الفصل الثالث
المصادر المقاصدية

المبحث الأول: الاستحسان

الاستحسان في اللغة مصدر استحسن، أي عدّ الشيء حسناً[1]. وأما في الاصطلاح فهو عدول عن قياس ظاهر إلى قياس خفيّ أو استثناء حادثة من قاعدة كليّة[2]. وهذا هو الفارق بين الاستحسان والمصلحة التي لا يشترط فيها مخالفة القياس، فهي مصلحة محضة[3]. أخذ جمهور الأئمة: أبو حنيفة ومالك وأحمد بالاستحسان. ويستدلّون بأن الشارع قد عدل في بعض الوقائع عن موجود القياس، مثل ما كان في عقد استصناع[4] بسبب استعماله في العرف[5]. لكن الشافعي تركه وقال: «من استحسن فقد

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادّة «استحسن»، ص ١٣/ ١١٨.

(٢) الحنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٢٨؛ قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٣٣ وما بعدها؛ م. الزرقاء، الفقه الإسلامي، ص ١/ ٧٧؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٦٢ ـ ٢٦٧؛ خلاّف، مصادر التشريع فيما لا نصّ فيه، ص ١٧٢؛ الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٣٧ ـ ١٣٨؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٤٤؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٢٦٦.

(٣) قوجا: فرحات، المصلحة المرسلة وتحقيق رأي الطّوفي فيها، مجلة البحوث العلمية، حزيران، ١٩٩٦م، وقف عزيز محمود خدايي، استانبول، ص ١٢٠ ـ ١٢١؛ الزرقاء؛ مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ١/ ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٤) **عقد الاستصناع**: هو عقد من صانع على عمل شيء معيّن في الذمّة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصّانع ويكون العين والعمل من الصانع. هو عقد يشبه السّلم، لأنه بيع المعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمّة الصّانع البائع. ولكنه يفترق عنه من حيث أنّه لا يجب فيه تعجيل الثمن، ولا بيان مدّة للصّنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق. (الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ٤/ ٦٣١).

(٥) كافي دونمز، نظرة جديدة في مكانة العرف، ص ٣٥؛ فيض الله، التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٣٣؛ شلبي، المدخل، ص ٢٥٩؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٢٧٩.

شرّع»[1]. لكنه استعمله تحت الأدلة الأخرى. لذا فقوله هذا يُؤوّل إلى مجرّد رأي[2]. أما ابن حزم فلم يقبله ـ مثل الآراء الأخرى ـ جملة وتفصيلاً. ويقول: «إن كلّ دليل غير القرآن والسنّة يفيد الظن. والظن لا يغني من الحق شيئاً»[3].

كذلك لم يقبله الشوكاني في شكل دليل مستقلّ. ويقول: «إن كان راجعاً إلى الأدلّة الأخرى فهو تكرار. وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو التقوّل على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادّها تارة أخرى»[4].

ومن هذا يتبيّن عند التحقيق أنه ليس دليلاً شرعياً مستقلاً تثبت به الأحكام الشرعية ابتداء. لأنه في أقوى وجوهه ينشأ عن الأدلة الأخرى[5]. ويُذكر أن الاستحسان يكون بالنص وبالإجماع وبالقياس الخفيّ وبالعرف وبالضرورة[6].

إذن ليس الاستحسان مصدراً مستقلاً. وإنما هو قياس خفي بنى عليه المجتهدون من الحنفية والمالكية اجتهادهم في بعض المسائل التي لم يرد فيها نصّ من الكتاب والسنّة. فقد رأى هؤلاء المجتهدون أن القياس قد يفوّت بعض المصالح إذا ما أخذوا به فجنحوا إلى ترجيح جانب المصلحة استناداً إلى أدلة قامت عندهم. ورأوا أنها أقوى أثراً في تحقيق المصلحة من أدلّة القياس

---

(١) الشافعي: محمد بن إدريس، الرسالة في أصول الفقه، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣٢١هـ، ط. ١، ص ٦٩ وما بعدها؛ بلتاجي، مناهج التشريع، ص ٢/ ٧٧٤ وما بعدها.

(٢) الرازي، المحصول، ص ٦/ ١٢٣ ـ ١٢٨؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤٠ ـ ٢٤١؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٤٤ ـ ٢٤٦.

(٣) ابن حزم، المحلّي، ص ٩/ ٤٦٩، وملخّص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل، ص ٥٠ ـ ٥١؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٤٧٦؛ السعدي، قاموس الشريعة، ص ١/ ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٤) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤١.

(٥) الشاطبي، الاعتصام، ص ٢/ ١٥٣.

(٦) الشتيوي، الترجيح بين الأخبار، ص ٥٠٩.

الظاهر وسمّوا ذلك استحساناً. وهذا دليل على أنه لا توجد أية عقبة في سبيل اشتراع ما تدعو إليه المصلحة. وهذا ما أظهر البراهين على مرونة الشريعة الإسلامية واتّساع صدرها لجميع أنواع الاشتراع[1].

فالاستحسان بحاله هذا باب يُرجع إليه دائماً عند كل مشكل مغلق. وهذا توسيع في التطبيق ويدلّ على كثرة الحلول على حسب الظروف، ويُنتِج التغيّر إذا ما دعت الحاجة إليه[2].

وأما أمثلته:

١ ـ إن الأجير المشترك كالخيّاط أمين في الأصل على أمتعة الناس لا يضمن ما يقع تحت يده إلاّ بالتعدّي. لكن فساد الأخلاق والذمم جعل الأئمة يستثنون الأجير المشترك من حكم الأمانة، ويقولون بضمان ما يهلك عنده إلاّ إذا كان الهلاك بسبب حريق غالب. وذلك بالاستحسان لمصلحة الناس. قال علي رضي الله عنه: «لا يصلح الناس إلاّ بذلك». جاء هذا الحكم باتفاق الصحابة على رغم الأحاديث مثل «لا ضمان على راع ولا مؤتمن»[3] و«من استودع وديعة فلا ضمان عليه»[4].

٢ ـ أسقط عمر حدّ السرقة عام الرمادة لشبهة الجوع. وذلك استحساناً واستثناء من قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[5].

٣ ـ إن اعتبار بعض العقود في ميدان الاجتهاد كالاستصناع قد نتج عن تطبيق منهج ترك القياس بسبب العرف الذي سُمّي عند الحنفية استحساناً،

---

(١) الحنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٢٧ ـ ٢٨؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ٢١١؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٥٧.

(٢) أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٥٨.

(٣) لم أعثر عليه في كتب الأحاديث، وانظر: الجصاص، أحكام القرآن، ص ٢/ ٢٥٢.

(٤) ابن ماجه، ك. الصّدقات، ب. الوديعة، ر. ٢٤٠١، ص ٢/ ٨٠٣؛ الجصّاص، أحكام القرآن، ص ٢/ ٢٥٢؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع؛ فيض الله، التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٣٤؛ قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٣٤.

(٥) المائدة، ٣٨؛ وانظر أيضاً: القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٥١؛ مغنية، فقه الإمام جعفر الصّادق، ص ٢٩٧؛ فيض الله، التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٣٤.

ويقولون في إيضاح هذا الموضوع: «إن العرف والتعامل يعتبران كدليل لترك القياس وتخصيص النص»[1]. وهذا أيضاً تغيّر بالاستحسان.

٤ ـ رأى عمر وجماعة من فقهاء الصحابة إبقاء الأراضي المفتوحة في أيدي أربابها على أن يدفعوا عنها خراجاً لمصالح جميع المسلمين في حاضرهم ومستقبلهم. وقال عمر: «لولا آخر الناس لقسّمت الأرض كما قسّم النبي ﷺ خيبر». إذن فقد فعل ذلك على رغم علمه بما فعل النبي ﷺ. لأن ذلك كان يؤمّن للدولة مورداً دائماً للمصلحة العامة. ولذلك صار اجتهاد عمر إجماعاً واستحسنه أبو يوسف لما فيه من عموم النفع لجميع المسلمين[2].

٥ ـ إذا ارتدّت المرأة في مرض وفاتها يرث زوجها على احتمال حرمانها من الميراث، وذلك بالاستحسان[3].

المبحث الثاني: المصلحة

تُستعمل المصلحة في اللغة بمعنى الشيء الذي فيه صلاح قوي[4]. ولذلك اشتقّ لها صيغة المفعلة الدّالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه. وهو هنا مكان مجازيّ. وأما اصطلاحاً: فهي وصف للفعل يحصل به الصلاح والنّفع دائماً أي غالباً للجمهور أو للآحاد[5]، أو المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وحرّياتهم[6] وأموالهم طبق ترتيب معيّن بينها. وهذا نتيجة كون إرسال النبي ﷺ رحمة

(١) دونمز، نظرة جديدة إلى مكانة مفهوم العرف والعادة في الفقه الإسلامي، ص ٣٥؛ قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٣٣.

(٢) الرحبي، الرّتاج المصدر على خزانة كتاب الخراج، ص ٢١٥؛ البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص ١٤٥؛ موسى، محاضرات في تاريخ الفقه، ص ٨؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ١٤٦؛ الصعيدي، المجدّدون، ص ٣٢ ـ ٣٤؛ محمصاني، فلسفة التشريع، ص ١١؛ وانظر أيضاً: رأي الصحابي، ص ١٦٧.

(٣) قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٣٤.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة «صلح» ـ «المصلحة»، ص ٢/ ٥١٦ ـ ٥١٧.

(٥) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٦) انظر إلى «اعتبار المقاصد» من الباب الثالث، ص ٢٨٣.

للعالمين[1]، وأيضاً نتيجة القاعدة: «المشقّة تجلب التيسير»، التي تستند إلى الآيتين ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[2] و﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[3]. إنّما يكون إرسال الرسول رحمة للناس إذا كانت الشريعة التي بعث بها إليهم وافية بمصالحهم مكلّفة بإسعادهم، وإلاّ لم تكن بعثته رحمة بهم، بل نقمة عليهم[4]. ونستنتجها أيضاً باستقراء الأحكام الشرعية[5].

وأما المفسدة فهي ما قابل المصلحة. وهي وصف لفعل يحصل به الفساد أي الضرر دائماً أي غالباً للجمهور أو للآحاد[6]. فكل ما يتضمّن حفظ الأصول الستة السابقة فهو مصلحة. وكل ما يفوّت هذه فهو مفسدة ودفعها مصلحة[7]. ولا يوجد التقيّد بالوصف الظاهر المنضبط في المصلحة[8].

وتنقسم المصالح باعتبار آثارها في قوام أمر الأمة إلى ثلاثة أقسام: ضرورية وحاجية وتحسينية (أو كمالية). فالضروري هو ما لا بدّ منه لحفظ الأمور الستّة من الدين والنفس والعقل والنسل والحرية والمال[9]. والحاجّي هو الذي قد يتحقّق من دونه الكليات الستة، ولكن مع الضيق. والتحسيني هو الذي لا يؤدّي تركه إلى ضيق، لكن مراعاته متّفقة مع مبدأ الأخذ بما يليق وتجنّب ما لا يليق، وتتماشى مع مكارم الأخلاق ومحاسن العادات[10].

---

(١) الأنبياء، ١٠٧؛ ضوابط المصلحة، ص ٢٣.

(٢) البقرة، ١٨٥.

(٣) الحجّ، ٧٨؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٦٨.

(٤) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٧٥ وما بعدها.

(٥) الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥٠٨.

(٦) الدهلوي، حجّة الله البالغة، ص ١/ ١٢٩ ـ ١٣١؛ ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٦٧.

(٧) الغزالي، المستصفى، ص ١/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٨) مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ١١١.

(٩) انظر إلى «اعتبار المقاصد» من الباب الثالث، ص ٢٨٣.

(١٠) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١١٩ ـ ١٢٠.

وتنقسم المصالح باعتبار تحقّق الاحتياج إليها في قوام أمر الأمّة أو الأفراد إلى قطعية وظنّية ووهمية[١]. وتنقسم من حيث المشروعية إلى ملغاة ومعتبرة ومرسلة. والمصلحة المرسلة هي التي لم يأت نصّ بحلّها ولا بتحريمها، فهي مسكوت عنها[٢]. وتنقسم حسب تغيّرها إلى متغيّرة وثابتة[٣].

وأما اعتبار شروط المصلحة، فهي خمسة:

١ ـ أن تكون مصلحة حقيقية وليست وهمية. لكن كيف سنفهم حقيقة المصلحة؟ لها ضابط قويّ، وهو: أن المعيار الزمني في المصلحة الحقيقية مكوَّن من الدنيا والآخرة، ويترتّب على هذا أمران:

أ ـ تعود مشروعية جميع الأحكام إلى قدر مشترك من التعبّد.

ب ـ لا تنحصر قيمة المصلحة الشرعية في اللذة المادّية وحدها[٤]. بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم والروح في الإنسان.

٢ ـ أن تكون عامة وليست شخصية.

٣ ـ أن لا تعارض حكماً أو أصلاً ثابتاً بنصّ أو إجماع. لأن الأصل في الشريعة مصلحة الدين. فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى إبقاء لها وحفاظاً عليها. ويترتّب على ذلك ضرورة سير المصالح في ظلّ النصوص وعدم خروجه عليه. ولا يصحّ للخبرات العادية الاستقلال بفهم مصالح العباد وتشريعها[٥].

٤ ـ أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة لقبلتها.

٥ ـ أن تكون لدفع حرج لازم[٦].

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٨٠؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٧٠.

(٢) القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٥٣.

(٣) البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٨٣.

(٤) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١٥ وما بعدها، ص ١٣١ ـ ١٣٣.

(٥) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٥٧ وما بعدها.

(٦) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠١؛ شلبي، المدخل، ص ٢٥٦؛ البلقيني، الميسر في أصول الفقه، ص ١٦٣؛ عبد الرحمن، غاية الوصول من علم الأصول، ص ٥٣ ـ ٥٧؛ الغرياني، الحكم الشرعي، ص ٩٠؛ قوجا، المصلحة، ص ٩٩؛

وتختلف خصائص المصلحة لدى أرباب النظم الوضعية عن الشريعة الإسلامية في ثلاث نقط:

أ ـ المعايير الزمنية عندهم محدودة بعمر الدنيا وحدها.

ب ـ إنها مقوّمة بقمة اللذّة فقط.

ج ـ اعتبار الدين فرع للمصلحة الدنيوية[١].

إن المذاهب الأربعة تعتمد على المصلحة غير أن المالكية والحنابلة يجعلونها دليلاً مستقلاً بعنوان المصلحة المرسلة أو بعنوان الاستصلاح، أي تشريع ما فيه المصلحة[٢]. وأيضاً تعتمدها الجعفرية[٣]. لكن ليست بصفة دليل مستقلّ. لأنهم يرون أن الدّين إنما يتلقّى من معصوم[٤]. واشترط الغزالي في قبولها أن تكون ضرورية (لا حاجيّة) وقطعية وكلّية. وأعطى لها مثالا تترّس الكفّار بصبيان المسلمين وجعلها كالاستحسان[٥]. والخوارج أميل إلى قبولها من رفضها[٦]، وأنكرها الظاهرية والقاضي أبو بكر الباقلاني والآمدي، وهذا غير مؤثّر في حجّيتها بعد ثبوت اعتماد عامّة المسلمين[٧].

إذا تعارضت مصلحتان في مسألة من المسائل وجب تفضيل أرجحها وأقلّها ضرراً كما كانت في قاعدة «يختار أهون الشرّين»[٨]. إذا استوتا فإن المصلحة

البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٠؛ خلاّف، مصادر التشريع فيما لا نصّ فيه، ص ٩٩ ـ ١٠١؛ الصالح، معالم الشريعة، ص ٦٣.

(١) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٠ وما بعدها؛ الخادمي، المصلحة، ص ٨٢.

(٢) زيد، المصلحة، ص ١٨٥؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٨٠ ـ ٢٨٣.

(٣) مغنية، أصول الإثبات في الفقه الجعفري، ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧.

(٤) زيد، المصلحة، ص ٦٢، ١٨٥؛ حسّان، نظريّة المصلحة، ص ٥٥٢.

(٥) الغزالي، المستصفى، ص ١/ ١٣٩ ـ ١٤٤؛ الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، ص ٤٤٤؛ فيض الله، التعريف بالفقه الإسلامي، ص ٤٠.

(٦) زيد، المصلحة، ص ٦٢، ١٨٥؛ حسّان، نظرية المصلحة، ص ٥٥٢.

(٧) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٤٠٧.

(٨) ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ٨، ٧٨؛ مجلة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٢٩، ص ١٩؛ المراغي، الاجتهاد في الإسلام، ص ٤١ ـ ٤٢؛ علي حيدر، درر الأحكام، ص ١/ ٣٧؛ العاني: محمد شفيق، الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني

العامة تقدّم على المصلحة الخاصة. وإذا تعارضت المصلحة والمفسدة فدرء المفاسد مقدّم في نظر الشريعة على جلب المصالح. لأن وقوع الضرر والمفسدة أخطر في واقع الإنسان من حصول منفعة[1].

الأحكام التي تُشرّع تبعاً للمصلحة تكون تابعة لهذه المصلحة دائماً. لأن التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم[2]. فإذا بقيت المصلحة بقي الحكم الذي يترتّب عليها. وإذا تغيّرت المصلحة اقتضى هذا التغيّر حكماً جديداً مناسباً للمصلحة الجديدة. ولا يعتبر الحكم الجديد ناسخاً للأول. لأن النسخ انتهى بوفاة النبي ﷺ وثانياً يُقبل هذا التغيّر من جملة تغيّر الأحكام بسبب تغيّر عِللها[3] فالحكم الأول باقٍ غير أنه معطّل لتعطيل مصلحته، بحيث لو عادت المصلحة التي شُرع من أجلها عاد هذا الحكم[4].

إن الحياة في تطوّر مستمر. وأساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغيّر في كل زمن وبيئة. وفي أثناء ذلك تتجدّد مصالح العباد. فلو اقتصرنا على الأحكام المنصوصة مصالحها، لتعطّل كثير من مصالح العباد بجمود التشريع. وهذا ضرر كبير لا يتّفق مع قصد الشارع من تحقيق المصالح ودفع المفاسد. وحينئذ لا بدّ من إصدار أحكام جديدة تتوافق مع المقاصد الشرعية العاملة والأهداف الرئيسة، حتى يتحقّق خلود الشريعة وصلاحيتها الدائمة.

الموحّد في البلاد العربية، مطبعة لجنة البيان العربي، ص ١٠٩ ـ ١١١.

(١) الغزالي، إحياء علوم الدين، ص ٢/ ١١٥؛ السيوطي، الأشباه، ص ٩٥ ـ ١٠٣؛ الجرهزي: عبد الله بن سليمان الشّافعي، المواهب السنية شرح الفوائد البهيّة لأبي بكر الأهدل الشافعي، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦؛ الخضري، أصول الفقه، ص ٣٠٧؛ محمصاني، مقدمة إحياء علوم الشريعة، ص ٨٤؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٩٤؛ ابن عاشور، المقاصد، ص ٧٧؛ البرّي: محمد زكي، المصلحة أساس التشريع، الجمهورية العربية المتحدة، ١٣٩١هـ/ ١٩٧١م، ص ١٢٠ ـ ١٢١.

(٢) محمصاني، فلسفة التشريع، ص ١٩٩؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٧٣.

(٣) شلبي، المدخل في التعريف بالفقه، ص ١٢١؛ مغنية، أصول الإثبات في فقه الجعفرية، ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧؛ الصعيدي، ميدان الاجتهاد، ص ١٠٩.

(٤) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ص ٢/ ١٤٣ ـ ١٥١؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٨٢؛ قارامان، التقليد والتجديد، ص ٣٧.

إن من يتتبّع اجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم يجد أنهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد اشتمال الواقعة على مصلحة راجحة، دون تقيّد بمقتضى قواعد القياس، أي بقيام شاهد على اعتبار المصلحة، دون إنكار من أحد، فكان ذلك إجماعاً على اعتبار المناسب المرسل. والإجماع ـ كما هو معروف ـ يجب العمل به[1]. ويشهد لاعتبار المصالح في تغيّر الأحكام ما ورد في السنّة عن أحمد[2] أن عليّاً رضي الله عنه، قال: يا رسول الله! إذا بعثتني في شيء أكون كالسكّة المحماة أو الشاهد يرى ما لا يرى الغائب؟ فقال له النبي ﷺ: «بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب»[3]. لكن مجال مصالح المعاملات، فلا سبيل إلى العمل بها في العبادات والمقدّرات[4].

ومن أمثلة تغيّر الأحكام بتغيّر المصالح:

١ ـ أجاز التابعون تسعير السلع دفعاً للضرر عن الجمهور لتغيّر أحوال الناس عمّا كانت عليه في عهد النبي ﷺ. لأن حديث «لا ضرر ولا ضرار»[5]. يفيد ذلك وينهى عن الضرر العام[6]. لأن مصلحة الجماعة مقدّمة على مصلحة الأفراد، وحرّيتهم معلّلة بألاّ تؤدي إلى الإضرار بالناس[7]. لذلك لو كانت

(١) الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥٠٩.

(٢) المسند، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ص ١/ ٨٣.

(٣) أحمد، مسند علي رضي الله عنه، ص ١/ ٨٣؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٣٠٢.

(٤) حسّان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص ٣٧.

(٥) موطأ، ك. الأقضية، ب. القضاء في المرفق، ر. ٣١، ص ٧٤٥؛ وانظر أيضاً: جانان، شرح الكتب الستّة، ص ١٧/ ٢٧٩.

(٦) الصنعاني، سبل السّلام، ص ٣/ ٢٥؛ الشاطبي، الاعتصام، ص ٢/ ١١٩؛ القرافي، الفروق، ص ٢/ ٣٢؛ مدكور، ص ١٠٤؛ عبد الرحمن، غاية الوصول إلى علم الأصول، ص ١١٨؛ الغرياني، الحكم الشرعي، ص ٣٢٠؛ البوطي، ضابط المصلحة، ص ٣٥٦؛ ابن عابدين، الرّسائل (العرف)، ص ٢/ ١٢٤؛ شلبي، تعليل الأحكام، ص ٥٩؛ الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ١/ ٨٢؛ موسى، محاضرات في تاريخ الفقه، ص ١٠؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٦٦٣؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

(٧) النبهان، الاتّجاه الجماعي، ص ٣٨٤.

أسباب التسعير موجودة في وقته ﷺ لفعله[1]. يقول البوطي في هذا الموضوع: ويمكن أن يكون هذا من تصرّفات النبي ﷺ بمقتضى الإمامة. وثانياً: قوله ﷺ: «إنّي لأرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»[2]. بعد قوله: «إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرزّاق» دليل صريح على أن علّة ما قرّره في أمر التسعير هي مراعاة أن لا يُظلم أحد من الناس سواء كان بائعاً أو مشترياً. وذلك يكون بالمحافظة على ميزان العدالة بينهم. ذلك، كما يكون بحماية البائع من إلزام المشتري إيّاه بسعر دون الذي يريد، كذلك يكون بحماية المشتري من إلزام البائع إيّاه بالغبن الفاحش واستغلال ضرورته لإيقاع الظلم به. ولا ريب أنه ﷺ لو رأى من الباعة ميلاً إلى هذا الظلم لأخذ على أيديهم وألزمهم بحدّ لا يتجاوزونه. وذلك بمقتضى قوله: «إني أرجو أن ألقى الله وليس أحد فيكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال» ومقتضى حديث «لا ضرر ولا ضرار»[3].

٢ ـ منع عمر الصحابة من مغادرة المدينة بقصد الاستعانة بهم في اتخاذ القرارات السياسية وغيرها واستشارتهم والاستفادة من علمهم وخبرتهم[4].

٣ ـ إذا تترّس الكفّار بجماعة من المسلمين يمكن قتل المسلمين. فلو كففنا عنهم لصدمونا واستولوا على دار الإسلام وقتلوا كافة المسلمين[5].

٤ ـ قوّم عمر الدية أول مرة بالنّقد ملتزماً بقيمة المقدار الأصلي الذي أخذه الرسول ﷺ وجمع بين نصوص التشريع ومصلحة الناس[6].

٥ ـ الغاية من النكاح تفريقه عن العلاقات غير المشروعة. لذلك يجب فيه

---

(١) تعليل الأحكام، ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٢) الترمذي، ك. البيوع، ب. ما جاء في التسعير، ر. ١٣١٤، ص ٣/ ٦٠٥ ـ ٦٠٦.

(٣) ضوابط المصلحة، ص ١٨٢ ـ ١٨٣.

(٤) مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٥٤١؛ الخادمي، المصلحة، ص ٣٩.

(٥) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠١؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٣١ ـ ٣٣٣، ٣٩٢.

(٦) بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٢١٧؛ موسى، محاضرات في تاريخ الفقه، ص ٩.

شاهدان والإعلان أيضاً عند الإمام مالك. ويمكن زيادة التسجيل في النكاح لأنه أحسن للمصلحة[1].

٦ ـ جواز بيع الوفاء[2] وبيع الاستغلال[3] والرهن المستعار[4].

٧ ـ لمّا بدأ القحط في المدينة دُفع نصف الزكاة هناك، نيابة عن دفعه من المكان الذي أُخذت فيه[5].

٨ ـ وتأخير عمر الزكاة سنة المجاعة[6].

٩ ـ تُقُبِّلت شروط الواقف مثل النصوص الشرعية. لكن مع ذلك غُيِّرت هذه الشروط حسب المصلحة عند الضرورة، مثل أن يشترط الواقف أن لا يزيد مدة كراء الأرض الموقوفة عن سنة ولم يتقدم أحد بطلب كراء الأرض لسنة واحدة بسبب قلّة المدّة. فغيرت إلى وقت مناسب أكثر من سنة[7].

١٠ ـ إمكان رعي الحجّاج أغنامهم في الحرم، وإمكان تخويف المتهم للاعتراف بجرمه وإمكان فعل المسلمين من المحرّمات حينما تكثر إلى درجة

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ١٥٦؛ أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ١٠٧.

(٢) هو البيع بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يردّ المشتري إليه المبيع. وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كلّ من الطرفين مقتدراً على الفسخ. وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير. قد ظهر لاجتناب من الرّبا. (مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ١١٨، ص ٣٠؛ الجرجاني، التعريفات، ص ٤٨؛ ملاّ خسرو: محمد بن فراموز (٨٨٥)، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، مطبعة أحمد كامل، ص ٢/ ٢٠٧؛ أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ١٠٧).

(٣) هو بيع المال وفاء على أن يستأجره البائع. وهو نوع من أنواع بيع الوفاء. (مجلة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ١١٩، ص ٣١؛ حيدر، درر الأحكام، ١/ ٨٧٧ ـ ٨٧٩؛ أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢١٧).

(٤) هو رهن مال الغير الذي أُخِذ استعارة. مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٧٢٦، ص ١٣٧؛ الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ١/ ٢٠٥؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، ص ٥/ ٢٢٩ ـ ٢٣٣؛ أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢١٧ ـ ٢١٨).

(٥) ابن سعد، الطبقات، ص ٣/ ٣٢٣، أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢١٩.

(٦) ابن سعد، الطبقات، ص ٣/ ٣٢٣، أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢١٨.

(٧) أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢٢٠.

لا تُنهي قوّتهم، ليس بقدر الضرورة فقط. وهذا كلّه في وقت الضرورة[١].

١١ ـ أفتى المتأخّرون في رؤية الهلال في العيد والصيام بقبول رؤية شخصين للمصلحة بعد أن كان أصل المذاهب الفقهية أن لا يثبت دخول الشهر إلاّ برؤية جمع عظيم إذا كانت السماء غير مغشّاة. وقد برّروا ذلك بقعود همّة الناس على متابعة الهلال. فلم تبق شبهة في رؤية اثنين منهم مظنّة الخطأ إلاّ بوجود الشبهة أو التهمة التي تشكك في ذلك[٢].

١٢ ـ الاحتكام بالأعراف حسب المجتمعات في التجارة والبيع والإجارة والكراء والمزارعة وعقود الأيمان والحلف والتعزير والإنفاق على الزوجة في الرضاعة. وهذه الأشياء كلها من المصالح في الشريعة الإسلامية[٣]. وتختلف كلها حسب الظروف. مثلاً يختلف التعزير من أقلّ العقوبة إلى الموت[٤].

١٣ ـ اجتهاد عمر في زوجة المفقود في تزوّجها بعد أربع سنوات من فقد زوجها. وذلك دفعاً لضرر بقاء الزوجة معفاة مدى العمر. وكان هذا خلافاً لمذهبي الحنفية والشافعية الذين قالوا ببقاء الزوجة في عصمة زوجها المفقود حتى تثبت وفاته[٥].

١٤ ـ الحكم بطهارة سؤر سباع الطّير كالصّقر والنّسر مراعاة للضرورة. إذ لا يمكن الاحتراز منها بالنسبة لسكان الصحارى والأعراب[٦].

١٥ ـ ضرورات الحرب. وهي أن يضطر القائد لأعمال متشدّدة في سبيل الغاية الكبرى، وهي النصر، مثل الحصار وتقطيع الشجر والتحريق

---

(١) قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٢) الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ٢/ ٩٣٤.

(٣) القرافي، الفروق، ص ٣/ ١٦٢؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٨١ ـ ٨٢؛ الشرقاوي، التطوّر روح الشريعة، ص ١٨٦ ـ ١٨٧، ١٨٩؛ ابن قيّم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة البابي، مصر، ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٩م، ص ١/ ٣٣١.

(٤) البلتاجي، مناهج التشريع، ص ٢/ ٨٦٥؛ الحنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٣٠.

(٥) الدواليبي، المدخل، ص ٣٢٢.

(٦) الزحيلي، أصول الفقه، ص ٦٦٣.

والكذب[1].

ومن المعلوم أن حق الإمامة هو أن يتصرّف الإمام في أمر أعطى الشارع له ـ أو لمن ينوبه عنه من المجتهدين ـ صلاحية الحكم فيه بعدّة وجوه تختلف حسب اختلاف ما يتعلّق به من المصالح أو العلل المعتبرة. فقد أعطى الشارع للإمام صلاحية الحكم على الأسرى ضمن دائرة تشمل المنّ والقتل والفدية والاسترقاق، نظراً لأن كلّ عصر قد يحتضن مصلحة تلائم أمراً من هذه الأمور. وأعطاه الشارع أيضاً صلاحية إبرام عقود الصلح مع الكافرين دون أن يلزمه ذلك أو خلافه نظراً إلى تقلّبات الأحوال التي يدعو بعضها إلى الحرب ويدعو بعضها الآخر إلى الصلح[2].

١٦ ـ إسقاط عمر حدّ القطع على السارق أيام المجاعة رغم وجود الآية: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾[3]. وليس ذلك إلا لظروف صاحبت السرقة وجعلت الحكمة من تشريع القطع غير متحقّقة، وهو الجوع. وقد حدثت هذه الواقعة عندما سرق غلمان حاطب بن أبي بلتعة وثبتت هذه السرقة. وكاد عمر يقطع أيديهم لولا أنه عرف أن سيّدهم كان يجيعهم[4]. لأن المسلمين أجمعوا على اعتبار الضرورة. يقول ابن

---

(١) ابن حزم، المحلّى، ص ٢٩٤؛ قارامان، التقليد والتجديد في الفقه، ص ٩٦؛ كلتريّة، عبد الوهاب، الشرع الدولي في عهد الرسول، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤، ط. ١، ص ٣٩ ـ ٤٤.

(٢) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٦٢.

(٣) المائدة، ٣٨.

(٤) ابن حزم، المحلّى، ص ٢٩٤. القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٥٠؛ ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ١٤؛ عبد الرزّاق، المصنّف، ص ١٠/ ٢٤٢ ـ ٢٤٥؛ البيهقي، السنن، ص ٨/ ٢٧٨؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥١٠؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٢٤٤؛ المراغي، الاجتهاد في الإسلام، مكتبة الغني للنشر، القاهرة، ص ٤٢؛ شرف الدين، النصّ والاجتهاد، ص ٦٢١؛ الصالح: صبحي، معالم الشريعة، ص ٦٥؛ الدواليبي، المدخل، ص ٣٢١ ـ ٣٢٢؛ العثماني، حول المصلحة في الفكر الإسلامي، ص ٢٥٣.

القيّم[1]: «إن سقوط القطع في المجاعة محض القياس ومقتضى قواعد الشرع لما يغلب على الناس من الحاجة والضرورة. وهذه شبهة قوية يُدرأ بها القطع عن المحتاج. ويمكن القول بأن عدم القطع هنا يرجع إلى نص هو قول الرسول ﷺ «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[2]. وكان اجتهاد عمر في تحقيق المناط. لأن الحديث كان يخصّص الحكم[3]. لكنه لا يتغيّر عند الجعفرية[4].

١٧ ـ أكل الميتة حرام على الشخص غير المضطر. فإذا اضطرّ ذلك الشخص عينه فأكل الميتة يكون له حلالاً. فاختلف الحكم لاختلاف الحال والعين واحدة[5].

١٨ ـ كان النصاب بخمس أواق من الفضّة، وهي ٢٠٠ درهم. لأنها مقدار يكفي لأهل بيت خلال سنة كاملة. لكنها غير كافية الآن. لذلك يجب تقدير النصاب من الذهب[6].

١٩ ـ كان أبو حنيفة يرخّص لغير المبتدع بقراءة ما لا يقبل التأويل من القرآن في الصلاة بالفارسية في أول عهد الفرس بالإسلام، بسبب صعوبة

---

(١) ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ١٤؛ وانظر أيضاً: جانان، شرح الكتب الستّة، ص ١٧/ ٣٢٨ ـ ٣٢٩؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١٤٥ـ ١٤٧؛ العثماني، حول المصلحة، ٢٥٣؛ مدكور، المدخل، ص ١٠٨؛ حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ص ٧٩؛ ابن سليمان: عبد الله، المواهب السنيّة، ص ٢٤٥ ـ ٢٤٨.

(٢) لم أعثر على الحديث بهذا اللفظ. لكن وجدته بلفظ آخر، وهو قول النبي ﷺ: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً». (ابن ماجه، ك. الحدود، ب. الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، ر. ٢٥٤٥، ص ٢/ ٧٥٠).

وقال النبي ﷺ أيضاً: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم. فإن كان له مخرج فخلّوا سبيله. فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة» (الترمذي، ك. الحدود، ب. ما جاء في درء الحدود، ر. ١٤٢٤، ص ٤/ ٩٣).

(٣) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١٤٥ ـ ١٤٧؛ بلتاجي، عقود التأمين، ص ١٧٠.

(٤) مغنية، فقه جعفر الصادق، ص ٦/ ٢٩٧؛ شرف الدين، النصّ والاجتهاد، ص ٢٦١.

(٥) الغراب، الفقه عند الشيخ الأكبر، ص ٤٩.

(٦) القرضاوي، فقه الزكاة، ص ٢٦٥؛ أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢١١ ـ ٢١٢.

نطقهم للعربية. فلما لانت ألسنتهم وانتشر الإلحاد والابتداع رجع عن ذلك[1].

٢٠ ـ أمضى عمر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زجراً عن كثرة استعماله. لأنه رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة. فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم[2]. إن عقوبتهم بذلك فتحت عليهم باب التحليل الذي كان مسدوداً على عهد الصحابة. والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه، كان تركها أحبّ إلى الله ورسوله. ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة ـ معاذ الله ـ لكان المنع منه إذا وصل إلى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه من باب سدّ الذرائع[3].

٢١ ـ وكذلك أسقط عمر عقوبة التغريب في الزنا بعد أن لحق أحد المغرّبين بالروم[4].

٢٢ ـ التدرّج والنسخ في الأحكام الشرعية[5]. راعى الله بحكمته وعلمه

---

(١) حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ص ٨٥؛ فكرة، ثبات الأحكام وتغيّرها، ص ١٤٣.

(٢) مسلم، ب. طلاق الثلاث، ر. ١٥ ـ ١٦ ـ ١٧، ص ٢/ ١٠٩٩.
يقول البوطي في هذا الموضوع: «لا تدلّ الآية ﴿**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ (البقرة ٢٢٩)، أنّ الطلاق واحدة بعد أخرى. ونفهم من هذا أنّه لم يترك النص في مقابلة المصلحة. وليس فيه ما يخالف نصّاً ظاهراً من الكتاب والسنّة. لأن هناك أحاديث تدلّ على فعل عمر. إذن كان تطبيقه ترجيحاً بين شقّين (ضوابط المصلحة، ص ١٥١ ـ ١٦٠).

(٣) البيهقي، السنن، ص ٣/ ٣٣٦؛ ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص٣/ ٣٦، ٤٧؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٣٠٨؛ محمصاني، فلسفة التشريع الإسلامي، ص ٢٠٨؛ زيد، المصلحة، ص ٣١ ـ ٣٢؛ العربي، المدخل، ص ١٥٦ ـ ١٥٧؛ الصالح: صبحي، معالم الشريعة، ص ٦٥ ـ ٦٦؛ ضوابط المصلحة، ص ١٥١؛ مدكور، المدخل، ص ١٠٤؛ الدّواليبي، المدخل، ص ٣٢٧ ـ ٣٢٩؛ القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٦٠؛ بطّيخ، التشريع الإسلامي، ص ٢١٧ ـ ٢١٩.

(٤) الصالح، معالم الشريعة، ص ٦٥.

(٥) شلبي: مصطفى، تعليل الأحكام، ص ٣٠٧؛ متولّي، الإسلام ومبادىء نظام الحكم،

ظروف المجتمع الجديد وما تقتضيه طبيعة الأمور. قالت عائشة رضي الله عنها: «لو نزل أوّل شيء: «لا تشربوا الخمر». لقالوا «لا ندع شربه أبداً». ولو نزل «لا تزنوا». لقالوا «لا ندع الزّنا أبداً»[1]. لذلك حرّم الله الخمر في ثلاث مراحل.

وراعى الرسول ﷺ مقتضى الحال. يروي الإمام أحمد في مسنده عن عثمان بن أبي العاص أن وفد ثقيف قدموا على رسول الله ﷺ. فأنزلهم المسجد ليكون أرقّ لقلوبهم. فاشترطوا على رسول الله ﷺ ألاّ يحشروا للجهاد ولا يعشروا (لا تؤخذ منهم الزكاة ولا يجبوا أي لا يصلّوا ولا يستعمل عليهم غيرهم. فكان جواب الرسول ﷺ: «لكم ألاّ تحشروا ولا تعشروا ولا يستعمل عليكم غيركم». واستجاب لطلباتهم هذه مراعاة لظروفهم. أما الصلاة فليست صعبة ولا حسّاسة بالنسبة لهم كغيرها. ولذلك لم يستجب لهم في ذلك بل قال: «لا خير لي في دين لا ركوع فيه»[2]. وتلخّص هذا رواية أخرى لأبي داود[3]، وتُبيِّن وجهة نظر الرسول ﷺ، فقال: «اشترطت ثقيف على رسول الله ﷺ أن لا صدقة عليها ولا جهاد. وسمع رسول الله ﷺ، وقال: «سيصدقون ويجاهدون إذا أسلموا...».

٢٣ ـ فقد روى الإمام أحمد في مسنده في مسائل ابن صلاح أن عمر دعا محمّد بن مسلمة فقال له: «اذهب إلى سعد بن أبي وقّاص بالكوفة. وكان

ص ٧٠ ـ ٧٨؛ الحصري، المدخل، ص ٣٨ ـ ٤١؛ خيّاط: عبد العزيز، المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار الفكر، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ط. ١، ص ٧٣؛ المراغي، التشريع الإسلامي لغير المسلمين، ص ١٥ ـ ١٦؛ النعيم: عبد العزيز علي، أصول الأحكام الشرعية ومبادىء علم الأنظمة، دار الاتحاد الغربي للطباعة، ط. ١، ص ١١٠ ـ ١١٢.

(١) البخاري، ك. فضائل القرآن، ب. تأليف القرآن، ص ٦/ ١٠٠ ـ ١٠١؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ص ٩/ ٣٨ ـ ٣٩؛ شلبي، تعليل الأحكام، ص ٣٠٧؛ النمر، الاجتهاد، ص ١٢٧.

(٢) أحمد، ص ٤/ ٢١٨؛ النمر، الاجتهاد، ص ١٢٨؛ القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٢٠.

(٣) ك. الخراج والإمارة والفيء، ب. ما جاء في خبر الطّائف، ر. ٣٠٢٥ ـ ٣٠٢٦، ص ٣/ ٤٢٠ ـ ٤٢١.

واليه عليها. فحرّق عليه قصره، وبينما عمر يأمر بهذا بالنسبة لوالي الكوفة، تراه يتصرّف تصرّفاً مغايراً مع معاوية في دمشق. حيث قدم عمر إليها، فوجد معاوية قد اتّخذ الحجاب والمراكيب النفيسة والثياب الثمينة، وسلك ما يسلك الملوك. ولم يكن ذلك متّفقاً مع منهج عمر. فقال له معاوية: «أنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا». وكان الناس في دمشق قد ألفوا مثل هذا المظهر من حكّام الرومان. فقال عمر «لا آمرك ولا أنهاك»، وتركه. وهكذا سكت عمر في دمشق عما صنعه في الكوفة مراعاة للظروف والمصلحة[1].

٢٤ ـ جمع المصاحف وتدوين الأحاديث. كان القرآن في العهد النبوي محفوظاً في صدور الرجال ومكتوباً في صحف ومواد متفرّقة على ما يليق بحال القوم في ذلك العهد من جريد ولخاف وعظام وخزف وغير ذلك. فلما استشهد كثير من الحفظة يوم اليمامة في حروب الردّة في زمن الصديق، أشار عمر بن الخطاب عليه بجمع القرآن مخافة أن يضيع بموت أشياخ القرآن كأبيّ بن كعب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت. وجمع القرآن من صدور الحفظة ومن الموادّ المتفرّقة التي كتب فيها. وكتبه في صحف بقيت عند أبي بكر حتى توفّاه الله، ثم عند عمر حتى توفّاه الله، ثم حفصة بنت عمر أمّ المؤمنين. ولمّا اختلف الناس في زمن عثمان، فأشفق حذيفة مما رأى منهم. فلمّا قدم المدينة دخل إلى عثمان قبل أن يدخل بيته، فقال: «أدرك هذه الأمة قبل أن تهلك». فقال: في ماذا؟ قال: «في كتاب الله، إنّي حضرت هذه الغزوة وجمعت ناساً في العراق والشام والحجاز». فوصف له ما حدث. وقال: «إني أخشى عليهم أن يختلفوا في كتابهم كما اختلف اليهود والنصارى»[2]. ونسخ القرآن بعده.

---

(١) القرافي، الفروق، ص ٤/ ٢٠٣؛ شلبي، تعليل الأحكام، ص ٣٠٩؛ النمر، الاجتهاد، ص ١٣٠؛ الشرقاوي، روح الشريعة الإسلامية، ص ١٨٢.

(٢) البخاري، ك. فضائل القرآن، ب. جمع القرآن، ص ٦/ ٩٨ ـ ٩٩؛ وانظر أيضاً: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص ١/ ٤٩ ـ ٥٠؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥١٠؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤؛ وانظر أيضاً إلى «رأي الصّحابي»، ص ١٦٩.

٢٥ ـ كان الإمام الشافعي يفتي الناس في بغداد وله آراء فقهية نُقلت عنه وبثّ بعضها في كتاب «الحجة» الذي ألّفه فيها. ويمثّل هذا الكتاب القول القديم في المذهب. ولما غادر بغداد سنة ١٩٨هـ، ودخل مصر سنة ١٩٩هـ، غيّر كثيراً من اجتهاداته فأصبح له قول جديد في مصر يُفتي الناس به[١]. ومن ذلك ما نصّت عليه بعض كتب الفقه في معاملة أهل الذمّة بوجوب تمييزهم في الزيّ عن المسلمين، اتّباعاً لما روي في ذلك عن عمر بن الخطاب أو عمر بن عبد العزيز. قالوا: لأنهم لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام، فلا بد من تمييزهم عنا كيلا يعامل معاملة المسلم، وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف، فيصلّى عليه، ويدفن خطأ في مقابر المسلمين[٢]. وهو ما لا يرضاه هو ولا أهله ولا المسلمون. وربما كان هذا التمييز مطلوباً في أوائل عهود الفتح الإسلامي حيث يلزم الحذر والتحفّظ.

فإذا نظرنا إلى تلك المصلحة في عصرنا ـ مصلحة التمييز بين أرباب الديانات المختلفة في الدولة الواحدة التي تقوم على أساس من الدّين ـ وجدنا ذلك غير مرغوب فيه كثيراً، كما نجد أنه من السهل تحقيق ذلك في عصرنا بما هو أيسر وأفضل من التمييز في الزيّ، وهو: الهوية أو البطاقات الشخصية التي تتضمّن ـ فيما تتضمّنه ـ بيان ديانة حاملها، وبيان اسمه ولقبه وموطنه... إلخ. وفي هذا كل الكفاية للوفاء بالغرض، دون إحراج لغير المسلمين أو إيذاء لمشاعرهم.

٢٦ ـ شرعت العقوبات التعزيرية في الإسلام غير مقدّرة وتركت للقاضي مراعياً واقع الجاني والجناية والمجني عليه ومكان اقتراف الجناية وزمانه[٣].

---

(١) الترتوري، فقه الواقع، ص ٩٩؛ العربي، المدخل، ص ١٦٨؛ وانظر أيضاً إلى «العرف»، ص ١٧٧.

(٢) القرضاوي، شريعة الإسلام ـ خلودها وصلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان، المكتب الإسلامي، دمشق ـ بيروت، ص ١٢٨.

(٣) وليس معنى هذا أنّ الناس يعاقبون بلا نصّ. لأن قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة بلا نصّ» توجد في الشريعة الإسلامية، وليست هي من إنتاج القرن العشرين. ولمّا دقّقنا النّظر وجدنا الإسلام هو الذي قرّر هذه القاعدة. لأن الآيات الآتية تدلّ عليها: قال تعالى

فقد يقترف اثنان نفس الجناية فيوقع القاضي على أحدهما عقوبة أشدّ مما يوقعه على الآخر، وقد يكون للشيء عقوبة في بلد ما، ودون عقوبة في بلد آخر. لأنه ليس في التعزير شيء مقدّر بل مفوَّض إلى رأي القاضي، لأن المقصود منه الزجرُ، وأيضاً إن أحوال الناس مختلفة فيها. فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللّطمة وإلى الضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس. فرُبّ تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر كقطع الطيلسان. فهو تعزير في مصر وإكرام في الشام. وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان. لذلك يرجع التعزير إلى اجتهاد القاضي فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص. إذا رأى المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلاّ به وجب[1].

المبحث الثالث: الذّريعة

تستعمل الذريعة في اللغة بمعنى الوسيلة[2]. وأما في لغة الشرعيين فهي ما يكون طريقاً لمحرّم أو لمحلّل[3]. فإنه يأخذ حكمه. فالطريق إلى الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح. وما لا يُؤَدَّى الواجب إلاّ به فهو واجب. لأنه ذريعة إليه. ويلاحظ أن أكثر الأمثلة في الذرائع إنما هي لدفع الفساد. ولكن الذرائع يؤخذ بها أيضاً في جلب المنافع. ولذلك يقول القرافي: «اعلم أن الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها. وتكره وتندب وتباح. فإن الذريعة هي وسيلة. فكما أن وسيلة المحرّم محرّم ووسيلة الواجب واجب»[4]. فإذا

﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ (الإسراء ١٥) وقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ (القصص ٥٩) وقوله تعالى ﴿رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزاً حَكِيماً﴾ (النساء ٦٥) وقوله تعالى ﴿وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلاَّ خَلاَ فِيهَا نَذِيرٌ﴾ (فاطر ٢٤)، وانظر أيضاً: عزم الله، الجريمة، ص ٤٨.

(١) القرافي، الفروق، ص ٤/ ١٧٧ ـ ١٧٨؛ الترتوري، فقه الواقع، ص ١١١ ـ ١١٢؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٨٥.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، مادة «ذرع»، ص ٨/ ٩٦.

(٣) أبو جيب، القاموس الفقهي، مادة الذريعة، ص ١٣٦.

(٤) الفروق، رقم الفرق: ص ٥٨، ٢/ ٣٢ ـ ٣٤؛ ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ١٤٨.

كانت الذريعة إلى المطلوب كان حكمها حكمه، وإذا كانت الذريعة إلى مفسدة كان حكمها حكمه[1]. لذلك فإن تجويز الحيل المحرّمة يناقض الشريعة[2].

إن الأخذ بالذرائع ثابت في كل المذاهب الإسلامية وإن لم يصرّح به. وقد أكثر منه الإمامان مالك وأحمد. وقد كان دونهما في الأخذ بها الإمامان أبو حنيفة والشافعي. ولكنهما لم يرفضاه جملة ولم يعتبراه أصلاً قائماً بذاته. بل كان داخلاً في الأصول المقرّرة عندهما كالقياس والاستحسان الخفيّ[3]. لكن ابن حزم يستنكر الاجتهاد عن طريق الذرائع. لأن ذلك من أبواب الرأي، والرأي عنده مستنكر كله[4].

والظاهر أن الذريعة ليست دليلاً شرعياً مستقلاً بنفسها، أي تصلح أن تكون مصدراً شرعياً تستنبط منه الأحكام استقلالاً. لأن المصادر الشرعية المستقلة منحصرة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس. ولكنها مع ذلك تعتبر قاعدة شرعية جليلة. استنبطها العلماء من استقراء نصوص الشريعة التي تدلّ على جلب المصالح ودرء المفاسد وتنظر إلى مآلات الأفعال[5].

ومن أمثلة تغيّر الأحكام بالذريعة:

---

(١) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠٤؛ القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٥٧؛ الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٦٢ ـ ١٦٣؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٨٥؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٨٨ ـ ٢٩٠.

(٢) عبد الرحمن، غاية الوصول إلى علم الأصول، ص ٣٤٠.

(٣) انظر الاستحسان، ص ١٨٧.

وأمّا الاستحسان المالكي فهو الجمع بين الأدلّة المتعارضة. (أبو جيب، القاموس الفقهي، مادة «استحسان»، ص ٨٩)، وانظر أيضاً: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٩٤؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٣١٨؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٤) أبو زهرة، ابن حزم، ص ٤٧٣؛ السّلمي: سعيد بن غرير، قاعدة سدّ الذّرائع وأثرها في تطبيق الأحكام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، تموز ـ أغسطس ـ أيلول ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ص ٣٤.

(٥) الشتيوي، الترجيح بين الأخبار، ص ٥٠٧.

١ ـ يحرم بيع السلاح وقت الفتن[١].

٢ ـ منع عمر التزوّج بالكتابيّات قائلاً: «إني لا أحرّمه، ولكني أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات. لأنهم يختارون نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين. وكان هذا لمّا تزوّج حذيفة بن اليمان[٢] بيهودية[٣]. وهذا يقبل من جملة تقييد الإباحة.

وكذلك التزوّج بالكتابيات إذا استلزم شيئاً من المفاسد المحرّمة. وأشدّها أن يتبع الأولاد كلهم أو بعضهم الأمّ في دينها، وهذا إمّا بحكم قوانين تلك البلاد، وإما لكون المرأة أرقى من زوجها علماً وعقلاً وتأثيراً بحيث تغلبه على أولادها، فتربّيهم على دينها وتعلّمهم عقائدها وعباداتها فيشبّون عليها[٤].

٣ ـ إنّ في التسعير مصلحة العموم بعد فساد الناس[٥] لذلك يجوز سدّاً للفساد وتحقيقاً للمصلحة، على خلاف التطبيق في زمن النبي ﷺ[٦].

---

(١) أبو زهرة، ابن حزم، ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

(٢) هو حذيفة بن اليمان العبسي. وكان من كبار الصحابة وصاحب سرّ النبي ﷺ. وولاّه عمر المدائن. توفّي في سنة ٣٦هـ. (ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصّحابة، ص ١/ ٣١٧ ـ ٣١٨؛ الفاسي، الفكر السّامي، ص / ١٩٠ ـ ١٩١).

(٣) حميد الله: محمد، الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الرّاشدة، دار النفائس، بيروت، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، ط. ٥، ص ٥١١ ـ ٥١٢؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٥٤١؛ الصالح، معالم الشريعة، ص ٦٥؛ موسى، المحاضرات في تاريخ الفقه، ص ٩؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ٢٨٥؛ الخادمي، المصلحة، ص ٤٠.

(٤) رضا، الفتاوى، ص ٤/ ١٥٩٦ ـ ١٥٩٧، وانظر أيضاً ص ١٥٩.

(٥) النبهان، الاتّجاه الجماعي، ص ٣٨٤.

(٦) الصنعاني، سبل السّلام، ص ٣/ ٣٢؛ الشرباجي: البشري، التسعير في الإسلام، دار الكتاب الليبي، ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م، ص ٧٣ ـ ٧٩؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٦٧؛ الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٦٢؛ مدكور، المدخل، ص ١٠٤؛ النبهان، الاتّجاه الجماعي، ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤؛ القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٠٢ ـ ١٠٦؛ شمّام: محمود، التسعير في التشريع الإسلامي وأثره على الاقتصاد العام، مكتبة الحياة الثقافية، تونس، ١٩٧٧م، ص ١٣٦ وما بعدها؛ وانظر أيضاً إلى فساد الأخلاق والمصلحة، ص ١٠٥، ١٩٦.

٤ ـ وكذلك تضمين الصنّاع في الحقيقة كان الأصل فيه الأمانة لأن النبي ﷺ قال: «لا ضمان على راع ولا مؤتمن»[١]. وقال أيضاً: «من استودع وديعة فلا ضمان عليه»[٢]. لكن بعد شيوع التّلف والهلاك في الأمانات بسبب فساد المجتمع جاء التضمين سدّاً للذريعة[٣].

٥ ـ لمّا رأى عمر تهافت الرجال على طلاق أزواجهم ثلاثاً بإنشاء واحد فألزمهم عقوبة أو تأديباً على الطلاق، حتى يكون سدّاً لهذا الفساد والتهاون[٤].

---

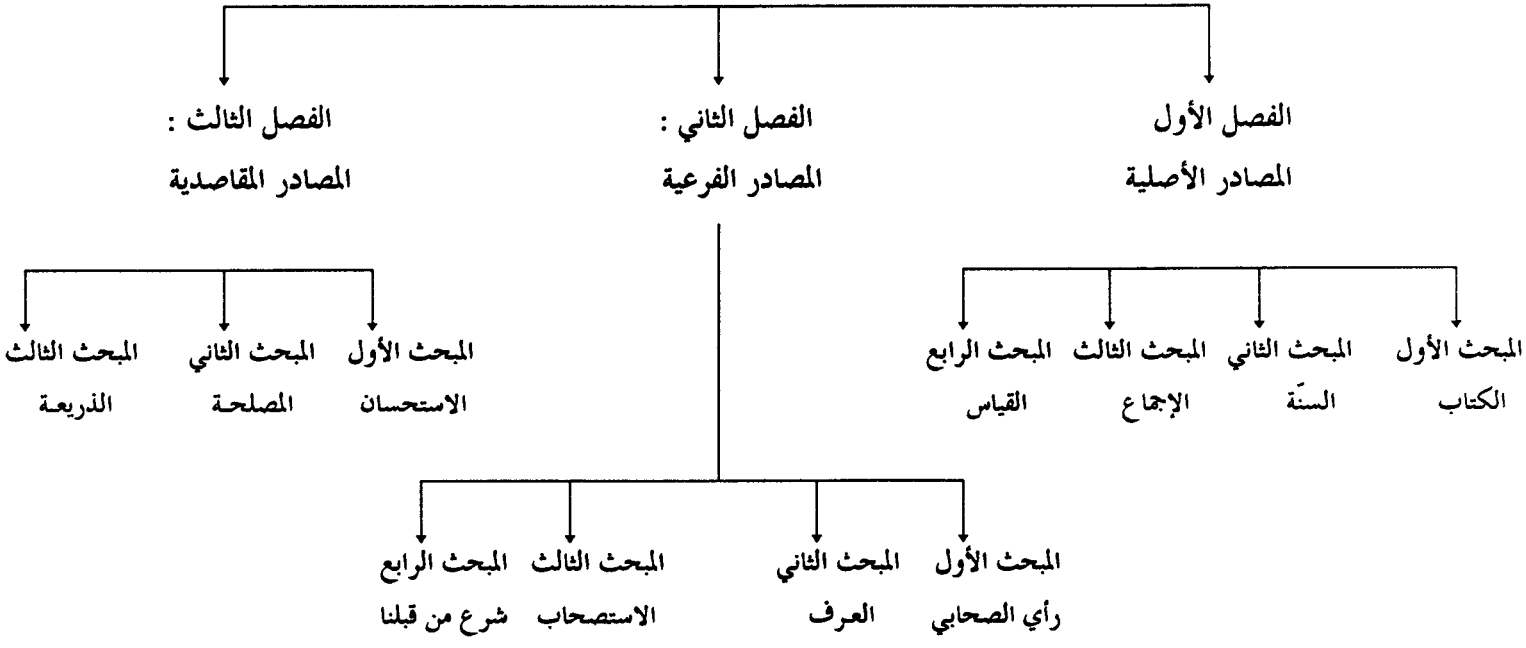
(١) لم أعثر عليه في كتب الأحاديث، لكن انظر: الجصّاص، أحكام القرآن، ص ٢/ ٢٥٢.

(٢) ابن ماجه، ك. الصّدقات، ب. الوديعة، ص ٢/ ٨٠٢؛ الجصّاص، أحكام القرآن، ص ٢/ ٢٥٢.

(٣) السّلمي، قاعدة سدّ الذّرائع، ص ٥٧؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٣٥٦، ٣٦٤ ـ ٣٦٥؛ العربي، المدخل، ص ١٥٧؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٣٨٦؛ مدكور، مدخل، ص ١٠٤؛ النمر: عبد المنعم، السنّة والتشريع، دار الكتاب اللبناني، مصر ـ لبنان، ص ٥٢ وما بعدها. وانظر أيضاً إلى «فساد الأخلاق»، ص ١٠٥.

(٤) شرف الدين، النصّ والاجتهاد، ص ٢٠٨ ـ ٢١٢؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ١٧٧ ـ ١٧٩؛ القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٦٠؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩؛ البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص ٩٩ وما بعدها؛ أبو زهرة، ابن تيمية، ص ٤١٩؛ عزّ الدين: موسى، الإسلام وقضايا الساعة، دار الأندلس، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨١م، ط. ٣، ص ٤١٩ وما بعدها؛ وانظر أيضاً إلى فساد الأخلاق والمصلحة، ص ١٠٧، ٢٠٢.

الباب الثاني : تأصيل التغيّر في الشريعة الإسلامية



رسم الباب الثاني