الاستصلاح

الاستصلاح هو أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه وفيه التسع لمسايرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم . والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط فى توخى المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء لأن الأهواء كثيراً ماتزين المفسدة فترى مصلحة وكثيراً ما يغتر بما ضرره أكبر من نفعه والبحوث التى نخصها بالبيان من بحوثه .

١ — تعريفه

٢ — مذاهب العلماء فى الاحتجاج به .

٣ — أدلة كل مذهب .

٤ — شروط التشريع بالاستصلاح .

٥ — هل يراعى الاستطلاح حيث توجد أحكام بالنصوص .

١ — تعريفه : الاستصلاح فى اللغة العربية طلب الإصلاح مثل الاستفسار طلب التفسير وكما يقال فى الحسيات استصلح بدنه أو مسكنه يقال فى المعنويات استصلح خلقه أو أدبه وفى القرآن الكريم « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير . وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

أما الاستصلاح فى اصطلاح الأصولين فهو تشريع الحكم فى واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسلة أى مطلقة بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لإلغائها . وبعض الأصوليين كالحنابلة يسميه الاستصلاح وبعضهم يسميه العمل بالمصلحة المرسلة .

وتوضيحا المراد من الاستصلاح فى اصطلاح الأصولين أقول : إن جمهور علماء المسلمين متفقون على أن الشارع الإسلامى ما شرع الأحكام لوقائع المكلفين وما أرشد إلى طرق توصل إلى التشريع فيما لانص فيه إلا لتحقيق مصالح الناس . وأن

مصالح الناس ترجع إلى حفظ ماهو ضرورى لهم . وما هو حاجى . وما هو تحسينى فكل حكم شرعه الشارع فالمقصود به مصلحة من هذه المصالح ، وقد دل على هذا استقراء الأحكام الشرعية فى مختلف الأبواب وفروع التقنين ووفى هذا بما لا مزيد عليه الإمام الشاطبى فى الموافقات وذكر أمثلة كثيرة لا يبقى معها مجال لريب وليستقيم التكليف بالأحكام وينضبط لم يربط الشارع أحكامه وجوداً وعدما بنفس المصالح المقصودة منها لأن هذه المصالح قد تكون خفية ، وقد تكون مرنة غير منضبطة ويختلف فيها المكلفون باختلاف أحوالهم بل ربطها بعلل ظاهرة منضبطة يكون ربط الحكم بها من شأنه أن يحقق المصلحة المقصودة فيه فلم يربط الحكم بنقل الملكية بين البائع والمشترى بتراضى المتبايعين ولأن هذا التراضى أمر نفسى خفى بل ربطه بأمر ظاهر هو مظنة هذا التراضى وهو صفة الإيجاب والقبول . ولم يربط استحقاق الشفعة بدفع الضرر عن الشريك أو الجار لأن هذا أمر مرن غير مضبوط بل ربطه بنفس الشركة أو الجوار وكل منهما أمر محدد مضبوط مظنة لتحقيق المصلحة .

فإذا نص الشارع على حكم فى واقعة ودل على المصلحة التى قصدها بهذا الحكم وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التى ربط بها حكمه لما فى هذا الربط من تحقيق المصلحة فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة يحكم فيها بحكم الشارع فى واقعة النص وهذا حكم بالقياس ومثاله قول الله تعالى « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » فعبارة النص تدل على أن إيجاب اعتزال النساء فى المحيض مسبب عن كونه أذى . فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال النزيف حال أذى مثل المحيض يجب اعتزال النساء فيه شرعا قياسا على وجوب اعتزالهن فى المحيض .

ومثاله قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » فعبارة النص تدل على أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة من يوم الجمعة لأن البيع فى هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله وعن الصلاة . فكل معاملة تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة كالإجارة والرهن حكمها حكم البيع مأمور بتركها « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة » .

ولا فرق بين أن يدل الشارع على اعتبار العلة بعينها لحكم بعينه أو يدل على اعتبار العلة بعينها لجنس الحكم أو يدل على اعتبار جنس العلة للحكم أو على اعتبار جنس العلة لجنس الحكم . فى كل هذه الصور تكون العلة معتبرة من الشارع بأتم وجوه الاعتبار أو بنوع من أنواع الاعتبار والتشريع فى واقعه بناء على تحقق هذه العلة فيها هو تشريع بالقياس والمصلحة المقصودة بهذا القياس وتسمى المصلحة المعتبرة من الشارع . وإذا نص الشارع على حكم فى واقعة لمصلحة استأثر بعلمها وبدا لبعض الناس حكم فيها مغاير لحكم الشارع لمصلحة توهموها ولأمر ظاهر تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نفعا أو يدفع ضرراً فهذه المصلحة التى توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ولا يصح التشريع بناء عليها .

ومثاله قال تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فما يتوهم من المصلحة فى التسوية بين الذكور والإناث فى الإرث مصلحة ملغاة .

ومثاله قول الرسول لمن أفطر عامدا فى رمضان اعتق رقبة فإن لم تجد فصم شهرين متتابعين فإن لم تجد فأطعم ستين مسكينا . فالمفتى الذى أفتى الملك الذى أفطر عامداً فى رمضان بأنه لا يكفر ذنبه إلا صوم شهرين متتابعين بناء على أن هذا هو الذى يشق على الملك ويردعه قد بنى فتواه على مراعاة مصلحة ملغاة لأن الشارع رتب مابه التكفير ترتيباً خاصا لمصلحة يعلمها بلا تفريق بين ملك وغير ملك ، فإلغاء هذا الترتيب وإلزام المفطر بهذا الإلزام لمصلحة الذى توهمها المفتى هو مراعاة مصلحة ملغاة .

فالتشريع بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بأى نوع من أنواع الاعتبار تشريع سائغ وهو بالقياس ، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ومعارضة لمقاصد الشارع .

أما إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكما لها . ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم ، أى أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعا ؛ فهذا الأمر المناسب فى هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة ، أما وجه أنه مصلحة فلأن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر

أو جلب نفع ، وأما وجه أنه مصلحة مرسلة أى مطلقة فلأنه لا يوجد من الشارع مايدل على اعتبارها أو إلغائها .

فالاستصلاح هو استنباط الحكم فى واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لادليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها .

ومن أمثلته الأحكام الكثيرة التى استنبطها الصحابة فيما جد لهم من الوقائع التى لم يجدوا فيها نصا ولم يتقدم لها نظير ، وبنوا استنباطهم فيها على مطلق المصلحة مثل جمعهم القرآن فى مصحف واحد وحملهم المسلمين عليه . وتدوين الدواوين وسك النقود واتخاذ السجون وتوظيف عمر الخراج على أرض السواد ، وتجديد عثمان أذانا ثانيا لصلاة الجمعة لما كثر المسلمون ولم يكف الأذان بين يدى الخطيب لإعلامهم . ومن أمثلته فى تقنيننا الحديث اشتراط الإشهاد الشرعى لصحة الوقف واشتراط سن معينة لمباشرة عقد الزواج ، ومنع سماع الدعوى فى عدة وقائع بينها القانون إلا بوثائق رسمية .

٢ — مذاهب العلماء فى الاحتجاج بالاستصلاح : اتفقت كلمة علماء المسلمين على أنه لامجال للقياس ولا للاستحسان ولا للاستصلاح فى العبادات لأن أحكام العبادات أحكام تعبدية وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة الجزئية لكل حكم منها ، ومن أجل هذا لا مجال للاجتهاد بالرأى فيها ولا منفذ فيها لقياس أو استحسان أو استصلاح . ومثل العبادات الحدود والكفارات وفروض الإرث وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق وكل ما شرع محددا مقدرا واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به .

وأما ماعدا أحكام العبادات والمقدرات من أحكام المعاملات والتعزيرات وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام . فقد اختلف العلماء فى الاستنباط فيها بالاستصلاح أو بعبارة أخرى بالعمل فيها بناء على مراعاة المصلحة المرسلة .

(١) فذهب مالك وأحمد ومن تابعوهما إلى أن الاستصلاح طريق شرعى لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع ، وأن المصلحة المطلقة التى لا يوجد من الشرع مايدل على اعتبارها ولا على إلغائها مصلحة صالحة لأن يبنى عليها الاستنباط .

(ب) وذهب الشافعى ومن تابعوه إلى أنه لا استنباط بالاستصلاح ومن استصلح فقد شرع كمن استحسن والاستصلاح كالاستحسان متابعة للهوى .

(حـ) وذهب الطوفى من علماء الحنابلة إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعى الأساسى فى المعاملات ونحوها مما شرعت فيها الأحكام لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، وليس هو الدليل الشرعى الأساسى فيما لانص فيه فحسب بل هو الدليل الشرعى الأساسى وسبيل التشريع العام فيما لا نص فيه وفيما فيه نص وفى المعاملات والسياسات الدنيوية حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

(د) أما الحنفية : فالمشهور فى بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ، ولا يعتبرونه دليلا شرعياً ، وهذا فيه نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء العراق فى مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هى مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون بالاستصلاح . وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعى فى بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتج إلا بالمصلحة . وهم فى مقدمة العباسيين وعمادهم مراعاة المصلحة .

وثانيها : أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذى سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استناداً إلى المناسب المرسل ، وأخذا بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح . والذى أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح .

أدلة المحتجين بالاستصلاح : استدل المحتجون بالاستصلاح على حجيته بعدة أدلة :

أولها : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس أى لجلب النفع لهم ، أو دفع الضرر عنهم . فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعى بنص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص ، أو إجماع ، يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة . وإذا لم يكن فيها حكم بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، يتوخى الحكم فيها بما يحقق

المصلحة . ويكون الحكم المتوخى به المصلحة فيها حكما شرعياً لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التى ما قصد بتشريعها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتى دل استقراؤها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

وثانيها : أن الوقائع تحدث . والحوادث تتجدد . والبيئات تتغير . والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارىء لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل ، وقد يؤدى تغير أخلاق الناس وذممهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح ، ضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد . وقصرت عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال ، مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس ، وخاتمة الشرائع السماوية كلها .

وثالثها : أن المصالح التى بنيت عليها أحكام الشريعة هى مصالح معقولة ، أى أن العقل يدرك حسن ما طالب به الشرع ويدرك قبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه ، وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره ، فإذا حدثت واقعة لا حكم للشارع فيها ، وبنى المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع فيها أو ضرر كان حكمه على أساس صحيح معتبر من الشارع . ولذلك لم يفتح باب الاستصلاح إلا فى المعاملات ونحوها مما تعقل معانى أحكامها ، وأما العبادات ونحوها مما لا تعقل معانى أحكامها ، فلا تشريع فيها بالاستصلاح .

ورابعها : أن أصحاب رسول الله لما طرأت لهم بعد وفاته حوادث وجدّت لهم طوارىء شرعوا لها ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة ، وما وقفوا عن التشريع لأن المصلحة ما قام دليل من الشارع على اعتبارها ، بل اعتبروا أن ما يجلب النفع أو يدفع الضرر حسبما أدركته عقولهم هو المصلحة ، واعتبروه كافيا لأن يبنوا عليه التشريع والأحكام ، فأبو بكر جمع القرآن فى مجموعة واحدة ، وحارب مانعى الزكاة ، ودرأ القصاص عن خالد بن الوليد . وعمر أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ووقف تنفيذ حد السرقة فى عام المجاعة ، وقتل الجماعة فى الواحد . وعثمان جدد أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة ، وورث زوجة المطلق الفار من إرث زوجته . ودون مصحفاً واحداً وجمع المسلمين عليه . وعلى حرق الرافضة .

وأصحاب هذا المذهب يتفقون فى الأساس فقط وأصحاب مذهب التحسين والتقبيح العقليين الذين ذهبوا إلى أن ما حسنه العقل فهو الحسن وهو المطلوب لله أن يفعله المكلف ويثاب على فعله ويعاقب على تركه . وما قبحه العقل فهو القبيح وهو المطلوب لله أن يتركه المكلف ويعاقب على فعله ويثاب على الكف عنه . ويتفقون فى الأساس أيضاً . وأصحاب مذهب المنفعة الذين ذهبوا إلى أن الخير ما جلب أكبر نفع لأكثر عدد ، والشر ما جلب الضرر . وإنما قلت إنهم يتفقون معهم فى الأساس فقط ، لأن المحتجين بالاستصلاح لا يرون أن الحكم بالاستصلاح هو حكم العقل وإنما يرون أنه حكم الشرع اهتدى إليه العقل على ضوء أحكام الشارع ومبادئه العامة ومقاصده من التشريع .

وهذه أقوال أربعة من زعماء المحتجين بالاستصلاح أنقلها بنصوصها لتتبين منها وجهات نظرهم .

قال العز بن عبد السلام[1] : إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل ؛ وذلك فى معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن .

واتفق العقلاء ، وكذلك الشرائع على تحريم الدماء ، والأبضاع ، والأموال ، والأعراض ، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال .

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفى منها شىء طُلب من أدلة الشرع ، وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والظنون . ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجحَها ومرجوحَها فليعرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم ليبْن عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبّد الله به عباده ، ولم يوقفهم على مصلحته

---

(١) توفى فى جمادى الأولى سنة ٦٦٠ هـ .

أو مفسدته ، والشريعة كلها مصالح ، أو تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : « يأيها الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه .

وقال أبو إسحاق[1] الشاطبي الفقيه المالكي : إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول فى بعثة الرسل : « رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى فى الصيام : « كُتِبَ عليكم الصيام كما كُتِبَ على الذين من قبلكم لعلكم تتقون» وفى الصلاة : « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وفى القبلة : « فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ » وفى الجهاد : « أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا » وفى القصاص : « وَلَكُمْ فى الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يا أُولِي الْأَلْبَابِ » .

وقال محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم[2] : « إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله فى أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله أتم دلالة وأصدقها ، وهى نوره الذى به أبصر المبصرون ، وهداه الذى به اهتدى المهتدون ، وشفاؤه التام الذى به دواء كل عليل ، وطريقه المستقيم الذى من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل ، وهى العصمة للناس وقوام العالم ، فبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا .

---

(١) توفى سنة ٧٩٠ هـ .

(٢) توفى سنة ٧٥١ هـ .

وقال القرافى ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عجلوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظر وولاية العهد من أبى بكر لعمر وترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين وعمل السكة للمسلمين وغير ذلك مما عملوه لمطلق المصلحة .

أدلة من لا يحتجون بالاستصلاح : الذين لا يحتجون بالاستصلاح فى التشريع فريقان : الأول نفاة القياس وهؤلاء حجتهم على إنكار الاستصلاح هى حجتهم على إنكار القياس ، وهى أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا . ومانص عليه فى كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التى خلق الله عليها الأشياء . فهؤلاء لايقولون بعلل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

والفريق الثانى : جمهور من مثبتى القياس فى مقدمتهم الإمام الشافعى وقد استدلوا على مذهبهم بعدة أدلة .

أولها : أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، فشرع لهم أحكاما فى كتابه وعلى لسان رسوله ، وأحكاما هدى إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها ، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا فى شىء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه ، أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأى طريق من طرق رده إليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتن عليهم بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى » . ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لبينه ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » .

وثانيها : أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها . فما لم يشرع الشارع له أحكاما من مصالح الناس ، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع

عليه لأن الحكم إنما يكون شرعيا إذا شرعه الشارع أو بنى عليه ما اعتبره الشارع أساسا لبناء الحكم عليه والاستصلاح هو حكم مبنى على مصلحة لم يعتبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعى .

وثالثها : أن المصلحة المرسلة أى المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هى مترددة بين الاعتبار والإلغاء . ومحتملة لأن تلحق بالمعتبر أو بالملغى . وفى هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والأغراض ، فقد يغلب على المرء هواه فيرى المفسدة مصلحة والمضرة منفعة . وقد تخفى على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام . فالإنسان مهما كمل لا يأمن من أن يغلب هواه عليه وأن يزين له السوء حسنا والعقل مهما نضج لا يأمن من أن تخفى عليه بعض وجوه النفع أو الضرر ، فالتشريع بناء على المصلحة المرسلة عرضة للزلل وباب للتشريع بالهوى .

وهذا المذهب يتفق وأصحاب مذهب التحسين والتقبيح الشرعيين الذين ذهبوا إلى أن الحسن هو ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه الشرع . وما حسنه الشرع هو المطلوب للشارع فعله وهو الذى يثاب فاعله ، وما قبحه الشرع هو المطلوب للشارع الكف عنه وهو الذى يعاقب فاعله . ويتفق ومذهب أصحاب القانون الذين ذهبوا إلى أن مقياس الخير والشر القانون ، فما أمر به القانون أو أباحه فهو الخير وما منعه القانون فهو الشر . وأنا أورد بعض أقوال زعماء هذا المذهب لتتبين من أقوالهم وجهات نظرهم .

قال الإمام الشافعى : « لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب أو السنة . أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه . أو قياس على بعض هذا » فما أبطل به الاستحسان هو الذى أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعى لا يكون إلا عن نص أو إجماع أو قياس مبنى على علة اعتبرها الشارع لحكمه .

وقال الآمدى فى كتابه الإحكام : المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها . والمرسلة مترددة بين ذينك القسمين . وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى » .

وقال الغزالى فى كتابه المستصفى « هذا — أى القول بالمصالح — من الأصول الموهومة إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع . ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع فكل مصلحة لاترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشارع فهى باطلة مطروحة ، 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 عن هذه الأصول — ثم قال : ما معناه : إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف فى اتباعها . ويجب القطع بكونها حجة لأنها فى الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع . وإذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة التى لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها ولا لبناء تشريع عليها — وختم بحثه بقوله : وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلا خامساً برأسه بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع » .

الطوفى ، ومذهبه ، وأدلته : الطوفى هو سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد الطوفى الصرصرى البغدادى الحنبلى الملقب بنجم الدين . ولد بقرية طوفى من أعمال صرصر بالعراق فى سنة ٦٧٣ هـ ونشأ بها . ثم رحل إلى بغداد وتثقف بعلمائها . ثم سافر إلى دمشق واجتمع فيها بابن تيمية ، ثم ذهب إلى مصر وقرأ على أبى حيان النحوى مختصره لكتاب سيبويه ، وقد عرف عنه التشيع ونقد بعض كبار الصحابة والتطرف فى بعض آرائه ، وقد ابتلى من أجل هذا بالتعزير والتشهير والحبس ثم حج وأقام بمكة زمناً طويلا ، وله مؤلفات عديدة فى الحديث والأصول ، وتوفى ببلدة الخليل فى سنة ٧١٦ هـ ودفن بها .

ومن مؤلفات الطوفى كتاب فى شرح الأربعين حديثاً النووية ، وقد أفاض فى شرح الحديث الثانى والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار[1] » فجاء رسالة فى رعاية المصالح المرسلة .

---

(١) نشرنا فى آخر هذا الكتاب نص هذه الرسالة منقحة محررة من أوثق مصادرها .

أما خلاصة ما ذهب إليه فى مراعاة المصلحة المرسلة فهى أنه قسم الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام العبادات والمقدرات التى لا مجال للعقل فى فهم معانيها بالتفصيل . وهذه المعول عليه فيها نصوص القرآن والسنة وإجماع المجتهدين من الأمة . وأحكام المعاملات والسياسات الدنيوية التى للعقل مجال فى فهم معانيها والمقصود بها . وهذه المعول عليه فيها هو المصلحة أى جلب النفع ورفع الضرر فإذا لم يكن للشارع حكم فى وقائع منها حكمنا فيها بما يحقق المصلحة . وإذا كان للشارع حكم فى وقائع منها واتفق حكم نص الشارع والمصلحة التى تدركها عقولنا نفذنا النص ، وإذا كان حكم نص الشارع أو الإجماع لا يتفق والمصلحة التى تدركها عقولنا ولم يمكن الجمع بينهما فالمعول عليه هو المصلحة ، وهذه بعض عباراته أنقلها بنصوصها ليتبين منها مذهبه ووجهة نظره :

قال : « واعلم أن هذه الطريقة التى قررناها مستفيدين لها من الحديث المذكور — لا ضرر ولا ضرار — ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هى أبلغ من ذلك . وهى التعويل على النصوص والإجماع فى العبادات والمقدرات . وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات وباقى الأحكام ، وإنما اعتبرنا المصلحة فى المعاملات دون العبادات وشبهها لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته فيأتى به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً خادماً له إلا إذا امتثل ما رسم سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هاهنا ، ولهذا لما تقيدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عز وجل وضلوا وأضلوا . وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، وكانت هى المعتبرة ، وعلى تخصيصها المعول » .

وقال : « المصلحة وباقى الأدلة إما أن تتفقا ، أو تختلفا . فإن اتفقا فبها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الكلية الخمسة وهى : قتل القاتل والمرتد . وقطع يد السارق . وحد القاذف والشارب . ونحو ذلك من الأحكام التى وافقت فيها الأدلة المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ، مثل أن تحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه

لا يخل بالمصلحة ولا يفضى إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها . وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار . وهو خاص فى نفى الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هى المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، وباقى الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل » .

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هى :

أولا ما ورد عن الشارع من نصوصه وتعليلات أحكامه الدالة على أنه ما قصد من تشريعه الأحكام إلا تحقيق مصالح الناس مثل « ولكم فى القصاص حياة » . ومثل « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وغير ذلك مما يدل على مقصود الشارع من تشريعه ، فإذا سكت عن حكم واقعة من وقائع معاملات الناس . وحقوقهم بعضهم على بعض . ونظمهم السياسية الدنيوية ، فقد أحالهم على عقولهم يستنبطون بها فى هذه الوقائع الأحكام التى تحقق مصالحهم وهى المقصودة للشارع من التشريع .

وهذا الدليل يتفق وما استدل به المالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسلة فيما لا نص على حكمه ولا إجماع .

وثانيا ما ورد فى السنة الصحيحة من قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فهذا نص خاص قاطع فى نفى كل ضرر وكل ضرار لأن النكرة فى سياق النفى من صيغ العموم . فإذا دل نص على حكم وكان تطبيق حكم هذا النص فى واقعة من الوقائع يستلزم ضرراً بأن كان يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة يخصص النص بما عدا هذه الواقعة عملا بحديث لا ضرر ولا ضرار كما هو الشأن فى تعارض العام والخاص ، يعمل بالعام فيما عدا الخاص ، وعلى هذا لا يكون التعارض فى التحقيق بين النص والمصلحة ، وإنما هو بين النص ونص لا ضرر ولا ضرار . ولا نكون أهملنا العمل بالنص مراعاة للعمل بالمصلحة ، وإنما خصصنا عموم النص أو قيدنا إطلاقه بنص الحديث لا ضرر ولا ضرار . وكأن الشارع لما شرع أحكامه فى المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضررا ، ودل على هذا التقييد بقوله لا ضرر ولا ضرار .

وثالثا أن النصوص والإجماع وسائر الأدلة والأمارات الشرعية إنما هى وسائل لتحقيق مصالح الناس ، ورعاية المصلحة هى من أدلة الأحكام والأمارات عليها ؛ فإذا عملنا بالمصلحة فى مقابلة مادل عليه دليل من هذه الأدلة فنحن نعمل بدليل راجح فى مقابلة دليل مرجوح ، لأن المصلحة هى المقصودة والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل . ولهذا نسخت بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبدل المصالح .

شروط المصلحة التى يبنى عليها التشريع : من يحتجون بالمصلحة المرسلة لم يتركوها مطلقة عن كل قيد وشرط بل احتاطوا وشرطوا فيها شروطا تحول دون اتخاذها ذريعة للأهواء والمظالم والعبث بالتشريع لأن اعتبار المصلحة أمر تقديرى فما لم يحتط فيه كان سبيل الزلل .

الشرط الأول : أن يثبت بالبحث وإنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لاوهمية . أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا أو يدفع ضرراً لأنها بهذا تكون مصلحة متفقة فى الجملة والمصالح التى قصدها الشارع ، وأما مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع ووجوه الضرر . فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء التشريع عليها . فمن يتوهم المصلحة فى سلب الزوج حق التطليق وجعل التطليق للقاضى . أو فى منح الزوجة حق التطليق وجعلها مساوية للزوج فيه ، لايصح له التشريع بناء على مجرد هذا التوهم بل لابد من البحث الدقيق والاستقراء والموازنة بين المنافع والمضار ، وكذا كل مصلحة يتجه الرأى إلى التشريع لتحقيقها .

الشرط الثانى : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ، أى ليست مصلحة شخصية أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأكثر الناس ، أو يدفع ضرراً عن أكثرهم . وأما المصلحة التى هى نفع لأمير أو عظيم أو أى فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء التشريع عليها لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع ولو كانت فيها مضرة لفرد أو أفراد .

الشرط الثالث : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة لا يعارض التشريع

لها نصا ولا إجماعا . فلا تصح رعاية المصلحة فى مساواة الابن بالبنت فى الإرث . ولا فى تعديل فروض أصحاب الفروض فى الإرث ، ولا فى تغيير أى حكم ثبت بالنص أو الإجماع لأن الحكم الذى ثبت بالنص أو الإجماع ماقصد به إلا المصلحة ، وهى مصلحة حقيقية عامة بتقدير الشارع أو بتقدير المجتهدين متفقين . فالمصلحة التى تعارض هذا الحكم يغلب أن تكون وهمية ، ولا يعدل عن مصلحة حقيقية بمصلحة وهمية .

موازنة — ومن الموازنة بين المذاهب الثلاثة فى الاستصلاح يتبين أن الذين لا يحتجون بالمصلحة المرسلة إطلاقاً لا فيما لانص على حكمه ، ولا فيما ورد نص بحكمه قد سدوا بابا من أبواب اليسر ورفع الحرج فى التشريع ، وأظهروا الشريعة قاصرة عن مصالح الناس وعن مسايرة التطورات ، ودعواهم أن الشريعة كفلت كل مصلحة فى أى زمن وأية بيئة إنما تسلم لهم إذا اعتبروا المصلحة سندا للتشريع وسلموا بأنه حيث توجد المصلحة فثم شرع الله ، وبهذا أكمل الله للمسلمين دينهم لأنه شرع لهم أحكاما فى وقائع ، ومهد لهم عدة سبل للوصول إلى أحكام مالم يشرع فيه ، وجعل من هذه السبل أن يتوخوا مصلحتهم حيث كانت — وأن الطوفى الذى يحتج بالمصلحة المرسلة إطلاقا فيما لانص فيه . وفيما فيه نص ، قد فتح بابا للقضاء على النصوص . وجعل حكم النص أو الإجماع عرضة للنسخ بالرأى لأن اعتبار المصلحة ماهو إلا مجرد رأى وتقدير . وربما قدر العقل مصلحة ، وبالروية والبحث قدرها مفسدة . فتعريض النصوص لنسخ أحكامها بالآراء وتقدير العقول خطر على الشرائع الإلهية وعلى كل القوانين . ثم هو قد سلم أن العبادات والمقدرات لا مجال للاستصلاح فيها ، وسلم أن الأحكام الكلية التى شرعت لحفظ الضروريات والحاجيات لا مجال فيها أيضا للاستصلاح لأنها متفقة دائما والمصلحة . ولم يورد أى مثال لجزئية ورد نص بحكمها وعارض هذا الحكم المصلحة ليتبين مقياس المصلحة فى رأيه وعلى أى ضوء يقدرها .

وخير المذاهب الثلاثة مذهب من يحتجون بالاستصلاح فى الوقائع التى لا حكم فيها بنص ولا إجماع ، إذا كانت المصلحة التى قصدت بالتشريع لها قد ثبت بالبحث

أنها مصلحة حقيقية عامة لأنه متى ثبت ببحث الجماعة التشريعية أنها مصلحة حقيقية عامة فهى مصلحة اعتبر الشارع مثلها أو جنسها ، والحكم الذى يحققها حكم شرعى لأنه مثل ما حكم به الشارع أو من جنسه .

رأى الغزالى : حجة الإسلام الغزالى من أتباع الشافعى فى إنكار الاحتجاج بالاستصلاح . وقد قرر أن من استحسن فقد شرع ، ومن استصلح فقد شرع ، ولكنه فرض أن المصلحة فى بعض الحالات قد تعارض حكم النص أو الإجماع فوضع قانونا للترجيح عند تعارضهما وقال : إذا عارضت مصلحة حكما ثبت بالنص أو الإجماع فهذا فى الحقيقة تعارض بين مصلحتين : مصلحة حكم النص أو الإجماع والمصلحة المعارضة ، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة بمرجحاتها المعتبرة روعيت وعدل عن حكم النص أو الإجماع . ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة : أن تكون ضرورية ، وقطعية ، وكلية . ومثل لهذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسرى من المسلمين ، وعلم أن المسلمين يستأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين ، فإنه يباح لهم رمى المسلمين المتترس بهم ، فهذه الإباحة تعارض حكما ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم ، ولكنها لمصلحة ضرورية هى حفظ حياة جميع المسلمين ، وقطعية لأننا قطعنا بأننا لو لم نرم من تترسوا بهم من المسلمين استؤصل المسلمون ؛ وكلية لأنها لا تتعلق بنجاة فرد أو أفراد ، بخلاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمى المسلم المتترس به للوصول إلى فتح القلعة ، لأن فتحها ليس ضروريا لحياة المسلمين ، وبخلاف ما لو خيف أو ظن أننا لو لم نرم الأسرى استؤصلنا ، لأن هذا الظن أو الخوف لا يجعل المصلحة قطعية ، وبخلاف ما لو زاد عدد راكبى سفينة عن حمولتها ولو لم يرم أحدهم غرقوا لا يباح هذا الرمى لأن المصلحة جزئية .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة فى المصلحة التى عارضت حكم النص روعيت وعدل عن حكم النص وكان اعتبارا لأرجح المصلحتين ، وفى الحقيقة ينبغى أن يكون هذا رأى العلماء جميعهم لا رأى الغزالى وحده ، لأن الحال التى توافرت فيها هذه الأمور الثلاثة هى حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وجميع الأحكام الشرعية إنما كلف بها المكلفون فى حال الاختيار ، ومن المتفق عليه أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، والضرر الخاص يتحمل دفعاً للضرر العام . ولهذا يقتل القاتل حفظاً لحياة الناس ، وتقطع يد السارق حفظا لأموالهم وتضحى المصلحة الخاصة فى سبيل المصلحة العامة .

الخلاصة — والذى خلص لى من إنعام النظر فى المذاهب فى الاستصلاح ووجهات نظر المختلفين نتائج ثلاث :

أولها : أن الحكم الشرعى فى معاملات الناس إذا ثبت بنص قطعى أو إجماع صريح لا يعدل عنه إلى حكم غيره إلا إذا قضت بهذا العدول ضرورة لأن مواضع الضرورات مستثناة بالنص فالعدول يكون عن حكم نص إلى حكم نص .

وثانيها : أن الواقعة من وقائع معاملات الناس التى لم يثبت فيها حكم بنص قطعى ولا إجماع صريح إذا أمكن الحكم فيها بالقياس على واقعة حكم فيها النص أو الإجماع يحكم فيها بمقتضى القياس ، وإذا لم يمكن الحكم فيها بمقتضى القياس يحكم فيها بما يحقق مصلحة الناس أى بما يدفع عنهم ضرراً أو يجلب لهم نفعاً .

وثالثها : أن تقدير الضرورة التى يعدل بها عن حكم النص فى الحال الأولى وتقدير المصلحة التى يبنى عليها الحكم فيما لا نص فيه فى الحالة الثانية يجب أن يكونا من اختصاص الجماعة التشريعية فى الأمة المكونة من العدول ذوى البصيرة النافذة بأحكام الشريعة ومصالح الدنيا ، ولا يوكل أمر واحد منهما إلى فرد أو أفراد ، فإن الهوى قد يغلب على العقل فيقدر الكمالى ضروريا ، ويقدر المتوهم قطعياً ، ويقدر المفسدة مصلحة ، والخوف من هذا هو الذى حمل بعض العلماء على إنكار طريق الاستصلاح سدا للذريعة إلى المفاسد والمظالم ، فإذا أمنا من هذا الخوف بوسائل الاحتياط فيمن يستصلحون فهو طريق الحق والسداد ومسايرة مصالح الناس .

رسالة الطوفى فى رعاية المصلحة

كتب نجم الدين الطوفى العالم الحنبلى المتوفى سنة ٧١٦ هـ شرحا للأربعين حديثا النووية ولما وصل إلى شرح الحديث الثانى بعد الثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لاضرر ولا ضرار» أسهب فى شرحه وأفاض فى بحث أصولى فى أدلة الشرع على الأحكام ومنزلة رعاية المصلحة من هذه الأدلة وتحدث فى هذا بما لم يسبق إليه فيما نعلم .

جرد الشيخ جمال الدين القاسمى أحد علماء دمشق شرح هذا الحديث وطبعه رسالة خاصة وأوضح فى حواشيها مايحتاج إلى الإيضاح .

نشرت مجلة المنار فى المجلد التاسع فى الجزء العاشر الصادر فى أكتوبر عام ١٩٠٦م هذه الرسالة بحواشيها .

واختار الأستاذ مصطفى زيد المدرس بكلية دار العلوم — الطوفى ورأيه فى رعاية المصلحة — موضوعا لرسالته — وعنى بالتحقيق والاستيثاق من نص الرسالة فرجع إلى مخطوطتين بالخزانة التيمورية بدار الكتب المصرية لشرح الطوفى للأربعين النووية إحداهما برقم ٣٢٨ حديث وثانيتهما برقم ٤٤٦ حديث ورجع إلى تجريدة الشيخ جمال الدين القاسمى . وإلى الجزء العاشر من المجلد التاسع من المنار ووازن وقابل بين هذه المصادر واستخلص رسالة الطوفى منقحة محررة وعنه ننشرها فيما يلى . وهى رسالة قيمة تقرر نظريات جريئة وفيها مواضع جديرة بالبحث والنظر ، والذى ينقصها هو الاستشهاد بجزئيات عملية على نظرياتها الكلية .

الحديث الثانى والثلاثون (*)

عن أبى سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدرى (رضى الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاضرر ولا ضرار » . حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطنى وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، فأسقط أبا سعيد . وله طرق يقوى بعضها ببعض .

الكلام على إسناده ، ولفظه ، ومعناه :

سند الحديث

أما إسناده ، فالكلام عليه فى مواضع :

أحدها : [الخدرى] بخاء معجمة مضمومة ، بعدها دال مهملة ساكنة ، نسبة إلى قبيلة من الأنصار . وإنما ضبطت هذا اللفظ على ظهوره لأن بعض مشايخنا الفضلاء أخبرنى أنه تنازع هو وولده — وكان أيضاً فاضلا — فى الخدرى ، هل هو بدال معجمة أو مهملة ؟ وأنهما سألا عن ذلك الشيخ تقى الدين بن دقيق العيد رضى الله عنه ، فأخبرهما أنها بدال مهملة .

الموضع الثانى : فى [المسند والمرسل] وهما من ألقاب الحديث ، فالمسند : المتصل الذى لم يحذف من إسناده أحد ، والمرسل : ماحذف من إسناده الصحابى [عند المحدثين] ، أوأى راو كان [عند الأصوليين (١)] .

الموضع الثالث : أن الحديث اللين أو الضعيف من جهة الضبط قد يقوى

(*) انظر الصفحة رقم ١٦٨ من المخطوطة رقم ٣٢٨ حديث تيمور ، وهى التى رمزنا إليها بالحرف [أ] ، والصفحة رقم ١٢٥ من المخطوطة رقم ٤٤٦ حديث تيمور ، وهى التى رمزنا إليها بالحرف [ب] أما مطبوعة القاسمى فقد رمزنا إليها بالحرف [ح] وأما مطبوعة المنار فقد رمزنا إليها بالحرف [ع] .

(١) فى [ب] : عند الأولين .

بالشواهد المنفصلة حتى يبلغ درجة ما يجب العمل به ، كالمجهول من الناس إذا وجد مزكيا صار عدلا تقبل شهادته وروايته .

ثم الشاهد قد يكون كتابا مثل أن يضعف الحديث ، لكن يوافقه ظاهر آية أو عمومها فيقوى بهما ، ويتعاضدان على صيرورتهما دليلا .

وقد يكون سنة : إما عن راوى الحديث نفسه أو عن غيره ، وقد قيل فى المثل :

لا تخاصم بواحد أهل بيت . فضعيفان يغلبان قويا !

وقال الآخر :

إن القداح إذا اجتمعن فرامها ... بالكسر ذو حنق وبطش أيد

عزت فلم تكسر ، وإن هى بددت ... فالكسر والتوهين[1] للمتبدد

قلت : فكذلك الأسانيد اللينة ، إذا اجتمعت حصل منها إسناد قوى ، كما قال الشافعى رضى الله عنه فى قلتين نجستين ضمت[2] إحداهما إلى الأخرى : صارتا طاهرتين ، وله نظائر . فإذاً هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه[3] .

لفظ الحديث

وأما لفظه فالضرر : مصدر ضره يضره ضراً وضررا ، والضرار : مصدر ضارّه يضارُّه ضراراً . وفى التنزيل « ولا تمسكوهن ضراراً » . والضرر : إلحاق مفسدة بالغير[4] مطلقا ، والضرار : إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة ، أى كل منهما يقصد ضرر صاحبه . ويروى هذا الحديث : ولا إضرار بزيادة ألف[5] ، وهو مصدر أضرّ به إضرارا إذا ألحق به ضرراً ، وهو فى معنى الضرر .

وقوله « لا ضرر ولا ضرار » فيه حذف ، أصله لا لحوق أو إلحاق ضرر بأحد ، ولا فعل ضرار مع أحد ثم المعنى لا لحوق ضرر شرعا إلا بموجب خاص ، مخصص . أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهى لا ينتفى . وأما استثناء لحوق

---

(١) فى [ب] : والتهوين . (٢) فى [ب] : جمعت . (٣) فى [ب] : بوجوبه .

(٤) هكذا أدخل (ال) على كلمة غير ، مع أن هذا لا يجوز .

(٥) هكذا ورد فى [ا ، ب] ، مع أن المزيد هنا همزة لا ألف .

الضرر بموجب خاص — فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها ، وهو مشروع بالإجماع ، وإنما كان ذلك لدليل خاص .

وإنما كان الضرر منتفيا[1] شرعا فيما عدا ما استثنى . لأن الله عز وجل يقول : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر[2] » ، « يريد الله أن يخفف عنكم[3] » ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج[4] » ، « وما جعل عليكم فى الدين من حرج[5] » وقال عليه السلام « الدين يسر » ، « بعثت بالحنيفة السمحة » : السهلة[6] ، ونحو ذلك من النصوص المصرحة بوضع الدين على تحصيل النفع والمصلحة ، فلو لم يكن الضرر والضرار[7] منفياً شرعا — لزم وقوع الخلف فى الأخبار الشرعية المتقدم ذكرها ، وهو محال .

معنى الحديث

وأما معناه فهو ما أشرنا إليه من نفى الضرر والمفاسد شرعا ، وهو نفى عام إلا ما خصصه الدليل ، وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به فى نفى الضرر وتحصيل المصلحة ؛ لأنا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تضمن ضررا — فإن نفيناه بهذا الحديث كان عملا بالدليلين ، وإن لم ننفه به كان تعطيلا لأحدهما ، وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص فى العمل بها أولى من تعطيل بعضها .

أدلة الشرع

ثم نقول :[8] إن أدلة الشرع تسعة عشر بابا بالاستقراء ، لا يوجد بين العلماء غيرها . أولها الكتاب ، وثانيها السنة ، وثالثها إجماع الأمة ، ورابعها إجماع أهل المدينة[9] ،

---

(١) فى [أ] منفيا ، وهذا الذى اخترته هو ما جاء فى [ب] ، وهو أدق فى نظرى .

(٢) ١٨٥ : البقرة (٣) ٣٨ : النساء (٤) ٦ : المائدة (٥) ٨٧ : الحج

(٦) ذكرت هذه الصفة فى (أ ، ب) ضمن الحديث ، كأنها إحدى كلماته .

(٧) فى [أ] : الإضرار ، بدلا من الضرار . وقد ذكر قبل أنها رواية فى الحديث .

(٨) بهذا الكلام عن أدلة الشرع تبدأ الرسالة التى جردها القاسمى من كلام الطوفى . وقد أورده هناك (بعد البسملة) بعبارة . اعلم أن أدلة الشرع ... الخ

(٩) فى (أ ، ب) : إجماع المدينة . وقد زدت (أهل) تمشيا مع ما اصطلح عليه الأصوليون . وكذلك ورد فى [حـ ، ء] .

وخامسها القياس ، وسادسها قول الصحابى ، وسابعها المصلحة المرسلة ، وثامنها الاستصحاب ، وتاسعها البراءة الأصلية ، وعاشرها الفوائد[١] ، الحادى عشر الاستقراء ، الثانى عشر سد الذرائع ، الثالث عشر الاستدلال ، الرابع عشر الاستحسان ، الخامس عشر الأخذ بالأخف ، السادس عشر العصمة ، السابع عشر إجماع أهل الكوفة ، الثامن عشر إجماع العترة[٢] ، التاسع عشر إجماع الخلفاء الأربعة . وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه . ومعرفة حدودها ، ورسومها ، والكشف عن حقائقها ، وتفاصيل أحكامها — مذكور فى أصول الفقه .

ثم إن قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » يقتضى رعاية المصالح إثباتا[٣] ، والمفاسد نفيا ؛ إذ الضرر هو المفسدة ، فإذا نفاها[٤] الشرع لزم إثبات النفع الذى هو المصلحة ؛ لأنهما نقيضان لاواسطة بينهما .

أقوى الأدلة

وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع ، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفاها ، فإن وافقاها فبها ونعمت ولا نزاع[٥] ؛ إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم ، وهى النص والإجماع ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » . وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان .

وتقرير ذلك أن النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضررا ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئاً من ذلك فهما موافقان[٦] لرعاية المصلحة ،

(١) هكذا ذكر هذا الدليل فى [ا ، ب] ، أما فى [حـ ، ء] فقد ذكر بلفظ (العادات) .

(٢) زادت [حـ ، ء] هنا : (عند الشيعة) وهى زيادة لا وجود لها فى [ا ، ب] .

(٣) فى [حـ ، ء] زيادة (ونفيا) هنا ، وهى زيادة على ما فى [ا ، ب] ، مفسدة للمعنى ؛ إذ المصالح إنما تراعى اثباتا ، والمفاسد إنما تراعى نفيا . وكما لا يجوز أن تراعى هذه اثباتا لا يجوز أن تراعى المصالح نفيا .

(٤) هكذا فى جميع النسخ ، والذى يبدو لى أن تذكير الضمير على رجوعه للضرر أولى من تأنيثه على رجوعه للمفسدة ؛ إذ لفظ الضرر هو المنفى فى الحديث ، وجواب (إذا) : لزم إثبات النفع .

(٥) فى [حـ ، ء] : ولا تنازع .

(٦) فى [حـ ، ء] : موقوفان ، وهو تحريف مفسد للمعنى .

وإن اقتضيا ضررا — فإما أن يكون [أى الضرر] مجموع مدلوليهما أو بعضه ، فإن كان مجموع مدلوليهما فلا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ، وذلك كالحدود والعقوبات على الجنايات ، وإن كان الضرر بعض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ؛ جمعا بين الأدلة[1] .

ولعلك تقول إن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » — لا تقوى على معارضة الإجماع لتقضى عليه بطريق التخصيص والبيان لأن الإجماع دليل قاطع ، وليس كذلك رعاية المصلحة ؛ لأن الحديث الذى دل عليها واستفيدت منه ليس قاطعا ، فهى[2] أولى — فنقول لك إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها أقوى[3] أدلة الشرع ؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى . ويظهر ذلك[4] بالكلام فى المصلحة والإجماع :

المصلحة

أما المصلحة فالنظر فى لفظها ، وحدها ، وبيان اهتمام الشرع بها ، وأنها مبرهنة . . .

(ا) أما لفظها فهو[5] مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشىء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشىء له ، كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به ،

(١) وردت هذه العبارة المفصلة فى [حـ ، ء] مبتورة هكذا « وان اقتضيا ضررا فاما أن يكون مجموع مدلوليهما ضررا ، ولا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ، جمعا بين الأدلة » وهى بهذا الشكل لا يفهم منها معنى سليم . . .

(٢) فى [حـ ، ء] « فهو » ، ولا وجه لتذكير الضمير ؛ لأن مرجعه رعاية المصلحة . والمقصود بالأولوية هنا أنه مادام الحديث الذى ثبتت به المصلحة ليس قاطعاً — فالمصلحة التى ثبتت به أولى فى ألا تكون دليلا قاطعاً .

(٣) فى [حـ ، ء] « أنها من أدلة الشرع » ، وما ذكرته هنا — وهو الوارد فى [ا ، ب] — هو النتيجة السليمة للمقدمة المذكورة قبله .

(٤) هكذا فى [ب] وفى [حـ ، ء] « من الكلام » .

(٥) فى [ا] : « أما لفظها مفعلة » ، وقد وجدت العبارة فى [ب] كما نقلتها هنا ، وكما ذكرت فى [حـ ، ء] .

والسيف على هيئته الصالحة للضرب به[١] .

(ب) وأما حدها بحسب العرف[٢] فهى السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هى تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم[٣] كالعادات .

(ح) وأما بيان اهتمام الشرع بها فمن جهة الإجمال والتفصيل :

أما الإجمال فقوله عز وجل : « يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم ، وشفاء لما فى الصدور . . . الآيتين[٤] » ، ودلالتهما من وجوه :

أحدها : قوله عز وجل « قد جاءتكم موعظة » حيث اهتم بوعظهم[٥] ، وفيه أكبر مصالحهم[٦] ؛ إذ فى الوعظ كفهم عن الردى[٧] ، وإرشادهم إلى الهدى .

الوجه الثانى : وصف القرآن بأنه شفاء لما فى الصدور ، يعنى من شك ونحوه وهو مصلحة عظيمة .

الوجه الثالث : وصفه[٨] بالهدى .

الوجه الرابع : وصفه بالرحمة ، وفى الهدى والرحمة غاية المصلحة .

---

(١) فى [حـ ، ء] : كالقلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة ، والسيف على هيئة المصلحة للضرب . وقد وردت العبارة صحيحة فى [ا] ومحرفة فى [ب] .

(٢) فى [ا] « بحسب العرفة » وهو خطأ واضح .

(٣) فى [حـ ، ء] « وإلى مالا يقصده لحقه كالعادات » وما ورد فى [ا ، ب] — وهو ما نقلته هنا — أدق فى نظرى ...

(٤) تكملة الآيتين « وهدى ورحمة للمؤمنين * قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون » (٥٧ ، ٥٨) : يونس .

(٥) فى [حـ ، ء] « حيث إنه توعدهم » ، (وهو تحريف لما نقلته هنا عن المخطوطتين) .

(٦) فى [حـ ، ء] : « صالحهم » ، وما ورد فى [ا ، ب] هو ما أثبته هنا .

(٧) فى [حـ ، ء] : « الأذى » ...

(٨) فى [ا] : « وصف » وهو بالإضافة إلى الضمير ينسق وأسلوب الوجه الرابع بعده .

الوجه الخامس : إضافة [١] ذلك إلى فضل [٢] الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

الوجه السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك [٣] . فقوله عز وجل : « فبذلك فليفرحوا » — هو فى معنى التهنئة لهم . والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

الوجه السابع : قوله عز وجل « هو خير مما يجمعون » . والذى يجمعونه هو من صالحهم ، فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة .

فهذه سبعة أوجه من هذه الآيات تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها ، ولو استقرأت النصوص لوجدت على ذلك أدلة كثيرة .

فإن قيل : لم لا يجوز [٤] أن يكون [٥] من جملة ماراعاه من مصالحهم نصب النص والإجماع دليلا لهم على معرفة الأحكام — قلنا : هو كذلك ، ونحن نقول به فى العبادات ، وحيث وافقا [٦] المصلحة فى غير العبادات ، ونحن نرجح [٧] رعاية [٨]

---

(١) فى [حـ ، ء] « إسناد » بدل إضافة .

(٢) فى [حـ ، ء] : « إلى فعل الله » وهو تحريف للفظ الوارد فى النص .

(٣) ذكر الوجه السادس فى [حـ ، ء] هكذا « الوجه السادس : الفرح بذلك لقوله ... وما نقلته هنا عن المخطوطتين ترجمة أمينة للنص القرآنى .

(٤) فى [ا] « لم يجوز » وهو نقص يعكس المعنى .

(٥) فى [ب] « تكون » وهو تأنيث لا وجه له .

(٦) هكذا بضمير الاثنين العائد على النص والإجماع كما فى [ا ، ب] ... أما [حـ ، ء] فقد ورد فيهما الفعل مسنداً إلى المفرد الغائب ، ولا وجه له .

(٧) فى [حـ] : « وإنما نرجح » . وفى [ء] : « وإنما ترجح » بتحريف الفعل ، أما [ا ، ب] ففيهما : ونحن نرجح . وهو أدق ؛ لأن فيه نسبة الترجيح إلى المؤلف ، على حين أن فى العبارة محرفة ادعاء التسليم بالترجيح ...

(٨) هكذا فى [ا ، حـ ، ء] . أما [ب] ففيها « عامة » بدل رعاية . وهو تحريف .

المصالح فى العادات[١] والمعاملات ونحوها لأن رعايتها فى ذلك هى[٢] تطلب مقصود الشرع منها ، بخلاف العبادات فإنها حق الشرع ، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من جهته نصاً وإجماعاً .

وأما التفصيل ففيه أبحاث :

الأول : فى أن أفعال الله عز وجل معللة أم لا : حجة المثبت أن فعلا لا علة له عبث ، والله عز وجل منزه عن العبث ، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو « لتعلموا عدد السنين والحساب[٣] » وحجة[٤] النافى أن كل من فعل فعلا لعلة فهو مستكمل بتلك العلة ما لم يكن له قبلها ، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره ، والنقص على الله عز وجل محال . وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكروه إلا فى حق المخلوقين . والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم ، لا بنفع الله عز وجل وكماله ؛ لاستغنائه بذاته عما سواه[٥] .

المبحث الثانى : أن رعاية المصالح تفضل[٦] من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة ، واجبة عليه عند المعتزلة . حجة الأولين أن الله عز وجل متصرف فى خلقه بالملك ، فلا[٧] يجب عليه شىء ، وأن[٨] الإيجاب يستدعى موجبا أعلى ، ولا أعلى من الله عز وجل . وحجة الآخرين أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة ،

---

(١) لم تذكر العادات فى [جـ ، د] مع أن [ا ، ب] اتفقنا على ذكرها ، وهو فى نظرى أنسب من الحذف .

(٢) هكذا بضمير المؤنث العائد إلى رعاية ، كما وردت فى [ا ، ب] . . . أما [جـ ، د] ففيهما « وهو » ومع أنه يناسب الخبر ، فالضمير المؤنث أبلغ فى رأيى . . .

(٣) ١٢ : الإسراء .

(٤) هذه الواو لا وجود لها فى [ا ، ب] .

(٥) فى [ب] وردت هذه العبارة محرفة هكذا : « والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غايته فيعود بنفع المكلفين ، فكمالهم لا ينفع الله عز وجل وكماله ، لاستغنائه بذاته عما سواه » . وليس فى [جـ ، د] كلمة « وكماله » .

(٦) فى [ب] « بفضل الله » وما هنا هو ما ورد فى [ا ، جـ ، د] .

(٧) فى [ب] : ولا ، والفاء أنسب هنا كما فى [ا] .

(٨) فى النسخ الأربع : ولأن ، والسياق يقتضى حذف اللام ليمكن العطف على [أن الله] قبله .

فوجب أن يراعى مصالحهم ؛ إزالة لمللهم فى التكليف ، وإلا لكان[١] ذلك تكليفاً بما لا يطاق أو شبيهاً به . وأجيب عنه بأن هذا مبنى على تحسين العقل[٢] وتقبيحه ، وهو باطل عند الجمهور .

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث التزم التفضل بها ، لا واجبة عليه ، كما قلنا[٣] فى « إنما التوبة على الله » : إن قبولها واجب منه لا عليه . وكذلك الرحمة فى قوله عز وجل : « كتب على نفسه الرحمة[٤] » ، ونحو ذلك . .

البحث الثالث : فى أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق : هل راعى مطلقها فى جميع محالها ، أو أكملها فى جميع محالها ، أو أوسطها فى جميع محالها ؟ أو راعى مطلقها فى بعض وأكملها فى بعض ؟ أو أنه راعى منها فى كل محل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة ، وأشبهها الأخير[٥] .

البحث الرابع : فى أدلة رعاية المصلحة على التفصيل ، وهى من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر . ولنذكر من كل منها يسيرا على جهة ضرب المثال ؛ إذ استقصاء ذلك بعيد المنال[٦] .

أما الكتاب فنحو قوله تعالى : « ولكم فى القصاص حياة » ، « والسارق

---

(١) هكذا فى [ب] أما فى [ا] فقد حرف الفعل إلى (فكان) .

(٢) فى [ب] : الفعل ، وهو تحريف .

(٣) وردت هذه العبارة فى [حـ ، د] هكذا : « كما فى آية إنما التوبة على الله ؛ فإن قبولها الخ » وواضح أنها بهذا الشكل لا تثبت أنه هو القائل . . .

(٤) ٥٤ : الأنعام . وفى [حـ ، د] : « كتب ربكم على نفسه الرحمة » ، وهى الآية ١٢ فى السورة نفسها .

(٥) هكذا وردت الفقرة فى [ا ، ب] أما فى [جـ ، د] فقد وردت هكذا : « البحث الثالث فى أن الشرع حيث راعى مصالح الخلق هل راعاها مطلقا ، أو راعى أكملها فى بعض ، وأسفلها فى بعض ، أو أنه راعى منها فى الكل ما يصلحهم وينتظم به حالهم ؟ الأقسام كلها ممكنة » وواضح أنه قد وقع فيها تصرف مفسد للمعنى .

(٦) هكذا فى [جـ ، د] أما فى [ا ، ب] فالعبارة : (إذ استقصاء ذلك يتعذر) وقد حرف الفعل فى [ب] إلى : يعتذر .

والسارقة فاقطعوا أيديهما » ، « الزّانية والزّانى فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة » وهو كثير . ورعاية مصلحة الناس فى نفوسهم وأموالهم وأعراضهم مما ذكرنا ظاهرة[1] ، وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل إلا وهى تشتمل على مصلحة أو مصالح ، كما بيناه[2] فى غير هذا الموضع .

وأما السنة فنحو قوله عليه السلام : « لا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا يبيع حاضر لباد ، ولا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ؛ إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وهذا ونحوه فى السنة كثير ؛ لأنها بيان الكتاب ، وقد بينا اشتمال كل آية منه على مصلحة ، والبيان على وفق المبيَّن .

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعتدبه من جامدى الظاهرية — على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد ، وأشدهم فى ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة . وفى الحقيقة لم يختص بها ، بل الجميع قائلون لها ، غير أنه قال بها أكثر منهم . وحتى إن المخالفين فى كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح[3] . ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته[4] ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتهما للقياس ؛ إذ هما معاوضة على معدوم ؛ وسائر أبواب النقد ومسائله معلل[5] بالمصالح .

وأما النظر فلا شك عند كل ذى عقل صحيح أن الله عز وجل راعى مصلحة

---

(١) فى [ا ، ج ، د] : (مما ذكرناه ظاهر) ولا بأس بذكر الضمير ، ولكن كيف لا يؤنث خبر « رعاية » ؟ إنه تحريف بنقل التاء المربوطة من مكانها .

(٢) فى [ج ، د] : كما بينتهما ، وهو تحريف .

(٣) فى [ج ، د] اقتضبت هذه العبارة ، فوردت مفسدة المعنى المقصود هكذا : (وأما الإجماع فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية — على تعليل الأحكام بالمصالح المرسلة ، وفى الحقيقة الجميع قائلون بها ، وحتى إن المخالفين فى كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح » .

(٤) هذه الكلمة سقطت من [ح ، د] .

(٥) هكذا فى [ا] أما فى [س] فقد ذكر الفعل المضارع المبنى للمجهول بدلا منها ... وفى [ح ، د] حرفت الى « لعال » .

خلقه عموماً وخصوصاً : أما عموماً ففى مبدئهم ومعاشهم : أما المبدأ فحيث أوجدهم بعد العدم ، على الهيئة التى ينالون بها مصالحهم فى حياتهم ؛ ويجمع ذلك قوله عز وجل : « يأيها الإنسان ما غرّك بربك الكريم ، الذى خلقك فسوّاك فعدلك ، فى أىّ صورة ما شاء ركّبك[1] » وقوله عز وجل : « الذى أعطى كل شىء خلقه ثم هدى[2] » .

وأما المعاش فحيث هيأ لهم أسباب مايعيشون به ويتمتعون ، من خلق السموات والأرض ، وما فيهما وما بينهما ، وجماع[3] ذلك قوله عز وجل : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً[4] » ، « وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه »[5] ، وتفصيله بعض التفصيل فى قوله عز وجل : « ألم نجعل الأرض مهادا » إلى قوله[6] : « إن يومَ الفصل كان ميقاتاً » ، وفى قوله عز وجل : « فلينظر الإنسان إلى طعامه أنا صببنا الماء صباً » إلى قوله عز وجل[7] : « متاعاً لكم ولأنعامكم » .

وأما خصوصاً فرعاية مصلحة المعاد فى حق السعداء[8] ، حيث هداهم السبيل ووفقهم لنيل الثواب الجزيل ، فى خير مقيل[9] .

وعند التحقيق إنما راعى مصلحة العباد عموماً حيث دعا الجميع إلى الإيمان

---

(١) الانفطار : ٦ و٧ و٨ .
(٢) طه : ٥٠ .
(٣) فى [ج ، د] وردت هذه العبارة هكذا « وجميع ذلك فى قوله عز وجل . ألم نجعل الأرض ... » وقد أكملتها على هذا النحو من [ا ب]
(٤) البقرة : ٢٩ .
(٥) الجاثية : ١٣ .
(٦) بقية الآيات : « والجبال أوتادا . وخلقناكم أزواجا . وجعلنا نومكم سباتا . وجعلنا الليل لباسا . وجعلنا النهار معاشا . وبنينا فوقكم سبعاً شدادا . وجعلنا سراجا وهاجا وأنزلنا من المعصرات ماء ثجاجا لنخرج به حبا ونباتا . وجنات ألفافا . » [٦ — ١٦] : النبأ .
(٧) بقية الآيات : « ثم شققنا الأرض شقا . فأنبتنا فيها حبا . وعنباً وقضبا . وزيتونا ونخلا . وحدائق غلبا . وفاكهة وأبا . » [٢٤ — ٣٢] : عبس .
(٨) وردت هذه العبارة فى [ج ، د] . فرعاية مصالح العباد السعداء ...
(٩) فى [ب] : كل مقيل .

الموجب لمصلحة المعاد[١] ، لكن بعضهم فرط بعدم الإجابة ، بدليل قوله عز وجل : « وأما ثمود فهديناهم ، فاستحبوا العمى على الهدى[٢] » وتحرير هذا المقام أن الدعاء كان عموما ، والتوفيق المكمل للمصلحة المصحح لوجودها كان خصوصاً ، بدليل قوله عز وجل : «والله يدعو إلى دار السلام ويهدى من يشاء إلى صراط مستقيم»[٣] ، فدعا عاماً ، وهدى ووفق خاصاً .

إذا عرف هذا فمن المحال أن يراعى الله عز وجل مصلحة خلقه فى مبدئهم ومعادهم ومعاشهم ، ثم يهمل مصلحتهم فى الأحكام الشرعية ؛ إذ هى أهم[٤] ، فكانت بالمراعاة أولى . ولأنها أيضاً من مصلحة معاشهم ؛ إذ بها صيانة أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، ولا معاش لهم بدونها ، فوجب القول بأنه راعاها لهم . وإذا ثبتت رعايته إياها ، لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه . فإن وافقها النص والإجماع وغيرهما من أدلة الشرع فلا كلام ، وإن خالفها دليل شرعى وفق بينه وبينها بما ذكرناه : من تخصيصه بها ، وتقديمها بطريق البيان .

(د) وأما أن رعاية المصلحة مبرهنة[٥] فقد دل عليه ما ذكرناه من اهتمام الشرع بها ، وأدلته[٦] .

---

(١) فى [حـ ، د] ذكرت كلمة « العباد » فى الموضعين ؛ وفى [أ ، ب] ذكرت كلمة « المعاد » فى الموضعين ، وقد رأيت أن الصواب موزع بين هذه النسخ ؛ فأبقيت كلمة « العباد » على ما جاءت فى [حـ ، د] ، أى فى الشطر الأول من العبارة وأبقيت كلمة « المعاد » فى الشطر الأخير منها كما وردت فى [أ ، ب] ، وبهذا استقامت العبارة ...

(٢) فصلت : ١٧

(٣) يونس : ٢٥

(٤) هكذا فى [أ ، ب] . أما فى [حـ ، د] فقد ذكر (أهم) بدلا منها .

(٥) ارجع إلى ص ١٨ ، ١٩ من هذا الملحق .

(٦) سقطت أن من هذه العبارة هناك فى [ب] ، وذكر حرف الجر (على) دون الضمير المجرور به ؛ فاضطربت العبارة هناك ...

الإجـــماع

وأما الإجماع[١] فالنظر فى لفظه ، وحده ، وأدلته ، والاعتراض عليها ثم معارضتها .

(ا) أما لفظه[٢] فهو إفعال من جمع يجمع ، وهو فى اللغة : العزم ، والاتفاق .

يقال : أجمع القوم[٣] على كذا إذا عزموا ، وإذا اتفقوا أيضاً .

(ب) وأما حده اصطلاحا فهو اتفاق مجتهدى هذه الأمة على أمر دينى .

(حـ) وأما أدلته فالكتاب ، والسنة ، والنظر .

أدلته من الكتاب

أما الكتاب فمنه آيات :

الأولى : قوله عز وجل : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا» [٤] . ووجه دلالتها[٥] أنه عز وجل توعد من شاق الرسول واتبع غير سبيل المؤمنين ، والوعيد لا يكون إلا على فعل محرم ، أو ترك واجب . والإجماع هو سبيل المؤمنين ، وقد وقع الوعيد على تركه فهو محرم ، فاتباعه واجب .

والاعتراض عليه من وجوه كثيرة أقواها ستة :

أحدها : أن الوعيد فى الآية على شيئين : مشاقة الرسول واتباع غير سبيل

---

(١) حذف الجزء الخاص بالإجماع من [حـ ، د] ، واكتفى بالإشارة اليه بعبارة « ثم قال الطوفى بعد بيانه الإجماع وأدلته ومعارضتها » . وقد رأيت اثباته لتمكن الموازنة بين المصلحة والإجماع على ضوئه ، فمن أجل هـذا تحدث عنه الطوفى هنا ... [ص ١٧٨ — ١] [ص ١٣٣ — ب] .

(٢) فى [ب] ألفاظه ، وهو تحريف .

(٣) فى [ا] أجمع القول ، وهو محرف عن القوم . (٤) النساء : ١١٥ .

(٥) لم تذكر كلمة وجه فى [ا] ، ولم تذكر واو العطف فى [ب] وقد رأيت أن العطف أنسب .

المؤمنين ، فهما جميعا واجبان[١] ، ولا يلزم من وجوب الشيء مع غيره وجوبه منفرداً لجواز أن يكون الآخر شرطا فيه ، أو ركنا له .

الثاني : أن اللام فى المؤمنين تحتمل العهد والاستغراق . وبتقدير كونها للعهد لايتم الدليل ؛ لاحتمال إرادة جماعة من المؤمنين مخصوصة ، كالصحابة أو بعضهم ، كما ذهب إليه الظاهرية من أن الحجة فى إجماع الصحابة لاغير ؛ لأن الخطاب لهم وفى عصرهم[٢] ، فيختص بهم .

الثالث : أن الإضافة فى « غير سبيل المؤمنين » ليست محضة[٣] ؛ لأن غير لاتعرف بالإضافة لشدة إبهامها ، وحينئذ لاتدل الآية على ترتب الوعيد على كل فرد من اتباع غير سبيل المؤمنين ؛ إذ يبقى تقدير الآية : ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين ، فيحمل[٤] ذلك الأمر على غير سبيلهم فى الإيمان ، وحينئذ يقصر الوعيد على[٥] مشاقة الرسول والكفرة ، ولا دليل فيه على اتباع الإجماع .

وفى هذا الوجه نظر لأن الكلام فى سياق الشرط ، والنكرة فى سياق الشرط تعم كما فى سياق النفى . ويمكن دفع هذا النظر بأن يحمل الأمر المذكور فى قوله « ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين » على معهود معين[٦] وهو الكفر ، ويدل عليه سياق الآية بعدها وقبلها ؛ فإنها فى الكفر والكفار .

ويمكن تقرير هذا الوجه ابتداء بأن منع العموم فى سبيل المؤمنين يحمل[٧] على سبيلهم فى خصوص الإيمان ، فيكون[٨] الوعيد على مخالفتهم فيه بالكفر ، وهذا

---

(١) لعله يعنى بوجوبهما ضرورة وجودهما للوعيد . وإلا فهما ممنوعان لا واجبان ...
(٢) فى [ا] حرفت هذه الكلمة إلى (وفى غيرهم) .
(٣) فى [ا] ليست مختصة ، وهو تحريف .
(٤) فى [ا] وينفع .
(٥) وردت هذه الكلمة فى [ا] بعبر ، وفى (ب) بضر ، وأعتقد أنها محرفة فى النسختين عما هنا .
(٦) فى [ا] : حرفت هذه الكلمة إلى مغير .
(٧) ورد هذا الفعل فى [ا] : فيحمل ، وفى [ب] : يحتمل ، وكلاهما تحريف .
(٨) سقط هذا الفعل من [ب] فاضطربت العبارة فيها .

غير ما قدرته أولا ؛ لأن هذا منع[١] لعموم سبيل المؤمنين ، وذاك منع[١] لعموم المغايرة التى دلت عليها غير .

الرابع : أن السبل ثلاثة : سبيل المؤمنين ، وسبيل غير المؤمنين والسبيل المتوسطة بينهما ، لاسبيل هؤلاء ، ولا سبيل هؤلاء ، بل السبيل الباحة التى لاوعد عليها ولا وعيد . وبتقدير[٢] وجود هذه الواسطة — لا يتم الدليل على وجوب اتباع سبيل المؤمنين .

الخامس : أن الآية مقابلة للتى فى الجملة الشرطية ، ومعطوفة عليها[٣] . وفى التى قبلها خصال ثلاث ؛ فوجب أن يكون المراد بسبيل[٤] المؤمنين فيها أضداد تلك الخصال الثلاث ؛ تصحيحا للمقابلة وتحقيقا لها فى الآيتين . بيان ذلك أن الآية التى قبل هذه « لاخير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ، ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله ، فسوف نؤتيه أجراً عظيما » (ثم قابلها بقوله عز وجل[٥]) : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين » ، أى فى الأمر بالصدقة والمعروف والإصلاح ، بأن أمر بأضداد ذلك . وهذا تأويل له ظهور فى الآية ، ولو لم يكن إلا مجرد احتماله قدح فى دلالة الآية على المطلوب[٦] .

السادس : بتقدير تسليم ما ذكرتم ، فإنما يدل على وجوب اتباع الإجماع ، ونحن نقول به فى العبادات وأشباهها من المقدرات[٧] التى لاتعلم إلا بالنص أو ماقام مقامه ، [والنزاع إنما هو فى تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى

---

(١) فى [ب] ذكرت هذه الكلمة بدون اللام فى الموضعين .
(٢) فى [ب] وتقرير .
(٣) فى [ا ، ب] : والعطف ، وهو تحريف عما هنا .
(٤) فى [ا ، ب] سبيل بدون الباء ، وقد رأيت وجودها ضروريا .
(٥) هذه الزيادة من [ب] ، وهى ضرورية ، وقد سقطت من [ا] .
(٦) وردت هذه العبارة فى [ا] هكذا : « بأمرنا من راد ذلك . وهذا تأويل له ظهور الآية . ولو لم يكن احتماله قدح فى دلالة الآية على المطلوب » .
(٧) فى (ا) المفردات . وهو تحريف .

عنه ، وليس فى دليلكم ما يمنع من ذلك [١] .

الآية الثانية : قوله عز وجل : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس »[٢] وجه دلالتها أن الوسط هو العدل والخيار ، والعدل الخيار لا يصدر عنه إلا الحق ، والإجماع صادر عن هذه الأمة العدول الخيار ، فليكن حقا .

والاعتراض عليه أن العدل إنما يلزم صدور الحق عنه بطريق الظاهر ، فيما طريقه الصدق والكذب ، وهو نقل الأخبار وأداء الشهادات . أما فيما طريقه الخطأ والصواب فى استخراج الأحكام والاجتهاد فيها — فلا .

فإن قيل : إذا ثبت عدالة الأمة لزم أنهم لا يجمعون إلا عن مستند قاطع ، والقاطع يجب العمل به — قلنا : لانسلم أنهم لا يجمعون إلا عن قاطع وقد صرح جمهور مثبتى [٣] الإجماع بجواز انعقاده عن الأمارات كالقياس وخبر الواحد ، بل قد ذهب كثير إلى انعقاد الإجماع لا عن مستند أصلا ، بل بالبحث [٤] المحض ؛ بناء على أن الأمة معصومة فكيفما اتفقت [٥] على حكم كان اتفاقها حجة ، عن مستند كان أو غيره .

سلمنا أنهم لا يجمعون إلا عن قاطع ، لكن ما المراد بالقاطع ؟ إن أريد به القاطع العقلى الذى لا يحتمل النقيض فمثله نادر ، ومتعذر فى أدلة الشرع ، وبتقدير وجوده لا نسلم أنه يخالف المصلحة فيعود إلى الوفاق . وإن أريد به القاطع الشرعى فقد بينا أن أدلة الشرع تسعة عشر ، وليس فيها ما يمكن دعوى القطع فيه إلا الإجماع ، والنص ، ورعاية المصلحة .

أما الإجماع فلا يجوز اعتباره فى مستند الإجماع ؛ لأنه إثبات الشىء بنفسه ، ولو اعتبر كان نزاعنا فيه كالنزاع فى فرعه المنعقد عنه .

---

(١) فى [ب] ذكرت هذه العبارة هكذا . « والنزاع لنا هنا فى تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى منه وليس فى دليلكم ما يتبع ذلك » وفى [ا] : « لكونه أقوى منه » ، مع أن الضمير يعود إلى المصلحة .

(٢) سورة البقرة : ١٤٣

(٣) فى [ا] وردت هذه العبارة محرفة هكذا « وقد صرح الجمهور مبين الإجماع بجواز الانعقاد عن الإمارات » وفى [ب] حرفت هكذا « وقد صرح جمهور مبين الإجماع بجواز انعقاده الخ » ... وقد غلب على ظننا أن الكلمة محرفة عن مثبتى الإجماع ...

(٤) فى [ا ، ب] بالتبحيث ، وهو تحريف ...

(٥) وردت هذه الكلمة فى [ا] انعقد ، وفى [ب] انعضت ، وكلتاهما تحريف لما أثبته هنا .

وأما النص فهو إما متواتر أو آحاد ، وعلى التقديرين فهو إما صريح فى الحكم أو محتمل ، فهى أربعة أقسام . فإن كان متواتراً صريحا فهو قاطع من جهة متنه ودلالته ، لكن قد يكون محتملا من جهة عموم أو إطلاق ، وذلك يقدح فى كونه قاطعا مطلقا . فإن فرض عدم احتماله من جهة العموم والإطلاق ونحوه ، وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه — منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق . وإن كان آحاداً محتملا فلا قطع ، وكذا إن كان متواتراً محتملا ، أو آحادا صريحا لاحتمال فى دلالته بوجه ؛ لفوات قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده .

وأيضاً فإن الإجماع أقوى من النص ، فإذا نازعناكم فى الإجماع ورجحنا عليه المصلحة فالنص بذلك أولى ، فانتفت بذلك دعوى القطعية فى مستند الإجماع من جهة الإجماع والنص ، فلم يبق إلا رعاية المصلحة ، فإذا استند الإجماع إليها فهو موافق لما نقوله ؛ لأنا نعهد فى الأحكام المصلحة ، سواء كانت بواسطة إجماع أو نحوه ، أو بغير واسطة .

الآية الثالثة : قوله عز وجل « كنتم خير أمة أخرجت للناس ... الآية [1] » وهو ثناء عليهم ، وثناء الله عز وجل عليهم تعديل لهم ، فليكن إجماعهم حجة . والاعتراض عليه كالاعتراض على الذى قبله .

فهذه [هى] الآيات المستدل بها على الإجماع من القرآن .

أدلة الإجماع من السنة

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : « أمتى لا تجتمع على ضلالة » ، وما ورد بمعناه .

وجه الاستدلال به أنه ورد بألفاظ كثيرة ، وروايات متعددة [بلغت درجة][2] التواتر المعنوى كشجاعة على وكرم حاتم ، ودلالته قاطعة فى وجوب اتباع الإجماع

---

(١) آل عمران : ١١٠ ، وبقية الآية « ... تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله ، ولو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم ، منهم المؤمنون وأكثرهم الفاسقون » .

(٢) فى [ا] بمبلغ التواتر ، وفى [ب] بلغ التواتر المعنوى . وقد آثرت تصحيحها هكذا .

فصار فى قوة النص القاطع إسنادا ومتنا على المطلوب ، فيجب اتباعه .

والاعتراض عليه بأن هذا الخبر وإن تعددت ألفاظه وروايته ـ لا نسلم أنه بلغ رتبة التواتر المعنوى ؛ لأنه إذا عرضنا[1] هذا الخبر على أذهاننا ، وسخاء حاتم وشجاعة على ونحوهما من المتواترات المعنوية ـ وجدناها قاطعة بثبوت الرأى الثانى ، غير قاطعة بالأول ، فهو إذاً فى القوة دون سخاء حاتم وشجاعة على ، وهما متواتران ، ومادون المتواتر ليس بمتواتر ، فهذا الخبر ليس بمتواتر ، لكنه فى غاية الاستفاضة[2] ...

فإن قيل : تلقته الأمة بالقبول ، فدل على ثبوته — فجوابه من وجوه :

أحدها : لا نسلم تلقيها له بالقبول ؛ إذ منكرو الإجماع كالنظام ، والشيعة ، والخوارج ، والظاهرية — فيما عدا إجماع الصحابة — لو تلقوه بالقبول لما خالفوه .

الثانى : أن الاحتجاج بتلقى الأمة له بالقبول احتجاج بالإجماع ، وهو إثبات الشىء بنفسه .

الثالث : سلمنا تلقيهم له بالقبول ، لكن قبولا مظنونا لامقطوعا به ، والظن لا يصلح مستندا للاجماع المدّعى قطعيته وكونه أقوى أدلة الشرع ، بحيث تسفك به الدماء ، وترتب عليه الأحكام القواطع ؛ إذ ذاك تفريع للقوى على الضعيف ، وللقاطع على المظنون .

سلمنا أنه بلغ رتبة التواتر ، ولكن لا نسلم أنه قاطع فى وجوب اتباع الإجماع لاحتمال أنه أراديها [لا تجتمع على ضلالة الكفر] ، فلا يكون حجة فى وجوب اتباع الإجماع ، فيما سوى الإيمان المقابل للكفر .

فأما نحو قوله (عليه السلام) : « اتبعوا السواد الأعظم ؛ فإنه من شذشذ فى النار ، ويد الله مع الجماعة[3] » — فإنما المراد به طاعة الأئمة والأمراء ، وترك الخروج عليهم ، بدليل قول عليه السلام : « اسمعوا وأطيعوا

(١) فى [ا] اعترضنا ، وهو تحريف .

(٢) فى [ا] لكن غاية الاستفاضة ، وفى [ب] لكن فى غايته الاستفاضة ، وقد آثرت تصحيحها على ماظنته الصواب

(٣) هذه الجملة من [ب] وقد وجدتها هناك « يد الله على الجماعة » فصححتها . أما [ا] فلا توجد فيها هذه الجملة ولا جواب أما . والكلام كله بعد ذلك من [ب] خاصة ، حتى أنبه إلى وجوده فى [ا] .

وإن تأمر عليكم عبد حبشى » ، وقوله عليه السلام : « من مات تحت راية عصبية[١] مات ميتة جاهلية » .

ثم يرد على [أدلة][٢] الإجماع من الكتاب والسنة سؤالان :

أحدهما : أنها[٣] استدلال بظواهر سمعية ؛ إذ لاقاطع فيها ، لورود الإشكالات المذكورة عليها . والظواهر السمعية إنما وجب الاحتجاج بها بالإجماع فلو أثبت الإجماع بها لزم[٤] الدور .

الثانى : أن [المؤمنين] فى الآية و [أمتى] فى الخبر تقتضى كل مؤمن ، وجميع الأمة . لكن الأمة[٥] قد افترقت بموجب النص على ثلاث وسبعين فرقة ، فنحن نقول بموجب الدليل : (وإن اجتمعت عليه الأمة بجميع فرقها الثلاث والسبعين[٦] حجة قاطعة يجب اتباعها) ، لكن مجموع الأمة بفرقها إنما أجمعوا على الإيمان بالله ورسله ، ومسائل يسيرة بعد ذلك . ولاجرم أن إجماعهم فى تلك المسائل حجة ، وبهذا يظهر سر قوله عليه السلام : « أمتى لا تجتمع على ضلالة » ، أى أمتى بفرقها .

دليل الإجماع من النظر

وأما النظر فلأن الجم الغفير من أهل الفضل والذكاء ، مع استفراغ الوسع فى الاجتهاد ، وإمعان النظر فى طلب الحكم — يمتنع فى العادة اتفاقهم على الخطأ . واعترض عليه بالنقض[٧] بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على[٨] ضلالتهم ، مع كثرتهم ، وفضلهم ، واجتهادهم ، وإمعانهم فى النظر ؛ ثم هم مخطئون بإجماع المسلمين .

---

(١) رسمت هذه الجملة فى الأصل هكذا [عمه] .

(٢) سقطت هذه الكلمة من جميع النسخ مع أن المعنى يتطلبها .

(٣) ورد هذا الضمير مذكرا فى جميع النسخ ، مع أنه يعود على أدلة الإجماع ، لا على الإجماع نفسه .

(٤) فى [الأصل] : لزوم ، وهو تحريف .

(٥) فى [الأصل] : الآية ، وهو تحريف .

(٦) فى [الأصل] : الثلاث وسبعين ، وهو خطأ .

(٧) هكذا وردت الكلمة فى الأصل ، وكان واجبا أن يقال : [بأنه منقوض] ؛ لأن مثل هذا المصدر يجب أن يكون مؤولا .

(٨) سقط حرف الجر [على] من الأصل .

معارضة أدلة الإجماع

(٥) وأما معارضة أدلة الإجماع[١] فمن وجوه :

أحدها : أنه لو كان الإجماع حجة لكان إما لذات المجمعين[٢] أو لشهادة الشرع لهم بالعصمة . والأول باطل ؛ إذ المجمعون ليسوا معصومين بذاتهم[٣] ؛ إذ لا يلزم من فرض عدم عصمتهم محال لذاته . والثانى باطل ؛ لأن شهادة الشرع بعصمتهم إما متواترة ، لكن تواترها ممنوع كما تقرر . أو آحاد ، وهو لا يفيد المقصود . فظهر أن الإجماع ليس بحجة .

الوجه الثانى : قوله عليه السلام : « ستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة » مع قوله : « لا تجتمع أمتى على ضلالة » ، فنقول المراد بالأمة التى لا تجتمع على ضلالة إما مجموع الفرق الثلاث والسبعين ؛ أو الفرقة الناجية منهم .

فإن أريد مجموع الفرق لم يصح لوجهين : أحدهما أن منهم من لا يقول بالإجماع ، فلا يصح اعتبار إجماع من لا يرى الإجماع حجة ، والثانى أن من فرق الأمة من يكفر ببدعته ، والكافر لا يعتبر فى الإجماع .

وإن أريد الفرقة الناجية فليست مجموعة الأمة ، بل هى ثمن تسع الأمة تقريباً : جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً ، فيبقى تقدير الحديث : ثمن تسع أمتى لا يجتمع على ضلالة ، أو جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً من أمتى لا يجتمع على ضلالة[٤] ، وهو ركيك من الكلام لا يجوز نسبة مثله إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

الوجه الثالث : أن عثمان بن عفان والإمامين قبله حجبوا الأم عن الثلث إلى السدس بأخوين ، ولم يحجبها ابن عباس إلا بثلاثة ، وناظر عثمان فى ذلك حيث

---

(١) انظر س [٢٦] من هذا الملحق .

(٢) فى [الأصل] : المجتمعين ، وهو تحريف .

(٣) فى [الأصل] : بذاته ، وهو تحريف .

(٤) فى [الأصل] : ثلاث وسبعين بدون التاء ، ولا تجتمع بضمير المؤنث مع أن مرجعه لفظ (جزء) . وكلاهما تحريف من الناسخ فى عبارة المؤلف .

قال لعثمان : [إن الله عز وجل يقول : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وليس الأخوان إخوة فى لسان قومك] فقال عثمان : [إنى لا أدع أمراً كان قبلى] ، وهذا احتجاج من عثمان بالإجماع ، ولو كان حجة لما خالفه ابن عباس لظاهر القرآن ابتداء ، ولما أقره عثمان على خلافه دواماً ، بل كان يأخذ على يده ، ويرده إلى إجماع الناس . وهذا يدل على أن الإجماع دون ظواهر النصوص فى القوة ، كما فعله ابن عباس ، حيث قدم ظاهراً من ظواهر الكتاب على الإجماع الذى خصصه به(١) الخلفاء الثلاثة ومن فى عصرهم .

الوجه الرابع : أن الصحابة أجمعوا على جواز التيمم للمرض وعدم الماء ، وخالف ابن مسعود حيث قال : « لو رخصنا لهم فى هذا — لأوشك أن يبرد على أحدهم الماء ، فيتيمم وهو يرى الماء » . فاحتج أبو موسى عليه بالآية ، وحديث عمار ، فلم يلتفت . وهذا ترك للنص(٢) والإجماع بمجرد المصلحة ، ثم اشتهر هذا عن ابن مسعود ، ولم ينكر عليه أحد ، فهو فى ذلك إما مصيب أو مخطىء ، فإن كان مصيباً لزم جواز ترك النص والإجماع بالمصلحة ونحوها ، وهو المطلوب . وإن كان مخطئا لزم خطأ أهل الإجماع فى ترك الإنكار عليه ، فأحد الأمرين لازم : إما جواز ترك الإجماع ، لفعل ابن مسعود . أووقوع الإجماع على الخطأ ؛ لإقرار الصحابة ابن مسعود على خطئه . وكلا الأمرين قادح فى الإجماع .

فإن قيل : لا نسلم انعقاد الإجماع على التيمم عند عدم الماء ؛ لمخالفة ابن مسعود فيه . ولانسلم(٣) اتفاق الصحابة على ترك الإنكار على ابن مسعود قولَه ؛ لرد أبى موسى عليه ، فبطل ما احتججتم به على القدح فى الإجماع — قلنا : بتقدير [أن] ابن مسعود لم يخالف الإجماع ، فقد خالف النص الذى هو أصل الإجماع لمجرد المصلحة ، وأنتم(٤) لاتقولون بترك النص لقياس ولا مصلحة ، فهو إذن مخطىء عندكم ، وقد

---

(١) فى [الأصل] : (خصصوا) ولا معنى له ، فلعله تحريف عما ذكرته .

(٢) العبارة فى [الأصل] : (وهذا ترك النص) ، ورأى أنه لا مفر من تصحيحها إلى أحد وجهين ، فإما أن تكون : وهكذا ترك ... وإما : وهذا ترك للنص ، وقد آثرت الأخير .

(٣) فى جميع النسخ « فلا » والصواب ماذكرته .

(٤) فى [الأصل] : وأنهم لا يقولون ...

أقرّه الصحابة على الخطأ ، ولزم المحذور . وأما رد أبي موسى على ابن مسعود فهو مناظرة وجدال لا رد إنكار . والفرق بينهما واضح[١] .

واعلم أن غرضنا من هذا كله ليس القدح فى الإجماع وإهداره بالكلية ، بل نحن نقول به فى العبادات والمقدرات ونحوها . وإنما غرضنا بيان أن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » — أقوى من الإجماع ، ومستندها أقوى من مستنده ، وقد ظهر ذلك مما قررنا فى دليلها ، والاعتراض على أدلة الإجماع .

لماذا تقدم المصلحة على النص والإجماع ؟

وإنما[٢] يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع ، على الوجه الذى ذكرناه ، وجوه :

أحدها : أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهى[٣] إذاً محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق[٤] عليه أولى من التمسك بما اختلف[٤] فيه .

الوجه الثانى : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهى سبب الخلاف فى الأحكام المذموم شرعا ، ورعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرط ، فكان اتباعه أولى[٥] . وقد قال عز وجل : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم فى شىء » . وقال[٦] عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » . وقد قال عز وجل فى مدح

---

(١) هكذا وردت هذه الفقرة فى [الأصل] ، وفى العبارة الأخيرة منها ركاكة وضعف عن أداء المعنى المقصود بها .

(٢) هذا هو أول الكلام فى [جـ ، د] بعد الكلام الذى قاله الطوفى فى الإجماع وتركته النسختان . وقد ورد هذا الكلام فيهما بلفظ « ومما يدل » .

(٣) فى [الأصل] : فهو ، ولعله يعنى دليل رعاية المصلحة .

(٤) ورد الفعلان فى [جـ ، د] مسندين إلى واو الجماعة ، أما فى الأصل فقد وردا مبنيين للمجهول ، وهذا أقوى فى أداء المعنى المقصود .

(٥) فى [الأصل] : « ورعاية المصالح أمر حقيقى فى نفسه ، ولا يختلف هو بسبب الاتفاق المطلوب شرعا ، فكان تابعه أولى » .

(٦) فى [الأصل] : [وقوله] وكذلك هم [جـ ، د] والمناسب وقال .

الاجتماع : « وألف بين قلوبهم . لو أنفقت ما فى الأرض جميعاً ما ألفت بين قلوبهم . ولكن الله ألف بينهم » وقال عليه السلام : « وكونوا عباد الله إخوانا » .

ومن[1] تأمل ما حدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر — علم صحة ما قلنا ، حتى إن المالكية استقلوا بالمغرب ، والحنفية بالمشرق ، فلا يقارّ أحد المذهبين أحدا من غيره فى بلاده إلا على وجه ما[2] ، وحتى بلغنا أن أهل جيلان[3] من الحنابلة إذا دخل إليهم حنفى قتلوه وجعلوا ماله فيئا : حكمهم فى الكفار . وحتى بلغنا أن بعض بلاد ما وراء النهر من بلاد الحنفية كان فيه مسجد واحد للشافعية ، وكان والى البلد يخرج كل يوم لصلاة الصبح ، فيرى ذلك المسجد ، فيقول أما آن لهذه الكنيسة أن تغلق ؟ . فلم يزل كذلك حتى أصبح يوما وقد سد باب ذلك المسجد بالطين واللبن ، فأعجب الوالى ذلك . ثم إن كلا من أتباع الأئمة يفضل إمامه على غيره فى تصانيفهم ومحاوراتهم ، حتى رأيت حنفيا صنف مناقب أبى حنيفة ، فافتخر فيها بأتباعه [كأبى يوسف ، ومحمد ، وابن المبارك ، ونحوهم] ثم قال يعرض بباقى المذاهب :

أولئك آبائى فجئنى بمثلهم إذا جمعتنا ياجرير المجامع

وهذا شبيه بدعوى الجاهلية ، وغيره كثير . وحتى إن المالكية يقولون الشافعى غلام مالك . والشافعية يقولون : أحمد بن حنبل غلام الشافعى . والحنابلة يقولون : الشافعى غلام أحمد بن حنبل ، وقد ذكره أبو الحسن القرافى فى الطبقات من أتباع أحمد . والحنفية يقولون إن الشافعى غلام أبى حنيفة ؛ لأنه غلام محمد بن الحسن ، ومحمد غلام أبى حنيفة ، قالوا : لولا أن الشافعى من أتباع أبى حنيفة لما رضينا أن ننصب معه الخلاف . وحتى إن الشافعية يطعنون بأن أبا حنيفة من الموالى ، وأنه

---

(١) هذا الكلام عما حدث بين أئمة المذاهب وارد فى [ا ، ب] وقد حذف من [ج ، د] ولم يشر إليه بشىء .

(٢) فى [الأصل] : [ولا يعاد أحد المذهبين أحدا من غيره فى بلاده إلا على وجه ما] ، وقد رأيت تصحيحها حسب السياق .

(٣) فى ص ١٩٤ ج ٣ من معجم البلدان أنها اسم لبلاد كثيرة من وراء بلاد طبرستان ، وأنه ليس فيها مدينة كبيرة ، إنما هى قرى فى مروج بين جبال ... وقد نسب إليها من لا يحصى من أهل العلم فى كل فن ، وعلى الخصوص فى الفقه .

ليس من أئمة الحديث . وأحوج ذلك الحنفية إلى الطعن فى نسب الشافعى وأنه ليس قرشياً ، بل من موالى قريش . ولا إماما فى الحديث ؛ لأن البخارى ومسلما أدركاه ولم يرويا عنه[١] ، مع أنهما[٢] لم يدركا إماما إلا رويا عنه ، حتى احتاج الإمام فخر الدين ، والتميمى ، فى تصنيفهما مناقب الشافعى ، إلى الاستدلال على هاشميته ، وحتى جعل كل فريق يروى السنة فى تفضيل إمامه ، فالمالكية رووا : « يوشك أن تضرب أكباد الإبل ولا يوجد أعلم من عالم المدينة » قالوا : وهو مالك . والشافعية رووا : « الأئمة من قريش » ، « تعلموا من قريش ولا تعالموها » أو « عالم قريش ملأ الأرض علما » قالوا : ولم يظهر من قريش بهذه الصفة إلا الشافعى . والحنفية رووا : « يكون فى أمتى رجل يقال له النعمان هو سراج أمتى ، ويكون فيهم رجل يقال له محمد بن إدريس هو أضر على أمتى من إبليس » والحنابلة رووا : « يكون فى أمتى رجل يقال له أحمد بن حنبل يسير[٣] على سنتى سير الأنبياء » ؛ أو كما قال ، فقد ذهب عنى لفظه .

وقد ذكر أبو الفرج الشيرازى فى أول كتابه المنهاج : « واعلم أن هذه الأحاديث ما بين صحيح لا يدل ودال[٤] لا يصح . أما الرواية فى مالك والشافعى فجيدة ، لكنها لا تدل على مقصودهم ؛ لأن (عالم المدينة) إن كان اسم جنس فعلماء المدينة كثير ، ولا اختصاص لمالك دونهم ، وإن كان اسم شخص فمن علماء المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم من مشايخ مالك الذين أخذ عنهم ، وكانوا حينئذ أشهر منه ، فلا وجه لتخصيصه بذلك ، وإنما حمل أصحابه على حمل الحديث عليه كثرة أتباعه ، وانتشار مذهبه فى الأقطار ، وذلك أمارة على ما قالوا . وكذلك « الأئمة من قريش » لا اختصاص للشافعى به ، ثم هو محمول على الخلفاء فى ذلك[٥] ، وقد احتج به أبو بكر يوم السقيفة . وكذلك « تعلموا من قريش » لا اختصاص لأحد به . أما

---

(١) فى [ا] : ولم يلقياه . وهو آخر ما ورد فيها شرحا لحديث « لا ضرر ولا ضرار » أما المذكور بعد فقد أخذته من [ب] .

(٢) فى [الأصل] : [ولم يدركا] وأعتقد أن السياق يقتضى هذا التصحيح .

(٣) فى [الأصل] : [صيد ... صيد] وهو تحريف .

(٤) فى [الأصل] : أو ذلك ، ولا معنى له .

(٥) فى [الأصل] : زيادة وردوا على ذلك ... وهى زيادة لا داعى لها نظرى .

قوله « عالم قريش يملأ الأرض علماً » فابن عباس يزاحم الشافعى فيه ، فهو أحق به لسبقه ، وصحبته ، ودعاء النبى صلى الله عليه وسلم له فى قوله : اللهم فقهه فى الدين وعلمه التأويل » ، فكان يسمى بحر العلم وحبر العرب . وإنما حمل الشافعية الحديث على الشافعى لاشتهار مذهبه ، وكثرة أتباعه . على أن مذهب ابن عباس مشهور بين العلماء لا ينكر » .

« وأما الرواية فى أبى حنيفة وأحمد بن حنبل فموضوعة باطلة لا أصل لها : أما حديث « هو سراج أمتى » فأورده ابن الجوزى فى الموضوعات ، وذكر أن مذهب الشافعى لما اشتهر أراد الحنفية إخماله ، فتحدثوا مع مأمون بن أحمد السلمى ، وأحمد ابن عبد الله الخوشارى[1] وكانا كذابين وضاعين ، فوضعا هذا الحديث فى مدح أبى حنيفة وذم الشافعى ، و « يأبى الله إلا أن يتم نوره » . وأما الرواية فى أحمد ابن حنبل فموضوعة قطعا ؛ لأنا قدمنا أن أحمد كان أحفظ الناس للسنة [2]، وأشدهم بها إحاطة ؛ حتى ثبت أنه كان يذاكر تأليف[3] ألف حديث ، وأنه قال : خرّجت مسندى من سبعمائة ألف حديث وخمسين ألف حديث ، وجعلته حجة بينى وبين الله عز وجل ، فما لم تجدوه فيه فليس بشىء . ثم إن هذا الحديث الذى أورده الشيرازى فى مناقب أحمد ليس فى مسنده ، فلو كان صحيحاً لكان [هو] أولى الناس بإخراجه والاحتجاج به فى محنته[4] التى ضيق الأرض ذكرها » اهـ .

فانظر بالله أمرا يحمل الأتباع على وضع الأحاديث فى تفضيل أئمتهم ، وذم بعضهم . وما مبعثه إلا تنافس المذاهب فى تفضيل الظواهر ونحوها[5] على رعاية المصالح الواضح بيانها ، الساطع برهانها ، فلو اتفقت كلمتهم بطريق ما — لما كان شىء مما ذكرنا عنهم .

واعلم أن من أسباب الخلاف الواقع بين العلماء تعارض الروايات والنصوص .

---

(١) هذه الكلمة فى [الأصل] مطموسة لا تكاد تقرأ ، وقد رجحت أنها هكذا .
(٢) فى [الأصل] : السنة بدون اللام وهو تحريف .
(٣) هكذا فى الأصل .
(٤) فى [الأصل] : فى محبته ، وهو تحريف .
(٥) فى [الأصل] : وما تثبيته إلا تناسهم فى المذاهب فى تحيكهم الظواهر ونحوها ...

وبعض الناس يزعم أن السبب فى ذلك عمر بن الخطاب ؛ وذلك أن أصحابه استأذنوه فى تدوين السنة فى[1] ذلك الزمان ، فمنهم من ذلك ، وقال : « لا أكتب مع القرآن غيره » ، مع علمه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اكتبوا لأبى شاه خطبة الوداع » وقال : « قيدوا العلم بالكتابة » قالوا : فلو ترك الصحابة يدون كل واحد منهم ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم لانضبطت السنة ، ولم يبق بين أحد من الأمة وبين النبى صلى الله عليه وسلم فى كل حديث إلا الصحابى الذى دوّن روايته ؛ لأن تلك الدواوين تتواتر عنهم إلينا ، كما تواتر البخارى ومسلم ونحوهما .

الوجه الثالث[2] : [أنه] قد ثبت فى السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها فى قضايا ، ومنها . معارضة ابن مسعود للنص والإجماع فى التيمم ، بمصلحة الاحتياط فى العبادة ، كما سبق .

ومنها قوله عليه السلام لأصحابه حين فرغ من الأحزاب : « لا يصلين أحدكم العصر إلا فى بنى قريظة » ، فصلى بعضهم[3] قبلها ، وقالوا : لم يرد منا ذلك ، وهو شبيه بما ذكرنا .

ومنها قوله عليه السلام لعائشة : « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » ، وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب فى حكمها ، فتركه لمصلحة الناس[4] .

ومنها أنه عليه السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة قالوا : كيف وقد سمينا الحج ؟ ، وتوقفوا . وهو معارضة للنص بالعادة ، وهو شبيه بما نحن فيه .

وكذلك[5] يوم الحديبية ، لما أمرهم بالتحلل توقفوا تمسكا بالعادة ، فى أن لا حل قبل قضاء المناسك ، حتى غضب النبى صلى الله عليه وسلم وقال : « مالى آمر بالشىء[6] فلا يفعل ؟ » .

---

(١) فى [الأصل] : من .

(٢) انظر ص [٣٥] من هذا الملحق .

(٣) فى (ج ، د) فصلى أحدهم . وما هنا هو ما فى [الأصل] وهو أقرب ، بدليل [وقالوا] بعده .

(٤) فى [الأصل] : لمصلحة التئالف .

(٥) هكذا فى [ج ، د) . أما فى [ب] فقد حرفت إلى : ذلك .

(٦) فى [ب] بشىء ، وقد آثرت ما فى [ج ، د] وهو ما أثبته هنا .

ومنها ما روى أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده عمر فردّه ، وقال : « إذاً يتكلوا[1] » .

وكذلك رد عمر أبا هريرة عن مثل ذلك فى حديث صحيح ، وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة .

ومنها[2] ما روى الموصلى أن رجلا دخل المسجد يصلى ؛ فأعجب الصحابة سمته ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى بكر : « اذهب فاقتله » فذهب فوجده يصلى ، فرجع عنه ، ثم أمر عمر فرجع كلاهما يقول « كيف أقتل رجلا يصلى ؟ » ثم أمر علياً بقتله ، فذهب فلم يجده ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو قتل لم يختلف من أمتى اثنان » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . ولا يقال إنما تركا هذا النص على قتله بقوله عليه السلام : « نهيت عن قتل المصلين » ؛ لأن ذلك نسخ فى حق هذا الشخص بهذا النص الخاص المتأخر ، وظهر أن[3] تركهما الأمر بقتله إنما كان استحسانا منهما مجردا ، وهو من باب ما نحن فيه : من معارضة النصوص ونحوها بالمصالح ، هذا مع أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، ولا ترتّب عليهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهادهما ؛ لما علم من نيتهما وصدقهما فى ذلك — فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم[4] وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، وائتلافها عن الاختلاف . فوجب أن يكون جائزا ، إن لم يكن متعينا .

[فوجب أن يكون تقديم رعاية المصالح على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين ، كما ذكرنا[5] .

---

(١) فى [ب] : يتكلموا ، وهو تحريف .
(٢) لم يرد هذا المثال فى [ج ، د] .
(٣) فى [ب] بدون [أن] هذه . ويبدو أن وجودها ضرورى لاستقامة الجملة .
(٤) فى [ب] بقصد ترك إصلاح . وهو تحريف واضح .
(٥) الكلام الذى بين قوسين هنا — سقط من [ج ، د] .

فقد ظهر بما قررناه أن دليل رعاية المصالح أقوى من دليل الإجماع ، فليقدم عليه وعلى غيره من أدلة الشرع عند التعارض ، بطريق البيان .

اعتراضات وردود عليها

فإن قيل : حاصل ما ذهبتم إليه تعطيل الشرع بقياس مجرد ، وهو كقياس إبليس فاسد الوضع والاعتبار — قلنا : هذا وهم واشتباه ، من نائم بعيد[1] الانتباه ، وإنما هو تقديم دليل شرعي على أقوى منه وهو دليل[2] الإجماع ، على وجوب العمل بالراجح ، كما قدمتم أنتم الإجماع على النص ، والنص على الظاهر .

وقياس إبليس — وهو « أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين » — لم يقم عليه ما قام على رعاية المصالح من البراهين ، وليس هذا من باب فساد الوضع ، بل من باب تقديم الراجح كما ذكرنا .

فإن قيل : الشرع أعلم بمصالح الناس ، وقد أودعها أدلة الشرع وجعلها أعلاما عليها تعرف بها ، فترك أدلته لغيرها مراغمة ومعاندة له — قلنا : أما كون الشرع أعلم بمصالح المكلفين فنعم . وأما كون ما ذكرنا من رعاية المصالح تركا لأدلة الشرع بغيرها فممنوع ، بل إنما تترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها ، مستند إلى قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » كما قلتم في تقديم الإجماع على غيره من الأدلة . ثم إن الله عز وجل جعل لنا طريقا إلى معرفة مصالحنا عادة ، فلا نتركه لأمر مبهم ، يحتمل أن يكون طريقاً إلى المصلحة وألا يكون ...

فإن[3] قيل : إجماع الأمة حجة قاطعة تخالف — قلنا : إن عنيتم بكونه قاطعاً القطع العقلي الذي لا يحتمل النقيض[4] كقولنا ، الواحد نصف الاثنين — فلا نسلم أن الإجماع قاطع بهذا المعنى . وإن عنيتم به استناده[5] إلى دليل قاطع

---

(١) في [ج ، د] بعد ، وهو تحريف لما في الأصل .
(٢) هكذا في [ج ، د] أما في [ب] فقد وردت : وهو متعين الإجماع ...
(٣) هذا الاعتراض وجوابه ساقطان من [ج ، د] ...
(٤) في [الأصل] الذي يحتمل نقيض ... وهو تحريف .
(٥) في [الأصل] : إسناد وهو محرف في نظري عما ذكرته .

فقد سبق تفصيل جوابه فى الاعتراض على دلالة الآية الثانية من أدلة الإجماع . وإن عنيتم به أنه لا يجوز خلافه — فهو عين الدعوى ومحل النزاع بيننا ، وعندنا يجوز خلافه بأقوى منه ، وقد بيناه .

فإن قيل : خلاف الأمة فى مسائل الأحكام رحمة وسعة ، فلا يحويه حصرهم من جهة واحدة ؛ لئلا يضيق مجال الاتساع — قلنا : هذا الكلام ليس منصوصاً عليه من جهة الشرع حتى يُعتثل ، ولو كان لكان[1] مصلحة الوفاق أرجح من مصلحة الخلاف ، فتقدم . ثم ما ذكرتموه من مصلحة الخلاف بالتوسعة على المكلفين معارض بمفسدة[2] تعرض منه ، وهو أن الآراء إذا اختلفت وتعددت — اتبع بعض رخص المذاهب ، فأفضى إلى الانحلال والفجور ، كما[3] قال بعضهم :

فاشرب ولط وازنى وقامر واحتجج فى كل مسألة بقول إمام ...

يعنى بذلك شرب النبيذ وعدم الحد فى اللواط على رأى أبى حنيفة ، والوطء فى الدبر على ما يعزى إلى مالك ، ولعب الشطرنج على رأى الشافعى .

وأيضاً ، فإن بعض أهل الذمة ربما أراد الإسلام ، فيمنعه كثرة الخلاف ، وتعدد الآراء ؛ ظنا منه أنهم يخطئون[4] ؛ لأن الخلاف مبعود عنه[5] بالطبع ، ولهذا قال الله تعالى : « الله نزّل أحسن الحديث كتابا متشابها » أى يشبه بعضه بعضا ، ويصدّق بعضه بعضا ، لا يختلف إلا بما فيه من المتشابهات ، وهى ترجع إلى المحكمات بطريقها . ولو اعتمدت رعاية المصالح المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » على ما تقرر — لا تحد طريق الحكم وانتهى الخلاف ، فلم[6] يكن ذلك شبهة فى امتناع من أراد الإسلام ، من أهل الذمة وغيرهم .

فإن قيل : هذه الطريقة التى سلكتها إما أن تكون خطأ فلا يُلتفت إليها ، أو صوابا : فإما أن ينحصر الصواب فيها أولا . فإن انحصر لزم أن الأمة من أول

---

(١) فى [الأصل] : لكن ، وهو تحريف .
(٢) فى [الأصل] : لمفسدة ، وهو تحريف .
(٣) هذا المثال وشرحه ليس فى [جـ ، د] .
(٤) سقط هذا التعليل من [جـ د] .
(٥) فى [جـ ، د] : منفور منه .
(٦) هذا الاستنتاج ساقط من [جـ ، د] .

الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ ؛ إذ لم يقل بها أحد منهم . وإن لم ينحصر فهى طريق جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التى اتفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة ؛ لقوله عليه السلام : « اتبعوا السواد الأعظم ، فإنه من شذ شذ فى النار » — فالجواب أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصر فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً ، وذلك يوجب المصير إليها ؛ إذ الظن فى العمليات كالقطع فى غيرها . وما يلزم على من خطأ الأمة فيما قبله لازم على كل ذى رأى أو طريقة انفرد بها غير مسبوق إليها . والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحجة والدليل الواضح ؛ وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ؛ لأن العامة أكثر ، وهم[1] السواد الأعظم .

بين الطوفى والإمام مالك

واعلم أن هذه الطريقة[2] التى ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور — ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هى أبلغ من ذلك ، وهو التعويل على النصوص والإجماع فى العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات وباقى الأحكام .

أدلة العبادات

وتقرير ذلك أن الكلام فى أحكام الشرع إما أن يقع فى العبادات والمقدرات ونحوها ، أو فى المعاملات والعادات وشبهها . فإن وقع فى الأولى[3] اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما من الأدلة . غير أن الدليل على الحكم إما أن يتحد[4] أو يتعدد ، فإن اتحد مثل أن كان فيه آية أو حديث أو قياس أو غير ذلك ثبت به . وإن تعدد الدليل مثل أن كان آية وحديثاً وقياساً واستصحاباً ونحوه — فإن اتفقت

---

(١) فى [ب . ج ، د] وهو . وقد آثرت عودة الضمير إليهم مجموعا .
(٢) فى [ج ، د] زيادة [هى] ههنا ، وهى زيادة تفسد المعنى .
(٣) فى [ب] : الأول . وهو تحريف .
(٤) يقصد : يتوحد ، أى يكون واحداً فقط ، بدليل مقابله . وهكذا فى سائر ما يأتى .

الأدلة على إثبات أو نفى ثبت بها ، وإن تعارضت فيه فإما تعارضاً يقبل الجمع أو لا يقبله . فإن قبل الجمع جمع بينهما ؛ لأن الأصل فى أدلة الشرع الإعمال لا الإلغاء ، غير أن الجمع بينهما يجب أن يكون بطريق قريب واضح ، لا يلزم معه التلاعب ببعض الأدلة . وإن لم يقبل الجمع فالإجماع ، مقدم على ما عداه من الأدلة التسعة عشر ، والنص مقدم على ما عدا الإجماع ثم النص منحصر فى الكتاب والسنة ، ثم لا يخلو ، إما أن ينفرد بالحكم أحدهما أو يجتمعا فيه ، فإن انفرد به أحدهما فإما الكتاب[١] أو السنة ، فإن انفرد به الكتاب فإما أن يتحد الدليل أو يتعدد ، فإن اتحد بأن كان فى الحكم آية واحدة عمل بها إن كانت نصاً أو ظاهراً فيه ، وإن كانت مجملة فإن كان أحد[٢] احتماليها أو احتمالاتها أشبه بالأدب مع الشرع عمل به ، وكان ذلك كالبيان . وإن استوى احتمالاها فى الأدب مع الشرع جاز الأمران ، والمختار أن يتعبد بكل منهما مرة وإن لم يظهر وجه الأدب فيهما[٣] وقف الأمر على البيان .

وإن[٤] تعدد الدليل من الكتاب — بأن[٥] كان فى الحكم منه آيتان فأكثر — فإن اتفق مقتضاهن فكالآية الواحدة ، وإن اختلف : فإن قبل الجمع جمع[٦] بينهن بتخصيص أو تقييد أو نحوه ، وإن[٧] لم يقبل الجمع : فإن علم نسخ بعضها بعينه فالعمل على ما سواه ؛ وإن لم يعلم نسخ بعضها فالمنسوخ منهما مبهم[٨] ، وليستدل عليه بموافقة السنة غيرَه ؛ إذ السنة بيان الكتاب ، وهى إنما تبين ما ثبت حكمه لا ما نسخ .

---

(١) فى [ب] : فإما الكتاب والسنة ، وهو تحريف .

(٢) فى [ب] ، إحدى ، وهو تحريف .

(٣) فى [جـ ، د] سقط الجار والمجرور .

(٤) فى [ب] ، فإن ، والمناسب ما فى [جـ ، د] .

(٥) فى [جـ ، د] : فإن كان ، وهو تحريف عما أثبتناه .

(٦) سقطت هذه الكلمة من [ب] ، فبقى الشرط هناك دون جواب .

(٧) فى [ب] : فإن لم بالفاء ؛ والمكان للواو .

(٨) وردت هذه العبارة فى [جـ ، د] هكذا : فإن علم نسخ بعضها بعينه فبها ؛ وإلا فالمنسوخ منهما مبهم .

وإن انفردت السنة بالحكم : فإن كان فيه حديث واحد — فإن صح عمل به كالآية الواحدة . وإن لم يصح لم يعتمد عليه ، وأخذ الحكم من الكتاب إن وجد[١] ، وإلا فمن الاجتهاد إن ساغ ، مثل أن يعمل بما هو أشبه بالأدب مع الشرع ، وتعظيم حقه . وإن لم يسغ[٢] فيه الاجتهاد وقف على البيان .

وإن كان فيه أكثر من حديث — فإن صحت جميعها : فإما أن تتساوى[٣] فى الصحة أو تتفاوت[٣] ، فإن تساوت فى الصحة فإن اتفق مقتضاها فكالحديث الواحد ، وإن اختلف[٤] فإن قبل الجمع جمع بينهما ، وإلا فبعضها منسوخ ، فإن تعين وإلا استدل عليه[٥] بموافقة الكتاب أو الإجماع غيره ، أو بغير ذلك من الأدلة .

وإن لم تصح جميعها — فإن كان الصحيح منها واحداً فكما لو لم يكن فى الحكم إلا حديث وإن كان الصحيح أكثر من واحد فإن اتفقت عمل بها ، وإن اختلفت جمع بينها إن أمكن الجمع ، وإلا فبعضها منسوخ كما سبق فيما إذا كان جميع الأحاديث صحيحاً .

وإن تفاوتت فى الصحة - فإن كان بعضها أصح من بعض : فإن اتفق مقتضاها فلا إشكال ، وهى كالحديث الواحد وإن تعارض[٦] فإن قبلت الجمع جمع بينها ، وإن لم تقبله قدم الأصح فالأصح .

ثم إن اتحد الأصح عمل به ، وإن تعدد : فإن[٧] اتفق فكالحديث الواحد ، وإن تعارض جمع بينه إن قبل الجمع ، وإلا فبعضه منسوخ : معين ، أو مبهم يستدل عليه بما سبق .

إن اجتمع فى الحكم كتاب وسنة — فإن اتفقا عمل بهما ، وأحدهما بيان للآخر أو مؤكد له . وإن اختلفا — فإن أمكن الجمع بينهما جمع ، وإن لم يمكن :

---

(١) فى [ب] : يوجد .
(٢) فى [ب] : يتبع ، وهو تحريف .
(٣) فى [ب] يتساوى ، ويتفاوت .
(٤) هكذا فى [ب] . أما [جـ ، د] فقد ورد العمل فيهما (اختلفت) ، وهو تحريف .
(٥) فى [ب] : فالاستدلال عليه ، وهو تحريف .
(٦) فى جميع النسخ : [تعارضت] وهو خطأ ؛ لأنه مقابل « فإن اتفق مقتضاها » .
(٧) سقط هذا الشرط والفعل الذى قبله من [ب] ، ففسد المعنى هناك ...

فإن اتجه نسخ أحدهما بالآخر نسخ به ، وإن لم يتجه فهو محل نظر وتفصيل ، والأشبه تقديم الكتاب ؛ لأنه الأصل الأعظم ، فلا يترك بفرعه .

هذا تفصيل القول فى أحكام العبادات .

أدلة المعاملات

أما المعاملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وباقى أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا فبها ونعمت ، كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الخمسة الكلية الضرورية ، وهى قتل القاتل والمرتد ، وقطع السارق ، وحد القاذف[1] والشارب ، ونحو ذلك من الأحكام التى وافقت فيها أدلة الشرع المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع فاجمع بينهما[2] ، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض ، على وجه لا يخل بالمصلحة ، ولا يفضى[3] إلى التلاعب بالأدلة أو بمضها ؛ وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، وهو خاص فى نفى الضرر المستلزم لرعاية المصلحة ، فيجب تقديمه ولأن المصلحة هى المقصودة من سياسة الكلفين بإثبات الأحكام ، وباقى الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

عند ما تتعارض المصالح . . .

ثم إن المصالح والمفاسد قد تتعارض فتحتاج إلى ضابط يدفع محذور تعارضها ،

---

(١) فى [ب] : وحد القذف ، والمناسب ما فى [ج ، د] .

(٢) فى [ج ، د] فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع ... وقد آثرت ما فى [ب] .

(٣) فى [ب] ولا يفضى إلى ... وهو تحريف .

(٤) وردت العبارة فى [ج ، د] هكذا : كل حكم تفرضه فاما أن تتمحض مصلحته ، فإن اتحد ... الخ بدون مقابل إما ، وقد أشارت [د] إلى هذا . ثم عثرت على العبارة فى [ب] كما أثبتها هنا غير أنى آثرت [بأن] على [فإن] بعد الفعلين اتحدت ، وتعددت لأن المذكور بعد كل منهما تفسير له ، لا تفريع عليه .

فنقول : كل حكم نفرضه فإما أن تتمحض مصلحته أو مفسدته ، أو يجتمع فيه الأمران . فإن تمحضت مصلحته — فإن اتحدت[١]] [بأن كان فيه مصلحة واحدة] حصلت . وإن تعددت [بأن كان فيه مصلحتان أو مصالح] فإن أمكن تحصيل جميعها حصل ، وإن لم يمكن حصل الممكن . وإن تعذر ما زاد على المصلحة الواحدة — فإن تفاوتت المصالح فى الاهتمام بها حصل الأهم منها ، وإن تساوت فى ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار ، إلا أن يقع ههنا تهمة فبالقرعة .

وإن تمحضت مفسدته فإن اتحدت دفعت ، وإن تعددت فإن أمكن درء جميعها درئت ، وإن تعذر[٢] درىء منها الممكن . فإن تعذر درء ما زاد على مفسدة[٣] واحدة — فإن تفاوتت فى عظم المفسدة دفع أعظمها ، وإن تساوت فى ذلك فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة[٤] .

وإن اجتمع فيه الأمران المصلحة والمفسدة — فإن أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين ، وإن تعذر فعل الأهم من تحصيل أو دفع إن تفاوتا[٥] فى الأهمية ، وإن تساويا فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة .

وإن تعارض مصلحتان أو مفسدتان ، أو مصلحة ومفسدة ، وترجح كل واحد من الطرفين من وجه دون وجه [٦] — اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلا أو دفعا . فإن استويا فى ذلك عدنا إلى الاختيار أو القرعة .

فهذا ضابط مستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ، يتوصل به إلى أرجح الأحكام غالبا ، وينتفى به الخلاف بكثرة الطرق والأقوال ، مع أن فى اختلاف الفقهاء فائدة عرضت خارجة عن المقصود ، وهى معرفة الحقائق التى تتعلق بالأحكام ، وأعراضها ونظائرها ، والفروق بينها ، وهى شبيهة بفائدة الحساب من جزالة الرأى . . .

---

(١) فى [ج ، د] تعددت ، وهو تحريف لأنه مقابل فإن أمكن ...

(٢) فى [ب ، ج ، د] : مصلحة ، وهو خطأ من الناسخ أو سهو من المؤلف ؛ إذ المفسدة هى التى تدرأ لا المصلحة .

(٣) فى [ب] : إن تحققت تهمة .

٤ فى [ب] : أو يتفاوتا ، وهو تحريف .

(٥) فى [ب] : فرجح كل واحد من الطرفين وجه دون وجه ...

لماذا لم تعتبر المصلحة فى العبادات

وإنما اعتبرنا المصلحة فى المعاملات ونحوها دون العبادات وشبهها ؛ لأن العبادات حق[١] للشرع خاص به ، ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته ، فيأتى به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً خادما له إلا إذا امتثل ما رسم له سيده ، وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك ههنا . ولهذا لما تعبدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع — أسخطوا الله عز وجل ، وضلوا وأضلوا ، وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، فكانت[٢] هى المعتبرة ، وعلى تحصيلها المعول .

ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ[٣] من أدلته ؛ لأنا قد قررنا أن رعاية[٤] المصلحة من أدلة الشرع ، وهى أقواها[٥] وأخصها ، فلنقدمها فى تحصيل المصالح .

ثم هذا إنما يقال فى العبادات التى تخفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات . أما مصلحة سياسة المكلفين فى حقوقهم فهى معلومة لهم بحكم العادة والعقل ، فإذا رأينا دليل الشرع متقاعدا عن إفادتها علمنا أنا أحلنا فى تحصيلها على رعايتها ، كما أن النصوص لما كانت لا تفى بالأحكام علمنا أنا أحلنا بتمامها على القياس ، وهو إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، بجامع بينهما .

والله عز وجل أعلم بالصواب .

---

(١) فى [ب] : حق الشرع ، وهو تحريف .

(٢) فى [ج ، د] : وكانت ، بالواو . ومافى [ب] هو المناسب .

(٣) فى [ب] : فيؤخذ ...

(٤) فى [ج ، د] أن المصلحة ، وفى [ب] : أن غايت المصلحة ، وقد رأيت تصحيحها إلى رعاية المصلحة .

(٥) فى [ب] : من أقواها ، والعبارة بدون [من] أكثر تمشيا مع ماسبق أن قرره ...

٤ — العرف

قدمنا فى مبحث الاستحسان أن الحنفيـة عدوا من أنواع الاستحسان الاستحسان الذى سنده العرف ومثلوا له بتجويز عقد الاستصناع . وأن المالكية عدوا أيضاً من أنواع الاستحسان الاستحسان الذى سنده العرف ومثلوا له بعدم حنث من أكل سمكا إذا حلف لا يأكل لحماً .

واشتهر على ألسنة الشرعيين قولهم — العرف فى الشرع له اعتبار — وقولهم العرف شريعة محكَّمة — ولهذا نخص العرف بالبحث لنعرف مدى اعتبار الشرع له . وأثره فى التشريع وفى القضاء .

تعريفه — العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل . والعرف والعادة فى لسـان الشرعيين لفظان مترادفان معناها واحد . ومثال العرف القولى تعارف الناس على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى . وتعارفهم على اطلاق لفظ اللحم على غير لحم السمك . ومثال العرف الفعلى تعارفهم على البيع بالتعاطى من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول . وتعارفهم على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن تقبض جزءاً من مهرها .

والفرق بين العرف والإجماع من وجوه . أحدها أن العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة والقارئون والأميون والمجتهدون . وأما الإجماع فلا يتكون إلا من اتفاق المجتهدين خاصة على حكم شرعى عملى ولا مدخل فيه لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو أية طائفة من الناس غير المجتهدين . وثانيها أن العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وبتوفيق غالبهم أى أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف ولا يحول دون اعتباره .

وأما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر وقوع الواقعة المعروضة ، ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تنقض الإجماع . وثالثها أن الحكم الذى يستند إلى الإجماع الصريح يكون كالحكم الذى يستند إلى النص ولا مساغ

للاجتهاد فيما فيه نص أو إجماع وأما الحكم الذى يستند إلى العرف فهو يتغير بتغير العرف وليست له قوة الحكم الذى سنده النص أو الإجماع .

أنواعه — العرف نوعان . العرف الصحيح وهو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة كتعارفهم اطلاق لفظ على معنى عرفى لهم غير معناه اللغوى وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل بعضه وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحلوى ونحوها يعتبر هدية وليس من المهر .

والعرف الفاسد وهو ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع أو يجلب ضرراً أو يفوت نفعاً كتعارفهم بعض العقود الربوية أو بعض العادات المستنكرة فى المآتم والموالد وفى كثير من احتفالاتهم .

مدى اعتبار العرف — أما العرف الصحيح الذى لا يخالف أصلا شرعياً فعلى المجتهد أن يراعيه فى اجتهاده وعلى القاضى أن يراعيه فى قضائه . والدليل على هذا أمران — أحدهما أن الشارع الإسلامى فى تشريعه راعى عرف العرب فى بعض أحكامه . فوضع الدية على العاقلة . واشترط الكفاءة فى الزواج . وبنى الولاية فى الزواج على العصبية وكذلك الإرث — وثانيهما أن ما يتعارفه الناس من قول أو فعل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم . وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه . وإذا سكتوا عن التصريح بشىء فهو اكتفاء بما يقضى به عرفهم ولهذا قال الفقهاء المعروف عرفا كالمشروط شرطا . وقالوا إن الشرط فى العقد يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد . أو ورد به الشرع . أو جرى به العرف .

وأما العرف الفاسد أى المخالف لأصل شرعى أو حكم ثابت بالنص فلا يراعيه المجتهد فى اجتهاده وفتواه ولا القاضى فى قضائه . ولهذا ما راعى الشارع الإسلامى فى تشريعه بعض ما جرى عليه عرف العرب من زواج المقت والطواف بالبيت عراة وأمثال هذا .

ولكن إذا تعارف الناس عقدا أو تصرفا من العقود أو التصرفات الفاسدة حسب أحكام الشريعة كعقد الرهن الذى ينتفع فيه المرتهن بالمرهون باشتراط هذا

فى العقد أو كعقد مضاربة اشترط فيه لرب المال من الربح قدر معين لا نسبى . أو عقد من التأمينات ففى مراعاة هذا العرف نظر من وجهة أخرى وقد وضحها الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر سابقاً فى بحث كتبه بمجلة الأزهر وعنوانه — مراعاة العرف — وننقل عنه ما يأتى بنصه . قال :

« ويراعى العرف فى القضاء والفتوى ، وليس للفقيه أن يفتى أو يقضى بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل فى قبيل الرخصة التى يقررها الفقيه على سبيل الاجتهاد .

فشأن الفقيه أن ينظر فى المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة فإن وجدها ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنيها من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل . فإن كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فماله إلا أن يفتى بفسادها ويعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة . ولا يصح أن يجعل ما يجرى به العرف الفاسد أمراً مشروعاً ويفتى بصحته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها — قال العلامة أبو عبد الله بن شعيب أحد علماء تونس فى القرن الثامن « وغلبة الفساد إنما هى من إهمال حملة الشريعة ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد — وقال الشيخ ابراهيم الرياحى التونسى فى إحدى فتاويه « والعرف المعتبر هو ما يخصص العام ويقيد المطلق وأما عرف يبطل الواجب ويبيح الحرام فلا يقول به أحد من أهل الإسلام — فإذا أفتى بعض الفقهاء بصحة عقد مخالف لأصل شرعى وظهر من عبارته أنه استند فى إفتائه إلى جريان العرف بهذا العقد فاعلم أن العبارة لم تفرغ فى قالب التحقيق أو أنه لم يزن الفتوى بقسطاس الشرع المستقيم » .

ومما يستند إليه هذا الرأى أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما وجد عرف أهل المدينة جاريا على بيع السلم وعلى بيع العرايا وأصبح هذان النوعان من البيوع التى لا يستغنى عنهما المتعاملون أباحهما فرخص فى السلم ورخص فى العرايا مع أن كلا منهما بحسب الأحكام الشرعية عقد غير صحيح لأن السلم بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال فهو عقد على معدوم وقد نهى

صلى الله عليه وسلم عن بيع المعدوم . والمزابنة بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف وهذا لا يمكن فيه التحقق من تساوى البدلين وقد نهى صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ولكن ضرورات الناس دعتهم إلى هذا النوع من التعامل وجرى عرفهم به فراعى رسول الله ضرورتهم وعرفهم ورخص فيه .

والأحكام التى روعى فيها العرف تتغير بتغير العرف ولهذا خالف بعض المتأخرين من الفقهاء بعض أئمتهم ومتقدميهم بناء على اختلاف العرف فى زمنهم ولما قال محمد بن الحسن يعفى عن رشاش البول وخالفه فى هذا أبو يوسف قال لو رأى صاحبى مرو وما عليه سكانها لوافقنى وكثيراً ما قال الفقهاء عن اختلافهم إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان .

والإمام الشافعى لما هبط مصر غير بعض الأحكام التى كان قد ذهب إليها فى بغداد لما رآه من بعد العرف فى مصر عن عرف بغداد ومن أجل هذا كان له مذهبان القديم والجديد .

وبالنظر الدقيق فى العرف وأمثلته وما قال الأصوليون والفقهاء فيه يتبين أن العرف ليس دليلا مستقلا يشرع الحكم فى الواقعة بناء عليه وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم المراد من عبارات النصوص ومن ألفاظ المتعاملين وإلى تخصيص العام منها وتقييد المطلق . ويستند إليه فى تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة . وفى رفض سماع بعض الدعاوى التى يكذبها العرف . وفى اعتبار الشرط الذى جرى به العرف . وفى الترخيص بمحظور دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم وفى أمثال هذا مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضى ملائماً حال البيئة ومتفقا وإلف الناس ومصالحهم . قال شهاب الدين القرافى فى قواعده « إذا جاءك رجل من غير اقليمك لا تجره على عرف بلدك والقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح . والجمود على المنقولات أيا كانت اضلال فى الدين وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين .