

## الاستصحاب

١ - تعريفه :

الاستصحاب في اللغة العربية المصاحبة تقول استصحتت في سفرى الكتاب أو الرفيق أى جعلته مصاحباً لي واستصحتت ما كان في الماضى أى جعلته مصاحباً إلى الحال .

والاستصحاب فى اصطلاح الأصوليين هو استبقاء الحكم الذى ثبت بدليل فى الماضى قائماً فى الحال حتى يوجد دليل يغيره أو هو اعتبار الحكم الذى ثبت فى الماضى بدليل مصاحباً لواقفته وملازماً لها متى يوجد دليل يدل على قطع هذه المصاحبة .

وزيادة فى إيضاح التعريف نقول .

٦ إذا دل دليل على ثبوت حكم شرعى لواقعة ودل هذا الدليل نفسه على بقاء هذا الحكم واستمراره فإن ثبوت الحكم لواقفته وبقائه واستمراره ثابتان بالدليل الشرعى ولا يختلف فى هذا اثنان ومثاله قول الله تعالى فيمن قذفوا المحصنات بالزنا « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » فهذا النص دل على رد شهادتهم فيما مضى وفى المستقبل لقوله « أبداً » ومثاله قول الرسول فى حكم الجهاد « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » فهذا النص دل على وجوب الجهاد وعلى بقاءه إلى يوم القيامة .

وأما إذا دل دليل على ثبوت حكم لواقعة ولم يدل هذا الدليل على بقاء حكمه واستمراره ولم يجد المجتهد بمد بحثه واجتهاده دليلاً بغير الحكم الذى ثبت لهذه الواقعة فهل يحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره ما دام لم يجد ما غيره أو لا يحكم ، هذا موضع الخلاف بين الأصوليين فى الاستصحاب .

٢ - مذاهب المختلفين فيه وأدلة كل مذهب :

مذهب جمهور العلماء وفى مقدمتهم مالك وأحمد أنه يحكم ببقاء الحكم الذى ثبت فى الماضى ما دام لم يثبت ما يغيره أو بمباراة أخرى يبقى ما ثبت فى الماضى ثابتاً

في الحال حتى يوجد ما يغيره وهؤلاء هم المحتجون بالاستصحاب .  
ومذهب بعض العلماء ومنهم الحنفية أن الاستصحاب ليس بحجة وأن بقاء  
الحكم لا يدل عليه دليل كثبوته .

استدل من لا يحتجون بالاستصحاب بأن الفرض أن الدليل دل على ثبوت الحكم  
للواقعة . ولم يدل على استمراره وبقائه وإذا يكون بقاء الحكم لا دليل عليه وكل  
حكم بغير دليل مردود .

واستدل المحتجون بالاستصحاب بأن مما فطر عليه الناس وجرى به عرفهم في عقودهم  
وتصرفاتهم ومعاملاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر غلب على ظنهم بقاؤه موجوداً  
حتى يثبت لهم عدمه وإذا تحققوا من عدم أمر غلب على ظنهم بقاؤه معدوماً حتى يثبت  
لهم وجوده فمن عرف إنساناً حياً راسله بناء على ظنه بقاؤه حياته . ومن عرف زوجية  
زوجين شهد بها بناء على ظن بقائها والقاضي يقضى بالملكية في الحال بناء على سند  
ملكية بتاريخ سابق ويقضى بالدين في الحال بناء على شهادة شاهدين باستدانة سألقة .  
وهذا كله يدل على أن مما تقضى به الفطرة أن يعتبر ما كان على ما كان حتى  
يطراً ما يغيره .

وبأنه مما اتفق عليه الفقهاء أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك فمن توضأ للصلاة  
ثم شك بعد ذلك في أنه أحدث يصلي ولا عبرة بشكه . ومن تزوج ثم شك بعد ذلك  
في أنه طلق تحمل له زوجته ولا اعتبار لشكه وهذا في الحقيقة مبني على أن الحكم  
الذي ثبت في الماضي يستصحب ويبقى ويستمر حتى يوجد دليل يغيره .

وبأن أكثر المجتهدين في اجتهادهم يبنون الأحكام على الاستصحاب فإذا سئل  
المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أي طعام أو شراب وبعد بحثه واجتهاده  
لم يجد دليلاً شرعياً خاصاً يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل في الأشياء  
الإباحة لقوله تعالى « هو الذي خلق لكم مافي الأرض جميعاً » وخلق مافي الأرض  
جميعه للناس يدل على أنه أباح لهم الانتفاع به إلا استثناءه وحرمة ولهذا قال  
الأصوليون أن الاستصحاب آخر مدار الفتوى .

وبأن القضاة درجوا على بناء أحكامهم على الاستصحاب فيقضون بالملك الآن بسند دل على مباشرة سبب من أسباب الملكية فيما مضى ويقضون بالزوجية وبآثارها الآن بناء على وثيقة دلت على عقد زواج فيما مضى . ولا يقضون على برىء بثبوت دين في ذمته حتى يقوم الدليل ولا يقضون ببراءة ذمة مشغولة بدين فيما مضى حتى يقوم الدليل .

وعلى هذا الاستصحاب بنيت المادة ١٨٠ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « تكفي الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » والمادة ١٨١ منها « ونصها تكفي الشهادة بالوصية أو الإيضاء وإن لم يصرح بإصرار الوصي إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت المبادئ الشرعية السككية الآتية :

الأصل في الأشياء الإباحة — الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره ما ثبت باليقين لا يزول بالشك — الأصل في الإنسان البراءة .

وقد ذهب الحنفية إلى أن الاستصحاب حجة في الدفع لافي الاثبات ومرادهم أن الحال الثابتة بالاستصحاب حجة لدفع ما يخالفها حتى يقوم الدليل على هذا المخالف . وليست حجة على اثبات مدعى لم يتم عليه دليل يثبتته ، ويوضح هذا ما حكموا به في المفقود . فالمفقود هو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعرف حياته ولا وفاته وهو حين غاب كانت حياته ثابتة والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فالأصل أن يظن بقاءه حيا حتى تثبت وفاته بدليل حسي أو بحكم القضاء بموته ، فإذا طلب ورثته قسمة تركته بينهم بدفع طلبهم بأن حياته ثابتة استصحابا وكذلك إذا طلبت زوجته أن تطلق منه أو إذا طلب أحد فسخ إجارته فاستصحاب حياته حجة لدفع ما يدعى عليه . ولكن إذا مات أخ المفقود والمفقود من ورثته وطلب القيم على المفقود إرث المفقود من مورثه مستندا إلى أن المفقود معتبر حيا بالاستصحاب لا يصلح سنده حجة لإرثه فلا يرث المفقود فعلا وإنما يحفظ نصيبه أمانة حتى تتجلى حال المفقود حقيقة فإن ظهر حيا ورث ما حفظ له وإن ظهرت وفاته أو حكم بوفاته فحياته المستصعبة صاحبت الدفع عنه لا للإثبات له .

والسبب فى هذا أن الحياة المستصحبة للمفقود حياة اعتبارية أو ظنية لأن الاستصحاب ما هو إلا ظن بقاء الحال التى كانت ثابتة فى الماضى . وشرط الإرث التحقق من حياة الوارث بعد موت مورثه ؛ فظن حياة الوارث بعد موته لا تكفى لإرثه منه فالحياة الاعتبارية الثابتة بالظن لا بالجزم تكفى فى الدفع عن المفقود إذا ادعى عليه غيره ما يترتب على موته ، ولا تكفى لإثبات ما يدعى للمفقود مما يتوقف على حياته .

والحق أن استصحاب الحكم الذى دل عليه دليل واعتباره قائماً إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضى خلافه هو مما تقتضى به الفطرة السليمة وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم ؛ وكل نص شرعى دل على حكم يعتبر حكمه قائماً إلى أن يطرأ ما ينسخه وكل عقد أو تصرف ترتب عليه حكمه يعتبر حكمه ثابتاً إلى أن يطرأ ما يغيره . ولكن عد هذا الاستصحاب دليلاً مستقلاً فيه نظر لأن الدليل الأول هو الذى دل على الحكم وعلى استمراره . دل على ثبوت الحكم بصيغته ودل على استمراره ببرهان عقلى ملحوظ مع كل دليل ما دام قائماً ولم يلفه دليل لاحق فحكمه قائم .

## مصادر التشريع الإسلامي - صرته

### تساير مصالح الناس وتطورهم

اتفقت كلمة علماء المسلمين على أن كل ما يحدث للناس من وقائع في هذه الحياة لها في الشريعة الإسلامية أحكام . وهذه الأحكام يعرف بعضها من نصوص في القرآن والسنة ، ويعرف بعضها من دلائل أخرى أرشد إليها الشارع الإسلامي ليتعرف بها حكم ما لم يدل على حكمه نص في القرآن أو السنة . ومجموعة الأحكام التي تعرف من النصوص والأحكام التي تعرف من غيرها من الأدلة الشرعية هي الفقه الإسلامي ، فإذا حدثت واقعة لأى مسلم ودل نص في القرآن أو السنة على حكمها وجب تطبيق النص واتباعه ، وإن لم يدل نص فيهما على حكمها وجب تعرف حكمها من أى دليل من الأدلة الشرعية . قال الإمام الشافعى رحمه الله في رسالته في علم أصول الفقه « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم ، وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه ، وإذا لم يكن فيه بعينه طلبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياس » . فمصادر تشريع الأحكام العملية في الشريعة الإسلامية نصوص تشريعية وردت في القرآن والسنة . ودلائل أخرى أقامها الشارع ليتهدى بها في التشريع حيث لا يوجد نص فيهما ، ومن أظهر هذه الدلائل الاجماع والقياس ، ومن الدلائل التي بنى عليها بعض المجتهدين اجتهادهم الاستحسان ، والاستصحاب ، والاباحة الأصلية ، ومراعاة العرف ، والمصالح المرسلة ، ومرجع أكثر هذه الأدلة عند التحقيق إلى القياس .

وقد توهم بعض الباحثين من المستشرقين<sup>(١)</sup> وغيرهم أن هذه المصادر ليس فيها من المرونة والخصوبة ما يكفل حركة تشريعية متجددة ، وقوانين وأحكاما تتطور

(١) ص ١١٤ من رسالة وجوب تنقيح القانون المدنى للدكتور السنهورى ص ٦ ع ١ مجلة القانون والاقتصاد .

بتطور أحوال الناس وتساير الأزمان المتماقبة ، وتلائم البيئات المختلفة . والذي أوهمهم هذا الوهم أنهم رأوا أن النصوص التشريعية في القرآن والسنة نصوص معدودة ، والوقائع التي شرعت أحكامها وقائع محدودة ، وقدروا أن الشارع الإسلامي لا بد أن يكون قد راعى في تشريع ما شرعه من الأحكام لتلك الوقائع حال الأمة ومقتضيات البيئة ، وما يصلح لبيئة ربما لا يصلح لأخرى . ورأوا أن الأدلة الأخرى التي يصدر عنها التشريع فيما لانص فيه أدلة غير ممهدة للاهتداء بها ، وعلماء المسلمين أحاطوها بأسوار من القيود والشروط والالتزامات ضيقت نطاقها وسدت أبوابها وجعلتها غير عملية .

وأنا ألتبس ببعض العذر لهؤلاء التوهمين فيما توهموه ، لأن نواحي الخصوبة والرونة في النصوص التشريعية في القرآن والسنة نواح دقيقة لا يحيط بها إلا من استقرأ تلك النصوص ، وراض عقله على الاستدلال بها ، وأنم النظر في جملتها وتفصيلها . ولأن نواحي الخصوبة والرونة في سائر الأدلة الشرعية قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرئتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأتربة عليها بسد باب الاجتهاد وإيجاب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة لأن هذا عطل استعمال مصادر التشريع في الاستنباط وجمدها وعين الماء إذا لم يردها الواردون يفيض ماؤها ، والأسلحة إذا لم تستعمل يملوها الصدأ ويحيل إلى رائبها أن الميب في جوهرها والحقيقة أن عين الماء فياضة لو ورد المستقون ، والأسلحة ماضية وجوهرها كريم لو وجدت من يحسن استعمالها .

وأنا أكشف في هذا البحث عن بعض نواحي الخصوبة والرونة في مصادر التشريع الإسلامي من النصوص ، وغير النصوص ، ليتبين أن ما توهمه التوهمون غير صحيح ومبني على نظر سطحي ، وأن المصادر التشريعية معين لا ينضب ماؤه ، وأنها كفيلة بتطور التشريع وبالتقنين لكل ما تقتضيه حاجات الأمم في مختلف العصور ، وأن المسلمين لو أرادوا أن يمشوا الأزمان ويسايروا المصالح بتشريعاتهم لا يجدون من الشريعة ومصادرها ما يحول بينهم وبين سيرهم بل يجدون فيها نوراً يهديهم ومسرونة تذلل لهم سيرهم وتقرب غايتهم .

## ١ - النصوص التشريعية في القرآن :

من ينظر في نصوص التشريع في القرآن يتبين أن هذه النصوص على قلة عددها فيها سمة ومهرونة وخصوبة من نواح عدة :

( الأولى ) أن هذه النصوص لم ترد على نمط واحد في كل فروع التقنين ، ففي تشريع أحكام المبادات وما ألحق بها من أحكام الأحوال الشخصية تبرزت لبعض التفصيلات والتفريعات لأن المبادات وما في حكمها لا مجال فيها للعقل ولا تتطور أحكامها بتطور البيئات . وأما في تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالمبادات وما في حكمها مثل الأحكام المدنية والدستورية والجنائية والاقتصادية مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح فلم تبرز نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع بل اقتضرت على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة التي لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها المدالة في كل أمة ليكون أولو الأهر في أية أمة في سمة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيلي شرعه القرآن ، وأصدق برهان على هذا إيراد أمثلة من تشريع القرآن في هذه القوانين .

فالبيع ، وهو أكثر العقود المدنية أحكاما ومواده في القانون المدني المصري أكثر من مائة ، لم يرد في نصوص القرآن من أحكامه إلا أربعة أحكام : الأول إباحته في قوله تعالى في سورة البقرة « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، والثاني اشتراط التراضي فيه في قوله تعالى في سورة النساء « يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، والثالث إيجاب شهره في قوله تعالى في سورة البقرة « وأشهدوا إذا تبאיتم » ، والرابع النهي عنه وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة في قوله تعالى في سورة الجمعة « يأبى الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسموا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

والإيجارات ، وهي تلي البيع في كثرة أحكامها وموادها في القانون المدني المصري قريبة من المائة ، لم يرد في نصوص القرآن من أحكامها إلا ثلاثة : الأول إباحتها في قوله تعالى في سورة البقرة « وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم

إذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف» ، والثاني إيجاب إيتاء الأجير أجره بالمعروف في قوله تعالى في سورة الطلاق في شأن المطلقات بعد انقضاء عدتهن «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف» ، والثالث إباحة أن يكون عمل الأجير مهر زواجه في قوله تعالى في سورة القصص على لسان شيخ مدين لموسى «إني أريد أن أنسكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج» .

ولو استقرت نصوص القرآن في الأحكام المدنية في مختلف العقود لا تجد تفصيلاً ولا تقريباً يقف عقبه في سبيل أى تشريع مدنى يراد به تحقيق العدل والصلحة .

وفي القانون الدستورى اقتضرت نصوص القرآن على تقرير المبادئ الأساسية الثلاثة التي تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة ، وهي الشورى قال تعالى : «فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر» ، والعدل قال تعالى «وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» ، والمساواة قال تعالى «إنما المؤمنون إخوة» ، وتركت تفصيل الأحكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعى فيه كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها .

وفي قانون العقوبات وتحقيق الجنايات اقتضرت نصوص القرآن على تحديد خمس عقوبات ثلثس جرائم وهي القتل ، والسرقه ، والسيى فى الأرض بالفساد ، والزنا ، وقذف المحصنات ، وتركت سائر الجرائم من جنائيات وجنح ومخالفات بقرر ولاية الأمر فى كل أمة عقوبة كل جريمة منها بما يرونه رادعاً للمجرم ومصلاً للمجتمع واقتضرت على تقرير المبدأ العام فى تحقيق الجنائيات فى قوله تعالى «وجزاء سيئة سيئة مثلها» .

وفي القانون الاقتصادى اقتضرت نصوص القرآن على تقرير حق للفقير فى مال الفنى قال تعالى : «وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم» ، وقال تعالى : «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها» وعلى تقرير حق للفقراء والمساكين فى مال الدولة فلهم سهم من الصدقات ومن الغنائم ومن الفىء ولم تفصل أحكام هذا البر بالفقراء لتفصل فى كل أمة بما يناسبها .

ولا ريب فى أن اقتصار نصوص القرآن التشريعية فى القوانين العملية على الأحكام

الأساسية والمبادئ العامة من أظهر نواحي خصوصية هذه النصوص وموتها واتساعها لتقبل كل ما تقتضيه العدالة والمصلحة من قوانين ، لأن أهل الذكر في أية أمة لا يجدون في القرآن إلا أسساً صالحة ، ومبادئ عامة ، ويجدون باب التفریع والتفصیل مفتوحاً لتتحقق به المصالح بناء على هذه الأسس والمبادئ .

( الناحية الثانية ) أن النصوص التشريعية التي وردت في القرآن ليست دلالتها مقصورة على الأحكام التي تفهم من ألفاظها وعباراتها ، بل هي تدل أيضاً على أحكام تفهم من روحها ومعقولها . ولهذا قسمت دلالة النص إلى دلالة بمنطوقه ، ودلالة بمفهومه . وقسمت دلالاته بمنطوقه إلى دلالة عبارته ، ودلالة إشارته . وقسمت دلالاته بمفهومه إلى دلالاته على حكم المفهوم الموافق ودلالاته على حكم المفهوم المخالف . وبهذه الطرق المتعددة من طرق دلالة النصوص توصل المجتهدون من النص الواحد إلى عدة أحكام ، وكثيراً ما قرروا أن عبارة النص يؤخذ منها كذا ، وإشارته يؤخذ منها كذا ، ومفهومه الموافق حكمه كذا ، ومفهومه المخالف حكمه كذا . وجميع هذه الأحكام ينبوعها النص وهو دال عليها وحجة فيها ، وهذا مثال واحد تبيين منه خصوبة النص بتنوع طرق دلالاته . قال الله تعالى في سورة البقرة في بيان من تجب عليه نفقة الوالدات المرضعات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » استدلال بعبارة هذه الآية على حكم وهو أن نفقة الوالدات المرضعات تجب على أبي أولادهن . واستدلال بإشارتها على حكم ثان وهو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أمهم ولا غيرها وهذا الحكم يشير إليه تعبير الآية بأنهم مولودون له أي هو مختص بهم . واستدلال بمفهوم موافقتها على حكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وعن أدويتهن على أبي أولادهن لأن حاجة الوالدة إلى العلاج والأدوية أشد من حاجتها إلى طعامها وكسوتها وهو إنما وجب عليه طعامها وكسوتها سداً لحاجتها . وهكذا وجد المجتهدون في تنوع طرق دلالة النصوص نوافذ إلى التشريع في كثير من الوقائع ، وهذه بلا ريب ناحية من نواحي خصوبة النصوص .

( الناحية الثالثة ) أن النصوص التشريعية التي وردت في القرآن لم ترد كلها بأحكام مجردة عن عللها والمصالح التي شرعت لأجلها بل ورد كثير منها مقروناً فيه

الحكم بعلمته صراحة أو إشارة مثل قوله تعالى في النحر والميسر « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم المداوة والبغضاء في النحر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » ، وقوله في المحيض « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » ، وقوله « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها » ، وفي هذا إرشاد من الشارع إلى أنه ما شرع الأحكام لمجرد التبعيد بها وإخضاع المكلفين لسلطانها وإنما شرعها لمصالحهم التي اقتضت تشريعها ، وفيه إرشاد إلى أن أحكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وإرشاد إلى أن يقبس المجتهدون ما لانس فيه على ما فيه نص إذا تحققت فيه علة الحكم الذي ورد به النص . فنصوص الشريعة بتبيين علل بعض الأحكام وفتحت باب القياس وإلحاق الأشباه بالأشباه ودلت على ربط الأحكام بالمصالح . ومن هذا الباب وصل المجتهدون إلى مجموعات عديدة من أحكام الوقائع التي لانس على حكمها ، وأظهروا خصوصية النصوص وصلاحيتها أساسا للتشريع في كل زمن ، وكانت عدة لتسابق العقول في ميدان التشريع لأنهم اجتهدوا في تعرف علة كل حكم شرع بالنص ، وعلى ضوء هذه العلة فهموا الروح التشريعية الإسلامية ، وعلى ضوء هذه الروح صاغوا مبادئ عامة وكونوا ثروة تشريعية أغنت الدولة الإسلامية تشريعيًا على اختلاف بلادها وأجناس شعوبها وتباين عاداتهم ومعاملاتهم .

( الناحية الرابعة ) أن النصوص التشريعية التي شرعت أحكاما في فروع القوانين المختلفة من مدنية وجنائية واقتصادية ودستورية كلت بنصوص قررت مبادئ عامة وقوانين تشريعية كلية لا تخص فرعا من القوانين دون غيره لتسكون هذه المبادئ العامة والقوانين الكلية هاديا للمجتهدين في التشريع ومصباحا يحققون على ضوءه العدل ومصالح الناس .

من هذه النصوص النصوص التي دلت على أن الأصل في الأشياء الإباحة مثل قوله تعالى : « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » وقوله سبحانه : « وسخر لكم ما في السموات والأرض » وقوله : « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » .

ومنها النصوص التي دلت على أن أساس التشريع رفع الحرج واليسر بالناس مثل قوله تعالى : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » وقوله : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله : « يريد الله أن يخفف عنكم وخالق الإنسان ضعيفا » وقوله : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

ومنها النصوص التي دلت على إيجاب الوفاء بالالتزام مثل قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله سبحانه « أوفوا بالعقود » وقوله « وليوفوا نذورهم » وقوله « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » .

فمن النصوص التشريعية التي قررت مبادئ عامة وقوانين كلية ليستضاء بها في كل تقنين ، ومن النصوص التشريعية التي قررت أحكاما أساسية في فروع القوانين العملية المختلفة ومن اقتصار القرآن على ما هو أساسي في كل قانون ، وتمدد طرق دلالة نصوصه في استثمار الأحكام منها ، وفتح الباب لجمعها أصولا يقاس ما لم يرد فيها على ما ورد فيها ، يتبين ما في نصوص القرآن التشريعية من سعة ومرونة وأنها مجموعة تشريعية مكونة من أسس ومبادئ عامة تعين المشرع على تحقيق العدل والمصلحة في أي زمن ولا تترض أي تقنين عادل يراد به تحقيق مصالح الناس .

## ٢ - النصوص التشريعية في السنة :

من استقرأ النصوص التشريعية التي وردت في سنن الرسول صلى الله عليه وسلم يتبين أن الرسول ما شرع حكما يناقض حكما شرعه القرآن ولا قرر مبدءا تشريعا يهدم مبدءا قرره القرآن . ويتبين أن ما ورد في سنن الرسول من أحكام لا يمدو أن يكون واحداً من ثلاثة : إما أن يكون حكماً مقررأ ومردداً لحكم شرعه القرآن ، وإما أن يكون مفسراً ومبيناً لحكم شرعه القرآن ، وإما أن يكون منشئاً حكماً سكت عن تشريعه القرآن . قال الإمام الشافعي رحمه الله في رسالته في علم الأصول « لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه ، أحدها ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما نص الكتاب ، والآخر

ما أنزل الله عز وجل فيه جملة كتاب فيبين الرسول عن الله معنى ما أراد ، والوجه الثالث ما سن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب .

فأما ما سنه رسول الله مما هو تقرير لما شرعه الله في القرآن فهذا مثل ما شرعه الله في القرآن ، وقد بينا أن ما شرعه الله في القرآن من الأحكام فيه خصوبة و مرونة ولا يضيق بحاجة ولا يقصر عن مصلحة .

وأما ما سنه الرسول تبياناً للمراد من نص تشريعي ورد به القرآن فهذا إذا كان تبياناً لأمراة فيه لأحوال خاصة بالبيئة ولا للملابسات الخاصة بالأمة وقت التشريع فهذا حكم عام . مثل تبنيه فرائض الصلاة وأوقاتها ومناسك الحج وكيفية الصوم ، وإن كان تبياناً هو تطبيق للنص ودلت القران القاطمة على أنه تطبيق روعي فيه حال الأمة وامتصاصات البيئة زمن التشريع فهذا حكم خاص يطبق في مثل بيئته وملابساته وحيث يحقق المصلحة التي شرع لتحتيةها .

ومثال هذا تبيين الرسول الدينة التي أوجبها القرآن على من قتل مؤمناً خطأ بأنها مائة من الإبل ، أو ألف دينار من الذهب ، أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، فالتخيير بين أداء واحد من هذه المقادير الثلاثة مبني على تساوي قيمتها أو تقاربها لأنه لا يمكن أن يخير القاتل بين هذه المقادير الثلاثة إلا على هذا الأساس ، ولا شك أن تساوي هذه المقادير أو تقاربها أمر زمني مراعى فيه حال البيئة وقت التشريع خاضع لنظرية العرض والطلب . وكذلك تبينه صلى الله عليه وسلم أقل نصاب تؤخذ منه الزكاة بأنه عشرون ديناراً من الذهب أو مائتا درهم من الفضة مبني على ما بين عليه التخيير في الدينة من أن الدينار من الذهب يمدل عشرة دراهم من الفضة وهذا أساس زمني ، وكذلك تبينه صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر بأنها صاع من شعير أو تمر أو زبيب مبني على تساوي أو تقارب قيمة الصاع من هذه الأطعمة . ولهذا لما رأى معاوية قبح الشام وقيمته بالنسبة للشعير والتمر قال في خطبة له أرى مدين من سمراء الشام تمدل صاعاً من تمر فأخذ الناس بذلك وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر أو دقيقه .

وأما ما سنه الرسول تشريماً مبهتداً في وقائع سكت القرآن عن تشريع أحكامها

فهنا سبيله سبيل ماسنه للتبيين ، فإذا دلت القرينة القاطمة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمان التشريع فهو تشريع زمني يطبق في مثل بيئته ، وإن لم تقم القرينة القاطمة على هذا فهو تشريع عام . فقوله صلى الله عليه وسلم « خالفوا المشركين وفروا للحى وأحفوا الشوارب » في نفس صيغة النص ما يدل على أنه تشريع زمني روعى فيه زى المشركين وقت التشريع والقصد إلى مخالفتهم فيه وأزياء الناس لاستقرار لها .

على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية في السنة ليست عقبة في سبيل التطور التشريعي لأنها إذا قام الدليل على أن ماشرع بها شرع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعدما . ومن أظهر مايزيد هذا إيضاحا أن الله سبحانه بين مصارف الصدقات الثمانية بقوله « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والماملين عليها والمؤلفة قلوبهم » فحمل من مصارف الصدقات من تؤلف قلوبهم للإسلام بسهم منها ، وثبت أن الرسول في حياته نفذ هذا وأعطى أبا سفيان والأقرع ابن حابس وعباس ابن مرداس وصفوان ابن أمية وعيينة بن حصص كل واحد منهم مائة من إبل الصدقات تأليفاً لقلوبهم . وفي زمن أبي بكر جاء عيينة والأقرع يطلبان أرضا فسكتب لهما بها فزق عمر الكتاب وقال إن الله أعز الإسلام ولا حاجة إلى تأليف قلوبهم بالصدقات . وهذا صريح في أن عمر فهم أن الصرف من الصدقات للمؤلفة قلوبهم كان لمصلحة خاصة زمنية في بدء الإسلام ، وأن تغير الحال واعتزاز الإسلام لم يحمل في تنفيذ هذا الحكم مصلحة فلم ينفذه . وكذلك روى مسلم في صحيحه عن ابن عباس « كان الطلاق الثلاث في عهد الرسول وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استمجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناها عليهم . فأمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ثلاثا وعدل عما كان عليه الحكم في عهد الرسول وأبي بكر وسنتين من خلافته لأن المصلحة تبدلت . قال ابن تيمية ولورأى عمر تتابع الناس في تحليل المطلقة ثلاثا لطلقتها وتلاعهم لعدل إلى ما كان عليه الحكم في عهد الرسول ، وهذا صريح في أن المصلحة هي التي تدور معها الأحكام وجودا وعدما .

وقد سلك الرسول في نصوصه التشريعية نهج القرآن في نصوصه التشريعية فكل النصوص الخاصة في فروع القوانين بنصوص قررت مبادئ عامة وقوانين تشريعية كلية يهتدى بها إلى تحقيق العدل والمصلحة في التشريع في أي زمن مثل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « المسهلون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » وقوله « يسروا ولا تمسروا » وقوله « إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى غرائمه » . وعمل بعض أحكامه .

ومن نصوصه الخاصة ونصوصه العامة وتعليله بعض أحكامه تكونت مجموعة فيها هدى ونور لمن يريد الحق والعدل والمصلحة . وليس فيها جمود ولا ضيق كما توهم المتوهمون .

### ٣ - الإجماع :

من حقق النظر في منشأ فكرة الإجماع في التشريع الإسلامي ، وفي كيفية الإجماع الذي انعقد في أول مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول ، وفي تقدير المجتهدين لما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع أخصب مصدر تشريعي يكفل تجديد التشريع ، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل ما يقع فيها من حوادث وما يحدث لها من وقائع ، وأن تسير به الأزمان . ومختلف المصالح في مختلف البيئات . ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه في تدبير شؤون المسلمين الشورى وأن لا يستبد أولو الأمر منهم بتدبير شؤونهم سواء أكانت تشريعية أم سياسية أم اقتصادية أم إدارية أم غيرها من الشؤون . قال الله تعالى مخاطبا رسوله « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر » ولم يخص سبحانه بالمشاورة أمراً دون أمر ، ووصف سبحانه المؤمنين بأن أمرهم شورى بينهم وصفا يدل بصيغته على أن هذا شأنهم ومقتضى إيمانهم فقال عز شأنه « والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم » ، فقرن إقامتهم الصلاة وهي عماد الدين بأنهم أمرهم شورى بينهم ليشعرهم أن الشورى من عمد دينهم كإقامة الصلاة .

وعلى هذا الأساس كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستشير رءوس صحابته في الأمور التي لم ينزل عليه فيها وحى من ربه ، ومما كان يستشيرهم فيه التشريع فيما

لم ينزل فيه قرآن . فقد روى أنه لما انتصر المسلمون في غزوة بدر وأسروا عدة أسرى من المشركين ، وأراد بعض المشركين أن يفتندوا أسراهم ، ولم يكن قد نزل على الرسول قرآن بحكم هذا الافتداء استشار الرسول أصحابه فيما يحكم به ، فأشار أبو بكر بقبول الفدية ممن يفتدى ، وأشار عمر بدم قهولها وقتلهم ، وأخذ الرسول برأى أبي بكر . وبين الله خطأ هذا الرأي بقوله « ما كان لني أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » . وروى عن سعيد بن المسيب عن علي . قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة قال أجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأى واحد .

فلما توفي رسول الله وواجهت أصحابه وقائع عديدة لم ينزل فيها قرآن ولم تمض فيها من الرسول سنة سلكوا السبيل الذي أرشدهم إليه القرآن وهو الشورى والذي سلكه الرسول فيما لم ينزل فيه قرآن وهو الشورى . أخرج البخوي عن ميمون بن مهران قال « كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياء خرج فسأل المسلمين وقال أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في ذلك بقضاء فرما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله قضاء ، فإن أعياء أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياء أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به ، وإلا دعا رؤوس الناس فإذا اجتمعوا على أمر قضى به » .

وفي البسوط للسرخسي « كان عمر يستشير الصحابة مع فقهه حتى كان إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لي علياً ، وادعوا لي زيدا . . . . . فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه » .

وروى عن القاضي شريح قال ، قال لي عمرا قاض بما استبان لك من قضاء رسول الله

فإن لم تعلم كل أفضية رسول الله فاقض بما استبان لك من أئمة المجتهدين ، فإن لم تعلم فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح .

من هذا يتبين أن إجماع الصحابة ما كان إلا اتفاق من أمكن اجتماعهم من رءوسهم وخيارهم على حكم واقعة لم يرد نص بحكمها ، وأن الذى دعاهم إلى اتباع هذه السبيل هو العمل بالشورى التى أوجبها الله وسار عليها الرسول . وتنظيم اجتهاد الأفراد فيما لا نص فيه ، فبدلاً من أن يستقل كل فرد من خيارهم بالاجتهاد فى هذه الوقائع اجتمعوا وتشاوروا وتبادلوا الآراء . والخليفة نفذ الحكم الذى اتفقوا عليه ، وبهذا لم تتسع دائرة الخلاف بين رجال التشريع ولم تصدر فى حكم الواقعة الواحدة وفى البلدة الواحدة أحكام متناقضة ولم يضق التشريع الإسلامى بما جرد من الحوادث ولا وقف عن مماشاة الزمن ومسايرة المصالح .

وكان من الحكمة والمصلحة أن يستمر هذا النظام ، وأن يكون إلى جانب كل خليفة أو ولى أمر من خلفاء المسلمين وولاية أمورهم جماعة تشريعية مكونة من رءوس المسلمين وخيارهم يرجع إليهم فى حكم ما يجرد من الحوادث مما ليس فيه قرآن ولا سنة ويعمل بما اتفقوا عليه ، وأن يتطور هذا النظام بوضع نظام لاختيار أعضاء هذه الجماعة ممن يوثق بملهم بالدين وبصبرهم بشئون الحياة ونظام لكيفية اجتماعهم وتشاورهم وقانونية الحكم الذى اتفقوا عليه . ولكن الحكومات الإسلامية<sup>(١)</sup> ما سارت على هذا النظام ولا عملت على أن تختار جماعة من رءوس المسلمين يتشاورون فى أحكام ما يجرد من الحوادث ، وتركت التشريع للأفراد يفتى كل فرد أو يقضى بما رآه ولا عملت على اختيار مجموعة رسمية من اجتهادات هؤلاء الأفراد تكون قانوناً للمسلمين يزداد ويمتل حسب حاجاتهم فلم ينظم التشريع الإسلامى باختيار جمعية من المشرعين

(١) تذبذبه لهذا بعض ملوك الدولة الأموية بالأندلس فقد كونوا فى القرن الهجرى الثانى جمعية من العلماء لاستشارتهم فى التشريع وكثيراً ما يذكر فى تراجم بعض علماء الأندلس أنه كان مشاوراً وكثيراً ما أخذت هذه الجمعية برأى مخالف المذهب السائد فى بلادهم وهو مذهب الإمام مالك .

وتذبذبه لهذا بعض سلاطين الحكومة العثمانية فقد كونوا فى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر جمعية من كبار العلماء كلّفوا بوضع قانون فى المعاملات المدنية تكون مأخذه الفقه الإسلامى ولو من غير المذاهب المعروفة متى كان الحكم يتمشى وروح العصر وقد سن هؤلاء القانون المسبى مجلة الأحكام العنانية وأبتدأ العمل به فى سنة ١٢٩٣ هـ .

يكونون مصدر التشريع ولا باختيار مجموعة من الاحكام الاجتهادية تكون قانون المسلمين . وبهذا الإهمال جمد التشريع الإسلامي ووقف عن مماشاة الزمن وعن التطور بتطور المسلمين وزاد ههنا الجحود تمجراً أن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل إلى أن تتحقق في الوجود . رسموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية بعد عهد الرسول على حكم شرعي وقرروا أن الإجماع لا يتحقق إلا إذا هرف جميع المجتهدين من المسلمين في العالم الإسلامي ، وأحصوا ، وأبدى كل واحد منهم رأيه صراحة في الواقعة المعروضة ، وعلم رأى كل واحد منهم ، وعلم أن كل واحد منهم أصر على رأيه إلى أن تم إبداء كل واحد رأيه . وكأنهم أرادوا إجماعاً عالمياً قطعياً في الحكم الذي ينعقد ، لا ما أراداه الرسول حين قال لعلى اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد ، فهو إنما أراد أن يكون الرأى للجماعة لا للفرد وما فهم منه على بن أبى طالب أنه مكلف أن يجمع جميع العالمين من المؤمنين في المدينة وفي البادية وفي اليمن وفي غيرها ، وإنما فهم أن يستشير غيره من أهل العلم ليكون الرأى رأى الجماعة لا الفرد . وأبو بكر لما جمع رؤوس المسلمين وخيارهم جمع من أمكن جمعهم من الموجودين منهم بالمدينة وباقرب منه وما روى أنه بعد أن جمع من بالمدينة من رؤوس المسلمين وخيارها أرجأ الفصل فيما عرض عليه حتى يأخذ رأى رؤوس الصحابة الذين كانوا بمكة واليمن والشام وفي ميادين الجيوش وولاية الأنصار . وعمر لما قال ادعوا لى علياً ادعوا لى زبداً لم يعمل على أن يدهو كل أهل العلم من الصحابة ولما قال لشرح استشر أهل العلم والصلاح ما فهم شريح أنه يستشير جميعهم . فالإجماع الذي رسموا صورته إجماع فرضى وهو غير الإجماع الذي انمقد فى عهد الصحابة . ولذا قال فريق من العلماء أنه غير ممكن انمقاده وما انمقد فعلا حتى بالغ بمضمهم وقال إنه غير ممكن عقلاً أى لا يتصور فى العقل وجوده ، ولعل هذه الصورة غير الحثيقية للإجماع هى التى رأها من توهم جود مصادر التشريع الإسلامى .

#### ٤ - القياس :

أما القياس فهو تسوية الواقعة التى لا نص على حكمها بواقعة ورد النص بحكمها لاشتراك الواقعتين فى علة الحكم الذى ورد به النص . ومن تعريفه يتبين أن أساسه

الوقوف على علة حكم النص . وقد اتفق جمهور العلماء على أن الأحكام التي وردت بها النصوص مبنية على علة وأسباب شرعت لأجلها ، واتفقوا على أن هذه العلة والأسباب مرجعها جميعها إلى تحقيق مصالح الناس أى جلب النفع لهم أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم ، فكل حكم شرعه الله ورسوله فهو إنما شرع لجلب منفعة للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم . وقد أرشد الشارع إلى كثير من المصالح التي شرع من أجلها الأحكام ، وأرشد إلى عدة مسالك يقوصل بها إلى تعرف علة الأحكام والمصالح التي شرعت لتحقيقها وبهذا كان القياس ميدان البحث في مصالح الناس وباب الوصول إلى الأحكام التي تحقق مصالحهم ، وما من مصلحة تقتضيها معاملات الناس وأحوالهم في أى زمن في أية بيئة إلا ولها مصلحة تشبهها راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . أو تندرج في مصلحة كلية راعاها الشارع ببعض ما شرعه من الأحكام . ولهذا نص علماء الأصول من الحنفية على أن كل مصلحة اعتبر الشارع جنسها تصلح علة لحكم شرعى اعتبر الشارع جنسه ، فإذا أباح الشارع عقداً من العقود لحاجة الناس إليه صح أن يقاس عليه عقد آخر ثبتت حاجة الناس إليه لاشتراك المقدين في أن في كل منهما رفع الحرج عن الناس . فأساس القياس عند التحقيق هو التحقق من أن الحكم الذى يراد تشريعه في الواقعة المسكوت عنها فيه جلب نفع للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم ، فتنى تحقق أن الحكم في الواقعة يحقق هذه المصلحة فهو حكم شرعى وتشريعه هو قياس صحيح على ما شرعه الله لأن الله ما شرع الأحكام إلا لنفع الناس أو دفع الضرر أو رفع الحرج عنهم . ومن عدل الله وحكمته أن تستوى أحكام الوقائع التي استوت في عللها وأسبابها وأن لا يبيح تصرفاً لأن في إباحته رفع الحرج ، ويحرم تصرفاً مثله . وعلى هذا الأساس قاس رسول الله وقائع على وقائع ، فقد روى أن جارية خثعمية قالت يا رسول الله إن أبى أدركته فريضة الحج شيخنا زمنا لا يستطيع أن يحج . إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها الرسول : أرأيت لو كان على أهلك دين فقضيتيه أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم . قال : فدين الله أحق بالتقضاء . وروى أن رجلاً من فزارة أنكر ولده لما جاءت به زوجته أسود اللون ، فقال له الرسول هل لك من إبل ؟ قال نعم . قال ما ألوانها ؟ قال حمر . قال هل فيها من أورك ؟

قال نعم . قال فن أين ؟ قال لعله نزع عرق . قال وهذا لعله نزع عرق . وقاس أصحابه من بعده فإن رسول الله لما توفي ولم يستخلف صراحة خليفة ، قال الصحابة في أبي بكر رضيه الرسول لديننا أفلا نرضاه لديننا ، وذلك لأن الرسول في مرضه قال مروا أبا بكر فليصل بالناس . ولما امتنع فريق من الناس عن أداء الزكاة بعد موت الرسول ، وقالوا إنما كانت فرضاً علينا في حياته ، قرر أبو بكر أن يقاتلهم ولما عارض عمر في قتالهم قال أبو بكر إن جاهد الزكاة كجاهد الصلاة لا عصمة لدمه . وكل ما وقع للمسلمين في عهد الصحابة شرعوا أحكامه باجتهادهم جماعات أو فرادى وأوضح طرق اجتهادهم القياس . وأساس قياسهم ما اهتموا إليه من مصالح الناس ، وما فوتوا على الناس مصلحة لأنه لم يقدّم دليل شرعي على اعتبارها ، وما عطاوا قياساً لأنهم لم يقفوا على علة الأصل الذي يقاس عليه ، وما وقفوا ولا جمدوا عن تشريع الحكم في أية واقعة طرأت لهم .

وقد قرر علماء الأصول أن المناسبة مسلك من المسالك التي يتوصل بها إلى معرفة علة الحكم ومعنى المناسبة أن تكون الواقعة المسكوت عنها فيها وصف خاصة لو شرع الحكم معها يكون في تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، ومعنى هذا أن مناط التعليل وأساسه بناء الحكم على المصلحة ، ومن زاد البحث في القياس تبين أنه ميدان السعة التشريعية ، ومجال العقل الإنساني لتحقيق مصالح الناس . ولو فهمه حق فهمه من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامي لفهم أنه تجنّب على هذه المصادر وغلبها .

#### ٥ - الاستحسان :

الاستحسان مصدر تشريعي بنى عليه جمهور المجتهدين اجتهادهم في كثير من الوقائع وعلى رأسهم أبو حنيفة وأصحابه . ومالك وأصحابه . وتوصلوا به إلى أحكام عدة في وقائع ليس فيها قرآن ولا سنة .

ومن عرف حقيقة ما أرادوه بالاستحسان واستقرأ الأحكام التي استنبطوها به يتبين أن هذا المصدر مصدر التوسعة في التشريع . وأنه المصدر الذي يتلاقى به ما يحتمل أن يؤدي إليه بعض الأنسبة من تفويت لبعض المصالح . وأنه المصدر

الذي يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه وينقدح في عقله من مصالح قد لا يتفق وما يقتضيه القياس أو وما يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة .

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضى فيها القياس الظاهر المتبادر حكماً ولكن يستقر في نفس المجتهد بقاء على أدلة قامت عنده أن هذا الحكم لا يتفق والمصلحة في هذه الواقعة وأن الذي يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفي غير متبادر فيحكم في الواقعة بما يتفق والمصلحة بناء على هذا القياس الخفي ويمدل عن مقتضى القياس الظاهر ويسمى حكمه هذا حكماً بالاستحسان .

مثلاً : إذا وقف الإنسان أرضاً زراعية ولم ينص على أن يدخل في الوقف مالها من حق الري أو الصرف أو المرور ، فمقتضى القياس الظاهر المتبادر أن لا تدخل هذه الحقوق في وقف الأرض بدون نص عليها كما لا تدخل في بيع الأرض بدون نص عليها . ومقتضى القياس الخفي أن تدخل هذه الحقوق في وقف الأرض بدون نص عليها كما تدخل في إجارة الأرض بدون نص عليها . فأبو حنيفة وأصحابه حكموا بدخولها في وقف الأرض بدون نص عليها لأن المقصود من وقفها نفع الوقوف عليهم ولا يتحقق انتفاعهم بأرض زراعية إلا بهذه الحقوق وقالوا إن هذا الحكم مصدره الاستحسان .

وكذلك بمض الوقائع قد يؤدي تطبيق القواعد التشريعية العامة عليها إلى تفويت مصلحة أو يؤدي إلى ضرر أو حرج فيستقر في نفس المجتهد بناء على ما قام عنده من الأدلة أن يستثنى هذه الواقعة وأن لا يطبق عليها القاعدة العامة ويحكم عليها بحكم آخر يتفق والمصلحة ويصدر في حكمه هذا عن الاستحسان .

مثلاً : الأجير المشترك كالخياط والكواء أمين على ما تحت يده من أموال الناس . والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن ما يهلك في يده من أموال من ائتمنوه إلا إذا ثبت أنه تعدى عليه أو قصر في حفظه ولكن تطبيق هذه القاعدة على الأجير المشترك يؤدي إلى تفويت مصلحة للناس لأنهم لا يطمئنون على أهوالهم ويتخرجون من إعطائها له ، فأبو حنيفة وأصحابه تبعاً لأصحابه استثنوا الأجير المشترك من تطبيق

هذه القاعدة عليه وحكموا بأنه يضمن ما يهلك في يده إلا إذا ثبت أن هلاكه كان بقوة قاهرة وقالوا أن هذا الحكم بناء على الاستحسان .

ومن هذا يتبين أن الاستحسان هو عدول عن قياس ظاهر إلى قياس غير ظاهر أو استثناء جزئية من تطبيق قاعدة كلية عليها لمصلحة اقتضت هذا العدول أو الاستثناء ودليل هذا المدول أو الاستثناء هو وجه الاستحسان . ويتبين أن هذا المصدر من أظهر الأدلة على أن الشارع توخى بالتشريع تحقيق مصالح الناس بكل وسيلة ممكنة لأنه فتح الباب للمدول عن مقتضى الأقيسة الظاهرة أو القواعد الكلية في بعض الوقائع تحريماً للمصلحة ودل بهذا على أنه لا ينبغي أن تقف أية عقبة في تشريع ما تقتضيه المصلحة . قال الإمام الشاطبي ما معناه : إذا اقتضى القياس أمراً وكان ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة فعلى المجتهد أن يعدل عن القياس إلى ما يحقق المصلحة لأن مقصود الشارع من التشريع تحقيق مصالح الناس . وتقريباً المراد من الاستحسان بعرف بأنه ترجيح ما تقضى به المصلحة في بعض الوقائع التي لانس فيها على ما يقضى به القياس أو تطبيق قواعد الفقه العامة ، فهو العمل بما تقتضيه المصالح عدولاً عن قياس ظاهر أو قاعدة فقهية .

#### ٦ - المصالح المرسلة : « الاستصلاح »

لا نعرف خلافاً بين علماء المسلمين الذين يعتمد آرائهم في أن أحكام الشريعة الإسلامية قصد بتشريعها تحقيق مصالح الناس ولا في أن مصالح الناس هي مجموعة ضرورياتهم وحاجياتهم وتحسينياتهم ، لأن ضرورياتهم هي الأمور التي تتوقف عليها حياتهم وإذا اختل أمر منها اختلت حياتهم وعمتها الفوضى ومرجمها إلى حفظ دينهم ونفوسهم وأموالهم وأعراضهم وعقولهم ، ولأن حاجياتهم هي الأمور التي تقتضيتها سهولة حياتهم ويسرها وإذا اختل أمر منها شقت حياتهم وجهدوا فيها ومرجمها إلى إباحة معاملاتهم ومبادلاتهم وتخفيف التكاليف عليهم والترخيص لهم بما يرفع الحرج عنهم ، ولأن تحسينياتهم هي الأمور التي تجمل حياتهم وتكفل لهم عيشة راضية وجماعة فاضلة ومرجمها إلى تنظيم معاملاتهم وتهذيب أخلاقهم

وما يقرب من المثل الأعلى للجماعات والأفراد . فإذا توافر للناس ما تتوقف عليه حياتهم ، وما تسكون به حياتهم سهلة يسيرة لا حرج فيها ، وما تسكون به حياتهم جميلة كاملة طيبة فقد توافرت لهم مصالحهم .

وقد دل استقراء الأحكام فى الشريعة الإسلامية فى جميع أبوابها وفروعها على أن كل حكم شرع فيها إنما قصد به تحقيق أمر ضرورى للناس ، أو حاجى لهم ، أو تحسينى ، أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة أى أنه ما قصد به إلا تحقيق مصلحة للناس . وهذه المصالح لا تنهاى جزئياتها لأنها تتجدد وتولد بتجدد شؤون الناس وتطور حالهم .

وبعض جزئيات هذه المصالح شرع الشارع الإسلامى أحكاماً لتحقيقها ودل بهذا على أنه قصدها بتشريعه واعتبرها أساساً له مثل الأحكام التى شرعها لحفظ الدين والنفس والنسل والمال والمرضى والمقتل والأحكام التى شرعها للتخفيف والتيسير ورفع الحرج والأحكام التى شرعها للتطهير والتكميل وهذه تسمى فى اصطلاح علماء الأصول المصالح المعتبرة من الشارع . وهذه لا خلاف بين علماء المسلمين فى بناء التشريع عليها أى أن كل واقعة لم يرد بها نص إذا تحقق بالتشريع فيها مصلحة من المصالح التى بنى الشارع عليها الحكم فى واقعة النص يحكم عليها بالحكم الذى ورد به النص لأن اعتبار الشارع هذه المصلحة هو إذن يجعلها أساساً للتشريع . والاستدلال بها على الحكم هو افتداء بالشارع فى تشريعه .

وبعض ما يبدو للناس أنه من مصالحهم قد دل الشارع بنصوصه أو بعبادته العامة التى قررها على إلغائها وعدم اعتبارها مثل ما يبدو للناس من المصلحة فى مساواة الإبن بالبنات فى الإرث فقد دل على إلغائها قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ومثل ما يبدو من المصلحة فى التشديد على موسى يفطر عامداً فى رمضان بأن لا يكفر ذنبه إلا بصيام ستين يوماً فقد دل على إلغائها ببناء الشريعة على اليسر ورفع الحرج والنص على أن التكفير بمتق رق فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . فمن لم يجد فإطعام ستين مسكيناً ومثل أية مصلحة تبدو للناس وهى تصادم نصاً فى الشريعة أو مبدءاً عاماً قرره الشريعة وتسمى هذه فى اصطلاح الأصوليين المصالح اللغاة .

ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يبنى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقتها بحكم من الأحكام .

وبعض المصالح التي تقتضيها الضرورة أو الحاجة أو التحسين لحال الناس . لم يرد من الشارع ما يدل على اعتبارها بأشخاصها أساساً للتشريع . ولا ما يدل على إلغائها بعارضتها نصاً من نصوصه أو مناقضتها مبدأ من مبادئه مثل المصالح في كثير من العقود والنظم والإجراءات التي تقتضيها حال الناس ولا دليل على اعتبار أشخاصها ولا دليل على إلغائها . وهذه تسمى في إصلاح الأصوليين المصالح المرسله أي المطلقة عن اعتبار الشارع لها أو إلغائها إياها . وجمهور علماء المسلمين على أنها تصلح أساساً للتشريع والاستدلال بها على الحكم فيما لائن فيه لأنها وإن كانت لم يعتبرها الشارع تفصيلاً فقد اعتبرها جملة في ضمن اعتباره في التشريع مصالح الناس . فهي تثبت باليقين أو الظن الراجح أن تحقيق أمر ضروري للناس أو حاجي أو تحسني يقتضى تشريع حكم من الأحكام ساغ تشريعه وكان الحكم شرعياً لأنه بنى على أساس مصلحة اعتبرها الشارع في الجملة ولم يقم منه دليل على إلغائها . فهي عند التحقيق ليست مصلحة مرسله وإنما هي مصلحة معتبرة من الشارع ولكن جملة لا تفصيلاً وتسميتها مصلحة مرسله لأنها لم تعتبر بشخصها لأنها لم تعتبر أصلاً .

قال القرافي « ومما يؤكده العمل بالمصلحة المرسله أن الصحابة عموا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة الصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وولاية العهد من أبي بكر لعمر ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير . وكذلك ترك الخلافة شورى ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وغير ذلك مما عمله الصحابة لمطلق المصلحة .

والذي خلص من أقوال العلماء في المصلحة المرسله أنه لا خلاف بينهم في التشريع بها وأنه لم يذهب واحد منهم إلى أنه لا تشريع إلا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بذاتها لأن مصالح الناس تتجدد وقد تقتضى ضرورات الناس وحاجاتهم في عصر من العصور مصالح لم يكن لها نظائر في عصر التشريع ولا بد من التقنين لها وإنما الذي فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولادة الأمر اتخذوها وسيلة إلى التشريع

لتحقيق أهوائهم وبمض العلماء ألبسوا المهورى ثوب المصلحة ، وبمضهم شرع لمصلحة فردية لا مصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف فى التشريع بالمصالح الرسالة خوفا من اتخاذها وسيلة إلى الأهواء والمصالح الخاصة . وذهب بمض الأئمة إلى أنه لا يبنى التشريع عليها سداً للذريعة إلى الشر ولكن منهم من سوغ بناء التشريع عليها واحتياط بأن شرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية . وأن تكون ظاهرة المناسبة والملاءمة بمعنى أن تشريع الحكم بناء عليها يتفق ومقاصد الشارع العامة من التشريع ويدفع ضرراً أو يرفع حرجاً وأن تكون مصلحة حقيقية لا توهية وعلى رأس هذا الفريق مالك بن أنس وأصحابه ، وأبو حنيفة وأصحابه ، لأن هذا مقتضى قولهم أن المصلحة تمد معتبرة من الشارع إذا اعتبر الشارع جنبها أساساً للتشريع .

وخلصة القول فى مصادر التشريع الإسلامى أن الوقائع التى وردت نصوص فى القرآن أو السنة بأحكامها تطبق فيها أحكام هذه النصوص . وليس فى تطبيق هذه النصوص أى جود أو مصادمة لمصالح الناس كما بيناه . وأن الوقائع التى لم ترد نصوص بأحكامها واتفق جماعة من أهل الذكر وأولى العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها يستنبط حكمها بالقياس على ما ورد النص به ، أو بتطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية . وإذا كان مقتضى القياس أو تطبيق القاعدة العامة فى جزئية من الجزئيات يفوت مصلحة أو يؤدي إلى ضرر أو حرج يعدل عنه إلى ما يقتضيه الاستحسان من الحكم الذى يتفق والمصلحة ويدل عليه وجه الاستحسان . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق ، ولا يقتضى حكماً فيها قياس أو تطبيق قاعدة عامة يشترع فيها الحكم بناء على ما تقتضيه المصلحة المطلقة بشرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية وأن تكون مصلحة حقيقية لا هوائية وأن لا يصادم التشريع لتحقيقها نصاً شرعياً ولا مبدأ عاماً شرعياً ، وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ، ولا دلالة لقياس أو استحسان أو مصلحة مرسله على حكم فيها فحكمها الإباحة بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة مصداق قوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » .

## أم المراجع الأصولية

لمن يرغب في الاستزادة

- ١ - كتاب أصول نجر الإسلام البزدوى العالم الحنفي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ وشرحه لملاء الدين البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ
- ٢ - كتاب المستصفي لأبي حامد الفزالي العالم الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ
- ٣ - كتاب روضة الناظر وجُنة المناظر لابن قدامة المقدسي العالم الحنبلي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ
- ٤ - كتاب الموافقات لأبي اسحاق ابراهيم الشاطبي الفرناطي العالم المالكي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ  
وهذه الكتب الأربعة كتب قيمة جليلة الشأن وكل كتاب فيها يبرأ صدق  
تعبير عن أصول فقه منذهب من المذاهب الأربعة وكلها مطبوعة ومتداولة  
وأفضل طبعات الموافقات للشاطبي طبعة المكتبة التجارية الكبرى بتعليق  
وتصحيح المرحوم العالم الجليل الشيخ عبد الله دراز .
- ٥ - القياس في الشرع الإسلامي بحث قيم مسهب في الجزء الثاني من كتاب  
إعلام الموقعين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥٠ هـ
- ٦ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني المتوفى  
سنة ١٢٥٥ هـ . والشوكاني من نفاة القياس . ومن الدعاة إلى فتح باب  
الاجتهاد والحاملين على الفائلين بإيجاب التقليد .
- ٧ - أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضري المتوفى سنة ١٩١٧ م . وهو  
كتاب على إيجازه جامع نافع .