الفصل الثاني
المصادر الفرعية

المبحث الأول: رأي الصحابي

اختلف العلماء في حجّية قول الصحابي[1]. والصحيح أنه ليس حجة شرعية مستقلّة يجب اتّباعها وتحرم مخالفتها. لأن الصحابة أجمعوا على جواز مخالفة كل واحد من آحاد الصحابة المجتهدين للآخر. ولو كانت آراؤهم واجتهاداتهم وأقضيتهم حجّة لكان من الواجب على كلّ واحد منهم اتّباع الآخر وهو محال. وفوق ذلك فإن الصحابة قد اختلفوا في عدّة مسائل. فلو كان ما يراه الصّحابي حجّة لكانت حجج الله تعالى متناقضة في نفسها. وذلك محال على الله تعالى[2]. هذا إلى جانب كونهم غير معصومين بلا خلاف، ولا حجّة إلاّ في قول المعصوم محمد ﷺ[3].

شاهد الصحابة النبي ﷺ وتلقّوا عنه الرسالة الإسلامية وسمعوا منه بيان الشريعة. ولذلك قرّر جمهور الفقهاء أن أقوالهم حجّة بعد النصوص. وهناك من قدّم أقوالهم على القياس، إذا لم يخالفه نظراؤه. وهناك من لا يفرّق بين الصحابة وغيرهم مثل الشوكاني[4]. والنّاظر في هدي الصحابة وسنّة الخلفاء

---

(١) الغزالي، المستصفى، ص ١/ ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٢) الآمدي، الإحكام، ص ٤/ ٢٠١ ـ ٢٠٤.

(٣) الشتيوي، الترجيح بين الأخبار، ص ٥٠١ ـ ٥٠٢.

(٤) الدّبوسي، تأسيس النظر، ص ٥٥؛ الشوكاني: محمد بن علي (١٢٥٥)، القول المفيد في أدلّة الاجتهاد والتقليد، دار الكتب اللبناني، بيروت، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، ص ١٠٩، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٨هـ، ط. ١، ص ٢٣٤؛ الدواليبي، المدخل، ص ٢٧٦ وما بعدها، المحصول، ص ٦/ ١٢٩ وما بعدها.

الراشدين رضي الله عنهم[1]، يجدهم أفقه الناس في استعمال تغيّر الأحكام بتغيّر موجباتها[2]. ولذلك سأذكر بعضاً من أمثلتها:

١ ـ عقوبة شارب الخمر. فإنه لم يكن في زمن الرسول ﷺ حدّ مقدّر، وإنما جرى الزجر فيه مكان التعزير، فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفّي. لكن عمر لما اجترأ الناس شاور الصحابة فجعله ثمانين[3].

٢ ـ فرض الرسول ﷺ زكاة الفطر صاعاً من طعام أو تمر أو زبيب أو شعير أو أقط[4]. ولكن بعض الصحابة رأوا في زمنهم أن نصف صاع من قمح يعدل صاعاً من تمر أو شعير، فأخرجوا نصف صاع من القمح زكاة فطرهم[5].

٣ ـ رأى بلال ومعه بعض الصحابة أن تقسم أرض الشام بعد فتحها، وكان هذا موافقاً لعموم قوله تعالى ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ . . .﴾[6]. ويفهم منها أن أربعة أخماسها للفاتحين. ولكن عمر ومعه جماعة من فقهاء الصحابة ـ مثل علي ومعاذ ـ رأوا عدم تقسيمها وإبقائها في أيدي أربابها على أن يدفعوا عنها خراجاً يكون لمصالح جميع المسلمين في حاضرهم وآخر أجيالهم. وعبّر الفقهاء عن ذلك بوقفها على كافة المسلمين. وكان هذا موافق للآية ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ

---

(١) وهم: أبو بكر بن أبي قحافة وعمر بن الخطّاب وعثمان بن عفّان وعلي بن أبي طالب وحسن بن علي بن أبي طالب وعمر بن عبد العزيز.

(٢) القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٢١.

(٣) أبو بكر عبد الرزّاق بن همام الصنعاني، المصنّف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الكتب الإسلامية، بيروت، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م، ص ٧/ ٣٧٧ ـ ٣٧٨؛ البيهقي، السنن، ص ٨/ ٣٢٠؛ الشاطبي، الاعتصام، ص ٢/ ١١٨؛ الحافظ علي بن عمر الدارقطني (٣٨٥)، السنن، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٢م، ط. ٢، ص ٣/ ١٥٧ ـ ١٥٨؛ ابن حجر، فتح الباري، ص ١٢/ ٦٣ وما بعدها.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ص ٤/ ٢٠١؛ الزيلعي، نصب الرّاية، ص ٣/ ٤٠٦؛ الصنعاني، سبل السلام، ص ٢/ ١٣٧.

(٥) الشوكاني، نيل الأوطار، ص ٤/ ٢٠٤؛ القرضاوي، فقه الزكاة، ص ٢/ ٩٣٥ ـ ٩٣٦.

(٦) الأنفال، ٤١.

دُولَةَۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾[1]. وكان عمر يفكّر بعمله هذا أخذ الجزية من أصحاب الأراضي ودفعها إلى مصارف الدولة والجيش والمسلمين[2]. ومُنِع بهذا العمل أن يجعل للمقاتلين ملكيات إقطاعية واسعة يخلفهم في ملكها أولادهم وأحفادهم. وهذا ما سيكوّن طبقة من الناس الإقطاعيين الأثرياء ويحرم بقيّة المسلمين ممن لم يشاركوا في الحروب من خير تلك الأراضي ويحرم الأجيال المقبلة أيضاً منها. وهذا شيء خطير[3].

فقد ذهبت الحنفية والمالكية إلى أن تقسيم النبي ﷺ خيبر بين المحاربين من جنده إنما هو من قبيل التصرّف بالإمامة. فللإمام من بعده أن يجتهد في ذلك حسب المصلحة[4]، كما فعل عمر بن الخطّاب.

٤ ـ أخّر عمر جباية زكاة الماشية (من إبل وغنم وبقر) حتى يزول القحط. وأيضاً لم يطبّق حدّ السرقة في هذا العام. وكذلك وضع الزكاة للخيول بعد أن أصبحت أموال تجارة[5].

٥ ـ ما حدث في عهد الصحابة من جمع القرآن وتدوينه في عهد الخليفة أبي بكر على خلاف ما كان عليه الحال في عهد النبي ﷺ، ثم كتابة

---

(١) الحشر، ٧.

(٢) الرحبي: عبد العزيز محمد، فقه الملوك ومفتاح الرّتاج المرصد على خزانة كتاب الخراج، تحقيق: أحمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٣م، ص ٢١٤ ـ ٢١٧؛ القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٣٢ ـ ١٣٣؛ الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، ص ٦٥ ـ ٦٩؛ الترتوري، فقه الواقع، ص ١٠٩ ـ ١١٠؛ حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ص ٨٠؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٥٣٠ ـ ٥٣١؛ الدواليبي، المدخل، ص ٣٢٣ ـ ٣٢٧؛ البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص ١٢٤ وما بعدها؛ الصعيدي، المجدّدون، ص ٣٢ ـ ٣٤؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ١٣١ وما بعدها.

(٣) الزحيلي، أصول الفقه، ص ٤٣٠.

(٤) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ١٦٩.

(٥) ابن ماجه، ك. الزكاة، ب. صدقة الخيل والرقيق، ر. ١٨١٢ ـ ١٨١٣، ص ١/ ٥٧٠؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥٠٩؛ القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٢٩، ١٣٣، وانظر القياس، ص ١٦٠.

المصحف في عهد الخليفة عثمان وإحراقه ما سواه على خلاف ما كان عليه الحال في عهد الشيخين، وتدوين السنّة ـ مع النهي الصادر عن النبي ﷺ ـ في عهد عمر بن عبد العزيز[1]، وكلّ هذا داخل ضمن حفظ الدّين. وهو جنس شامل لأنواع المصلحة الدينية كلها. وهذا وصف مناسب معتبر يجمع بينها[2].

٦ ـ جاء رجل إلى ابن عباس فقال: «ألمن قتل مؤمناً توبة؟» قال: «لا، إلى النّار». فلمّا ذهب قال له جلساؤه: «ما هكذا تفتينا، فما بال هذا اليوم؟» قال: «إني أحسبه مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً». فبعثوا في أثره، فوجدوه كذلك[3]. لذلك يقول ابن عابدين في نشر العرف من رسائله: «فإذا نرى الرجل يأتي مستفتياً عن حكم شرعي ويكون مراده التوصّل بذلك إلى إضرار غيره، فلو أخرجنا له فتوى عمّا سُئل عنه قد شاركناه الإثم. لأنّه لم يتوصّل إلى مراده الذي قصده إلاّ بسببنا»[4].

٧ ـ قطع عمر سهم المؤلّفة قلوبهم من الزّكاة[5] وإمضاؤه الطّلاق الثلاث بكلمة واحدة خلافاً لما كان في عهد النبي ﷺ[6] وإجراءاته الأخرى مثل ذلك.

٨ ـ قال علي رضي الله عنه «حدّثوا الناس بما يعرفون. أتحبّون أن يكذّب

---

(١) مسلم، ك. الزهد، ب. التثبّت من الحديث وحكم كتابة العلم، ر. ٧٢، ص ٣/ ٢٢٩٨ ـ ٢٢٢٩؛ وانظر أيضاً: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص ١/ ٤٩ ـ ٥٠؛ الترتوري، فقه الواقع، ص ٩١ ـ ٩٣؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٥٠٩؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٥٤٧، والمدخل، ص ١٠٨؛ زيد، المصلحة، ص ٢٩ ـ ٣٠.

(٢) البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢١٧.

(٣) القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٣٥.

(٤) ص ١٢٠.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص ٨/ ١٧٨ ـ ١٨١؛ وانظر أيضاً: القياس، ص ١٥٤.

(٦) البيهقي، السنن، ص ٨/ ٣٧٦؛ ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ١٣٦؛ بلتاجي، منهج عمر في التشريع، ص ٣٩٨؛ القرضاوي، وجوب تطبيق الشريعة، ص ١٣٠ ـ ١٣١.

الله ورسوله؟!»[1] فهو يأمر بكلامه هذا مراعاة حال السّامع وواقعه. فما يقال في مجلس علم لطلاب مختصّين لا يقال للعوام، وخاصة في المسائل الصّعبة التي لا يمكن للعوام استيعابها، أو المسائل التي يمكن أن يفهموها على غير المراد منها[2].

٩ ـ جعل أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب دية القتل بالخطأ وشبه العمد على الديوان لا على العاقلة، مع أنها في زمن النبي ﷺ على العاقلة[3].

١٠ ـ أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط الإبل والتعريف بها لتغيّر حال الناس وضعف الوازع الديني عندهم[4].

١١ ـ لمّا تغيّر حال بعض النساء بعد وفاة النبي ﷺ وأصبحن يخرجن متطيّبات أو غير متلحّفات بأكسيتهن قالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «لو رأى الرسول ﷺ ما أحدث النساء، لمنعهنّ المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل»[5].

المبحث الثاني: العرف

العادة في اللغة مأخوذة من المعاودة وهي بتكرّرها ومعاودتها مرّة بعد أخرى. فصارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول متلقّاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفيّة[6]. وأما العرف فهو ضدّ المنكر وكلّ ما تعرفه النفس من الخير[7].

---

(١) البخاري، ك. العلم، ب. من خصّ بالعلم قوماً دون قوم كراهة أن لا يفهموا، ص ١/ ٤١.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ص ١/ ٢٢٥.

(٣) الترتوري، فقه الواقع، ص ٩٤ ـ ٩٥؛ وانظر أيضاً: ١٢ من أمثلة القياس، ص ١٦٠.

(٤) الترتوري، فقه الواقع، ص ٩٥ ـ ٩٦؛ وانظر أيضاً السنّة، ص ١٤٢.

(٥) البخاري، ك. الأذان، ب. خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس، ص ١/ ٢١٠؛ النووي، شرح صحيح مسلم، ص ٤/ ١٦٣ ـ ١٦٤؛ الترتوري، فقه الواقع، ص ٩٦ ـ ٩٧؛ وانظر أيضاً: الأخلاق، ص ١٠٤.

(٦) ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ص ٢/ ١١٢.

(٧) ابن منظور، لسان العرب، مادة عرف، ص ٩/ ٢٣٩.

العرف والعادة لفظان مترادفان في لغة الشرعيّين[1] وقد زدت عليهما «التعامل» في المعنى نفسه. لأن التعامل ولو كان يختلف في المعنى قليلاً إلاّ أنه يتوافق معهما من حيث الدلالة على الموضوع. لأن التعامل في معناه الخاص: هو ما شاع استعماله بين الناس[2]. لكن شيوعه يكون أقلّ وفي دائرة خاصّة بالمقارنة مع العرف والعادة.

وأمّا العرف والعادة في الاصطلاح؛ فما استقرّ في النفوس من جهة العقول وتلقّته الطّباع السليمة بالقبول، بمعنى أنه ما جرت عليه عادة الناس في بيعهم وشرائهم وإيجارهم وسائر معاملاتهم في تحقيق العدالة[3]. لذلك يُقبل العرف دليلاً في الشريعة الإسلامية مع بعض الشروط، وتؤيده القاعدة التي أخرجها أحمد في مسنده موقوفاً[4] على ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح»[5].

---

(١) خلاّف، مصادر التشريع الإسلامي، ص ١٤٥؛ ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ص ٢/ ١١٢.

لكن إبراهيم كافي دونمز يعرّف الفرق بين العرف والعادة فيقول: «العرف يطلق على القاعدة القانونية الملزمة. وأما لفظ العادة يطلق على القاعدة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف لافتقارها إلى عنصر الإلزام في الدرجة التي يتضمّنها العرف. (نظرة جديدة إلى مكانة مفهوم العرف والعادة، مجلّة العلوم الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر، شعبان ١٤٠٦هـ، قسنطينة، ص ٢٥ ـ ٢٦؛ صالح: صبحي، معالم الشريعة، ٧٣).

(٢) حنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٣٠.

(٣) القرافي، الإحكام، ص ٢٣٤؛ حسين: عبد الله علي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٦٠هـ/ ١٩٤٧م، ص ١/ ٣٠؛ مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ص ٦/ ١٢٢؛ خلاّف، مصادر التشريع، ص ١٤٥.

(٤) هو ما رُوي عن الصحابة من قول وفعل أو تقرير. يفترض أن يكون عن النبي ﷺ، ويمكن العمل به (صبحي الصالح، علوم الحديث ومصطلحه، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٩م، ط. ١٤، ص ٢٠٨).

(٥) المسند، ١/ ٣٧٩.

قال ابن عابدين في هذه الرواية أنها ليس بحديث لأنّه ليس لها سند مرفوع أو ضعيف، إنّما هو قول عبد الله بن مسعود. (الرسائل ـ العرف، ص ٢/ ١١٣).

ودليله في الكتاب قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1] وآيتي سورة يوسف[2]، وهي قوله تعالى ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾ لأن تمزيق الثوب من أمام يكون علامة إقبال منه عليها. وتمزيقه من الخلف يكون علامة فرار وإدبار منه في العادة والعرف[3].

ودليله من السنّة الرواية الصحيحة من البخاري وهي: «لمّا سألت هند زوجة أبي سفيان في أخذها مال زوجها، قال النبي ﷺ «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4].

وأمّا المعقول: فإن ما تعارف عليه الناس وصار من حاجاتهم وأساليبهم ومتّفقاً مع مصالحهم مما لا يخالف الشرع فتجب مراعاته. لأن الشريعة جاءت لتحقيق المصالح. والشارع تعالى راعى الصحيح في أعراف العرب من التشريع، ففرض الدّية على العاقلة وشرط الكفاءة في الزواج. فيجب مراعاة أعراف الناس[5]. ويقسّم الأصوليون العرف إلى أنواع مختلفة على حسب عدة اعتبارات:

١ ـ من حيث سببه ومتعلّقه: عرف لفظي وعرف عملي.

٢ ـ من حيث ما يصدر عنه: عرف عام وعرف خاص.

٣ ـ من حيث الصحة والفساد: عرف صحيح وعرف فاسد[6].

---

(١) النساء، ٢٥.

(٢) ٢٦ و٢٧.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص ٩/ ١٧٣؛ القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص ١٦٣؛ البلقيني، الميسّر، ص ٣١٩.

(٤) البخاري، ك. البيوع، ب. من أجرى أمراً لأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نيّاتهم ومذاهبهم المشهورة، ص ٣/ ٣٦.

(٥) عويش، أحكام الإفتاء، ص ١٢٥؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ١٨٥ ـ ١٨٧؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٧، ٣١٩.

(٦) أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٤.

وأما شروط العرف[1]، فهي:

١ ـ أن يكون عامّاً أو غالباً ومطّرداً[2]، بمعنى أن يكون العمل به جارياً بين متعارفيه ومعروفاً بين الناس. ويقول محمد الزهري الغمراوي من فقهاء الشافعية: «إذا لم يوجد نصّ في مسألة يُنظر إلى عرف العرب دائماً. إذا قبله العربُ يُقبل طيّباً حلالاً، وإذا لم يقبلوه لا يُقبل طيّباً حلالاً. وهذا يدلّ على حرمته، لأن الإسلام نزل عليهم أولاً»[3]. طبعاً هذا الرأي غير معقول، ولم يقل به أحد غيره، والأحسن تركه إلى كلّ الناس. لأننا لا نجد تخصيص الأعراف بالعرف العربي، ولا فرق بينهم وبين الآخرين[4].

٢ ـ عدم مخالفته لنص شرعي. وكذلك لا يجوز أن يخالف إرادة المتعاقدين[5].

٣ ـ أن يكون قديماً، أي قد تواتر العمل به لمدة طويلة[6].

وأكثر الناس إعمالاً للعرف واستناداً إليه هم الأحناف ويأتي بعدهم المالكية والحنابلة ثم الشافعية[7]. وأما الجعفرية فلا يقبلونه مصدراً من مصادر القضاء

---

(١) تعتبر في القانون نفسها تقريباً.

(٢) «العبرة للغالب الشّائع لا للنّادر»، «إنّما تُعتبر العادة إذا اطّردت» (مجلة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٤٢، ٤١، ص ٢٠).

(٣) الغمراوي: محمد الزهري، السراج الوهّاج على متن المنهاج للنووي، دار المعرفة، بيروت، ص ٥٦٦؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ص ٣/ ٥١٣ ـ ٥١٤؛ انظر أيضاً: أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٤) أردوغان، تغيّر الحكام، ص ١٣١ ـ ١٣٢.

(٥) حيدر، درر الأحكام، ص ١/ ٤٢.

(٦) الجيدي، التشريع الإسلامي ـ أصوله ومقاصده، مطبعة عكاظ، الدار البيضاء، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م، ط. ١، ص ١٢٣؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٦؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ٢٠١؛ الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ٢/ ٨٦٩ ـ ٨٧٠.

(٧) المشّاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلّة عالم المدينة، ص ٢٦٩ ـ ٢٧١؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ١٨٨؛ بلتاجي، مناهج التشريع، ص ١/ ٤٠٨، ٢/ ٦٤٧، ٨٦٤ ـ ٨٦٦.

ولا يرجعون إليه لتمييز المحقّ من المبطل. وإنما يعتمدون عليه عند الحاجة لمعرفة معاني الألفاظ وما يتبع هذه المعاني التي تنازع فيها المتخاصمون. وهذا في حقيقته ليس قضاء بالعرف وإن كان له تأثير في القضاء. إذن هو حكم الفصل بين الحقّ والباطل عند الحاجة[1].

يُقدّم العرف أحياناً على الأحكام الثابتة بالاجتهاد عند المخالفة. لأن العرف دليل الحاجة وفي منزلة الإجماع شرعاً عند عدم النصّ. وتعامل الناس به من غير نكير. وكذلك يُترك القياس عند مخالفته العرف. لأن التعامل كالإجماع[2]. ونفهم من هذا أن عمل العرف باعتبار موضوعه يتبع قلّة النصوص وكثرتها. فكلّما كثُرت النصوص ضاقت دائرة العرف. فإذا قلّت اتسعت دائرته[3].

وأما تغيّر الأحكام مستنداً إلى العرف فمعروف من القديم، يقول القرافي في هذا الموضوع: «الأحكام المرتّبة على العادات تدور معها أينما دارت وتبطل معها إذا بطلت»[4]. ويقول ابن القيّم: «إن تغيّر الفتوى بحسب العوائد معنى عظيم النفع جداً. وقع بسبب الجهل بين غلط عظيم على الشريعة. أوجب من الحرج والمشقّة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»[5]. كل ما هو في الشريعة يتّبع العوائد يتغيّر الحكم فيه عند تغيّر العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجدّدة. وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلّدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد. بل هذه قاعدة اجتهد

---

(١) مغنية، فقه جعفر الصّادق، ص ٦/ ١٢٣ ـ ١٢٥.

(٢) شلبي: مصطفى، المدخل، ص ٢٦٧.

(٣) شلبي: مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ط. ٤، ص ١/ ٣٣٨.

(٤) الفروق، ص ١/ ١٧٦، ٣/ ١٦٢؛ الإحكام، ص ٢٣١ وما بعدها؛ محمصاني، فلسفة التشريع، ص ٢١٤.

(٥) إعلام الموقّعين، ص ٣/ ٥ ـ ٧؛ الشرقاوي، التطور روح الشريعة، ص ١٩٠ ـ ١٩٣؛ علي الخفيف، محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء، ص ٢٥٤ ـ ٢٥٩.

فيها العلماء وأجمعوا عليها. فنحن نتّبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد[1]. لذلك خالف المتأخّرون من الحنفيّة ما نصّ عليه أبو حنيفة في مسائل بناها على عرف كان جارياً في زمنه بكثرة. وقالوا في وجه هذه المخالفة: «إن أبا حنيفة لو كان في زمنهم لما وسعه إلاّ أن يفتي بما أفتوا به». ولم يعدّوا التصرّف في الأحكام القائمة على العرف خروجاً عن المذهب. وإنما هو الأخذ بأصل إمامهم الذي يقتضي الرجوع إلى العرف في الأحكام. ونفهم من هذا أن اختلاف الأحكام باختلاف الأعراف لا يُعدّ اختلافاً في أصل الخطاب. بل معنى هذا الاختلاف: أن الأعراف إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها. لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزمت منه المشقّة والضّرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير[2]. لذلك قرّر مجمع الفقه الإسلامي لمنظّمة المؤتمر الإسلامي بجدّة أنه ليس للفقيه ـ مفتياً كان أو قاضياً ـ الجمود على المنقول في كتاب الفقهاء من غير مراعاة تبدّل العرف»[3]، حتى لا يَضِلُّ ولا يُضِل كما قال ابن القيّم»[4].

فالمصلحة أيضاً تستدعي تغيّر الأحكام بتغيّر الأعراف. لأن الأعراف تتجدّد بتجدّد الحاجات وفساد الأخلاق. فخاصّة أحكام المعاملات تتغيّر وتتجدّد في أسلوبها من زمن إلى زمن، ومن جيل إلى جيل، ومن بيئة إلى بيئة أخرى. وبقاء الأحكام على حالة واحدة مع تغيّر الزمان قد تكون مثار حرج ومشقّة على الناس. وقد لا تتحقّق المصلحة مع بقائها كذلك. لذلك غيّر الإمام

(١) القرافي، الإحكام، ص ٢٣١ وما بعدها؛ ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم، تبصرة الحكّام في أصول اقضية ومناهج الأحكام، مصر، ١٣٠٢هـ، ص ٢/ ٦٥ وما بعدها.

(٢) الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ١٤٧؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٥؛ محمصاني، فلسفة التشريع، ص ٢٠٢؛ حسين: الخضر، رسائل الإصلاح، ص ٥٢ ـ ٥٣؛ العربي، المدخل، ص ١٦٩؛ مدكور، المدخل، ص ١٠٩؛ الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ٢/ ٩١٩ ـ ٩٢٠.

(٣) الدورة الخامسة، ج. ٤، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م، ص ٣٤٦٦.

(٤) ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ٧١؛ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص ٧٣؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص ٦٩ ـ ٧٢.

الشافعي بعض آرائه التي تستند إلى العرف بعد انتقاله من العراق إلى مصر في سنة ١٩٩هـ[١]. إذن قضية تغيّر الأحكام بتغيّر الزمان لا يصحّ أن تعتبر من صميم نظرية العرف كما يعتبرها بعض الباحثين. بل هي من نظرية المصلحة المرسلة[٢]. ولأجل هذا خرجت قواعد فقهية، منها: «العادة محكمة»[٣]. و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[٤] و«المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم». و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص». و«الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»[٥]. و«استعمال الناس حجّة يجب العمل به»[٦].

وفيما يلي بعض الأمثلة على تغيّر الأحكام بتغيّر الأعراف:

أ ـ إن أبا حنيفة كان يقول لمّا غصب إنسان ثوباً وصبغه بلون أسود فللمالك يطالب بضمان نقصانه. لأن السّواد ينقص من قيمة الثّوب آنذاك. لأن بني أميّة في ذلك الوقت كانوا لا يحبّذون ذلك اللون. ولمّا جاء صاحباه أبو يوسف ومحمد قالا: لا حقّ له في المطالبة بالضمان. لأن صبغه بالأسود يزيد من قيمته لتعارف الناس على لباس السوداء لحبّ بني العباس له. فكان ممدوحاً في عصرهم[٧]. فاختلف الحكم تبعاً لاختلاف العرف.

---

(١) بلتاجي، مناهج التشريع، ص ٢/ ٨٦٥؛ العربي، المدخل، ص ١٦٨؛ الترتوري، فقه الواقع، ص ٩٩؛ الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ١٥٤؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ٣٢٠، ٣٧٦؛ الحنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٣٠؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٥؛ مدكور، المدخل، ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

(٢) الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ٢/ ٩٣٥.

(٣) مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٣٦، ص ٢٠.

(٤) مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٤٣، ص ٢١.

(٥) مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٣٨، ص ٢٠.

(٦) مجلّة الأحكام العدلية العثمانية، مادة: ٣٧، ص ٢٠؛ وانظر أيضاً: السيوطي، الأشباه والنّظائر، ص ٨٣؛ الندوي، القواعد الفقهية، ص ٥٦؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ٢٦٧؛ السنهوري، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، ١٩٥٩م، ص ٦/ ٤٣ ـ ٤٩.

(٧) شلبي: مصطفى، أصول الفقه، ص ١/ ٣٤١؛ الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ١٥٣.

ب ـ فرض الله العدالة في الشهود مع اختلاف تفسيرها. ولكن الفقهاء اتفقوا على أنها تسقط بما يخلّ بالمروءة على رغم هذا الاختلاف وهو أمر يشين الإنسان ويدلّ على حقارة نفسه عند أهل الفضل من الناس. لأنها تختلف باختلاف البيئات والأزمنة. فقد يكون الأمر مخلاً بالمروءة في عصر لا يعدّ في غيره كذلك. مثلاً كان يعتبر كشف الرأس قبيحاً في البلاد الشرقية مثل مرو وقادحاً للعدالة والمروءة في الشهادات. لكن عند أهل المغرب مثل الأندلس كان لا يُعدّ قبيحاً ولا قادحاً للعدالة والمروءة في الشهادات وكان هذا في عصر الشاطبي[١]. وكذلك الأكل خارج البيوت وفي الساحات العامة والطرقات فإنه يعدّ قبيحاً في بعض البلدان فيقدح في عدالة أصحابه. ولا يعتبر قبيحاً في بلدان أخرى فلا يعتبر قادحاً في العدالة[٢]. وكذلك حرز الأموال في السرقة. لأن الشارع أمر بقطع اليد في سرقة المال من حرزه، لكنه لم يبيّن حدّ الحرز. بل وكّله إلى عرف الناس. وهذا يختلف باختلاف البيئات والأزمنة[٣].

ج ـ يختلف تحديد ساعات العمل بالنسبة للعمّال حسب أعراف الناس، وذلك حينما لم ينصّ عليه في عقد العمل[٤].

د ـ لمّا أطلق لفظ الليرة في الماضي كان يعني الليرة الذهبية. لكن اليوم ينصرف إلى الليرة الورقية[٥] بسبب تغيّر العرف.

هـ ـ تعظيم القرآن واحترامه واجب وإهانته محرّمة قطعاً. بل يكفّر معتمدها. والعمدة في ذلك القصد. وتجب مراعاة العرف فيه[٦].

---

(١) الموافقات، ص ٢/ ٢١٦؛ حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ص ٢٨٨؛ حسين: الخضر، دراسات في الشريعة الإسلامية، ص ٣٩؛ شلبي: مصطفى، أصول الفقه، ص ١/ ٣٣٩؛ شمس الدين، ابن قيّم الجوزية ـ عصره ومنهجه وآراؤه في الفقه والعقائد والتصوّف، مطبعة الكليّات الأزهرية، ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م، ط. ٢، ص ٣٢٧.

(٢) ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ١٩١.

(٣) شلبي: مصطفى، أصول الفقه، ص ١/ ٣٣٩.

(٤) حسين: الخضر، دراسات في الشريعة الإسلامية، ص ٣٩.

(٥) القرافي، الإحكام، ص ٢٣٢؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٨.

(٦) رضا، الفتاوى، ص ٤/ ١٢١٠.

و ـ إذا باع المالك داره إلى المشتري دون أن يراها فيثبت له خيار الرؤية. فقد أفتى المتقدّمون من الحنفية بأن الخيار يسقط برؤية المشتري من الخارج. لأن البيوت كانت على نسق واحد. وأما المتأخّرون فأفتوا بأن الخيار لا يسقط ما لم يرها من داخلها. لأن البيوت أصبحت متفاوتة النسق[١].

ز ـ الحنطة والشعير كانا من المكيلات، أي من الأشياء التي يجري التبايع والتعامل فيها بواسطة الكيل حسب العرف السائد في عهد النبي ﷺ لذلك قال ﷺ: «البرّ بالبرّ كيلاً بكيل والشعير بالشعير كيلاً بكيل»[٢]. إن هذا العرف تغيّر فيما بعد، لا سيّما في أيام القاضي أبي يوسف[٣]. فأصبح البر والشعير من الموزونات أي من الأشياء التي تباع وتقدّر بالوزن. فقضى أبو يوسف بصحّة هذا العمل استحساناً[٤]. لأنه رأى أن الحديث أخبر عن وسيلة التماثل المعتادة عند الناس في زمن النبي ﷺ. فهذا لا يمنع إذا اعتاده الناس معياراً آخر من وزن غيره أن تباع به هذه الأشياء، ويكون الاعتماد عليه في المماثلة[٥]. لكن بعض الفقهاء لا يعتبر قول أبي يوسف ويقولون عملاً بالحديث «الميزان ميزان أهل مكّة والمكيال مكيال أهل المدينة»[٦]، كما كان

---

(١) الكردي، المدخل الفقهي، ص ٦٣؛ ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ص ١٧؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٩٧ـ٩٨؛ محمصاني، فلسفة التشريع، ص ٢٠٩.

(٢) أبو داود، ك. البيوع والإجارات، ب. في الصرف، ر. ٣٣٥٠، ٣/ ٦٤٣ ـ ٦٤٧.

(٣) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري. كان أكبر تلاميذ أبي حنيفة وأفضل معين له. تولّى القضاء لثلاثة من الخلفاء: المهدي والهادي والرشيد من العباسيّين. ولد سنة ١١٣هـ وتوفّي سنة ١٨٣هـ (الحجوي، الفكر السامي، ص ١/ ٤٣٣ ـ ٤٣٥).

(٤) حيدر، درر الحكّام، ص ١/ ٤٠ ـ ٤٢؛ محمصاني، الدعائم الخلقية، الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٧٩هـ، ط. ٢، ص ٣٦٦، وفلسفة التشريع، ص ٢١٣؛ ابن إبراهيم، الاجتهاد وقضايا العصر، ص ٢٦٨؛ المراغي، الاجتهاد، ص ٤٣ وما بعدها؛ الدواليبي، المدخل، ص ٣٣٠ ـ ٣٣٢؛ آلتي قولاج، بين الرؤية البصرية والرؤية الحسابية، ص ٣١؛ دونمز، نظرة جديدة، ص ٣٤.

(٥) البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ٣٢٠؛ ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ص ٢/ ١١٩ ـ ١٢٩.

(٦) أبو داود، ك. البيوع، ب. قول النبي ﷺ المكيال مكيال المدينة، ر. ٣٣٤٠، ص ٣/ ٦٣٣ ـ ٦٣٦.

في الماضي[1]. وبدأ اعتبار العرف دليلاً في الفقه الإسلامي بعد فتوى أبي يوسف في هذا الموضوع[2].

ح ـ أفتى المتأخّرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على الإمامة والأذان والخطبة وتعليم القرآن مع أنها كانت عبادات ولا يصحّ أخذ الأجرة عليها في الأصل. وقد اتّفقت كل المذاهب على ذلك[3]. لكن الأمر يختلف في أجرة تعليم القرآن حيث تجيزه المذاهب إلاّ الحنفية والحنابلة[4]. ولكن إذا طُبّق هذا الحكم ولم تعط لهم الأجرة جاع القائمون على هذه المهام. وإذا اشتغلوا بالاكتساب من تجارة أو صناعة أو زراعة تعطّلت هذه الشعائر. لذا اعتبر الفقهاء أخذ الأجرة لحبس أنفسهم في أماكن محدّدة لا على العبادات التي يؤدّونها. ثانياً كان القائمون على هذه المهام في عصر أبي حنيفة يتقاضون هبات من بيت المال جرياً على عرف الناس حينذاك، لهذا أفتى هؤلاء الأئمّة بأنه لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأعمال. لكن تبدّل العرف وأُلغيت الهبات من بيت المال[5].

ط ـ إذا حلف رجل «لا أركب دابة». وكان في بلد عرفهم لفظ الدّابة

---

(١) الدبّوسي، تأسيس النظر، ص ٧٧؛ الشوكاني، السيل الجرّار المتدفّق على حدائق الأزهار، تحقيق: قاسم غالب أحمد، دار الكتاب المصري، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٢م، ص ٢/ ٢٣؛ ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ٢/ ١١٦؛ الزرقاء: مصطفى، الفقه الإسلامي، ص ٢/ ٨٩١، ٩٠٥، ٩١٠؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.

(٢) أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٢٣٦.

(٣) موسوعة جمال في الفقه، ص ٣/ ٢١٨ ـ ٢٢٠.

(٤) الشوكاني، نيل الأطار، ص ٥/ ٣٢٤.

(٥) الصنعاني: شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن علي بن محمد بن ليمان بن صالح السيانمي الحيمي (١٢٢١)، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٠٧هـ، ط. ١، ص ١/ ٣٨٢ ـ ٣٨٤؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٩٧؛ الزحيلي، أصول الفقه، ص ٦٦٣؛ ابن عابدين، الرسائل (العرف)، ص ٢/ ١٢٣ ـ ١٢٤؛ العربي، المدخل، ص ١٦٨؛ الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ١٤٧؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٨؛ مذكور، مدخل، ص ١٠٦.

الحمار خاصة، يختصّ يمينه به ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجمل»[1]. ويؤيّده ابن حزم. لكنه ليس بالعرف، بل يقول: «لأنها لا تطلق عليها»[2].

وكذلك لو حلف رجل أن لا يأكل لحماً، لم يحنث بأكل السمك وإن سمّاه الله لحماً طرياً[3]. وكذلك لو حلف أن لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سمّاها الله بساطاً[4]، ولا تحت السماء وإن سمّاها الله سقفاً[5] ولا في الشمس وإن سمّاها الله سراجاً[6]، فيُقدّم العرفي على الشرع في جميع ذلك. لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعليق حكم وتكليف[7].

ي ـ إذا اختلف الزوج والزوجة في قبض الصداق بعد الدخول، فإن القول قول الزوج بناء على العادة في بلد ما، من أن الزوج لا يدخل حتى يدفع كامل الصّداق؛ وإن القول قول الزوجة في بلد آخر، بناء على عاداتهم من عدم دفع كامل الصّداق قبل الدخول. فاختلف الحكم تبعاً للعادة بأن جعل القول للزوج تارة والزوجة تارة أخرى. ولا يوجد اختلاف في أصل الدليل الشرعي[8].

---

(١) ابن القيّم، إعلام الموقّعين، ص ٣/ ٤٨؛ ابن رجب: أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (٧٩٥)، دار المعرفة، بيروت، ص ٢٧٤؛ شمس الدين، ابن القيّم، ٣٢٦؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٩؛ زكريا البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٩٨.

(٢) المحلّى، ص ٨/ ٦٢ ـ ٦٣، ٢٧٥.

(٣) قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ البَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ (النحل ١٤).

(٤) قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ بِسَاطاً﴾ (نوح ١٩).

(٥) قال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفاً مَحْفُوظاً وَهُمْ عَنْ آيَاتِنَا مُعْرِضُونَ﴾ (الأنبياء ٣٢).

(٦) قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ القَمَرَ فِيهِنَّ نُوراً وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجاً﴾ (نوح ١٦).

(٧) السيوطي، الأشباه، ص ٨٣ ـ ٨٤؛ البوطي، ضوابط المصلحة، ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦؛ البلقيني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٩.

(٨) القرافي، الإحكام، ص ٦٨؛ الغرياني، الميسّر في أصول الفقه، ص ١٦٩؛ البرديسي، الحكم فيما لا نصّ فيه، ص ٩٨ ـ ٩٩.

المبحث الثالث: الاستصحاب

يُستعمل في اللغة بمعنى المصاحبة أو استمرار الصحبة[1]. وأمّا اصطلاحاً فقد عرّفه الشوكاني بأنه «بقاء الأصل على حكمه ما لم يوجد ما يغيّره»[2]، بمعنى أن ما ثبت في الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل على الظن؛ أي بقاء الحكم نفياً وإثباتاً حتى يقوم دليل على تغيّر الحال. فهذه الاستدامة لا تحتاج إلى دليل إيجابي. بل تستمرّ حتى يقوم دليل مغيّر أو دافع. وإن ذلك مبني على غلبة الظن باستمرار الحال موجبة لاستمرار حكمها. ولذلك لا يعتبر دليلاً قوياً للاستنباط. وإذا عارضه دليل آخر قُدّم عليه[3].

ويعتبره جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية وأكثر الشافعية دليلاً سواء أكان في النفي أم كان في الإثبات. وتقبله الإمامية بعد الفحص عن الأمارات الكاشفة التي تدلّ على وجود حكم معيّن. بينما أكثر الحنفية والمتكلمين[4] فإنّهم يرون أنه ليس بحجّة

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة «استصحب»، ص ١/ ٥٢٠.

(٢) إرشاد الفحول، ص ٢٢٠.

(٣) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠٣؛ الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٣١ ـ ١٣٣.

(٤) أوّل من دوّن في بحوث علم أصول الفقه وقواعده مجموعة مستقلّة هو الإمام الشافعي (٢٠٤). ثم تتابع العلماء من بعده في التأليف والتكميل والتنسيق، فكان لهم في ذلك طريقتان:

أ ـ **طريقة المتكلّمين أو الشافعية**: وهم الجمهور. وكان يهتمّ أصحابها بتحرير المسائل وتقرير القواعد وإقامة الأدلّة عليها، ويميل إلى الاستدلال العقلي ما أمكن مجرّدين للمسائل الأصولية عن الفروع الفقهية. وهذا المنهج يشبه منهج علماء الكلام. ومثالها المستصفى للغزالي (٥٠٥) والمحصول للرازي (٦٠٦) والإحكام للآمدي (٦٣١).

ب ـ **طريقة الفقهاء أو الحنفية**: وهي تحقيق القواعد على ضوء ما نقل عن الأئمة من الفروع. فإذا وجدوا من القواعد ما لا يتّسع لبعض الفروع تصرّفوا فيه، ومثاله الأصول للبزدوي (٤٨٣) والمنار للنسفي (٧٩٠).

وهناك من العلماء من جمع بين الطريقتين، فعُني بتحقيق القواعد وإقامة البرهان عليها كما عني بربطها بالفروع الفقهية. ومثاله تنقيح الفصول لصدر الشريعة الحنفي (٧٤٧)

مطلقاً[1]. قال ابن حزم في هذا الموضوع: «إن ما ثبت بيقين لا يزول إلاّ بيقين مثله»[2]. فقد تقع حادثة لا يوجد فيها نصّ ولا دلالة لقياس أو مصلحة مرسلة فيعمد حينئذ إلى العمل بالاستصحاب الذي هو الإباحة الأصلية في الأشياء، فيحكم بإباحتها. وخرجت قاعدة فقهية من هذا الأصل، وهي: «يعمل في الأشياء باستصحاب الأصل»[3]. لذلك هو مصدر واسع بنى عليه الأصوليّون كثيراً من الأحكام. لكن لمّا كثر عموم الشيء وشموله تكثر مخصّصاته. وما كثرت مخصّصاته ضعفت دلالته[4].

لا تهتمّ الظاهرية والحنابلة والشافعية بالرأي بخلاف الحنفية والمالكية. لذلك كثر الحكم بالاستصحاب بين المذاهب الثلاثة الأولى بالمقارنة بالمذهبين الأخيرين. إذن هو يقابل الرأي ويشير إلى وُسْع الاستصحاب[5]. لكنه ليس من الأدلّة التي تتغيّر الأحكام بها. لذلك لا نستطيع أن نذكر الأمثلة فيه. وسبب ذكري له هنا هو: استعماله الكثير في الشريعة الإسلامية. لكنني لو ذكرت تغيّر الأحكام المستندة إلى الاستصحاب، ستأخذ وقتاً طويلاً بسبب كثرتها. لأن منطقة المباح واسعة وتتغيّر أحكامها دائماً حسب الأدلّة الشرعية، ولا داعي لذكرها.

وجمع الجوامع لتاج الدين السّبكي (٨٦١).

ويختلف الشاطبي (٧٨٠) في بيانه مقاصد الشارع في الموافقات عن الطرق الثلاثة والشوكاني (١٢٥٥) بإرشاد الفحول بسبب الإيجاز والجمع (هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، ص ١٣ وما بعدها؛ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ص ٦ ـ ٧).

(١) الرازي، المحصول، ص ٦/ ١٠٩؛ مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٣١٠ ـ ٣١١.

(٢) الإحكام، ص ٥/ ٥٩٠؛ الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، ص ٥٢٦؛ الرزقي، عامل الزمن، ص ١٠١؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٩٦، ٣٠٣.

(٣) كاتب جلبي، كشف الظنون، ص ٤/ ٢٨٤؛ الندوي، القواعد الفقهية، ص ٢٢٧.

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ٤٠٣؛ الحنبلي: شاكر، أصول الفقه، ص ٢٩؛ الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٣٢ ـ ١٣٣.

(٥) أردوغان، تغيّر الأحكام، ص ٥٩ ـ ٦٠.

المبحث الرابع: شرع من قبلنا

إن الشرائع السماوية واحدة في أصلها. قال الله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ وَمَا وَصَّيۡنَا بِهِۦٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓۖ أَنۡ أَقِيمُواْ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُواْ فِيهِۚ﴾[1]، فهي واحدة في لبّها. وهذه الآية صريحة في ذلك وهذا ما أجمع عليه العلماء[2]. وما اختلفت الأحكام إلاّ فيما يختلف باختلاف الأزمان. وهي الأحكام العملية[3]، كما صرّح به القرآن بقوله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلۡنَا مِنكُمۡ شِرۡعَةً وَمِنۡهَاجًاۚ﴾[4].

ولا بدّ من ذكر أمور ثلاثة في هذا المقام:

١ ـ إن أحكام من قبلنا لا تُعرف من غير المصادر الإسلامية.

٢ ـ إن ما ثبت بالدليل الشرعي على أنه نسخ فإنّه لا يؤخذ به.

٣ ـ إن ما ثبت بالدليل الشرعي أنه موجود في الشريعة الإسلامية كما كان في الشرائع السابقة هو نصّ يُعمل به[5].

وأما موضع النظر والخلاف بين الفقهاء فهو ما جاءت به المصادر الإسلامية على أنه كان موجوداً في الشرائع السابقة ولم يوجد دليل على بقائه ولا إنهائه من سياق النص نفسه[6]. يقول الحجوي في ذلك: «إن الشريعة الإسلامية مستقلّة لم يدخلها الاقتباس ولا الأخذ من الشرائع قبلها أصلاً سوى ما قضى الله في كتابه وأمر نبيّه ﷺ بأخذه»[7]. لكن يختلف قول الشاطبي عن ذلك فهو يرى أن: «شرع من قبلنا هو شرع لنا إلاّ أن يردَ ناسخ»[8] «بشرط أن يكون

---

(١) الشورى، ١٣.

(٢) منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، ص ٤٦؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٠٥.

(٣) شلبي: مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه، ص ٢٣.

(٤) المائدة، ٤٨.

(٥) مدكور، مناهج الاجتهاد، ص ٢٢٨ ـ ٢٣٠؛ أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٠٦.

(٦) أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٠٨.

(٧) الفكر السامي، ص ١/ ١١ وما بعدها؛ بلتاجي، مناهج التشريع، ص ٢/ ٨٧٢.

(٨) الموافقات، ص ٢/ ٢٠٥.

بعيداً عن التحريف والتبديل»[1]، بمعنى الرأي الثاني: أن شرع من قبلنا جزء من الاستصحاب[2].

لا يمكن أن يكون شرع من قبلنا دليلاً على تغيّر الأحكام الشرعية الإسلامية. لأنه ثابت على حاله. لكن يمكن أن نذكر بعض الأحكام التي تغيّرت من الشرائع السماوية السابقة للإسلام:

١ ـ كانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات. ثم بمرور الزمن ضعف التحمّل ولم يعد الناس قادرين على مثل تلك المشاق. لذلك أزيلت أمثال هذه الأحكام. وأصبحت توبة الإنسان مقتصرة على مجرّد الندم والإقلاع عن الفعل والعزم على عدم الرجوع إليه. وأصبحت إزالة النجاسة بغسلها. . . إلخ[3].

٢ ـ في بداية الخليقة أباح الله النكاح بين الإخوة لقلّة الذرّية. وبقي ذلك إلى أن حصل الاتّساع وكثرت الذرية، فحُرِّم في زمن بني إسرائيل[4].

---

(١) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤٠.

(٢) الفاسي، مقاصد الشريعة، ص ١٣٥.

(٣) المحلي: جلال الدين ـ السيوطي: جلال الدين، تفسير الجلالين، دار الجيل، بيروت، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م، ص ٤٩؛ الزرقاء: أحمد، شرح القواعد الفقهية، تصحيح: عبد الستار أبو غدّة، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ط. ١، ص ١٧٤؛ الرزقي، عامل الزمن، ص ٩٤ـ ٩٥.

(٤) الزرقاء: أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ١٧٤؛ الرزقي، عامل الزمن، ص ٩٤ ـ ٩٥.