

عوامل السعة والمرونة فى الشريعة الإسلامية

من الحقائق المسلمة أن الشريعة الإسلامية قد وسعت العالم الإسلامى كله، على تنائى أطرافه، وتعدد أجناسه، وتنوع بيئاته الحضارية، وتجدد مشكلاته الزمنية.

وأنها- بمصادرها ونصوصها وقواعدها- لم تقف يوماً من الأيام مكتوفة اليدين، أو مغلولة الرجلين، أمام وقائع الحياة المتغيرة، منذ عهد الصحابة ومن بعدهم، وأنها ظلت القانون المقدس المعمول به فى بلاد الإسلام حوالى ثلاثة عشر قرناً من الزمان، إلى أن جاء عهد الاستعمار الغربى الذى استبدل بها تشريعاته الوضعية، فأحل بها ما حرم الله، وأبطل بها ما فرض الله.

وإنما استطاعت الشريعة الإسلامية أن تفى بحاجات كل المجتمعات التى حكمتها، وأن تعالج كافة المشكلات فى كافة البيئات التى حلت بها، بأعدل الحلول وأصلحها، لأنها بجوار ما اشتملت عليه- من متانة الأصول التى قامت على مخاطبة العقل، والسمو بالفطرة، ومراعاة الواقع، والموازنة بين الحقوق والواجبات، وبين الروح والمادة، وبين الدنيا والآخرة، وإقامة

القسط بين الناس جميعا، وجلب المصالح والخيرات ودرء المفسد
والشور، بقدر الإمكان- قد أودعها الله مرونة عجيبة جعلتها
تتسع لمواجهة كل طريف، ومعالجة كل جديد، بغير عنت ولا
إرهاق.

وستحدث في الصفائف التالية عن عوامل هذه المرونة والسعة
ودلائلها، حسبما يتسع المقام.

العامل الأول

سعة منطقة العفو المتروكة قصداً

إن أول هذه العوامل ما يللمسه الدارس لهذه الشريعة وفقهها من اتساع منطقة «العفو» أو الفراغ التي تركتها النصوص قصداً، لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملئوها بما هو أصلح لهم، وأليق بزمانهم وحالهم، مراعين في ذلك المقاصد العامة للشريعة، مهتدين بروحها ومحكمات نصوصها.

وإنما قلت: إن منطقة العفو أو الفراغ تركت قصداً من الشارع، لما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله حدّ حدوداً فلا تعتدوها، وفرض أشياء فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم، غير نسيان، فلا تبحثوا عنها»^(١).

والخطاب في قوله: «فلا تبحثوا عنها» للصحابة في زمن نزول الوحي، حتى لا يترتب على بحثهم وتقعيرهم تشديد بزيادة التكليف، من إيجاب واجبات، أو تحريم محرمات، ولهذا قال في الحديث الآخر: «ذروني ما تركتكم»^(٢).

(١) رواه الدار قطنى وحسنه النووى فى الأربعين، وحسنه قبله أبو بكر السمعانى فى أماليه وفى إسناده مقال بينه ابن رجب فى جامع العلوم والحكم.

(٢) رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة.

وجاء في القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ، وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبَدَّ لَكُمْ، عَفَا اللَّهُ عَنْهَا، وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [المائدة: ١٠١].

وإنما سميناها «منطقة العفو» أخذاً من الحديث الشريف الذي رواه سلمان: «ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً»^(١) ثم تلا: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤].

وهذا كله يدلنا على أن تقليل التكاليف، وتوسيع منطقة العفو، لم يجرى اعتباطاً ولا مصادفة، وإنما هو أمر مقصود للشارع، الذي أراد لهذه الشريعة العموم والخلود والصلاحية لكل زمان، ومكان، وحال.

أدلة التشريع فيما لانص فيه:

أما ملء هذه المنطقة- منطقة العفو- بالتشريع والتنظيم بعد انقطاع الوحي، فهو أمر متروك لاجتهاد المجتهدين، لم يضيق عليهم فيه، ماداموا أهلاً للاجتهاد.

(١) رواه البزار ورجاله ثقات كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥٥/٧) والحاكم في المستدرک (٣٧٥/٢) وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وهنا تتعدد المسالك، وتتنوع المآخذ من الفقهاء فى ملء هذا الفراغ، دون أن تضيق الشريعة ذرعا بواحد منها، مادام قد وضع فى موضعه، واستوفى شروطه:

١- القياس

وهنا يأتى دور «القياس» فى الاجتهاد الإسلامى، وهو «إلحاق أمر لم ينص على حكمه بآخر قد نص عليه، لعلة جامعة بينهما، ولم يوجد فارق معتبر بين الأمرين».

كالذى فعله الفاروق «عمر» حين أخبره بعض ولاته أن بعض الناس يقتنى من الخيل ما يبلغ ثمن الفرس منها قيمة عشرات الإبل، ومئات الأغنام، فقال: «نأخذ الزكاة من أربعين شاة، ولا نأخذ من الخيل شيئاً؟! وأمر بأخذ الزكاة منها من باب قياس الأولى، وهو ما أخذ به الإمام أبو حنيفة.

ومثل ذلك قياس جماعة من الأئمة «غالب قوت البلد» فى صدقة الفطر على ما جاء به الحديث من التمر والزبيب والشعير والاقط.

ومن ذلك قياس المحصنين من الرجال على المحصنات من النساء فى حدّ القذف المذكور فى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً...﴾ [النور: ٤]

وقياس الكتابيات على المؤمنات فى قوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ، فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وقياس الإجارة على البيع فى قوله تعالى: ﴿فَاسْعُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]

وقوله ﷺ: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»^(١).

وقياس الاغتسال والأدهان والاكتحال وغيرها من وجوه الانتفاع بالآنية على الأكل والشرب المحرمين فى قوله ﷺ: «لا تأكلوا فى آنية الذهب والفضة، ولا تشربوا فى صحافهما»^(٢) وقوله: «الذى يشرب فى آنية الذهب والفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم»^(٣).

قال الإمام المزنى صاحب الشافعى: «الفقهاء من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا، وهلم جرا، استعملوا المقاييس فى الفقه فى جميع الأحكام فى أمر دينهم. قال: وأجمعوا أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس لأنه التشبيه بالأموال والتمثيل عليها»^(٤).

(١) متفق عليه.

(٢) رواه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى.

(٣) رواه مسلم وهو فى صحيحه «الذى يشرب فى إناء الفضة إنما... الخ».

(٤) انظر: إعلام الموقعين ج١ ص ٢٠٥ وما بعدها.

وقد أخذ بالقياس الأئمة الأربعة وجمهور الأمة، وتركوا لنا بحوثاً ضافية في حقيقته وأركانه وشروطه وحدود استعماله، يجدها الباحث في كتب الأصول، على اختلاف مذاهبها وطرائق تناولها^(١).

٢- الاستحسان

وقد يؤدي اطراد القياس أحيانا إلى نتائج تأبأها مقاصد الشريعة ويسرها واعتدالها، فيدع المجتهد القياس مطلقا، أو يدع القياس الجلي إلى قياس خفى أو يدع الحكم الكلي فيستثنى منه أمرا جزئيا، لدفع مفسدة، أو تحقيق معدلة، فهذا ما يسمى «الاستحسان». ويروى عن مالك أنه قال: «تسعة أعشار العلم الاستحسان» وقال تلميذه أصبغ: «إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم».

وقالوا عن أبي حنيفة: «إنه إذا قبح القياس استحسنا» وكان إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال: استحسنا، لم يلحق به أحد.

فالاستحسان ليس معناه الأخذ بمجرد التشهي والهوى، دون

(١) لعل أعدل ما كتب عن القياس بين نفاثه والمتوسعين فيه هو بحث المحقق ابن القيم في «إعلامه» ج١ ص ١٣٠-٤٠١، ج٢ ص ١٥٦-١ ط السعادة، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.

الاستناد إلى أصل ، وإنما معناه ما ذكرنا من تقديم مصلحة جزئية
معتبرة على قياس كلي ، أو تقديم قياس خفيت علته ، ولكنها قوية
التأثير على قياس ظاهر العلة ، ولكنها ضعيفة التأثير . أو تخصيص
عموم بدليل معتبر ، أو نحو ذلك .

وفى هذا يقول الإمام الشاطبي المالكي :

«الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ،
فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا اطرده ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان
تخصيص العموم بأى دليل كان ، والاستثناء من القياس بأى دليل
كان» .

وليس فى أى تعريف من تعريفات الاستحسان - على كثرتها -
ما يفيد أنه بمجرد التشهى دون الاعتماد على دليل .

وقد ذكر الإمام «الشوكاني» جملة من هذه التعريفات فقال :
«اختلف فى حقيقته فقييل : هو دليل ينقذ فى نفس المجتهد ،
ويعسر عليه التعبير عنه . . . وقيل : هو العدول عن قياس إلى قياس
أقوى ، وقيل : هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة
الناس ، وقيل : هو تخصيص قياس بأقوى منه^(١) ، وقيل : هو
استعمال مصلحة جزئية فى مقابل قياس كلي»^(٢) .

(١) إرشاد الفحول : ٢٢٣ ط السعادة .

(٢) نفسه ص ٢٢٤ وهو ما استظهره ابن الأنبارى من مذهب مالك فى القول
بالاستحسان مع ما ذكر .

وفى هذه التعريفات كلها لانرى أثرا للحكم بالتشهى أو الهوى أو الرأى المجرى، بل لابد من دليل شرعى خاص، ويستند إليه المجتهد فى عدوله بحكم المسألة عن نظائرها، أو عن مقتضى الدليل الكلى.

ولهذا قسموا الاستحسان باعتبار سنده فقالوا:

منه ما سنده العرف مثل عقد «الاستصناع» مع أنه عقد على معدوم صح استحسانا، لأن العرف جرى به من غير نكير، وكذلك وقف المنقول الذى لم يرد بوقفه نص، ولكن تعورف ووقفه مثل وقف الكتب ونحوها.

ومنه ما سنده الضرورة كالعفو عن رشاش البول. واغتفار الغبن اليسير، وطهارة الآبار ونحوها؛ ومنه ما سنده المصلحة كتضمين الأجير المشترك إذا هلك المال فى يده.

ومنه ما سنده رفع الحرج، كالغبن اليسير فى المعاملات^(١).

ومن أمثلة الاستحسان ما يعرف بـ«المسألة المشتركة» فى الميراث أو المسألة الحمارية، وهى ما إذا ماتت المرأة وتركت زوجا وأما، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء أى لأب وأم معا، فالقياس هنا يوجب

(١) مصادر التشريع فيما لانص فيه للشيخ خلاف: ص ٧٠ نشر دار القلم - الكويت.

أن يكون للزوج النصف، وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث، أما الإخوة الأشقاء فلا يأخذون شيئاً، لأنهم عصبه يأخذون مابقى بعد أصحاب الفروض وهنا لم يبق لهم شيء.

وقد عرضت قضية كهذه على عمر-رضى الله عنه- فلم يجعل للأشقاء شيئاً فى التركة، فقال له بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان «حماراً» ألسنا من أم واحدة؟ فرجع عمر عن قسمته الأولى وشرك بينهم بالسوية، ويقال: إن بعض الصحابة قال له: هب أن أباهم كان حماراً، فما زادهم ذلك إلا قرباً، فلهذا سميت «المشتركة» أو «الحمارية».

هذا ما جاء عن عمر وعثمان، وزيد بن ثابت. وخالفهم على، وابن مسعود، وابن عباس،-رضى الله عنهم- قال العنبري: القياس ما قال على والاستحسان ما قال عمر.

قال الخبزي: وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة^(١).

وبذلك سن عمر سنة الاستحسان، الذى يقيم العدل، ويدفع الحرج، كما قال الشيخ أبو زهرة^(٢).

ومن صور الاستحسان: إباحة الاطلاع على العورات للعلاج الطبى، استثناء من القاعدة العامة فى تحريم رؤيتها، وذلك

(١) انظر: المعنى لابن قدامة ج٦ ص٢٣٨-٢٣٩ ط الإمام.

(٢) مالك لأبى زهرة: ص ٣٧٨.

للحاجة إلى دفع ضرر المرضى .

ومنها عدم اعتبار ربا الفضل فى المقادير القليلة لتفاهتها، فأجيز التفاضل القليل فى الماطلة الكثيرة .

ومنها الإفتاء بقبول الشاهد غير العدل، فى بلد لا يوجد به عدول^(١) .

ومنها دخول الحمام من غير تقدير أجره، ولا مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل، وإن كان الأصل فى هذا المنع .

وجوز مالك استئجار الأجير بطعامه وإن كان لا ينضبط مقدار أكله، لیسارة أمره وخفة خطبه وعدم المشاحة فيه، وأباح يسير الغرر فى الأجل دون الثمن، لأن العرف جار بالمسامحة فى الأجل والمضايقة فى الثمن، فقد یسامح البائع فى التفاضى عن الأيام ولا یسامح فى مقدار الثمن على حال^(٢) .

٣- الاستصلاح

ویأتى هنا كذلك دور «الاستصلاح» وهو كما قال المرحوم عبد الوهاب خلاف أخصب الطرق التشريعية فيما لانص فيه .وفیه

(١) المرجع نفسه : ص ٣٨٦ .

(٢) انظر : الاعتصام للشاطبى ج ٢ ص ١٤٣ ط مطابع شركة الإعلانات الشرقية - القاهرة .

المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس؛ وتحقيق مصالحهم وحاجتهم^(١).

ومعنى الاستصلاح هو: الاستدلال «المصلحة المرسله» وهى التى لم يدل دليل خاص من نصوص الشرع على اعتبارها أو إلغائها.

وإنما قام الدليل العام على أن الشرع يراعى مصالح الخلق، ويقصد إليها فى كل ما شرع من أحكام كما يقصد رفع الضرر والفساد عنهم ماديا كان أو معنويا، واقعا أو متوقعا.

وجمهور فقهاء المسلمين يعتبرون المصلحة دليلا شرعيا يبنى عليها التشريع أو الفتوى أو القضاء، ومن قرأ كتب الفقه وجد مئات الأمثلة من الأحكام التى لم تعلق إلا بمصلحة تجلب، أو ضرر يدفع.

وكان الصحابة، وهم أئمة الناس لهذه الشريعة، أكثر الناس استعمالا للمصلحة واستنادا إليها، فهذه المصلحة هى التى جعلت «أبا بكر» يجمع الصحف المفرقة، التى كان القرآن مدونا فيها من قبل فى مصحف واحد، وهو أمر لم يفعله النبى ﷺ، ولهذا

(١) وهذه- كما يقول الإمام القرافى فى الفروق ج٢ ص١٠٧- أدنى رتب المصالح، بخلاف المصلحة التى شهدت لها أصول الشرع بالاعتبار، فهى أعلى وأقوى. ولذا لم يختلف فيها.

توقف فيه أول الأمر، ثم أقدم عليه بنصيحة عمر، لما رأى فيه من خير ومصلحة للإسلام.

وجعلته يستخلف «عمر» قبل موته مع أن الرسول ﷺ لم يفعل ذلك.

وهى التى وجهت عمر إلى وضع الخراج وتدوين الدواوين، وتمصير الأمصار، واتخاذ السجون، والتعزير بعقوبات شتى، مثل إراقة اللبن المغشوش، ومشاطرة الولاية أموالهم إذا تاجروا أثناء ولايتهم.

وهى التى جعلت عثمان يجمع المسلمين على مصحف واحد. ينشره فى الآفاق ويحرق ما عداه، ويقضي بميراث زوجة من طلقها زوجها فى مرض الموت فرارا من إرثها.

وهى التى جعلت عليا يأمر «أبا الأسود الدؤلى» بوضع مبادئ علم النحو، ويضمن الصناع ما يكون بأيديهم من أموال، إذا لم يقدموا بينة على أن ماهلك إنما هلك بغير سبب منهم قائلًا: «لا يصلح الناس إلا ذلك»^(١).

وهى التى استند إليها معاذ بن جبل فى أخذ الثياب اليمينية بدل (العين) من زكاة الحبوب والثمار قائلًا: إيتونى بخميس أوليس (منسوجات محلية) آخذه منكم مكان الذرة والشعير، فإنه أهون

(١) انظر: تنقيح الفصول وشرحه للقرافى ص ١٩٨ - ١٩٩ ومصادر التشريع فيما لانص فيه لخلاف ص ٨٥ - ٨٨.

عليكم وأنفع للفقراء بالمدينة^(١).

واستند إليها معاوية في أخذه مدين (أى نصف صاع) من القمح في زكاة الفطر في مقابل صاع من التمر، وأقره الصحابة الذين كانوا في زمنه ماعدا أبا سعيد الخدرى - رضى الله عنهم^(٢).

وهى التى جعلت من بعد الراشدين يتخذون البريد، ويعربون الدواوين، ويضربون النقود، إلى غير ذلك من أعمال الدولة، دون أن يعترض عليه أحد من علماء الأمة.

وهى التى جعلت الإمام أبا حنيفة يوجب الحجر على المفتى الماجن، والطبيب الجاهل، والمكارى (المقاول ونحوه)، مع أن مذهبه - رضى الله عنه - عدم الحجر على العاقل البالغ وإن كان سفيها، احتراماً لأدميته.

ولكن حجر على هؤلاء منعا لضرر الجماهير من الناس^(٣).

وهى التى جعلت كثيرا من المالكية وغيرهم يفتون بشرعية فرض الضرائب على القادرين إذا اقتضى ذلك الدفاع عن الحوزة ولم يكن فى بيت المال ما يكفى^(٤).

(١) انظر كتابنا: فقه الزكاة ج٢ ص ٨٠٣.

(٢) نفسه ٩٣٢ وما بعدها.

(٣) قالوا: لعموم ضرر الأول فى الأديان، والثانى فى الأبدان، والثالث فى الأموال.

انظر الاختيار ج٤ ص ٩٦.

(٤) فقه الزكاة: ج٢ ص ٩٨٦-٩٨٧.

وجعلت جمهور الفقهاء يقولون بجواز قتل المسلم إذا تترس به الكفار، ولم يكن من قتالهم بد^(١).

وأجاز فقهاء الحنفية، والشافعية، وجماعة من المالكية وبعض الحنابلة شق بطن الأم بعد موتها لإخراج الجنين، إذا غلب على الظن أنه سيخرج حيا، برغم حرمة الميت المرعية شرعا، بل أوجب بعض الفقهاء ذلك، لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت، وشبهة صاحب «المهذب» من الشافعية بما لو وقعت مجاعة واضطر إلى أكل جزء من الميت^(٢)، وذلك لأن حق الحي مقدم على حق الميت عند التعارض، ومصلحة إنقاذ حياة الجنين تفوق مفسدة انتهاك حرمة أمه، فيرتكب أخف الضررين، ويفوق أدنى المصلحتين^(٣).

استدلال المذاهب الأربعة بالمصلحة المرسلّة:

ومن الفقهاء من أنكروا اعتبار «الاستصلاح» أصلا مستقلا يحتج

(١) انظر: المستصفى ج١ ص ٢٩٤-٢٩٥ والاختيار لتعليل المختار ج٤ ص ١١٩ ج١ حلب، ومطالب أولى النهى ج٢ ص ٥١٨-٥١٩.

(٢) انظر: المهذب وشرحه «المجموع» ج٥ ص ٣٠١-٣٠٢ وحاشية الصاوي ج١ ص ٢٠٥.

(٣) أما عند الحنابلة فالمذهب عندهم تحريم شق البطن من أجل الحمل، لما فيه من هتك حرمة متيقنة، لإبقاء حياة موهومة. قالوا: إذ الغالب والظاهر أن الولد لا يعيش واحتج أحمد بحديث: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي» رواه أبو داود ويجاب=

به، ويستند إليه في الفتوى والقضاء والتشريع، كالنص والإجماع والقياس، وذلك مثل الإمام الغزالي، الذي اعتبر الاستصلاح من «الأصول الموهومة» على حد تعبيره.

ومع هذا ذكر عددا من المسائل والقضايا مال فيها- أو في أكثرها- إلى القول بالمصالح، وكان المفهوم بعدها أن يلحق هذا بالأصول الصحيحة ليصير أصلا خاصا برأسه.

وقد اعترض بذلك على نفسه ثم أجاب بقوله:

«من ظن أنه أصل بنفسه فقد أخطأ، لأننا ردنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود، فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكات من المصالح الغريبة، التي لا تلائم تصرفات الشرع، فهي باطلة مطرحة ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى، علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا من هذه الأصول، ولكنه لا يسمى قياسا، بل مصلحة مرسله، إذ القياس أصل معين، وكون هذه

عنه بأن هذا في غير حالة الضرورة والمصلحة، على أن شق البطن ليس فيه كسر عظيم. واختيار بعض علماء المذهب جواز الشق إذا كان بالجنين حركة تظن بها حياته بعد شق البطن فالحياة هنا مرجوة لا موهومة.

المعاني مقصودة عرفت لابديل واحد، بل بأدلة كثيرة لاحصر لها، من الكتاب والسنة، وقرائن الأحوال، وتفاريق الإمارات، تسمى بذلك «مصلحة مرسله».

قال: «وإذ فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف فيها، بل يجب القطع بكونها حجة.

وحيث ذكرنا خلافا، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، عند ذلك يجب ترجيح الأقوى»^(١).

وقد شاع أن الاستدلال بالمصلحة المرسله خاص بمذهب المالكية، ولكن الإمام شهاب الدين القرافي المالكي (ت ٦٨٤هـ) يقول- ردا على من نقلوا اختصاصها بالمالكية:

«وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذى جمعوا أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسله، فهى حيثئذ فى جميع المذاهب»^(٢).

وهذا هو التحقيق، فالذى يطالع كتب المذاهب الأخرى يجد فيها عشرات ومئات من المسائل إنما يعللونها بتعليلات مصلحة، وإن كان الحنفية والحنابلة أكثر من الشافعية فى ذلك.

(١) المستصفى: ج١ ص ٣١، ص ٣١١.

(٢) شرح تنقيح الفصول: ص ١٧١.

ويذكر القرافي: أن إمام الحرمين - عبد الملك بن عبد الله الجويني ٤٧٨هـ - قرر في كتابه المسمى بـ«الغياثي» أموراً وجوزها وأفتى بها - والمالكية بعيدون عنها - وجسر عليها، وقالها للمصلحة المطلقة، وكذلك الغزالي في «شفاء الغليل» مع أن الاثنين شديداً الإنكار علينا - يعنى المالكية - فى المصلحة المرسله^(١).

وإمام الحرمين والغزالي شافعيان.

ولكن الغزالي فى «المستصفى» ضيق فى الأخذ بالمصلحة المرسله، واشترط لها شروطاً صعبة التحقيق وهى:

١ - أن تكون ضرورية: أى من الضروريات الخمس المعروفة، فإذا كانت فى مرتبة الحاجيات أو التتمات والتحسينات لاتعتبر.

٢ - أن تكون كلية: أى تعم جميع المسلمين، بخلاف ما لو كانت لبعض الناس دون بعض أو فى حالة مخصوصة.

٣ - أن تكون قطعية أو قريباً من القطعية^(٢).

قال القرطبي: «هى بهذه القيود لاينبغى أن يختلف فى اعتبارها، وأما ابن المنير فعد ذلك تحكما من قائله»^(٣).

والذى يظهر من عمل الصحابة - رضى الله عنهم - أنهم لم

(٢) المستصفى: ج١.

(١) المصدر نفسه ص١٩٩.

(٣) إرشاد الفحول: ص٢٢٦.

يكونوا يلتزمون هذه الشروط كلها، وإنما يراعون المصلحة، وإن كانت جزئية أو حاجية أو ظنية.

ف«عمر» يحكم بطلاق امرأة المفقود بعد مضي أربع سنوات -إما من حين فقدته، أو من حين رفع أمرها إلى القضاء -رعاية لمصلحة الزوجة، ورفعاً للضرر عنها، وإن لم يثبت موت زوجها، وهي مصلحة جزئية وحاجية وظنية، وقد وافق «عمر» على ذلك عثمان وعلى وابن عمر وابن عباس وجماعة من التابعين^(١).

ويقضى عمر على محمد بن مسلمة الأنصاري بالسماح لجاره -«الضحاك بن قيس» أن يسوق نهرا في أرض ابن مسلمة. لأن النهر ينفع جاره، ولا يضر محمداً، وقد كان محمد بن مسلمة. منع جاره من ذلك، فقال له جاره: أنت تمنعني. هو لك منفعة؟ تسقى منه أولاً وآخر، ولا يضرك، ولما اختصما إلى «عمر» قال لمحمد: «تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك؟! فأصر محمد على المنع، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك! ثم أمر عمر الضحاك أن يمر بنهره في أرض محمد ففعل^(٢).

والأمثلة كثيرة على هذا الاتجاه من عمل الصحابة الراشدين.

(١) انظر: المحلى ج ١٠ ص ١٦٤-١٧٥ ط الإمام مسألة رقم ١٩٤١.

(٢) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣١٠ مطبعة المعاهد-نقلا عن «المدخل إلى علم أصول الفقه» للدكتور الدواليبي.

ولهذا لم يشترط الإمام الشاطبي ما اشترطه الإمام الغزالي، وإنما اعتبر أموراً ثلاثة يجب مراعاتها عند الأخذ بالمصلحة وهي:

١- أن تكون معقولة في ذاتها، بحيث إذا عرضت على العقول تلقتهما بالقبول، فلا مدخل لها في الأمور التعبدية، فإن الأصل فيها أن تؤخذ بالتسليم.

٢- أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع في الجملة، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشرع إلى تحصيلها، بأن تكون من جنسها أو قريبة منها، ليست غريبة عنها، وإن لم يشهد دليل خاص باعتبارها.

٣- أن ترجع إلى حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين.

فأما مرجعها إلى حفظ الضروري، فهو من باب ما لا يتم الواجب إلا به. فهي إذن من الوسائل لا المقاصد.

وأما رجوعها إلى رفع حرج لازم: فهو إما لاحق بالضروري، وإما من الحاجي، الذي مرده إلى التخفيف والتيسير^(١).

(١) انظر: الاعتصام للشاطبي ج٢ ص ١٢٩- ١٣٥ «وعلم أصول الفقه» للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٨٤-٨٨ ط الدار الكويتية «ومالك» للشيخ أبو زهرة ص ٣٩١، ص ٤٣١.

وليس من اللازم إذن ما اشترط الإمام الغزالي أن تكون المصلحة من الضروريات، فقد تكون مصلحة حاجية، مما ييسر على الناس، ويرفع عنهم العنت والحرج.

وليس من اللازم أن تكون كلية عامة، فرعاية مصالح الأفراد، والفئات المختلفة، أمر معتبر فى الشريعة.

وليس من اللازم أن تكون قطعية، فالعمل بالظن الراجح أمر معمول به فى الأحكام الفرعية، وناط به الشرع أمورا كثيرة.

والأمر المهم الذى ينبغى الالتفات إليه، والاحتياط فيه، أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية، فقد يخيل الهوى والشهوة، أو الوهم وسوء التصور، أو الإلف والعادة، لبعض الناس: أن عملا ما مصلحة، وهو فى حقيقته مفسدة، أو أن ضرره أكبر من نفعه، فكثيرا ما يغفل الناس المصلحة العامة لأجل المنفعة الخاصة، أو يغفلون عن الضرر الآجل من أجل النفع العاجل، أو يغفلون الخسارة المعنوية من أجل الكسب المادى، أو يتغاضون عن المفسد الكبيرة من أجل مصلحة صغيرة، فالاعتبارات الشخصية والوقعية والمحلية والمادية لها ضغطها وتأثيرها على تفكير البشر، لهذا يجب الاحتياط والتحرى عند النظر فى المصالح وتقويمها تقويما سليما عادلا^(١).

(١) حاول الإمام الغزالي فى «المستصفى» أن يضع ضابطا شرعيا للمصلحة يتقيد به أهل الفتوى والقضاء والتقنين فقال:

قال الإمام ابن دقيق العيد: «لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح، ولكن الاسترسال فيها وتحقيقها يحتاج إلى نظر سديد»^(١).

وينبغي أن نشير هنا إلى حقيقة هامة وهي: أن الأحكام المبنية على مصلحة معينة تظل معتبرة مابقيت هذه المصلحة، التي هي مناط الحكم وعلته، فإذا انتفت وجب أن يتغير الحكم تبعاً لها، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

ومن أمثلة ذلك: العقوبات التعزيرية، والأحكام التي تقتضيها

= أما المصلحة فهي عبارة - في الأصل - عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولنا نعى به ذلك، لكننا نعى بالمصلحة «المحافظة على مقصود الشرع» ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، مالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة هو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعه مصلحة. وهذه الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح. (المستصفى ج١ / ٢٨٦ / ٢٨٧) إلا أنه يؤخذ على هذا الضابط: أنه اقتصر على قسم واحد من المصالح، وهو الضروري منها، وأهم الحاجي والتحسيني، وكلاهما من المصالح التي يقصد الشرع إلى تحقيقها في حياة الناس، فهو يريد بهم اليسر والتخفيف، ورفع الحرج، والهداية إلى أقوم المناهج في الآداب والأخلاق والنظم والمعاملات، وهذا يدل على أن المصالح الحاجية والتكميلية مقصودة للشارع أيضاً.

فتعريف المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع صحيح، ولكن قصر مقصوده على حفظ الضروريات غير مسلم.

(١) إرشاد الفحول: ص ٢٢٦.

السياسة الشرعية الوقتية، التي رويت عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة ومن بعدهم، بل من ذلك بعض ما ورد عن النبي ﷺ نفسه .

وذلك مثل نهيه ﷺ عن كتابة الحديث في أول الأمر، خشية اختلاطه بالقرآن، ومثل إلزام عمر الصحابة أن يقلوا الحديث عن رسول الله ﷺ لما اشتغلوا به عن القرآن، سياسة منه .

ومثل ذلك اختياره للناس الإفراد بالحج، ليعتمروا في غير أشهر الحج، فلا يزال البيت الحرام مقصودا .

فإن هذا وأمثاله - كما قال ابن القيم - «سياسة جزئية بحسب المصلحة تختلف باختلاف الأزمنة، فظنها من ظنها شرائع عامة لازمة للأمة إلى يوم القيامة، ولكل عذر وأجر، ومن اجتهد في طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الأجر والأجرين»^(١) .

وبناء الأحكام على المصالح الزمنية والبيئية من أسباب تغيير الفتوى واختلافها باختلاف الأزمان والأماكن والأحوال كما سيجيء بعد .

٤ - العرف

وفي هذه المنطقة - منطقة الفراغ من النصوص الملزمة - يتسع

(١) الطرق الحكمية: ص ١٦-١٨ .

المجال للأخذ بالعرف- ونعنى بالعرف: ما اعتاده الناس، وتواضعوا عليه، فى شئون حياتهم، حتى أنسوا به واطمأنوا إليه، وأصبح أمرا معروفا، سواء أكان عرفا قوليا، أم عمليا، عاما أم خاصا.

فالقولى: مثل تعارف الناس على أن السمك لايسمى لحما، وعلى إطلاق «الولد» على الذكر دون الأنثى، على خلاف اللغة.

والعملى: مثل تعارفهم على البيع بالمعاطاة، من غير صيغة إيجاب وقبول لفظية.

والعرف العام: ما يتعارف عليه كافة الناس على اختلاف طبقاتهم فى كافة البلاد والأقطار.

والخاص: ما يتعارف ويشيع فى بعض الأقطار أو بعض البلاد دون بعض، أو يختص ببعض الفئات، كالعرف التجارى بين التجار، والعرف الزراعى بين الزراع... وهكذا.

وعندما جاء الإسلام كانت للعرب أعراف مختلفة، فأقر منها ما كان صالحا ويتلاءم مع مقاصده ومبادئه، ورفض ما ليس كذلك، وأدخل على بعض الأعراف تصحيحات وتعديلات، حتى تتمشى مع اتجاهه وأهدافه.

وقد ترك الشرع أشياء كثيرة لم يحددها تحديدا جامدا صارما،

بل تركها للعرف الصالح، يحكم فيها ويعين حدودها وتفصيلها، كما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله: ﴿وَكَلِمَاتٍ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١].

فالعرف هو المحكم في تحديد النفقة للمرأة، والمتعة للمطلقة. ومثل ذلك تحديد معنى التفرق في حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١) ومعنى الإحياء في حديث: «من أحيأ أرضا ميتة فهي له»^(٢) ومعنى «الحرز» في السرقة، ومعنى «القبض» في البيع والهبة ونحوهما، وذلك لأن الشارع ذكر حكما ولم يبينه، فدل على أنه تركه لعرف الناس، كما قال ابن قدامة وغيره من الحنابلة^(٣).

وقد نوه عامة الفقهاء بالعرف، وبنوا عليه كثيرا من الأحكام، واستشهدوا له بما جاء عن ابن مسعود -رضى الله عنه-: «ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن»^(٤) وقد ظن بعضهم هذا النص حديثا مرفوعا، وإنما هو من كلام ابن مسعود.

(١) متفق عليه.

(٢) رواه أبو داود والترمذى وحسنه.

(٣) انظر: المغنى ج٣ ص ٥٠٥ والكافى ج٢ ص ٢٩، ٥٥ ومنار السبيل ج٢ ص ٣٨٧-٣٨٨.

(٤) رواه أحمد في كتاب «السنة» وليس في مسنده كما وهم بعضهم، وأخرجه البزار والطيالسى والطبرانى وأبو نعيم والبيهقى فى الاعتقاد، كلهم عن ابن مسعود موقوفا. وروى مرفوعا عن أنس بإسناد ساقط. انظر كشف الخفاء ومزيل الإلباس حديث رقم ٢٢١٤.

ومن القواعد الفقهية المشهورة: «العادة محكمة»^(١) ومن فروعها: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» «المتنع عادة كالممتنع حقيقة».

وقال بعض الناظرين في الفقه:

والعرف فى الشرع له اعتبار

لذا عليه الحكم قد يدار

ورعاية العرف فى هذه الحالة إنما هى نوع من رعاية المصلحة أيضاً إذ من مصلحة الناس أن يقرروا على ما ألفوه وتعارفوه، واستقر عليه أمرهم على مر السنين والأجيال، فقد أصبح إلفهم واستقرارهم على عاداتهم حاجة من حاجاتهم الاجتماعية يعسر عليهم أن يتركوها، ويعتتهم أن يتخلوا عنها.

وقد جاء الدين بالتيسير، ورفع الحرج والعنت عن الأمة، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقال: ﴿هُوَ اجْتَبَاكُمْ، وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقال ﷺ: «إنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين»^(٢).

(١) انظر: الأشباه والنظائر «لابن نجيم» ص ٤٦-٥٢.

(٢) متفق عليه عن أبى هريرة.

وإنما يعتبر العرف إذا لم يصادم نصا ثابتا أو إجماعا يقينيا، وكذلك إذا لم يكن من ورائه ضرر خالص أو راجح، فأما العرف المصادم للنصوص الذى يحل الحرام، أو يبطل الواجبات، أو يقر البدع فى دين الله، أو يشيع الفساد والضرر فى دنيا الناس، فلا اعتبار له، ولا يجوز أن يراعى فى تقنين أو فتوى أو قضاء.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره مكانا، وزمانا^(١).

فمن التغير المكانى: ما ذكر الشاطبى مثلا له: كشف الرأس. قال: «فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع، فهو لذوى المروآت قبيح فى البلاد الشرقية، وغير قبيح فى البلاد المغربية، فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحا فى العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح»^(٢).

ومن التغير الزمانى: ما ذكره القرافى فى «الأحكام» عن مالك: «إذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول، فالقول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض».

وعلق القاضى إسماعيل - من فقهاء المالكية - على ذلك بقوله: «هذه كانت عاداتهم بالمدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى

(١) علم أصول الفقه لخلاف ص ٩١.

(٢) مالك لأبى زهرة ص ٤٥١ وقد نقل ذلك عن الموافقات ج ٢ ص ١٩٨.

تقبض جميع صداقتها، واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فالقول
قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العادات»^(١).

وبناء على اعتبار العرف الخاص قال العلامة ابن نجيم الحنفى:
«ينبغي أن يفتى بأن مايقع فى بعض أسواق القاهرة من خلو
الخوانيت لازم، ويصير الخلو فى الخانوت حقا له، فلا يملك
صاحب الخانوت إخراجه منها، ولا إجارته لغيره، ولو كانت
وقفا»^(٢).

وناقشه بعض المحدثين: كيف ينبغي أن يفتى به، مع كونه
مخالفا للقواعد الشرعية^(٣)؟.

(١) المصدر السابق ص ٤٥٢ .

(٢) الأشباه والنظائر: ص ٥٢ .

(٣) حاشية الأشباه .