الفصل الثاني

مصادر ملحقة وتابعة

*** تقـــدمة :**

قلنا ان مصدر الشرعية الأصيل هو الوحى ، وما عداه ملحق به أو تابع له •

وهكذا كان قول الصحابى وشرع من قبلنا ملحقين بالوحى •

وكان الاجماع والقياس والمصلحة والاستحسان تابعة للوحى •

وكان العرف والاستصحاب مجرد قواعد فقهية •

وهو ما سيبين بعد ببعض من التفصيل •

ولئن كان لهذه المصادر وضع الالحاق أو التبعية فانها لا تفقـد أهميتها : أنها بعد الوحى •• أدلة تقود الى ما شرع على الوحى ابتناء ، بعد ما شرع الوحى ابتداء • ومن هنا نجد الأصل ونجد الفروع •• شجرة طيبة تؤتى أكلها كل حين باذن ربها لتسد حاجة مجتمع الاسلام ، الذى يعبد الله باقامة شريعته ورفع مشروعيته •• !

ونتحدث بمشيئة الله فى مبحث عن المصادر الملحقة ، وفى مبحث ثان عن المصادر التابعة ، وفى مبحث ثالث عن القواعد الفقهية •

* * *

المبحث الأول

مصـــادر ملحقة

ونعنى بها :
أولا: : مذهب الصحابى •
ثانيا : شرع من قبلنا •
ولسوف يبين بمشيئة الله من العرض أن هذين المصدرين ملحقان بالوحى ويبين من ذلك أن الوحى هو المصدر الأصيل •
ونشير اليهما ببعض من التفصيل يتناسب مع مقام البحث •

أولا : مذهب الصحابى

*** تقـــدمة :**

كان الوحى ــ على ما أشرنا ــ هو المرجع الأول لأغلب الأحكام على عهد رســول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان دائما هو المرجع الأخير ، باعتبار أن ما كان من اجتهاد ــ وان كان لــاما ــ فقد كان مرجعه الى الوحى يقره أو يرده[1] •

---

(١) فى حديث معاذ بن جبل حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال له : « بم تقضى ؟ فقال : بكتاب الله ، فقال له : فان لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فان لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى ولا آلو ، فضرب على صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لمــا يرضى رسول الله » وهذا الحديث اذ يعطى شرعية اجتهاد الصحابة يعطى كذلك انهم اجتهدوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن الوحى ــ قرآنا او سنة ــ كان المرجع الأخير ، باعتبار أنه لا يسكت على خطأ وهو ينزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم (الحديث قال فيه الترمذى : ان اسناده ليس بمتصل ، وعده الجوزجانى فى الموضوعات وأنكر ابن حزم حجيته ، لكن قال بصحته ابن كثير وابن القيم ومحمد صديق خان) راجع السنة للسباعى ص ٤٢٦ ، وتاريخ المذاهب لأبى زهرة جـ ٢ ص ٣٩٩ ، ونيل المرام فى تفسير الأحكام لمحمد صديق خان) •

ومن بعد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .. تجددت الحاجات وتشعبت ، فكان لابد والنصوص محدودة والحاجات غير محـــدودة من الاجتهاد .

واجتهد الصحابة .
والتقوا على رأى واحد .. فكان اجماع الصحابة .
أو اختلفوا الى أكثر من رأى .

وكان للتابعين مع الصحابة أدب جميل .. يسلمون بما أجمعوا عليه ، ويختارون من بين ما اختلفوا فيه ، ولكن لا يخرجون عليه كله .

وكان هذا كذلك نهج الأئمة الأربعة .. رضوان الله على الجميع .

وبعد الكلام عن حجية مذهب الصحابى ، ثم عن مكانته .. سوف نرى بمشيئة الله لم ألحقناه بالوحى ، ولم نؤخره كما فعل آخرون .

* حجية مذهب الصحابى :

أخذ التابعون بقول الصحابى على ما أشرنا ، وتبعهم الأئمة الأربعة ، ولم نر مخالفا الا قلة قليلة ، وحجة الآخذين :

١ ــ اشارة القرآن الى فضل الصحابة ، واعلانه الرضا عمن تبعهم .. والأخذ بأقوالهم وسنتهم هو الاتباع لهم « **والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم باحسان رضى الله عنهم ورضوا عنه وأعد لهم جنات تجرى تحتها الأنهار خالدين فيهـا أبدا ، ذلك الفوز العظيم** »[٢] .

٢ ــ **وردت أحاديث تجعل سنة الخلفـاء مع سنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم ، وتقرن بين الرسول عليه الصلاة والسلام وبين الصحابة .**

« ... فعليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ »[٣] ، « تفترق أمتى على ثلاث وسبعين

---

(٢) التوبة : ١٠٠

(٣) جزء من حديث رواه أبو داوود والترمذى ، وبرواية قريبة من ذلك فى مسند أحمد وابن ماجه وسيرد عليه اعتراض نرد عليه فى حينه ان شاء الله .

فرقة كلها فى النار الا واحدة ــ قالوا : ومن هم يا رسول الله ؟ ــ قال : ما أنا عليه وأصحابى »[٤] .

٣ ــ من أقوال الصحابة ما هى أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا عن نسبتها اليه ورعا وتحوطا[٥] .

٤ ــ ما كان عن اجتهاد من الصحابى .. فهو أولى بالاتباع ، لأن قدرته على الاجتهاد أقوى من قدرة غيره ، ومن ثم فان وصوله الى استنباط حكم الله لما يعرض أقرب من وصول غيره[٦] .

---

(٤) للحديث روايات متقاربة من طرق كثيرة ، وممن رواه أبو داوود والترمذى وابن ماجه وقال الترمذى : حديث حسن صحيح ــ راجع الموافقات ج ٤ ص ٧٦

(٥) راجع الرسالة للامام الشافعى ، طبع الحلبى ص ٤٧٠ ، اعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٢٤٨

(٦) ونترك الكلمة لامام جليل حلل مذهب الصحابى ، ودلل على حجيته أروع تحليل وتدليل !

يقول الامام ابن القيم : « ان الصحابى اذا قال قولا ، أو حكم بحكم ، أو أفتى بفتيا ، فله مدارك ينفرد بها عنا ، ومدارك نشاركه فيها .

فأما ما يختص به فيجوز أن يكون سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم شفاها أو من صحابى آخر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأما ما انفردوا به من العلم عنا فأكثر من أن يحاط به ، فلم يرو كل منهم كل ما سمع وأين ما سمعه الصديق والفاروق وغيرهما من كبار الصحابة الى ما رووه ؟ فلم يرو عن صديق الأمة الا مائة حديث ، ولم يغب عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء شاهده ، بل صحبه من حيث بعث ، بل قبل البعث الى أن توفى ، وكان أعلم الأمة به صلى الله عليه وسلم ، وبقوله وفعله ، وهديه وسيرته ، وكذلك أجلة الصحابة ، روايتهم قليلة جدا ، بالنسبة الى ما سمعوه من نبيهم وشاهدوه ولو رووا كل ما سمعوه وشاهدوه لزادوا على رواية أبى هريرة أضعافا مضاعفة ، فانما صحبه نحو أربع سنين وقد روى عنه الكثير ، فقول القائل لو كان عند الصحابى فى هذه الواقعة شىء لذكره قول من لم يعرف سيرة القوم وأحوالهم ، فانهم كانوا يهابون الرواية ويعظمونها ويقللون منها خوف الزيادة والنقص ، ويحدثون بالشىء الذى سمعوه من النبى صلى الله عليه وسلم مرارا ولا يصرحون بالسماع ، ولا يقولون قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

* رد المعترضين :

اعترضت قلة قليلة(٧) على حجية مذهب الصحابى ، وان اعتدوا فى الوقت نفسه باجماع الصحابة ، ونجمل حججهم والرد عليهم :

=

فتلك الفتوى التى يفتى بها الصحابى لا تخرج عن ستة وجوه :
أحدها : أن يكون سمعها من النبى صلى الله عليه وسلم .
الثانى : أن يكون سمعها ممن سمعها .
الثالث : أن يكون فهمها من آية من كتاب الله فهما خفى علينا .
الرابع : أن يكون قد اتفق عليه ملؤهم ولم ينقل الينا الا قول المفتى وحـــده .

الخامس : أن يكون رأيه لكمال علمه باللغة ودلالة اللفظ الذى انفرد به عنا ، أو قرائن حالية اقترنت بالخطاب ، أو لمجموع أمور فهمها على طول الزمان من رؤية النبى صلى الله عليه وسلم ، ومشـــاهدة أفعاله وأحواله ، وسيرته وسماع كلامه ، والعلم بمقاصده ، وشـــهود تنزيل الوحى ، ومشاهدة تأويله بالفعل فيكون فهم ما لا نفهمه نحن .
وعلى هذه التقادير الخمسة تكون فتواه حجة علينا .

السادس : أن يكون فهم ما لم يروه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، واخطأ فى فهمه .
وعلى هذا التقدير لا يكون قوله حجة .

ومعلوم قطعا أن وقوع احتمال من خمسة أغلب على الظن من وقوع احتمال واحد معين ، هذا ما لا يشك فيه عاقل ، وذلك يفيد ظنا غالبا قويا على الصواب فى قوله ... وليس المطلوب الا الظن الغالب ، والعمل به متعين ، ويكفى العارف هذا الوجه (راجع اعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٢٤٨) .

(٧) هم — فيما نعلم — الشيعة والخوارج والظاهرية ، والشيعة معلوم تهجمهم على الصحابة الا عليا رضى الله عنه ، بما لا يرضاه على نفسه — والخوارج معروف خروجهم على جماعة المسلمين وتكفيرهم لهم ، والظاهرية معروف مغالاتهم فى ظاهر النص دون معقوله وروحه — ومن بعد هؤلاء الآمدى والغزالى والشوكانى — وقد أورد الدكتور عبد الحميد متولى سردا لحججهم فى كتابه : مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ص ١٤٤ وما بعدها ، وقد أجملنا الحجج وأجملنا الرد ، راجع أصول الفقه لأبى زهرة ص ٢٠٧ ، ٢٠٨

١ ــ قالوا : الصحابة غير معصومين ، ومن لا عصمة له لا حجة لرأيه ، ونقول بعون الله : ان المقدمة صحيحة ، لكن النتيجة موضع نظر ، فالصحابة غير معصومين ــ هذا حق ــ لكن من ناحية أخرى لا يصح أن يهدر رأيهم ، لأنه اما أن يكون سنة عن رسول الله عليه الصلاة والسلام ، أو أن يكون اجتهادا عن دليل •• واجتهادهم أقرب الى كشف حكم الله من اجتهاد غيرهم « خير القرون قرنى والقرن الذى بعثت فيه »[٨] •

٢ ــ قالوا : الصحابة سمحوا بمخالفتهم فى الرأى ــ ونقول : ان ذلك كان لصحابة مثلهم •• وهو ما نراه •• أن حجية رأى الصحابى هى بالنسبة لغير الصحابى •

٣ ــ قالوا : رأى الصحابى ليس حتما أكثر امتيازا من غيره ــ ونقول : ان غلبة الظن تكفى •

٤ ــ فى حديث : « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين ••• » ــ طعنوا من ناحية سنده ، ومن ناحية متنه •

ونحن نطمئن الى سند الحديث بما اطمأن اليه الذين رووه ، واعتراضهم على متن الحديث استنادا الى وجود عبارة الراشدين التى لم تستعمل الا بعد وفاة النبى عليه الصلاة والسلام ــ اعتراض محل نظر •• فمن يدرى لعل الذين أطلقوا هذا اللفظ بعد وفاة الرسول أخذوه من هذا الحديث •• وعدم شهرة الحديث ليس دليلا على عدم صحته ، فغلبة الظن تكفى ، أما قولهم ان اتباع سنة الخلفاء الراشدين تكون بقبول امارتهم وانتهاج نهجهم فى العدل والانصاف ــ ذاك تخصيص للفظ عام بغير مخصص ، خاصة أن لفظ السنة واحد بالنسبة للنبى عليه الصلاة والسلام وبالنسبة للراشدين ولم يخصصه أحد بالنسبة للنبى فلم يخصص بالنسبة للراشدين ؟!

٥ ــ وأخيرا قالوا : كيف الالتزام برأى الصحابة ان اختلفوا ؟

ونقول : كما التزم التابعون والأئمة الأربعة يختارون من بينهم ، ولا يخرجون عليهم جميعا •

---

(٨) علم أصول الفقه ، للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، ص ١٠٧ ، أصول الفقه ، للبرديسى ، ص ٣٤٩

❋ تمحيص فيما ورد عن مذهب الصحابى :

ما كتب عن مذهب الصحابى كثير منه بعيد عن التمحيص •• ولقد وفقنا الله الى تمحيص هذا الأمر على النحو التالى :

١ ــ أمور سلم فيها الفقهاء بالأخذ عن الصحابة :

(ا) ما اتفقوا عليه ــ والكل يأخذ به حتى الذين رفضوا ما كان موضع اختلاف سلموا بالأخذ بما كان موضع اتفاق والأمثلة على اجماع الصحابة ترد بمشيئة الله عند الحديث عن الاجماع •

(ب) ما لم يعرف له مخالف[٩] ــ لأنه اذا انتفى المخالف فقد انتفى احتمال الخطأ •

ونعتقد أن ذلك يمكن الحاقه بالنوع الأول باعتباره اجماعا سكوتيا ، وله فى رأينا ــ كما سيجىء بمشيئة الله ــ نفس حجية الاجماع الصريح ــ وقد ضربوا لهذا النوع مثلا بتوريث الجدات ، فقد قضى به أبو بكر ولم يوجد له مخالف فانعقد الاجماع على توريثهم •

(جـ) مالا يدرك بالقياس :

أى لا تدرك علته وحكمته ، وقد فضلنا هذا التعبير على تعبير « مالا يعقل » منعا للبس •

ويضربون لذلك مثلا قول عائشة رضى الله عنها : « لا يمكث الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل »[١٠] وسبب التسليم بهذا اللون من أقوال الصحابة أنه يحمل على السماع ، لأنه لا وجه له الا السماع أو الكذب ، والثانى منتف فى حق الصحابى[١١] •

(د) قول الصحابى ليس حجة على صحابى مثله •

لأنهما فى نفس الدرجة ، والزام صحابى برأى صحابى آخر ينطوى على شىء من التحكم •

---

(٩) علم أصول الفقه ، للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه للبرديسى ، ص ١٠٧ و ص ٣٤٩

(١٠) ومثل فتوى ابن سعد بأن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام « الدكتور حسين حامد » المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، طبعة ١٩٧٢ ص ٢١٨

(١١) هذا قول الكرخى ، ومعه فيه الامام مالك ، ولا نعرف مخالفهما فى هذا الرأى مما دفعنا الى وضعه فى قسم ما اتفقوا عليه (راجع أستاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٠٧) •

(هـ) يذكر البعض ما كان من رأى للصحابى مستندا الى قرآن أو سنة ولا نرى ذلك قسما مستقلا ، اذ رأى الصحابى اما سماع عن رسول الله ، أو اجتهاد لابد له من دليل من قرآن أو سنة .

٢ ــ ما اختلف فيه الفقهاء :

هو قول الصحابى بالنسبة لغير الصحابى .. فى غير الأحوال السابقة .

والأئمة الأربعة على ما قدمنا يأخذون برأى الصحابى فى هذه الحالة[١٢] ، ومن بعدهم جمهور الفقهاء ، وما قدمناه من حجج فى حجية رأى الصحابى ترد فى هذا المجال .

---

(١٢) يأخذون برأى أى منهم ، ولا يخرجون عليهم جميعا ، وكأنهم راوا أن اختلافهم على رأيين اجماع على أنه لا ثالث .

والامام مالك كان شديد التمسك بأقوال الصحابة ، وكان يردد قول عمر بن عبد العزيز : « سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سننا الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعته ، وقوة على دينه ، وليس لأحد تغييرها ولا تبديلها ، ولا النظر فى رأى من خالفها ، فمن اهتدى بها سنوا فقد اهتدى ومن استنصر بها فهو منصور ، ومن خالفها واتبع سبيل غير المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » .

والامام أحمد ، كان يرى ان ساعة مع الرسول صلى الله عليه وسلم خير من الجهاد قرونا .

والامام ابو حنيفة روى عنه روايات ثلاثة :

(ا) انه يقلد القضاة والمفتين من الصحابة دون غيرهم .

(ب) انه يقلدهم جميعا عدا ثلاثة : انس بن مالك ، وأبو هريرة ، وسمرة بن جندب ــ الأول لاختلاط عقله فى نهاية حياته ، والثانى لأنه كان ناقلا أكثر منه فقيها ، والثالث لما روى عنه من تجويزه وتوسعه فى الأشربة عدا الخمر .

(جـ) انه كان يقلد الصحابى ولا يستجيز خلافه ــ وقد نقل عن ابى حنيفة : اذا لم أجد فى سنة رسول الله أخذت بقول من شئت ولا أخرج عن قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم والشعبى ، والحسن وابن سيرين فلى أن أجتهد كما اجتهدوا .

والامام الشافعى ، عبارات الرسالة والأم تفيد عكس ما نسب اليه ، وقد كان يختار من بين آرائهم أقربها الى الكتاب والسنة ، والا فالرأى الذى فيه الامام (راجع علم أصول الفقه للمرحوم خلاف ، وأصول الفقه للبرديسى ، وأبى زهرة ، وتاريخ المذاهب الفقهية له ، والأم للشافعى جـ ٧ ص ٢٤٧ ، والاحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٣ ص ١٣٥) .

* منزلة مذهب الصحابى :

أهمل البعض الحديث عنه[١٣] ، وأخره البعض الى المنزلة العاشرة بعد كل أدلة الأحكام[١٤] ، وعلى العكس قدمه البعض على الحديث ونسب ذلك الى مالك رضى الله عنه ، وجعله البعض بعد الاجماع[١٥] .

وقد اخترنا أن نجعله بعد الوحى :

١ — لأنه قد يكون منه ما هو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يصرح الصحابى بنسبتها .

٢ — ما كان منه موضع اتفاق فانه يرد كذلك بعد الوحى ويتقدم كل الأدلة الأخرى باعتباره اجماعا .

٣ — ما كان غير ذلك يرد بعد الاجماع باعتبار تقدم اجتهاد الصحابة على اجتهاد غيرهم .

* وسنة الصحابة يمكن أن تكون مصدرا للأحكام الدستورية :

ولقد كان نظام الخلافة وليد اجتهاد الصحابة .

فضرورة البيعة — وهى مظهر رضا المسلمين — كانت عليها سنة الصحابة ، فلم يل أحدهم دون بيعة ، ولم يكن الاستخلاف بالنسبة لمن استخلفوا الا ترشيحا .

واستمرار الخلافة مدى حياة الخليفة .. كان سنة للصحابة ، تحقق بها ميزات عجز عنها كل من النظام الجمهورى والنظام الملكى على السواء ، فقد وفرت الثبات الذى ينقص الأنظمة الجمهورية ، ونفت التوارث الذى يعيب الأنظمة الملكية .

وهكذا يبين أن سنة الخلفاء كانت مصـــدرا لكثير من الأحكام الدستورية على غير ما يذهب اليه بعض « المجتهدين » « المحدثين »[١٦] .

* * *

---

(١٣) الدكتور حسين حامد فى أصول الفقه أغفل رأى الصحابى وفى المدخل جعله فى المرتبة السادسة .

(١٤) المرحوم عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ١٠٦

(١٥) أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، فى أصول الفقه ، ص ٢٠٣

(١٦) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى ، مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ، ص ٢٦٣

ثانيا : شرع من قبلنا

* تمحيص :

ليس المقصود بشرع من قبلنا .. ما أقره شرعنا ، فليس فى هذا خـــلاف[١٧] .

وليس المقصود بشرع من قبلنا .. ما ألغاه شرعنا ، فليس فى هذا خلاف كذلك[١٨] .

انما المقصود بشرع من قبلنا .. ما لم يقره ولم يلغه شرعنا ، أيكون شرعا لنا ؟

ونتحفظ فنقول انه لا حجة لمـا ورد عن هذا الشرع فى مصادر غير اسلامية لأنها تناولها التحريف والتبديل[١٩] .

* حجية هذا المصدر :

قال الجمهور بحجيته اســتنادا الى وحــدة الشرائع السماوية **« شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه »**[٢٠] ، ثم استنادا الى الأمر بالاقتداء بالأنبياء السابقين **« أولئك الذين هدى الله ، فبهداهم اقتده »**[٢١] ، **« ثم أوحينا اليك أن اتبع ملة ابراهيم حنيفا ، وما كان من المشركين »**[٢٢] .

وقال البعض بعــدم حجيته اســتنادا الى خصوصية الشرائع السابقة ، والى هيمنة الشريعة الاسلامية الخاتمة[٢٣] .

---

(١٧) مثل تشريع الصيام **« يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم »** (البقرة : ١٨٣) .

(١٨) أستاذنا المرحوم أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ٢٩٣

(١٩) المرجع السابق .

(٢٠) الشورى : ١٣

(٢١) الأنعام : ٩٠

(٢٢) النحل : ١٢٣ ــ راجع أصول الفقه للبرديسى ، ص ٣٤٥

(٢٣) المصادر السابقة والمستصفى للغزالى جـ ١ ص ١٣٣ ، الاحكام فى أصول الأحكام جـ ٣ ص ١٣٠ ــ ١٣٢ ، ونظام الحكم للدكتور متولى ، ص ١٤١ ، ١٤٢

ونقول تأييدا لقول الجمهور :

ان ما ورد خاصا بالشرائع السابقة وورد فى شرعنا •• وأشار شرعنا الى خصوصيته مثل قوله تعالى : « **فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم** »[٢٤] •

فهذا التحريم لا يعد قائما فى شرعنا •

أما ما ورد فى شرعنا ــ دون اشارة الى خصوصيته ولا الى الغائه مثل قوله تعالى : « **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص** »[٢٥] ، فانه يعد شرعا لنا ، لأن سكوت شرعنا •• اقرار له ، كما يكون سكوت الرسول عليه الصلاة والسلام اقرارا ، وسنة متبعة ــ اذ لا يتصور أن يسكت القرآن ، كما لا يتصور أن يسكت الرسول على غير حق ، ولأن السكوت ــ كما قال الأقدمون ــ فى موضع البيان بيان ، ومن ثم كانت الحجية الأولى مستمدة من اقرار شرعنا له •

*** مكانة هذا المصدر :**

لعله صار من الواضح أن هذا ليس بمصدر مستقل ، ولا شبيه بذلك ، بعدما صار واضحا بأن حجيته مستمدة من وروده فى شرعنا ومن ثم اقرار شرعنا له ، وعلى ذلك فان المصدر الحقيقى يكون هو شرعنا كما كانت سنة الرسول هى المصدر الشرعى فى اقراره لما يراه أو يسمعه ولم يكن ما يحدث هو المصدر الشرعى •

* * *

تلك كانت المصادر الملحقة : رأى الصحابى ، شرع من قبلنا ــ تبين أن استقلالها عن الوحى أمر عسير ، وأن الحاقها بالوحى هو الأمر اليسير •

وننتقل بعد ذلك باذن الله الى المصادر التابعة •

* * *

---

(٢٤) النساء : ١٦٠ (٢٥) المائدة : ٤٥

المبحث الثـانى

مصـــادر تابعة

الفصل الأول •• كان فى المصدر الأصيل •• الوحى ، والمبحث الأول من هذا الفصل كان فى المصادر الملحقة بالوحى ، وهذا المبحث حول المصادر التـابعة •• وهى كلها مردودة للوحى لابتنائها عليه ، باستمداد الدليل منه أو بدلالة الوحى عليها •• كمصدر أو دليل شرعى .

وسوف نبين ذلك بمشيئة الله من التفصيل عند حديثنا عن :

أولا : الاجمـاع ••
ثانيا : القيـاس ••
ثالثا : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة ••
رابعا : الاستحسان ••

* * *

أولا : الاجمـاع

*** تعريف وتقديم :**

للاجماع تعريفات كثيرة[1] نختار منها أنه : اتفاق المجتهدين ، من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور على حكم شرعى عملى ، ويبين من هذا التعريف أركان الاجماع وشروطه :

---

(١) عرفه الآمدى بأنه اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من الأعصار على واقعة من الوقائع (الاحكام ج ١ ص ٢٧١ ــ ٢٨٢) وقد أخذ أستاذنا الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، على ذلك التعريف أنه ذكر أهل الحل والعقـد بدلا من المجتهدين رغم أنه ليس كل أهل الحل والعقـد مجتهدين ــ ونضيف الى ذلك أنه ذكر أن الاجماع يكون على واقعة من الوقائع دون تحديد لنوع الوقائع يعد تعريفا غير مانع ، اذ يدخل بحكم ذلك كثير من الوقائع التى لا تعد « حكما شرعيا عمليا » كما أشرنا فى المتن .
=

(ا) فهو اتفاق المجتهدين ــ فلا بد من وجود مجتهدين تتحقق فيهم أهلية الاجتهاد بشروطها المعروفة ولابد أن يتفقوا ، فلا يوجد مخالف •• لأن الاجماع يستمد قوته من هذا الاتفاق •

(ب) من أمة محمد صلى الله عليه وسلم •• فبلوغ غير مسلم مستوى العلم والاجتهاد لا يجعله أهلا للمشاركة فى الاجماع لأن من المقررات الاسلامية أنه لا يحكم المسلم بغير المسلم أو لا ولاية لغير المسلم على المسلم •

(جـ) فى عصر من العصور •• فاذا انقرض العصر دون أن يتم اتفاق لم ينعقد اجماع ، كذلك لا يلزم موافقة مجتهدى العصر التالى أو العصور التالية اذا تم اتفاق مجتهدى عصر •

(د) على أمر شرعى عملى ــ والاشارة الى شرعى ، اخراج لما ليس من الأمور الشرعية كأمور العادات أو العقل (كالاتفاق على أن زوايا المثلث تساوى قائمتين •• الخ) كذلك فالاشارة الى « الشرعية » اشارة الى استناد الاتفاق الى دليل شرعى من كتاب أو سنة لأنه لا يصح القول فى الدين بغير دليل •

والاشارة الى عملى ، استبعاد لمسائل العقيدة عن أن تكون موضع اجتهاد ثم اجماع لأنها ثابتة على وجه اليقين بأدلة قطعية •

ولسنا بقادرين فى هذا المقام أن نعرض لكل قضايا الاجماع •• ولسوف نقتصر بمشيئة الله على نقاط ثلاث نحسبها لازمة فى هذا المقام :

١ ــ هل انعقد الاجماع من قبل ، وهل يمكن أن ينعقد ؟

٢ ــ ما هو الاجماع الذى يأخذ حجيته بعد الكتاب والسنة ؟

٣ ــ ما هو مجال الاجماع ــ وهل يكون فى مجال الأحكام الدستورية اجماع ؟

=

وفى الحديث عرفه المرحوم محمود شلتوت (الاسلام عقيدة وشريعة ، ص ٥٥٧) بأنه اتفاق أهل النظر فى المصالح ، وهم رجال الشورى الذين تعرض عليهم الحوادث ويتناولونها بالبحث وتتفق آراؤهم فيها ــ وهو تعريف يفتقر الى الضبط العلمى فضلا عن أنه ليس بجامع لأركان الاجماع وشروطه ولا مانع من دخول غير موضوعات الاجماع فيه ــ وقد اخترنا فى المتن ما حسبناه جامعا مانعا .

(راجع كذلك أصول الفقه الاسلامى ــ الأستاذ الدكتور زكريا البرى ، ص ٥٩) .

أولا ــ هل انعقد الاجماع ، وهل يمكن أن ينعقد ؟

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان الوحى بشقيه ــ قرآنا وسنة ــ هو المصدر الوحيد للشرع الاسلامى ، ولم يكن الاجتهاد الا لماما والوحى من ورائه يقره أو يرده ، وبذلك كان الوحى هو المرجع الأول غالبا والمرجع الأخير دائما .

وعلى عهد الصحابة ، جدت أمور لم تكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان بحث فى النصوص واختلاف فى وجهات النظر ، تلاه اجتماع على الرأى أو اختلاف فيه ، وكان ذلك منشأ الاجماع وبداية انعقاده .

فعلى عهد الصديق أبى بكر رضى الله عنه ، انعقد الاجماع على قتال مانعى الزكاة حتى من كان منهم يشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله يقينا منهم أن التفريط فى بعض الدين تفريط فيه كله .. وأن هدم بعضه هدم له كله .. بيد أن ذلك الاجماع قد سبقه اختلاف فى وجهات النظر ، فلقد كان عمر يعارض فى البداية استنادا الى أن قتال من قال لا اله الا الله محمد رسول الله .. حرام .. أخذا من الحديث الشريف : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله محمد رسول الله ، فمن قال لا اله الا الله عصم منى ماله ونفسه الا بحقه وحسابه على الله » .. لكن أبا بكر رضى الله عنه لفت نظر عمر الى الاستثناء الوارد فى الحديث « الا بحقه » والزكاة من حقه .. وقال قولته المشهورة : « والله لو منعونى عقال بعير كانوا يؤدونه لرسول الله لقاتلتهم عليه » .. فاقتنع عمر رضى الله عنه برأى أبى بكر ووافق الصحابة كلهم على قتال مانعى الزكاة ، وانعقد الاجماع على ذلك بغير مخالف[٢] .

وليس صحيحا أن أبا بكر أمضى رأيه وحده .. معرضا عن الشورى[٣] بدليل أن نهاية الحديث جاء فيه : « فقال عمر : فوالله ما هو الا أن رأيت الله قد شرح صدر أبى بكر للقتال فعرفت أنه الحق » .

---

(٢) روى هذه القصة الامام البخارى فى صحيحه جـ ٩ ص ١١٥ ، طبعة محمد على صبيح وأولاده ، وراجع عرضا قيما فى مصنف صحيح البخارى الطبعة الخامسة ١٣٧٠ هـ ، ١٩٥١ م ، جـ ٢ ، ص ١٣ وما بعدها .

(٣) قال بذلك قديما الامام البخارى ، وسار وراءه حديثا كثيرون ــ =

وانعقد الاجماع كذلك على عهد أبى بكر على جمع القرآن .. فقد رأى ذلك عمر ، وعارضه أبو بكر بادى الرأى ، ثم شرح الله صدره ، ثم عارضهما زيد بن ثابت ثم شرح الله صدره كذلك(٤) .

وعلى عهد الفاروق عمر ثارت مسألة توزيع الأرض التى فتحها المسلمون على الفاتحين ، فقد رأى ذلك كثيرون وعارضهم عمر ، وظل الأمر موضع البحث والمناقشة أياما ثلاثة حتى حاجهم عمر بقول الله : **« ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم »(٥)** .

ولقد قال البعض فى عمر ما قالوه فى أبى بكر .. من أنه أمضى رأيه وحده دون مشورة .. ولو قد فعل فى هذه الحالة المعروضة لما كان عليه من جناح .. فلقد ظهر له النص ، ولا اجتهاد مع النص ، لكن الحديث الصحيح الذى يروى القصة يشير الى أنه ظل أياما ثلاثة لا يمضى رأيه ويناقش ويبحث ولو أراد لما انتظر هذه الثلاثة .. ! ولما عرض عمر رأيه مدعما بالنص نزل الصحابة عليه وانعقد منهم الاجماع(٦) !

=

ونحن لا نوافق الامام الكبير ولا الذين تبعوه لأن الحديث صريح فى اقتناع عمر رضى الله عنه ومن ثم اقتناع بقية الصحابة ، ولو أراد أبو بكر أن يمضى الرأى وحده لما لجأ الى سماع آرائهم ولما قال عمر : فعرفت أنه الحق .. انما كان موقف أبو بكر موقف المتشبث برأيه لاحساسه أنه الحق ، ولا تثريب عليه فى ذلك ، ولا تعارض بين هذا وبين الشورى .

(٤) راجع صحيح البخارى ، المرجع السابق ج ٩ ص ٩٢

(٥) الحشر : ٧

(٦) راجع الامام أبو زهرة فى أصول الفقه ، طبعة ١٣٧٧ هـ ، ١٩٥٧ م ، ص ١٩٢ ، وأستاذنا البرديسى ، طبعة ١٣٨١ هـ ، ١٩٦١ م ، ص ٢٥٣ وما بعدها ، وقد ذكروا للاجماع أمثلة أخرى مثل الاجماع على تحريم شحم الخنزير قياسا على لحمه ، وتحريم زواج المسلمات بغير المسلمين ، وتوريث الجدات السدس وغير ذلك . وفى التقديم لم يقل بعدم امكان انعقاد الاجماع الا النظام وبعض الشيعة (المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ٥٢ ، والدكتور زكريا البرى ، أصول الفقه الاسلامى ، ص ٧٠) ، وفى الحديث قالها الكثيرون .. بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير !

هذه نماذج من اجماع قد انعقد على عهد الصحابة .. وقد ذكر غيرها[٧] ومنها يبين أن الاجماع قد انعقد فعلا على عهد الصحابة ، وهو ما يسلم به الأئمة الأربعة وكثير من الفقهاء ، الا أن الخلاف حول انعقاده بعد عهد الصحابة ، وعن امكان انعقاده الآن[٨] .

وليس يهمنا الجدل حول انعقاد الاجماع بعد عصر الصحابة ، فانه يكفى عهد الصحابة دليلا على امكان انعقاده .. لأنهم كانوا بشرا يأكلون الطعام ويمشون فى الأسواق ، ولقد اختلفت وجهات نظرهم كما يمكن أن نختلف ، والتقت فى النهاية وجهات نظرهم كما يمكن أن نلتقى .

لكن الأمر ليس راجعا الى صعوبة اجتماع العلماء ولا الى صعوبة اجماعهم اذا اجتمعوا .

انما الأمر أن الأصل نفسه مفقود فكيف نبحث فى الفرع ؟

كيف نناقش أحكاما شرعية فرعية لنجتهد فيها ثم نجمع أو لا نجمع . وشرع الله ــ حتى اليوم ــ غير قائم كما أنزله الله وأراده الله ؟!

أولى بالعلماء أن يجتمعوا .. ليجمعوا على ضرورة اقامة شرع الله كله بغير تفرقة لتكون شريعة الله هى العليا لا شريعة معها ولا شريعة فوقها فتلك هى الشريعة التى يرضى عنها الله .

أولى بالعلماء أن يجتمعوا ليجمعوا على اسقاط الشرعية عن كل نظام يخالف عن ذلك .. قبل أن يخوضوا فى أمور شرعية فرعية تاركين ذلك الأصل الكبير .

وأمامهم فى تاريخ الاسلام سابقتان :

ما فعله عمــر رضى الله عنه حين لم يرض أحد المنافقين بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وراح يراجع عمر فيه ، فدخل عمر واستل سيفه وهوى به على رأسه وقال : هذا حكم عمر فيمن لا يرضى حكم الله ورسوله .

ثم ما كان من علماء المسلمين حين هاجم التتار دولة الاسلام ، وأرادوا أن يحكموها بخليط من شريعة الله وشرائع أخــرى فرفض علماء المسلمين وأجمعوا على الرفض ، وعلى كفر من يقبل ذلك .. فخضع التتار .. ودخلوا الاسلام بدلا من أن يخرجوا المسلمين منه !

---

(٧) المرجع السابق .

(٨) نفس المرجع .

أولى لهم ثم أولى !!

والحل الوحيد واليسير لامكان انعقاد الاجماع مرة أخرى .

هو اقامة شرع الله .. مع اقامة الأمة المسلمة والدولة المسلمة .. أى اقامة الشرعية الاسلامية .. ويومها يجتمع العلماء بغير عقبات ، ويجمعون كذلك بغير كثير جدال .. أما قبلها فلا يزالون مختلفين الا من رحم ربك .. ! ولا يزالون مقطعين فى الأرض أمما منهم الصالحون وأكثرهم دون ذلك .. ! ولا يزال الحديث عن الاجماع قبل ذلك .. خبطا وخلطا لا ينبنى عليه عمل !

ثانيا ــ ما هو الاجماع الذى يأخذ حجيته بعد الكتاب والسنة ؟

هو الذى توافرت له أركانه التى وردت فى التعريف .

وفى مقدمتها اتفاق كل المجتهدين ، فاتفاق البعض ولو كانوا أغلبية أو أكثرية ورفض الآخرين يجعل احتمال الصواب فى جانب واحتمال الخطأ فى جانب ، فيتردد الاحتمال بين الخطأ والصواب ، ويفقد الاجماع بذلك قوته وقطعيته[٩] .

---

(٩) قال البعض فى القديم باتفاق الغالبية الساحقة .. وهم بعض الزيدية ، وقال آخرون باتفاق الأكثرية (انرازى والطبرى وأبو حسن الخياط من المعتزلة وأحمد فى احدى الروايتين) ، وقال البعض حديثا باتفاق الأكثرية ترددا لأنظمة الديمقراطية الحديثة وجريا وراء أشكالها .

ونحن نرفض القول باتفاق الأكثرية فى مجال الأحكام الشرعية حيث نضع الاجماع بعد القرآن والسنة :

أولا : لأن الاجماع الذى له هذه الحجية القوية مستمدة من موافقة الكل حيث ينتفى احتمال الخطأ ، أما اذا وافق الأكثر ولم يوافق البعض فقد وجد احتمال الخطأ ، وان كانت نسبة الاحتمال تبعا لنسبة الرفض الا أنها تفقد الاجماع قطعيته التى تتوافر له متى توافرت به الكلية لا الأكثرية ولا الغالبية .

ثانيا : لأن ذلك خلط بين الأمور الشرعية الى ينبغى أن يتوافر لها اجماع الكل ، وبين امور العامة التى قد تكون موضع شورى ويكفى فيها الأغلبية أو الأكثرية ــ والأولى تكون للمجتهدين والثانية تكون لأهل الحل والعقد الذين قد لا يبلغون مرتبة الاجتهاد ، وان توافرت لهم الخبرة والتخصص فى مجالاتهم كأهل التخصص فى الصناعة والزراعة والتجارة .

=

والاجماع بهذه المثابة حجة .. بما يكاد يتفق عليه أهل السنة ، حتى لقد قيل ان حجية الاجماع موضع اجماع[١٠] ، ولقد أوردت كتب الأصول كثيرا من الأدلة من القرآن والسنة ، وساق أحد الأئمة الكبار ست آيات وتسع أحاديث[١١] وكل حجة الرافضين أن أدلة الاجماع ظنية فكيف يثبت بها أمر قطعى .

ونحن نقول — ردا عليهم — ان كل دليل على حدة — بغير شك — ظنى الدلالة أو ظنى الورود .. لكنها مجتمعة فى دلالتها تقوى بعضها بعضا .. ويقبلها تواتر المعنى الى أن تكون قطعية الدلالة .. فان للاجتماع من القوة ما ليس للافتراق[١٢] .

ولا بد للاجماع من دليل شرعى[١٣] .

لأن القول فى الدين بغير دليل لا يجوز[١٤] امتثالا لنهى الله

=

ثالثا : لأن ذلك نقل عن الاشكال الغربية والشرقية .. وللاسلام صبغته الشكلية والموضوعية .. لا شرقية ولا غربية .

ولقد تحدثوا عن أنواع أخرى من الاجماع ، كاجماع أهل المدينة ، واجماع فقهاء الحرمين والعصرين ، واجماع الراشدين ، واجماع الشيخين ، واجماع المعصومين ، واجماع أهل العترة ، وكلها تفتقد أركان الاجماع (راجع بحثا قيما للمرحوم الشيخ محمد الزفزاف ، محاضرات القاها بمعهد الدراسات الاسلامية ، ص ٢٢ ، وبحثا قيما للامام أبوزهرة ، بموسوعة الفقه الاسلامى — جمعية الدراسات الاسلامية) .

(١٠) الامام محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ١٩٣ وما بعدها ، ابن الحاجب ، ص ١٢٥ ، وهو يرى أن خروج الشيعة والخوارج والنظام على اجماع الفقهاء على حجية الاجماع هذا الخروج لا قيمة له .

(١١) الامام ابن تيمية فى كتابه القيم منهاج السنة ، ج ٤ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، وراجع كذلك الأسنوى فى نهاية السول فى شرح منهاج الأصول ، ص ٨٥٩

(١٢) الامام الشاطبى ، الموافقات ، ج ١ ص ٣٦

(١٣) يكاد يتفق الفقهاء على ذلك عدا من قالوا بامكان وقوعه بالالهام والتوفيق ، وهو قول لا يستحق كثيرا من الرد لأن الفرق بين الاجتهاد فى الدين وبين القول بالهوى هو الدليل (راجع بحثى أستاذينا أبى زهرة والزفزاف سالفى الذكر ، وأصول الفقه للأستاذ البرديسى ، ص ٢٢٢) .

(١٤) وفى هذا يقول الآمدى : « فان القول فى الدين من غير دلالة

=

« **ولا تقف ما ليس لك به علم** »[١٥] ، ولأن القول فى الدين بغير دليل افتراء للكذب على الله « **هؤلاء قومنا اتخذوا من دونه آلهة ، لولا يأتون عليهم بسلطان** — أى بدليل — **بين ، فمن أظلم ممن افترى على الله كذبا** »[١٦] .

وفائدة الاجماع .. أنه يرفع الدليل الظنى الى مستوى الدليل القطعى اذ يغدو اجماع العلماء قاضيا بقطعية المعنى الذى انتهوا اليه فى الدليل ، كما أنه فى حالة الدليل القطعى يغنى عن ذكر الدليل فيغدو الاجماع هو الدليل[١٧] .

وهذه الحجية للاجماع تتناول — فى رأينا — الاجماع بنوعيه .. الصريح أو الحقيقى ، والسكوتى ، أو الظنى كذلك .

ذلك أنه اذا كان الكل متفقا على حجية النوع الأول فان الجمهور يرفض القول بحجية الثانى أو يعطيه حجية أدنى[١٨] ، رغم أن القائلين بهذا النوع من الاجماع[١٩] وضعوا له من الشروط بحيث ينتفى معها أن يكون سكوت البعض مع قول الآخرين فيه مظنة العى أو الخوف أو الملق .. فاذا انتفى ذلك فلا يصح أن يفسر سكوت العلماء — وهم ورثة الأنبياء — بغير الموافقة ، تماما كما كان سكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة تقريرية ، ولأن القول بغير ذلك معناه كتمان الحق . الأمر الذى يعرض العالم للعنات الله ولعنات اللاعنين ، فان كان ذلك مقابل ثمن فانما يأكل فى بطنه نارا يصلاها يوم القيامة سعيرا « **ان الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون** »[٢٠] ، « **ان الذين يكتمون**

=

ولا أمارة خطأ » (الاحكام فى أصول الأحكام جـ ١ ص ٣٧٦) وراجع ابن الحاجب ص ١٣٧ ، وراجع الأسنوى فى نهاية السول فى شرح منهاج الأصول ، جـ ٣ ، ص ٩٢١

(١٥) الاسراء : ٣٦

(١٦) الكهف : ١٥ ، من بحث غير منشور للمستشار المرحوم حسن الهضيبى .

(١٧) الامام محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، المرجع السابق ١٩٥٩ ، وابن الحاجب ، ص ١٣٧ ، ويقول : « اذ فائدته سقوم البحث وحرمة المخالفة » .

(١٨) المرجع السابق ص ١٩٦ ، ١٩٧

(١٩) هم الأحناف ، علم أصول الفقه ، للمرحوم خلاف ، ص ٥٩

(٢٠) البقرة : ١٥٩

ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم الا النار ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم »[٢١] .

والاجماع بهذه المثابة ترد حجيته بعد القرآن والسنة ، ويكون على ذلك مصدرا ثانيا للشرعية بعد الوحى وليس صحيحا أنه يتقدم الكتاب والسنة[٢٢] الا أن تكون نصوصها ظنية الدلالة وظنية الورود فان الاجماع بدليله الشرعى يتقدم عليهما باعتبار أن الاجماع يرفع ظنية الدليل الى القطعية .

والذين قالوا بتقدم المعلوم من الدين بالضرورة — باعتباره مجمعا عليه على النصوص[٢٣] .. أخطأوا اذا فهموا أن التقدم كان راجعا الى الاجماع .

---

(٢١) البقرة : ١٧٤

(٢٢) فهم البعض ذلك خطأ من كلام الشافعى عن المعلوم من الدين بالضرورة على ما سنشير فى المتن ، واشترط البعض فى المعلوم من الدين بالضرورة أن يدخل فى الاجماع فيه اجماع العوام (الغزالى والباقلانى) ، وردد جولدتسيهر تقدم المعلوم من الدين بالضرورة على النصوص وزاد على ذلك : أن الاجماع يمكن أن يتخذ أساسا لتطور سياسى وعقيدى وقانونى

Le Clef de l'evolution historique de l'Is'am au Port de quepo'itique dnignatique et Juridique. (La Pogme de la Loi de l'Is'am) . Paris, 1950.

ونقف مع المستشرق المجرى أن الاجماع يمكن أن يكون أساسا لتطور عقيدى ، وقد نفهم التطور — مع التحفظ — فى جانب بعض أحكام المعاملات لكننا لا نفهمه فى مجال العقيدة اذ هى ثابتة لدلالتها القطعية ولمصادرها القطعية ومن ثم فهى تسمو على كل تغيير أو تطور والا فكيف تتطور عقيدة التوحيد اللهم الا أن تصير تثليثا أو شيئا من هذا القبيل !

(٢٣) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى — مؤلفه : مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ، ص ٢١١ الى ٢١٣ ، وقريبا منه الدكتور ضياء الدين الريس اذ نفى الصفة الدينية للاجماع ، وراجع ردا للدكتور فؤاد النادى فى موسوعته عن رئيس الدولة بين الشريعة الاسلامية والنظم السياسية المعاصرة ، جـ ١ ص ٢٠٧ وما بعدها ، وراجع آراء خاطئة فى الاجماع لروسو فى العقد الاجتماعى ، ص ١٤٠ ، ترجمة عبد الكريم احمد — الألف كتاب ، جروتيباوم صاحب حضارة الاسلام ، ص ١٩٤ ، وخلط بين الاجماع والبيعة ، ص ٢٩٤ ، كتاب الخلافة والامامة ، لعبد الكريم الخطيب .

ذلك أن المعلوم من الدين بالضرورة ــ مثل فرائض الاسلام ــ دليله قطعى •• وهو يستمد قوته من قطعية النصوص فى وردها ــ كقرآن أو سنة متواترة ــ وقطعيتها فى دلالتها ــ مثل قوله تعالى : « **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة** »(٢٤) فهى لا يمكن أن تعنى غير اقامة الصلاة على نحو ما أقامها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت عنه ، وايتاء الزكاة على نحو ما فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت عنه !

ومن ثم فان عمل الاجماع هو الاستغناء عن ذكر الدليل •• وهذه فى النفس منها شىء •• فاننا نرى أن ذكر الدليل أولى من مجرد التصريح بالاجمـــاع •

فالمعلوم من الدين بالضرورة لا يزيده الاجماع قوة فى دليله لأنه لا مرتبة بعد القطعى حتى يرتفع اليها • أما تقدمه للنصوص فقد يكون من ناحيتين :

أولا : من ناحية أنه يستند الى أدلة قطعية فهى بلا شك تتقدم الأدلة الظنية •

وثانيا : من ناحية أنه يتضمن قواعد كلية فهى تتقـــدم القواعد الجزئية ، وان كانت الأخيرة يمكن لها أن تخصص الأولى أو تقيدها ان توافرت شروط التخصيص أو التقييد •

ثالثا ــ ما هو مجال الاجماع ؟

قلنا مجاله : الأحكام الشرعية العملية •

فقيد الشرعية مانع من دخول الأمور العقلية أو العادية ــ على نحو ما أشرنا ومانع كذلك من دخول الأمور العامة التى تكون موضع شورى ، وقيد العملية مانع من دخول الأمور العقيدية عن أن تكون موضع اجتهاد أو بحث مواد أجمع عليها أم لم يجمع بعد ذلك •

ولقد طلع علينا حديثا من يخرج الأحكام الدستورية من مجال الاجمـــاع •

وذلك رغم أنها فى غالبيتها أحكام عملية ــ استنادا الى أن الاجماع يكون فى مجال الأمور الدينية كما قال الغزالى ثم استنادا الى استحالة وقـــوعه •

وقد رددنا على الثانية •

---

(٢٤) البقرة : ٤٣

أما الأولى فان ما يعنيه الغزالى بالأمور الدينية هو ما عبرنا عنه بالأمور الشرعية لاخراج الأمور العقلية أو العادية من أن تكون موضع اجتهاد ثم اجماع ! ذلك لو دقق ذلك العالم المجتهد .

والاجماع كمصدر للمشروعية شامل لكل الأحكام دستورية وغير دستورية ، وقد حدث اجماع الصحابة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ضرورة الخلافة ، كما أجمعوا على أن تكون مدى الحياة . فسنتهم واجبة الاتباع كسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن باب أولى اجماعهم !

ذلك هو الاجماع يمكن اذا قامت دولة الاسلام أن يكون مصدرا خصبا غنيا لأحكام قطعية تواجه كل المشكلات .

لكن لا ينبغى أن يفهم من هذا أن الاجماع مصدر مستقل عن الوحى قائم بذاته ، فهو ان كان فى مظهره كذلك اذ يغنى بذاته عن البحث عن الدليل ، الا أنه فى حقيقته لا يقوم بغير دليل ، لأنه اجتهاد مجتهدين والمجتهد لا يجتهد بغير دليل ، والا وقع فيما نص الله عليه من جـزاء **« لولا يأتون عليهم بسلطان بين ، فمن أظلم ممن افترى على الله كذبا »(*)** .

واذا كان الاجماع مستندا الى دليل من كتاب أو سنة .. فانه تابع للكتاب والسنة وليس فى حقيقته مصدرا مستقلا .

* * *

ثانيا : القيـاس[٢٥]

* القياس وحجيته :

كان من بين وسائل الكتاب لرد الناس الى الايمان بالله واليوم الآخر استنهاض عقولهم ، واثارة فطرتهم فقرأنا فى سـورة الحشر قوله تعـالى :

« هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ، ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله

(*) الكهف : ١٥

(٢٥) القيـاس لغة : هو التقدير والمساواة ، تقول قست الثوب بالذراع اذا قدرته به ، وفلان لا يقاس بفلان ، أى لا يساوى به .. وواضح التلاقى بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى (راجع ابن الحاجب ج ٢ =

فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا وقذف فى قلوبهم الرعب ، يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين فاعتبروا يا أولى الأبصار »[٢٦] .

وقرأنا فى سورة يس : « **وضرب لنا مثلا ونسى خلقه ، قال من يحيى العظام وهى رميم . قل يحييها الذى أنشأها أول مرة ، وهو بكل خلق عليم** »[٢٧] .

وكأن القرآن فى نفس الوقت يدل المؤمنين به على منهج القياس[٢٨] .

ذلك أن الاعتبار معناه مجاوزة الشىء الى غيره .. وذاك هو القياس .. كما أن أمرنا أن نعتبر بما كان لليهود حين خرجوا على أمر الله فأخرجهم من ديارهم ، فلا نفعل مثلهم حتى لا يحيق بنا ما حاق بهم بمعنى ألا نتساوى معهم فى الأسباب حتى لا نساويهم فى النتائج .. ذاك أيضا هو القياس[٢٩] .

وقوله تعالى : « **قل يحييها الذى أنشأها أول مرة** » قياس للبعث على الانشاء .

وقول الله تعالى فى سورة النساء : « **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر** »[٣٠] .

فهم منه الفاقهون لكتاب الله أن طاعة الله والرسول هى اتباع القرآن والسنة ، وأولى الأمر اشارة الى الاجماع ، وفهموا أن الرد الى الله والرسول شىء آخر غير طاعة الله والرسول التى جاءت فى البداية ، ففهموا أنه القياس على نصوص القرآن والسنة فيما لم يرد فيه نص[٣١] .

=

ص ٣٥٠) ومباحث القياس كثيرة خاصة مباحث العلة .. وقد آثرنا أن نظل بمنأى عن الخوض فيها مقتصرين على النقاط التى نحسبها كافية للكشف عن هذا المصدر التابع من مصادر المشروعية تاركين تلك المباحث لمكانها فى كتب الأصول .

(٢٦) الحشر : ٢ (٢٧) يس : ٧٨ ، ٧٩

(٢٨) اعلام الموقعين ج ٢

(٢٩) الدكتور حسين حامد حسان ، أصول الفقه ، طبعة ١٩٧١ ، ص ٣٢٩ ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ١٧٦

(٣٠) النساء : ٥٩

(٣١) أصول الفقه ، لأستاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف ، ص ٦٠

كذلك علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم منهج القياس .. حين سألته امرأة من جهينة : ان أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفأحج عنها ؟ قال : « نعم حجى عنها .. أرأيت لو كان على أمك دين ، أكنت قاضيته .. ؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء »[٣٢] .

وقد قدمنا أن بعض أحكام السنة التى جاءت فى ظاهرها زائدة على أحكام القرآن كانت كذلك قياسا عليه ، مثل تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، فقد جاءت قياسا على تحريم الجمع بين المرأة وأختهـا [٣٣] .

كذلك عرفه الصحابة رضوان الله عليهم منهاجا للاستدلال فسلكوه وأمروا به واشتهر به عبد الله بن مسعود ، وعلى بن أبى طالب ، وأمر عمر رضى الله عنه : « الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب الله ولا سنة رسول الله ، اعرف الأشياء والأمثال وقس الأمور عند ذلك »[٣٤] .

وأخذ به من بعد الصحابة الأئمة والفقهاء يجدون فيما تقدم دليلا على حجيته ، ويرون فيه ردا الى الكتاب والسنة واعمالا لهما على نحو أوسع وأرحب[٣٥] .

ونرى فيه — الى جوار ذلك — جانبا من جوانب الاعجاز فى شرع الله الخالد ، فان النصوص التى تبدو جزئية — تغدو أصولا وأحكاما كلية تندرج تحتها جزئيات وأحكام أخرى تتحقق فيها علة النص أو حكمته ، ويتحقق بذلك سر من أسرار خلود هـذه الشريعة

---

(٣٢) رواه البخارى ، صفوة صحيح البخارى ، ج ٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ شرح الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر .

(٣٣) راجع ما سبق فى بحث السنة .

(٣٤) تاريخ المذاهب الاسلامية ، ج ١ ص ١٦ ، ومزيدا من التوسع فى اعلام الموقعين لابن القيم ، وقد كان عمر يلجأ فى الأمور العامة الى المصلحة أكثر من القياس (تاريخ المذاهب ، المرجع السابق) .

(٣٥) وقد يكون ذلك تطبيق النص بمفهوم الموافقة فيكون للنص مدلول من عبارته فى شأن الواقعة التى جاء بشأنها ، ومدلول من دلالته فى شأن الواقعة التى لم يرد بشأنها — ورأى البعض الآخر أن هذه من حالات تطبيق عبارة النص دون حاجة الى القياس لذلك تحرز البعض فى تعريف القياس . (الاجتهاد فى الرأى للمرحوم عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٠ ، ص ١٢ ، ١٣) .

وقدرتها على مواجهة الحاجات المتجددة التى لم يرد فيها نص ، بما سبق أن ورد فيه نص ، لتظل الحياة دائما خاضعة لحكم الله .. مصطبغة بصبغة الله .. « ومن أحسن من الله صبغة »[٣٦] ؟

ذلك هو القياس ..

الحاق واقعة لم يرد فيها نص (وتسمى الفرع) بأخرى ورد فيها نص (وتسمى الأصل) الحاقها بها فى (الحكم) لاتحادهما فى وصف ظاهر منضبط (هو العلة)[٣٧] .

وهو حجة عند الجمهور[٣٨] .

* عمل القياس ومجاله :

القياس طريق يلجأ اليه المجتهد بحثا عن حكم الله فى أمر لم يرد فيه نص ، ولذا عبر عنه البعض بأنه فعل المجتهد[٣٩] ، فهو مجرد وسيلة وطريقة لاستنباط الأحكام — هذا عن عمل القياس . أما عن مجاله .. فهو فيما لم يرد فيه نص .

واذ وردت فى مجال العقيدة والتعبد نصوص كافية فلا حاجة بنا للقياس فضلا عن أن كثيرا من أحكام الشعائر والنسك ليس مما يسهل ادراك علته أو حكمته فتعذر القياس فيها[٤٠] .

---

(٣٦) البقرة : ١٣٨

(٣٧) وهذه أركان القياس : الأصل ، الفرع ، العلة ، الحكم (راجع تفصيلا أصول الفقه للامام أبو زهرة ، ص ٢١٧ وما بعدها ، الدكتور حسين حامد ، أصول الفقه ، ص ٣٣٤ وما بعدها ، ابن الحاجب ، ج ٢ ص ٣٥٤) .

(٣٨) لا نعرف مخالفا الا الظاهرية والشيعة الامامية وبعض المعتزلة (راجع المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى الطبعة الثانية ١٣٨٠ هـ ، ١٩٦٠ م ، ص ١٩٤ ، ١٩٥ ، علم أصول الفقه ، المرجع السابق ، ص ٥٨

(٣٩) الشيخ عمر عبد الله فى بحثه عن القياس بمجلة الحقوق — جامعة الاسكندرية — عدد أكتوبر سنة ١٩٤٨

(٤٠) ويفرق البعض بين الأحكام الأساسية للعبادات والأحكام الفرعية فيجيز القياس فى الأخيرة دون الأولى — الاجتهاد فى الرأى ، ص ٢٩ ، ٣٠

ويلحق بالعبادات أحكام الحدود والكفارات ــ على الرأى الراجح ــ لأن أغلبها لا تظهر فيها العلة ، كما لا يتوسع فى تفسيرها أخذا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ادرأوا الحدود بالشبهات » ومن الشبهات ألا يوجد للواقعة نص يحكمها[٤١] .

وما ورد من الأحكام على خلاف الأصل لا يقاس عليه أيضا (كورود رخصة على خلاف حكم العزيمة ، كالافطار فى رمضان لسفر أو مرض) فان ايراد الحكم على خلاف الأصل اشعار يقصره على ما ورد فيه وحصره فى هذا النطاق ، والقول بالقياس يؤدى الى تعدية هذا الحكم الى غير الحالة التى ورد فيها حتى ليغدو هو ذاته أصلا يقف أمام الأصل الذى جاء خلافا له الا الذى نحسبه خلافا لقصد الشارع[٤٢] .

* لكن أيكون قياس فى مجال الأحكام الدستورية ؟

يرى البعض[٤٣] أن الأحكام الدستورية مبادىء عامة ، ولا يتصور قياس المبادىء على المبادىء ، ومن ثم فلا يرى أن للقياس مجالا فى نطاق الأحكام الدستورية .

ونرى أن ما عرفه فقه القانون من قياس نظام على نظام بالمقابلة لقياس الحكم الجزئى والذى أسموه (Anologiaguris Anologie de droit) (Anologia legia Anologie de loi) [٤٤] .

كقياس نظام الأولاد الطبيعيين على نظام الأولاد الشرعيين ــ نرى

---

(٤١) وما قيل عن قياس الخمر على القذف ليس صحيحا والصحيح أنه بين الحد الأعلى ــ الاجتهاد ، ص ٢٧ ، ٢٨

(٤٢) ما اخترناه هو رأى الأحناف وقد اضطربت عبارات الشافعية فى هذا الموضوع (الاجتهاد ، المرجع السابق ، ص ٣٠ ، ٣١) .

(٤٣) الدكتور عبد الحميد متولى ، فى مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ ، ٢٤٥ ، وقد قدم للحديث بعرض شيق عن القياس فى الشريعة ، والقياس فى القانون .

(٤٤) المرجع السابق ، وجينى ، طريقة تفسير القانون الخاص الوضعى ومصادره ، جـ ١ ص ٣٠٥ ــ ٣٠٧

Method d'intretretation - Sources en droit Privie Positif 2re. 1933.

أن الفقه الاسلامى عرفه من قبل حين قاس المسلمون الامامة الكبرى (خلافة المسلمين) على الامامة الصغرى (امامة الصلاة) .

واذا كان ذلك كذلك فان قياس المبادىء على المبادىء أمر متصور ، وقد وقع فعلا ، ومن ثم فان انكار وجود القياس فى مجال الأحكام الدستورية انكار على غير أساس ، وليس لنا أن نغلق بابا لمرونة الفقه الاسلامى وفقا لأصول الاسلام وشرعيته — ليس لنا أن نغلق بابا يشجع حاجاتنا المتجددة بعد اذ أذن به الله !

هذا هو القياس يجرى فيه العمل حول ألفاظ النصوص لتعديتها الى حالات أخرى غير التى وردت فيها .. وهناك لون آخر من القياس يجرى حول مقاصد النصوص وغاياتها ، وهو ما سنراه فى المصلحة المرسلة بمشيئة الله .

* * *

ثالثا : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة(٤٥)

أولا — تقديم وتعريف :

ان الله بالناس لرؤوف رحيم ، لم يخلقهم عبثا ، بل جعل لهم غاية .. ولم يتركهم سدى ، بل حدد لهم طريقا ومنهجا .. وغاية النـــاس ان ارتفعوا الى مستوى الايمان الحق .. هو الله .

---

(٤٥) هذا تعبير الامام الشافعى رضى الله عنه ، وقد فضلنا استعماله على اصطلاح « المصلحة المرسلة » لمـا حكاه الغزالى بحق من أن المصلحة التى لم تعتبر ولم تلغ هى مصلحة غريبة أجمع أهل العلم على عدم الأخذ بها — على ما سنشير فى المتن بمشيئة الله .

ولمـا أشار اليه الغزالى كذلك من أن الاسلام لا يعرف الاستدلال المرسل اذ أن الله سبحانه أكمل الدين ، ولا يتصور بعد كمال الدين وجود حكم بغير دليل ! وقد سماها الغزالى المصلحة الملائمة .

(راجع الزميل الدكتور حسين حامد فى رسالته عن المصلحة فى الفقه الاســـلامى ، طبعة ١٩٧١ م ، وراجع أستاذنا الامام محمد أبو زهرة ، تاريخ المذاهب ، ج ٢ ، وقد أشار الى أن المصلحة تكون من جنس المصالح التى أقرها الاسلام ، وهو تعبير آخر عن نفس المعنى الذى عبر عنه الامام الشـــافعى بالمصالح الشبيهة بالمعتبرة وعبر عنه الامام الغزالى بالمصالح الملائمة .

وطريقهم ومنهجهم .. هو ما أنزل الله .

ولقد كان ما أنزل الله من منهاج معجزة اذ حدد الحدود ، ونص على الكليات ، وكانت مقاصده مصالح الناس ، واذ كانت النصوص محدودة وحاجات الناس غير محدودة .. فلقد كان من فقه الكتاب قياس ما لم يرد فيه نص على ما ورد فيه نص اذا اشتركا فى العلة ..

وكان من فقه الكتاب كذلك قياس على المقاصد .. كما كان قياس على النصوص .. قياس على المعانى والغـــايات كما كان قياس على الألفاظ والعبارات .

دل على ذلك أمران :

أولهما : ما تضمنته كثير من النصوص من تعقيبات تؤكد رعاية شرع الله لمصالح الناس كمقصد له وغاية .

ـــ فبعد أحكام الفطـــر فى رمضـــان يجىء التعقيب الكريم : **« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »**(٤٦) .

ـــ وبعد أحكام الوضوء يأتى كذلك التعقيب : **« ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم »**(٤٧) .

ـــ وبعد الأمر بالصلاة **« ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر »**(٤٨) .

ـــ وبعد الأمر بالاتجاه الى الكعبة فى الصلاة **« لئلا يكون للناس عليكم حجة الا الذين ظلموا منهم »**(٤٩) .

ـــ وبعد أحكام القصاص **« ولكم فى القصـــاص حياة يا أولى الألبـــاب »**(٥٠) .

فكشفت النصوص عن أن وراء الأحكام .. غايات ومقاصد .. هى هدف للشارع الحكيم .

وثانيهما : ما كشف عنه استقراء نصوص الكتاب والسنة .. وانعقد عليه الاجماع .. من تحديد لتلك الغايات والمقاصد على النحو التالى ، وبالترتيب التالى : الدين .. النفس .. العقل .. النسل .. المـــال .

---

(٤٦) البقرة : ١٨٥
(٤٧) المـــائدة : ٦
(٤٨) العنكبوت : ٤٥
(٤٩) البقرة : ١٥٠
(٥٠) البقرة : ١٧٩

وينضوى هذا الترتيب تحت ترتيب آخر دل عليه الاستقراء ، وانعقد عليه الاجماع :

١ ــ الضرورات •• وهو مالا بد منه من الأحكام لتحقيق تلك المقاصد الخمسة والحفاظ عليها بترتيبها السابق •

٢ ــ الحاجيات •• وهى ليست لازمة للقيام بهذه المقاصد الخمسة لكنها لازمة لدفع الحرج ورفع الضيق •

٣ ــ التحسينات •• وهى لازمة لاستكمال حسن الأمر وتحقيق صالح الخلق •

وكل مرتبة تخدم المرتبة التى تسبقها •• كذلك كل مصلحة تخدم المصلحة التى تسبقها •

ففى المرتبة الأولى •• الضرورات •• تقف المصلحة الأولى وهى الدين ، وتقف من ورائها كل المصالح التالية خادمة ومفتدية •• النفس ، والعقل ، والنسل ، والمـــال •• من هنا كانت التضحية بالنفس دفاعا عن الدين وبالأحرى التضحية بما دون النفس من سائر المصالح •• لاقامة الدين •• حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله •

كذلك مرتبة الحاجيات فيها من الأحكام ما يخدم المرتبة الأولى فكثير من أحكام دفع العنت والحرج ، ومنع الضيق والملل •• هى فى الواقع تخدم اقامة الدين والحفاظ عليه •• حتى لا يكون تبرم به وتفلت منه !

مثل أداء الصلاة قعودا لمن كان ذا عذر ، وقصرها للمسافر ، وما كان من أحكام وعقود فى مجالات المعاملات !

وفى المرتبة الثالثة تقف التحسينات •• مثل خلق العفو والصفح الجميل ودرء السيئة والحسنة •• مكملة لأحكام المعاملات وخادمة لها ومتيحة اطارا مضيئا ، ومستوى رفيعا من التعامل بين المسلمين[٥١] •

---

(٥١) راجع أستاذنا عبد الوهاب خلاف فى علم أصول الفقه ، ص ٢٣١ ــ ٢٤٧ ، وبحثنا فى مؤتمر رابطة الاصلاح الاجتماعى ، الاسلام والاصلاح الاجتمـــاعى عام ١٩٣٨ م ، منشور بعدد خاص من مجلة وزارة الشئون الاجتماعية . وراجع رسالة قيمة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطى ، كلية الشريعة جامعة الأزهر ١٣٨٥ هـ ــ ١٩٦٥ م ، ص ٧٨ وما بعدها ص ١٨١ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ــ وقد كانت رسالة رائدة كشفت الغموض حول « المصلحة =

وهكذا كانت الأحكام محققة مصالح على درجات .. هذه المصالح مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بغايات الشريعة ومقاصدها .. وعلى ذلك فالمصلحة ليست مطلقة .. لكنها مقيدة :

١ — اما بنص الشارع فى المسألة نفسها .

٢ — أو بنص الشارع فى مسألة مماثلة فيتعدى الحكم الى المسألة المعروضة .

٣ — أو بنص الشارع فى جملة مماثلة يبين منها هدف الشارع ومقصده ، فيتعدى الحكم الى المسائل الأخرى التى تحقق هدف الشارع ومقصده .. وتلك هى المصلحة التى نعنيها بالدراسة هنا .. اذ الأولى مصلحة معتبرة والثانية هى القياس .

وعلى ذلك فالمصلحة المرسلة .. هى مصلحة لم يلغها الشارع بنص ، ولم يعتبرها بنص كذلك ، وانما اعتبر جنسها بجملة نصوص أو بمقاصد الشريعة العامة وغاياتها ، فهذه التى قال عنها الشافعى : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة . وقال عنها الغزالى : المصلحة الملائمة(٥٢) .

وللامام الغزالى تحليل عميق يرفض فيه الأخذ بالمصلحة التى لم يرد نص باعتبارها أو الغائها ويسميها مصلحة غريبة وينزه الشارع

= المرسلة » ووضعت لها الضوابط ، وقد تبعتها رسالة قيمة للزميل الدكتور حسين حامد فى نفس الموضوع (منشورة سنة ١٩٧١ م) وقبل هذين كانت رسالة الدكتور مصطفى زيد « المصلحة فى التشريع الاسلامى » وهى التى حاول فيها الدفاع عن نجم الدين الطوفى وابن الحاجب ، ج ٢ ص ٤٦٠

(٥٢) راجع تفصيلا لذلك أصول الفقه للدكتور حسين حامد ص ٣٠٥ وما بعدها ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، لنفس المؤلف ص ١٨٨ وما بعدها ، ورسالة المؤلف فى المصلحة وقد تضمنت تحقيقا جميلا فى هذا الصدد ، وفى تعريف المصلحة نقل تعريف الأصوليين ، وتعريف الامام الغزالى ، وواءم بين المصلحة لغة ومعناها اصطلاحا ، وقد كان لأستاذنا الامام محمد أبو زهرة فضل السبق فى الاشارة الى هذا القيد حين قال : « المصلحة تكون من جنس المصالح التى أقرها الاسلام فهى رجوع الى عموم المقاصد التى أخذت من النصوص » (تاريخ المذاهب ج ٢ ص ٤٠٠) .

عن السكوت عن مصلحة للناس دون نص عليها بالعبارة أو الاشارة ، فقد جاء الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمؤمنين[٥٣] !

ثانيا ــ حجية المصلحة وشروطها :

المصلحة التى اعتبر الشارع جنسها بجملة نصوص أو بمقاصده العامة •• حجة عند الجمهور[٥٤] على غير الشائع فى هذا الصدد وذلك :

أولا : لمـا ورد من نصوص تفيد الغاية من الأحكام الشرعية •• وهى تحقق المقاصد الخمسة التى أشرنا اليها •

وثانيا : لمـا تبين من استقراء الأحكام الشرعية •• من تحقيقها لتلك المقاصد الخمسة •

وثالثا : لأخذ الصحابة بها •• وقولهم سنة متبعة بعد قول الرسول صلى الله عليه وسلم •• وهم يضعون لها شروطا تفهم من عباراتهم :

أولا : كون المصلحة من الحكم تحقق جنس مصلحة أخرى تشهد لها جملة نصوص أو تشهد لها مقاصد الشرع العامة[٥٥] •

ثانيا : أن تكون مصلحة حقيقية •• لأنها ان لم تكن كذلك كانت وهما ، والأحكام لا تبنى فى النظام الاسلامى على وهم •

---

(٥٣) راجع الدكتور حسين حامد فى مؤلفاته الثلاثة السابقة ــ وهو ينقل عن الغزالى اجماع أهل العـلم على رد المصالح الملغاة والغريبة (المستصفى للغزالى ، ج ٢ ، ص ٣٠٦) .

(٥٤) فقد أخذ بها الأئمة الأربعة .. وان كان الشائع غير ذلك ، فالشائع أن مالكا واحمد هما الآخذان (أستاذنا الشيخ زكريا البرديسى ــ أصول الفقه ، ص ٣٢٦ ، والدكتور عبد الحميد متولى ، ص ١٢٢ ، المرجع السابق ، لكن بالتحقيق تبين أن الجميع أخذوا بها . فالشافعى عالجها تحت باب القياس ، وأبو حنيفة تحت باب الاستحسان والعرف واختلاف المكان لا يدل على اختلاف الاحتجاج (راجع الرسالة للامام الشافعى ، ص ٥١٥ ، ٥١٦ ، الاجتهاد بالرأى للمرحوم خلاف ، ص ٨٣ ، ورسالة الدكتور محمد سعيد البوطى ، ثم رسالة الدكتور حسين حامد حسان) .

(٥٥) وهو ما عبر عنه الشافعى بكونها الشبيهة بالمعتبرة ، وعبر عنه الغزالى بكونها ملائمة (مؤلفات الدكتور حسين حامد سالفة الذكر ، والامام أبو زهرة فى تاريخ المذاهب ، ج ٢ ص ٤٠٠) .

ثالثا : أن تكون مصلحة عامة .. أى تحقق مصلحة لمجموع من الناس وليست مصلحة جزئية لأحكام تنزل للناس كافة ، وقد تكون لها شروط وأركان . ولكن ذلك لا يؤثر على عموميتها .. وهذا الشرط هو الذى تواضع عليه الوضعيون تحت عنوان التجديد .. وشرطوا للقاعدة القانونية أن تكون عامة مجردة !

والذين رفضوا الاحتجاج بها[٥٦] .. لم ينظروا الى حقيقة أمرها وظنوها تشريعا بالتشهى ، فغلبتهم الغيرة على دين الله وجنحوا لرفضها ولو علموها محققة لغايات الشارع ومقاصده ، محددة بأنها من جنس المصالح التى نص عليها الشارع نصا صريحا أو استقراء من جملة نصوص ، لو علموا ذلك لما رفضوا .. وما نظنهم بعد هذا البيان برافضين !

ثالثا ــ المصلحة بين افراط وتفريط :

١ ــ على جانب الافراط قدمها البعض على النص والاجماع ، واستندوا فى افراطهم على فهم غير صحيح لما فعله بعض الصحابة .

والطوفى الذى تولى كبر ذلك الافراط يبدو كلامه متهاترا متهافتا يرد نفسه على نفسه .

فهو يتحدث عن تسعة عشر دليلا شرعيا يذكر فى مقدمتها النص والاجماع ، ويذكر أن النص والاجماع أقواها ، ثم يناقض نفسه بعد ذلك حين يقول : ان المصلحة تتقدم على النص والاجماع اذا تعارضت معه :

ثم يعجز عن أن يقدم مثلا واحدا لمصلحة حقيقية تناقضت مع نص أو اجماع[٥٧] !

---

(٥٦) نشير الى الباقلانى والآمدى من الشافعية وبعض الظاهرية ، وقد كان رفض الآخرين استنادا الى أخذهم الظاهر من النصوص دون عللها وكذلك دون غاياتها ومقاصدها .. فضيقوا واسعا أذن به الله (الدكتور البوطى ، ص ٢٩٥ ، ٣٠٢ ، المرجع السابق) .

(٥٧) فى آراء الطوفى رسالة كاملة للدكتور مصطفى زيد « المصلحة فى الشريعة الاسلامية ، ونجم الدين الطوفى » الطبعة الثانية ١٣٨٤ هـ ، ١٩٦٤ م وهناك ما يثار حول عقيدة الطوفى وللمشرف على الرسالة (الامام ابو زهرة رأى صدر به الرسالة) وفى رسالة الزميل الدكتور محمد سعيد البوطى رد كاف ، وفى رسالة الدكتور حسين حامد تحليل كذلك لهذا الموضوع .

والصحابة الذين نقلوا عنهم[٥٨] القول بتقـديم المصلحة على النصوص يضعون فى مقدمتهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ومن غير كبير خوض فيما قالوا .. فان عمر الذى قتل مسلما حين استبان له رفضه لحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم[٥٩] لا يتصور أن يخالف عن حكم الله ورسوله ! انما الأمر يحتاج الى نظرة فاحصة لا سريعة وعارضة لمـا كان من عمر ، ونضرب لذلك مثلين :

أولا : قالوا ان عمر أبطل سهم المؤلفة قلوبهم عند توزيع الزكاة لأن الاسلام قد عز ولم يعد بحاجة الى المؤلفة قلوبهم ولا الى تأليف القـلوب !

ولقد كانت نهاية الكلام ردا على أوله .. !

أن سهم المؤلفة قلوبهم .. كان لتجميع الناس حول الاسلام حتى يقوى ويقووا .. فاذا كان الاسلام قد عز وعز أبناؤه فقد تخلفت « علة الحكم » ومن ثم وجب تخلف الحكم ، لأن الأحكام تدور حول عللها وجودا وعدما ! فالأمر اعمال للنص وليس اهمالا له .. اعمال لعلته المبتغاة من الحكم وليس تقديما للمصلحة على النص .. فان عمر ما قال وما يقول بذلك !

ثانيا : قالوا ان عمـر « عطل » حد السرقة فى عام « الرمادة » أو المجاعة .

وما كان لعمر الذى كان مثال الغيرة على دين الله أن يعطل حدا من حدود الله ، وهو الذى سمع قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأسامة ابن زيد مستنكرا : « أتشفع فى حد من حدود الله » ؟ وقال : « من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله فى حكمه » وما كان لعمر أن يفعل ذلك وهو كذلك !

انما الأمر أن لكل جريمة أركانا ، ولكل عقوبة شروطا .. اذا لم تتوافر .. ما كانت جريمة ولا عقوبة ، ومن ثم فلا تطبيق للنص ، وفى عام الرمادة تحققت شبهة كبيرة فتخلفت شروط اعمال النص على

---

(٥٨) نشير الى ما ذكره الدكتور مصطفى زيد فى رسالته ص ٣١ ، والدكتور عبد الحميد متولى فى مؤلفه السابق ص ١٢٦ ، أما الدكتور محمد يوسف موسى فقد قال بتقدم المصلحة على القياس ، وذلك غير ما قاله الآخرون (التشريع الاسلامى واثره فى الفقه الغربى ، ص ٣٥) .

(٥٩) راجع ابن كثير ، ج ١ ، ص ٥٢١

قطع يد السارق اعمالا لنص آخر أخص « ادرأوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » .. فسموا عدم توافر شروط اعمال النص تعطيلا لحد .. ونسبوه الى عمر .. وعمر مما يقولون برىء[٦٠] .

٢ — وعلى جانب التفريط : رفض البعض المصلحة المرسلة رفضا تاما ، ظنا منهم أنها حكم الهوى ، واعتراضا على أن انحيازها الى جانب الاعتبار ليس أولى من انحيازها الى جانب الالغاء ، فذلك الاعتراض صحيح فيما لو قلنا بالمصلحة الغريبة — كما سماها الغزالى — وهى التى لم يشهد لها نص بالاعتبار ولا نص بالالغاء فان فى انحيازها الى جانب الاعتبار نوعا من التحكم لا يصح — لكننا أشرنا الى أن اجماع أهل العلم على رفض المصلحة الغريبة باعتبار أن شرع الله جاء تبيانا لكل شىء فلا يصح أن توجد مصلحة لم يعتبرها الشارع أو يعتبر نوعها أو يعتبر جنسها !

أما المصلحة التى نأخذ بها كدليل أو مصدر للشرعية فهى المصلحة الشبيهة بالمعتبرة — كما أسماها الشافعى — أو الملائمة كما أسماها الغزالى ، وهى التى شهد الشارع لجنسها وان لم يشهد لها أو لنوعها .

وبذلك تسقط حجة الرافضين وفيهم بعض الشافعية[٦١] .

رابعا — مجال المصلحة وتكييفها :

المصلحة تعمل فى مجال المعاملات .

فلا عمل لها فى مجال العقيدة أو العبادة لورود النصوص الكافية لهذه وتلك بما يغنى عن القياس وما يشبه القياس .

---

(٦٠) وفى دقة بالغة يعبر الامام ابن القيم عن ذلك بقوله : « فى عام المجاعة وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين .. فهو مجال تنفيذ وليس مجال تشريع » ويقول استاذ محمد المدنى : وقد كان مرد عدم انطباق شروط حد السرقة الى أحد أمرين : اما لأن السارق فى هذه الحالة قد أخذ حقه ، واما لتحقيق الشبهة التى تدرأ الحد وهى شبهة الحاجة أو الضرورة ، والى هذا ذهب ابن القيم (من بحثه السلطة التشريعية فى الاسلام) وراجع رسالة حسين حامد ، ص ٩٧ ، ٣٢٦ ، ٤٦٨

(٦١) نشير بذلك الى الباقلانى والآمدى ، وقد كان عليهم رحمة الله أن يتفهموا قول امامهم « الشبيهة بالمعتبرة » ليعلموا لم انحازت الى جانب الاعتبار ، وليعلموا أنها ليست حكم التشهى ، لكن لهم فضل الاجتهاد ولهم اجره اصابوا أو أخطأوا .

وفروع القانون العام — بما فيها القانون الدستورى — تدخل تحت باب المعاملات[٦٢] ومن ثم يمكن الاجتهاد فى هذه المجالات جميعا استنادا الى المصلحة ، كما أمكن الاجتهاد استنادا الى القياس — كما قدمنا — .

والمصلحة بهذه المثابة هى فعل المجتهد ، كما عبر البعض بالنسبة للقياس ، ومن ثم فهى ليست مصدرا مستقلا للأحكام ، وانما هى مصدر تابع أو هى احدى طرق الاستدلال التابعة للكشف عن حقيقة حكم الله فى الواقعة بقياسها على جنس المصلحة التى قامت عليها نصوص أو مقاصد شرعية .

وحسبنا فى هذا المجال هذه الالمامة .

* * *

رابعا : الاستحسان

* تعريف وتكييف :

الاستحسان عدول عن حكم كلى الى حكم جزئى ، أو عن قياس جلى الى قياس خفى لدليل انقدح فى ذهن المجتهد يبرر ذلك العدول .

هذا الدليل قد يكون نصا أو اجماعا أو ضرورة أو مصلحة .

وعلى ذلك فالاستحسان وحده لا يصلح دليلا لأن الدليل هو النص أو الاجماع أو الضرورة أو المصلحة ، ولذلك قال السعد : الاستحسان آيل على اختلاف معانيه الى الأدلة الشرعية المتفق عليها[٦٣] ، ولا يعدو أن يكون أداة ترجيح .

---

(٦٢) يشير الدكتور عبد الحميد متولى الى أمثلة للأخذ بالمصلحة مثل الطرق التى اتبعت فى اختيار الخليفة ، والأساليب المختلفة التى كان يتبعها الخلفاء فى الأخذ بالشورى — ونضيف أنه يمكن أن يكون مع هذه المسائل كثير من الأمور التنظيمية التى يمكن أن تكون محل تشريعات دستورية مثل نوع الوزارة (تفويض أو تنفيذ) وتوزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة وتشكيل مجلس الشورى وكيفية عمله الى غير ذلك من الموضوعات (راجع مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١) .

(٦٣) سعد الدين التفتازانى ، التلويح على التوضيح ، مطبعة الحلبى ج ٢ ص ٨٢ ، ويعرفه السرخسى بقوله : انه ترك القياس الى ما هو أرفق =

*** مكانته :**

عالجه الفقهاء فى أبواب متفرقة :

فالبعض عالجه فى باب القياس (الحنفية)

والبعض عالجه فى باب المصلحة (المالكية) •

والبعض عالجه تحت باب النصوص والاجماع أو الضرورة (الحنابلة) •

وقيل ان الشافعى رفضه(٦٤) ، وقيل أخذ به(٦٥) ، وقيل لم يعرف حقيقته وظنه حكما بالهوى والتشهى فكانت كلمته المأثورة : من استحسن فقد شرع(٦٦) •

وارتأى البعض أنه لم يرد فى الشريعة حكم على خلاف القياس ومن ثم فلا حاجة الى الاستحسان ولا مكان له(٦٧) •

وقد وضعناه مع المصادر التابعة لامكان ادراجه تحت أى منها •

* * *

= بالناس ، ج ١ ص ١٤٥ ، وراجع الشريف الجرجانى فى تعريفاته ، ص ١٣ ، والاجتهاد بالرأى ، للمرحوم خلاف ، ص ٧٧ ، حيث يقول : « وهم لا يلجأون اليه الا حين يؤدى القياس الجلى الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة » وراجع سلم الوصول الى علم الأصول ، للشيخ عمر عبد الله ، ص ٣٠٠ وتاريخ المذاهب للمرحوم محمد أبو زهرة ، ج ٢ ص ٣٤٢

(٦٤) راجع باب ابطال الاستحسان فى الرسالة والأم ، وتاريخ المذاهب ج ٢ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ ، مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ، ص ٢٥٥

(٦٥) تأسيسا على ما نسبه الآمدى الى الشافعى فى الأحكام ، ج ٢ ، ص ٢١٠ ، والى الغزالى وهو شافعى ، المستصفى ، ج ٢ ص ٣٨٣

(٦٦) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، الطبعة الثانية ، ص ١٩٣ ، ١٩٨

(٦٧) انظر عرضا شيقا للامام ابن القيم فى اعلام الموقعين ، الطبعة الثانية ، ج ١ ص ٣٥ وما بعدها ، ج ٢ ص ٣ — ٢٥ ، وابن الحاجب ، ج ٢ ص ٤٥٣ ، وما بعدها .

المبحث الثالث

قواعـــد فقهية

*** تقـــــديم :**

تقدم الحديث عن المصدر الأصيل •• وهو الوحى •

وعن مصادر ملحقة به ــ شرع من قبلنا ، رأى الصحابى •

وعن مصادر تابعة ــ الاجماع ، والقياس ، والمصلحة ، والاستحسان ونتحدث هنا عن « مصادر » يسميها البعض كذلك تجوزا ، ولكنها فى الواقع لا ترقى الى مرتبة المصدر الأصيل ولا الملحق والتابع ، ولا تعدو أن تكون مجرد قواعد فقهية يستعين بها الفقيه فى بحثه عن الأحكام •• وبالتالى فلا تصح أن تكون مصدرا للمشروعية •

وهى « العرف » ، و « الاستصحاب » •

أولا : العـــرف

*** تقديم وتعريف :**

لم يترك الله الانسان سدى ، بل جعل له نداء من داخله ونداء من خارجـــه ••

وكانت « الفطرة » هى نداء الداخل تدفعه الى الحق والخير وتوجهـــه •

وكانت « الشريعة » وهى نداء الخارج ترسم له الطريق وتحدد معـــالمه •

وكانت الثانية موافقة للأولى ، متسامية بها ، مقومة لها ان مسها عوج أو انحراف !

والكون من حول الانسان يسير مثله وفق نظام مرسوم •• فهو يسير وفق عادة أرادها الله وبثها فيه •

وشريعة الله للانسان جاءت موافقة لهذه العادة فى كثير ، بانية أحكامها أيضـــا على كثير ، ثم مقـــومة ما اعوج من هذه العـــادة أو فسد منها .

وكانت موافقة الشريعة للعادة فى كثير ، وابتناؤها عليها فى كثير ، أحد أسرار يسرها ودفعها للحرج من غير عوج ، مصداقا لقوله تعالى : **« فطرة الله التى فطر الناس عليها ، لا تبديل لخلق الله ، ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون »**[1] .

وهكذا قال فقهاء بالعرف قاصدين معنى العادة[2] التى وافقت أحكام الشريعة فى كثير ، وبنيت عليها أحكام الشريعة فى كثير فى مجال المعاملات ، بل وفى مجال العبادات !

وهل كانت عقيدة التوحيد الا استجابة لفطرة المخلوق نحو خالقه ورازقه ومدبر أمره ؟

وهل كانت أحكام الدين والحج وابتنـــاء الارث على العصبية والكفاءة فى الزواج وحلول التعاطى محل الايجاب والقبول .. الا استجابة للعادة مع بعض التهذيب أو تصحيح النية .. ؟!

ثم أليس للعادة أثرها فى كثير من العقود حتى جعلوها تحل محل الشرط المتفق عليه اذا تخلف فقالوا : المعروف عرفا كالمشروط شرطا ؟

والعرف بالمعنى السابق يكاد يكون موضع اتفاق الفقهاء[3] :

---

(١) الروم : ٣٠.

(٢) جرى على لسان فقهاء الشريعة « العادة » قاصدين بها معنى العرف ، وشراح القانون يجعلون للعرف ركنين : أحدهما مادى وهو الاعتياد ، والثانى معنوى وهو الالزام ، ونحسب أن فقهاء الشريعة يعتبرون الركن المعنوى مفترضا بتوافر الركن الأول اذ كثيرا ما يلازم الالزام الاعتياد !

(٣) غنى عن الذكر أن العرف الذى نتحدث عنه هو العرف الصحيح الذى لا يصادم نصا ، فان صادم نصا فهو عرف فاسد لا يؤخذ به كتعارف الناس هذه الأيام على كثير من المنكرات دون نكير ! مثل جعل التشريع مطلقا لبشر منهم ، وتعارفهم على شرب الخمر ، وتعارفهم على عرى النساء ، والاستهانة بالأعراض واستباحة الحرمات على نحو يتجاوز المعصية أحيانا الى حد استباحة ما حرم الله .

=

ولئن لم تسلم المذاهب جميعا بالعرف قولا ، فلقد سلمت عملا ، اذ راحت تغاير بين الأحكام تبعا لتغاير الأعراف والعادات ، بل لقد تغايرت الأحكام داخل المذهب الواحد لهذا السبب ، فلقد غاير الشافعى — وهو ممن يمسكون بالكتاب والسنة — غاير بين مذهب له قديم وآخر حديث لاختلاف العادات بين العراق ومصر !

واختلاف تطبيق الأحكام تبعا لاختلاف الأعراف والعادات ليس اختلافا فى التشريع لكنه اختلاف فى التطبيق !

وليس معناه أن حكم الله فى المسألة الواحدة يتعدد ، ولكن معناه أن التطبيق يختلف تبعا لاختلاف الظروف والملابسات واختلاف الوقائع كذلك !

وفى عالم القانون يكون حكم القانون واحدا ، ويختلف تطبيقه من حالة الى أخرى تبعا لاختلاف الظروف والملابسات والوقائع كذلك !

وعلى ضوء هذا ينبغى أن يفهم ما قيل عن تبدل الأحكام بتبدل الأزمان ، وتغير الفتوى بتغير الأزمنة والأحوال أن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد اختلاف تطبيق ، وليس اختلافا فى الحكم القانونى المجرد .

* تكييف العرف :

وهكذا ينبغى أن يفهم أن العرف لا يشرع مع الله ، ولا يشرع من دون الله !

=

وفقهاء الشريعة يتحدثون عن العرف لمناسبة الحديث عن معاملات الأفراد أى بلغة القانونيين بمناسبة الحديث عن علاقات القانون الخاص — وهو غير العرف فى مجال علاقات القانون العام وبالأخص العرف الدستورى فانه يتكون اذا اعتادت جهة حكومية سلوكا معينا لم ترفضه بقية الجهات أو أقرتها صراحة عليه فيصير لهذه القاعدة ما للقواعد المكتوبة من احترام أو جزاء (Sanction) ومن أمثلة العرف الدستورى حق رئيس الدولة فى رئاسة مجلس الوزراء فى ظل دستور ١٩٢٣ م ، اذ لم يرد به نص ، وانما جرى به العرف (عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣) وفى مجال الفقه الاسلامى ليس ما يمنع من تكون عرف دستورى فى ظل نظام اسلامى !

انما اذا راعت أحكام الشريعة العرف فتخفيف من ربكم ورحمة ! ويكون مصدر الحكم هو الله منزل الشريعة وليس العرف الذى جاء الحكم موافقا له ! واذا أذن الله لنا أن نبنى أحكامنا على العرف[٤] فاذن الله هو المصدر وليس العرف ..

والعرف فى الحالين ليس سوى قاعدة فقهية[٥] يستفاد منها عند التطبيق والتنفيذ ، ولا يرقى الى مستوى المصدر أو الدليل .

* * *

ثانيا : الاستصحاب

* تعـــريفه :

هو بقاء الحكم ــ نفيا أو اثباتا ــ على ما هو عليه حتى يوجد ما يغيره[٦] .

* تكييفه :

والحكم على هذا التعريف يكون مستمدا من دليله الأصلى ــ وليس من الاستصحاب ــ وعمل الاستصحاب لا يعدو أن يكون عمل وسائل الاثبات[٧] ، ومن ثم فانه لا يعدو أن يكون مجرد قاعدة فقهية[٨] .

---

(٤) وقد نجد هذا الاذن فى قوله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ذلك أنهم لا يرون الحسن بأهوائهم ، وانما يرونه بالفطرة التى أودعت فى داخلهم ، ومن خلال الشريعة التى تحكم واقعهم وحياتهم (أستاذنا الشيخ فرج السنهورى فى محاضرات تاريخ الفقه ، قسم الدكتوراه ، ص ٢٨ وما بعدها ، طبعة ١٩٦٥) .

(٥) المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، الدكتور عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ص ٢٥٤ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦١

(٦) أصول الفقه لأستاذنا أبو زهرة ، ص ٢٨٣ وما بعدها ، وراجع ابن الحاجب ، ج ٢ ص ٤٥٣

(٧) تاريخ الفقه لأستاذنا السنهورى ، ص ٩٤ ، وعبد الحميد متولى ، ص ٢٦٣ ، ٢٦٤

(٨) المرجع السابق .

ولقد بنوا عليه قواعد لها قيمتها الفقهية :

مثل الأصل فى الأشياء الاباحة ، وهو ما لم يرد فيه نص بحكم شرعى بايجاب أو ندب أو كراهة أو تحريم ، وهذا الأصل غير ما ورد به نص خاص بالاباحة ، اذ الأول مجال لسلطة ولى الأمر لتقييده أما الثانى فليس لولى الأمر أن يقيده .. ومثال الأول مجال الزراعة والصناعة والتجارة .. ومثال الثانى « **نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم** »[٩] . وقد تقدم .

ومثل قاعدة : الأصل فى الانسان البراءة .. فانه ابتناء على استصحاب لأصل وهو البراءة ..

ومثل ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين[١٠] ، فمن كان متوضئا وشك فيه جاز له الصلاة دون وضوء جديد ــ خلافا للمالكية .

ولا يفوتنا أن نشير الى أن الذين ضيقوا على أنفسهم فرفضوا القياس اضطرهم الأمر الى التوسع فى الأخذ بالاستصحاب حتى آداهم ذلك الى نتائج تنفر منها الفطرة السليمة[١١] .

* * *

* الخــلاصة :

عرضنا لمصادر المشروعية الاسلامية .. فوجدناها تحقق الثبات كقاعدة أصلية ، لكنها تحقق المرونة كذلك .. وهى فى حقيقتها لا تتعدد لأن المصدر الأصيل لها الوحى وبقية المصادر ملحقة به أو تابعة له .. فهى فى النهاية مردودة اليه .

وعلى ذلك فانه لا يتصور قيام شرعية اسلامية لنظام فى غيبة الوحى .. سواء غاب كله ، أو غاب بعضه ، أو كانت مصادر ترتفع الى مستواه ! والوحى ــ كمصدر للمشروعية ــ يرتفع فوق الدستور وفوق القانون ، ومن ثم جاز الطعن على أى منهما بعدم شرعيته اذا خالف

---

(٩) البقرة : ٢٢٣

(١٠) ومن تطبيقاته أن الشك يفسر لصالح المتهم ــ راجع الأستاذ الدكتور زكريا البرى ، أصول الفقه الاسلامى ، ص ١٨٧ وما بعدها .

(١١) المحلى لابن حزم ، ج ١ ص ١٣٢ ، من ذلك قولهم بنجاسة سؤر الكلب وطهارة سؤر الخنزير ، لورود النص بالأول وعدم النص بالثانى ، ومن ثم فانه بالاستصحاب طاهر !

نصا قطعيا فى كتاب أو سنة ، أو خالف أصلا من الأصول الواردة بهما أو المستمدة من مجموعة أدلة جزئية ثابتة بهما ، ومن ثم كانت النصوص القطعية والأصول الشرعية مقيدة لكل نص وضعى أيا كانت مرتبته •

وفى هذا اختلاف بين الشرعية الاسـلامية والشرعية الوضعية فالأخيرة ــ فى الأغلب ــ تجعل فى القمة الدستورية تستمد منه الشرعية لمـا دونه •

أما الشرعية الاسلامية فترتفع فوق القانون وفوق الدستور حاكمة لكل اجتهاد بشرى •• معطية كل فرد حق الطعن على كل ما شرع ابتناء من نص دستورى أو قانونى ــ بعدم الشرعية اذا خالف نصا قطعيا أو أصلا شرعيا من أصول الاسلام التى جاء بها الوحى •

* * *

obeikandl.com

محتويات الكتاب

الصفحة

تمهيـــــد ٣

الفصل الأول : المصدر الأصيل « الوحى »
(٥ ــ ٣٥)

المبحث الأول : القرآن ٦

١ ــ ذلك الكتاب ٦

٢ ــ قدره التشريعى ٨

٣ ــ لا شرعية فى غيبة الكتاب ١٥

المبحث الثانى : الســـنة ٢١

١ ــ الكتاب والسنة ٢٢

٢ ــ السنة والشرعية ٢٩

الفصل الثانى : مصادر ملحقة وتابعة
(٣٦ ــ ٧٧)

المبحث الأول : مصادر ملحقة ٣٧

أولا : مذهب الصحابى ٣٧

ثانيا : شرع من قبلنا ٤٥

المبحث الثانى : مصادر تابعة ٤٧

أولا : الاجمـــاع ٤٧

ثانيا : القيـــاس ٥٧

obeikandl.com

الصفحة

ثالثا : المصلحة الشبيهة بالمعتبرة ٦٢
رابعا : الاستحسان ٧٠
المبحث الثالث : قواعد فقهية ٧٢
أولا : العـرف ٧٢
ثانيا : الاستصحاب ٧٥
الخـــــلاصة ٧٦
محتويات الكتاب ٧٨

* * *

obeikandl.com

رقم الايداع بدار الكتب : ١٨٢٤ / ١٩٨٧
الترقيم الدولى : ١ ــ ٠٨٩ ــ ٣٠٧ ــ ٩٧٧

مطابع
دار التراث العربى
ت ٩٣٦١٤٥

obeikandl.com