

AMERICAN UNIV. IN CAIRO LIBRARY



3 8534 00970 8581



FROM THE
LIBRARY OF
THE
AMERICAN UNIVERSITY
IN
CAIRO

من مكتبة
الجامعة الامريكية بالقاهرة

مكتبة دار الفنون

الطبعة الأولى ١٩٥٠ م

مكتبة دار الفنون

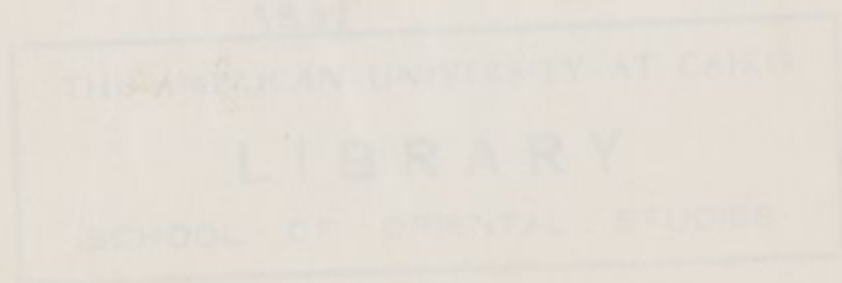
الطبعة الأولى ١٩٥٠ م

K

Khallāf, Abd al-Wahhāb

Maṣādir al-tashrī' al-Islāmī

مصادر التشريع الاسلامي
فيما لا نص فيه



رَبُّكَ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ
لَا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ
لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ
مَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ
يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَ أَسْفَلَ بَاطِنِ
لَهُ الْفَتْحُ وَالْكَرْمُ

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

1918

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

جَامِعَةُ الدُّوَلِ الْعَرَبِيَّةِ
مَعْدَةُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ التَّشْرِيعِ الْإِسْلَامِيِّ
فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ

Khallāt, 'Abd al-Wahhāb

Maṣādir al-tashrī' al-Is'lāmī

محاضرات

ألقاها

الأستاذ

عبد الوهاب خلدون

[على طلبه قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٤

THE AMERICAN UNIVERSITY AT CAIRO
LIBRARY
SCHOOL OF ORIENTAL STUDIES

١٩٥٥

KBL
KBP
450
K53
1955

C.1

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
تَبَارَكَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْإِنشَاءَ

1150
1151
1152
1153
1154
1155
1156
1157
1158
1159
1160

وَالَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْفِتْنَةَ
مِنْ دُونِهَا لِيَبْلُوَكُمْ
فِي مَا جَعَلَ لَكُمُ الْإِنشَاءَ

تَابِعُوا

لَعَلَّكُمْ

تَتَّقُوا

شَهَادَةُ شَيْخِ الْإِسْلَامِ

[تَبَارَكَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْإِنشَاءَ]

1151

THE AMERICAN UNIVERSITY AT CARGO
LIBRARY
SCHOOL OF ORIENTAL STUDIES

٢١٦
٨
٣٦٤٥٩

مطابع دار الكتاب العربي بمصر
محمد حلمي المنياوي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ميسر الصعاب وملهم الصواب والصلاة والسلام على رسول الله محمد
ابن عبد الله خاتم النبيين ورحمة العالمين .

أما بعد : فهذه خلاصة محاضراتي بمعهد الدراسات العربية العليا في سنتي ١٩٥٣م ،
١٩٥٤ م ، وموضوعها - مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه -

وقد عنيت بإيضاح هذه المصادر . وتذليل صعابها ، وتسهيل الانتفاع بها . وبدأت
البحث فيها بمقدمة بينت فيها المراد من الاجتهاد بالرأى في التشريع الإسلامي ،
والوقائع التي فيها مجال للاجتهاد بالرأى ، ومن الذين لهم الاجتهاد بالرأى ، ونشرت
في بحث الاستصلاح رسالة الطوفي في رعاية المصلحة بنصها محققة محررة .

وختمت البحث فيها بخاتمة بينت فيها نواحي الرونة والخصوبة في مصادر
التشريع الإسلامي كلها .

وأهم الأغراض التي أهدف إليها ثلاثة :

أولها : أن أحكام الفقه الإسلامي لم تقف عند الأحكام التي وردت بها النصوص
التشريعية في القرآن والسنة . ولا عند الأحكام التي استنبطها الأئمة المجتهدون السابقون .
بل إن لها مميئاً لا ينضب ومداداً لا ينفد . وهو الطرق التي مهدها الشرع الإسلامي
للاستنباط والتقنين لكل ما يحدث من الوقائع ولا نص فيه .

وثانيها : أن المصادر التشريعية التي أرشد الشرع الإسلامي إلى استنباط
الأحكام بها فيما يحدث من الوقائع مصادر مرنة ، وخصبة وصالحة لأن تسير مصالح
الناس وتطورات البيئات لو فهمت على الوجه الصحيح الذي يوصل إلى ما قصده
الشارع بتمهيدها . وتولى الاستنباط بها جمع من ذوى المؤهلات البعيدين عن
الأهواء والشهوات . الذين يهدفون إلى تحقيق مصالح الناس وتبرئة الفقه الإسلامي
من تهمة الجود والقصور .

وثالثها : أن المصلحين المعنيين بربط الدول العربية بعدة وحدات تقرب بينهم وتجعلهم كأمة واحدة لو اتخذوا الفقه الإسلامي أساساً لوحدهم القانونية لوجدوا من أحكامه التي وردت بها النصوص ، وأحكامه التي استنبطها المجتهدون ، ومصادره التشريعية الخصبه أساساً قويمة لتحقيق هذه الوحدة وسن القوانين التي تلائم البيئات العربية على اختلافها ، وكانت قوانين الدول العربية من شجرة واحدة ومعين واحد وكانت أقوى دعامة لوحدهم .

وأسأل الله أن يمدنا بتوفيقه ومعاونته ، وأن يحقق ما نرجوه ، ويبلغنا ما نقصده .

عبد الوهاب خروف

المقدمة في الموضوعات الآتية

- ١ - المراد من الاجتهاد بالرأى .
- ٢ - أنواع الوقائع من حيث الاجتهاد في أحكامها .
- ٣ - أنواع الأحكام من حيث مصادرهما .
- ٤ - من الذين لهم الاجتهاد بالرأى .

ما المراد من الاجتهاد بالرأى ؟

المراد بالاجتهاد في اصطلاح علماء الأصول هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي العملي من دليله التفصيلي . والمراد بالرأى في اصطلاحهم التعقل والتفكير بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لا نص .

فالاجتهاد بالرأى هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير واستخدام الوسائل التي هدى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لا نص فيه .

فالاجتهاد في واقعة فيها نص ظني الدلالة لتعيين المراد من النص لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهاداً بالرأى ، والاجتهاد في واقعة لا نص فيها بغير الوسائل التي أرشد إليها الشرع لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهاداً بالرأى . فالرأى الذي هو أساس الاجتهاد فيما لا نص فيه هو التفكير بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع لأنها أقرب إلى الصواب وأبعد عن الزلل وتهدف إلى المصالح العامة الحقيقية . وهذا هو الرأي المحمود وهو المراد في قول معاذ بن جبل حين سأله رسول الله وقد ولاء القضاء باليمن : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال معاذ أقضى بكتاب الله فإن لم أجد فبسنة رسول الله فإن لم أجد أجتهد رأيي . وهو المراد بقول أبي بكر وقد سئل عن معنى الكلالة في قوله سبحانه « وإن كان رجل يورث كلالة » قال : أقول فيها برأى فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمني : الكلالة قرابة غير الولد والوالد .

وأما الرأي ، أي التفكير بغير الطرق التي مهدها الشرع ، فهذا في الغالب يكون

تفكيراً بالهوى وقريباً من الزلل ، وهذا هو الرأى المذموم وهو المراد بقول عمر :
إياكم وأصحاب الرأى ، وبقول كثير من الصحابة : من قال فى الشرع برأيه فقد
ضل وأضل .

ومن هذا يتبين أن الاجتهاد بالرأى نوع من أنواع الاجتهاد العام ، لأن الاجتهاد
العام يشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص الظنى الدلالة . ويشمل
بذل الجهد للتوصل إلى الحكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية . ويشمل بذل الجهد
للتوصل إلى الحكم فيما لا نص فيه بالقياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو غير
هذا من الوسائل التى أرشد الشرع إليها للاستنباط فيما لا نص فيه .

ما أنواع الوقائع من حيث الاجتهاد فى أحكامها ؟

مما لا يعرف فيه خلاف بين جمهور المسلمين أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى ،
وأن له حكماً فى كل ما يحدث للمسلم من الوقائع .

غير أنه سبحانه لحكمة بالغة لم ينص على كل أحكامه فى مواد قانونية جامعة ،
بل نص على أحكام بعض الوقائع بنصوص فى القرآن أو على لسان رسوله ، وسكت
عن النص على أحكام أكثر الوقائع ولكنه نصب أمارات عليها ومهد طرقاً توصل
إليها ليتوصل إليها المجتهدون وأهل الذكر باجتهادهم وتفكيرهم .

والواقعة التى دل على حكمها نص قطعى فى وروده وقطعى فى دلالة ، بمعنى أنه
لا مجال للعقل أن يدرك منه إلا حكماً بعينه ، لاسماع للاجتهاد فيها والواجب اتباع
حكم النص فيها بعينه .

فلا مجال للاجتهاد فى أن إقامة الصلاة فريضة ولا فى فروض أصحاب الفروض من
الورثة . ولهذا اشتهر قول الأصوليين « لاسماع للاجتهاد فيما فيه نص قطعى صريح » .

والواقعة التى دل على حكمها نص ظنى الدلالة بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على
حكمين أو أكثر وللعقل مجال لأن يدرك منه أى الحكمين ، أو الأحكام فيها مجال
للاجتهاد ولكنه اجتهد فى حدود فهم المراد من النص وترجيح أحد معانيه
أو معانيه . وعلى المجتهد أن يبذل جهده فى هذا الترجيح بالاجتهاد بالأصول اللغوية

والتشريعة وما يصل إليه باجتهاده عليه العمل به ؛ مثلاً قوله تعالى في آية الوضوء « وامسحوا برءوسكم » يحتمل أن تكون الباء للالصاق فالمفروض مسح الرأس كله ، وأن تكون الباء للتبويض فالمفروض مسح بعض الرأس لا كله . وقوله عليه السلام « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » يحتمل أن يكون المراد بالتفرق تفرق الأبدان فيثبت خيار المجلس . وأن يكون المراد تفرق الأقوال أى الإيجاب والقبول فلا يثبت خيار المجلس .

والواقعة التي مادل على حكمها نص أصلاً وانفق المجتهدون على حكم فيها في عصر من المصنوع لا مجال للاجتهاد فيها .

والواقعة التي مادل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هي مجال الاجتهاد بالرأى . وهي في كل زمن وفي أية بيئة مجال للاجتهاد من أهل الاجتهاد ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق . وقد كان أهل الفتيا من الصحابة والتابعين وتابعيهم والأئمة المجتهدين يفتي بعضهم في هذه الوقائع بخلاف ما يفتي به الآخر ، وما اعترض مجتهد منهم على مخالفه لأنه خالفه . والسبب في هذا أنه ما دام لانص على حكم الواقعة فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم الأمارات وطرق الاستنباط ، والاهتداء بهذه الطرق والأمارات يختلف باختلاف عقول الباحثين وباختلاف ما يحيط بهم من أحوال وملابسات . وليس أدل على هذا من أن القياس وهو أول طرق هذا الاستنباط أساسه تعليل حكم النص ، ومدار تعليل حكم النص على إدراك المصلحة التي شرع لأجلها الحكم والوصف الذي بنى عليه باعتبار أنه مظنة هذه المصلحة ، وتقدير المصالح ومظاهرها مما تختلف فيه العقول ومما يتأثر فيه بالبيئة ؛ فأبو حنيفة يقدر أن المصلحة في ثبوت الولاية على تزويج البكر الصغيرة هو دفع الضرر عن القاصر عقلها ومظنة هذا الصغر ، ولهذا يقيس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة ، والشافعي يقدر أن المصلحة في ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة هو دفع الضرر عن الجاهلة بأمور الزوجية ومظنة هذا البكارة ، ولهذا يقيس على البكر الصغيرة البكر الكبيرة . ومن أن ثاني طرق هذا الاستنباط وهو الاستصلاح أساسه أن لا ضرر ولا ضرار وتقدير الضرر والنفع يختلف باختلاف العقول والبيئات ورب ضار

في زمن غير ضار في آخر ورب نافع في أمة ضار في أخرى ، وكثيراً ما عبر المجتهدون بالرأى عن اختلافهم بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان - ومما تقدم يتبين أن الاجتهاد بالرأى لا ينشئ حكماً وضعياً من عند المجتهد وإنما يكشف عن الحكم الشرعي الذي نصب الشرع أمارات عليه ومهد الطرق للوصول إليه .

ما أنواع الأحكام من حيث مصادرها :

وينتج مما تقدم أن أحكام الفقه الإسلامي من حيث مصادرها أنواع أربعة :

النوع الأول : أحكام مصادرها نصوص صريحة قطعية في ثبوتها وقطعية في دلالتها على أحكامها وهذه أحكام لازمة وعلى كل مسلم اتباعها ولا يجوز أن يختلف المسلمون فيها ولا أن يقنعوا بما يخالفها ، كافتراض الصلاة والزكاة والصيام والحج . وكإيجاب الإيفاء بالعقود واشتراط التراضي في البيوع . قال الإمام الشافعي في رسالته - إذا كان لله في الواقعة حكم بعينه فعلى كل مسلم اتباعه - فآية القرآن الصريحة القطعية الدلالة ، والسنة المتواترة القطعية الدلالة يجب اتباع حكمهما دائماً .

النوع الثاني : أحكام مصادرها نصوص ظنية في الدلالة على أحكامها . وهذه فيها مجال للاجتهاد لكن في حدود تفهم النص ولا يخرج عن دأريته . وعلى المجتهدين أن يرجحوا باجتهادهم أن الحكم الذي يدل عليه النص هو ثبوت الخيار للمقبايين في المجلس أو عدم ثبوته ، وافترض مسح الرأس كله في الوضوء أو بعضه . وتحريم الذبيحة لمجرد ترك اسم الله عليها عمداً أولد كر اسم غير الله عليها ، وما يرجح للمجتهد يكون هو حكم الله في الواقعة على غلبة ظنه وعليه أن يعمل به وعلى من يستفتيه أن يتابعه في العمل به ، ويجوز التقنين للأمة بمجموعة من هذه الأحكام التي لا تخرج عن حدود النصوص الظنية الدلالة . ويجوز أن يكون الحكم في بلد إسلامي أن عدة المطلقة ثلاثة أطهار ، وفي بلد آخر أن عدة المطلقة ثلاث حيضات ، والله الحكمة في أنه صاغ النص محتملاً للدلالة على أكثر من حكم .

النوع الثالث : أحكام لم تدل عليها نصوص لا قطعية ولا ظنية ، ولكن انعقد عليها إجماع المجتهدين في عصر من العصور كتوريث الجدات السدس ، ومنع توريث

ابن الابن مع وجود الابن ، وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم ، وهذه لاجمال للاجتهاد فيها ويجب على المسلم أن يعمل بها لأن المجتهدين إذا أجمعوا على حكم فهو حكم الأمة والأمة لا تجتمع على ضلالة ، ولأنهم أولو الأمر التشريعي والله أمر بإطاعة أولى الأمر من المسلمين . ولكن يجب التحقق من أن الحكم انعقد عليه إجماع المجتهدين في عصر من العصور ولا يكفي مجرد ادعاء هذا الإجماع .

النوع الرابع : أحكام لم تدل عليها نصوص لقطعية ولا ظنية ولم ينعقد إجماع عليها من المجتهدين في عصر من العصور كأكثر الأحكام الفقهية التي زخرت بها كتب فقه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الإمامية . فهذه الأحكام ما هي إلا استنباطات لأفراد من المجتهدين استنبطوها حسب ما وصلت إليه عقولهم وما أحاط بهم من الظروف والأحوال والملاسات ، وليست أحكاماً لازمة لوقائعها . فيجوز لأهل الاجتهاد في عصرهم وبعد عصرهم أن يخالفوه في استنباطهم كما جاز للمجتهدين المتعاصرين أن يخالف بعضهم بعضاً وكما جاز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد لاحق . فالمجتهد برأيه في واقعة ليس قوله حجة ملزمة لسكافة المسلمين ولا يجب على المسلمين اتباعه في كل بلد وكل عصر ، وإنما قوله حجة ملزمة له هو باعتبار أنه هو الحكم الشرعي على غلبة ظنه مادام باقياً على اجتهاده ، وحجة على من يستفتيه لأن مذهب المستفتي هو مذهب مفتيه . فالحجة على كافة المسلمين هو كتاب الله ، والتواتر من سنة المعصوم ، وما قال المجتهدون لا يختلفون فيه . لقي عمر بن الخطاب رجلاً فسأله من أين جئت ؟ فقال الرجل جئت من عند علي وقد قضى بيننا بكذا في خصومة هي كذا ، فقال لو كنت أنا الذي يقضى فيها لقضيت فيها بخلاف هذا القضاء ، فقال الرجل لعمر وما يمنعك وأنت أمير المؤمنين ؟ قال عمر لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت ولكني أردك إلى رأيي والرأي مشترك . وقال أبو حنيفة عن خطبه في اجتهاده « إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات . فإذا لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع من شئت ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم . فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم

والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب في أن أجتهد كما اجتهدوا». وروى أن مالك بن أنس كان كثيراً ما يردد هذه العبارة : ما منّا إلا مصيب ومخطيء . عدا المعصوم صاحب هذا القبر ويشير إلى قبر الرسول : ومما اشتهر عن الشافعي قوله « إذا صح الحديث فهو مذهبي واضربوا بقولي عرض الحائط » .

من الذين لهم الاجتهاد بالرأى :

الذين لهم الاجتهاد بالرأى هم الجماعة التشريعية الذين توافرت في كل واحد منهم المؤهلات الاجتهادية التي قررها علماء الشرع الإسلامي ، فلا يسوغ الاجتهاد بالرأى لفرد مهما أوتي من المواهب ، واستكمل من المؤهلات ، لأن التاريخ أثبت أن الفوضى التشريعية في الفقه الإسلامي كان من أكبر أسبابها الاجتهاد الفردي ، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأى لجماعة إلا إذا توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته ، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأى لجماعة توافرت في كل فرد من أفرادها شروط الاجتهاد ومؤهلاته إلا بالطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأى والاستنباط فيما لا نص فيه . فباجتهاد الجماعة التشريعية المتوافرة في أفرادها شرائط الاجتهاد تنفي الفوضى التشريعية وتشعب الاختلافات ، وباستخدام الطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأى يؤمن الشطط ويسار على سنن الشارع في تشريعه وتقنينه .

أما شرائط الاجتهاد ومؤهلاته الواجب توافرها في كل فرد فقد فصلتها في كتابي « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » ، وهذه خلاصتها :

١ - بما أن أول مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو القرآن ، فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يكون على علم تام بالقرآن ، والمراد بهذا أن يكون على علم تام بأحكام القرآن والأصول التشريعية العامة التي قررها ، فالعلم التام بتشريع القرآن الجزئي والسكلي هو أول المؤهلات للاجتهاد ، ولا يلزم للاجتهاد في الأحكام العملية أن يكون على علم تام بجميع ما في القرآن من قصص وأخلاق وغيرها بل الواجب أن يكون على علم تام بالتشريع العملي في القرآن جزئياته وكلياته أي أنه يكون على علم تام بآيات الأحكام في القرآن ، وآيات الأحكام في القرآن نحو خمسمائة آية على ما ذكره الغزالي وأكثرها في العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والذنوب

والإيمان . وليست آيات كل نوع متصلا بعضها ببعض ولا مجموعة في سورة واحدة بل الآيات الخاصة بالفرع القانوني الواحد مفرقة في عدة سور لأنها ما أوحى بها إلى الرسول جملة واحدة وإنما أوحى بها إليه مفرقة حسب الوقائع ودونت كل آية حسب مناسبتها .

فليست آيات المجموعة المدنية في سورة واحدة . وليست آيات العقوبات في موضع واحد . وقد عني بعض المفسرين بآيات الأحكام فمنهم من أفردوها بتفسير خاص . ومنهم من جمع آيات كل نوع وضم بعضها إلى بعض وفسرها . وآيات الأحكام في القرآن هي التي تكون فقه القرآن .

وأول واجب على من يستأهل للاجتهاد أن يحصى آيات الأحكام في القرآن ويجمع آيات كل نوع منها بحيث يكون بين يديه كل آيات القرآن في الطلاق . وكل آياته في الارث . وكل آياته في البيع . وكل آياته في العقوبات وهكذا . ثم يدرس هذه الآيات دراسة عميقة ويقف على أسباب نزولها وعلى ماورد في تفسيرها من السنة ومن آثار الصحابة أو التابعين وعلى ما فسر بها المفسرون ويقف على ما تدل عليه نصوصها وما تدل عليه ظواهرها وعلى المحكم منها والمنسوخ وما نسخته . فإذا درس هذه الآيات التشريعية حق درسها استطاع إذا عرضت له واقعة أن يبين عن علم ما حكم به القرآن في الواقعة بنص من نصوصه أو بظاهر من ظواهره واستطاع أن يحكم عن علم بأن القرآن لم يدل على حكم هذه الواقعة لا بنص من نصوصه ولا بظاهر من ظواهره .

٢ - وما أن ثانی مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو السنة فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يكون على علم تام بالسنة ، والمراد بهذا أن يكون على علم تام بالسنن التشريعية العملية القولية والفعلية والتقريرية أي بما صدر عن الرسول من التشريع جزئياته وكلياته . وقد عني علماء الحديث بالسنة عناية تامة يسرت السبيل لمن يريد العلم بها . فأولا ميزوا بين المتواتر منها وبين الآحاد ، وميزوا بين الصحيح والحسن والضعيف ، وصار العالم غير محتاج إلى بذل جهد في سند الحديث للوقوف على مرتبته . فكل حديث من الميسور معرفة أنه متواتر أو غير مواتر ، وصحيح ، أو حسن ، أو ضعيف ، وثانياً رتبوا الأحاديث على أبواب الفقه وجمعوا أحاديث كل نوع في باب

على حدة فأحاديث البيع في باب البيع وكذا أحاديث الرهن والربا والسرقة والزنا والقذف وكل فرع من فروع العبادات والمعاملات والعقوبات أو غيرها . وثالثاً عمد بعض العلماء إلى كتب السنن الصحيح الستة وهي صحاح البخاري ومسلم وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وجمعوا ما فيها بحيث يستطيع الباحث أن يقف على ما في هذه الصحيح كلها في البيع وما فيها كلها في الإجارة وهكذا ، فمن رجع إلى كتاب جامع لهذه الكتب الستة مثل كتاب التاج الجامع للأصول الستة ورجع معها إلى كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس وكتاب منتهى الأخبار لابن تيمية وشرحه نيل الأوطار للشوكاني ترجح عنده أنه لم تغب عنه سنة تشريعية في الواقعة التي يبحث فيها ، وأمكنه أن يحكم عن علم بأن الواقعة التي عرضت دل على حكمها نص في السنة أو ظاهر من ظواهرها أو لم يدل حكمها من السنة نص ولا ظاهر .

وإذا وقف على نص في السنة بحث عن سبب ورود هذا النص وهل هو محكم أو منسوخ وما ناسخه وهل يعارضه نص آخر أولاً يعارضه نص . وإذا وقف على ظاهر فيها بحث أيضاً عن سبب ورودها وهل هو محكم أو منسوخ وهل هو معارض أو غير معارض ، وهل هو على ظاهره أو مؤول ومادليل تاويله ؟ وعلى ضوء هذه البحوث يستدل على حكم الواقعة من السنة إذا وجد .

٣ - وبما أن ثالث مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو ما أجمع عليه مجتهدو المسلمين في عصر من العصور فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يكون على علم بمذاهب المجتهدين السابقين حتى يعرف ما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه ووجهات نظرهم فيما اختلفوا فيه فإن وجد في الواقعة حكماً أجمع عليه المجتهدون في عصر من العصور التي سبقته أمضاء ، فكما أنه لا مساع للاجتهاد فما فيه نص صريح لا مساع للاجتهاد فيما انعمد على حكمه إجماع المجتهدين ، والظاهر أنه يكفي أن ينتج البحث الدقيق الذي بذل فيه أقصى الجهد أن هذا الحكم في الواقعة لا يعرف فيه خلاف بين المجتهدين السابقين فيحكم به ولا يفتى بخلافه أي أنه يكفي أنه لم يعرف خلاف بين الصحابة في توريث الجدات السدس . وأما إذا اشترطنا للاحتجاج بالإجماع التحقق من أن جميع المجتهدين في عصر على اختلاف بلادهم ومذاهبهم

قد اتفقوا على حكم الواقعة فهذا لا سبيل إليه ويؤدي إلى أن يكون هذا الإجماع مصدرا فرضيا .

٤ - وبما أن رابع مصدر يرجع إليه في الاجتهاد هو القياس فيجب على من يستأهل للاجتهاد أن يعرف حقيقة القياس وأركانه والشروط الواجب توافرها في كل ركن وخاصة شروط العلة ومسالكها وقوادحها وهذا يوجب عليه أن يدرس علم أصول الفقه دراسة دقيقة شاملة وأن يعرف المبادئ التشريعية العامة التي بنيت عليها الأحكام والمقاصد العامة التي قصدت بها وأن يعرف علل الأحكام التي دلت عليها النصوص وعلل الأحكام التي تؤخذ من القواعد الكلية . وبهذا تتكون عنده ملكة تشريعية يقتدر بها على استنباط الأحكام وفهم روح التشريع الإسلامي وقياس مالا نص فيه على ما فيه نص أو الاستدلال على حكمه بأية أمانة من الأمارات التي اعتبرها الشارع للدلالة على أحكامه .

والوسيلة لفهم ما تدل عليه النصوص التشريعية في القرآن والسنة فهما صحيحاً هي العلم باللسان العربي ، فعلى من يستأهل للاجتهاد أن يكثر قراءة آداب العرب من منشور ومنظوم ، وأن يدرس المبادئ اللغوية العربية التي توصل إليها العلماء من استقراء أساليب العرب وطرق دلالة ألفاظهم وعباراتهم على المعاني وأن يكون له من هذا ملكة عربية سليمة يقتدر بها على فهم النصوص العربية وإزالة غموض ما فيه خفاء منها .

والوسيلة لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه بواسطة القياس أو بواسطة غيره من الأمارات الشرعية العلم بالمصالح العامة التي قصدها الشارع بالتشريع والعلم بأحوال البيئة وما تقتضيه من مصالح حتى لا ينبو التشريع عن مصالح الناس .

٥ - وبما أن سياج هذه المؤهلات هو خلق المجتهد ودينه وضميره فيجب أن يكون عدلاً أي كاملاً في دينه وخلقه لا يرتكب كبيرة ولا يصر على صغيرة ولا ينجس في الحق لومة لائم ، ولا بأس ذي سلطان ، ولا يبغي إلا المصالح الحقيقية العامة فإذا اختيرت جماعة متوافرة فهم هذه المؤهلات وضمت إليهم جماعة من العدول ذاولي العلم بشؤون الدنيا من قانونية واقتصادية وتجارية واجتماعية وصحية وغيرها تكونت من هاتين الجماعتين جمعية تشريعية فيها الأهلية للاجتهاد بالرأى .

الطريق الأول القياس

- ١ - تعريفه .
- ٢ - أمثله .
- ٣ - بعض نتائج من تعريفه وأمثله .
- ٤ - حجته .
- ٥ - تعليل الأحكام وشرائط العلة وأنواعها ومساالكها .

١ - تعريفه :

القياس هو أول طريق يلجأ إليه المجتهد لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه وهو أوضح طرق الاستنباط وأقواها ، والقياس معناه في اللغة التسوية يقال فلان لا يقاس بفلان أى لا يسوى به ، والقياس في اصطلاح الأصوليين تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذى ورد به النص لتساوى الواقعتين في علة هذا الحكم .

وتوضيح هذا أن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشرع التى وردت بها النصوص لم تشرع عبثاً وإنما شرعت لتحقيق مصالح العباد . فإذا كانت هذه الأحكام مما لا سبيل للعقل إلى إدراك المصالح التفصيلية التى شرعت لتحقيقها كأحكام العبادات فهذه أحكام تعبدية ، وعلى المكلف أن ينفذها كما وردت بها النصوص ، ولا يتجاوز بها وقائع نصوصها . وإذا كانت هذه الأحكام مما للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التى شرعت لتحقيقها والعلل التى نيت عليها لأنها مظان تلك المصالح ، فعلى المكلفين أن ينفذوها في وقائع نصوصها ، وعلى المجتهدين أن يتعرفوا المصلحة التى قصدها الشارع من الحكم والعلة الظاهرة التى ربط الشارع الحكم بها ، لأن في هذا الربط تحقيق تلك المصلحة . حتى إذا عرضت لهم واقعة غير واقعة النص وتبين لهم أن تلك العلة متحققة فيها حكموا فيها بحكم واقعة النص لتحقيق المصلحة التى قصدها الشارع . مثلاً ورد في الحديث « لا يرث القاتل » دل هذا الحديث على حكم

وهو المنع من الإرث في واقعة وهي الوارث القاتل لمورثه . فإذا وصل المجتهد باجتهاده إلى أن المصلحة التي قصدها الشارع بهذا الحكم هي منع الإنسان من أن يتمجّل الشيء قبل أوانه وحرمان المجرم من أن يستفيد من إجرامه ووصل إلى أن العلة الظاهرة التي ربط الشارع بها الحكم هي القتل لأن في ربط المنع بالقتل تحقيق تلك المصلحة ، ثم عرضت له واقعة الموصى له القاتل للموصى . والموقوف عليه القاتل للواقف . ورأى أن الحكم فيهما بما حكم به في الوارث القاتل يحقق مصلحة الشارع سوى الموصى له القاتل للموصى ، والموقوف عليه القاتل للواقف بالوارث القاتل للمورث في الحكم لتساويهم في علة ويكفون منع الوارث القاتل للمورث من الإرث بالنص ومنع الموصى له القاتل للموصى من الوصية ومنع الموقوف عليه القاتل للواقف من الاستحقاق في الوقف بالقياس .

ومن هذا يتبين أن عملية القياس تبدى باستخراج علة حكم الواقعة التي ورد النص بحكمها . وهذا يسمى تخريج المناط^(١) . ثم يليه البحث في تحقيق هذه العلة في الواقعة التي لم يرد نص بحكمها . وهذا يسمى تحقيق المناط . ثم يلي هذا الحكم بأن الواقعتين متساويتان في العلة ، وتبنى على هذا تسوية الواقعتين في الحكم وهذا هو المقصود من القياس . فالواقعتان أمران معلومان لأنهما حادثتان إحداهما منصوص على حكمها والأخرى غير منصوص على حكمها . والحكم الذي ورد به النص معلوم . والذي استكشفه المجتهد باجتهاده هو علة حكم النص ، وتحقيقها في الواقعة المارضة ، والذي وصل إليه هو التسوية بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علة .

ومن أجل تعدد مراحل عملية القياس واختلاف النظر في الأمر الجوهرى فيها أهو التسوية بين الواقعتين في العلة لأنها أساس التسوية في الحكم أم هو التسوية في الحكم لأنه هو المقصود ، اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفه . وكلها في جوهرها متفقة . ونحن نعرض عدة من التعريفات التي عرفوا بها القياس . ثم نعرض عدة أمثلة من أمثلة القياس ، ثم نذكر بعض النتائج التي تستنتج من تعريفه وأمثله . عرفه البيضاوى في كتابه المنهاج بقوله « القياس إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لمشاركته له في علة حكمه عند المثبت » .

(١) علة الحكم تسمى مناط الحكم لأن الحكم يبط بها أى ربطها وبني عليها وجودا وعدما

وعرفه ابن السبكي فى كتابه جمع الجوامع بقوله : « القياس حمل معلوم على معلوم لمساواته له فى علة حكمه عند الحامل » .

وعرفه صدر الشريعة فى كتابه تنقيح الأصول بقوله : « القياس تعديّة حكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تعرف بمجرد فهم اللغة » .

وعرفه السكّال بن المهام فى كتابه التحرير بقوله : « القياس مساواة محل لآخر فى علة حكم له شرعى لا تدرك بمجرد فهم اللغة » .

وعرفه ابن الحاجب فى كتابه المختصر بقوله : « القياس مساواة فرع لأصل فى علة حكمه » .

ورد فى بعض هذه التعريفات معلوم بمعلوم وفى بعضها أصل وفرع وفى بعضها محل لآخر وهذه ألفاظ مترادفة معناها واحد وهو الواقعة التى ورد النص بحكمها والواقعة التى لم يرد نص بحكمها ويراد الوصول إلى حكمها فالواقعتان معلومتان وكل منهما محل للحكم وواقعة النص أصل للواقعة المسكوت عنها .

وورد فى بعض هذه التعريفات لفظ — إثبات — وهو يوهّم أن القائس يثبت حكماً فى الفرع وينشئه مع أنه فى الحقيقة يكشف ويظهر أن حكمه هو حكم الأصل . وورد فى بعض هذه التعريفات لفظ — حمل — وهو يوهّم أن الفرع والأصل يصدقان على شىء واحد لأن المحمول والمحمول عليه لابد أن يكونا متحدّين فيما يصدقان عليه مع أن واقعة الأصل غير واقعة الفرع .

وورد فى بعض هذه التعريفات لفظ — تعديّة — وهو يوهّم أن حكم الأصل جاوزه إلى الفرع وهذا غير صحيح .

وورد فى بعض التعريفات زيادة لفظ — عند المثبت — أو عند الحامل — والغرض منها الدلالة على أن هذا التساوى فى العلة الذى بنى عليه التساوى فى الحكم إنما هو بحسب اجتهاد القائس وليس بحسب الواقع . وهذا تصريح بما هو مفهوم .

وورد فى بعض هذه التعريفات زيادة وصف العلة بأنها — لا تدرك بمجرد فهم اللغة — وهذا للاحتراز عن دلالة النص وسيأتى توضيح الفرق بين القياس

ودلالة النص .

وهذه التعريفات مختلفة الألفاظ ومآلها واحد ، وجوهرها واحد . وأوضح تعريف للقياس مطابق لعمليته هو أن يقال « القياس تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة دل على حكمها نص في الحكم الذي دل عليه النص لتساوى الواقعتين في علته » .

وأبعد التعريفات تعريفه بأنه مساواة فرع لأصله في علة حكمه . فإن التعريف إنما هو للعملية التي يجريها القائس وتساوى الأصل والفرع في العلة ليس من عمله وكذلك القياس المقصود به الوصول إلى حكم الفرع لا إلى مجرد تساوى الأصل والفرع في العلة .

٢ - أمثلة متعددة للقياس :

١ - السلم^(١) بيع أبيع استثناء بالحديث ، نهى رسول الله عن بيع المعلوم ورخص في السلم . وقيس عليه بيع ما وجد وما سيوجد من ثمار الأشجار لتساويهما في الحاجة إليهما وجريان عرف الناس بهما من غير إفضاء إلى نزاع ، وقيس عليه أيضا بيع الاستصناع .

٢ - بيع العرايا^(٢) أبيع استثناء بالحديث « نهى رسول الله عن بيع الشيء بجنسه متفاضلا ورخص في العرايا ، وقيس عليه بيع العنب في الكرم بالزبيب لأن الكرم كالنخل في بروز ثمرها وإمكان التخمين القريب في تقديرها وحاجة الناس إلى هذا النوع من البيع .

٣ - ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه منهي عنه بنص الحديث « لا يحل لإنسان أن يخطب على خطبة أخيه ولا أن يبتاع على بيع أخيه » وقيس عليه استئجار الإنسان على استئجار أخيه لتساويهما في أن كلا منهما فيه اعتداء على الغير .

(١) السلم : هو تسليم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ويسمى سلماً وسلفاً وهو لا يصح في المذهب الحنفي إلا فيما يمكن ضبط صفاته وقدره كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتماثلة أو المتقاربة ؛ فلا يصح عندهم في الحيوان ولا في الجواهر ولا في الأرض . وأصله قول الرسول : « من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .
(٢) العرايا بيع الرطب في رهوس النخل بمثل قدره من التمر كيلا .

٤ - شرب الخمر محرم بالنص وهو قوله تعالى « فاجتنبوه » وقيس عليه شرب أى نبيذ آخر تَخَمَّر وصارت فيه خاصة الإسكار التى فى الخمر لتساويهما فى علة التحريم .

٥ - قتل الوارث مورثه مانع من الإرث بالحديث « لا يرث القاتل » وقيس به قتل الموصى له للموصى وقتل الموقوف عليه للواقف لتساويهما فى أن القتل فيها مظنة استعجال الشيء قبل أوانه والانتفاع بالإجرام .

٦ - البكر الصغيرة تثبت لوليها ولاية تزويجها بالحديث وقيس عليها الثيب الصغيرة لتساويهما فى الصغر الذى هو مظنة قصور العقل والعجز عن إدراك المصلحة .

٧ - البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة منهى عنه بقوله تعالى : « فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » وقيس عليه الإجارة والمدابنة وأى عقد أو تصرف فى هذا الوقت لتساويهما فى أنها تشغل عن ذكر الله وعن الصلاة .

٨ - الجمع بين الأختين فى الزواج محرم بالآية « وأن تجمعوا بين الأختين » والجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها محرم بالحديث « لا يجمع بين البنت وعمتها ولا بين البنت وخالتها » والجمع بين أى محرمين غير هذه محرم بالقياس لتساويهما فى أن الجمع فيها يؤدى إلى قطيعة الرحم ، كالجمع بين البنت وخاله أبيها أو البنت وعمه أبيها .

٩ - السرقة بين الأصول والفروع وبين الزوجين لا تجوز محاكمة مرتكبها إلا بناء على طلب المجنى عليه فى قانون العقوبات وقيس على السرقة النصب واغتصاب المال بالتهديد وإصدار شيك بدون رصيد وجرائم التبديد بين هؤلاء لعلاقة القرابة والزوجية فيها كلها «م ٣١٢ قانون العقوبات» .

١٠ - الورقة الموقع عليها بالإمضاء حجة على موقعها مقيسة عليها الورقة المبصومة ببصمة الأصبع تكون حجة على باصمها لأن بصمة الأصبع مثل التوقيع بالإمضاء فى الدلالة على الشخص .

٣ - نتائج من تعريف القياس وأمثله :

من نظر بإمعان فى تعريف القياس وأمثله تظهر له عدة نتائج :

أولها : أن كل قياس يتكون من أركان أربعة :

- ١ - واقعة النص أى الواقعة التى حكم فيها النص وتسمى الأصل والمقيس عليه .
 - ٢ - والواقعة الطارئة التى لا نص على حكمها ويراد بالقياس الوصول إلى حكمها وتسمى الفرع والمقيس .
 - ٣ - وحكم الأصل وهو الحكم الذى ورد به النص فى واقعته .
 - ٤ - وعلة الحكم وهى التى بنى الشارع عليها حكمه فى واقعة النص .
- فبيع السلم هو الأصل . وبيع ما سيوجد من الثمار مع ما وجد هو الفرع . وحكم الأصل هو الإباحة وعلته دفع الحاجة وجريان العرف به من غير إفضاء إلى نزاع . وفى كل مثال لقياس يسهل استنباط أركانه الأربعة . وعلى من يقيس أن يحدد واقعة النص ويحدد حكمها الذى ورد به النص . ويتعرف العلة التى بنى عليها الشارع هذا الحكم . وإذا وجد هذه العلة متحققة فى الواقعة التى يبحث عن حكمها حكم فيها بحكم النص . والواجب أن يحتاط فى تحديده واقعة النص وحكمها وأن يكون أشد احتياطاً وتدقيقاً فى معرفة علة الحكم وفى التحقق من وجودها فى الفرع أى فى تخريج المناط وفى تحقيقه .

وثانيها : أنه لا يمكن إجراء عملية القياس إلا إذا كان حكم النص مما يدرك العقل علقته : أى أنه حكم معقول المعنى وللعقل وسيلة إلى إدراك معناه والمصلحة التفصيلية التى قصدت به كأحكام المعاملات . وأما إذا كان حكم النص مما لا يدرك العقل علقته أى أن الله سبحانه استأثر بعلمه بحكمته فهذا يسمى حكماً تعبدياً ولا يجرى فيه قياس كعدد ركعات كل صلاة وعدد أيام الصيام وأشواط الطواف بالكعبة وغير هذا من العبادات ومثلها العقوبات المقدرة كالجلد فى الزنا مائة جلدة وفى قذف المحصنات ثمانين وتكفير الحنث فى اليمين بإطعام عشرة مساكين أو صيام ثلاثة أيام ؛ لأن العقل لا يمكنه أن يدرك المصلحة التفصيلية فى التحديد بهذه المقادير ولا أن يعرف لم كانت فريضة الصبح ركعتين والظهر أربعاً ولم كان فى الركعة ركوع واحد وسجودان ولم كان الجلد مائة لا أكثر ولا أقل وما دام الحكم لا سبيل إلى معرفة علقته التى بنى عليها فلا سبيل إلى تسوية واقعة الواقعة النص ولهذا قرر الأصوليون

أنه لا قياس فى العبادات ولا فى العقوبات المقدرة من حدود وكفارات ولا فى الفروض المقدرة لأصحاب الفروض فى الإرث .

وإذا كان حكم النص مما يدرك العقل علتة أمكن إجراء القياس سواء أكان هذا الحكم عزيمة أم رخصة ومعنى أنه عزيمة أنه حكم مشروع من ابتداء تشريعه عاما ليس خاصاً بزمن ولا بمكان ولا بحال خاصة كتحريم شرب الخمر ومنع الوارث القاتل من الإرث . وتحريم بيع المدوم . وأما معنى أنه رخصة فهو أنه حكم مشروع ولكن فى زمن خاص أو لبعض المكلفين خاصة تخفيفاً عليهم فى حال تقتضى التخفيف وهو كالاستثناء من حكم العزيمة . كإباحة شرب الخمر للضرورة وإباحة بيع السلم للحاجة . وقد تبين من الأمثلة التى ذكرناها أن القياس جرى فى العزيمة فقد قيس الموصى له القاتل على الوارث القاتل فى المنع من الإرث لتساويهما فى علتة وجرى فى الرخصة فقد قيس بيع العنب فى السكرم بالزبيب على بيع المرايا لتساويهما فى علتة فالمدار على أن حكم الأصل تدرك علتة من غير نظر إلى كونه عزيمة أو رخصة . ففى قوله تعالى : « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » بعد تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به يقاس على من اضطر فى مخمصة أى مجاعة من اضطر فى مرض أو أية ضرورة .

وثالثها : أن القياس مُظْهِرٌ لا مُثَبِّتٌ : والمراد بهذا أن المجتهد بالقياس لا يثبت ولا يضع حكماً فى الفرع من عنده وإنما يظهر أن حكم الأصل الذى ورد به النص ليس قاصراً على واقعة النص ، وإنما هو حكم فيها وفى كل واقعة تحققت فيها علتة . فالقائس إذا عرف أن علة تحريم شرب الخمر إسكاره ، وعرف أن نبيذ التمر أو التفاح فيه خاصية الإسكار التى فى الخمر ، وحكم بأن شرب نبيذ التفاح محرم كشرب الخمر ، فهو فى الحقيقة أظهر أن التحريم ليس قاصراً على شرب الخمر ، وأنه يتناول شرب كل مسكر ، لأنه مادام اهتدى إلى العلة التى بنى عليها الشارع حكمه ، فقد اهتدى إلى أن حكم الشارع يوجد فى أية واقعة تحققت فيها علتة ، لأن الحكم يدور مع علتة وجوداً وعدماً ، وعلى هذا قال بعض الأصوليين : حيثما توجد المصلحة فثم شرع الله ، ومن هذا يتبين أن جهد القائس إنما هو فى تخرج المناط وفى تحقيقه . فإذا استخرج

المناط الذي بنى عليه حكم الأصل وحقق وجوده في الفرع ظهر حكم الشارع في هذا الفرع .

ورابعها : أنه يوجد فرق بين القياس ودلالة النص : وقد أشار بعض من عرفوا القياس إلى هذا الفرق بقولهم في التعريف «للساواته له في علة لا ندرك بمجرد فهم اللغة» وتوضيح هذا أنه إذا دل نص على حكم في واقعة لعله بنى عليها هذا الحكم ثم وجدت واقعة أخرى متحققة فيها هذه العلة وكان إدراك العلة التي بنى عليها حكم الأصل وإدراك تحققها في الفرع من الوضوح بحيث يكفي فيه فهم النص لغة ولا يحتاج إلى اجتهاد ولا بحث لا في تخريج المناط ولا في تحقيقه فيكون ثبوت حكم الأصل في الفرع بدلالة النص لا بالقياس ويكون النص قد دل على ثبوت حكمه في واقعيتين في واقعته الواردة فيه وفي الواقعة التي ساوتها في العلة هذه المساواة الظاهرة التي لا تحتاج إلى أكثر من فهم العبارة . مثلاً قوله تعالى في شأن الوالدين « فلا تقل لهما أف » الأصل قوله لهما أف أي أتضجر وحكمه النهي عنه وعلمته أن في هذا القول لهما إيذاء وهذه العلة لا يحتاج إدراكها إلى بحث واجتهاد وتوجد أنواع أخرى من الأقوال والأفعال تحقق فيها الإيذاء بأشد من قول أف وتحقيقه فيها لا يحتاج إلى بحث واجتهاد فالنص يدل على النهي عن قول أف بعبارة وعلى النهي عن أي قول أو فعل فيه إيذاء بدلالته . ولا يقال قيس السب والشتم على قول أف . وكما يسمى هذا دلالة النص يسمى مفهوم الموافقة لأن الحكم في واقعة الفرع وافق حكم الأصل ، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب ، أي روحه وما يظهر منه . فمناط التفريق بين دلالة النص والقياس أنه إذا كان استخراج مناط الحكم في الأصل وتحقيقه في الفرع يفهم بمجرد فهم النص لغة . ولا يحتاج إلى اجتهاد ، فهذا دلالة النص ، وإذا كان يحتاج إلى بحث واجتهاد ، فهذا هو القياس .

٤ - حجية القياس :

قدمنا أن الاجتهاد بالرأى إنما يكون بطريق من الطرق التي مهدها الشرع الإسلامي ونصبتها أمارات للدلالة على الحكم فيما لا نص فيه لأن الاجتهاد بطريق من

هذه الطرق يكون سلوكاً للسنن الشرعى فى التقنين وموصلاً إلى المصالح العامة التى قصدتها الشرع بالتشريع .

وإذاً لابد أن نبين فى دراسة كل طريق من هذه الطرق أنه طريق مهده الشرع للاستنباط ، واعتبر الحكم المستنبط به ، وقبل العمل به ، وهذا ما يسمى فى اصطلاح الأصوليين حجية القياس أو التعبد بالقياس .

ومما اتفق عليه جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعية فى حالتين :

الأولى : إذا كان حكم الأصل منصوصاً على علمته ؛ أى أن الحكم منصوص عليه وعلمته منصوص عليها أيضاً ، لأن النص على علة الحكم يعتبر نصاً على ثبوت الحكم حيث وجدت علمته ، مثلاً : قال تعالى « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » دل النص على حكم ، هو وجوب اعتزال النساء فى المحيض ، ودل على علمته ، ومضى أن المحيض أذى ، فحيث يتحقق الأذى فى حال أخرى غير المحيض كالنفاس والزيف يوجد الحكم وهو وجوب الاعتزال - والذى يظهر لى أن العلة المنصوص عليها يكون الحكم بناء عليها من باب تطبيق النص لا من باب القياس ، لأن مآل النص فى هذه الحال : اعتزلوا النساء فيما هو أذى كالمحيض .

الثانية - إذا كان القياس من أقيسة الرسول لأن الرسول فى اجتهاده بالقياس ملحوظ برعاية الله له ، فإذا أقره الله على قياسه فهو حجة - مثلاً - قال صلى الله عليه وسلم : « لا يجمع بين البنت وعمتها ولا بين البنت وخالتها ؛ إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » فهذا التعليل أشار الرسول به إلى أنه قاس على الجمع بين الأختين الجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها - والذى يظهر لى أن هذا الحكم بالنسبة إلينا ثابت بالسنة لا بالقياس .

أما القياس فى غير هاتين الحالتين فقد اختلف^(١) علماء المسلمين فى أنه حجة

(١) اقرأ جملة هذه الأقوال والآراء فى كتاب - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ فى الفصل الثانى فى حجية القياس - واطرأ فى هذا الفصل تأييد المؤلف لمذهب نفاة القياس ونقضه أدلة مثبتية وهو يباع فى أكثر المكتبات

وتشعبت آراؤهم فيه عدة شعب . ونحن نعرض عن سرد هذه الآراء جميعها وعن ذكر ما ترمى به المختلفون من الطعون ونسكتفي بذكر الرأيين الرئيسيين وهما :
أولاً - رأى جمهور علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء والمتكلمين وهو أنه حجة شرعية على الأحكام العملية ، ودليل أقامه الشارع الاستدلال به على حكم ما لا نص فيه من الوقائع ، ويطلق على هؤلاء مثبتو القياس .

وثانياً - رأى النظام وأتباعه وداود الظاهري وأتباعه وفرق من الشيعة وهو أنه ليس حجة شرعية ولا يصح الاستدلال به على حكم شرعي ، ويطلق على هؤلاء نفاة القياس ، ومن هؤلاء من غلوا وأنكروا حجة القياس والاستدلال به ولو كانت علة حكم الأصل منصوباً عليها كأتباع داود الظاهري .

وقد تنوعت المسالك في إيراد حجج الفريقين وشبههم ، وكل باحث قد سلك المسلك الذي يوصل إلى تأييد ما يرجحه من إثبات أو نفي . فالإمام الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول ، لأنه من نفاة القياس ، سلك مسلك أن الأصل عدم حجية القياس ، وأنه ليس على نفاة القياس أن يقيموا دليلاً على عدم حججته وهم في مقام المنع ؛ أي طلب الدليل من مثبتيه ، وعلى مثبتى حججته إقامة الدليل . وأورد أدلتهم وأتبع كل دليل بما يفنده حسب زعمه .

ونحن نورد أظهر أدلة مثبتى القياس ، وأظهر أدلة نفاة ، وتتبع كل دليل من أدلة نفاة بما ينقضه ، وندفع أظهر شبههم ليخلص لنا ، إن شاء الله ، الحق الذي يدين به جمهور علماء المسلمين وتقره الفطرة السليمة ، وهو حجة القياس .

أدلة مثبتى القياس الذين يحتجون به :

استدل مثبتو القياس بالقرآن ، وبالسنة ، وبأقوال الصحابة وأفعالهم ، وبالمعقول :

١ - أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته ثلاث آيات :

الآية الأولى : قوله تعالى في سورة النساء : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ . فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالِىَ الرَّسُولُ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا » . ووجه

الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا فى شيء ليس لله ولا لرسوله ولا أولى الأمر منهم فيه حكم أن يردوه إلى الله وإلى الرسول ، وردده أى إرجاعه إلى الله وإلى الرسول بإطلاقه ، يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما فردة إلى قواعد الشرع الكلية رد إلى الله ورسوله ، ورد ما لا نص فيه إلى ما فيه نص والحكم عليه بحكم النص لتساوى الواقعتين فى العلة التى بنى عليها الحكم هو رد المتنازع فيه إلى الله ورسوله ، لأنه ما حكم فيه بحكم من عنده وإنما حكم فيه بما حكم النص فى نظيره .

الآية الثانية : قوله تعالى فى سورة الحشر : « هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ، ما ظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا ، وقذف فى قلوبهم الرعب ؛ يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين . فاعتبروا يا أولى الأبصار » وموضع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بنى النضير الذين كفروا وما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال فاعتبروا يا أولى الأبصار أى فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم . ولا يقال إن الآية فى أحكام حسية وجزاءات دنيوية فهى خاصة بها لأن مفهوم الآية أن سنة الله فى كونه أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هى نتائج لمقدمات أنتجتها ، ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وما القياس إلا سير على السنن الإلهى وترتيب المسبب على سببه فى أى محل وجد فيه ، وهذا هو الذى يفهم من قوله سبحانه « فاعتبروا » . وقوله . « إن فى ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان فى قصصهم عبرة » سواء فسر الاعتبار بالعبور أى المرور أم فسر بالاعتناظ فهو تقرير لأن سنة الله فى خلقه أن ما جرى على النضير يجرى على نظيره . ألا ترى أنه إذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين : إن فى هذا لعبرة لكم ، أو اعتبروا ، لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله فإن فعلتم فعلة عوقبتم عقابه ولا عبرة بشخصه . وإذا شرب إنسان مسكراً ففقد صوابه فقل لمن رأوه اعتبروا أى لا تشربوا مثل ما شرب .

الآية الثالثة . قوله تعالى في سورة يس : « قل يحياها الذي أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال : « من يحيي العظام وهي رميم » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدلال بالقياس على ما أنكره منكرو البعث . فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده ، بل هذا أهون عليه ، فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجية القياس وصحة الاستدلال به . وهو قياس في الحسيات ولكنه يدل على أن النظير ونظيره يتساويان .

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها في دلائلها أن الله سبحانه في عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلمته مثل قوله سبحانه في المحيض : « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » وقوله في إباحة التيمم : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » لأن في هذا إرشاداً إلى أن الأحكام مبنية على مصالح ومربطة بأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد حيث يوجد سببه وما بني عليه .

٢ - وأما السنة فأظهر ما استدلوها به منها دليلان : الأول حديث معاذ بن جبل الذي رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذاً على أنه يجتهد رأيه إذا لم يجد نصاً يقضى به في الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم ، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال ، والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثاني ما ثبت في صحاح السنة من أن رسول الله ، في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها ، استدلال على حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريع لأئمة ، ولم يقم دليل على اختصاصه به ؛ فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأئمة فيه فيه أسوة . فالقائسون يقتدون برسول الله .

ورد أن جارية خثعمية قالت : يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زَمِناً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفمه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم ، قال فدين الله أحق بالقضاء .

وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تغمضت من الماء وأنت صائم ؟ قال عمر : قلت لا بأس بذلك ، قال فمه^(١) . وورد أن رجلاً من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود ، فقال له الرسول هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من أورك^(٢) ؟ قال : نعم ، قال فمن أين ؟ قال : لعله نزعة عرق ، قال : وهذا لعله نزعة عرق . وفي الجزء الأول من إعلام الموقعين أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول .

٣ - وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية . فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لانص فيها ، وبقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبايعوا أبا بكر بها ، وبيّنوا أساس القياس بقولهم . رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لديننا ، وقاسوا خليفة الرسول على الرسول فخاربوا مانعى الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كان يأخذها الرسول ، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايِس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وقال علي بن أبي طالب . يعرف الحق بالمقايسة عند ذوى الأبواب . ولما سمع ابن عباس نهى الرسول عن بيع الطعام قبل أن يقبض ، قال لا أحسب كل شيء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم في الجزء الثاني من أعلام

(١) مه : اسم فعل أمر بمعنى كف ، أى حسبك هذا ؛ وعلى هذا النحو قاس الرسول على المضمضة بالماء القبلة بغير إنزال .

(٢) الأورك من الإبل : الأسود غير الحالك بل يعبل إلى الغبرة .

الموقمين عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفوتوا فيها باجتهادهم وكان مدار اجتهادهم على القياس ، وما أنكر الرسول في حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاده بالرأى وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حجية القياس تخطيطاً لما سار عليه الصحابة في اجتهادهم ، وقرروه بأفعالهم وأقوالهم .
 ٤ - وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه ثلاثة .

أولها أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام ، فإذا ساوت الواقعة المسكوت عنها الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم ، التي هي مظنة المصلحة ، قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع ، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده ، ويبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الخمر ، وهي الإسكار ، لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وثانيها أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها مصادر تشريعية لما لا يتناهى ، والقياس هو المصدر التشريعي الذي يسائر الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ، ويوفق بين التشريع والمصالح .

وثالثها أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح ، ويبنى عليه العقلاء أحكامهم ؛ فمن نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل سام ، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلماً لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف في أن ما جرى على أحد المثلين يجري على الآخر . وأن التفريق في الحكم بين المتساويين في أساسه ظلم .

أدلة نفاة القياس الذين لا يحتجون به :

استدل نفاة القياس على أنه ليس حجة شرعية بعدة آيات من القرآن ، وببعض أحاديث للرسول ، وببعض أقوال الصحابة ، وبالمعقول ، وكأنهم قصدوا أن يعارضوا كل دليل المثبتين بدليل من نوعه .

١ - استدلووا من القرآن الكريم بالآيات الآتية .

(أ) بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله » ووجه استدلالهم بها أن الآية نهت المؤمنين عن أن يتقدموا الله ورسوله بحكم في واقعة أو بأى أمر . والقياس تقدم بين يدي الله ورسوله بحكم في واقعة ماحكما فيها - وهذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه بطريق من الطرق ؛ سواء أكان المراد من « لا تقدموا » لا تتقدموا أم لا تقدموا أى أمر ، لأن القياس ليس فيه تقدم ولا تقديم بين يدي الله ورسوله بل فيه متابعة لله ورسوله وسير وراءهما وحكم بما حكما به في واقعة مسكوت عنها ، فالآية نهت المؤمنين عن أن يسبقوا الله ورسوله فى أى شىء ، والقياس لاسبق فيه بل هو متابعة واقتداء ما حكم به الله ورسوله . والقياس لا يكون إلا حيث لا نص من الله ورسوله على حكم . فكيف يكون تقدماً أمام الله ورسوله .

(ب) بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وسائر الآيات التى توعدت من لم يحكم بما أنزل الله . ووجه استدلالهم بها أن القياس حكم بما لم ينزل الله . وهذه الآيات لا تدل على ما ذهبوا إليه لأن المراد بها أن يكون الحكم بما أنزل الله من أحكام دلت عليها النصوص ، ومن أحكام استنبطت بطريق من الطرق التى أرشد الله إليها فى كتابه ، فن حكم بحكم النص فقد حكم بما أنزل الله ، ومن حكم بحكم دلت عليه طرق الاجتهاد الشرعية فقد حكم بما أنزل الله ، ومنها الإجماع ومنها القياس ، لأن الله أمر بطاعة أولى الأمر ، وأمر برد المتنازع فيه إلى النصوص عليه . فالقياس يكشف ويظهر حكم الله فى الواقعة المسكوت عنها ، والحكم الذى يكشفه فى الفرع هو حكم الله فى الأصل وقد أنزله الله فى قوله . « فردوه إلى الله » .

(ج) بقوله تعالى . « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » ، وقوله سبحانه . « ولا رطب ولا يابس إلا فى كتاب مبين » وقوله . « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء » . ووجه استدلالهم بهذه الآيات أن القرآن فيه بيان كل حكم ولا حاجة معه إلى التشريع بالقياس ؛ لأنه إذا دل القياس على نفس ما دل عليه القرآن فلا حاجة إليه وإذا دل على خلافه فهو مردود .

وهذه الآيات لا دلالة لها على ما ذهبوا إليه - أما قوله سبحانه . « ما فرطنا في الكتاب من شيء » فليس المراد بالكتاب فيها القرآن ، بل المراد كتاب علمه سبحانه وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله عز شأنه . « وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم ما فرطنا في الكتاب من شيء » وكذلك قوله تعالى . « ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » ليس الكتاب فيها القرآن ؛ بل كتاب العلم الإلهي وإحاطته وإحصائه بدليل سياقها ، وهو قوله تعالى . « وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها إلا هو ويعلم ما في البر والبحر . وما تسقط من ورقة إلا يعلمها ولا حبة في ظلمات الأرض ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين »

فالكتاب في هاتين الآيتين هو كتاب علم الله وإحاطته ، وهو المذكور في قوله سبحانه . « وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها كل في كتاب مبين » .

وأما قوله تعالى . « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » فالمراد أنه تبيان لكل شيء بالمجموعة التي اشتمل عليها من أحكام ومبادئ تشريعية عامة وطرق استنباط أرشد إليها ، أي أنه بواسطة هذه المجموعة يمكن التوصل إلى كل حكم ، إمام من انص ، وإمام من القواعد العامة ، وإمام بالاستنباط برده إلى الله ورسوله ، وليس المراد بأنه تبيان لكل شيء أنه نص على حكم كل واقعة حدثت أو تحدث ، لأن هذا غير مطابق للواقع .

(د) بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » أي لا تتبع ما لا تعلم ، ووجه استدلالهم بهذه الآية . أن الله نهى رسوله عن أن يتبع ما لا يعلم ، والقياس ظني الدلالة على حكم الفرع والعمل بحكمه اتباع ما ليس للمتابع به علم .

وهذه الآية لا دلالة فيها على مذهبهم ، لأن الآية في موضوع الأحكام الاعتقادية ، وجميع الآيات التي نهت عن اتباع الظن وقررت أن الظن لا يغني من الحق شيئاً هي في الاعتقاد ، لأن العقيدة لا تبني إلا على العلم . وأما الأحكام الشرعية العملية ؛ فمن المتفق عليه أنه يكفي أن تبني على الظن الراجح لأنه لو لم بناؤها على العلم والقطع لتوقفت أعمال الناس ونالهم الحرج ، فأكثر النصوص الشرعية ظنية الدلالة ولا تفيد

إلا الظن ، والاتجاه إلى الكعبة في الصلاة بالتحري وهو لا يفيد إلا الظن ، والشهادة أو اليمين يقضى بهما ولا يفيد أحدهما إلا الظن .

٢ - واستدلوا من السنة بحديث رواه ابن حزم في رسالته الكبرى عن أبي هريرة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، « تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب ، وبرهة بالسنة ، وبرهة بالقياس ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا » .

ووجه استدلالهم به أنهم فهموه هكذا . تعمل هذه الأمة مرة بالكتاب إذا وجد ، ومرة بالسنة إذا لم يوجد كتاب ، ومرة بالقياس إذا لم يوجد كتاب ولا سنة ، فإذا فعلوا ذلك ، أى عملوا بالقياس حيث لا كتاب ولا سنة فقد ضلوا . ولا يمكن استدلالهم به إلا بهذا التعسف في فهمه ، وهذا الحديث ليس دليلاً على ما ذهبوا إليه لأمرين .

أولاً : أنه من جهة سنده غير مقبول ، وقد قال ابن السبكي « هو لا تقوم به الحجة لأن بعض رواه كذبه ابن معين » .

وثانياً : أنه على فرض صحته فإن معناه المتبادر منه غير ما فهموه . فإن المعنى الظاهر المتبادر فهمه منه . تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب وحده ولا يحتجون بسنة ولا بقياس ، وبرهة بالسنة فيعملون بما تقضى بها ويتأولون نصوص الكتاب . وبرهة بالقياس فيعملون به ويتأولون نصوص الكتاب أو السنة إن خالفته ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا . وهذا معنى حق ، وتاريخ التشريع الإسلامى يؤيده ، وبهذا يكون الحديث دليلاً على حججية القياس لأنه ذكره مع الكتاب والسنة في بيان ما يعمل به وترتيب الاستدلال .

٣ - واستدلوا من أقوال الصحابة بما أثر عن كثير منهم من استنكار الحكم بالرأى والنمى على من أفتوا منهم بالرأى . من ذلك قول أبي بكر : « أى سماء تظلمنى وأى أرض تقلنى إذا قلت فى كتاب الله برأى » وقول عمر . « إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن ؛ أعييتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا » ، وقوله . « إياكم والمكايلة ، قيل وما المكايلة ؟ قال المقايسة » وقول على . « لو كان الدين يؤخذ بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره » وقول ابن عباس .

إن الله تعالى قال لنبيه : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولم يقل بما رأيت ، ولو جعل لأحد أن يحكم برأيه لجعل ذلك لرسوله ، وقول ابن عمر : « السنة ما سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لا تجعلوا الرأي سنة » وقوله : « إن قوماً يفتون بآرائهم لو نزل القرآن لنزل بخلاف ما يفتون » وقوله . « اتهموا الرأي على الدين فإنه منا تكلف وظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئاً » وقول ابن مسعود . « إذا قلتم في دينكم بالقياس أحللتهم كثيراً مما حرمه الله وحرمتهم كثيراً مما حله الله » إلى غير ذلك مما أُرعن الصحابة والتابعين من ذم الرأي والإنكار على الرأيين . وهذه الأقوال ، إذا صحت روايتها عن قائلها ، لا بد أن تفهم على وجه يكون فيه توفيق بينها وبين أقوال الصحابة الأخرى وأفعالهم . وتوفيق بينها وبين إقرار الرسول لمعاذ بن جبل حين قال إن لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما أقضى به ، أجتهد رأيي ولا آلو . فإنه مما لا يعرف فيه خلاف أن بعض الصحابة في عهد الرسول اجتهدوا في تعرف أحكام بعض الوقائع التي نزلت بهم وأقرهم الرسول على اجتهدهم ، وأنه صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن العاص حين عهد إليه أن يفصل في قضية معروضة . اجتهد ، إن أصبت فلك أجران ، وإن أخطأت فلك أجر . وأنه أقر معاداً على أن يجتهد رأيه ، وأن الصحابة بعد الرسول اجتهدوا رأيهم في عدة وقائع لا نص فيها واستنبطوا فيها أحكاماً باجتهادهم وخالف بعضهم بعضاً في استنباطه . فقد اختلفوا في توريث الإخوة مع الجد . وفي توريث ذوى الأرحام . وفي الرد على أصحاب الفروض . وفي نفقة المبتوتة ، وفي وقائع كثيرة ، وكانت أحكامهم اجتهداً بآرائهم . ومن جادل في أن الصحابة اجتهدوا رأيهم في وقائع لا نص فيها ، واستنبطوا كثيراً من الأحكام بهذا الاجتهاد ، فهو مجادل بالباطل ومنكر للمتواتر . وإذا فلا يمكن أن يتناقض هؤلاء الأجلاء ويقولوا غير ما يفعلون ، ولا بد من أنهم أرادوا ، بما أُر عنهم من ذم الرأي والإنكار على الرأيين ، الرأي الصادر عن هوى ، والمقصود به مصالح خاصة ، والرأي الذي يتأول به نص في كتاب الله أو سنة رسوله ، والرأي الذي يهدم مبدأ شرعياً قرره النصوص ، والرأي الذي هو مكايلة ومقايسة بالمجازفة ، ويرجح هذا كلمة ابن مسعود « إذا قلتم في دينكم بالقياس أحللتهم كثيراً مما حرمه الله وحرمتهم كثيراً مما حله » فإن هذا صريح في أنه قول بالقياس حيث ثبت لله تحريم أو تحليل ، وهذا قياس باطل ؛ لأن القياس

إنما يصح حيث لا يكون للشارع نص على حكم . وابن القيم فى أعلام الموقعين قسم
الرأى إلى ثلاثة أقسام وبين ما هو منها موضع الذم وما هو منها مقبول محمود ،
فليراجعه من أراد المزيد .

٤ - واستدلوا من العقول بعدة أدلة .

منها أن القياس طريق اجتهادى يؤدى إلى الخلاف والمنازعة والتناقض فى
الأحكام لأنه مبنى على استنباط علة الحكم فى الأصل ، وهذا مما تختلف فيه الأنظار
وتتفاوت فى فهمه العقول ، فهو لا محالة سبيل الاختلاف والتناقض ، واستقراء
أحكام القياسيين أوضح دليل على هذا ، فالقياس وسع مسافة الخلاف بينهم وأدى إلى
أن الواقعة الواحدة فيها حكمان شرعيان متناقضان ، فالعقد صحيح فى مذهب وباطل
فى مذهب آخر ، والمرأة يحل الزواج بها فى مذهب ويحرم الزواج بها فى آخر -
والجواب عن هذا أن اختلاف الأئمة المجتهدين فى الأحكام الجزئية الفرعية بناء على
القياس لا يؤدى إلى مفسدة ، لأنه اختلاف فرعى جزئى عملى لا فى أصل الدين ولا
فى عقيدة من عقائده ، وقد وردت عدة آثار يؤيد بعضها بعضاً صريحة فى أن هذا
الاختلاف فيه رحمة بالأمة ؛ لأنه مبنى على تقدير المصالح وتفاوت العقول فى فهمها .
وإن كان كل دليل يؤدى الاستدلال به إلى الاختلاف لا يحتج به ، لكانت جميع
النصوص الشرعية الظنية للدلالة فى القرآن والسنة غير حجة ؛ لأن تفاوت العقول
فى فهمها يؤدى حتماً إلى الاختلاف فيما يستنبط منها .

ومنها أن القياس أساسه الظن بأن علة حكم الأصل هى هذا الوصف ، وما يفيد
هو الظن بأن حكم الفرع هو كذا ، والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن ونهى
رسوله على أن يتبع ما ليس له به علم . وقد قدمنا فى رد استدلالهم بقوله تعالى : « ولا
تقف ما ليس لك به علم » ما يكفى فى الرد عليه ، فإنه من المتفق عليه الاحتجاج
بالنصوص الظنية للدلالة ، وهى لا تفيد إلا الظن ، وبخبر الواحد وهو لا يفيد إلا
الظن ، ومن المتفق عليه أن العبادات والمعاملات والقضاء والشهادة يكفى فيها الظن ،
ولا يلزم بناء الأحكام العملية على العلم . ومن قرأ الآيات التى نهت عن اتباع الظن
ونعت على من اتبعوه ، يتبين من سياقها أنها فى الإيمان والأحكام الاعتقادية .

ومنها ما قرره النظام من أن أحكام الشريعة الإسلامية فيها تفريق بين التماثلات ، وجمع بين المختلفات ، فلا يمكن أن يكون القياس دليلاً على الأحكام في هذه الشريعة ، لأن مدار القياس على التسوية بين التماثلات والتفريق بين المختلفات . وساق عدة أمثلة من الأحكام الشرعية التي فيها تفريق بين التماثلات . منها أنه أسقط عن الحائض في مدة حيضها الصلاة والصوم ثم كلفها أن تقضي الصوم دون الصلاة . ومنها أنه قطع يد سارق القليل ولم يقطع يد غاصب الكثير ، ومنها أنه أوجب جلد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر . ومنها أنه قبل في القتل شاهدين . ولم يقبل في الزنا إلا أربعة شهداء ، وساق أيضاً عدة أمثلة مما فيها جمع بين المختلفات ؛ منها أنه جعل التراب طهوراً كالماء مع أن الماء منظف والتراب مشوه ، ومنها أنه سوى بين الردة والزنا في إيجاب القتل .

والجواب عن هذا أن النظام لم ينظر إلى الوقائع من جميع نواحيها . ففي التماثلات نظر إلى نواحي التماثل فقط وغض بصره عما يختلف فيه من نواح أخرى . وفي المختلفات نظر إلى نواحي التخالف فقط وغض بصره عما تماثل فيه من نواح أخرى ، وكل إنسان بمائل أي فرد من أفراد نوعه في أنه إنسان ويخالفه في نواح أخرى ، فقد يتفقان في حكم بالنظر إلى تماثلهما في الإنسانية ويختلفان في حكم بالنظر إلى تخالفهما بالذكورة والأنوثة أو الرشد والسفه أو غير ذلك ، وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في التماثلات فيه نواح من نواحي التخالف بني عليه اختلاف الحكم ، وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في المختلفات فيها نواح من نواحي التماثل بني عليه اتفاق الحكم ، وابن القيم في إعلام الموقعين بعد أن أورد الأمثلة التي ساقها النظام زاد عليها أمثلة أخرى وأجاب عنها مبيناً حكمة الشارع في التفريق بين ما تماثلت ظاهراً ، وفي الجمع بين ما اختلفت ظاهراً ، وفصل هذه الحكمة في كل جزئية تفصيلاً يقنع كل منصف بحكمة الشارع وعدالته ، وبأن النظام أدرك شيئاً وغابت عنه أشياء .

رد شبههم :

وأنقل هنا بعض الفصول التي كتبها ابن القيم وبين فيها حكمة الشريعة فيما زعموه تناقضا في الأحكام وتفريقاً بين المتساويات ، وجمعا بين المختلفات . وهذه بعض فصول فيما زعموه تفريقاً بين المتساويات . قال :

وأما إيجاب حد القذف على من قذف غيره بالزنا دون من قذف بالكفر ففي غاية المناسبة ، فإن القاذف غيره بالزنا لا سبيل للناس إلى العلم بكذبه فجعل حده تكذيباً له وتبرئة لمرض المقذوف وتعظيماً لشأن هذه الفاحشة التي يحسد بالجلد من قذف بها بريئاً — وأما من رمى غيره بالكفر فإن شاهد حال المسلم واطلاع المسلمين عليها كاف في تكذيبه ، ولا يلحقه من العار برمييه بالكفر ما يلحقه بطعنه في عرضه ورميه بالفاحشة ، ولا سيما إن كان المقذوف امرأة فإن العار والمعة التي تلحقها بهذا القذف بين أهلها ، وتشعب ظنون الناس فيها ، وكونهم بين مصدق ومكذب ، لا يلحقها مثله بالرمي بالكفر .

وأما اكتفاؤه في القتل بشاهدين دون الزنا فلا يثبت إلا بأربعة شهداء ففي غاية الحكمة والمصلحة لأن الشارع احتاط للقصاص والدماء ، واحتاط لحد الزنا ، فلو لم يقبل في القتل إلا أربعة شهداء لتجراً للمعتدون على القتل وضاعت أكثر الدماء . وأما الزنا فإنه بالغ في ستره ، كما قدر الله ستره ، فاجتمع على ستره شرع الله وقدره ، فلم يقبل فيه إلا شهادة أربعة يشهد كل واحد منهم بما رأى شهادة ينتفي معها الاحتمال ، وكذلك في الإقرار به لم يكتف بأقل من أربع مرات حرصاً على ستر ما قدر الله ستره وكره إظهاره والتكلم به وتوعد من يحب إشاعته في المؤمنين بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة !

وأما إيجاب الشارع الزكاة في السوائيم من الإبل والبقر والغنم دون العوامل منها فللعلماء في المسألة قولان : فقال مالك في الموطأ : النواضح^(١) ، والبقر السواني ، وبقر الحرث ، إني أرى أن تؤخذ من ذلك كله الزكاة — قال ابن عبد البر : وهذا قول

(١) الإبل النواضح التي يستقى عليها الماء والسواني هي النواضح .

الليث بن سعد ولا أعلم أحداً قال به من فقهاء الأمصار ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي لا زكاة في البقر العوامل ولا في الإبل العوامل وإنما الزكاة في السائمة منها ، وحجة هؤلاء من الأثر حديث « ليس في الإبل العوامل صدقة وليس في البقر العوامل صدقة » وأما من النظر فإن المال المد لنفع صاحبه كثياب لبسه ودار سكناه ودابة ركوبه وكتب دراسته فهو من حاجته وليس فيه زكاة ولهذا لا تجب الزكاة في حلي المرأة التي تلبسها وتعيدها وقيس على هذا بقر حرته وإبله العاملة . والفرق بينها وبين السائمة ظاهر فإن العاملة ليست للنماء إذ هي مصروفة عن النماء بالعمل : وأما السائمة فهي للنماء ولا يتكلف مالكمها مؤونتها .

وأما قطع يد السارق وترك قطع يد المختلس والمنتهب والغاصب فمن تمام حكمة الشارع فإن السارق لا يمكن الاحتراز منه فإنه ينقب الدور ويهتك الحرز ويكسر القفل ولا يستطيع صاحب المال الاحتراز لحفظ ماله بأكثر من ذلك ، فلو لم يشرع قطعه لكثر السرقة وعظم الضرر واشتدت المحنة بالسراق ، بخلاف المنتهب والمختلس فإن المنتهب يأخذ المال جهرة بمرأى من الناس فيمكنهم أن يأخذوا على يديه ويخلصوا حق المظلوم أو يشهدوا أما القضاء على اعتدائه . وأما المختلس فإنه إنما يأخذ المال على حين غفلة من مالكة ومن الناس فلا يخلو الحال من نوع تقصير يمكن المختلس من اختلاسه ، ومع كمال التحفظ والתיقظ لا يمكن الاختلاس ، فالمختلس ليس كالسارق بل هو بالخائن أشبه . وأيضاً المختلس إنما يأخذ المال من غير حرز مثله غالباً فإنه هو الذي يغافل ويختلس مال الإنسان في حال تخليه عنه وغفلته عن حفظه ، وهذا لا يمكن الاحتراز منه غالباً فهو كالمنتهب ، وأما الغاصب فالأمر فيه ظاهر وهو أولى بعدم القطع من المنتهب ، ولكن هؤلاء جميعاً يكف عدوانهم بالضرب والنكال والسجن الطويل .

وهذه بعض فصول فيما زعموه جمعاً بين المختلفات . قال :

وأما القول بأن الشريعة جمعت بين المختلفات كما جمعت بين الخطأ والعمد في ضمان الأموال فإنه ليس من المنكر في العقول والفطر والشرائع والعادات اشتراك المختلفات في حكم واحد باعتبار اشتراكها في سبب ذلك الحكم . وعلى هذا فالخطأ والعمد اشتراكا في الإلتلاف الذي هو علة الضمان وإن اختلفا في علة الإثم . وربط الضمان بالإلتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به ، كما أوجب على القاتل خطأ دية القتل ولذلك يضمن الصبي والمجنون والنائم ما أتلفوه من الأموال ، وهذا من الشرائع العامة التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها ، فلم يضمن الناس جنایات أيديهم لأتلف بعضهم أموال بعض وادعى الخطأ وعدم القصد وهذا بخلاف أحكام الإثم والعقوبات فإنها تابعة للمخالفة وكسب العبد معصيته . فلهذا فرقت الشريعة فيها بين العامد والخطأ . فالحنث في اليمين والبر فيه والطاعة للأمر وعصيانه تفرق الحال فيها بين العامد والخطأ .

وأما جمعها بين المكلف وغيره في إيجاب الزكاة عليهما فهذه مسألة اجتهادية وليس عن صاحب الشرع نص بالتسوية ولا بعدمها ، والذين سواها بين المكلف وغيره في إيجاب الزكاة في أموالهما رأوا أن الزكاة من حقوق الأموال التي جعل الله الأموال سبباً لوجوبها وهي حق للفقراء في هذه الأموال سواء كان مالها مكلفاً أم غير مكلف ، وكما جعل في ماله حق الإنفاق على بهائم ورقيقه وأقاربه ، كذلك جعل في ماله حق المعونة للفقراء والمساكين .

وأما جمع الشريعة بين الميتة وبين الذبيحة التي يذبحها الشرك أو المجوسى في التحريم ، وبين ميتة الصيد والصيد الذي ذبحه المحرم . فكأن السائل رأى أن السبب في تحريم الميتة هو احتقان دمها فيها وأن ما ذبحه الشرك أو المحرم لم يحتقن دمه فلا سبب لتحريمه ، وهذا غلط وجهل سببه فهمهم أن علة التحريم منحصرة في احتقان الدم ، والحقيقة أن علل التحريم متعددة ولا يلزم من انتفاء بعضها انتفاء

الحكم ، لأنه قد يوجد الحكم لوجود علة أخرى وهذا أمر مطرد في الأسباب والعمل العقلية فما الذي يفكر منه في الشرع ؟

ثم بين أن ذبيحة المشرك سبب تحريمها إشراك ذابحها وأنه مظنة أن يقصد بها غير الله فتكون مما أهل لغير الله به . وأن صيد المحرم إذا ذبحه يحرم لأن المقصود تأمين الصيد ومنع المحرم أن يصطاد ، فإذا عرف أن مصاده وذبحه لا يحل له أكله كف عن الصيد .

وأما جمع الشريعة بين الماء والتراب في التطهير فله ما أحسنه من جمع ! وقد عقد الله سبحانه الإخاء بين الماء والتراب قدراً وشرعاً فجمعهما وخلق منهما آدم وذريقته . وجمعهما وجعل منهما حياة كل حيوان . وأخرج منهما أقوات الدواب والناس والأنعام ، وكأنا أعم الأشياء وجوداً وأمهلها تناولاً ، وفي حلول المس بالتراب محل الغسل بالماء عند عدم وجوده رفع الحرج وتأهب للصلاة بما يتيسر لكل إنسان^(١) .

(١) اقرأ مبحث القياس وحججه في الجزء الثاني من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ وهو مطبوع عدة طبعات ويباع في أكثر المكتبات .

في أساس القياس

وهو تعليل حكم النص

١ - التعليل

٢ - الفرق بين علة الحكم وحكمته وسببه

٣ - شروط العلة التي يبني عليها القياس

٤ - تقسيمات للعلة من وجوه عدة

٥ - المسالك التي يتوصل بها إلى معرفة العلة

التعليل :

المراد بتعليل حكم النص تبين الأساس الذي شرع الشارع حكمه بالنص بناء عليه ، وذلك لأن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشارع لم تشرع اتفاقاً أي لغير أسباب اقتضتها ومصالح قصدت بها ، ولم تشرع تحكما أي لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان القوانين ، وإنما شرعت لأسباب اقتضت تشريعها . ومقاصد قصد الشارع إلى تحقيقها ، فالشارع ما حرم ما حرمه من طعام وشراب وعقود ومعاملات لمجرد التضيق على الناس ومصادرة حرياتهم وكذلك ما أوجب ما أوجبه من عبادات وصدقات وغيرها لمجرد إرهاب الناس وتحميلهم المشقات ، وإنما شرع ما شرعه لتحقيق مصالح عباده بدفع الضرر والحرص عنهم ، وجلب النفع لهم ، وتنظيم علاقتهم بالله سبحانه ، وتنظيم علاقة بعضهم ببعض . وقد أشار الشارع إلى هذا بما بينه من مقاصده في بعض ما شرعه فقال سبحانه في فرض الصلاة : « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وقال في فرض الزكاة « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وقال في فرض الصيام « لعلكم تتقون » وقال في فرض الحج « ليشهدوا منافع لهم » وقال في إيجاب القصاص « ولكم في القصاص حياة » وقال في تحريم الخمر والميسر والأنصاب والأزلام « رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر » . وقال بالترخيص في الفطر لمن كان في رمضان مريضاً أو على سفر « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال في الترخيص

بالتيمم لمن لم يجد الماء « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم ويتم نعمته عليكم » وقال في إعطاء نصيب من الفء للفقراء والمساكين « كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » .

وكما أشار القرآن في آياته التشريعية إلى مقاصد التشريع أشارت السنة أيضاً في سنتها التشريعية إلى مقاصد التشريع ؛ فلما نهى الرسول عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه قال : « أرأيت إذا منع الله الثمر به يأخذ أحدكم مال أخيه » ولما نهى عن الجمع بين البنت وعمتها والبنت وخالتها قال : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ولما أمر الشباب بالنزوح قال : « فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج » وقال : « من أم بالناس فليخفف فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة » فلا ريب في أن الأحكام التي دلت عليها النصوص مقصود بها مصالح الناس أفراداً وجماعات ، ولا ريب في أن هذه المصالح هي جلب النفع ، أو دفع الضرر . أودفع الحرج . وقد لوحظ أن نصوص التشريع في الكثير الغالب لا تربط الحكم بنفس المصلحة المقصودة منه ولكن تربطه بأمر ظاهر من شأن ربطه به تحقيق تلك المصلحة فالله سبحانه ما ربط إبادة الفطر في رمضان بدفع المشقة وإنما ربطه بالسفر أو المرض ، لأن ربط الإبادة بالسفر أو المرض من شأنه أن يدفع المشقة . والرسول ما ربط المنع من الإرث بقصد الوارث السوء بمورثه واستمجال إرثه قبل أوانه وإنما ربطه بقتله ، لأن ربط المنع بالقتل من شأنه أن يردع الوارث عن القتل ويدفع عن المورث الضرر ، وقد اصطالح الأصوليون على تسمية المصلحة المقصودة من تشريع الحكم : حكمة الحكم ومثنته^(١) واصطلحوا على تسمية الأمر الظاهر الذي ربط الحكم به لأن من شأن ربطه به أن يحقق حكمته : علة الحكم ومناط الحكم ومثنته . أي ما نيظ به الحكم وربط به وبظن تحقيق الحكمة بربطه به .

فعلة الحكم أو مناط الحكم في اصطلاح الأصوليين هي وصف في الأصل بني عليه حكمه ويعرف به وجوده في الفرع ؛ فالإسكار وصف في الخمر بني عليه حكمه وهو تحريم شربه ويعرف به وجود التحريم في كل نبيذ مسكر وهو مظنة تحقيق الحكمة لأن ربط التحريم بالإسكار يردع عن شرب المسكر فيندفع الضرر عن العقول .

(١) أي حقيقة ما قصد منه مشتقة من إنه كذا .

الفرق بين علة الحكم وحكمته وسببه :

فالفرق بين حكمة الحكم وعلته أن حكمة الحكم هى المصلحة المقصودة للشارع من تشريع الحكم فهى ما قصد إليه الشارع من جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، وأما علة الحكم فهى الأمر الظاهر الذى ربط به الشارع الحكم وبناءه عليه لأن من شأن ربطه به وبناءه عليه تحقيق حكمة الحكم ، فحكمة إباحة الفطر فى رمضان لمن كان مريضاً أو على سفر رفع الحرج ، وعلتها السفر أو المرض وحكمة استحقاق الشفعة للشريك أو الجار دفع الضرر ، وعلته الشركة أو الجوار . وحكمة نقل الملكية بعقود المعاوضات رفع الحرج وسد حاجات الناس ، وعلته صيغ العقود أى الإيجاب والقبول . وحكمة إيجاب القصاص من القاتل عمداً وعدواناً حفظ حياة الناس ، وعلته القتل العمد والمعدوان . وضبطاً للتكليف تدور الأحكام وجوداً وعدمياً مع عللها لأمع حكمها .

وبعض الأصوليين فرقوا بين علة الحكم وسببه بأن الأمر الظاهر الذى ربط الحكم به لأن من شأن ربطه به تحقيق حكمة الحكم إن كان يعقل وجه كونه مظنة لتحقيق الحكمة يسمى علة الحكم وإن كان لا يعقل وجه هذا الارتباط يسمى سبب الحكم ، فشهود شهر رمضان سبب لإيجاب صومه لا علة له لأن العقل لا يدرك وجه كون هذا الشهر دون سواه مظنة لتحقيق الحكمة من إيجاب الصوم ، ودلوك الشمس أى زوالها أو غروبها سبب لإيجاب إقامة الصلاة لا علة له لأن العقل لا يدرك وجه كون هذا الوقت دون غيره مظنة لتحقيق الحكمة من إيجاب إقامة الصلاة . فكل علة سبب وليس كل سبب علة . وبعض الأصوليين لم يفرقوا بين لفظى العلة والسبب وكل علة تسمى سبباً وكل سبب يسمى علة .

شروط العلة التى يبنى عليها القياس :

أولها : أن تكون وصفاً ظاهراً ، ومعنى ظهوره أن يكون محسناً يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلة هى التى يعرف وجود الحكم فى الفرع بوجودها فلا بد أن تكون أمراً ظاهراً يدرك بالحس فى الأصل ويتحقق بالحس من وجوده فى الفرع ؛ كالإسكار الذى يدرك بالحس فى الخمر ويتحقق بالحس من وجوده فى

نبيذ آخر مسكر . والقدر مع اتحاد الجنس الذي يدرك بالحس في الأموال الربوية الستة ويتحقق بالحس من وجودهما في مال آخر .

فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فلا يعمل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج في رحم زوجته بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح ، ولا يعمل نقل الملكية في البدلين بتراضى المتبايعين بل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول . ولا يعمل بلوغ الرشد بكامل العقل بل بمظنته الظاهرة وهي بلوغ ٢١ سنة .

وثانها : أن تكون وصفاً منضبطاً ؛ ومعنى انضباطه أن تكون له حقيقة معينة محدودة يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدّها أو بتفاوت يسير . لأن أساس القياس تساوى الفرع والأصل في علة حكم الأصل ، وهذا التساوى يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتى يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان فيها كالقتل العمد العدوان من الوارث لمورثه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في قتل الموصى له الموصى ، والاعتداء في ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في استئجار الإنسان على استئجار أخيه .

فلا يصح التعليل بالأوصاف المرنة غير المضبوطة التي تختلف اختلافاً بيناً باختلاف الظروف والأحوال والأفراد ، فلا تعمل إباحة الفطر في رمضان للمريض أو المسافر بدفع المشقة بل بمظنتها وهو السفر أو المرض .

وثالثها : أن تكون وصفاً مناسباً . ومعنى مناسبة أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم أي أن ربط الحكم به وجوداً وعدمًا من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع من تشريع الحكم من جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، لأن الباعث الحقيقي على تشريع الحكم ، والغاية المقصودة منه هو حكمة الحكم ، ولو كانت هذه الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هي علل الأحكام ، لأنها هي الباعثة على تشريعها ، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام ، وعدم انضباطها في بعضها أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها ؛ وما ساغ اعتبار هذه الأوصاف عللاً للأحكام وإقامتها مقام حكمها إلا لأنها مظنة لهذه الحكم ، فإذا لم تكن مظنة لها لم تكن مناسبة ولا ملائمة ، ولا تصلح علة للحكم ، فالإسكار مناسب لتجريم

الخمر لأن في بناء التحريم عليه حفظ العقول . والقتل العمد العدوان مناسب لإيجاب القصاص ، لأن في بناء القصاص عليه حفظ حياة الناس ، والسرقه مناسبة لإيجاب قطع يد السارق والسارقة لأن في بناء القطع عليها حفظ أموال الناس .

فلا يصح التعليل بالأوصاف غير المناسبة لحكمة تشريع الأحكام وتسمى الأوصاف الطردية أو الاتفاقية التي لا علاقة لها بالحكم ولا بحكمته . كلون الخمر . أو كون القاتل عمداً عدواناً مصرى الجنسية ، أو كون السارق أسمر اللون ، أو كون المفطر عمداً في رمضان أعرابياً . ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طراً عليها في بعض الجزئيات مذهب بمناسبتها وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع . فصيغة البيع من المكروه لا تصلح علة لنقل الملكية ، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا تصلح علة لثبوت النسب ، وبلوغ من بلغ الحلم مجنوناً لا يصلح علة لزوال الولاية النفسية عنه .

ورابعها : أن لا تكون وصفاً قاصراً على الأصل . ومعنى هذا أن تكون وصفاً يمكن أن يتحقق في عدة أفراد وأن يوجد في غير الأصل لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع فلو علل بعله لا توجد في غير الأصل لا يمكن أن تكون أساساً لقياس ، ولهذا لما عللت الأحكام التي هي من خصائص الرسول بأنها لذات الرسول لم يصح فيها القياس . وعلى هذا لا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها نبيذ العنب تخمر . ولا تعليل تحريم الربا في الأموال الربوية الستة بأنها ذهب أو فضة أو بر أو شعير أو ملح أو تمر . لأن هذه أوصاف قاصرة عليها .

تقسيمات للعملة من وجوه عدة :

التقسيم الأول للعملة من وجهة اعتبار الشارع لها .
الأمر المناسب للحكم وهو ما يكون مظنة لحكمته ، ينقسم أربعة أقسام من جهة اعتبار الشارع له وعدم اعتباره :

- ١ - مناسب اعتباره الشارع بآتم وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب المؤثر .
- ٢ - ومناسب اعتباره الشارع ، ولكن بوجه من وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب الملائم .

٣ - ومناسب ألغى الشارع اعتباره ، ويسمى المناسب الملغى .

٤ - ومناسب سكت الشارع عنه ، فلم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار ولم يدل على إلغاء اعتباره ، ولم يشرع حكماً بقاء عليه ، ويسمى المناسب المرسل ، أى المطلق عن اعتبار أو إلغاء أو بقاء حكم عليه .

١ - فالناسب المؤثر : هو المناسب الذى دل الشارع على أنه علة للحكم الذى شرعه ؛ سواء كانت دلالة على أنه علة صراحة أو إشارة ، فما دام الشارع دل على أن هذا المناسب هو علة الحكم ، فكأنه دل على أن الحكم نشأ عنه وأنه أثر من آثاره ولهذا سماه الأصوليون المناسب المؤثر . وهو العلة المنصوص عليها .

مثال هذا ؛ قوله تعالى : « يأيتها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسموا إلى ذكر الله ، وذروا البيع » .
دلت صيغة الآية على أن الأمر بترك البيع مرتب على النداء للصلاة من يوم الجمعة ومبنى عليه .

أى دلت على أن الشارع اعتبر هذا النداء علة لترك البيع ، لأن فى ربط هذا الترك بالنداء محافظة على الصلاة ، ولهذا قسنا على البيع كل معاملة تشغل عن الصلاة كالهن والمداينة ، فقلنا إنها مأمور بتركها وقت النداء كالبيع .

فالنداء للصلاة من يوم الجمعة بالنسبة للحكم ، وهو تحريم البيع فى هذا الوقت أمر ، مناسب مؤثر ، لأن صيغة الشارع دلت على أنه هو علة هذا الحكم . ولهذا يسوى بالبيع كل عقد أو تصرف وقت النداء للصلاة فيحرم ، ولا خلاف بين العلماء فى بناء القياس على المناسب المؤثر ويسمون القياس بناء عليه قياساً فى معنى الأصل .

٢ - والمناسب الملائم : هو المناسب الذى لم يعتبره الشارع بعينه علة لحكمه ولكن اعتبره فى نص آخر علة لحكم من جنس هذا الحكم . أو اعتبر وصفاً من جنسه علة لحكمه .

فإذا علل به الحكم بناء على أن الشارع علل به حكماً من جنس هذا الحكم أو علل هذا الحكم بوصف من جنسه يكون التعليل ملائماً وموافقاً لتصرف الشارع فى التعليل ، ولهذا سمي المناسب الملائم .

مثال هذا : جاء فى الحديث : « لا يزوج البكر الصغيرة إلا وليها » دل الحديث

على ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة لوليها ، ولكن لم يدل لا صراحة ولا إشارة ، على أن علة ثبوت هذه الولاية عليها أنها بكر أو أنها صغيرة ، مع أن كلا منهما أمر مناسب ، لو ربط الحكم به كان مظنة لتحقيق حكمته . وهو دفع الضرر عن البكر الصغيرة .

فعلماء الحنفية رجحوا أن تكون علة ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة صغرها . وقالوا في وجه الترجيح إن الشارع اعتبر الصغر علة للولاية على مال الصغير ، كما يؤخذ من قوله تعالى : « وأبتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن أنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » . ومادام الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على المال ، والولاية على المال والولاية على التزويج نوعان من جنس واحد هو الولاية ، فيكون الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على التزويج بوجه من وجوه الاعتبار .

ولهذا يقاس على البكر الصغيرة من في حكمها من جهة نقص العقل وهي المجنونة أو المعتوهة وتقاس عليها أيضاً الثيب الصغيرة .

ومثال آخر : ورد أن الشارع أباح الجمع بين الصلاتين في وقت واحد في الحضر في الجو الممطر ، ولم يرد ما يدل على أن علة هذه الإباحة هو المطر . ولكن روى عن أنس بن مالك أنه قال : « كان رسول الله إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس ^(١) أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما » يؤخذ من هذا الحديث أن السفر هو علة إباحة الجمع بين الصلاتين . وبما أن السفر والمطر نوعان من جنس واحد وهو ما يوجب التيسير . فاعتبار الشارع السفر مبيحاً للتيسير بالجمع بين الصلاتين يدل على اعتبار ما هو من جنسه ، وهو المطر ، مبيحاً للجمع بين الصلاتين .

والمقصود بهذا أن القائس في تعليل حكم النص لا يكتفي في التعليل بمجرد أن الأمر مناسب ، لأنه قد يكون مناسباً ألغى الشارع اعتباره ، فلكي يطمئن إلى أنه علل تعليلاً صحيحاً لا بد أن يتبين أن هذا المناسب اعتبره الشارع علة ولو بوجه من الوجوه .

٣ - والمناسب الملغى : هو الأمر الذي يبدو في الظاهر أنه مظنة الحكمة أي أن

بناء الحكم عليه ، من شأنه أن يحقق مصلحة ، ولكن دل دليل شرعي على إلغاء اعتبار هذا المناسب ومنع بناء الحكم الشرعي عليه . فالملغى الذي أفتى الملك بأنه لا يكفر ذنب إفطاره عمداً في رمضان إلا صيامه شهرين متتابعين بناء على أن هذا

(١) أي قبل أن تميل عن وسط السماء .

الملك لا يردعه عن ذنبه إلا هذا ، بنى حكمه على أمر مناسب بحسب الظاهر ، ولكنه ملغى اعتباره بأمر الشارع ، لأن الشارع أوجب الكفارة على من أفطر عمداً في رمضان بهذا الترتيب :

١ - إعتاق رقبة .

٢ - فمن لم يجد فصيام شهرين .

٣ - فمن لم يستطع فإطعام ٦٠ مسكيناً .

بغير تفريق من الشارع بين غنى وفقير ، وملك وغير ملك .

ومثل هذا تساوى الابن والبنت في القرابة وفي درجتها للحكم بتساويهما في الإرث ، فهو أمر مناسب بحسب الظاهر ، ولكن الشارع ألغى اعتباره بقوله « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » .

٤ - والمناسب المرسل : هو الأمر الذي يظهر للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة ، ولم يقم من الشارع دليل على اعتباره ، ولا دليل على إلغائه ، فهو مرسل أى مطلق عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء هو الذى يسميه علماء الأصول المصلحة المرسلة . وأظهر أمثلته ، المصالح التى يقتضيها ما يجد من الأحوال فى مختلف البيئات ولم يرد عن الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها . (ومثاله فى تشريعنا : لا تسمع دعوى الزواج بناء على الشهادة ولا تسمع إلا بوثيقة رسمية - ولا يصح الوقف إلا بإشهاد - ولا يعمد عقد زواج إلا إذا كانت سن الزوجة ١٦ فأكثر ، وسن الزوج ١٨ فأكثر) . كل هذه التشريعات بنى الحكم فيها على مصلحة مرسلة وليس فى أدلة الشرع ونصوصه ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

التقسيم الثانى للعلة باعتبار المصلحة التى هى مظنة لها :

قدمنا أن كل حكم شرعى إنما شرع لحكمة . وأن حكمة الحكم هى المصلحة التى قصدها الشارع بتشريعها ، وأن العلة لا بد أن تكون مظنة لما قصد بالحكم من المصالح ، أى أن بناء الحكم عليها من شأنه أن يحقق المصلحة المقصودة للشارع من الحكم .

وقد دل استقراء الأحكام الشرعية وحكمها وعللها فى مختلف موضوعاتها على

أن المصالح التى قصدها الشارع ترجع إلى أنواع ثلاثة : تحقيق ما هو ضرورى للناس وتحقيق ما هو حاجى لهم ، وتحقيق ما هو تحسينى لهم . وتحقيق ضروريات الناس ، وحاجياتهم ، وتحسينياتهم ؛ تتحقق مصالحهم على أكمل وجه ، وكل حكم شرعه الشارع هو لتحقيق مصلحة من هذه المصالح . وكل وصف اعتبره الشارع علة لحكم بأى نوع من أنواع الاعتبار ، هو مظنة لمصلحة من هذه المصالح . والمراد بالأمور الضرورية للناس الأمور التى لا تقوم حياتهم إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها اختل نظام حياتهم وعمتها الفوضى . وجملة الضروريات للناس خمسة : الدين ، والنفس ، والعرض والمال ، والعقل . وقد شرع الشارع لإيجاد الدين وتثبيته والمحافظة عليه إيجاب الدعوة إليه والجهاد فى سبيله ، والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وأصول العبادات ، وعقاب من يرتد عنه ، والحجر على المفتى المساجن الذى يعيث بأحكامه وعقاب كل من ينتهك حرمة الدين بأى قول أو عمل .

وشرع لإيجاد النسل وحفظ النفس : أحكام الزواج ، وتحريم الإجهاض والتعقيم إلا لضرورة ، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً ، والدية والكفارة على القاتل خطأ ، وعقاب كل معتمد على النفس أو مادونها .

وشرع لحفظ العقل تحريم الخمر وكل مسكر وكل مفتر ومخدر من السائلات أو النباتات أو غيرها .

وشرع لكسب المال وحفظه إيجاب السعى والعمل ، وإيجاب حد السارق وتعزير الغاصب ، والنهى عن أكل أموال الناس بالباطل ، وتضمن من أتلف مال غيره قيمته أو مثله . واشترط التراضى لمبادلتة .

وشرع لحفظ العرض حد الزانية والزانى ، وحد قاذف المحصنات والوعيد على إشاعة الفاحشة بين الناس والترغيب فى الزواج .

والمراد بالأمور الحاجية للناس الأمور التى لا تسهل حياتهم ، ولا يهون احتمال أعبائها وتكاليفها إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها شقت حياتهم ونالهم الحرج ، ولكن لا تختل ولا تنهار حياتهم كاختلالها وانهارها بفقد الضروريات ، ومرجع الحاجيات إلى تيسير أنواع المعاملات والبادلات ، والترخيص بأحكام تخفيفية فى مال المشقات ، وإباحة ما لا غنى للإنسان عنه لتيسير حياته .

ومما شرح لتحقيق الحاجيات أحكام الرخص تخفيفاً على المكلفين حين السفر والمرض والخطأ والنسيان والإكراه وسائر أسباب المشقات ، وإباحة السلم والعرايا والمساقاة والمزارعة وسائر العقود التي أبيحت سداً لحاجة الناس ولرفع الحرج عنهم . وتضمنين الأجير المشترك . وفرض الدية على العاقلة ، وإباحة الصيد ، وميتة البحر . وجعل الأرض مسجداً والتراب طهوراً . وقد أرشد الله سبحانه إلى ما قصد إذ قال عز شأنه : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وقال : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » . والمراد بالأمور التحسينية للناس الأمور التي يتوافر بها جمال حياتهم وكمالها وطيبها وبها يدنو مجتمعهم من المثل الأعلى للحياة الطيبة ، ومرجعها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وما به الجمال والكمال . ومما شرع لتحقيق التحسينيات أحكام الطهارات وستر العورات وآداب المعاملات والندب إلى أخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن الإسراف والتقتير والنهي عن المثلة وعن قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد ، وإلى هذا أرشد الله سبحانه بقوله : « ولكن يريد ليظهركم وليتم نعمته عليكم ^(١) » .

والقصود من هذا التقسيم تنبيه القائسين والمجتهدين إلى أمرين :

أولاً : إلى مراعاة ترتيب المصالح التي قصدها الشارع وتقديم أهمها وهو الضروري على الذي يليه وهو الحاجي ، وتقديم كل منهما على التحسيني . وعلى هذا يهمل الحاجي إذا كان في مراعاته إخلال بضروري ، ويهمل التحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أو حاجي . والضروريات نفسها ليست في مرتبة واحدة فلا يراعى ضروري إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أهم منه . وكذا الحاجيات والتحسينات ، ولهذا فرض الجهاد محافظة على الدين ولم يراع حفظ النفس ، وأبيح لمن اضطر في نخصة شرب المسكر محافظة على النفس ولم يراع حفظ العقل . وأبيح إتلاف مال الغير حين الإكراه عليه بإتلاف نفس أو عضو محافظة على النفس ولم يراع حفظ المال . وفرضت

(١) اقرأ الجزء الرابع من كتاب الموافقات للشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ففيه تفصيل واف لأنواع المصالح التي قصدها الشارع من الأحكام وأمثلة تفصيلية للأحكام من مختلف أبواب الفقه تدل على أن الشارع ما أهمل مصلحة وما قصد بكل حكم شرعه إلا المصلحة .

على المكلف عبادات وعدة تكليفات فيها نوع مشقة عليه محافظة على الدين ولم يراع دفع كل أنواع المشقات عنه ، وأبيح ترك الوضوء أو الغسل بالماء إذا خيف منه المرض أو زيادته ؛ محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بالطهارة . وأبيح كشف العورة أثنا . عملية جراحية أو شبهها محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بستر العورة .

وثانياً : إلى مراعاة أن أية مصلحة قام البرهان على أنها ضرورة للناس أو حاجة أو تحسينية فهي من مقاصد الشارع ، لأن استقراء أحكام الشارع دل على أن كل ما شرعه الشارع في مختلف فروع التشريع دائر حول حفظ هذه المصالح بأنواعها فكل تقنين أو تنظيم يرمى إلى تحقيق مصلحة من هذه المصالح فهو شرعى من ناحية أنه متفق ومقاصد الشارع من تشريعه متى قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية . وليست مصلحة شخصية أو همية أو هوائية .

التقسيم الثالث للعلة باعتبار إفضائها إلى المقصود التى هى مظنة له :

بيننا فى شروط العلة أنها يشترط فيها أن تكون مناسبة للحكمة المقصودة من تشريع الحكم بمعنى أن ربط الحكم بها وجوداً وعدمًا من شأنه أن يحقق الحكمة ، وهذا ما عبر عنه الأصوليون بقولهم : أن تكون العلة مظنة المنة ، ولكن ليست كل علة تحقق الحكمة وتفضى إلى المقصود منها قطعاً فى كل جزئية بل قد تفضى إليه قطعاً أو ظناً أو شكاً أو وهماً . وربما لا تفضى إليه قطعاً ، وفى أى هذه الحالات تبقى مناسبتها قائمة ؟ وفى أيها تنخرم مناسبتها ، أى تختل ولا تصلح علة ؟

أما حيث تكون العلة محققة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف فى علية لقيام مناسبتها قطعاً ، فصيغة البيع الصحيح النافذ التى هى مظنة لتراضى المتبايعين ولسد حاجتهما تفضى قطعاً إلى المقصود منه فتنقل الملكية فى البدلين ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته . وكذلك حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود منها ظناً لأن الظن الراجح كالقطع فى بناء الأحكام عليهما ، فالقتل العمد العدوان لإيجاب القصاص يفضى إلى المقصود وهو ردع الناس عن القتل ظناً لا قطعاً ، لأن من المجرمين من لا يردعهم القصاص ، وكل عقوبة على جريمة هى مفضية إلى المقصود منها ظناً لا قطعاً .

وأما حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود شكاً أو وهماً ، أى أن جانب إفضاؤها إليه مساوٍ لعدمه أو مرجوح فقد اختلف الأصوليون في أنها تنخرم مناسبتها في هذه الحال أو لا — والمختار أنها لا تنخرم لأن المظنة مادامت تحتل أن تفضي إلى المثنة فمناسبتها قائمة بوجه من الوجوه . ومثال هذا زواج الآيسة فإن من بلغت سن الإياس لا تلد غالباً فزواجها غالباً لا يفضي إلى المقصود من الزواج وهو التوالد والتناسل . ولكن الراجح أن هذا الزواج تترتب آثاره عليه لاحتمال أن يفضي إلى التوالد على خلاف الغالب ، وكذا سفر المترف المهيأة له كل وسائل الراحة الذي لا يجد مشقة في سفره غالباً بإباحة الفطر له في رمضان لا تفضي إلى المقصود غالباً وهو دفع المشقة ، ولكن الراجح إباحة الفطر له لاحتمال أن يجد في السفر أية مشقة لا تعرض في الإقامة .

وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف في أنها تنخرم مناسبتها ولا تكون علة للحكم ؛ ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرق بمغربيه ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك في البدلين ببيع المكره ، لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقي الزوجين انتفى أن يكون زواجهما مظنة للاتصال الجنسي ، وما دام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضي ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمثنة لم يصلح أن يكون علة . والحنفية القائلون بثبوت النسب في زواج المشرق بالمغربية قالوا إنه لم ينتف قطعاً كون هذا الزواج مظنة لاحتمال أن يكون أحد الزوجين من أهل الخطوة ، وهذا مبني على الاعتقاد في كرامات الأولياء ، وما كان ينبغى أن يبنى على هذا تشريع عمل قضائي .

وفي بعض الحالات تفضي العلة إلى المصلحة المقصودة منها ، ولكنها في الوقت نفسه تفضي إلى مفسدة ، فهل تنخرم مناسبة العلة بإفضاؤها إلى مصلحة ومفسدة معاً ؟ وأمثلة هذا كثيرة : فتحديد سن الزواج يفضي إلى مصلحة وإلى مفسدة ، وكذا تقييد تعدد الزوجات ، وتقييد حق الطلاق ، وكثير من مشروعات القوانين التي لها منافعها وأضرارها .

أما حيث تكون المصلحة راجحة فلا خلاف في أنه لا تنخرم المناسبة بمفسدة مرجوحة ، لأنه لو انخرمت المناسبة بأية مفسدة ولو مرجوحة لم يبق أى وصف مناسباً

وأما حيث تكون المفسدة راجحة فلا خلاف في أنه تنخرم المناسبة .
 وأما حيث يتساويان فالراجح أنها تنخرم ، لأن درء المفسد مقدم على جلب
 المصالح . ومن هذا قرروا أنه إذا تعارض المانع والمقتضى رجح المانع ، وإذا تعارض
 المحرم والمبيح رجح المحرم .

مسالك العلة :

المراد بمسالك العلة الطرق التي يتوصل بها إلى إثبات أن الوصف علة . وأشهر
 هذه المسالك هي :

أولاً : (النص) : فإذا دل نص القرآن أو السنة على أن الوصف علة ثبتت
 عليه الوصف بالنص وسمى العلة المنصوص عليها . ودلالة النص على أن الوصف علة
 قد تكون صراحة ، وقد تكون إيماء أي إشارة وتنبيهاً لا بصريح العبارة ، فالدلالة
 على العلية صراحة هي دلالة لفظ في النص على العلة بوضعه اللغوي مثل ما إذا ورد
 في النص لفظ لعلة كذا ، أو لسبب كذا ، أو لأجل كذا . وإذا كان اللفظ الدال
 على العلية في النص لا يحتمل غير الدلالة على العلية فدلالة النص على علية الوصف
 صريحة قطعية كقوله تعالى في تعليل بعثة الرسل : « رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِّمَلَأَ
 يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ » ، وقوله في إيجاب أخذ خمس النوى للفقراء
 والمساكين : « كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ » ، وكقوله تعالى : « فَلَمَّا قَضَى
 زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ » .
 وكقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ ادِّخَارِ لَحُومِ الْأَضَاحِيِّ لِأَجْلِ
 الدَّافَةِ ، فَكُلُوا وَادْخَرُوا » .

وإذا كان اللفظ الدال على العلية في النص يحتمل الدلالة على غير العلية فدلالة
 النص على علية الوصف صريحة ظنية ، مثل قوله تعالى : « أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ »
 وقوله : « فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ طِبْيَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ » وقوله « يَسْأَلُونَكَ
 عَنِ الْحِمِضِ قُلْ هُوَ أَذَى ، فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْحِمِضِ » وقول الرسول صلى الله عليه
 وسلم في طهارة سؤر الهرة « إِنَّهَا مِنَ الطَّوَافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَافَاتِ » وإنما كانت
 دلالة النص في هذه المثل على العلية ظنة ، لأن الألفاظ الدالة عليها فيها ، وهي اللام

والباء والفاء ، وإن ؛ كما تستعمل في التعليل تستعمل في غيره وإن كان التعليل هو الظاهر من معانيها في هذه النصوص .

ودلالة النص على العلية إيماء أى إشارة وتنبهاً هي الدلالة المستفادة من ترتيب حكم على الوصف واقتراحه به بحيث يتبادر من هذا الاقتراح فهم علية الوصف للحكم وإلا لم يكن للاقتراح وجه ، وذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقضى القاضى وهو غضبان » وقوله : « لا يرث القاتل » وقوله : « للراجل سهم ولل فارس سهمان » وقوله للأعرابي الذى قال واقعت أهلي في نهار رمضان عمداً : « كُفّر » .

وبعض الأصوليين يمد الإيماء مسلكاً مستقلاً عن النص . وبعضهم يعتبر دلالة بعض أنواع الصريح الظنى من الإيماء ، والأمر في هذا هين لأن العلية في كل هذه الأحوال مستفادة من النص ، وكونها صراحة أو إيماء ، قطعية أو ظنية مدارها على وضع اللغة وسياق النص .

ثانياً : (الإجماع) : فإذا اتفق المجتهدون في عصر من العصور على علية وصف لحكم شرعى ثبتت علية هذا الوصف للحكم بالإجماع . ومثال هذا إجماعهم على أن علة الولاية المالية على الصغيرة الصغر ، وفي عد هذا مسلكاً نظراً ، لأن نفاة القياس لا يقيسون ولا يعملون ، فكيف ينمقد بدونهم إجماع .

ثالثاً : (السبر والتقسيم) : السبر معناه الاختبار ، ومنه المسبار . والتقسيم معناه حصر الأوصاف الصالحة لأن تكون علة حكم الأصل وترديد العلة بينها بأن يقال العلة إما هذا الوصف أو هذا الوصف ، فإذا ورد نص بحكم شرعى في واقعة ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم سلك المجتهد للتوصل إلى معرفة علة هذا الحكم مسلك التقسيم والسبر بأن يحصر الأوصاف التي توجد في واقعة الحكم وتصلح لأن تكون العلة واحداً منها ، ويختبرها وصفاً وصفاً على ضوء الشروط الواجب توافرها في العلة ، وأنواع الاعتبار الذي تعتبر به ، وبواسطة هذا الاختبار يستبعد الأوصاف التي لا يصح أن تكون علة ويستبقى ما يصح أن يكون علة ، وبهذا الاستبعاد وهذا الاستبقاء يتوصل إلى الحكم بأن هذا الوصف هو العلة ، مثلاً ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة في مبادلة الشعر بالشعر وسائر الأموال الربوية الستة ، ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم ، فالمجتهد يسلك لمعرفة علة هذا الحكم مسلك التقسيم والسبر بأن

يقول علة هذا الحكم إما كون الشعير مما يضبط قدره بالكيل ، وإما كونه طعاماً ، وإما كونه مما يقتات به ويدخر ، لكن كونه طعاماً لا يصلح علة ، لأن هذا الحكم ثابت في الذهب والفضة وليس واحد منهما طعاماً ، وكونه قوتاً لا يصلح أيضاً لأن هذا الحكم ثابت في الملح وليس قوتاً ، فيتمين أن تكون العلة كونه مقدراً بالكيل أو الوزن . وبناء على هذا يقاس على ما ورد في النص كل المقدرات بالكيل أو الوزن ، في مبادلتها بجنسها يحرم ربا الفضل والنسيئة ، وكذا ورد النص بأن زوج الأب بنته البكر الصغيرة ولم يدل نص ولا إجماع على علة ثبوت هذه الولاية ، فالجتهد يردد العلية بين كونها بكرة وكونها صغيرة ويستبعد البكارة لأن الشارع ما اعتبرها للتعليل بنوع من أنواع الاعتبار ، ويستبقى الصغر لأن الشارع اعتبره علة الولاية على المال ، وهي الولاية على التزويج من جنس واحد ، فيحكم بأن العلة الصغر ويقس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة بجامع الصغر ، وكذا ورد النص بتحريم شرب الخمر ولم يدل نص على علة الحكم ، فالجتهد يردد العلة بين كونه من العنب أو كونه سائلاً أو كونه مسكراً ويستبعد الوصف الأول لأنه قاصر ، والثاني لأنه طردى غير مناسب ، ويستبقى الثالث فيحكم بأنه علة .

وخلاصة هذا المسلك أن المجتهد عليه أن يبحث في الأوصاف الموجودة في الأصل ويستبعد ما لا يصلح أن يكون علة منها ، ويستبقى ما هو العلة حسب رجحان ظنه وهاديه في الاستبعاد والاستبقاء لتحقيق شروط العلة بحيث لا يستبقى إلا وصفاً ظاهراً منضبطاً متعدياً مناسباً معتبراً بنوع من أنواع الاعتبار . وفي هذا تتفاوت عقول المجتهدين لأن منهم من يرى المناسب هذا الوصف ، ومنهم من يرى المناسب وصفاً آخر . فالحنفية رأوا المناسب في تعليل التحريم في الأموال الربوية القدر مع اتحاد الجنس والشافعية رأوه الطعم مع اتحاد الجنس ، والمالكية رأوه القوت والادخار مع اتحاد الجنس . والحنفية رأوا المناسب في تعليل ثبوت الولاية على البكر الصغيرة الصغر ، والشافعية رأوه البكارة . وبعض علماء الأصول عد من مسائل العلة تنقيح المناط . والمراد بتنقيح المناط تهذيب ما نيط به الحكم وبنى عليه وهو علة . والحق أن تنقيح المناط إنما يكون حيث دل النص على العلية من غير تعيين وصف بعينه علة فهو ليس مسلكاً للتوصل به إلى تعليل الحكم ؛ لأن تعليل الحكم مستفاد من النص وإنما هو مسلك لتهذيب

وتخليص علة الحكم مما اقترن بها من الأوصاف التي لا مدخل لها في العلية . ومثال هذا ما ورد في السنة من أن أعرابياً جاء إلى رسول الله وقال : هلك ، فقال له الرسول : ما صنعت ؟ فقال : واقعت أهلي في نهار رمضان عمداً . فقال له الرسول : كفر . . . الحديث . فهذا النص دل بالإجماع على أن علة إيجاب التكفير على الأعرابي ما وقع منه لأنه رتب التكفير على ما سرده من الوقائع ، ولكن هذا الذي وقع منه فيه ما لا مدخل له في العلية لإيجاب التكفير مثل كونه أعرابياً ، وكون التي واقعه زوجته ، وكونه واقع في نهار رمضان من تلك السنة بعينها . فالجهد يستبعد هذه الأوصاف لأنها لا مدخل لها في العلية ، ويستخلص أن العلة هي الوقائع عمداً في نهار رمضان ، وعلى هذا تجب الكفارة على من أفطر عمداً في نهار رمضان بالجماع ، وهذا مذهب الشافعي . وأما الحنفية فقالوا إن مثل الجماع كل مفطر وهذه المماثلة تفهم بالتبادر فتجب الكفارة على كل من أفطر عمداً في نهار رمضان بجماع أو بأكل أو يشرب أو غيرها ، فيكون المناط لإيجاب الكفارة عندهم بعد تهذيبه هو الفساد للصوم عمداً ويكون إيجاب الجماع عمداً للكفارة ثابتاً بعبارة النص وإيجاب الأكل والشرب عمداً للكفارة ثابتاً بدلالة النص ، وهذا الاستبعاد وتهذيب العلة مما اقترن بها وما لا مدخل له في العلية هو تنقيح المناط . ومن هذا يتبين أن تنقيح المناط غير السبر والتقسيم . لأن تنقيح المناط يكون حيث دل نص على مناط الحكم ولكنه غير مذهب ولا خالص من اقتران ما لا مدخل له في العلية به . وأما السبر والتقسيم فيكونان حيث لا نص أصلاً على مناط الحكم ويراد التوصل بهما إلى معرفة العلة لا إلى تهذيبها من غيرها . وأما النظر في استخراج العلة غير المنصوص عليها ولا الجمع عليها بواسطة السبر والتقسيم أو بأي مسلك من مسالك العلة فيسمى تخريج المناط ، فهو استنباط علة لحكم شرعي ورد به النص ولم يرد نص بعلته ولم يتمدد إجماع على علته . وأما تحقيق المناط فهو النظر في تحقق العلة التي ثبتت بالنص أو الإجماع أو بأي مسلك في جزئية أو واقعة غير التي ورد فيها النص ، كما إذا ورد النص بأن علة « اعتزال النساء في الحيض » الأذى ، فينظر المجتهد في تحقق الأذى في النفاس . وكما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الإسكار فينظر في تحقق الإسكار في نبيذ آخر . فتنتقيح المناط هو تهذيب العلة وتعيينها وتخليصها مما لا بسها . وتخريج المناط هو استخراج العلة والتوصل إلى معرفتها . وتحقيق المناط هو البحث في تحقق العلة في أية واقعة غير واقعة النص .

الاستحسان

الطريق الثانى من طرق الاجتهاد بالرأى الاستحسان . والبحوث التى نخصها
بالبیان من بحوثه هى :

(١) تمهيد فى إجمال الفرق بين القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح .

(٢) تعريف الاستحسان .

(٣) أنواعه .

(٤) مذاهب الأصوليين فى أنه حجة وأدلة كل مذهب .

(٥) تحرير محل الخلاف .

١ — تمهيد فى إجمال الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح من جهة
مجال الاجتهاد بكل منها .

إذا عرضت للمكلف واقعة فيها حكم دل عليه نص فى القرآن أو السنة أو انعقد
عليه إجماع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور وجب اتباع هذا الحكم
ولا مجال للاجتهاد بالرأى فى حكم هذه الواقعة .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولكن ظهر للمجتهد أنها تساوى
واقعة فيها حكم بنص أو إجماع فى العلة التى بنى عليها حكم النص أو الإجماع فإنه
يسوى بين الواقعتين فى حكم النص لتساويهما فى العلة التى بنى عليها ، وهذه التسوية
هى القياس وهو أول طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يستنبط علة حكم النص
باجتهاده برأيه . ويتحقق من وجودها فى الواقعة المسكوت عنها باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة يقتضى عموم النص حكماً فيها أو يقتضى القياس الظاهر المتبادر
حكماً فيها . أو يقتضى تطبيق الحكم الكلى حكماً فيها وظهر للمجتهد أن لهذه
الواقعة ظروفاً وملايسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلى عليها
أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة فعدل فيها عن
هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناءها من الكلى أو
اقتضاه قياس خفى غير متبادر ، فهذا المدول هو الاستحسان وهو من طرق

الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه ويرجح دليلاً على دليل باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولا قياس ولا يتعارض فيها دليلاً ، وظهر للمجتهد أن هذه الواقعة فيها أمر مناسب لتشريع حكم أى أن تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة مطلقة لأنه يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً فاجتهد في تشريع الحكم لتحقيق هذه المصلحة فهذا هو الاستصلاح . وهو من طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يهتدى إلى الأمر المناسب في الواقعة برأيه ويهتدى إلى الحكم الذى يبينه عليه برأيه .

فواقعة القياس واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ألحقت بواقعة فيها حكم بنص وإجماع . وواقعة الاستحسان واقعة تعارض في حكمها دليلاً وعدل المجتهد فيها عن حكم أظهر الدليلين لسند استند إليه في هذا العدول .

وواقعة الاستصلاح واقعة بكر لا حكم فيها بنص ولا إجماع ولا قياس ، ويشرع فيها المجتهد الحكم لتحقيق مصلحة معينة .

فالحكم بأن أى نبيذ فيه خاصية الإسكار يحرم شربه لأنه يساوى الخمر وعلة التحريم حكم بالقياس والحكم بأن الموصى له إذا قتل الموصى يمنع من الوصية لأنه يساوى الوارث إذا قتل المورث ، حكم بالقياس ، والحكم بأن السارق فى عام المجاعة لا تقطع يده استثناء من عموم والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما حكم بالاستحسان ، والحكم بأن حقوق الرى والصرف والطريق تدخل فى وقف الأرض الزراعية بدون ذكرها قياساً على إجارتها وعدولاً عن القياس على بيعها استحسان .

واشترط الإثهاد الشرعى لصحة الوقف أو التغير فيه . واشترط وثيقة الزواج الرسمية لسماع الدعوى به واشترط سن معينة للزوجين لتوثيق عقد الزواج بينهما استصلاح . وبالتحقيق الدقيق يظهر أن مرجع الاستحسان والاستصلاح إلى القياس وسنن هذا إن شاء الله .

٢ - تعريف الاستحسان : الاستحسان فى اللغة العربية هو عد الشيء حسناً أو اتباع الشيء الحسن فى الحسيات وفى المعنويات ، يقال استحسنت رأى أو القول

أو الطعام أو الشراب. أي عده حسنا ويقال هذا مما استحسنه المسلمون أي مما عدوه حسنا .

وأما الاستحسان في اصطلاح الأصوليين فقد اختلفت فيه عباراتهم تبعا لاختلاف نواحيه واتجاه كل منهم إلى ناحية منها

وأنا أورد بعض تعريفاتهم ثم أستخلص أوضاعها وأجمعها :

بعض تعريفات الحنفية :

الزردوى : الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

النسفي : الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل يعارض القياس الجلي .

الكرخي : الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول .

بعض تعريفات المالكية :

ابن العربي : الاستحسان هو إثبات ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والتخفيف لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته .

الشاطبي : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرده فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان والاستثناء من القياس بأي دليل كان .

ابن رشد : الاستحسان هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس .

بعض تعريفات الحنابلة :

الطوفي في مختصره : أجود تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص ، وهو مذهب أحمد .

ابن قدامة في كتابه روضة الناظر : الاستحسان له ثلاثة معان :

- أحدها - العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .

ثانيها - ما يستحسنه المجتهد بعقله .

- ثالثها - دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه .

وقد جمع الإمام الشوكاني في كتابه - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف إلى قائله فقال : « واختلف في حقيقته . فقل هو دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه وقيل هو العدول عن قياس أقوى وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي » .

وبالنظر في هذه التعريفات نستنتج أمرين :

أحدهما أن الأصوليين من الحنفية والمالكية والحنابلة مع اختلاف عباراتهم في تعريف الاستحسان متفقون في معنى جوهرى له وهو أنه عدول عن حكم إلى حكم في بعض الوقائع أو إثار حكم على حكم أو طرح حكم أو ترك حكم أو استثناء جزئية من حكم كلى أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص . ومتفقون على أن هذا العدول أو الإيثار أو الاستثناء أو التخصيص لا بد أن يستند إلى دليل شرعى من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العرف وهذا الدليل هو الذى يسمى في اصطلاح الأصوليين وجه الاستحسان وسند الاستحسان ولهذا نرى في الأحكام الفقهية كلما قيل في حكم إنه بالاستحسان قيل وجه الاستحسان .

وثانيهما أن العدول قد يكون عن حكم دل عليه عموم النص وقد يكون عن حكم دل عليه قياس . وقد يكون عن حكم اقتضاء تطبيق قاعدة شرعية كلية فبعض التعريفات التى عرفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى أو تخصيص قياس بدليل أقوى تعريفات غير جامعة .

وأجمع التعريفات فى رأى تعريف السكرخى من الحنفية وتعريف ابن رشد من

المالكية وتعريف الطوفى من الحنابلة ومنها نستخلص التعريف الواضح الجامع للاستحسان فنقول :

الاستحسان فى اصطلاح الأصوليين القائلين به هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعى فى واقعة إلى حكم آخر فيها دليل شرعى يقتضى هذا العدول وهذا الدليل الشرعى المقتضى للعدول هو سند الاستحسان .

فالاستحسان عند التحقيق هو ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً .

٣ - أنواعه : الاستحسان عند القائلين به يتنوع تارة باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه وتارة باعتبار السند الذى بنى عليه العدول .

فأما أنواعه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، فقد يكون الاستحسان عدولا عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفى ، وقد يكون عدولا عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص ، وقد يكون عدولا عن حكم كلى إلى حكم استثنائى .
من أمثلة النوع الأول :

(١) قال فقهاء الحنفية حقوق الرى والصرف والمرور لا تدخل فى وقف الأرض الزراعية تبعا بدون ذكرها قياساً وتدخل استحساناً .

فالقياس الظاهر هو قياس الوقف على البيع بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع . والوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف وفى بيع الأرض الزراعية لا تدخل حقوق ريعها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك فى وقفها .

والقياس الخفى قياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود بكل منهما الانتفاع بريع المين لا تملك رقبتهما وفى إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريعها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك فى وقفها ، وهذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفى هو الاستحسان ووجهه أى الدليل الذى نبى عليه هذا العدول أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بريع الموقوف لا تملك رقبته والانتفاع بريع الأرض الزراعية لا يتحقق إلا بريعها وصرفها والمرور إليها

فالقياص الذي يقتضى دخول هذه الحقوق في وقفها بدون ذكرها أقوى أثراً وأرجح من ناحية أنه يحقق المقصود من الوقف .

(ب) قال فقهاء الحنفية سؤر سباع الطير كالصقر والنسر والغراب والحدأة نجس قياساً طاهر استحساناً ، فالقياس الظاهر هو قياس سباع الطير على سباع البهائم كالذئب والفهد والنمر بجامع أنها كلها غير مأكول لحمها .

والقياس غير الظاهر هو قياسها بالإنسان ؛ لأنه لا يؤكل لحمه وسوره طاهر ، ووجه الاستحسان أن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر وأما سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها .

ومن أمثلة النوع الثاني ، تخصيص السارق في عام الجماعة من عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، كما ذهب إليه عمر . وتخصيص الأم الرفيعة المنزلة التي ليس من شأن مثلها أن ترضع ولدها من عموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » كما ذهب إليه مالك ابن أنس .

ومن أمثلة النوع الثالث ، الأمين يضمن بموته مجهلاً الأمانة لأن التجهيل نوع من التقصير في الحفظ ويستثنى الأب استحساناً إذا مات مجهلاً مال ابنه لأن للأب أن يتجر في مال ابنه وأن ينفق عليه منه فربما اتجر فيه فحسر أو أنفقه عليه .

المحجور عليه لاسفه لا يصح الوقف منه لأنه غير أهل للتبرع ويستثنى من هذا استحساناً وقف المحجور عليه لاسفه على نفسه لأن وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين نفسه من أن يصير عالة على غيره .

الأمين لا يضمن ما يهلك في يده من غير تعد أو تقصير ويستثنى من هذا استحساناً لتنظيم الناس على ما يكون عند الأجير يده إلا إذ كان هلاكه بقوة قاهرة وذلك الأجير المشترك فإنه يضمن ما يهلك في المشترك كالخياط والكواء والصباغ .

وأما أنواعه باعتبار سنده فقد قال الحنفية : أنواعه أربعة .

(١) استحسان سنده القياص الخفى وتقدمت أمثلته .

(ب) استحسان سنده النص ومن أمثلته ، نهى رسول الله عن بيع المدوم

ورخص في السلم — نهى رسول الله عن بيع الرطب باليابس ورخص في المرايا —
نهى رسول الله عن أن يخضد شجر مكة وأن يحتلى خلالها ورخص في الإذخر .
ففى كل مثال من هذه عدول عن الحكم الكلى إلى حكم استثنائى فى جزئية وسند
العدول هو الأثر أى النص نفسه وتميمية هذا استحسانا تجوز ظاهر لأن الحكم
فى الجزئية ثابت بالنص لا بالاستحسان .

(ح) استحسان سنده العرف ، ومن أمثلته عقد الاستصناع عقد على معدوم
وصح استحسانا للعرف . وقف المنقول الذى لم يرد بوقفه نص لا يصح ولكن إذا
تعرف وقفه صح . من حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث للعرف .

(د) استحسان سنده الضرورة كطهارة الحياض والآبار واغتفار الغبن اليسير
والعفو عن رشاش البول فالحكم بهذه الطهارة والاعتفار والعفو استحسان سنده
الضرورة . ومن أمثلتهم لهذا النوع يؤخذ أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الضرورى
والحاجى أى مالا بد منه للحياة وما لا بد منه لرفع الحرج .

قال سعد الدين التفتازانى الاستحسان حجة لأنه إما بالأثر كالسلم والإجارة
وبقاء الصوم مع الأكل ناسياً . وإما بالإجماع كالاستصناع . وإما بالضرورة كطهارة
الحياض والآبار . وإما بالقياس الخفى وأمثله كثيرة .

وقال المالكية أنواعه ثلاثة .

الأول : استحسان سنده العرف كمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكا لا يحنث مع
أن السمك لحم والقرآن سماه لحماً فى قوله « ومن كل تأكلون لحماً طرياً » ولكن
العرف لا يسمى السمك لحماً ، فعدل عن موجب القياس للعرف .

الثانى : استحسان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال فى يده
مقتضى القياس أنه لا يضمن ، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة وهى
المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحسان سنده رفع الحرج ، ولهذا يغتفر الغبن اليسير فى المعاملات
ويتسامح فى التأفاه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدّها الحنفية ، وأنواعه التي عدّها المالكية ، يتبين أنهم اتفقوا في نوعين : في الاستحسان الذي سنده العرف ، وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف ، أو للمصلحة ، أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بعد نوعين : الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي ، والاستحسان الذي سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين حكماً بالاستحسان لا يظهر له وجه ، لأن الحكم في النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يعارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، وكذلك الحكم في النوع الثاني وهو الذي سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كاستثناء لا يخرج عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، فصدر الحكم في النوع الأول القياس ، ومصدر الحكم في النوع الثاني النص ، وفي التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم وإنما حكم ابتداء بأرجح القياسين ، وحكم ابتداء بالنص .

هل يعدى الحكم المستحسن ؟

قرر علماء الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده قياس خفي يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى . وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص ، أو العرف ، أو الضرورة ، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه في هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله . ومثلوا لتعدية الحكم الذي سنده قياس خفي بتخالف البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا : هذا حكم بالاستحسان وسنده استحسانه قياس خفي فيتعدى من البائع والمشتري إلى ورثتهما ، فلو مات البائع والمشتري قبل قبض المبيع وختلف ورثتهما في مقدار الثمن تحالفا . ويتعدى أيضاً

من البيع إلى الإجارة ، فإذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة قبل استيفاء المقود عليه تحالفا .

وفي هذا نظر في وجهين ؛ أحدهما : أننا قدمنا في بحوث القياس أن الحكم الذي يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص . وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى . وبيننا وجه هذا وإثبات التحالف بين ورثتي البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض البيع ليس بالقياس على البائع والمشتري وإنما هو تطبيق للحكم الكلي لكل متداعيين معتبر كل واحد منهما مدعيا ومنكرا في وقت واحد . وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر .

وثانيهما : أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التي تحققت فيها علمته . ولهذا لما ورد الترخيص في العرايا وهي بيع الرطب على النخل بالتمر ، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس ، وأن التقدير فيه بالحرص والتخمين يقرب من الحقيقة ، وأن يسير التفاوت عفو ، عدى هذا الترخيص إلى بيع العنب على الكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل العرايا . وقد أثبتنا في بحوث القياس أن تعدية الحكم بالقياس إلى غير موضع النص أساسه إدراك علة حكم النص سواء كان حكما مبتدأ أو حكما استثنائيا .

٤ - مذاهب العلماء في حجية الاستحسان - أشهر المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة : فمذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعى ثبت به الأحكام في تقابلة ما يوجبه القياس ، أو عموم النص . وقد تعددت عباراتهم في تعريفه وفي بيان أنواعه كما قدمنا . ومذهب الشافعى أنه ليس بدليل شرعى وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأى في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعى . ومذهب فريق من العلماء أنه دليل شرعى ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس أو العمل بالعرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكانى ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه « فقد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل

لا فائدة فيه أصلا لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى.

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنان :

أولهما : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم ، أو تعميم الكل ، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملاسبات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكل يوجب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب للمدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكل إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة . وهذا المدول المقصود به درء المفسد وجلب المصالح هو الذي نسميه الاستحسان . وإلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله الاستحسان طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس . ومن أنعم النظر في أمثلة الاستحسان من أي نوع من أنواعه يتبين أن المدول عن موجب القياس أو عموم العام في كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة . فالحق سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ثم قال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » . وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه ثم قال : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » والرسول نهى عن بيع المدوم ورخص في السلم ، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة . وأما أدلة منكري الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعي بعدة عبارات أوردها في كتابه الأم وفي رسالته الأصولية . وأنا أكتفي بذكر نصوص

بعض عباراته في كتابيه ؛ قال في الأم^(١) : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واحداً ولا في واحد من هذه المعاني » .

وقال في الأم أيضاً : « إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاجتهاد لعين قائمة وإنما هو شيء يحدته من نفسه ، ولم يؤمر باتباع نفسه ، وإنما أمر باتباع غيره . فإحداثه على الأصوليين اللذين افترض الله عليه ، من إحدائه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأى نفسه . فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه ، وعليه أن يتبع غيره . فلا استحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد على غير كتاب ولا سنة » .

وقال في رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر . والخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق » .

وقال فيها أيضاً : ولو جاز تمطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز » .

وقال فيها أيضاً : « إذا كان هذا هكذا — يشير إلى تقدير المثل في قول الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم — فيما تقل قيمته من المال ويسهل فيه الخطأ كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ » .

(١) انظر كتاب ابطال الاستحسان في الجزء السابع من الأم .

(٢) انظر فهرس رسالة الشافعي في الأصول والصفحات التي ورد فيها الاستحسان —

وقال فيها أيضا : « كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم روعى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعه . وإذا لم يكن فيه حكم بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياسي » .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعى أن ينكر الاستحسان لأمرين :

أولهما : أن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المستحسن للمجتهد هو حكم وضعى لشرعى وهو مبنى على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص فى كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الواجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله : « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعى بقوله أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه وبقوله : « فإن تفازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول » وهذا ما أراده الشافعى بقوله : أو قياس على بعض هذا . فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع النص ، وليس له فيما لا حكم فيه بالنص إلا أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذى أرشد الله إليه وهو القياس . وبالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذى يقتضيه النص أو القياس إلى حكم يقول إنه استحسنه ، لأن فى هذا تقديم حكم الرأى على حكم الدليل الشرعى .

و أما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعيا مستقلا ، فدليلهم أنه بالنظر فى كل نوع من الأنواع التى سميت استحسانا يتبين أن سند الحكم الشرعى فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المسماة . فى النوع الأول وهو الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان ، كل واحد منهما يقتضى قياسا لتعديده حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها فى جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية فى تزويج الولى للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعى مناسبه البكارة لثبوت الولاية . وفى النوع

الثاني وهو الاستحسان الذي سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفي النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعرف . وفي النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . أى بالمصلحة ، وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان . (٤)

تحرير محل الخلاف : قال بعض المحققين : الحق أنه لا يتحقق استحسان يختلف فيه ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصاح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقاً ، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد ؛ فما هو مقبول اتفاقاً العدول عن موجب قياس إلى موجب قياس أقوى منه ، أو تخصيص موجب قياس بأقوى منه . ومما هو مردود اتفاقاً العدول عن موجب الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة . ومما هو متردد بين القبول والرد العدول عن موجب الدليل للعرف أو المصلحة ، لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعاً فلا استحسان بناء عليهما مقبول ، وإذا كانا غير معتبرين شرعاً فلا استحسان بناء عليهما مردود .

وقال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل ، ولا يقول به أحد ، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد .

ومن هذا يؤخذ أن المختلفين في الاستحسان لم يحرزوا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي فالقائلون بالاستحسان يقررون حجية الاستحسان الذي هو عدول عن الحكم في مسألة عما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي هذا العدول كما عرفه الكرخي من علماء الحنفية أو هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي استثناء من ذلك القياس كما عرفه ابن رشد من علماء المالكية . أو هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص كما عرفه الطوفي وابن قدامة من علماء الحنابلة .

والمنكرون لحجية الاستحسان ينكرون الاستحسان الذي معناه استحسان المجتهد بمقله وهواه .

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغي أن يخالف فيه أحد لأنه ما هو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً عند المجتهد .

والاستحسان بالمعنى الثانى لا يقول به أحد لأن ترك الحكم الذى دل عليه دليل شرعى إلى حكم بمجرد استحسان العقل والهوى هو تعطيل للأدلة الشرعية ولهذا قال صاحب التلويح « الحق أنه لا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع فإن كان النزاع فى صحة العدول عن موجب دليل إلى دليل أقوى منه فهذا لا ينبغى أن يكون محلاً للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لا خلاف فيه . وإن كان النزاع فى تسمية هذا العدول استحساناً فلا مشادة فى الاصطلاح » وقال الشاطبى فى الموافقات « من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك » .

والذى وسع الخلاف فى هذا الموضوع وأمثاله هو أن المقلدين للأئمة غلوا منهم فى نصرة أئمتهم كان الواحد منهم إذا ظفر بعبارة لإمام غير إمامه ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر وأخذ فى الرد والإبطال وجاء سلفه مؤيداً ومبالغا فتسع مسافة الخلاف ولو أحسن الظن وحمل العبارة على محمل حسن ما وجد محل للخلاف .

هذا ابن قدامة المقدسى من أجل علماء الحنابلة المتوفى فى سنة عشرين وستمائة للهجرة لما وصل إلى مبحث الاستحسان فى كتابه روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب أحمد قال : الاستحسان له ثلاثة معان .

١ - أحدها أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة ، وقال هذا مذهب أحمد وهو مما لا ينكر وإن اختلف فى تسميته فلا فائدة فى الاختلاف فى الاصطلاحات مع الاتفاق فى المبنى .

٢ - وثانيها أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله قال حكي عن أبي حنيفة أن هذا حجة ثم قال ولنا على فساده مسلكان وأخذ فى بيان فساد هذا المذهب على أنه مذهب أبي حنيفة مع أن أئمة علماء الحنفية كالكرخى والنسفى والبزدوى ما عرفوا الاستحسان بهذا وهذا صدر الشريعة من علماء الحنفية يقول إذا ذكرنا الاستحسان فإنما نريد به القياس الخفى فى مقابلة القياس الظاهر .

ولو كان المختلفون يحرمون محل الاختلاف قبل تبادل الحجج لاستراح المسلمون من عناء البحث فى كثير من الاختلافات اللفظية .

الاستصلاح

الاستصلاح هو أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه وفيه التسع لمسايرة التشريع تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم . والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء لأن الأهواء كثيراً ما تزين المفسدة فتري مصلحة وكثيراً ما يفتتر بما ضرره أكبر من نفعه والبحوث التي نخصها بالبيان من بحوثه .

١ - تعريفه

٢ - مذاهب العلماء في الاحتجاج به .

٣ - أدلة كل مذهب .

٤ - شروط التشريع بالاستصلاح .

٥ - هل يراعى الاستصلاح حيث توجد أحكام بالنصوص .

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

أما الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين فهو تشريع الحكم في واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسله أي مطلقة بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لإلغائها . وبعض الأصوليين كالحنابلة يسميه الاستصلاح وبعضهم يسميه العمل بالمصلحة المرسله .

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

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

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

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

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

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

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

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

أما إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكماً لها . ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم ، أي أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً ؛ فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة ، أما وجه أنه مصلحة فلا أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر

أو جلب نفع ، وأما وجه أنه مصلحة مرسله أي مطلقة فلا أنه لا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

فالاستصلاح هو استنباط الحكم في واقعة لانص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المصلحة . ويكون الحكم المتوخى به المصلحة فيها حكماً شرعياً لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التي ما قصد بتشريعها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتي دل استقرارها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

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

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

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

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

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

قال العز بن عبد السلام^(١) : إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل ؛ وذلك فى معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضنة ودرء المفاسد المحضنة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن .

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

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

(١) توفى فى جمادى الأولى سنة ٦٦٠ هـ .

أو مفسدته ، والشريعة كلها مصالح ، أو تدرأ مفسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : « يأيها الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجدد إلا خيراً يحوطك عليه أو شراً يزعرك عنه .

وقال أبو إسحاق^(١) الشاطبي الفقيه المالكي : إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل : « رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى في الصيام : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ » وفي الصلاة : « إِنْ الصَّلَاةُ تَنَهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ » وفي القبلة : « فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ » وفي الجهاد : « أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بَأْنَهُمْ ظُلُمُوا » وفي القصاص : « وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ » .

وقال محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم^(٢) : « إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله أتم دلالة وأصدقها ، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون ، وهداه الذي به اهتدى المهتدون ، وشفأؤه التام الذي به دواء كل عليل ، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل ، وهي العصمة للناس وقوام العالم ، فيها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا .

(١) توفي سنة ٧٩٠ هـ .

(٢) توفي سنة ٢٥١ هـ .

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

أدلة من لا يحتجون بالاستصلاح : الذين لا يحتجون بالاستصلاح في التشريع
فريقان : الأول نفاة القياس وهؤلاء حجبتهم على إنكار الاستصلاح هي حجبتهم على إنكار القياس ، وهي أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا . ومأنص عليه في كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء . فهؤلاء لا يقولون بعمل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

والفريق الثاني : جمهور من مثبتى القياس في مقدمتهم الإمام الشافعي وقد استدلوا على مذهبهم بعدة أدلة .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ومن مؤلفات الطوفى كتاب فى شرح الأربعين حديثا النووية ، وقد أفاض فى شرح الحديث الثانى والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ^(١) » فجاء رسالة فى رعاية المصالح المرسلّة .

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

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

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

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

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

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هي :

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

وهذا الدليل يتفق وما استدلل به المالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسلة فيما لانص على حكمه ولا إجماع .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

أنها مصلحة حقيقية عامة لأنه متى ثبت يبحث الجماعة التشريعية أنها مصلحة حقيقية عامة فهي مصلحة اعتبر الشارع مثلها أو جنسها، والحكم الذي يحققها حكم شرعي لأنه مثل ما حكم به الشارع أو من جنسه .

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

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التي عارضت حكم النص روعيت وعدل عن حكم النص وكان اعتبارا لأرجح المصلحتين ، وفي الحقيقة ينبغي أن يكون هذا رأى العلماء جميعهم لا رأى الغزالي وحده ، لأن الحال التي توافرت فيها هذه الأمور الثلاثة هي حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

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

الخلاصة — والذي خلص لى من إنعام النظر في المذاهب في الاستصلاح ووجهات نظر المختلفين نتائج ثلاث :

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

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

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

رسالة الطوفى فى رعاىة المصلحة

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

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

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

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

الحديث الثاني والثلاثون^(*)

عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدرى (رضى الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار». حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطنى وغيرهما مسنداً، ورواه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلاً، فأسقط أبا سعيد. وله طرق يقوى بعضها ببعض. الكلام على إسناده، ولفظه، ومعناه:

سند الحديث

أما إسناده، فالكلام عليه فى مواضع:

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

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

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

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

(١) فى [ب]: عند الأولين.

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

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

وقد يكون سنة : إما عن راوى الحديث نفسه أو عن غيره ، وقد قيل في المثل : لا تخاصم بواحد أهل بيت . فضميفان يغلبان قويا ! وقال الآخر :

إن القداح إذا اجتمعن فراءها بالكسر ذو حنق وبطش أيد عزت فلم تكسر ، وإن هى بددت فالكسر والتوهين^(١) للمتبدد

قلت : فكذلك الأسانيد اللينة ، إذا اجتمعت حصل منها إسناد قوى ، كما قال الشافعى رضى الله عنه فى قلتين نجستين ضمت^(٢) إحداهما إلى الأخرى : صارتا طاهرتين ، وله نظائر . فإذا هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه^(٣) .

لفظ الحديث

وأما لفظه فالضرر : مصدر ضره يضره ضراً وضرراً ، والضرار : مصدر ضارّه يضارّه ضراراً . وفى التنزيل « ولا تمسكوهن ضراراً » . والضرر : إلحاق مفسدة بالغير^(٤) مطلقاً ، والضرار : إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة ، أى كل منهما يقصد ضرر صاحبه . ويروى هذا الحديث : ولا إضرار بزيادة ألف^(٥) ، وهو مصدر أضرّ به إضراراً إذا ألحق به ضرراً ، وهو فى معنى الضرر .

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

(١) فى [ب] : والتوهين . (٢) فى [ب] : جمعت . (٣) فى [ب] : بموجبه .

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

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

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

وإنما كان الضرر منتفياً^(١) شرعاً فيما عدا ما استثنى . لأن الله عز وجل يقول : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر^(٢) » ، « يريد الله أن يخفف عنكم^(٣) » ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج^(٤) » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج^(٥) » وقال عليه السلام « الدين يسر » ، « بعثت بالحنيفة السمجة » : السهلة^(٦) ، ونحو ذلك من النصوص المصرحة بوضع الدين على تحصيل النفع والمصلحة ، فلو لم يكن الضرر والضرار^(٧) منقياً شرعاً — لزم وقوع الخلف في الأخبار الشرعية المتقدم ذكرها ، وهو محال .

معنى الحديث

وأما معناه فهو ما أشرنا إليه من نفي الضرر والمفاسد شرعاً ، وهو نفي عام إلا ما خصصه الدليل ، وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة ؛ لأننا لو فرضنا أن بعض أدلة الشرع تضمن ضرراً — فإن نفيها بهذا الحديث كان عملاً بالدليلين ، وإن لم ننفع به كان تعطيلاً لأحدهما ، وهو هذا الحديث . ولا شك أن الجمع بين النصوص في العمل بها أولى من تعطيل بعضها .

أدلة الشرع

ثم نقول :^(٨) إن أدلة الشرع تسعة عشر باباً بالاستقراء ، لا يوجد بين العلماء غيرها . أولها الكتاب ، وثانيها السنة ، وثالثها إجماع الأمة ، ورابعها إجماع أهل المدينة^(٩) ،

(١) في [١] منقياً ، وهذا الذى اخترته هو ما جاء في [ب] ، وهو أدق في نظرى .
(٢) ١٨٥ : البقرة (٣) ٣٨ : النساء (٤) ٦ : المائدة (٥) ٨٧ : الحج
(٦) ذكرت هذه الصفة في (أ ، ب) ضمن الحديث ، كأنها لإحدى كلاته .
(٧) في [١] : الإضرار ، بدلاً من الضرار . وقد ذكر قبل أنها رواية في الحديث .
(٨) بهذا الكلام عن أدلة الشرع تبدأ الرسالة التى جردها القاسمى من كلام الطوفى . وقد أورده هناك (بعد البسملة) بعبارة . اعلم أن أدلة الشرع ... الخ
(٩) في (أ ، ب) : إجماع المدينة . وقد زدت (أهل) تمشياً مع ما اضطلع عليه الأصوليون . وكذلك ورد في [ح ، د] .

وخامسها القياس ، وسادسها قول الصحابي ، وسابعها المصلحة المرسله ، وثامنها الاستصحاب ، وتاسعها البراءة الأصلية ، وعاشرها العوائد^(١) ، الحادي عشر الاستقراء ، الثاني عشر سد الذرائع ، الثالث عشر الاستدلال ، الرابع عشر الاستحسان ، الخامس عشر الأخذ بالأخف ، السادس عشر العصمة ، السابع عشر إجماع أهل الكوفة ، الثامن عشر إجماع العترة^(٢) ، التاسع عشر إجماع الخلفاء الأربعة . وبعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه . ومعرفة حدودها ، ورسومها ، والكشف عن حقائقها ، وتفصيل أحكامها - مذكور في أصول الفقه .

ثم إن قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » يقتضي رعاية المصالح إثباتا^(٣) ، والمفاسد نفيا ؛ إذ الضرر هو المفسدة ، فإذا نفاها^(٤) الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة ؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما .

أقوى الأدلة

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

وتقرير ذلك أن النص والإجماع إما أن لا يقتضيا ضررا ولا مفسدة بالكلية ، أو يقتضيا ذلك ، فإن لم يقتضيا شيئا من ذلك فهما موافقان^(٦) لرعاية المصلحة ،

(١) هكذا ذكر هذا الدليل في [ا ، ب] ، أما في [ح ، د] فقد ذكر بلفظ (العادات) .

(٢) زادت [ح ، د] هنا : (عند الشيعة) وهي زيادة لا وجود لها في [ا ، ب] .

(٣) في [ح ، د] زيادة (ونفيا) هنا ، وهي زيادة على ما في [ا ، ب] ، مفسدة للمعنى ؛ إذ المصالح إنما تراعى إثباتا ، والمفاسد إنما تراعى نفيا . وكما لا يجوز أن تراعى هذه اثباتا لا يجوز أن تراعى المصالح نفيا .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والذي يبدو لي أن تذكير الضمير على رجوعه للضرر أولى من تأنيثه على رجوعه للمفسدة ؛ إذ لفظ الضرر هو المنفي في الحديث ، وجواب (لذا) : لزم لإثبات النفع .

(٥) في [ح ، د] : ولا تنازع .

(٦) في [ح ، د] : موقوفان ، وهو تحريف مفسد للمعنى .

وإن اقتضيا ضررا — فإما أن يكون [أى الضرر] مجموع مدلوليهما أو بعضه ، فإن كان مجموع مدلوليهما فلا بد أن يكون من قبيل ما استثنى من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ، وذلك كالحذود والمقوبات على الجنايات ، وإن كان الضرر بعض مدلوليهما — فإن اقتضاه دليل خاص اتبع الدليل ، وإن لم يقتضه دليل خاص وجب تخصيصهما بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ؛ جمعا بين الأدلة^(١) .

ولعلك تقول إن رعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » — لا تقوى على معارضة الإجماع لتقضى عليه بطريق التخصيص والبيان لأن الإجماع دليل قاطع ، وليس كذلك رعاية المصلحة ؛ لأن الحديث الذى دل عليها واستفادت منه ليس قاطعا ، فهى^(٢) أولى — فنقول لك إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ، ويلزم من ذلك أنها أقوى^(٣) أدلة الشرع ؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى . ويظهر ذلك^(٤) بالكلام فى المصلحة والإجماع :

المصلحة

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

(١) أما لفظها فهو^(٥) مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له ، كالتقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به ،

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

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

(٣) فى [ح ، د] « أنها من أدلة الشرع » ، وما ذكرته هنا — وهو الوارد فى [ا ، ب] — هو النتيجة السليمة للمقدمة المذكورة قبله .
(٤) هكذا فى [ب] وفى [ح ، د] « من الكلام » .

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

والسيف على هيئته الصالحة للضرب به^(١) .

(ب) وأما أحدها بحسب العرف^(٢) فهي السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم^(٣) كالعمادات .

(ح) وأما بيان اهتمام الشرع بها فمن جهة الإجمال والتفصيل : أما الإجمال فقوله عز وجل : « يا أيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم ، وشفاء لما فى الصدور . . . الآيتين^(٤) » ، ودلالتهما من وجوه :

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

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

الوجه الثالث : وصفه^(٨) بالهدى .

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

(١) فى [ح ، د] : كالأقلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة ، والسيف على هيئة المصلحة للضرب . وقد وردت العبارة صحيحة فى [أ] ومحرقة فى [ب] .

(٢) فى [أ] « بحسب العرف » وهو خطأ واضح .
(٣) فى [ح ، د] « وإلى ما لا يقصده لحقه كالعمادات » وما ورد فى [أ ، ب] — وهو ما نقلته هنا — أدق فى نظرى . . .

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

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

(٦) فى [ح ، د] : « مصالحهم » ، وما ورد فى [أ ، ب] هو ما أثبتته هنا .

(٧) فى [ح ، د] : « الأذى » . . .

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

الوجه الخامس : إضافة ^(١) ذلك إلى فضل ^(٢) الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

الوجه السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك ^(٣) . فقوله عز وجل : « فبذلك فليفرحوا » — هو في معنى التهنئة لهم . والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

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

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

فإن قيل : لم لا يجوز ^(٤) أن يكون ^(٥) من جملة مراعاة من مصالحهم نصب النص والإجماع دليلاً لهم على معرفة الأحكام — قلنا : هو كذلك ، ونحن نقول به في العبادات ، وحيث وافقنا ^(٦) المصلحة في غير العبادات ، ونحن نرجح ^(٧) رعاية ^(٨)

(١) في [ح ، د] « إسناد » بدل إضافة .

(٢) في [ح ، د] : « إلى فعل الله » وهو تحريف للفظ الوارد في النص .

(٣) ذكر الوجه السادس في [ح ، د] هكذا « الوجه السادس : الفرح بذلك لقوله ... وما نقلته هنا عن المخطوطتين ترجمة أمينة للنص القرآني .

(٤) في [أ] « لم يجوز » وهو نقص بعكس المعنى .

(٥) في [ب] « تسكون » وهو تأنيث لا وجه له .

(٦) هكذا بضمير الاثنين العائد على النص والإجماع كما في [أ ، ب] ... أما [ح ، د] فقد ورد فيهما الفعل مستنداً إلى المفرد الغائب ، ولا وجه له .

(٧) في [ح] : « وإنما نرجح » . وفي [د] : « وإنما ترجع » بتحريف الفعل ، أما [أ ، ب] ففيهما : ونحن نرجح . وهو أدق ؛ لأن فيه نسبة الترجيح إلى المؤلف ، على حين أن في العبارة معرفة ادعاء التسليم بالترجيح ...

(٨) هكذا في [أ ، ح ، د] . أما [ب] ففيها « عامة » بدل رعاية . وهو تحريف .

المصالح في العادات^(١) والمعاملات ونحوها لأن رعايتها في ذلك هي^(٢) قطب مقصود الشرع منها ، بخلاف العبادات فإنها حق الشرع ، ولا يعرف كيفية إيقاعها إلا من جهته نصاً وإجماعاً .

وأما التفصيل ففيه أبحاث :

الأول : في أن أفعال الله عز وجل معللة أم لا : حجة المثبت أن فعلا لا علة له عبث ، والله عز وجل منزّه عن العبث ، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو « لتعلموا عدد السنين والحساب^(٣) » وحجة^(٤) النافي أن كل من فعل فعلا لعله فهو مستكمل بتلك العلة ما لم يكن له قبلها ، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره ، والنقص على الله عز وجل محال . وأجيب عنه بمنع السكينة ، فلا يلزم ما ذكره إلا في حق المخلوقين . والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكالهم ، لا بنفع الله عز وجل وكاله ؛ لاستغنائه بذاته عما سواه^(٥) .

المبحث الثاني : أن رعاية المصالح تفضل^(٦) من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة ، واجبة عليه عند المعتزلة . حجة الأولين أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك ، فلا^(٧) يجب عليه شيء ، وأن^(٨) الإيجاب يستدعى موجبا أعلى ، ولا أعلى من الله عز وجل . وحجة الآخرين أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة ،

(١) لم تذكر العادات في [ج ، د] مع أن [ا ، ب] اتفقنا على ذكرها ، وهو في نظري أنسب من الحذف .

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

(٣) ١٢ : الإسراء .

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

(٥) في [ب] وردت هذه العبارة معرفة هكذا : « والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غايته فيعود بنفع المكلفين ، فسكاهم لا ينفع الله عز وجل وكاله ، لاستغنائه بذاته عما سواه » . وليس في [ج ، د] كلمة « وكاله » .

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

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

(٨) في النسخ الأربع : ولأن ، والسياق يقتضي حذف اللام ليتمكن العطف على [أن الله] قبله .

فوجب أن يراعى مصالحهم؛ إزالة لعلهم في التكليف، وإلا لكان^(١) ذلك تكليفاً بما لا يطاق أو شبيهاً به . وأجيب عنه بأن هذا مبنى على تحسين العقل^(٢) وتقييحه ، وهو باطل عند الجمهور .

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث ألزم التفضل بها ، لا واجبة عليه ، كما قلنا^(٣) في « إنما التوبة على الله » : إن قبولها واجب منه لآله . وكذلك الرحمة في قوله عز وجل : « كتب على نفسه الرحمة^(٤) » ، ونحو ذلك . .

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

البحث الرابع : في أدلة رعاية المصلحة على التفصيل ، وهي من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والنظر . ولندكر من كل منها يسيراً على جهة ضرب المثال ؛ إذ استقصاء ذلك بعيد المنال^(٦) .

أما الكتاب فنحوقوله تعالى : « ولكم في القصص حياة » ، « والسارق

(١) هكذا في [ب] أما في [أ] فقد حرف الفعل إلى (فكان) .

(٢) في [ب] : الفعل ، وهو تحريف .

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

(٤) ٥٤ : الأنعام . وفي [ح ، د] : « كتب ربكم على نفسه الرحمة » ، وهي الآية ١٢ في السورة نفسها .

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

(٦) هكذا في [ج ، د] أما في [أ ، ب] فالعبارة : (إذ استقصاء ذلك يتعذر) وقد حرف الفعل في [ب] إلى : يمتذر .

والسارقة فاقطعوا أيديهما» ، « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وهو كثير . ورعاية مصلحة الناس في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم مما ذكرنا ظاهرة^(١) ، وبالجملة فما من آية من كتاب الله عز وجل إلا وهي تشتمل على مصلحة أو مصالح ، كما بيناه^(٢) في غير هذا الموضع .

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

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء — إلا من لا يعقده من جامدى الظاهرية — على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفسد ، وأشدهم في ذلك مالك حيث قال بالمصالح المرسلة . وفي الحقيقة لم يختص بها ، بل الجميع قائلون لها ، غير أنه قال بها أكثر منهم . وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح^(٣) . ومن ثم علل وجوب الشفعة برعاية حق الجار ومصلحته^(٤) ، وجواز السلم والإجارة بمصلحة الناس ، مع مخالفتها للقياس ؛ إذ هما معاوضة على معدوم ؛ وسائر أبواب النقد ومسائله معلل^(٥) بالمصالح .

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

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

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

(٣) في [ج ، د] اقتضت هذه العبارة ، فوردت مفسدة المعنى المقصود هكذا : (وأما الإجماع ففسد أجمع العلماء — إلا من لا يعقده من جامدى الظاهرية — على تعليل الأحكام بالمصالح المرسلة ، وفي الحقيقة الجميع قائلون بها ، وحتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح .)

(٤) هذه الكلمة سقطت من [ح ، د] .

(٥) هكذا في [ا] أما في [ب] فقد ذكر الفعل المضارع المبني للمجهول بدلا منها ...

وفي [ح ، د] حرفت الى « لعل » .

خلقه عموماً وخصوصاً : أما عموماً ففى مبدئهم ومعاشهم : أما المبدأ فحيث أوجدهم بعد العدم ، على الهيئة التى ينالون بها مصالحهم فى حياتهم ؛ ويجمع ذلك قوله عز وجل : « يأيها الإنسان ما غرّك بربك الكريم ، الذى خلقك فسوّاك فعدلك ، فى أى صورة ما شاء ركبك ^(١) » وقوله عز وجل : « الذى أعطى كل شيء خلقه ثم هدى ^(٢) » .

وأما المعاش فحيث هيا لهم أسباب ما يعيشون به ويتمتعون ، من خلق السموات والأرض ، وما فيهما وما بينهما ، وجماع ^(٣) ذلك قوله عز وجل : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً ^(٤) » ، « وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه ^(٥) » ، وتفصيله بعض التفصيل فى قوله عز وجل : « ألم نجعل الأرض مهاداً إلى قوله ^(٦) : « إن يوم الفصل كان ميقاتاً » ، وفى قوله عز وجل : « فلينظر الإنسان إلى طعامه أنا صبينا الماء صباً » إلى قوله عز وجل ^(٧) : « متاعاً لكم ولأنعامكم » .

وأما خصوصاً فرعاية مصلحة المعاد فى حق السعداء ^(٨) ، حيث هداهم السبيل ووقفهم لنيل الثواب الجزيل ، فى خير مقيل ^(٩) .

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

(١) الانفطار : ٦ و ٧ و ٨ .

(٢) طه : ٥٠ .

(٣) فى [ج ، د] وردت هذه العبارة هكذا « وجميع ذلك فى قوله عز وجل . ألم نجعل الأرض ... » وقد أكلتها على هذا النحو من [ا ب]

(٤) البقرة : ٢٩ .

(٥) الجاثية : ١٣ .

(٦) بقية الآيات : « والجيال أوتادا . وخلقناكم أزواجا . وجعلنا نومكم سباتا . وجعلنا الليل لباسا . وجعلنا النهار معاشا . وبنينا فوقكم سبعا شدادا . وجعلنا سراجا وهاجا . وأنزلنا من المعصرات ماء ثجاجا لنخرج به حبا ونباتا . وجنات ألفافا . » [٦ — ١٦] : النبأ .

(٧) بقية الآيات : « ثم شققنا الأرض شقا . فأنبتنا فيها حبا . وعنباً وقضبا . وزيتونا ونخلا . وحدائق غلبا . وفاكهة وأبا . » [٢٤ — ٣٢] : عبس .

(٨) وردت هذه العبارة فى [ج ، د] . فرعاية مصالح العباد السعداء ...

(٩) فى [ب] : كل مقيل .

الموجب لمصلحة المعاد^(١) ، لكن بعضهم فرط بعدم الإجابة ، بدليل قوله عز وجل : « وأما ثمود فهديناهم ، فاستجبوا لعمى على الهدى^(٢) » وتحرير هذا المقام أن الدعاء كان عموماً ، والتوفيق المكمل للمصلحة المصحح لوجودها كان خصوصاً ، بدليل قوله عز وجل : « والله يدعو إلى دار السلام ويهدي من يشاء إلى صراط مستقيم^(٣) » ، فدعاهم ، وهدى ووفق خاصاً .

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

(٥) وأما أن رعاية المصلحة مبرهنة^(٥) فقد دل عليه ما ذكرناه من اهتمام الشرع بها ، وأدلتة^(٦) .

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

(٢) فصلت : ١٧

(٣) يونس : ٢٥

(٤) هكذا في [أ ، ب] . أما في [ح ، د] فقد ذكر (أحم) بدلا منها .

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

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

الإجماع

وأما الإجماع^(١) فالنظر في لفظه ، وحده ، وأدلته ، والاعتراض عليها ثم معارضتها .

(١) أما لفظه^(٢) فهو إفعال من جمع يجمع ، وهو في اللغة : العزم ، والاتفاق .

يقال : أجمع القوم^(٣) على كذا إذا عزموا ، وإذا اتفقوا أيضاً .

(ب) وأما حده اصطلاحاً فهو اتفاق مجتهدي هذه الأمة على أمر ديني .

(ح) وأما أدلته فالكتاب ، والسنة ، والنظر .

أدلته من الكتاب

أما الكتاب فمنه آيات :

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

والاعتراض عليه من وجوه كثيرة أقواها ستة :

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

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

(٢) في [ب] ألفاظه ، وهو تحريف .

(٣) في [١] أجمع القول ، وهو محرف عن القوم . (٤) النساء : ١١٥ .

(٥) لم تذكر كلمة وجه في [١] ، ولم تذكر واو العطف في [ب] وقد رأيت أن العطف أنسب .

المؤمنين ، فهما جميعا واجبان^(١) ، ولا يلزم من وجوب الشيء مع غيره وجوبه منفرداً لجواز أن يكون الآخر شرطاً فيه ، أو ركناً له .

الثاني : أن اللام في المؤمنين تحتمل العهد والاستغراق . وبتقدير كونها للعهد لا يتم الدليل ؛ لاحتمال إرادة جماعة من المؤمنين مخصوصة ، كالصحابة أو بعضهم ، كما ذهب إليه الظاهرية من أن الحجة في إجماع الصحابة لا غير ؛ لأن الخطاب لهم وفي عصرهم^(٢) ، فيختص بهم .

الثالث : أن الإضافة في « غير سبيل المؤمنين » ليست محضة^(٣) ؛ لأن غير لا تعرف بالإضافة لشدة إبهامها ، وحينئذ لا تدل الآية على ترتيب الوعيد على كل فرد من اتباع غير سبيل المؤمنين ؛ إذ يبقى تقدير الآية : ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين ، فيحمل^(٤) ذلك الأمر على غير سبيلهم في الإيمان ، وحينئذ يقصر الوعيد على^(٥) مشاققة الرسول والكفرة ، ولا دليل فيه على اتباع الإجماع .

وفي هذا الوجه نظر لأن الكلام في سياق الشرط ، والنكرة في سياق الشرط تعم كما في سياق النفي . ويمكن دفع هذا النظر بأن يحمل الأمر المذكور في قوله « ويتبع أمراً مغايراً لسبيل المؤمنين » على معهود معين^(٦) وهو الكفر ، ويدل عليه سياق الآية بعدها وقبلها ؛ فإنها في الكفر والكفار .

ويمكن تقرير هذا الوجه ابتداءً بأن منع العموم في سبيل المؤمنين يحتمل^(٧) على سبيلهم في خصوص الإيمان ، فيكون^(٨) الوعيد على مخالفتهم فيه بالكفر ، وهذا

(١) لعله يعني بوجوبهما ضرورة وجودهما للوعيد . وإلا فهما ممنوعان لا واجبان ...

(٢) في [١] حرفت هذه الكلمة إلى (وفي غيرهم) .

(٣) في [١] ليست مختصة ، وهو تحريف .

(٤) في [١] وينفع .

(٥) وردت هذه الكلمة في [١] يعبر ، وفي (ب) يضر ، وأعتقد أنها محرفة في النسختين

عما هنا .

(٦) في [١] : حرفت هذه الكلمة إلى مغير .

(٧) ورد هذا الفعل في [١] : فيحمل ، وفي [ب] : يحتمل ، وكلاهما تحريف .

(٨) سقط هذا الفعل من [ب] فاضطربت العبارة فيها .

غير ما قدرته أولا ؛ لأن هذا منع^(١) لعموم سبيل المؤمنين ، وذلك منع^(٢) لعموم المغيرة التى دلت عليها غير .

الرابع : أن السبل ثلاثة : سبيل المؤمنين ، وسبيل غير المؤمنين والسبيل المتوسطة بينهما ، لاسبيل هؤلاء ، ولا سبيل هؤلاء ، بل السبيل المباحة التى لا وعد عليها ولا وعيد . وبتقدير^(٣) وجود هذه الواسطة — لا يتم الدليل على وجوب اتباع سبيل المؤمنين .

الخامس : أن الآية مقابلة للتى فى الجملة الشرطية ، ومعطوفة عليها^(٤) . وفى التى قبلها خصال ثلاث ؛ فوجب أن يكون المراد بسبيل^(٥) المؤمنين فيها أضداد تلك الخصال الثلاث ؛ تصحيحا للمقابلة وتحقيقا لها فى الآيتين . بيان ذلك أن الآية التى قبل هذه « لاخير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ، ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله ، فسوف نؤتيه أجراً عظيماً » (ثم قابلها بقوله عز وجل^(٦)) : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين » ، أى فى الأمر بالصدقة والمعروف والإصلاح ، بأن أمر بأضداد ذلك . وهذا تأويل له ظهور فى الآية ، ولو لم يكن إلا مجرد احتماله قدح فى دلالة الآية على المطلوب^(٧) .

السادس : بتقدير تسليم ما ذكرتم ، فإنما يدل على وجوب اتباع الإجماع ، ونحن نقول به فى العبادات وأشباهها من المقدرات^(٨) التى لا نعلم إلا بالنص أو مقام مقامه ، [والنزاع إنما هو فى تقديم المصلحة عليه بطريق البيان ؛ لكونها أقوى

(١) فى [ب] ذكرت هذه الكلمة بدون اللام فى الموضعين .

(٢) فى [ب] وتقرير .

(٣) فى [١ ، ب] : والعطف ، وهو تحريف عما هنا .

(٤) فى [١ ، ب] سبيل بدون الباء ، وقد رأيت وجودها ضروريا .

(٥) هذه الزيادة من [ب] ، وهى ضرورية ، وقد سقطت من [١] .

(٦) وردت هذه العبارة فى [١] هكذا : « بأمرنا من راد ذلك . وهذا تأويل له ظهور

فى الآية . ولو لم يكن احتماله قدح فى دلالة الآية على المطلوب » .

(٧) فى (١) المفردات . وهو تحريف .

منه ، وليس في دليلكم ما يمنع من ذلك ^(١) .
الآية الثانية : قوله عز وجل : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » ^(٢) وجه دلالتها أن الوسط هو العدل والخيار ، والعدل الخيار لا يصدر عنه إلا الحق ، والإجماع صادر عن هذه الأمة العدول الخيار ، فليكن حقا .
 والاعتراض عليه أن العدل إنما يلزم صدور الحق عنه بطريق الظاهر ، فيما طريقه الصدق والكذب ، وهو نقل الأخبار وأداء الشهادات . أما فيما طريقه الخطأ والصواب في استخراج الأحكام والاجتهاد فيها — فلا .

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

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

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

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

(٢) سورة البقرة : ١٤٣

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

(٤) في [أ ، ب] بالبحث ، وهو تحريف ...

(٥) وردت هذه الكلمة في [أ] انعقد ، وفي [ب] انقضت ، وكلتاها تحريف لما أثبتته هنا .

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

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

الآية الثالثة : قوله عز وجل « كنتم خير أمة أخرجت للناس ... الآية ^(١) » وهو ثناء عليهم ، وثناء الله عز وجل عليهم تعديل لهم ، فليكن إجماعهم حجة . والاعتراض عليه كالاقتراض على الذي قبله .
فهذه [هي] الآيات المستدل بها على الإجماع من القرآن .

أدلة الإجماع من السنة

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

وجه الاستدلال به أنه ورد بالفاظ كثيرة ، وروايات متعددة [بلغت درجة] ^(٢) التواتر المعنوي كشجاعة على وكرم حاتم ، ودلالته قاطعة في وجوب اتباع الإجماع

(١) آل عمران : ١١٠ ، وبقية الآية « ... تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ، وتؤمنون بالله ، ولو آمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم ، منهم المؤمنون وأكثرهم الفاسقون » .
(٢) في [١] يبلغ التواتر ، وفي [ب] بلغ التواتر المعنوي . وقد أثرت تصحيحها هكذا .

فصار في قوة النص القاطع إسنادا ومثنا على المطلوب ، فيجب اتباعه .
والاعتراض عليه بأن هذا الخبر وإن تعددت ألفاظه ورواياته - لا نسلم أنه بلغ رتبة التواتر المعنوي ؛ لأنه إذا عرضنا^(١) هذا الخبر على أذهاننا ، وسخاء حاتم وشجاعة علي ونحوهما من المتواترات المعنوية - وجدناها قاطعة بثبوت الرأي الثاني ، غير قاطعة بالأول ، فهو إذاً في القوة دون سخاء حاتم وشجاعة علي ، وهما متواتران ، ومادون المتواتر ليس بمتواتر ، فهذا الخبر لبس بمتواتر ، لكنه في غاية الاستفاضة^(٢) ...

فإن قيل : تلقته الأمة بالقبول ، فدل على ثبوته - فجوابه من وجوه :
أحدها : لا نسلم تلقيها له بالقبول ؛ إذ مكرو الإجماع كالنظام ، والشيعة ، والخوارج ، والظاهرية - فيما عدا إجماع الصحابة - لو تلقوه بالقبول لما خالفوه .
الثاني : أن الاحتجاج بتلقي الأمة له بالقبول احتجاج بالإجماع ، وهو إثبات الشيء بنفسه .

الثالث : سلمنا تلقيهم له بالقبول ، لكن قبولاً مظلوناً لا مقطوعاً به ، والظن لا يصلح مستنداً للإجماع المدعى قطعيته وكونه أقوى أدلة الشرع ، بحيث تسفك به الدماء ، وترتب عليه الأحكام القواطع ؛ إذ ذاك تفريع للقوى على الضعيف ، وللقاطع على المظنون .

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

فأما نحو قوله (عليه السلام) : « اتبعوا السواد الأعظم ؛ فإنه من شذوذ في النار ، ويد الله مع الجماعة »^(٣) - فإنما المراد به طاعة الأئمة والأمراء ، وترك الخروج عليهم ، بدليل قول عليه السلام : « اسمعوا وأطيعوا

(١) في [١] اعترضنا ، وهو تحريف .

(٢) في [١] لكن غاية الاستفاضة ، وفي [ب] لكن في غايته الاستفاضة ، وقد

آثرت تصحيحها على ما ظنفته الصواب

(٣) هذه الجملة من [ب] وقد وجدت هناك « يد الله على الجماعة » فصحتها . أما [١]

فلا توجد فيها هذه الجملة ولا جواب أما . والكلام كله بعد ذلك من [ب] خاصة ، حتى أنه

إلى وجوده في [١] .

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

ثم يرد على [أدلة] ^(٢) الإجماع من الكتاب والسنة سؤالان :
أحدهما : أنها ^(٣) استدلال بظواهر سمعية ؛ إذ لا قاطع فيها ، لورود الإشكالات المذكورة عليها . والظواهر السمعية إنما وجب الاحتجاج بها بالإجماع فلو أثبت الإجماع بها لزم ^(٤) الدور .

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

دليل الإجماع من النظر

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

- (١) رسمت هذه الجملة فى الأصل هكذا [عممه] .
(٢) سقطت هذه الكلمة من جميع النسخ مع أن المعنى يتطلبها .
(٣) ورد هذا الضمير مذكرا فى جميع النسخ ، مع أنه يعود على أدلة الإجماع ، لا على الإجماع نفسه .

- (٤) فى [الأصل] : لزوم ، وهو تحريف .
(٥) فى [الأصل] : الآية ، وهو تحريف .
(٦) فى [الأصل] : الثلاث وسبعين ، وهو خطأ .
(٧) هكذا وردت الكلمة فى الأصل ، وكان واجبا أن يقال : [بأنه منقوض] ؛ لأن مثل هذا المصدر يجب أن يكون مؤولا .
(٨) سقط حرف الجر [على] من الأصل .

معارضة أدلة الإجماع

(٥) وأما معارضة أدلة الإجماع^(١) فمن وجوه :

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

الوجه الثاني : قوله عليه السلام : « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » مع قوله : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » ، فنقول المراد بالامة التي لا تجتمع على ضلالة إما مجموع الفرق الثلاث والسبعين ؛ أو الفرقة الناجية منهم .

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

وإن أريد الفرقة الناجية فليست مجموعة الأمة ، بل هي ثمن تسع الأمة تقريباً : جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً ، فيبقى تقدير الحديث : ثمن تسع أمتي لا يجتمع على ضلالة ، أو جزء من ثلاثة وسبعين جزءاً من أمتي لا يجتمع على ضلالة^(٤) ، وهو ركيك من الكلام لا يجوز نسبة مثله إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

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

(١) انظر ص [٢٦] من هذا الملحق .

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

(٣) في [الأصل] : بذاته ، وهو تحريف .

(٤) في [الأصل] : ثلاث وسبعين بدون التاء ، ولا تجتمع بضمير المؤنث مع أن مرجعه

لفظ (جزء) . وكلاهما تحريف من الناسخ في عبارة المؤلف .

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

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

فإن قيل : لا نسلم انقضاء الإجماع على التيمم عند عدم الماء ؛ لمخالفة ابن مسعود فيه . ولا نسلم ^(٣) اتفاق الصحابة على ترك الإنكار على ابن مسعود قوله ؛ لرد أبي موسى عليه ، فبطل ما احتججتم به على القدر في الإجماع — قلنا : بتقدير [أن] ابن مسعود لم يخالف الإجماع ، فقد خالف النص الذي هو أصل الإجماع لمجرد المصلحة ، وأنتم ^(٤) لا تقولون بترك النص لقياس ولا مصلحة ، فهو إذن مخطئ عندكم ، وقد

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

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

(٣) في جميع النسخ « فلا » والصواب ما ذكرته .

(٤) في [الأصل] : وأنهم لا يقولون ...

أقره الصحابة على الخطأ ، ولزم المحذور . وأما رد أبي موسى على ابن مسمود فهو مناظرة وجدال لا رد إنكار . والفرق بينهما واضح^(١) .

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

لماذا تقدم المصلحة على النص والإجماع ؟

وإنما^(٢) يدل على تقديم رعاية المصلحة على النصوص والإجماع ، على الوجه الذي ذكرناه ، وجوه :

أحدها : أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهي^(٣) إذاً محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق^(٤) عليه أولى من التمسك بما اختلف^(٥) فيه .
الوجه الثاني : أن النصوص مختلفة متعارضة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً ، ورعاية المصالح أمر حقيق في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرط ، فكان اتباعه أولى^(٥) . وقد قال عز وجل : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء » . وقال^(٦) عليه السلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم » . وقد قال عز وجل في مدح

(١) هكذا وردت هذه الفقرة في [الأصل] ، وفي العبارة الأخيرة منها ركافة وضعف عن أداء المعنى المقصود بها .

(٢) هذا هو أول الكلام في [ج ، د] بعد الكلام الذي قاله الطوفي في الإجماع وتركته النسختان . وقد ورد هذا الكلام فيهما بلفظ « ومما يدل » .

(٣) في [الأصل] : فهو ، ولعله يعني دليل رعاية المصلحة .

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

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

(٦) في [الأصل] : [وقوله] وكذلك هم [ج ، د] والمناسب وقال .

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

ومن^(١) تأمل ما حدث بين أئمة المذاهب من التشاجر والتنافر — علم صحة ما قلنا ، حتى إن المالكية استقلوا بالمغرب ، والحنفية بالمشرق ، فلا يقار أحد المذهبين أحداً من غيره فى بلاده إلا على وجه ما^(٢) ، وحتى بلغنا أن أهل جيلان^(٣) من الحنابلة إذا دخل إليهم حنفى قتلوه وجعلوا ماله فيثاً : حكمهم فى الكفار . وحتى بلغنا أن بعض بلاد ما وراء النهر من بلاد الحنفية كان فيه مسجد واحد للشافعية ، وكان والى البلد يخرج كل يوم لصلاة الصبح ، فيرى ذلك المسجد ، فيقول أما أن لهذه الكنيسة أن تغلق ؟ . فلم يزل كذلك حتى أصبح يوماً وقد سد باب ذلك المسجد بالطين واللبن ، فأعجب الوالى ذلك . ثم إن كلا من أتباع الأئمة يفضل إمامه على غيره فى تصانيفهم ومحاوراتهم ، حتى رأيت حنفياً صنف مناقب أبى حنيفة ، فافتخر فيها بأتباعه [كآبى يوسف ، ومحمد ، وابن المبارك ، ونحوهم] ثم قال يعرض بيباق المذاهب :

أولئك آباى فجئنى بمثلهم إذا جعمتنا يا جرير المجامع

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

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

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

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

ليس من أئمة الحديث . وأحوج ذلك الحنفية إلى الطعن في نسب الشافعي وأنه ليس قرشياً ، بل من موالى قريش . ولا إماماً في الحديث ؛ لأن البخاري ومسلماً أدركاه ولم يرويا عنه^(١) ، مع أنهما^(٢) لم يدركا إماماً إلا روياً عنه ، حتى احتاج الإمام نجر الدين ، والتميمي ، في تصنيفهما مناقب الشافعي ، إلى الاستدلال على هاشميته ، وحتى جعل كل فريق يروي السنة في تفضيل إمامه ، فلما لكية رووا : « يوشك أن تضرب أكباد الإبل ولا يوجد أعلم من عالم المدينة » قالوا : وهو مالك . والشافعية رووا : « الأئمة من قريش » ، « تعلموا من قريش ولا تعلموها » أو « عالم قريش ملأ الأرض علماً » قالوا : ولم يظهر من قريش بهذه الصفة إلا الشافعي . والحنفية رووا : « يكون في أمتي رجل يقال له النعمان هو سراج أمتي ، ويكون فيهم رجل يقال له محمد بن إدريس هو أضر على أمتي من إبليس » والحنابلة رووا : « يكون في أمتي رجل يقال له أحمد بن حنبل يسير^(٣) على سنتي سير الأنبياء » ؛ أو كما قال ، فقد ذهب عنى لفظه .

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

(١) في [١] : ولم يلقياه . وهو آخر ما ورد فيها شرحاً للحديث « لا ضرر ولا ضرار »

أما المذكور بعد فقد أخذته من [ب] .

(٢) في [الأصل] : [ولم يدركا] وأعتقد أن السياق يقتضي هذا التصحيح .

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

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

(٥) في [الأصل] : زيادة وردوا على ذلك ... وهي زيادة لا داعي لها نظري .

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

« وأما الرواية في أبي حنيفة وأحمد بن حنبل فوضوعة باطلة لا أصل لها : أما حديث « هو سراج أمتي » فأورده ابن الجوزي في الموضوعات ، وذكر أن مذهب الشافعي لما اشتهر أراد الحنفية إخماله ، فتحدثوا مع مأمون بن أحمد السلمي ، وأحمد ابن عبد الله الخوشاري^(١) وكانا كذابين وضاعين ، فوضعا هذا الحديث في مدح أبي حنيفة وذم الشافعي ، و « يأتى الله إلا أن يتم نوره » . وأما الرواية في أحمد ابن حنبل فوضوعة قطعاً ؛ لأننا قدمنا أن أحمد كان أحفظ الناس للسنة^(٢) ، وأشدهم بها إحاطة ؛ حتى ثبت أنه كان يذاكر تأليف^(٣) ألف حديث ، وأنه قال : خرجت مسندى من سبعمائة ألف حديث وخمسين ألف حديث ، وجعلته حجة بيني وبين الله عز وجل ، فما لم تجدوه فيه فليس بشيء . ثم إن هذا الحديث الذي أورده الشيرازي في مناقب أحمد ليس في مسنده ، فلو كان صحيحاً لكان [هو] أولى الناس بإخراجه والاحتجاج به في محنته^(٤) التي ضيق الأرض ذكرها » اهـ .

فانظر بالله أمرا يحمل الأتباع على وضع الأحاديث في تفضيل أئمتهم ، وذم بعضهم . وما مبعثه إلا تنافس المذاهب في تفضيل الظواهر ونحوها^(٥) على رعاية المصالح الواضح بيانها ، الساطع رهانها ، فلو اتفقت كلمتهم بطريق ما — لما كان شيء مما ذكرنا عنهم .

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

(١) هذه الكلمة في [الأصل] مطموسة لا تكاد تقرأ ، وقد رجحت أنها هكذا .

(٢) في [الأصل] : السنة بدون اللام وهو تحريف .

(٣) هكذا في الأصل .

(٤) في [الأصل] : في محبته ، وهو تحريف .

(٥) في [الأصل] : وما تثبته إلا تنافسهم في المذاهب في تحيكمهم الظواهر ونحوها ...

وبعض الناس يزعم أن السبب في ذلك عمر بن الخطاب ؛ وذلك أن أصحابه استأذنوه في تدوين السنة في^(١) ذلك الزمان ، فمنعهم من ذلك ، وقال : « لا أكتب مع القرآن غيره » ، مع علمه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اكتبوا لأبي شاه خطبة الوداع » وقال : « قيدوا العلم بالكتابة » قالوا : فلو ترك الصحابة يدون كل واحد منهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لانضبطت السنة ، ولم يبق بين أحد من الأمة وبين النبي صلى الله عليه وسلم في كل حديث إلا الصحابي الذي دوّن روايته ؛ لأن تلك الدواوين تتواتر عنهم إلينا ، كما تواتر البخاري ومسلم ونحوهما .

الوجه الثالث^(٢) : [أنه] قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح ونحوها في قضايا ، ومنها . معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم ، بمصلحة الاحتياط في العبادة ، كما سبق .

ومنها قوله عليه السلام لأصحابه حين فرغ من الأحزاب : « لا يصلين أحدكم المصر إلا في بني قريظة » ، فصلى بعضهم^(٣) قبلها ، وقالوا : لم يرد منا ذلك ، وهو شبيه بما ذكرنا .

ومنها قوله عليه السلام لعائشة : « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » ، وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب في حكمها ، فتركه لمصلحة الناس^(٤) .

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

وكذلك^(٥) يوم الحديبية ، لما أمرهم بالتحلل توقفوا تمسكا بالمادة ، في أن لا حل قبل قضاء المناسك ، حتى غضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « مالي آمر بالشيء^(٦) فلا يفعل ؟ » .

(١) في [الأصل] : من .

(٢) انظر ص [٣٥] من هذا الملحق .

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

(٤) في [الأصل] : لمصلحة التتالف .

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

(٦) في [ب] بشيء ، وقد آثرت ما في [ج ، د] وهو ما أثبتته هنا .

ومنها ما روى أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا بكر ينادى : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده عمر فردّه ، وقال : « إذا يتكلموا ^(١) » .

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

ومنها ^(٢) ما روى الموصلى أن رجلا دخل المسجد يصلى ؛ فأعجب الصحابة سمته ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى بكر : « اذهب فاقتله » فذهب فوجده يصلى ، فرجع عنه ، ثم أمر عمر فرجع كلاهما يقول « كيف أقتل رجلا يصلى ؟ » ثم أمر علياً بقتله ، فذهب فلم يجده ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو قتل لم يختلف من أمتى اثنان » فهذان الشيخان تركا النص ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . ولا يقال إنما تركا هذا النص على قتله بقوله عليه السلام : « نهيت عن قتل المصلين » ؛ لأن ذلك نسخ فى حق هذا الشخص بهذا النص الخاص المتأخر ، وظهر أن ^(٣) تركهما الأمر بقتله إنما كان استحسانا منهما مجردا ، وهو من باب ما نحن فيه : من معارضة النصوص ونحوها بالمصالح ، هذا مع أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليهما ترك أمره ، ولا عاتبهما ، ولا ثرّب عليهما ، بل سلم لهما حالهما ، وأجاز اجتهداهما ؛ لما علم من نيتهما وصدقهما فى ذلك — فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقى أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ^(٤) وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق ، وائتلافها عن الاختلاف . فوجب أن يكون جائزا ، إن لم يكن متعينا .

[فوجب أن يكون تقديم رعاية المصالح على باقى أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين ، كما ذكرنا ^(٥) .

(١) فى [ب] : يتكلموا ، وهو تحريف .

(٢) لم يرد هذا المثال فى [ج ، د] .

(٣) فى [ب] بدون [أن] هذه . ويبدو أن وجودها ضرورى لاستقامة الجملة .

(٤) فى [ب] يقصد ترك إصلاح . وهو تحريف واضح .

(٥) السلام الذى بين قوسين هنا — سقط من [ج ، د] .

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

اعتراضات وردود عليها

فإن قيل : حاصل ما ذهبتم إليه تعطيل الشرع بقياس مجرد ، وهو كقياس إبليس فاسد الوضع والاعتبار -- قلنا : هذا وهم واشتباه ، من نأثم بعيد^(١) الانتباه ، وإنما هو تقديم دليل شرعي على أقوى منه وهو دليل^(٢) الإجماع ، على وجوب العمل بالراجح ، كما قدمتم أنتم الإجماع على النص ، والنص على الظاهر .

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

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

فإن^(٣) قيل : إجماع الأمة حجة قاطعة تخالف -- قلنا : إن عنيتم بكونه قاطعا القطع العقلي الذي لا يحتمل النقيض^(٤) كقولنا ، الواحد نصف الاثنين -- فلا نسلم أن الإجماع قاطع بهذا المعنى . وإن عنيتم به استناده^(٥) إلى دليل قاطع

(١) في [ج ، د] بعد ، وهو تحريف لما في الأصل .

(٢) هكذا في [ج ، د] أما في [ب] فقد وردت : وهو متعين الإجماع ...

(٣) هذا الاعتراض وجوابه ساقطان من [ج ، د] ...

(٤) في [الأصل] الذي يحتمل نقيض ... وهو تحريف .

(٥) في [الأصل] : إسناد وهو محرف في نظري عما ذكرته .

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

فإن قيل : خلاف الأمة في مسائل الأحكام رحمة وسعة ، فلا يحويه حصرهم من جهة واحدة ؛ لثلا يضيق مجال الانساع — قلنا : هذا الكلام ليس منصوباً عليه من جهة الشرع حتى يُمتثل ، ولو كان لكان^(١) مصلحة الوفاق أرجح من مصلحة الخلاف ، فتقدم . ثم ما ذكرتموه من مصلحة الخلاف بالتوسعة على المكلفين معارض بمفسدة^(٢) تعرض منه ، وهو أن الآراء إذا اختلفت وتعددت — اتبع بعض رخص المذاهب ، فأفضى إلى الانحلال والفجور ، كما^(٣) قال بعضهم :

فاشرب ولطوا زني وقامر واحتجج في كل مسألة بقول إمام
يعنى بذلك شرب النبيذ وعدم الحد في اللواط على رأى أبي حنيفة ، والوطء في الدبر على ما يعزى إلى مالك ، ولعب الشطرنج على رأى الشافعي .

وأيضاً ، فإن بعض أهل الذمة ربما أراد الإسلام ، فيمنعه كثرة الخلاف ، وتعدد الآراء ؛ ظناً منه أنهم يخطئون^(٤) ؛ لأن الخلاف مبعود عنه^(٥) بالطبع ، ولهذا قال الله تعالى : « الله نزل أحسن الحديث كتاباً متشابهاً » أى يشبه بعضه بعضاً ، ويصدق بعضه بعضاً ، لا يختلف إلا بما فيه من التشابهات ، وهي ترجع إلى المحكمات بطريقها . ولو اعتمدت رعاية المصالح المستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » على ما تقرر — لا تجد طريق الحكم وانتهى الخلاف ، فلم^(٦) يكن ذلك شبهة في امتناع من أراد الإسلام ، من أهل الذمة وغيرهم .

فإن قيل : هذه الطريقة التي سلكتها إما أن تكون خطأ فلا يلتفت إليها ، أو صواباً : فإما أن ينحصر الصواب فيها أولاً . فإن انحصر لزم أن الأمة من أول

(١) في [الأصل] : لكان ، وهو تحريف .

(٢) في [الأصل] : لمفسدة ، وهو تحريف .

(٣) هذا المثال وشرحه ليس في [ج ، د] .

(٤) سقط هذا التعليق من [ج د] .

(٥) في [ج ، د] : منفور منه .

(٦) هذا الاستنتاج ساقط من [ج ، د] .

الإسلام إلى حين ظهور هذه الطريقة على خطأ ؛ إذ لم يقل بها أحد منهم . وإن لم ينحصر فهي طريق جائزة من الطرق ، لكن طريق الأئمة التي اتفقت الأمة على اتباعها أولى بالمتابعة ؛ لقوله عليه السلام : « اتبعوا السواد الأعظم ، فإنه من شذ شذ في النار » — فالجواب أنها ليست خطأ لما ذكرنا عليها من البرهان ، ولا الصواب منحصراً فيها قطعاً ، بل ظناً واجتهاداً ، وذلك يوجب المصير إليها ؛ إذ الظن في العرفيات كالقطع في غيرها . وما يلزم على من خطأ الأمة فيما قبله لازم على كل ذي رأى أو طريقة انفرد بها غير مسبوق إليها . والسواد الأعظم الواجب اتباعه هو الحجة والدليل الواضح ؛ وإلا لزم أن يتبع العلماء العامة إذا خالفوهم ؛ لأن العامة أكثر ، وهم ^(١) السواد الأعظم .

بين الطوفي والإمام مالك

واعلم أن هذه الطريقة ^(٢) التي ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور — ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك ، وهو التعميل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات ، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام .

أدلة العبادات

وتقرير ذلك أن الكلام في أحكام الشرع إما أن يقع في العبادات والمقدرات ونحوها ، أو في المعاملات والمعادات وشبهها . فإن وقع في الأولى ^(٣) اعتبر فيه النص والإجماع ونحوهما من الأدلة . غير أن الدليل على الحكم إما أن يتحدد ^(٤) أو يتعمد ، فإن اتحد مثل أن كان فيه آية أو حديث أو قياس أو غير ذلك ثبت به . وإن تعدد الدليل مثل أن كان آية وحديثاً وقياساً واستصحاباً ونحوه — فإن اتفقت

(١) في [ب . ج ، د] وهو ، وقد آثرت عودة الضمير إليهم بمجوعاً .

(٢) في [ج ، د] زيادة [هي] ههنا ، وهي زيادة تفسد المعنى .

(٣) في [ب] : الأول . وهو تحريف .

(٤) يقصد : يتوحد ، أي يكون واحداً فقط ، بدليل مقابله . وهكذا في سائر ما يأتي .

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

وإن^(٤) تعدد الدليل من الكتاب — بأن^(٥) كان في الحكم منه آيتان فأكثر — فإن اتفق مقتضاهن فكلاية الواحدة ، وإن اختلف : فإن قبل الجمع جمع^(٦) بينهما بتخصيص أو تقييد أو نحوه ، وإن^(٧) لم يقبل الجمع : فإن علم نسخ بعضها بعينه فالعمل على ما سواه ؛ وإن لم يعلم نسخ بعضها فالمنسوخ منهما مبهم^(٨) ، وليستدل عليه بموافقة السنة غيره ؛ إذ السنة بيان الكتاب ، وهي إنما تبين ما ثبت حكمه لا ما نسخ .

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

(٢) في [ب] ، لأحدى ، وهو تحريف .

(٣) في [ج ، د] سقط الجار والمجرور .

(٤) في [ب] ، فإن ، والمناسب ما في [ج ، د] .

(٥) في [ج ، د] : فإن كان ، وهو تحريف عما أثبتناه .

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

(٧) في [ب] : فإن لم بالغاء ؛ والمكان للواو .

(٨) وردت هذه العبارة في [ج ، د] هكذا : فإن علم نسخ بعضها بعينه فيها ؛ وإلا

فالمنسوخ منهما مبهم .

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

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

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

وإن تفاوتت في الصحة - فإن كان بعضها أصح من بعض : فإن اتفق مقتضاها فلا إشكال ، وهي كالحديث الواحد وإن تعارض^(٦) فإن قبلت الجمع جمع بينها ، وإن لم تقبله قدم الأصح فالأصح .

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

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

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

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

هذا تفصيل القول في أحكام العبادات .

أدلة المعاملات

أما المعاملات ونحوها فالمتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وبقى أدلة الشرع إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا فيها ونعمت ، كما
اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الخمسة الكلية الضرورية ، وهي
قتل القاتل والمرتد ، وقطع السارق ، وحد القاذف^(١) والشارب ، ونحو ذلك من
الأحكام التي وافقت فيها أدلة الشرع المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع فاجمع
بينهما^(٢) ، مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض ،
على وجه لا يخل بالمصلحة ، ولا يفضي^(٣) إلى التلاعب بالأدلة أو بمضها ؛ وإن تعذر
الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر
ولا ضرار » ، وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة ، فيجب تقديمه .
ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة السالكين بإثبات الأحكام ، وبقى الأدلة
كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

عند ما تتعارض المصالح ...

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

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

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

(٣) في [ب] ولا يقتضى إلى ... وهو تحريف .

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

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

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

وإن اجتمع فيه الأمران المصلحة والمفسدة — فإن أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين ، وإن تعذر فعل الأهم من تحصيل أو دفع إن تفاوتتا ^(٥) في الأهمية ، وإن تساويا فبالاختيار ، أو القرعة إن اتجهت التهمة .

وإن تعارض مصلحتان أو مفسدتان ، أو مصلحة ومفسدة ، وترجح كل واحد من الطرفين من وجه دون وجه ^(٦) — اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلاً أو دفعا . فإن استويا في ذلك عدنا إلى الاختيار أو القرعة .

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

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

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

(٣) في [ب] : إن تحققت تهمة .

ن [ب] : أو يتفاوتتا ، وهو تحريف .

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

لماذا لم تعتبر المصلحة فى العبادات

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

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

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

والله عز وجل أعلم بالصواب .

(١) فى [ب] : حق الشرع ، وهو تحريف .

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

(٣) فى [ب] : فيؤخذ ...

(٤) فى [ج ، د] أن المصلحة ، وفى [ب] : أن غاية المصلحة ، وقد رأيت تصحيحها

إلى رعاية المصلحة .

(٥) فى [ب] : من أقواها ، والعبارة بدون [من] أكثر تمشياً مع ما سبق أن قرره ...

٤ - العرف

قدمنا في مبحث الاستحسان أن الحنفية عدوا من أنواع الاستحسان الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بتجوز عقد الاستصناع . وأن المالكية عدوا أيضاً من أنواع الاستحسان الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بعدم حنث من أكل ممكاً إذا حلف لا يأكل لحمًا .

واشتهر على ألسنة الشرعيين قولهم - العرف في الشرع له اعتبار - وقولهم العرف شريعة محكمة - ولهذا نخص العرف بالمبحث لنعرف مدى اعتبار الشرع له . وأثره في التشريع وفي القضاء .

تعريفه - العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل . والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد . ومثال العرف القولي تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى . وتعارفهم على إطلاق لفظ اللحم على غير لحم السمك . ومثال العرف الفعلي تعارفهم على البيع بالتعاطى من غير صيغة لفظية بالإيجاب والقبول . وتعارفهم على أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن تقبض جزءاً من مهرها .

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

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

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

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

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

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

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

ولكن إذا تعارف الناس عقداً أو تصرفوا من العقود أو التصرفات الفاسدة حسب أحكام الشريعة كعقد الرهن الذى ينتفع فيه المرتهن بالرهون باشتراط هذا

في العقد أو كمقد مضاربة اشترط فيه لرب المال من الربح قدر معين لانسبي . أو عقد من التأمينات ففي مراعاة هذا العرف نظر من وجهة أخرى وقد وضحتها الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر سابقاً في بحث كتبه بمجلة الأزهر وعنوانه — مراعاة العرف — وننقل عنه ما يأتي بنصه . قال :

« ويراعى العرف في القضاء والفتوى ، وليس للفقهاء أن يفتي أو يقضى بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضرورة فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل في قبيل الرخصة التي يقرها الفقيه على سبيل الاجتهاد .

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

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

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

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

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

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

هـ - الاستصحاب

١ - تعريفه :

الاستصحاب في اللغة العربية المصاحبة نقول استصحبنا في سفرى الكتاب أو الرفيق أى جعلته مصاحباً لى واستصحبنا ما كان فى 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 لواقعته وملازماً لها متى يوجد دليل يدل على قطع هذه المصاحبة .

وزيادة فى إيضاح التعريف نقول .

إذا دل دليل على ثبوت حكم شرعى لواقعة ودل هذا الدليل نفسه على بقاء هذا الحكم واستمراره فإن ثبوت الحكم لواقعته وبقاءه واستمراره ثابتان بالدليل الشرعى ولا يختلف فى هذا اثنان ومثاله قول الله تعالى فيمن قذفوا المحصنات بأزنا « 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 بعد 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 بعبارة أخرى يبقى ما ثبت فى الماضى ثابتاً

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

استدل من لا يحتجون بالاستصحاب بأن الفرض أن الدليل دل على ثبوت الحكم
للاوقعة . 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 فى عقودهم
وتصرفاتهم ومعاملاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر غلب على ظنهم بقاؤه موجودا
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 بقاءها والقاضى يقضى بالملكية فى الحال بناء على سند
ملكية بتاريخ سابق ويقضى بالدين فى 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 توجساً للصلاة
ثم شك بعد ذلك فى أنه أحدث صلى ولا عبرة بشكه . ومن تزوج ثم شك بعد ذلك
فى أنه طلق تحل له زوجته ولا اعتبار لشكه وهذا فى الحقيقة مبنى على أن الحكم
الذى ثبت فى الماضى يستصحب ويبقى ويستمر حتى يوجد دليل يغيره .

وبأن أكثر المجتهدين فى اجتهادهم يبنون الأحكام على الاستصحاب فإذا سئل
المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى طعام أو شراب وبعد بحثه واجتهاده
لم يجد دليلاً شرعياً خاصاً يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل فى الأشياء
الإباحة لقوله تعالى « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » وخلق ما فى 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 بالزوجة 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 : « تكفى الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين وكذا الشهادة بالعين » والمادة ١٨١ منها « ونصها تكفى الشهادة بالوصية أو الإيضاء وإن لم يصرح بإصرار الوصى إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت المبادئ الشرعية الكلية 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 لا في الإثبات ومرادهم أن الحال الثابتة بالاستصحاب حجة لدفع ما يخالفها حتى يقوم الدليل على هذا المخالف .
وليست حجة على اثبات مدعى لم يقم 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 إيجارته فاستصحاب حياته حجة لدفع ما يدعى عليه . ولكن إذا مات أخ للمفقود 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 صلحت للدفع 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 تقضى 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 يبلغه دليل لاحق فحكمه قائم .

مصادر التشريع الإسلامي مَرِنَة

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 ليهتدى 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^(١) 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 س ٦ ع ١ مجلة القانون والاقتصاد .

بتطور أحوال الناس وتسائر الأزمان المتعاقبة ، 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 لابد 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 للاهتمام بها ، وعلماء المسلمين أحاطوها بأسوار من القيود والشروط والالتزامات ضيقت نطاقها وسدت أبوابها وجعلتها غير عملية .

وأنا ألتمس بعض العذر لهؤلاء المتوهمين فيما توهموه ، لأن نواحي الخصومة والمرونة في النصوص التشريعية في القرآن والسنة نواح دقيقة لا يحيط بها إلا من استقرأ تلك النصوص ، وراض عقله على الاستدلال بها ، وأنعم النظر في جملتها وتفصيلها . ولأن نواحي الخصوبة والمرونة في سائر الأدلة الشرعية قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالات دون الاهتمام بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأثرية عليها بسد باب الاجتهاد وإيجاب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة لأن هذا عطل استعمال مصادر التشريع في الاستنباط ومجدها وعين الماء إذا لم يردّها الواردون يفيض ماؤها ، والأسلحة إذا لم تستعمل يملوها الصدأ ويخيل إلى رائيتها أن العيب 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 والمرونة في مصادر التشريع الإسلامي من النصوص ، وغير النصوص ، ليتبين أن ما توهمه المتوهمون غير صحيح ومبني على نظر سطحي ، وأن المصادر التشريعية معين لا ينفضب ماؤه ، وأنها كفيلة بتطور التشريع وبالتقنين لكل ما تقتضيه حاجات الأمم في مختلف العصور ، وأن المسلمين لو أرادوا أن يماشوا الأزمان ويسايروا المصالح بتشريعهم لا يجدون من الشريعة ومصادرها ما يحول بينهم وبين سيرهم بل يجدون فيها نوراً يهديهم ومرونة تدلل لهم سيرهم وتقرب غايتهم .

١ - النصوص التشريعية في القرآن :

من ينظر في نصوص التشريع في القرآن يتبين أن هذه النصوص على قلة عددها فيها سعة ومرونة وخصوصية من نواح عدة :

(الأولى) أن هذه النصوص لم ترد على نمط واحد في كل فروع التقنين ، ففي تشريع أحكام العبادات وما ألحق بها من أحكام الأحوال الشخصية تعرضت لبعض التفصيلات والتفريعات لأن العبادات وما في حكمها لا مجال فيها للعقل ولا تتطور أحكامها بتطور البيئات . وأما في تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالعبادات وما في حكمها مثل الأحكام المدنية والدستورية والجنائية والاقتصادية مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع بل اقتصر على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة التي لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العدالة في كل أمة ليكون أولو الأمر في أية أمة في سعة 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 تبايتم » ، 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 » ، والثانى إيجاب إيتاء الأجير أجره بالمعروف فى قوله تعالى فى سورة الطلاق فى شأن المطلقات بعد انقضاء عدتهن « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف » ، والثالث إباحة أن يكون عمل الأجير مهر زواجه فى قوله تعالى فى سورة القصص على لسان شيخ مدين لموسى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » .

ولو استقرأت نصوص القرآن فى الأحكام المدنية فى مختلف العقود لا تجد تفصيلاً ولا تفرعاً يقف عقبه فى سبيل أى تشريع مدنى يراد به تحقيق العدل والمصلحة .

وفى القانون الدستورى اقتضرت نصوص القرآن على تقرير المبادئ الأساسية الثلاثة التى تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة ، وهى الشورى قال تعالى : « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى 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 .

وفى قانون العقوبات وتحقيق الجنايات اقتضرت نصوص القرآن على تحديد خمس عقوبات لخمس جرائم وهى القتل ، والسرقه ، والسمى فى الأرض بالفساد ، والزنا ، وقذف المحصنات ، وتركت سائر الجرائم من جنایات وجنح ومخالفات يقرر ولاية الأمر فى كل أمة عقوبة كل جريمة منها بما يرونه رادعاً للمجرم ومصلحاً للمجتمع واقتضرت على تقرير المبدأ العام فى تحقيق الجنايات فى قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

وفى القانون الاقتصادى اقتضرت نصوص القرآن على تقرير حق للفقير فى مال الغنى 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 ومرونتها 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 التفريع والتفصيل مفتوحاً لتحقيق 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 تبين منه خصوصية النص بتنوع طرق دلالاته . قال الله تعالى في سورة البقرة في بيان من تجب عليه نفقة الوالدات المرضعات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » استدل بعبارة هذه الآية على حكم وهو أن نفقة الوالدات المرضعات تجب على أبي أولادهن . واستدل 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 أى هو مختص بهم . واستدل بمفهوم موافقتها على حكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وثمان أدويتهم 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 خصوصية 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 الخمر والميسر « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » ، وقوله في الحيض « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض » ، وقوله « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » ، وفي هذا إرشاد من الشارع إلى أنه ما شرع الأحكام لمجرد التعبد 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 يقيس المجتهدون ما لانص 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 لانص على حكمها ، وأظهروا خصوبة النصوص وصلاحياتها أسسا 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 تشريعياً على اختلاف بلادها وأجناس شعوبها وتباين عاداتهم ومعاملاتهم .

(الناحية الرابعة) أن النصوص التشريعية التي شرعت أحكاماً في فروع القوانين المختلفة من مدنية وجنائية واقتصادية ودستورية كملت بنصوص قررت مبادئ عامة وقوانين تشريعية كلية لا تخص فرعاً من القوانين دون غيره لتكون هذه المبادئ العامة والقوانين الكلية هادياً للمجتهدين في التشريع ومصباحاً 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 جميعاً » 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 وخلق 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 بالعهد » 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 ، وتعدد طرق دلالة نصوصه في استثمار الأحكام منها ، وفتح الباب لجعلها أصولا يقاس مالم يرد فيها على ماورد فيها ، يتبين مافي نصوص القرآن التشريعية من سعة ومرونة وأنها مجموعة تشريعية مكونة من أسس ومبادئ عامة تعين المشرع على تحقيق العدل والمصلحة في أي زمن ولا تعترض 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 مامرع حكما يناقض حكما شرعه القرآن ولا قرر مبدأ تشريعيا يهدم مبدأ قرره القرآن . ويتبين أن ماورد في سنن الرسول من أحكام لايمدو أن يكون واحداً من ثلاثة : إما أن يكون حكما مقررأ ومرددا حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون مفسراً ومبيناً حكما شرعه القرآن ، وإما أن يكون منشئاً حكما سكت عن تشريعه القرآن . قال الإمام الشافعي رحمه الله في رسالته في علم الأصول « لم أعلم من أهل العلم مخالفا في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه ، أحدها ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسنن رسول الله مثل مانص الكتاب ، والآخر

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

فأما ماسنه 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 ومرونة ولا يضيق بحاجة ولا يقصر عن مصلحة .

وأما ماسنه الرسول تبياناً للمراد من نص تشريعي ورد به القرآن فهذا إذا كان تبياناً لامرعاة فيه لأحوال خاصة بالبيئة ولا للملابسات الخاصة بالأمة وقت التشريع فهذا حكم عام . مثل تبينه فرائض الصلاة وأوقاتها ومناسك الحج وكيفية الصوم ، وإن كان تبياناً هو تطبيق للنص ودلت القرائن القاطعة على أنه تطبيق روعي فيه حال الأمة ومقتضيات البيئة زمن التشريع فهذا حكم خاص يطبق في مثل بيئته وملابساته وحيث يحقق المصلحة التي شرع لتحقيقها .

ومثال هذا تبين الرسول الدية التي أوجبها القرآن على من قتل مؤمناً خطأ بأنها مائة من الإبل ، أو ألف دينار من الذهب ، أو عشرة آلاف درهم من الفضة ، فالتخير بين أداء واحد من هذه المقادير الثلاثة مبني على تساوي قيمتها أو تقاربها لأنه لا يعقل 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 بني عليه التخير في الدية من أن الدينار من الذهب يعادل 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 قح الشام وقيمه بالنسبة للشعير والتمر قال في خطبة له أرى مدّين من سمراء الشام تعدل صاعاً من تمر فأخذ الناس بذلك وساروا على أن الواجب صاع من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر أو دقيقه .

وأما ماسنه الرسول تشريعاً مبتدأ في وقائع سكت القرآن عن تشريع أحكامها

فهذا سبيله سبيل ماسنه للتبيين ، فإذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمان التشريع فهو تشريع زمنى يطبق في مثل بيئته ، وإن لم تقم القرينة القاطعة 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 زمنى 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 التشريعى لأنها إذا قام الدليل على أن ما شرع بها شرع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجودا وعدما . ومن أظهر ما يزيد هذا إيضاحا أن الله سبحانه بين مصارف الصدقات الثمانية بقوله « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم » فجعل 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 فكتب 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 يجعل 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 استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه 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 ولو رأى عمر تتابع الناس في تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها وتلاعبهم لعدل إلى ما كان عليه الحكم في عهد الرسول ، وهذا صريح في أن المصلحة هي التي تدور معها الأحكام وجودا وعدما .

وقد سلك الرسول فى نصوصه التشريعية نهج القرآن فى نصوصه التشريعية فأكمل النصوص الخاصة فى فروع القوانين بنصوص قررت مبادئ عامة وقوانين تشريعية كلية يهتدى بها إلى تحقيق العدل والمصلحة فى التشريع فى أى زمن مثل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » وقوله « يسروا ولا تعسروا » وقوله « إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى غرائمه » . وعلل 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 فى منشأ فكرة الإجماع فى التشريع الإسلامى ، وفى كيفية الإجماع الذى انعقد فى أول مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول ، وفى تقدير المجمعين لما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع أخصب مصدر تشريعى يكفل تجدد التشريع ، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل مايقع فيها من حوادث وما يحدث لها من وقائع ، وأن تسير به الأزمان . ومختلف المصالح فى مختلف البيئات . ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه فى تدبير شئون المسلمين الشورى وأن لا يستبد أولو الأمر منهم بتدبير شئونهم سواء أكانت تشريعية أم سياسية أم اقتصادية أم إدارية أم غيرها من الشؤون . قال الله تعالى مخاطباً رسوله « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى 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 وهى عماد الدين بأنهم أمرهم شورى بينهم ليشعرهم أن الشورى من عمد دينهم كإقامة الصلاة .

وعلى هذا الأساس كان الرسول صلى الله عليه وسلم يستشير رؤوس صحابته فى الأمور التى 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 وأسرُوا عدة أسرى من المشركين ، وأراد بعض المشركين أن يفتدوا 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 بعدم قبولها وبقتلهم ، وأخذ الرسول برأى أبي بكر . وبين الله خطأ هذا الرأي بقوله « ما كان لنبي 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 البغوي عن ميمون بن مهران قال « كان أبو بكر إذا ورد عليه الخوصوم 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 المبسوط 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 عمراقض 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 والصالح .

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 جد 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 يجد من الحوادث مما ليس فيه قرآن ولا سنة ويعمل بما اتفقوا عليه ، وأن يتطور هذا النظام بوضع نظام لاختيار أعضاء هذه الجماعة ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشئون الحياة ونظام لكيفية اجتماعهم وتشاورهم وقانونية الحكم الذى اتفقوا عليه . ولكن الحكومات الإسلامية^(١) ما سارت على هذا النظام ولا عملت على أن تختار جماعة من رءوس المسلمين يتشاورون فى أحكام ما يجد 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 ويعمدل حسب حاجتهم فلم ينظم التشريع الإسلامى باختيار جمعية من المشرعين

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

وتنبه 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 المسمى بـ مجلة الأحكام العدلية وابتدأ العمل به فى سنة ١٢٩٣ هـ .

يكونون مصدر التشريع ولا باختيار مجموعة من الأحكام الاجتهادية تكون قانون المسلمين . وبهذا الإهمال جمد التشريع الإسلامي ووقف عن مماشاة الزمن وعن التطور بتطور المسلمين وزاد هذا الجمود تحجراً 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 عرف 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 ينقذ ، لا ما أراده الرسول حين قال لعلي اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شوري بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد ، فهو إنما أراد أن يكون الرأي للجماعة لا للفرد وما فهم منه علي بن أبي 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 الرأي رأى الجماعة لا الفرد . وأبو بكر لما جمع رؤوس المسلمين وخيارهم جمع من أمكن جمعهم من الموجودين منهم بالمدينة وبالقرب منه وماروى 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 لي علياً ادعوا لي زبداً لم يعمل على أن يدعو كل أهل العلم من الصحابة ولما قال لشريح استشر أهل العلم والصلاح ما فهم شريح أنه يستشير جميعهم . فالإجماع الذي رسموا صورته إجماع فرضي وهو غير الإجماع الذي انعقد في عهد الصحابة . ولذا قال فريق من العلماء أنه غير ممكن انعقاده وما انعقد فعلاً حتى بالغ بعضهم وقال إنه غير ممكن عقلاً أي لا يتصور في العقل وجوده ، ولعل هذه الصورة غير الحقيقية للإجماع هي التي رآها من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامي .

٤ - القياس :

أما القياس فهو تسوية الواقعة التي لا نص على حكمها بواقعة ورد النص بحكمها لاشتراك الواقعتين في علة الحكم الذي 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 علل وأسباب شرعت لأجلها ، واتفقوا على أن هذه العلل والأسباب مرجعها جميعها إلى تحقيق مصالح الناس أي 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 يتوصل بها إلى تعرف علل 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 أي 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 شرعي اعتبر الشارع جنسه ، فإذا أباح الشارع عقداً من العقود لحاجة الناس إليه صح أن يقاس عليه عقد آخر ثبتت حاجة الناس إليه لاشتراك المعقدين في أن في كل منهما رفع الحرج عن الناس . فأساس القياس عند التحقيق هو التحقق من أن الحكم الذي يراد تشريعه في الواقعة المسكوت عنها فيه جلب نفع للناس أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم ، فمضى تحقق أن الحكم في الواقعة يحقق هذه المصلحة فهو حكم شرعي 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 أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يحج . إن حججبت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها الرسول : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم . قال : فدين الله أحق بالقضاء . 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 فمن 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 لدنيانا ، 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 اهتمدوا إليه من مصالح الناس ، وما فوتوا على الناس مصلحة لأنه لم يقم دليل شرعى على اعتبارها ، وما عطلوا قياساً لأنهم لم يقفوا على علة الأصل الذى يقاس عليه ، وما وقفوا ولا جمدوا عن تشريع الحكم في أية واقعة طرأت لهم .

وقد قرر علماء الأصول أن المناسبة مسلك من المسالك التى 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 الإنسانى لتحقيق مصالح الناس . ولو فهمه حق فهمه من توهم جود مصادر التشريع الإسلامى لفهم أنه تجنى على هذه المصادر وغيبها .

٥ — الاستحسان :

الاستحسان مصدر تشريعى 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 التى استنبطوها به يتبين أن هذا المصدر مصدر التوسعة في التشريع . وأنه المصدر الذى يتلافى به ما يحتمل أن يؤدى إليه بعض الأنسبة من تفويت لبعض المصالح . وأنه المصدر

الذى يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه وينقذ في عقله من مصالح قد لا تتفق وما يقتضيه القياس أو وما يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة .

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضى فيها القياس الظاهر المتبادر حكما ولكن يستقر في نفس المجتهد بناء على أدلة قامت عنده أن هذا الحكم لا يتفق والمصلحة في هذه الواقعة وأن الذى يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفى غير متبادر فيحكم في الواقعة بما يتفق والمصلحة بناء على هذا القياس الخفى وبمدل عن مقتضى القياس الظاهر ويسمى حكمه هذا حكما بالاستحسان .

مثلا : إذا وقف الإنسان أرضا زراعية ولم ينص على أن يدخل في الوقف مالها من حق الرى 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 الخفى 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 الموقوف عليهم ولا يتحقق انتفاعهم بأرض زراعية إلا بهذه الحقوق وقالوا إن هذا الحكم مصدره الاستحسان .

وكذلك بعض 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 .

مثلا : 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 أموالهم ويتخرجون من إعطائها له ، فأبو حنيفة وأصحابه تبعوا 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 بقاء 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 العدول 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 للعدول عن مقتضى الأقيسة الظاهرة أو القواعد الكلية في بعض الوقائع تحرياً 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 يعرف بأنه ترجيح ما تقضى به المصلحة في بعض الوقائع التي لا نص 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 يعتد بأرائهم 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 ومرجعها إلى حفظ دينهم ونفوسهم وأموالهم وأعراضهم وعقولهم ، ولأن حاجياتهم هي الأمور التي تقتضيها سهولة حياتهم ويسرها وإذا اختل أمر منها شقت حياتهم وجهدوا فيها ومرجعها 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 ومرجعها إلى تنظيم معاملاتهم وتهذيب أخلاقهم

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

وقد دل استقراء الأحكام في الشريعة الإسلامية في جميع أبوابها وفروعها على أن كل حكم شرع فيها إنما قصد به تحقيق أمر ضروري للناس ، أو حاجي لهم ، أو تحسيني ، أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة أي أنه ما قصد به إلا تحقيق مصلحة للناس . وهذه المصالح لا تتناهى جزئياتها لأنها تتجدد وتتولد بتجدد شؤون الناس وتطور حالهم .

وبعض جزئيات هذه المصالح شرع الشارع الإسلامي أحكاماً لتحقيقها ودل بهذا على أنه قصدها بتشريعها واعتبرها أساساً له مثل الأحكام التي شرعها لحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعرض والعقل والأحكام التي شرعها للتخفيف والتيسير ورفع الحرج والأحكام التي شرعها للتطهير والتكامل وهذه تسمى في اصطلاح علماء الأصول المصالح المعتبرة من الشارع . وهذه لا خلاف بين علماء المسلمين في بقاء التشريع عليها أي أن كل واقعة لم يرد بها نص إذا تحقق بالتشريع فيها مصلحة من المصالح التي بنى الشارع عليها الحكم في واقعة النص يحكم عليها بالحكم الذي ورد به النص لأن اعتبار الشارع هذه المصلحة هو إذن يجعلها أساساً للتشريع . والاستدلال بها على الحكم هو اقتداء بالشارع في تشريع .

وبعض ما يبدو للناس أنه من مصالحهم قد دل الشارع بنصوصه أو بمبادئه العامة التي قررها على إلغائها وعدم اعتبارها مثل ما يبدو للناس من المصلحة في مساواة الإبن بالبنات في الإرث فقد دل على إلغائها قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ومثل ما يبدو من المصلحة في التشديد على مוסر يفطر عامداً في رمضان بأن لا يكفر ذنبه إلا صيام ستين يوماً فقد دل على إلغائها بناء 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 وهي تصادم نصاً في الشريعة أو مبدأ عاماً قرره الشريعة وتسمى هذه في اصطلاح الأصوليين المصالح الملقاة .

ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يبنى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها 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 بمعارضتها 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 المرسلة أي المطلقة عن اعتبار الشارع لها أو إلغائها إياها . وجمهور علماء المسلمين على أنها تصلح أساساً للتشريع وللاستدلال بها على الحكم فيما لا نص فيه لأنها وإن كانت لم يعتبرها الشارع تفصيلاً فقد اعتبرها جملة في ضمن اعتباره في التشريع مصالح الناس . فتمت تثبت باليقين أو الظن الراجح أن تحقيق أمر ضروري للناس أو حاجي أو تحسيني يقتضي تشريع حكم من الأحكام ساغ تشريعه وكان الحكم شرعياً لأنه بني على أساس مصلحة اعتبرها الشارع في الجملة ولم يقم منه دليل على إلغائها . فهي عند التحقيق ليست مصلحة مرسلة وإنما هي مصلحة معتبرة من الشارع ولكن جملة لا تفصيلاً . وتسميتها مصلحة مرسلة لأنها لم تعتبر بشخصها لأنها لم تعتبر أصلاً .

قال القرافي « ومما يؤكده العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً مطلق 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 شوري ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وغير ذلك مما عمله الصحابة لمطلق المصلحة .

والذي خلص من أقوال العلماء في المصلحة المرسلة 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 تقتضي 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 ولاية الأمر اتخذوها وسيلة إلى التشريع

لتحقيق أهوائهم وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة ، وبعضهم شرع لمصلحة فردية لمصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف فى التشريع بالمصالح المرسله خوفا من اتخاذها وسيلة إلى الأهواء والمصالح الخاصة . وذهب بعض 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 توهمية وعلى رأس هذا الفريق مالك بن أنس وأصحابه ، وأبو حنيفة وأصحابه ، لأن هذا مقتضى قولهم أن المصلحة تعد معتبرة من الشارع إذا اعتبر الشارع جنسها أساساً للتشريع .

وخلاصة 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 جمود 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 يؤدى 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 يشرع 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 بالإباحة بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة مصداق قوله تعالى : « هو الذى خلق لكم فى الأرض جميعاً » .

أهم المراجع الأصولية

لمن يرغب في الاستزادة

- ١ - كتاب أصول نحر الإسلام البزدوى العالم الحنفى المتوفى سنة ٤٨٣ هـ وشرحه لعلاء الدين البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ
 - ٢ - كتاب المستصفى لأبى حامد الغزالى العالم الشافعى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ
 - ٣ - كتاب روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسى العالم الحنبلى المتوفى سنة ٦٢٠ هـ
 - ٤ - كتاب الموافقات لأبى اسحاق ابراهيم الشاطبى الغرناطى العالم المالكى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ
- وهذه الكتب الأربعة كتب قيمة جليلة الشأن وكل كتاب فيها يعبر أصدق تعبير عن أصول فقه مذهب من المذاهب الأربعة وكلها مطبوعة ومتداولة وأفضل طبعات الموافقات للشاطبى طبعة المكتبة التجارية الكبرى بتعليق وتصحيح المرحوم العالم الجليل الشيخ عبد الله دراز .
- ٥ - القياس فى الشرع الإسلامى بحث قيم مسهب فى الجزء الثانى من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم المتوفى سنة ٧٥٠ هـ
 - ٦ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . والشوكانى من نفاة القياس . ومن الدعاة إلى فتح باب الاجتهاد . والحاملين على القائلين بإيجاب التقليد .
 - ٧ - أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضرى المتوفى سنة ١٩١٧ م . وهو كتاب على إيجازه جامع نافع .

فهرست موضوعات كتاب

مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه

الصفحة

الموضوع

٢ - الاستصلاح

٧٣	مذاهب العلماء فى حجته
٧٤	أدلة المحتجين به
٧٨	أدلة من لا يحتجون به
٨٠	الطوفى ورأيه وأدله
٨٣	شروط المصلحة التى يشرع لها
٨٤	موازنة بين المذاهب فى الاستصلاح
٨٥	رأى الفزالى
٨٦	خلاصة البحث
٨٧	رسالة الطوفى فى المصلحة
٨٨	حديث لا ضرر ولا ضرار
٩٠	جملة أدلة الشرع
٩٢	المصلحة وأدلة رعابتها
١٠٠	الإجماع وأدلة حجته
١٠٩	تقديم المصلحة على النص والإجماع
١١٧	بين الطوفى ومالك
١١٧	أدلة العبادات والمقدرات
١٢٠	أدلة المعاملات

٤ - العرف

١٢٣	تعريف العرف والفرق بينه وبين الإجماع
١٢٤	أنواعه ومدى اعتبار العرف شرعا
١٢٦	ما يبنى على العرف

٥ - الاستصحاب

١٢٧	تعريفه
١٢٧	مذاهب الأصوليين فى حجته
١٢٩	ما بنى على الاستصحاب من القواعد
١٣٠	مرونة مصادر التشريع عامة
١٣٣	مرونة النصوص التشريعية فى القرآن
١٣٧	مرونة النصوص التشريعية فى السنة
١٤٠	مرونة الإجماع
١٤٣	مرونة القياس
١٤٥	مرونة الاستحسان
١٤٧	مرونة الاستصلاح
١٥١	أهم المراجع الأصولية

الصفحة

الموضوع

٧	المراد من الاجتهاد بالرأى
٨	أنواع الوقائع من حيث الاجتهاد فيها
١٠	أنواع الأحكام من حيث مصادرها
١٢	من الذين لهم الاجتهاد بالرأى
	١ - القياس

١٦	تعريفه
١٩	أمثله
٢٠	بعض نتائج من تعريفه وأمثله
٢٣	حجية القياس وتحرير ما فيه الاختلاف
٢٥	أدلة مثبتة القياس من القرآن
٢٧	أدلة مثبتة القياس من السنة
٢٨	أدلة مثبتة القياس من الآثار
٢٩	أدلة مثبتة القياس من المعقول
٢٩	أدلة نفاة القياس من القرآن
٣٢	أدلة نفاة القياس من السنة
٣٢	أدلة نفاة القياس من الآثار
٣٤	أدلة نفاة القياس من المعقول
٣٥	رد أن الأحكام الشرعية فرقت بين المساومات
٣٧	رد أن الأحكام الشرعية سوت بين المختلفات
٤٠	تعليل أحكام النصوص
٤٢	الفرق بين علة الحكم وحكمته وسببه
٤٢	ما يشترط فى علة الحكم
٤٤	أقسام العلة من حيث اعتبارها
٤٧	أقسام العلة من حيث المصلحة المقصودة
٥٠	أقسام العلة من حيث إقصاؤها إلى المقصود
٥٢	المسالك التى توصل إلى معرفة العلة

٢ - الاستحسان

	إجمال الفرق بين القياس والاستحسان
٥٦	والاستصلاح
٥٧	تعريف الاستحسان
٦٠	أنواع الاستحسان
٦٥	أدلة القائلين بالاستحسان
٦٥	أدلة المنكرين للاستحسان
٦٨	تحرير موضع الخلاف فى الاستحسان
٧٠	تعريفه

T- AUG 1972

AUC - LIBRA

104

>

5 NOV 1991



