

هذا وأرجو فضيلتكم بيان هذه المسائل على قاعدة (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)
(م . ب . ع)

(تحليف القاضي والشهود)

(ج) القول بأن تحليف القاضي والشهود لا يجوز شرعاً لما ذكر من العلل —
لم يظهر لنا وجه صحته ، فقولهم : ان ذلك مما ياباه منصبهما ، — لانعرف له مستنداً في
الكتاب والسنة ، وما يليق بالمنصب وما لا يليق به ليس أمراً ثابتاً مطرداً دائماً ، بل
هو مما يختلف باختلاف العرف والعادة ويتغير آن بعد آن ، كما يهتد من الناس في
الامكنة المختلفة والازمان . مثال ذلك ان العرف والعادة في مصر والآستانة والشام
ان لا يخرج القاضي الشرعي والمفتي وكبار العلماء الى زيارة أحد بغير عمامة ، وهذه
عادة قديمة حتى عد بعض العلماء من اعذار ترك الجمعة والجماعة فقد الهامة الثلاثة
بأشكال هؤلاء . ولكن هذه العادة لا تلتزم في الهند فقد يخرج كبار العلماء من
بيوتهم الى زيارة بعض الاخوان بغير عمامة ، وانما يضعون على رؤسهم نوعاً من
الكبت الرقيقة (الكمة بالضم شيء مستدير يوضع على الرأس ومنه ما يسمى في
مصر طاقية وفي غيرها عراقية) وقد ورد ان النبي (ص) خرج مع بعض أصحابه
لزيارة وليس على رؤسهم شيء .

وقولهم ان التحليف كالطمع في الشهادة أو الحكم فممنوع ، وقد يقال انه تأكيد
لها . وأما قولهم ان القاضي والشاهد يمتنعان من القضاء والشهادة اذا علما أنهما
يخلفان ، فهو من النظريات المقوضة بما عليه عمل كثير من الامم الآن . فالحكومة العثمانية
والحكومة المصرية قد جرتا على تحليف الشهود ولم يمتنعوا ، وعلى تحليف من تسند
اليهم المناصب الكبيرة يمين الاخلاص لرئيس الحكومة (السلطان) ولو قالوا ان
التحليف لمن ذكر لا يجب شرعاً لما وجدنا الى مخالفتهم سبيلاً ، ولكن نفى الجواز
لا يسلم الا بدليل شرعي

هذا وان لنا كيد الشهود شهادتهما بالقسم أصلاً في القرآن كما نرى في شهادة
الوصية (فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً — فيقسمان بالله لشهادتنا أحق
من شهادتهما) وقد قال تعالى بعد بيان أحكام هذه الشهادة معللاً لها (ذلك أدنى

أن يأتوا بالشهادة على وجهها (الخ وسأتي في التفسير قريباً ان شاء الله تعالى
(الهبة وما يشترط فيها)

معنى الهبة عند الجمهور تملك بلا عوض ، ويرى بعضهم انه يدخل في عمومها
الابراء من الدين والهدية والصدقة ، وانما يخص بعض الانواع باسم لافادة المعنى
الخاص الذي انفرد به عن سائر الانواع ، فالصدقة هبة يراد بها ثواب الآخرة ،
والاصل فيها ان تكون للمحتاج . والهدية هبة يراد بالتودد بها الى المهدي اليه ،
وتكون بين الاغنياء والفقراء ، لان التودد يكون بين جميع اصناف الناس
والعمدة فيها العرف فما تعارف الناس عليه كان صحيحاً شرعاً لم يكن مخالفاً للشرع .
وتحصل بالاجاب القولي من الواهب والقبول القولي من الموهوب له كما تحصل بالتعاطي
وهو اجاب وقبول بالفعل . وهي تتحقق بالقبض قطعاً . وعدم القبض قد يكون ردّاً
وقد يكون تواني . فهو جدير بأن يختلف فيه . وليس في الباب نصوص عن الشارع
كلف الناس اتباعها في طرق التملك والتماك . والحديث في هدية النبي (ص)
للنجاشي جار على مسألة العرف وتحقق الهبة بالفعل أو عدم تحققها ، وهو في مسند
احمد من حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة ، وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجي اختلف
في توثيقه وضعيفه ، وأم موسى بنت عقبة ، قال في مجمع الزوائد : لا أعرفها
وأما أثر عائشة فقد رواه مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ،
وروى البيهقي نحوه عن مالك وغيره . وظاهر الاثر ان عائشة لم تقبل نحلة أبيها فبقيت
في يده الى ان أدركته الوفاة فذكر لها انه يتركها إرثاً . وأن هذا ليس من باب
الاعتصار ، وهو رجوع الوالد بما يهبه للولد في حياته ، وهو جائز عند أكثر الفقهاء
وما قاله ابن رشد — من أن الهبة لا بد فيها من الاجاب والقبول عند الجميع —
فهو غير صحيح اذا أراد بهما الصيغة باللسان أو الكتابة ، فقد نقل العلماء الخلاف
في ذلك كالحافظ ابن حجر والامام الشوكاني وغيره . وتجدر تحرير هذه المسألة
بدلائلها في جميع العقود في المبحث النفيس الذي كتبه شيخ الاسلام ابن تيمية في
مسألة العقود ، فراجع في المجلد الثالث من مجموعة فتواه المطبوعة بمصر . وخص بالتأمل
الوجه الثالث في ص ٢٧٢ — ٢٧٤

(الفرق بين البدع والمصالح المرسلة والاستحسان (*))

من مباحث كتاب الاعتصام للامام الشاطبي . وهو ما عقد له الباب الثامن منه . قال رحمه الله تعالى :

هذا الباب يُضطرُّ الى الكلام فيه عند النظر فيما هو بدعة وما ليس ببدعة ، فان كثيرا من الناس عدوا اكثر المصالح المرسلة بدعاً ، ونسبوها الى الصحابة والتابعين ، وجعلوها حجة فيما ذهبوا اليه من اختراع العبادات . وقوم جعلوا البدع تنقسم بأقسام أحكام الشريعة ، فقالوا: ان منها ما هو واجب ومندوب ، وعدوا من الواجب كتب المصحف وغيره ، ومن المندوب الاجتماع في قيام رمضان على قارئ واحد

وأيضاً فان المصالح المرسلة يرجع معناها الى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين ، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص ، ولا كونه قياساً بحيث اذا عرض على العقول تلقته بالقبول . وهذا بعينه موجود في البدع المستحسنة ، فانها راجعة الى أمور في الدين مصلحة - في زعم واضعيها - في الشرع على الخصوص

واذا ثبت هذا ، فان كان اعتبار المصالح المرسلة حقاً ، فاعتبار البدع المستحسنة حق ، لانهما يجريان من واد واحد . وان لم يكن اعتبار البدع حقاً ، لم يصح اعتبار المصالح المرسلة .

وأيضاً فان القول بالمصالح المرسلة ليس متفقاً عليه ، بل قد اختلف

(*) تابع لما نشر في ص ٧٥٣

فيه أهل الأصول على أربعة أقوال - فذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى رده ؛ وإن المعنى لا يعتبر ما لم يستند إلى أصل . وذهب مالك إلى اعتبار ذلك ، وبني الأحكام عليه على الإطلاق . وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح ، لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة . هذا ما حكى الإمام الجويني

وذهب الغزالي إلى أن المناسب أن وقع في رتب التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين ، وإن وقع في رتبة الضروري فيله إلى قبوله ، لكن بشرط . قال : ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد . واختلف قوله في الرتبة المتوسطة ، وهي رتبة الحاجي ، فردّه في المستصفي وهو آخر قوله ، وقبله في شفاء الغليل كما قبل ما قبله . وإذا اعتبر من الغزالي اختلاف قوله - : فالأقوال خمسة ؛ فإذا الراد لا اعتبارها لا يبقى له في الواقع له ^(١) في الوقائع الصحاح مستند إلا أنها بدعة مستحسنة - كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الاجتماع لقيام رمضان : نعمت البدعة هذه . - إذ لا يمكنهم ردها ، لاجتماعهم عليها .

وكذلك القول في الاستحسان فانه - على ما ^(٢) المتقدمون -

راجع إلى الحكم بغير دليل ، والنافي له لا يعد الاستحسان سببا ، فلا يعتبر في الأحكام البتة ، فصار كالمصالح المرسلة إذا قيل بردها .

فلما كان هذا الموضع مزلة قدم لأهل البدع أن يستدلوا على بدعتهم من جهته - كان من الحق المتعين النظر في مناط الغلط الواقع لهؤلاء ،

(١) قوله « في الواقع له » لا معنى له ولعله زائد (٢) بياض في الأصل ويصح

المعنى بتقدير الساقط « قال » أو « ذهب إليه »

حتى يتبين ان المصالح المرسلة ليست من البدع في ورد ولا صدر ، بحول الله ، والله الموفق . فنقول :

**

المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة اقسام (احدها) ان يشهد الشرع بقوله ، فلا إشكال في صحته ، ولا خلاف في إعماله ؛ والا كان مناقضة للشريعة ، كشرعية القصاص حفظاً للنفوس والاطراف وغيرها

(والثاني) ما شهد الشرع برده ، فلا سبيل الى قبوله ؛ اذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها ؛ وانما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي ، بل اذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في اقتضاء الاحكام ، فينشد نقبله ؛ فان المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ؛ فاذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل برده ، كان مردودا باتفاق المسلمين

ومثاله ما حكى الفزالي عن بعض اكابر العلماء انه دخل على بعض السلاطين فسأله عن الوقاع في نهار رمضان ؛ فقال : عليك صيام شهرين متتابعين . فلما خرج راجعه بعض الفقهاء وقالوا له : القادر على إعتاق الرقبة كيف يعدل به الى الصوم والصوم وظيفة المعسرين ؛ وهذا الملك يملك عبيدا غير محصورين ؛ فقال لهم : لو قلت له عليك إعتاق رقبة لا يستحق ذلك وأعتق عبدا صرارا ؛ فلا يزجره إعتاق الرقبة ولا يزجره صوم شهرين متتابعين

فهذا المعنى مناسب ، لان الكفارة مقصود الشرع منها الزجر ،

والملك لا يزجره إلا عتاق ويزجره الصيام . وهذه الفتيا باطلة لان العلماء بين قائلين : قائل بالتخير ، وقائل بالترتيب ، فيقدم العتق على الصيام ، فتقديم الصيام بالنسبة الى الغني لا قائل به . على انه قد جاء عن مالك شيء يشبه هذا ، لكنه على صريح الفقه

قال يحيى بن بكير : حث الرشيد في يمين فجمع العلماء فأجمعوا ان عليه عتق رقبة . فسأل مالك ، فقال : صيام ثلاثة ايام . واتبعه على ذلك اسحاق بن ابراهيم من فقهاء قرطبة .

حكى ابن بشكوال ان الحكم أمير المؤمنين ارسل في الفقهاء وشاورهم في مسألة نزلت به ، فذكر لهم عن نفسه انه عمد الى احدى كرائمه^(١) ووطئها في رمضان ، فأفتوا بالإطعام ، واسحاق بن ابراهيم ساكت . فقال له أمير المؤمنين : ما يقول الشيخ في فتوى اصحابه ، فقال له : لا اقول بقولهم ، واقول بالصيام . فقليل له : أليس مذهب مالك الإطعام ؟ فقال لهم : تحفظون مذهب مالك ، إلا انكم تريدون مصانعة أمير المؤمنين . انما أمر مالك بالإطعام لمن له مال ، وأمير لا مال له ، انما هو بيت مال المسلمين . — فأخذ بقوله أمير المؤمنين وشكر له عليه اه وهذا صحيح .

نعم حكى ابن بشكوال انه اتفق لعبد الرحمن بن الحكم مثل هذا في رمضان ، فسأل الفقهاء عن توبته من ذلك وكفارته . فقال يحيى بن يحيى : يكفر ذلك صيام شهرين متتابعين . فلما برز ذلك من يحيى سكت سائر الفقهاء حتى خرجوا من عنده ، فقالوا ليحيى : مالك لم تفته بمذهبنا عن

(١) المراد بكرائمه عقائل نساءه الحرائر لا بناته كما هو المستعمل في عرف زماننا

مالك من انه مخير بين العتق والطعام والصيام ؟ فقال لهم : لو فتحتا له هذا الباب سهل عليه ان يطأ كل يوم ويعتق رقبة ؛ ولكن حملته على اصعب الامور لئلا يعود . فان صح هذا عن يحيى بن يحيى رحمه الله وكان كلامه على ظاهره كان مخالفا للاجماع .

(الثالث) ما سكنت عنه الشواهد الخاصة ، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه . فهذا على وجهين :

— احدهما — ان يرد نص على وفق ذلك المعنى ، كتعليل منع القتل للميراث ، فالمعاملة بنقيض المقصود تقدير ان لم يرد نص على وفقه ^(١) فان هذه العلة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرض ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق . ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله

— والثاني — ان يلائم تصرفات الشرع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة ، ولا بد من بسطه بالامثلة حتى يتبين وجهه بحول الله

ولنقتصر على عشرة أمثلة

* *

(احدها) ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على جمع المصحف ، وليس ثم نص على جمعه وكتبه أيضاً ، بل قد قال بعضهم : كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فروي عن

(١) تأمل العبارة من أولها

زيد بن ثابت رضي الله عنه قال : ارسل اليّ أبو بكر رضي الله عنه . قتل (أمل) اليمامة ، واذا عنده عمر رضي الله عنه ، قل أبو بكر : (ان عمر اناني فقال) ان القتل قد استحرّ بقراء القرآن يوم اليمامة ^(١) واني اخشى ان يستحر القتل بالقراء في المواطن كلها فيذهب قرآن كثير ، واني ارى ان تأمر بجمع القرآن - قال - فقلت له : كيف أفعّل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال لي : هو والله خير . فلم يزل عمر يراجعني في ذلك حتى شرح الله صدري له ، ورأيت فيه الذي رأى عمر . - قال زيد - فقال أبو بكر : انك رجل شاب عاقل لا تهتمك ، قد كنت تكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتنبع القرآن فاجمعه . - قال زيد - فوالله لو كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل عليّ من ذلك - فقلت : كيف تفعلون شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال أبو بكر : هو والله خير . فلم يزل يراجعني في ذلك أبو بكر حتى شرح الله صدري للذي شرح له صدورهما . فتبعت القرآن أجمعه من الرقاع والعصب واللاخاف ^(٢) ومن صدور الرجال . فهذا عمل لم ينقل فيه خلاف عن احد من الصحابة

ثم روي عن أنس بن مالك ان حذيفة بن اليمان كان يغازي أهل الشام وأهل العراق في فتح ارمينية واذريجان ، فأفرعه اختلافهم في القرآن ، فقال لعثمان : يا أمير المؤمنين ! أدرك هذه الامة قبل ان يختلفوا في الكتاب كما اختلفت اليهود والنصارى ، فارسل عثمان الى حفصة :

(١) استحر القتل اشتد وكثر . والقراء حفظة القرآن (٢) العصب جمع عصب وهو جريد النخل . واللاخاف كالحاف : حجارة بيض رقاق واحدها خلفه كسمكة

ارسلني اليّ بالصحف تنسخها في المصاحف ثم نردها عليك . فارسلت حفصة به الى عثمان ، فارسل عثمان الى زيد بن ثابت والى عبد الله بن الزبير ، وسميد بن العاصي ، وعبد الرحمن ابن الحارث بن هشام ، فأمرهم ان ينسخوا الصحف في المصاحف . ثم قال للرهط القرشيين الثلاثة : ما اختلفتم فيه اتم وزيد بن ثابت فاكتبوه بلسان قريش ، فانه نزل بلسانهم . قال ففعلوا حتى اذا نسخوا الصحف في المصاحف ، بعث عثمان في كل افق بمصحف من تلك المصاحف التي نسخوها . ثم أصر بما سوى ذلك من القراءة في كل صحيفة أو مصحف ان يحرق .

فهذا أيضاً اجماع آخر في كتبه وجمع الناس على قراءة لا يحصل منها في الغالب اختلاف . لانهم لم يختلفوا الا في القراءات — حسبما نقله العلماء المعتنون بهذا الشأن — . فلم يخالف في المسئلة الا عبد الله بن مسعود فانه امتنع من طرح ما عنده من القراءة المخالفة لمصاحف عثمان ، وقال : يا أهل العراق ، ويا أهل الكوفة : اكتموا المصاحف التي عنكم وغلوها ، فان الله يقول (ومن يغفل يأت بما غل يوم القيامة) وألقوا اليه بالمصاحف . فتأمل كلامه فانه لم يخالف في جمعه . وانما خالف اصراً آخر . ومع ذلك فقد قال ابن هشام : بلغني أنه كره ذلك من قول ابن مسعود رجال من أفاضل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولم يرد نص عن النبي صلى الله عليه وسلم بما صنعوا من ذلك ، ولكنهم رأوه مصلحة تناسب تصرفات الشرع قطعاً ، فان ذلك راجع الى حفظ الشريعة ، والامر بحفظها معلوم ، والى منع الذريعة للاختلاف في أصلها الذي هو القرآن ، وقد علم النهي عن الاختلاف في ذلك بما

لا مزيد عليه ^(١).

وإذا استقام هذا الأصل فأجل عليه كتب العلم من السنن وغيرها ،
إذا خيف عليها الاندرا س ، زيادة على ما جاء في الأحاديث من الأمر
بكتب العلم .

وأنا أرجو أن يكون كتب هذا الكتاب الذي وضعت يدي فيه
من هذا القبيل ؛ لاني رأيت باب البدع في كلام العلماء مغفلا جدا إلا من
النقل الجلي كما نقل ابن وضاح ، أو يؤتى باطراف من الكلام لا يشفى
الغليل بالتفقه فيه كما ينبغي ؛ ولم أجد على شدة بحثي عنه إلا ما وضع فيه
أبو بكر الطرطوشي ، وهو يسير في جنب ما يحتاج إليه فيه ، والأ
ما وضع الناس في الفرق الثنتين والسبعين ، وهو فصل من فصول الباب
وجزء من أجزائه ، فأخذت نفسي بالعناء فيه ، عسى أن ينتفع به واضعه ،
وقارئه ، وناشره ، وكاتبه ، والمتنفع به ، وجميع المسلمين ، أنه ولي ذلك
ومسديه بسعة رحمته

(المثال الثاني)

اتفاق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على حد شارب الحمر
ثمانين . وإنما مستندهم فيه الرجوع الى المصالح والتمسك بالاستدلال
المرسل ، قال العلماء لم يكن فيه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) هذا القول يحتاج الى مزيد بيان ، وهو ان الله تعالى سمي القرآن كتابا فأفاد
ذلك وجوب كتابته كله ، ولذلك اتخذ النبي (ص) كتابا للوحي . وتفريق الصحف
المكتوبة لا يعقل ان يكون مطلوبا للشارع حتى يحتاج جمعها الى دليل خاص :
ولم يأمر النبي (ص) بجمعها في حياته لاحتمال المزيد في كل سورة ما دام حيا ، كما
قال العلماء .

حد مقدر؛ وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير. ولما انتهى الأمر إلى أبي بكر رضي الله عنه قرّر على طريق النظر بأربعين، ثم انتهى الأمر إلى عثمان رضي الله عنه فتابع الناس فجمع الصحابة رضي الله عنهم فاستشارهم، فقال علي رضي الله عنه: من سكر هذى ومن هذى افتري؟ فأرى عليه حد المفترى.

ووجه إجراء المسألة على الاستدلال المرسل أن الصحابة أو الشرع^(١) يقيم الأسباب في بعض المواضع مقام المسببات، والمظنة مقام الحكمة، فقد جعل الإيلاج في أحكام كثيرة يجري مجرى الانزال، وجعل الحافر للبئر في محل العدوان وإن لم يكن ثم مرد كالمردي نفسه، وحرّم الخلوة بالأجنبية حذراً من الذريعة إلى الفساد، إلى غير من الفساد؛ فأروا الشرب ذريعة إلى الافتراء الذي تقتضيه كثرة الهذيان، فانه أول سابق إلى السكران — قالوا — فهذا من أوضح الأدلة على إسناد الأحكام إلى المعاني التي لا أصول لها (يعني على الخصوص به) وهو مقطوع من الصحابة رضي الله عنهم.

(المآثر الثالث)

إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناعات. قال علي رضي الله عنه «لا يصلح الناس إلا ذاك» ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناعات، وهم يغيّبون عين الامتعة في غالب الأحوال؛ والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة

(١) في نسخة ثانية «الشرعية تقيم» كما يستفاد من هامش الأصل

الى استعمالهم لافضى ذلك الى أحد امرين : إما ترك الاستصناع بالكلية ، وذلك شاق على الخلق ؛ وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الاموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة التضمين . هذا معنى قوله « لا يصلح الناس الا ذلك »

ولا يقال : ان هذا نوع من الفساد وهو تضمين البريء . اذ لعله ما أفسد ولا فرط ، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد . لانا نقول : اذا تقابلت المصلحة والمضرة فشان العقلاء النظر الى التفاوت ، ووقوع التلف من الصنيع من غير تسبب ولا تفريط بعيد . والغالب الفوت فوت الاموال ، وانها لا تستند الى التلف السماوي ، بل ترجع الى صنع العباد على المباشرة أو التفريط . وفي الحديث « لا ضرر ولا ضرار » تشهد له الاصول من حيث الجملة ، فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن يبيع حاضر لباد . وقال « دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض » وقال « لا تلقوا الركبان بالبيع حتى يهبط بالسلع الى الاسواق » وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فتضمين الصنيع من ذلك القليل

(المثال الرابع)

ان العلماء اختلفوا في الضرب بالتهمة . وذهب مالك الى جواز السجن في التهمة ، وان كان السجن نوعاً من العذاب . ونص أصحابه على جواز الضرب ، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصنيع ، فانه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهمة ، لتعذر استخلاص الاموال من أيدي السراق والغصاب ، اذ قد يتعذر اقامة البيئة ، فكانت المصلحة في

التعذيب، وسيلة الى التحصيل بالتعيين والاقرار .
 فان قيل : هذا فتح باب تعذيب البريء ^(١) قيل : ففي الاعراض
 عنه ابطال استرجاع الاموال ؛ بل الاضرار عن التعذيب أشد ضرراً ،
 اذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى ، بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس ؛
 وتؤثر في القلب نوعاً من الظن . فالتعذيب في الغالب لا يصادف البريء ،
 وان أمكن مصادفته ، فتغتفر ، كما اغتفر في تضمين الصانع ^(٢)
 فان قيل : لا فائدة في الضرب ؛ وهولو أقر لم يقبل اقراره في تلك
 الحال .

فالجواب : إن له فائدتين - احدها - أن يمين المتاع فتشهد
 عليه البينة لربه ، وهي فائدة ظاهرة . - والثانية - أن غيره قد يزدجر
 حتى لا يكثر الافدام ، فتقل أنواع هذا الفساد .

وقد عد له سحنون فائدة ثالثة وهو الاقرار حالة التعذيب ، فإنه
 يؤخذ عنده بما أقر في تلك الحال . قالوا وهو ضعيف ، فقد قال الله تعالى
 (لا إكراه في الدين) ولكن نزل سحنون على من أكره بطريق غير
 مشروع ، كما اذا أكره على طلاق زوجته ، أما اذا أكره بطريق صحيح
 فإنه يؤخذ به ، كالكافر يسلم تحت ظلال السيوف فإنه مأخوذ به . وقد
 تتفق له بهذه الفائدة على مذهب غير سحنون اذا أقر حالة التعذيب ثم
 تمادى على الاقرار بعد أمنه فيؤخذ به . قال الغزالي - بعد ما حكى عن

(١) لعل الاصل « لتعذيب البريء » (٢) ينظر ابن يرجع الضمير الذي
 اسند اليه هذا الفعل ؛ فان كان المصادفة ، فالظاهر ان يؤنث بالتاء فيقال « اغتفرت »
 كما قال « فتغتفر » وان أرجع الى التعذيب رد بان تضمين الصانع ليس تعذيباً .
 ولعل الاصل تأنيث الفعل ، او حذف « في » وجعل « تضمين » هو الفاعل .

الشافعي أنه لا يقول بذلك : وعلى الجملة فالمسئلة في محل الاجتهاد . - قال -
ولسنا نحكم بمذهب مالك على القطع ، فاذا وقع النظر في تعارض المصالح ،
كان ذلك قريباً من النظر في تعارض الاقيسة المؤثرة .

(المثال الخامس)

انا اذا قررنا اماما مطاعاً مفتقراً الى تكثير الجنود لسد الثغور
وحماية الملك المتسع الاقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند
الى ما لا يكفيهم ، فللا مام اذا كان عدلاً أن يوظف على الاغنياء ما يراه
كافياً لهم في الحال ، الى أن يظهر مال بيت المال ، ثم اليه النظر في
توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك ، كيلا يؤدي تخصيص
الناس به الى ايجاش القلوب . وذلك يقع قليلا من كثير بحيث لا يحجب
بأحد ويحصل المقصود

وانما لم ينقل مثل هذا عن الاولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم
بخلاف زماننا ، فان القضية فيه أخرى ، ووجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه
للم فعل الامام ذلك النظام بطلت شوكة الامام ، وصارت ديارنا عرضة
لاستيلاء الكفار

وانما نظام ذلك كله شوكة الامام بعده . فالذين يحذرون من
الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة ، يستحقرون بالاضافة اليها أموالهم كلها ،
فضلا عن اليسير منها ، فاذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق
لهم بأخذ البعض من أموالهم ، فلا يمارى في ترجيح الثاني عن الاول .
وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد
والملاءمة الاخرى - ان الاب في طفله ، أو الوصي في يتيمة ،

(المنار- ج ١١ م ١٧) استعداد الجندية الدائم والاستقراض لبيت المال ٨٤٥

أو الكافل فيمن يكفله، مأمور^(١) برعاية الاصلح له، وهو يصرف ماله الى وجوه من النفقات أو المؤن المحتاج اليها. وكل ما يراه سبباً لزيادة ماله أو حراسته من التلف جاز له بذل المال في تحصيله. ومصلحة الاسلام عامة لا تقاصر عن مصلحة طفل، ولا نظر امام المسلمين يتقاعد عن نظر واحد من الآحاد في حق محجوره

ولو وطئ الكفار أرض الاسلام لوجب القيام بالنصرة، وإذا دعاهم الامام وجبت الاجابة، وفيه اتعاب النفوس وتعريضها الى الهلكة، زيادة الى انفاق المال. وليس ذلك الا لحماية الدين، ومصلحة المسلمين

فاذا قدرنا هجومهم^(٢) واستشعر الامام في الشوكة ضعفاً وجب على الكافة امدادهم. كيف والجهاد في كل سنة واجب على الخلق؛ وانما يسقط باشتغال المرتزقة، فلا يمارى في بذل المال لمثل ذلك

واذا قدرنا انعدام الكفار الذين يخاف من جهمهم، فلا يؤمن من افتتاح باب الفتن بين المسلمين. فالمسئلة على حالها كما كانت، وتوقع الفساد عتيده؛ فلا بد من الحراس

فهذه ملاءمة صحيحة، الا أنها في محل ضرورة، فتقدر بقدرها، فلا يصح هذا الحكم الا مع وجودها. والاستقراض في الازمات انما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر أو يرتجى، وأما اذا لم ينتظر شيء وضعفت وجوه^(٣) الدخل بحيث لا يغني كبير شيء، فلا بد من

(١) قوله «مأمور» خبر «ان الاب» باعتبار ما عطف عليه (٢) قوله «هجومهم»

يعني المسلمين الذين وطئ الكفار أرضهم محاربين لهم (٣) في الاصل «وجوده» وهو غلط

جريان حكم التوظيف

وهذه المسألة نص عليها الغزالي في مواضع من كتبه ، وتلاه في تصحيحها ابن العربي في أحكام القرآن له ، وشرط جواز ذلك كله عندهم عدالة الامام ، وإيقاع التصرف في أخذ المال واعطائه على الوجه المشروع

(المثال السادس)

إن الامام لو أراد أن يعاقب بأخذ المال على بعض الجنايات^(١) فاختلف العلماء في ذلك - حسبما ذكره الغزالي - على أن الطحاوي حكى أن ذلك كان في أول الاسلام ثم نسخ فأجمع العلماء على منعه .

فأما الغزالي فزعم أن ذلك من قبيل الغريب الذي لا عهد به في الاسلام ، ولا يلائم تصرفات الشرع ؛ مع أن هذه العقوبة الخاصة لم تعين ؛ لشرعية العقوبات البدنية بالسجن والضرب وغيرها - قال - فان قيل : فقد روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه شاطر خالد بن الوليد في ماله ، حتى أخذ رسوله برد نعله وشطر عمامته . قلنا : المظنون من عمر أنه لم يبتدع العقاب بأخذ المال على خلاف المألوف من الشرع ، وإنما ذلك لعلم عمر باختلاط ماله بالمال المستفاد من الولاية واحاطته بتوسعته ، فلم يضمن المال فرأى شطر ماله من فوائد الولاية ، فيكون استرجاعاً للحق لا عقوبة في المال ، لان هذا من الغريب الذي لا يلائم قواعد الشرع . هذا ما قال . ولما فعل عمر وجه آخر غير هذا ، ولكنه لا دليل فيه على العقوبة بالمال كما قال الغزالي

وأما مذهب مالك فان العقوبة في المال عنده ضربان (أحدهما) كما

(١) ينظر ابن جواب لو ؟ وما موقع الفاء من قوله « فاختلف العلماء » ؟

صوره الغزالي ، فلا صرية في أنه غير صحيح ، على أن ابن المطار في رقايقه صنى الى اجازة ذلك ، فقال في اجازة أعوان القاضي اذا لم يكن بيت مال : انها على الطالب ، فان أدى المطلوب كانت الاجازة عليه . ومال اليه ابن رشد . ورده عليه ابن النجار القرطبي ، وقال : ان ذلك من باب العقوبة في المال ، وذلك لا يجوز على حال

(والثاني) أن تكون جنابة الجاني في نفس ذلك المال أو في عوضه ، فالعقوبة فيه عنده ثابتة . فإنه قال في الزعفران المغشوش اذا وجد بيد الذي غشه : انه يتصدق به على المساكين قل أو كثر . وذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون الى أنه يتصدق بما قل منه دون ما كثر . وذلك محكي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وانه أراق اللبن المغشوش بالماء ، ووجه ذلك التأديب للغاش . وهذا التأديب لانص يشهد له ، لكن من باب الحكم على الخاصة لاجل العامة . وقد تقدم نظيره في مسألة تضمين الصناعات

على أن أبا الحسن اللخمي قد وضع له أصلاً شرعياً ، وذلك انه عليه السلام أمر باكفاء القدور التي أغليت بلحوم الحمر قبل أن تقسم . وحديث العتق بالمشلة أيضاً من ذلك .

ومن مسائل مالك في المسألة : اذا اشترى مسلم من نصراني خمرأ فانه يكسر على المسلم ، ويتصدق بالثمن أدباً للنصراني ان كان النصراني لم يقبضه . وعلى هذا المعنى فرع أصحابه في مذهبه ، وهو كله من العقوبة في المال ، الا أن وجهه ما تقدم

(المثال السابع)

انه لو طبق الحرام الارض ، أو ناحية من الارض يسر الانتقال منها ، وانسدت طرق المكاسب الطيبة ، ومست الحاجة الى الزيادة على سد الرمق ، فان ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرتقي الى قدر الحاجة في القوت والملبس والسكن ، اذ لو اقتصر على سد الرمق لتمطلت المكاسب والاشغال ، ولم يزل الناس في مقاساة ذلك الى أن يهلكوا ، وفي ذلك خراب الدين . لكنه لا ينتهي الى الترفه والتشم ، كما لا يقتصر على مقدار الضرورة .

وهذا ملائم لتصرفات الشرع وان لم ينص على عينه ، فانه قد أجاز اكل الميتة للمضطر ، والدم ولحم الخنزير ، وغير ذلك من الخبائث المحرمات وحكى ابن العربي الاتفاق على جواز الشبع عند توالي الخمسة ، وانما اختلفوا اذا لم تتوال : هل يجوز له الشبع أم لا ؟ وأيضاً فقد أجازوا أخذ مال الغير عند الضرورة أيضاً . فما نحن فيه لا يقتصر عن ذلك وقد بسط الغزالي هذه المسألة في الاحياء بسطاً شافياً جدياً ،^(١) وذكرها في كتبه الاصولية كالمنحول وشفاء العليل

(المثال الثامن)

انه يجوز قتل الجماعة بالواحد . والمستند فيه المصلحة المرسله ، اذ لانص على عين المسألة ، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله

(١) للغزالي كلمة في عدم تعدي الحرام اذا كثروا وهي « اذا حرم كله حل كله » أي لا يباحث المرء في هذه الحال عن أصل المال ، بل يتحرى ان يأخذه من وجهه حلال .

عنه . وهو مذهب مالك والشافعي . ووجه المصاحبة أن القتل معصوم ، وقد قتل عمدا ، فإهداره داع الى خرم أصل القصاص ، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة الى السعي بالقتل اذا علم أنه لا قصاص فيه ، وليس أصله قتل المنفرد فانه قاتل تحقيقاً ، والمشارك ليس بقاتل تحقيقاً

فان قيل : هذا أصريديع في الشرع ^(١) وهو قتل غير القاتل . قلنا : ليس كذلك ، بل لم يقتل الا القاتل ، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعي ، فهو مضاف اليهم تحقيقاً اضافته الى الشخص الواحد ، وانما التعيين في تنزيل الاشخاص منزلة الشخص الواحد ، وقد دعت اليه المصاحبة فلم يكن مبتدعاً مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء ، وعليه يجري عند مالك قطع الايدي باليد الواحدة ، وقطع الايدي في النصاب الواجب ^(٢)

المثال التاسع

ان العلماء نقلا الاتفاق على ان الامامة الكبرى لا تنعقد الا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع ، كما انهم اتفقوا أيضاً - أو كادوا أن يتفقوا - على ان القضاء بين الناس لا يحصل الا لمن رقي في رتبة الاجتهاد . وهذا صحيح على الجملة ، ولكن اذا فرض خلو الزمان عن مجتهد يظهر بين الناس ، وافتقروا الى امام يقدمونه لجريان الاحكام وتسكين ثورة الثائرين ، والحياطة على دماء المسلمين وأموالهم ، فلا بد

(١) البدیع المخترع على غير مثال سابق . والمعنى ليس له أصل من الشرع ، لا خاص فيكون قياساً عليه ، ولا عام فيكون من المصالح المرسله (٢) أي اذا قطع جماعة يد أحد أو سرقوا نصاباً بالتعاون والاشتراك تقطع أيديهم كلهم

من اقامة الامثل ممن ليس بمجتهد ، لانا بين أمرين : إما ان يترك الناس فوضى ، وهو عين الفساد والمهرج . وإما ان يقدموه فيزول الفساد بته ، ولا يبقى الا قوت الاجتهاد ، والتقليد كاف بحسبه

واذا ثبت هذا فهو نظر مصاحي يشهد له وضع أصل الامامة ؛ وهو مقطوع به بحيث لا يفتقر في صحته وملاءمته الى شاهد ؛ هذا — وان كان ظاهره مخالفا لما نقلوا من الاجماع في الحقيقة — إنما انمقد على فرض ان يخلو الزمان من مجتهد ، فصار مثل هذه المسئلة مما لم ينص عليه ، فصح الاعتماد فيه على المصلحة

المثال العاشر

ان الغزالي قال في بيعة المفضرل مع وجود الافضل : ان ردّنا في مبدأ التولية بين مجتهد في علوم الشرائع وبين متقاصر عنها ؛ فيتعين تديم المجتهد ، لان اتباع الناظر علم نفسه ، له مزية على اتباع علم غيره ، فالتقليد والمزايا لا سبيل الى اهمالها مع القدرة على مراعاتها

أما اذا انعقدت الامامة بالبيعة أو تولية العهد لمنفك عن رتبة الاجتهاد ، وقامت له الشوكة ، واذعنت له الرقاب ، بأن خلا الزمان عن قرشي مجتهد مستجمع جميع شرائط ، وجب الاستمرار^(١)

وإن قدر حضور قرشي مجتهد مستجمع للفروع والكفاية ، وجميع شرائط الامامة . واحتاج المسامون في خلع الاول الى تعرضه لاثارة فتن واضطراب أمور ، لم يحجز لهم^(٢) خله والاستبدال به ، بل تجب

(١) قوله « وجب » الخ جواب قوله « أما اذا انعقدت » (٢) قوله « لم يحجز

لهم » الخ جواب وجزاء قوله « وان قدر » الخ

عليهم الطاعة له ، والحكم بنفوذ ولايته وصحة إمامته ؛ لانا نعلم ان العلم مزية روعيت في الامامة تحصيلها لمزيد المصلحة في الاستقلال بالنظر والاستغناء عن التقليد ، وان الثمرة المطلوبة من الامام تطفئة الفتن النائرة ، من تفرق الآراء المتنافرة : فكيف يستجيز العاقل تحريك الفتنة ، وتشويش النظام ، وتفويت اصل المصلحة في الحال ؛ تشوفا الى مزيد^(١) دقيقة في الفرق بين النظر والتقليد - قال - وعند هذا ينبغي ان يقيس الانسان ما ينال الخلق من الضرر بسبب عدول الامام عن النظر الى التقليد ، بما ينالهم لو تعرضوا لظلمه والاستبدال به ، او حكموا بأن امامته غير منعقدة .

هذا ما قال^(٢) ، وهو متجه بحسب النظر المصاحي ، وهو ملائم لتصرفات الشرع - وان لم يعضده نص على التعيين وما قرره هو أصل مذهب مالك . قيل ليحيى بن يحيى : البيعة مكروهة ؟ قال : لا ، قيل له : فان كانوا أئمة جور ؟ فقال : قد بايع ابن عمر لعبد الملك بن مروان ، وبالسيف أخذ الملك ؛ أخبرني بذلك مالك عنه أنه كتب اليه وأمره بالسمع والطاعة على كتاب الله وسنة نبيه قال يحيى : والبيعة خير من الفرقة - قال - واقعد أتى مالكا العمري

(١) كذا وامله « مزية » (٢) أي الغزالي . وقد فاتته وفات أمثاله أن ينبهوا المسلمين على أن هذه الاقوال والفتاوى المبنية على الضرورة تتقدر بقدرها كسائر الضرورات ، وأن يسعى المسلمون لازالتها بوسائل تنقضي فيها الفتنة أو يرتكب فيها أخف الضررين ، وقد يكون أخفهما خلع الامام الجائر الجاهل ، وكم من سلطان خلع ، ومن دولة دالت ، ولم يكن ضرر ذلك أرجح من الصبر عليه ، على أن ذلك لم يكن الامتناعاً على الملك ، فكيف لو كان لاجل وضع الحق في نصابه

فقال له : يا أبا عبد الله بايعني أهل الحرمين ، وانت ترى سيرة أبي جعفر ، فما ترى ؟ فقال له مالك : أتدري ما الذي منع عمر بن عبد العزيز ان يولي رجلا صالحا ؟ فقال العمري : لا أدري . قال مالك : لكني انا أدري ، انما كانت البيعة ليزيد بعده ، تخاف عمر ان ولي رجلا صالحا ان لا يكون ليزيد بدء من القيام ، فتقوم هجمة فيفسد ما لا يصلح . فصدر رأي هذا العمري على رأي مالك .

فظاهر هذه الرواية انه اذا خيف عند خلع غير المستحق واقامة المستحق ان تقع فتنة وما لا يصلح ، فالمصاحبة في الترك

وروى البخاري عن نافع قال : لما خلع اهل المدينة يزيد بن معاوية جمع ابن عمر حشمه وولده فقال : اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ينصب لكل غادر لواء يوم اليامة » وانا قد بايعنا هذا الرجل على بيعة الله ورسوله ، واني لا اعلم احدا منكم خلمه ولا تابع في هذا الامر الا كانت الفيصل بيني وبينه

قال ابن العربي : وقد قال ابن الخياط : ان بيعة عبد الله ليزيد كانت كرها ، وابن يزيد من ابن عمر ؟ ولكن رأى بدينه وعلمه التسليم لأمر الله والفرار عن التعرض لفتنة فيها من ذهاب الاموال والانفس ما لا يخفى . فخلع يزيد — لو تحقق ان الامر يعود في نصابه ..^(١) فكيف ولا يعلم ذلك ، وهذا أصل عظيم فتفهموه والزموه ترشدوا ان شاء الله .

(١) سقط من هنا خبر المبتدأ الذي هو قوله « فخلع يزيد » واهل الساقط قوله « تعرض للفتنة » كما يفهم من سابق الكلام — أي ان خلع يزيد تعرض للفتنة لا يجوز مع العلم بأن الخلافة تعود الى مستحقها ، فكيف وذلك غير معلوم ، لجواز ان ينكل عن خلموه ويبقى الامر بيده أو يعود الى مثله أو شر منه .