساب يتوقف عليه ولا يحصل ولا يوجد إلا به، وهو في نفس الوقت ذريعة؛ لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب ويؤدي إليه.

فقد انفردت الذريعة في ضرب المرأة برجليها وفيها الخلاخيل التي ترن من الضرب للأرض فيؤدي ذلك إلى الافتتان بها والنظر المحرم إليها.

وانفردت المقدمة في السفر من أجل ارتكاب المعصية، واجتمعت

---

(١) الآية ٣١ من سورة النور.

الذريعة والمقدمة معاً في الزنا الذي يفضي إلى اختلاط الأنساب.

ومن ذلك يتبين لنا : أن الذريعة والمقدمة بينهما عموم وخصوص وجهي؛ لأنهما قد اجتمعتا في مادة واحدة، وانفردت كل واحدة منهما في مادة أخرى(١).

أنواع الذريعة :

ينقسم الفعل المفضي إلى المفسدة من حيث هو إلى قسمين:

الأول : أن يكون موصلاً إلى مفسدة وهو في ذاته منهي عنه، وذلك كشرب الخمر فإنه يؤدي إلى مفسدة وهي الاعتداء على العقل، وهو أمر محرم في الأديان كلها، وقد نهانا الله ـ تعالى ـ عن شرب الخمر بأبلغ بيان وذلك بالأمر باجتنابها.

وهذا القسم لا خلاف في منعه وسده؛ وذلك لأنه مفسدة في نفسه، لكنه لا يدخل في باب سد الذرائع، ولا ينطبق عليه تعريفها؛ لأن المراد منها: منع التوسل بما هو مباح إلى ما هو مفسدة(٢).

الثاني : أن يكون موصلاً إلى مفسدة وهو في ذاته أمر جائز.

وهذا القسم هو الذي أدخله الأصوليون في باب الذرائع، ويتنوع من حيث تحقق المفسدة فيه إلى ثلاث أنواع:

النوع الأول : ذريعة تفضي إلى المفسدة نادراً وإفضاؤها إلى المصلحة أرجح، وذلك كالنظر إلى المخطوبة فإنه قد يؤدي إلى أمر محرم،

---

(١) أنظر في ذلك أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٥٢ وما بعدها.

(٢) أنظر أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي للدكتور حمد عبيد الكبيسي ص ١٤٤.

لكنه في الغالب الكثير يؤدي إلى المصلحة وهي دوام الألفة والمحبة بين الخاطب ومخطوبته، ومن هنا قال رسول الله ـ ﷺ ـ للمغيرة بن شعبة ـ رضي الله عنه ـ : «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»(١).

ومثل ذلك: كلمة الحق عند سلطان جائر، فإنها قد تؤدي إلى مفسدة وهي هلاك صاحبها، لكن الغالب الكثير أنها تؤدي إلى مصلحة وهي منع السلطان من جوره وظلمه.

وقد أباحت الشريعة الإسلامية هذا النوع؛ وذلك لأن المصلحة فيه راجحة فلا يسد ولا يمنع.

النوع الثاني : ذريعة تفضي إلى المفسدة غالباً والمفسدة أرجح من المصلحة، وذلك مثل بيع العنب لمن يتخذه خمراً، وبيع السلاح في وقت الفتنة، وغير ذلك مما يؤدي غالباً إلى المفسدة.

وهذا النوع لا خلاف فيه بين الفقهاء في سده ومنعه.

النوع الثالث : ذريعة تفضي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً، وذلك كالبيوع التي تتخذ ذريعة للربا مثل بيوع الآجال «العينة» وهي التي تتضمن أن يبيع الشخص سلعة بمائة درهم مؤجلة ثم يشتري نفس السلعة بثمانين درهماً نقداً، ومثل ذلك: من يتزوج امرأة مطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى لأجل تحليلها لزوجها الذي طلقها.

وهذا النوع فيه خلاف بين الفقهاء، وينحصر في رأيين:

الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن هذا النوع من الذرائع ينبغي أن يسد ويمنع مطلقاً؛ لأن الذريعة تكون وسيلة وطريقاً إلى المفسدة

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٠.

كثيراً، وهي التحلل من التكاليف والتحايل على الأحكام، وهذا رأي المالكية والحنابلة وغيرهم.

وبناء على هذا الرأي : فقد قالوا ببطلان العقد في الصورتين السابقتين وأمثالهما، والعقد الباطل لا تترتب عليه آثاره.

والثاني : يرى أصحابه أن هذا النوع من الذرائع يرجع فيه إلى قصد المتعاقدين، فإن ظهر قصدهما وكان المراد منه الوصول إلى الأمر الممنوع فيكون العقد باطلاً، وإذا لم يظهر فيكون العقد صحيحاً، وهذا رأي الشافعي وأبو حنيفة(١).

وهذا عمل بالظاهر؛ لأن القصد والنية لا اطلاع للإنسان عليهما إلا إذا كان هناك قرينة تدل عليهما، فالحكم يترتب على العقد المأذون فيه شرعاً، وينبغي حسن الظن بالناس، ما لم يظهر ما يدل على قصد الشيء الممنوع.

وفي هذا يقول القرافي : وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية، بل الذرائع ثلاثة أقسام: قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طريق الناس فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها.

وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحدَ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا.

وقسم اختلف فيه العلماء، هل يسد أم لا؟ كبيوع الآجال عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر.

---

(١) انظر في ذلك الأم للإمام الشافعي ج ٣ ص ٣٣، ولابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٨.

فمالك يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك.

والشافعي يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهرة فيجوز ذلك... فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي، فليس سد الذرائع خاصاً بمالك ـ رحمه الله ـ بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه)(١).

والرأي الراجح : في هذا الموضوع هو الرأي الأول الذي قال به الإمامان: مالك وأحمد؛ لأن النصوص الشرعية من الكتاب والسنة قد دلت على مراعاة سد الذرائع، ومن ذلك ما يأتي:

قال تعالى : ﴿وَلاَ تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾(٢).

ومعنى الآية الكريمة : أن الله ـ تعالى ـ ينهى المؤمنين عن سب الأصنام التي يعبدها الكفار حتى لا يسبوا الله عدواناً وظلمًا، وذلك جهلاً منهم بالله جل وعلا.

فقد ورد النهي عن سب الأصنام والأوثان مع بطلان عبادتها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى سب الكفار لله تعالى، ولا شك أن هذا نص على المنع من الأمر الجائز حتى لا يكون سبباً إلى فعل ما لا يجوز.

وقد نهى النبي ـ ﷺ ـ الدائن عن أن يأخذ هدية من المدين حتى لا يؤدي ذلك إلى الربا الذي حرمه الله، واتخاذ الناس الهدايا على القروض

---

(١) أنظر الفروق للقرافي ج ٢ ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) الآية ١٠٨ من سورة الأنعام.

بدلاً من الفوائد، ولذلك قال رسول الله ـ ﷺ ـ : «من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقبلها، فقد أتى باباً عظيمًا من أبواب الربا»(١).

وغير ذلك من النصوص، وقد جمع ابن القيم تسعة وتسعين مثالاً من أمثلة سد الذرائع فليرجع إليها من يشاء(٢).

والذرائع عند المالكية نوعان : نوع يجب سده لأنه يفضي إلى المفسدة، ونوع يجب فتحه لأنه يفضي إلى المصلحة، أما النوع الأول فقد سبق ذكر بعض الأمثلة التي تدل عليه وتوضحه، وأما النوع الثاني فمن أمثلته ما يأتي:

دفع مال لأعداء المسلمين فداء لمسلم اختطفوه، فالأصل في دفع المال لأعداء المسلمين محرم، لكنه أبيح هنا لأنه يترتب عليه تخليص هذا الأسير المسلم من يد الأعداء.

ودفع الرشوة لرد الظالم عن ظلمه، أو من أجل تخليص الحقوق التي لا تخلص إلا بدفعها وقد تعينت الرشوة طريقاً لتحصيل ودفع المفسدة(٣).

وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة التي ذكرها العلماء في كتبهم، ويكفينا ذكر بعض الأمثلة للدلالة على المطلوب.

---

(١) بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ١٧٢ ورقم الحديث ٨٦١.
(٢) أنظر أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٩ وما بعدها.
(٣) أنظر الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٥١ وما بعدها.