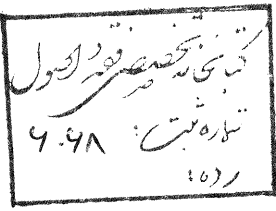


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَصُولُ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الدكتور وهيب الزحيلي

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله
جامعة دمشق - كلية الشريعة



أُصُولُ الْفَقِيرِ إِلَى الْأَمْرِ

﴿ يؤتي الحكمة من يشاء ، ومن يؤت
الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً ﴾
« قرآن كريم »

الجزء الثاني

دار الفكر

الرقم الاصطلاحي : ٠٧٠١, ٠١١-٢

الرقم الدولي للسلسلة : ISBN: 1-57547-161-2

الرقم الدولي ج ٢ : ISBN: 1-57547-163-9

الرقم الموضوعي : ٢٥٠

الموضوع : الفقه الإسلامي وأصوله

العنوان : أصول الفقه الإسلامي

التأليف : أ. د. وهبة الزحيلي

الصف التصويري : دار الفكر - دمشق

التنفيذ الطباعي : مطابع المستقبل - بيروت

التجليد الفني : علي الحمصي - بيروت

عدد الصفحات : ٥٣٦ ص

قياس الصفحة : ٢٥×١٧ سم

عدد النسخ : ٣٠٠٠ نسخة

جميع الحقوق محفوظة

يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع

والتصوير والنقل والترجمة والتسجيل المرئي

والمسموع والحاسوبي وغيرها من الحقوق إلا بإذن

خطي من

دار الفكر بدمشق

برامكة مقابل مركز الانطلاق الموحد

ص.ب : (٩٦٢) دمشق - سورية

برقياً : فكر

فاكس ٢٢٣٩٧١٦

هاتف ٢٢١١١٦٦، ٢٢٣٩٧١٧

<http://www.fikr.com/>

E-mail: info @fikr.com



الطبعة الثانية

1418 هـ = 1998 م

ط 1 : 1986

الفصل الثاني

المصادر التبعية للأحكام

أو الأدلة المختلف فيها

سبق الكلام عن أدلة الأحكام الشرعية المتفق عليها لدى جمهور العلماء ، ويخص هذا الفصل للكلام على أهم الأدلة المختلف فيها بين فقهاء المذاهب بسبب اختلافهم في طرق الاجتهاد أو بحسب كثرة الأخذ بها أو قلته ، وهذه الأدلة داخلة تحت ما يسمى بالاستدلال ، أو بما يتصل بالاستدلال ، والاستدلال في اللغة : طلب الدليل والطريق المرشد إلى المطلوب ، وفي اصطلاح الأصوليين : هو عبارة عن دليل ليس بنص ولا إجماع ولا قياس^(١) ، وهو أنواع :

الأول : التلازم بين الحكمين من غير تعيين علة ، وإلا كان قياساً مثل : كل وضوء عبادة ، وكل عبادة تفتقر إلى النية ، فيلزم منه كل وضوء يفتقر إلى النية .

الثاني : استصحاب الحال .

الثالث : شرع من قبلنا .

الرابع : الاستحسان ، وبه قالت الحنفية والحنابلة والمالكية .

الخامس : المصالح المرسلة وبه قالت المالكية .

(١) إرشاد الفحول ٢٠٧ ، الإحكام للآمدي ١١٩/٣ ، أصول الشاشي ١١٤ ، شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢٨٠/٢ وما بعدها .

وأما ما يتصل بالاستدلال فهو قول الصحابي والعرف وسد الذرائع . وإني سأكتب عن المصادر التالية المشهورة وهي : الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، واستصحاب الحال ، والعرف ، وقول الصحابي ، وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع . وأشير أخيراً إلى بعض الأدلة الأخرى المعمول بها في بعض المذاهب .

هذا مع العلم بأن أدلة الشرع عموماً عند الفقهاء تبلغ تسعة عشر دليلاً ، وقد أوصلها بعضهم إلى نيف وأربعين دليلاً^(١) .

وتجدر الإشارة إلى بعض المصادر غير المعترف بها شرعاً ، لإماطة اللثام عن زيف دعاوى العصر في إحلال الأهواء والأفكار المعوجة محل شرع الله تعالى .

ويتضمن هذا الفصل تسعة مباحث :

الأول - الاستحسان

الثاني - المصالح المرسلة أو الاستصلاح

الثالث - العرف

الرابع - شرع من قبلنا

الخامس - مذهب الصحابي

السادس - الاستصحاب

السابع - الذرائع

الثامن - أدلة أخرى في الفقه مختلف فيها

التاسع - مصادر فقهية غير شرعية

(١) انظر رسالة الطوفي في المصالح المرسلة والتعليق عليها ٣٩

المبحث الأول

الاستحسان

اشتهر الحنفية بالأخذ بالاستحسان ، حتى إن القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة : الحكم في هذه المسألة قياساً كذا ، واستحساناً كذا ، وقد اعتبروه دليلاً خامساً في الشرع يترك به مقتضى القياس ؛ لأنه أحد نوعي القياس ، فهو قياس خفي في مقابلة القياس الجلي ، وسمي كذلك إشارة إلى أنه أولى في العمل به كما قال البزدوي ، ولقد كان الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه بارعاً في الاستحسان ، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه : إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس ، فإذا قال : أستحسن لم يلحق به أحد .

ولقد كان الأخذ بالاستحسان مثار ضجة العلماء ، فأقره المالكية والحنابلة ، حتى قال الإمام مالك رضي الله عنه : الاستحسان تسعة أعشار العلم . وقال أصبغ في الاستحسان : قد يكون أغلب من القياس . وجاء عن مالك : إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة^(١) .

ورفض الأخذ به الإمام الشافعي رضي الله عنه ، وقال عبارته المشهورة فيما تنقله كتب الأصول ، وإن لم تكن في كتابه (الرسالة) : « من استحسن فقد شرع » أي وضع شرعاً جديداً .

(١) الاعتصام للشاطبي ١٣٨/٢

ومرجع الخلاف يظهر في بيان حقيقة الاستحسان ، لذا سأبحث هنا النواحي التالية :

حقيقة الاستحسان ، أنواعه ، حججه ، وآراء العلماء فيه .

المطلب الأول - حقيقة الاستحسان

الاستحسان في اللغة : عد الشيء واعتقاده حسناً ، وليس الخلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان^(١) لوروده في القرآن الكريم ، كقوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَسْتَعِينُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وَأَمْرٌ قَوْمُكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا ﴾ ، ولوروده في السنة كما روي عن ابن مسعود : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(٢) ، ولوروده أيضاً في عبارات المجتهدين : كاستحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض الماء المستعمل ، ولا تقدير مدة المكوث فيها ، واستحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير في الماء وعوضه ، وكقول الشافعي : « أستحسن في المتعة أي (الهدية بعد الطلاق) أن تكون ثلاثين درهماً ، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة - أي أقساطها - » وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى عند إقامة الحد ، فقطعت : القياس أن تقطع يمينه ، والاستحسان ألا تقطع ؛ وأستحسن التحليف على المصحف ونحو ذلك^(٣) .

وإنما الخلاف إذن في معنى الاستحسان وحقيقته .

يطلق الاستحسان على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني ،

(١) الإحكام للآمدي ١٣٦/٣ ، شرح الإسنوي ١٦٨/٣ ، أصول الرخسي ٢٠٠/٢

(٢) ورواه الإمام أحمد في كتاب السنة ، لا في المسند ، عن ابن عباس من قوله .

(٣) شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٨/٢ . غاية الوصول ١٤٠ ، أصول الرخسي ٢٠٠/٢

وإن كان مستقبلاً عند غيره ، ومنه ما يستحسنه المجتهد بعقله^(١) . وهذا لا خلاف في منعه بين العلماء ، لا تفاقمهم على امتناع القول في الدين بالتشهي والهوى .

واختلف العلماء في تعريف الاستحسان ، فقال بعضهم :

إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقتصر عنه عبارته^(٢) ، أي أنه يعسر عليه التعبير عنه ، ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ، وهذا التعريف منتقد ؛ لأن قوله : « ينقدح » إن كان بمعنى أن المجتهد شك بين اعتباره دليلاً حقاً ، أو وهماً فاسداً ، فهو أمر مردود ؛ لأن الأحكام الشرعية لا تثبت بمجرد الاحتمال والشك ، وإن كان بمعنى أنه يتحقق ثبوته في الواقع ، وأنه دليل شرعي يجب العمل به ، فهذا لا خلاف في قبوله اتفاقاً .

وقال بعضهم : الاستحسان هو : « العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه »^(٣) ، وهذا التعريف منتقد أيضاً ؛ لأنه غير جامع لجميع أنواع الاستحسان ، فهو لا يشمل الاستحسان بالنص من كتاب أو سنة ، والاستحسان بالإجماع أو بالعرف والعادة ، أو بالضرورة ، أو بالمصلحة .

وقال الكرخي : الاستحسان : هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول^(٤) .

(١) المستصفى للغزالي ١٣٧/١

(٢) المستصفى ١٣٨/١ ، الأمدي ١٣٦/٣ ، الإنسوي ١٦٨/٣ ، إرشاد الفحول ٢١١ ، المع للشيرازي ٦٦ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٥ ، غاية الوصول ١٣٩

(٣) كشف الأسرار على أصول البزدوي ١١٢٣/٢ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٢٨/٢ ، غاية الوصول ١٣٩

(٤) كشف الأسرار ، المرجع السابق .

وهو منتقد أيضاً ؛ لأنه يترتب عليه أن يكون العدول عن العموم إلى التخصيص ، وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً ، وليس ذلك باستحسان عند الحنفية ، قال الشافعية : وهذا لا خلاف فيه إذ مآله أن يكون الاستحسان هو تخصيص الدليل ، ولا نزاع في ذلك ^(١) .

وقال الإمام مالك : الاستحسان : هو العمل بأقوى الدليلين أو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي . فهو إذن تقديم الاستدلال المرسل على القياس . قال ابن العربي : الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص ، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته . ثم قسمه أقساماً أربعة : وهي ترك الدليل للعرف ، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسر ، ولدفع المشقة ، وإيثار التوسعة .

وعرفه ابن رشد بقوله : هو أن يكون طرْحاً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع .

قال الشاطبي : وهذه تعريفات قريب بعضها من بعض . وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة ، فليس بخارج عن الأدلة ألّبتة ؛ لأن الأدلة يقيد بعضها بعضاً ، ويخصص بعضها بعضاً ، كما في الأدلة السنية مع القرآنية ، ولا يريد الشافعي مثل هذا أصلاً . فلا حجة في تسميته استحساناً لمبتدع على حال ^(٢) .

وقال أبو الحسين البصري : هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ ، لوجه هو أقوى منه ، وهو في حكم الطارئ على الأول ^(٣) .

(١) الإسنوي ١٧٠/٣

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٠٦/٤ ، ٢٠٨ ، الاعتصام ١٣٩/٢

(٣) الأمدي ١٣٧/٣ ، الإسنوي ١٧٠/٣ ، الإبهاج ١٢٤/٣

احتراز بقوله : « غير شامل شمول الألفاظ » عن تخصيص العموم ، فإن الوجه الأول في العموم شامل شمول الألفاظ ، واحتراز بقوله : « يكون كالطارئ على الأول » عن ترك أضعف القياسين لأجل الأقوى ، فإن أقواهما ليس في حكم الطارئ ، فإن كان طارئاً فهو الاستحسان .

قال الآمدي : يترتب على هذا التعريف أن الاستحسان معناه : هو الرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه من نص أو إجماع أو غيره .

والحقيقة أنني لا أجد خلافاً جوهرياً بين العلماء في الاستحسان ، وإنما الخلاف لفظي كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب أو الآمدي وابن السبكي والإسنوي والشوكاني^(١) ، وعبارتهم في ذلك هي : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العادة أو المصلحة صالحة لتخصيص الدليل العام ، أي أن الاستحسان يشبه ما يسمى عند رجال القانون بالاتجاه إلى روح القانون وقواعده العامة الكلية .

ويتلخص تعريف الاستحسان في أمرين :

- ١ - ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل .
- ٢ - استثناء مسألة جزئية من أصل كلي ، أو قاعدة عامة ، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك ، وسيوضح هذا بالأمثلة التي ستذكر في أنواع الاستحسان .

(١) الآمدي ١٣٧/٣ ، الإسنوي ١٧١/٣ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢١١ ، غاية الوصول شرح لب الأصول للأنصاري ١٣٩ ، شرح العبد على مختصر المنتهى ٢٨٨/٢ .

الفرق بين القياس والاستحسان والمصالح المرسله

القياس كما عرفنا : هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه ، لاشتراكهما في علة الحكم ، فالحالة هنا أمام واقعة ثابتة بنص أو إجماع ، ثم إلحاق واقعة أخرى بها في الحكم للاشتراك في العلة الجامعة بينهما .

مثل : قياس النبيذ على الخمر في تحريم التناول ، لعله الإسكار الموجود في كل منهما .

وأما الاستحسان فهو كما عرفنا أيضاً : العدول عن حكم دليل إلى نظيره بدليل أقوى منه ، كالعدول عن نص عام أو قياس إلى نص خاص ، أو قياس خفي لدقة علته وبعدها عن الذهن ؛ لأن في ذلك مراعاة المصلحة أو دفع المفسدة ، مثل جواز عقد الاستصناع مع أن العقود عليه معدوم حين انعقاد العقد .

وأما المصلحة المرسله ، كما سيأتي بيانها : فالمدار فيها على وجود وصف مناسب لتشريع الحكم عنده ، ولكن لم يتعرض له الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء ، أي أنه ليس هناك نص ولا إجماع ولا قياس في المسألة المجتهد فيها ، مثل : جمع القرآن في عهد أبي بكر وعثمان رضي الله عنهما . وبه يتبين أن القياس يجري في الوقائع التي لها نظير أو مماثل في النص أو الإجماع ، وأن الاستحسان يجري في مسألة لها نظير ولكنها استثنيت من حكم لدليل يوجب ذلك ، وأما المصلحة المرسله : فإنها تطبق في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه ، وإنما يثبت الحكم فيها ابتداءً^(١) .

(١) راجع المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٨ ، أصول السرخسي ٢٠٦/٢ وما بعدها ، المبادئ العامة للفقه الجعفري ٢٩٢ ، ٢٩٩ ، تاريخ الفقه الإسلامي لأستاذنا المرحوم الدكتور محمد

المطلب الثاني - أنواع الاستحسان

كل من القياس والاستحسان ينقسم إلى نوعين ، فالقياس الجلي نوعان : قياس ضعف تأثيره بالنسبة إلى قوة أثر مقابله وهو الاستحسان . وقياس ظهر فسادَه وضعفه ، واستترت صحته وأثره ، بسبب ما انضم إليه من معنى خفي مؤثر في الحكم ، فرجح على مقابله^(١) .

والاستحسان نوعان أيضاً على عكس نوعي القياس : استحسان قوي تأثيره وإن كان خفياً ، واستحسان ظهر تأثيره وخفي فسادَه عند التأمل^(٢) .

والترجيح بين القياس والاستحسان يكون بقوة الأثر لا بالخفاء والظهور ، فإذا قوي أثر القياس فيرجح على الاستحسان . وكل ذلك يحصل عند التعارض ، فيرجح النوع الأول من الاستحسان على النوع الأول من القياس ، ويرجح النوع الثاني من القياس على النوع الثاني من الاستحسان . مثال الحالة الأولى : سؤر سباع الطير كالصقر والحدأة والنسر والغراب ، فبالنسبة للحكم بطهارة هذا السؤر تعارض القياس والاستحسان ، فمقتضى القياس نجاسته قياساً على سؤر سباع البهائم كالفهد والذئب والأسد والنمر ؛ لأن الحكم على السؤر باعتبار اللحم ، ولحم كل منها نجس ، فسؤر كل منها نجس لاختلاطه باللحمة المتولد من لحم نجس .

ومقتضى الاستحسان : طهارته قياساً على الآدمي ؛ لأن كلاً منها غير مأكول اللحم ، فيقدم الاستحسان ؛ لأن القياس قد ضعف تأثيره وهو مخالطة اللعاب النجس للماء في سؤر سباع البهائم . أما سباع الطير فعلى العكس من

(١) راجع كشف الأسرار ١١٢٢/٢ ، مسلم الثبوت ٢٧٩/٢ ، أصول السرخسي ٢٠٢/٢ وما بعدها ، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ٢٣٦/٢ ، التلويح على التوضيح ٨٢/٢ ، أصول الفقه للبخاري ٣٢٥

(٢) التقرير والتحجير ٢٢٢/٣ ، فواتح الرحموت ٢٢٢/٢ ، مسلم الثبوت ٢٧٩/٢

ذلك ؛ لأنها تشرب بمنافيرها ، والمنقار : عظم طاهر ؛ لأنه جاف لا رطوبة فيه ، والعظم لا يكون نجساً من الميت ، فكيف يكون نجساً من الحي ؟ فلا يتنجس الماء بملاقاته ، فيكون سؤره طاهراً كسؤر الآدمي ، لانعدام علة النجاسة ؛ وهي الرطوبة النجسة في أداة الشرب ؛ إلا أن ذلك يكره ؛ لأن سباع الطيور لا تحتز عن الميتة والنجاسة ، وبه ظهر أن أثر القياس الخفي أقوى من القياس الجلي^(١) .

ومثال الحالة الثانية : سجدة التلاوة الواجبة أثناء القراءة في الصلاة ، فبالنسبة لأدائها بالركوع بنية السجود تعارض قياس واستحسان ، فمقتضى القياس : أنه يجوز أداء السجدة بالركوع في الصلاة نائياً به سجدة التلاوة ؛ لأن الغرض من السجود إظهار التعظيم والتواضع ومخالفة المتكبرين ، وهذا المقتضى متحقق في الركوع لما بينهما من المناسبة الظاهرة ، ولهذا أطلق الركوع على السجود في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ وَخَرُّ رَاكِعاً ﴾ أي سقط ساجداً ، فهذا قياس جلي خفيت صحته ، وفيه فساد ظاهر ؛ لأنه يترتب عليه صحة أداء المأمور به بغيره ، وصحة العمل بالمجاز مع إمكان العمل بالحقيقة وعدم تعذرهما .

ومقتضى الاستحسان عدم جواز ذلك ؛ لأن الشرع أمر بالسجود ، فلا تؤدي سجدة التلاوة بالركوع قياساً على سجود الصلاة ، فإنه لا ينوب عنه ركوعها . وهذا هو الظاهر ، ولكن في العمل به فساد خفي ؛ لأنه قياس مع الفارق ، وهو أن الركوع والسجود في الصلاة كل منهما مطلوب أصالة بطلب مقصود خاص به ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا ﴾ فلا يصح أداء أحدهما في ضمن الآخر . أما سجدة التلاوة فإنها غير مقصودة بنفسها ، وإنما قصد معناها وهو إظهار التعظيم . وهذا يتحقق بما اعتبره الشارع عبادة وهر ركوع الصلاة ، فتسقط به السجدة كما تسقط الطهارة للصلاة بالطهارة لغيرها كتلاوة القرآن مثلاً ، ففي هذه الحالة رجحنا القياس على الاستحسان .

(١) التقرير والتحرير شرح التحري . ٦ بن أمير الحاج ٢٢٢/٣ ، أصول السرخ . ٢٠٣/٢

وينقسم الاستحسان تقسيماً ثانياً إلى أنواع ، تبعاً للدليل الذي يثبت به ، وهو إما النص ، أو الإجماع ، أو الضرورة ، أو القياس الخفي ، أو العرف ، أو المصلحة ، أو غيرها .

١ - الاستحسان بالنص : النص إما من القرآن الكريم أو السنة المطهرة ، ومعناه أن يرد النص في مسألة يتضمن حكماً بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام . وقد قال الغزالي عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة^(١) .

مثال الاستحسان بالقرآن : الوصية فإن مقتضى القياس عدم جوازها ؛ لأنها تمليك مضاف إلى زمن زوال الملكية وهو ما بعد الموت ، إلا أنها استثنت من تلك القاعدة العامة بقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ . ومثاله قول الرجل : مالي صدقة ، أو الله عليّ أن أتصدق بمالي ، فإن مقتضى القياس أن يتصدق بكل ماله ، ولكن الاستحسان يقضي بأن يراد منه مال الزكاة لقوله تعالى : ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾ .

ومثال الاستحسان بالسنة : الحكم ببقاء الصيام مع الأكل أو الشرب ناسياً ، فمقتضى القياس أي القاعدة العامة فساد الصوم لعدم الإمساك عن الطعام ، ولكن استثنى ذلك بحديث الرسول ﷺ : « من أكل أو شرب ناسياً فلا يفطر ، فإنما هو رزق رزقه الله » . وفي رواية : « من نسي وهو صائم ، فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه »^(٢) . ومثاله جواز عقد السلم ، فإن مقتضى القياس أي الدليل العام أنه لا يجوز ؛ لأنه بيع لمعدوم ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع ما

(١) المستصفى ١٣٩/١ ، أصول السرخسي ٢٠٣/٢ ، ٢٥٥ .

(٢) الرواية الأولى رواها الترمذي من حديث أبي هريرة . والرواية الثانية عند البخاري ومسلم وأبي داود من حديث أبي هريرة (جامع الأصول ١٩٧/٧ وما بعدها) .

ليس عند الإنسان ، ولكنه استثنى من ذلك بدليل خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « من أسلف في ثمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(١) .

وقد مثل المالكية للاستحسان وهو في رواية عندهم : العمل بأقوى الدليلين^(٢) بجواز بيع العرايا (وهو بيع الرطب بالتمر اليابس بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق أي حوالي قنطارين ونصف أي ٦٥٣ كغ) لما فيه من الرفق ورفع الحرج ، فإن مقتضى القياس عدم جوازه ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع كل رطب من حب أو تمر يبابسه^(٣) ، إلا أنه أجاز بالنص وهو أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلاً^(٤) ، وقد خالف الحنفية في ذلك وقصروا العرية على الهبة .

٢ - الاستحسان بالإجماع : وهو أن يفتي المجتهدون في مسألة على خلاف الأصل في أمثالها ، أو أن يسكتوا عن فعل الناس دون إنكار ، مثل إجماع العلماء على جواز عقد الاستصناع (وهو أن يتعاقد شخص مع صانع على صنع شيء نظير ثمن معين) ، فإن مقتضى القياس بطلانه ؛ لأن المعقود عليه وقت العقد معدوم ، ولكن أجاز العمل به لتعامل الناس به في كل الأزمان ، من غير إنكار العلماء عليه ، فكان هذا إجماعاً يترك به القياس ، مراعاة لحاجة الناس إليه ودفع الحرج عنهم^(٥) .

(١) سبق تخريج الحديثين .

(٢) الموافقات ٢٠٧/٤

(٣) سبق تخريج الحديث عند أحمد وأصحاب السنن عن سعد بن أبي وقاص .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة : « أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها من الترفاً دون خمسة أوسق أو في خمسة » (سبل السلام ٤٥/٣) والوسق ستون صاعاً ، والخمسة أوسق تعادل قنطارين ونصف ، أي : ٦٥٣ كغ .

(٥) أصول السرخصي ٢٠٣/٢

٣ - الاستحسان بالعادة أو العرف : مثاله إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد لقدر الماء المستعمل في الاستحمام ، ومدة الإقامة في الحمام ، فإن القياس يقضي بعدم الجواز ؛ لأن عقد الإجارة يقضي بتقدير الماء وغيره ، وهو العلم بالمعقود عليه علماً يمنع من المنازعة ، فلا يصح العقد على مجهول ، والجهالة تفسد العقد ، ولكن الاستحسان يقضي بخلاف ذلك اعتماداً على العرف الجاري في كل زمان بترك بيان المنفعة منعاً للمضايقة منه ورعاية لحاجة الناس إليه ، ومثاله : جواز وقف المنقول استقلاً عن العقار عند محمد بن الحسن ، فمقتضى القياس عدم جوازه ؛ لأن المنقولات على شرف الهلاك ، والأصل في الموقوف : أن يكون مؤبداً ، فلا يصح الوقف ، ولكنه أجاز استحساناً بالعرف .

٤ - الاستحسان بالضرورة : وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة أو الحاجة ، مثل تطهير الآبار والأحواض التي تقع فيها نجاسة ، فمقتضى القياس أنه لا يمكن تطهيرها بنزع الماء كله أو بعضه ؛ لأن نزع بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثر في طهارة الباقي فيها ، ونزع كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد ، لملاقاته محل النجاسة في قاع البئر وجدرانه ، والدلو تنجس أيضاً بملاقاة الماء ، فلا تزال تعود وهي نجسة ، إلا أنهم استحسنا ترك العمل بموجب القياس ، فحكموا بالطهارة بنزع مقدار من الماء للضرورة المحوجة إليها^(١) .

(١) قال الحنفية : إن وقعت في البئر فأرة أو عصفورة ونحوها فماتت : نزع منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها بعد إخراج الفأرة . فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور والمر نزع منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين . وإن ماتت فيها شاة أو كلب أو آدمي نزع جميع ما فيها . فإن انتفخ الحيوان فيها أو تفسخ نزع جميع ما فيها ، صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في أجزاء الماء (راجع الهداية مع فتح القدير ٦٨١ / ٧٤) .

٥ - الاستحسان بالقياس الخفي : وهو الصورة الأولى التي ذكرناها في تلخيص تعريف الاستحسان ، وقد أشرت إلى مثال له في التقسيم الأول للاستحسان ، وهو سؤر سباع الطير . ويتحقق ذلك في كل صورة فيها قياسان : قياس جلي لظهور العلة فيه ، وقياس خفي لخفاء العلة فيه . ومثاله أيضاً وقف الأراضي الزراعية فيه قياسان : قياس جلي : وهو أن الوقف يشبه البيع في أن كلاً منهما يتضمن إخراج العين عن ملك صاحبها ، فلا يدخل في الوقف حقوق الشرب والمسيل والطريق ، أي حق المرور في الوقف ، إلا بالنص عليها من الواقف ، كما في البيع . وقياس خفي : وهو أن الوقف يشبه الإجارة في إفادة كل منهما مجرد الانتفاع بالعين ، ومقتضى هذا أن تدخل حقوق الشرب والطريق والمسيل في الوقف ، ولو لم ينص الواقف عليها كما في الإجارة . فيرجح المجتهد القياس الثاني على القياس الأول ؛ لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع وهو لا يمكن إلا بأن يدخل الشرب والمسيل والطريق في وقف الأرض دون نص عليها ، وهذا هو الاستحسان .

٦ - الاستحسان بالمصلحة : وهو داخل تحت الصورة الثانية التي ذكرناها في تعريف الاستحسان الذي انتهت إليه ، ومثاله : صحة وصية المحجور عليه لفسه في سبيل الخير ، فإن مقتضى القياس ، أي القاعدة الكلية : عدم صحة تبرعات المحجور عليه ؛ لأن فيها تبديداً لأمواله ، ولكن الاستحسان يقضي بجواز تبرعاته في سبيل الخير ؛ لأن المقصود من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه وعدم ضياعه ، حتى لا يكون عالة على غيره ، والوصية في سبيل الخير لا تعارض هذا المقصود ؛ لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه ، فاستثنت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية : وهي تحصيله الثواب وجلب الخير له ، مع عدم الإضرار به في حياته ، وهذا هو الاستحسان .

ومثاله دفع الزكاة لبني هاشم : فإن مقتضى القياس ألا يجوز ذلك كما ثبت عن

الرسول ﷺ^(١) ، ولكن أبا حنيفة استحسّن إعطاء الزكاة لهم في عصره ، رعاية لمصالحهم وحفظاً لهم من الضياع .

ومثاله أيضاً تضيّن الصناع : فإن القياس يقضي بعدم التضيّن ؛ لأنهم بعقد الإجارة أمانة ، فلا يضمنون ما يتلف بأيديهم إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ ، ولكن الاستحسان يقضي بتضيّنهم منعاً لتهاونهم ومحافظة على أموال الناس . وهذا ما أفقّى به الصاحبان من الحنفية نظراً لفساد الذمم وكثرة الخيانات .

وقد مثل المالكية للاستحسان - وهو في رواية عنهم : الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي - بأمثلة كثيرة ، منها القرض : فإنه رباً في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيع لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان فيه ضيق على المكلفين . ومنها الاطلاع على العورات في التداوي أبيع على خلاف الدليل العام الذي يوجب مفسدة وضراً . ومثله : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافرين ، وقصر الصلاة والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف وسائر الرخص ، فإن حقيقتها ترجع إلى مراعاة المصلحة أو درء المفسدة في مقابلة الدليل العام الذي يقتضي المنع^(٢) .

هذا .. وقد انتقد الأستاذ الجليل مصطفى الزرقاء في كتابه (المدخل الفقهي) التسميم التقليدي للاستحسان ، واعتبر استحسان النص والإجماع استحساناً للشارع في الحقيقة ، وهذا لا كلام فيه ، وإنما الكلام في استحسان الفقيه المستنبط الذي يطبق نص الشارع وقيس عليها ، ويستحسن على وفقها بالعدول عن حكم القياس ، مستلهماً من غرض الشارع ومقاصد شريعته ،

(١) روى مسلم عن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث هذا الحديث ونصه أيضاً « وإنها لا تحل لحمد ولا لآل محمد ، إنما هي أوساخ الناس » وفي رواية لمسلم « إن الصدقة لا تحل لنا ، وإن مولى القوم منهم » (سبل السلام ١٤٧/٢ ، جمع الفوائد ٣٩٠/١) .

(٢) راجع الموافقات للشاطبي ٢٠٧/٤

وهذا يشمل نوعين فقط . هما : الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة . وهو اتجاه سليم ونظرة عميقة فاحصة ، إلا أن الواقع عند الحنفية وغيرهم هو تعميم الاستحسان لكل ما ذكر ، والقضية في تقديري تختلف بحسب منهج البحث ، فإذا كان الكلام في الاجتهاد فينبغي السير على ما ارتآه الأستاذ الزرقاء ، وإذا كان الكلام تحليلياً لعموم أشكال الاستحسان بناء على معناه المجرد وهو الاستثناء من أصل عام ، فيصح السير على النهج الذي أتبنته ، وفيه تتضح وجهات نظر الفقهاء بنحو أجلى .

والحقيقة أنني لو تعقبت جميع أنواع الاستحسان لما وجدت فيها ما يدعو إلى جعل الاستحسان دليلاً مستقلاً قائماً بذاته ، وإنما يتداخل في بقية المصادر الأخرى كالكتاب والسنة والقياس والمصالح المرسلة ، وأكثر ما يعتمد على المصلحة المرسلة^(١) .

المطلب الثالث - حجية الاستحسان وآراء العلماء فيه

أشرت في بيان حقيقة الاستحسان إلى أنه ليس هناك استحسان مختلف فيه كما قال جماعة من المحققين ، ولكنني قبل أن أصل إلى هذه النتيجة أريد تفصيل الكلام على أدلة القائلين بالاستحسان والمانعين .

قال الحنفية والحنابلة والمالكية : الاستحسان حجة شرعية^(٢) .

وأنكره بعض العلماء ومنهم الشافعي والظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة قاطبة^(٣) . قال الشافعي : من استحسن فقد شرع ، وقال الروياني : معناه أنه

(١) راجع مذكرات أستاذنا الشيخ محمد الزفراف لقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة - كلية الحقوق ٢ من الأدلة المختلف فيها .

(٢) المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٥ وما بعدها ، روضة الناظر ٤٠٧/١ ، الاعتصام ١٣٧/٢

(٣) المبادئ العامة للفقهاء : بعفري ٢٩٨ ، أصول الاستنباط ٢٦٤ ، الأصول العامة ٣٦٣ ، الإسنوي

ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع ، وقد خصص الشافعي فصلاً من كتاب الأم لإبطال الاستحسان وقال : الاستحسان باطل^(١) . وقال في الرسالة^(٢) : وإنما الاستحسان تلذذ ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين ، لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم ، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب ، وأن يخرج كل أحد لنفسه شرعاً . وقال ابن حزم : الحق حق وإن استقبحه الناس ، والباطل باطل وإن استحسنته الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال ، وبالله تعالى نعوذ من الخذلان .

من هذه العبارات الموجزة يمكن فهم أدلة منكري الاستحسان وهي^(٣) .

١ - إنه لا يجوز الحكم إلا بالنص أو بما يقاس على النص ؛ لأن في غير ذلك شرعاً بالهوى ، وقد قال سبحانه : ﴿ وَأَن أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ .

٢ - إن الرسول ﷺ ما كان يفتي بالاستحسان ، وإنما كان ينتظر الوحي ، ولو استحسنت لما كان مخطئاً ؛ لأنه لا ينطق عن الهوى .

٣ - الاستحسان أساسه العقل ، وفيه يستوي العالم والجاهل ، فلو جاز لأحد الاستحسان ، لجاز لكل إنسان أن يشرع لنفسه شرعاً جديداً .

واستدل القائلون بالاستحسان بالأدلة التالية :

١ - إن في الأخذ به ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين ، قال الله تعالى : ﴿ يَرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ وقد يستأنس بقوله

(١) راجع الأم ٢٧٧/٧

(٢) الرسالة ٥٠٧ وما بعدها .

(٣) راجع ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان لابن حزم ٥٠ ، والإحكام في أصول الأحكام

له : ٧٥٩/٦

سبحانه : ﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ وقول ابن مسعود رضي الله عنه : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

٢ - إن ثبوته كان بالأدلة المتفق عليها بأنها حجة ؛ لأنه إما أن يثبت بالأثر كالمسلم والإجارة وعدم فساد صوم من أكل ناسياً ، وإما بالإجماع كالاستصناع ، وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار بعد تنجسها ، وإما بالقياس الخفي ، وإما بالعرف كرد الأيمان إلى العرف ، وإما بالمصلحة كتضمين الأجير المشترك^(١) .

نتيجتان :

١ - بالمقارنة بين أدلة المنكرين للاستحسان والمثبتين له ، أقرر أنه ليس هناك ملتقى موحد في تأسيس الخلاف ، فإن إنكار الشافعي رضي الله عنه للاستحسان إنما هو المبني على محض العقل ومجرد القول بالرأي والتشهي من غير اعتماد على دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به الحنفية ومشايعهم ، قال البزدوي : أبو حنيفة رحمه الله تعالى أجل قدراً وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي أو عمل بما استحسنته من دليل قام عليه شرعاً^(٢) . والواقع أن الخلاف لفظي كما قلنا ، وراجع إلى العبارة ولا مشاحة في الاصطلاح ، قال القفال الشافعي : « إن كان المراد بالاستحسان ما دلت الأصول بمعانيها عليه فهو حسن لقيام الحجة به ، قال : فهذا لا ننكره ونقر به ، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محذور والقول به سائغ^(٣) » وقد ردد هذا المعنى من بعده ابن السمعاني^(٤) فقال : « إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل ،

(١) كشف الأسرار ١١٢٥/٢ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ١١٢٣/٢ .

(٣) راجع إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٢ .

(٤) المرجع السابق .

ولا أحد يقول به » ، ثم ذكر أن الخلاف لفظي ، ثم قال : « فإن تفسير الاستحسان بما يشنع به عليهم لا يقولون به ، وإن تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه ، فهذا مما لم ينكره أحد عليه » .

٢ - لا يتقيد الاستحسان بكونه قياساً خفياً في مقابلة قياس جلي وإنما قد يكون بنص أو إجماع أو ضرورة ونحو ذلك مما بان في أنواعه . وقد لا يكون مقابل الاستحسان هو القياس الجلي ، وإنما قد يكون دليلاً عاماً أو قاعدة كلية ، والضابط لحالاته هو ما قاله المالكية : إنه العمل بأقوى الدليلين . وإن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة المرسله ، وهو الاستحسان المصلحي الذي قال به المالكية . قال الشاطبي : إن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة ، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها . وإذن فليس الاستحسان مصدراً مستقلاً من مصادر التشريع . قال الشوكاني^(١) : إن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلاً ، لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء ، بل هو من القول على هذه الشريعة مما لم يكن فيها تارة ، وبما يضادها أخرى .



(١) إرشاد الفحول ٢١٢

المبحث الثاني

المصالح المرسلة أو الاستصلاح

تمهيد :

تبين للمتأمل في مسالك العلة في بحث القياس : أن المناسبة وهي الملاءمة بين الوصف والحكم مسلك مفيد للعلية (أي كون الوصف صالحاً لعللة الحكم بطريق القياس) ، وذلك إذا اعتبرها الشارع ، واعتبار الشارع للمناسبة يكون باعتبار الوصف المناسب . واعتباره إما بالإلغاء أي أن يلغيه الشارع بإيراد فروع على عكسه ، أو بالإقرار أي بإيراد فروع على وفقه بغير نص أو إيماء . وبناء عليه فإن الوصف المناسب ينقسم من حيث اعتبار الشارع له إلى ثلاثة أقسام^(١) .

١ - المناسب المعتبر : هو ما شهد الشارع باعتباره بأن وضع من الأحكام التفصيلية ما يوصل إليه ، مثل جميع الأحكام الشرعية الموضوعة للمحافظة على مقاصد الشرع الكلية الخمسة أو غايات الأحكام التي لم تبح في ملة من الملل^(٢) : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب أو العرض والمال^(٣) . فالجهاد وقتل

(١) راجع المستصفى ١٣٩/١ ، شرح الإسنوي ٦٧/٣ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٦ ، الإيهاج للسبكي ٤٢/٣ ، ١١١ ، روضة الناظر ٤١٢/١ وما بعدها .

(٢) الموافقات ٣٨/١

(٣) يرتب المالكية والشافعية هذه الأصول أو الضروريات الخمس على النحو الآتي : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . ويرتبها الحنفية على النحو التالي : الدين ، ثم النفس ، =

المرتد شرعا للمحافظة على مبدأ الدين أو التوحيد ، والقصاص شرع للحفاظ على النفوس والدماء ؛ لأن القصاص مقرر للحياة التي هي أجلّ المنافع .

وتحريم المسكرات وإقامة الحد على شاربيها مشروع لصيانة العقول . وتحريم السرقة وقطع يد السارق ومشروعية الضمان عند أخذ المال بالباطل هي مقررة للمحافظة على الأموال . وتحريم الزنى وجلد الزاني من أجل صيانة الأنساب والأعراض . ورخصة الفطر في رمضان للمسافر والمريض ، وقصر الصلاة وجمعها للمسافر : موضوعة لدفع الحرج والمشقة عن الناس .

هذا الوصف لا خلاف في جواز التعليل به للاستقراء بأن أحكام الشرع كانت لجلب المصلحة أو دفع المفسدة .

٢ - المناسب الملغى : هو ما شهد الشرع بإلغائه بأن وضع أحكاماً تدل على عدم الاعتداد به كإيجاب صوم شهرين في كفارة الجماع في نهار رمضان عن الغني ، فإنه وإن كان أبلغ في الزجر والردع من العتق ، لكن الشارع ألغاه بإيجابه الإعتاق أولاً ، فلا يجوز اعتباره لمخالفته النص المذكور في السنة : « أعتق رقبة » . أو لقصره معنى الكفارة على الزجر دون مراعاة مصلحة أخرى وهي ستر الذنب على المخالفة . ومثاله : المبالغة في التدين ، فإن العقل قد يدرك أن شدة التدين منفعة كما ظن بعض الصحابة حينما امتنع بعضهم عن الأكل وواظب على الصيام ، وامتنع بعضهم عن الزواج ، وبعضهم عن النوم في الليل من أجل

= ثم النسب ، ثم العقل ، ثم المال . وقيل : بتقديم هذه الأربعة على الدين ، لأنها حق الآدمي ، ولذلك قدم القصاص على قتل الردة ، فيسلم إلى الولي لا الإمام ، وتترك الجمعة والجماعة لحفظ المال . ورد بأن القصاص فيه حق الله ، نعم الغالب فيه حق العبد ، فالتسليم إلى الولي جمع بين الحقين . وترك الجماعة إلى خلف ليس من التقديم المبحوث عنه (الموافقات ١٠/٢ ، المستصفى ١٤٠/١ ، مسلم الثبوت ٢٨٣/٢) .

الصلاة ، ولكن الشارع ألغاه لقول الرسول ﷺ : « لا رهبانية في الإسلام »^(١) ، وقوله لهؤلاء : « أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له ، لكنني أصوم وأنظر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني »^(٢) والأمثلة كثيرة مثل التعامل بالربا ، وجعل الطلاق بيد القاضي أو بيد المرأة ، وقتل المريض اليأس من الشفاء نفسه ، فإن كل هذا مصادم لنص الشارع .

وهذا الوصف لا خلاف أيضاً في عدم جواز التعليل به كما قلنا .

٣ - المناسب المرسل : هو الوصف الذي لم يعلم من الشرع إلغاؤه ولا اعتباره لا بنص ولا بإجماع^(٣) ، أي لم يوجد في الأحكام الشرعية ما يوافقه أو يخالفه .

وهذا الذي اختلف العلماء في جواز التعليل به ، وقد سماه المالكية : بالمصالح المرسله ، والغزالي : بالاستصلاح ، ومتكلمو الأصوليين بالمناسب المرسل الملائم ، وبعضهم : بالاستدلال المرسل ، وإمام الحرمين وابن السمعاني : بالاستدلال ، وإني سأبحث المصالح المرسله وفق الآتي :

أنواع المصالح ، تعريف المصلحة المرسله ، حجية المصالح المرسله ، شروط العمل بها ، رأي نجم الدين الطوفي في إلغاء النص بالمصلحة .

المطلب الأول - أنواع المصالح :

التقسيم الذي ذكر للمصلحة أو الوصف المناسب هو من حيث اعتبار الشارع

(١) قال ابن حجر لم أره بهذا اللفظ ، لكن في حديث سعد بن أبي وقاص عند البيهقي : « إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة » .

وفي حديث آخر : « تزوجوا فإني مكاثركم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى » رواه البيهقي عن أبي أمامة ، قال السيوطي : ضعيف (الجامع الصغير ، كشف الخفا) .

(٢) أخرجه الشيخان وللنسائي نحوه عن أنس بن مالك رضي الله عنه (رياض الصالحين ٧٥ ، جمع الفوائد ٢٢/١) .

(٣) شرح المضد على مختصر المنتهى ٢٤٢/٢ ، ٢٨٩ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٢٨

له وعدم اعتباره كما قلت . وتنقسم المصلحة التي لم يشهد لها الشارع ببطلان ولا باعتبار معين تقسيماً آخر من حيث قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أقسام^(١) :

١ - **الضروريات** : هي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا ، وضاع النعيم وحلّ العقاب في الآخرة ، وهي خمس : حفظ الدين والنفس والعقل والنسب (أو النسل أو العرض) والمال .

٢ - **الحاجيات** : وهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط ، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج ، دون أن تحتل الحياة ، وقد شرع الشارع لها أصناف المعاملات من بيع وشراء وإجارة واستئجار وأنواع الرخص من قصر الصلاة وجمعها للمسافر ، وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضع والمريض ، وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء ، والمسح على الخفين حضراً أو سفراً ، وتبسيط الولي على نكاح الصغيرة لحاجة اختيار الكفء ونحوها .

٣ - **التحسينيات** : وهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق ، مثل الطهارات بالنسبة للصلوات ، وأخذ الزينة من اللباس ومحاسن الهيئات والطيب ، وتحريم الخبائث من المطاعم ، والرفق والإحسان ، وصيانة المرأة عن مباشرة عقد نكاحها بإقامة الولي مباشراً له ، وما أشبه .

هذه الأنواع الثلاثة من المصالح هي نقطة انطلاق مبدأ المصالح المرسلة ، فإن من القضايا التي صارت في حيز البدهيات أن الشارع راعى مصالح الناس في

(١) راجع الموافقات للشاطبي ٨/٢ - ١٢ ، روضة الناظر ٤١٤/١ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٤٠/٢ ، فواتح الرحموت ٢٦٢/٢ وما بعدها ، المستصفى ١٣٩/١ ، شرح الإسنوي ٦٣/٣ ، التقرير والتجبير ١٤٤/٣ ، الإبهاج شرح المنهاج ٣٨/٣ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٧ ، أصول الفقه للخضري ٣٠٣ ، ولأبي زهرة ٣٥٦

تشريع الأحكام الدنيوية تفضلاً منه وإحساناً ، لا حتماً وإلزاماً كما يقول المعتزلة ، لهذا قال كثير من العلماء بالمصلحة المرسلّة ، ووافقهم الشافعية ومنهم الغزالي في المصالح الضرورية . وأما المصالح الحاجية والتحسينية فلم يميزوا الحكم بمجرد أنها لم تعترض بشهادة أصل من الأصول الشرعية إلا أن يكون الحكم جارياً مجرى الضرورات ، والضرورات تبيح المحظورات ، كما سيأتي تفصيله في مطلب حجية المصالح المرسلّة .

المطلب الثاني - تعريف المصالح المرسلّة : قال الغزالي رحمه الله تعالى : « المصلحة هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة ، أو دفع مضرّة ، ولسنا نعني به ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرّة مقاصد الخلق ، وصالح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعني بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ^(١) » .

هذا ما قرره الغزالي في بيان معيار المصالح ، وهو على حق ؛ لأن الناس يختلفون في تقدير المصلحة بحسب ما يحقق لكل منهم نفعه الذاتي دون التفات إلى مصلحة المجموع ، فكان لا بد من تشريع الشارع الحكيم ليكون الحكم العدل بين الناس في موازنة المصالح وتوزيع المنافع . ومن هنا برزت الحاجة إلى أن تقدر المصلحة بمعيار الشرع دون أن يجوز تركها لأهواء الأفراد وعقولهم الخاصة ، فالمراد بالمصالح والمفاسد : هي ما كانت كذلك في نظر الشرع ، لا ما كان ملائماً أو منافراً للطبع ^(٢) ، وهذا ما يدعو إلى تبيان حقيقة المصلحة المرسلّة في اصطلاح الأصوليين .

(١) المستصفى ١٣٩/١ - ١٤٠

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٤٣/١

قال الخوارزمي : المراد بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفسد
عن الخلق .

وقال الغزالي : هي أن يوجد معنى يشعر بالحكم مناسب عقلاً ولا يوجد
أصل متفق عليه . وقال ابن برهان : هي ما لا تستند إلى أصل كلي ولا جزئي .

هذه التعاريف متقاربة في المعنى ، غير أنني أختار تعريفاً آخر أوضح للمصالح
المرسلة : وهي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده ، ولكن لم يشهد لها
دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء ، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة
أو دفع مفسدة عن الناس^(١) . وبهذا يتبين أنه إذا وجد للواقعة نظير في الشرع من
كتاب أو سنة أو إجماع ، لجأ المجتهد إلى القياس ، أما إذا لم يوجد للوصف المناسب
الذي يصلح بناء الحكم عليه نظير منصوص عليه ، عمل المجتهد بالمصالح المرسلة أو
الاستصلاح ، فما هو موقف العلماء فيها ، هل يجوز الأخذ بها أو لا ؟

المطلب الثالث - حجية المصالح المرسلة :

لا نزاع في أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية ودينية . وفي مجال الدين
أحكام تعبدية كأوضاع الصلاة والصيام لم تتمكن عقولنا من إدراك معنى معين
قاطع لها ، فهذه الأحكام لا مجال للقياس عليها فضلاً عن القول بالمصلحة المرسلة
فيها ؛ لأنها مقصورة على الوحي السماوي الذي يسن لنا طريقة العبادة المرضية
للرب عز وجل ، بحيث تكون ذات صفة دائمة موحدة بالنسبة لجميع الأجيال ،
وتعد من الصفات اللصيقة بشخص المسلم الملازمة له على كره الدهور والأعوام ،
فلا حاجة إلى القياس فيها ولا منفذ للابتداع والتجديد والابتكار في شأنها ، وإلا
أدى بنا الأمر إلى الضلال والانحراف .

(١) راجع الموافقات للشاطبي ٣٩/١ ، ومذكرات أستاذنا الشيخ محمد الزفزاف ٧ من الأدلة المختلف
فيها .

وأما الأحوال المدنية أو المعاملات : فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها عن طريق القياس والمصالح المرسله ونحوها ، إلا أن العلماء اختلفوا في الأخذ بالمصلحة المرسله بوصفها دليلاً مستقلاً في تشريع الأحكام ، على ثلاثة مذاهب ذكرها الإسنوي والشوكاني وغيرهما^(١) ، إلا أن الشوكاني أضاف مذهباً رابعاً هو الأخذ بالمصالح إن كانت ملائمة لأصل شرعي كلي أو جزئي ، وهذا في رأيي من باب القياس ، فلا أذكره.

١ - قال الجمهور (وهذا محل نظر كما سنعرف) : لا يؤخذ بالمصلحة المرسله مطلقاً ، قال ابن الحاجب : وهو المختار ، وقال الآمدي^(٢) : إنه الحق الذي اتفق عليه الفقهاء^(٣) أما بالنسبة للشيعة فاتفق فقهاؤهم على منع الفتوى بها^(٤) .

وقال الأستاذ محمد تقي الحكيم : الشيعة لا يقولون بالمصالح المرسله إلا ما رجع منها إلى العقل على سبيل الجزم ، وما عداه فهو ليس بحجة .

٢ - قال الإمام مالك : واختاره إمام الحرمين^(٥) :

المناسب المرسل حجة مطلقاً ، روي عن مالك أنه قال : يجوز قتل الثلث من الخلق لاستصلاح الثلثين^(٦) . ويعد الإمام مالك رائد العمل بالمصلحة ،

(١) راجع شرح الإسنوي - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ١٦٤/٣ ، إرشاد الفحول ٢١٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٨

(٢) الإحكام في أصول الأحكام ١٣٨/٣

(٣) المستصفى ١٤١/١ ، ١٤٢

(٤) المبادئ العامة للفقهاء الجعفري ٣٠٤ ، أصول الاستنباط للحيدري ٢٦٥

(٥) المنحول للغزالي ٣٥٤ ، الأصول العامة ٤٠٤

(٦) يلاحظ أن هذا الذي نقله الغزالي عن الإمام مالك لا أصل له في مذهبه ، وإنما هي شهرة

متناقلة بين الناس دون أي مستند أو دليل يثبت صحة نسبة هذه الفتوى إليه . كذلك لم يثبت عن الإمام مالك أنه أجاز القتل في التعزير ، أو أجاز ضرب المتهم للتوصل لإقراره ، أو أجاز مصادرة أموال الأغنياء عند المصلحة .

والمصلحة في رأيه إما أن تؤخذ من النص أو من عموم ما ورد من النصوص ، مثل قوله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين حرج ﴾ وقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وتسمى المصلحة التي ليس لها في شرع الله أمر أو نهى « مصلحة مرسله » ، وهي التي يكون نفعها أكثر من ضررها . وقد أخذ الإمام أحمد بالمصلحة المرسله ، فهي من أصول مذهبه ، وأخذ بها في السياسة الشرعية بنحو عام ، وهي ما ينهجه الإمام لإصلاح الناس ، وحملهم على ما فيه مصلحة ، وإبعادهم عما فيه مفسدة .

٣ - قال الغزالي : المناسب المرسل يعتبر إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية ، وإلا فلا ، فالضرورية : هي التي تكون من إحدى الضروريات الخمس بالترتيب الآتي : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال . وأما القطعية : فهي التي يجزم بمحصول المصلحة فيها . والكلية : هي التي تكون موجبة لفائدة عامة للمسلمين ^(١) .

ومثاله : ما إذا صال الكفار علينا متترسين بأسارى المسلمين ، وقطعنا بأننا لو امتنعنا عن قتل الترس لصدومنا ، واستولوا على ديار المسلمين وقتلوا المسلمين كافة ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً معصوماً من غير ذنب صدر منه ، فإن قتل الترس ، والحالة هذه مصلحة مرسله ، لكونه لم يعهد في الشرع جواز قتل مسلم بلا ذنب .

ولا دليل أيضاً على عدم جواز قتل المسلم في سبيل تحقيق مصلحة للمسلمين ، بل إن التحقيق يؤدي إلى أن هذا الأسير مقتول بكل حال ، فحفظ جماعة المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع من حفظ مسلم واحد ؛ لأن مقصود الشرع تقليل القتل ، كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان ، فإن لم تقدر على الحسم قدرنا على التقليل .

(١) المستصفى ١٤٠/١ - ١٤٢

ويؤيده مثال آخر أقره الغزالي : وهو توظيف الخراج على الأراضي ، إذا خلت الأيدي من الأموال ، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بمحاجات الجيش ، ولو اشتغل الجنود بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام ، أو خيف ثوران الفتنة في بلاد الإسلام . وحينئذ فيجوز لولي الأمر أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ؛ لأنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشارع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين . وما يؤديه كل فرد وحده قليل بالنسبة لمدمامة الخطر الذي يترتب على زوال السلطة التي تحفظ النظام ، وتقطع دابر الشر والفساد .

ويلاحظ أن مثال الترس تطبيق لمبدأ العمل بالضرورات . وتوظيف الخراج داخل تحت مضمون قواعد الشرع الكلية المعترف بها عند جميع المسلمين مثل « يختار أهون الشرين » ، وهذا يدل على أن في المصلحة المرسله مذهبين فقط . هما مانع ومحيز ، فمن هما ؟ .

أما المانع : فهم الظاهرية والشيعة والشافعية وابن الحاجب من المالكية .
وأما المحيز : فهم المالكية والحنابلة^(١) .

وأما الحنفية فقد ذكر الأمدي أنهم كالشافعية في امتناع التمسك بالاستصلاح ، وتابعه عليه الإسنوي وبعض الكتاتين المحدثين في علم الأصول .

لكن الحنفية يأخذون بالمصالح المرسله من طريق الاستحسان الذي برع فيه الإمام أبو حنيفة ؛ لأن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة المرسله كما قلنا سابقاً . وبهذا يظهر أن الجمهور هم القائلون بالمصلحة المرسله ، على عكس ما قاله الإسنوي والشوكاني عند عرض مذاهب العلماء في هذا الشأن ، وقد توصلت إلى هذه النتيجة خلال تتبع استنباطات الفقهاء في فروعهم المذهبية ، وإن كانوا في الظاهر ينفون القول بالمصالح المرسله .

(١) راجع (ابن حنبل) لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٢٩٨

الأدلة :

أدلة النفاة : استدلال نفاة المصالح المرسله بأدلة :

١ - إن الأخذ بها يؤدي إلى إهدار قدسية أحكام الشريعة بتصرف ذوي الأهواء فيها ، وفقاً لأغراضهم ومآربهم تحت ستار المصلحة المرسله بناء على تغير وجه المصلحة بتطور الزمان والمكان ، فيكون القول بالمصلحة من باب التلذذ والتشهي ، قال ابن حزم : « وهذا باطل ؛ لأنه اتباع الهوى وقول بلا برهان^(١) » . ويناقد هذا الدليل بأن الأخذ بالمصلحة المرسله ليس من قبيل التشريع بالهوى ؛ لأن من شروط العمل بها كما سألين : وجود الملاءمة بين المصلحة وبين مقاصد الشرع . هذا فضلاً عن أن إنكار العمل بالمصلحة يؤدي إلى سد باب من أبواب الرحمة بالمخلوقات ، وأن القائل بالمصلحة من أهل الاجتهاد والاستنباط .

٢ - إن المصالح المرسله مترددة بين اعتبارين : إلغاء الشارع لبعض المصالح واعتباره لبعضها الآخر ، فلو وجب اعتبار المصالح المرسله ، لاشتراكها مع المصالح المعتبرة في كونها مصالح ، لوجب إلغاؤها أيضاً لاشتراكها مع المصالح الملغاة في ذلك ، فبسبب وجود هذين الاحتمالين لا يصح الأخذ بها ؛ إذ لا مرجح لاحتمال على آخر ، فلا يصح اعتبارها حجة في إثبات الأحكام الشرعية ؛ لأن الأصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها^(٢) . قال الآمدي : المصالح المرسله مترددة بين ما عهد من الشارع اعتباره وما عهد منه إلغاؤه ، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر ، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغى^(٣) .

(١) ملخص إبطال القياس هـ

(٢) الإسنوي ١٦٥/٣ ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ١٨٥

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٣٨/٣

ويجاء عن هذا الدليل بأن اشتغال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه ؛ لأن الشارع راعى مبدأ المصالح في تشريع الأحكام ، مما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل ، فيجب العمل به ؛ لأن العمل بالظن واجب .

وأيضاً فإن المصالح التي ألغاهما الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها ، فيلحق الحكم بالأعم الأغلب .

٣ - إن الأخذ بالمصالح المرسله يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه ، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص ، نظراً لتبدل المصالح على مر الأيام .

ويجاء عنه بأن مجال العمل بالمصلحة المرسله : هو حيث لا نص على اعتبار المصلحة أو إلغائها ، فلا يتنافى مع مبدأ وحدة التشريع وعمومه ، وإنما يكون الأمر على العكس ، وهو جعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، بما يتفق مع المصلحة العامة ، ويدفع الحرج والضرر عن الجماعة .

أدلة المثبتين : استدلل الجمهور القائلون بحجية المصالح المرسله بأدلة أخرى .

١ - ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح الناس ، واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام^(١) ؛ لأن العمل بالظن واجب . والدليل على اعتبار المصالح قوله تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين^(٢) ﴾ ومقتضى الرحمة تحقيق مصالح الناس .

(١) أعلام الموقعين ١٤/٣ ، شرح الإسنوي ١٦٥/٣

(٢) قال العبد شارح مختصر ابن الحاجب ٢٣٨/٢ ، وظاهر الآية التعميم ، أي يفهم منه مراعاة مصالحهم فيما شرع لهم من الأحكام كلها ؛ إذ لو أرسل بحكم لا مصلحة لهم فيه ، لكان إرسالاً =

اليسر ولا يريد بكم العسر ﴿١﴾ ، وقوله تعالى في إباحة لحم الميتة للمضطر : ﴿ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم ، فإن الله غفور رحيم ﴾ . وقوله عز وجل : ﴿ يا أيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور ، وهدى ورحمة للمؤمنين ﴾ . وقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .

٢ - إن الحياة في تطور مستمر ، وأساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغير في كل زمن وبيئة ، وفي أثناء التطور تتجدد مصالح الناس ، فلو اقتصرنا على الأحكام المبنية على مصالح نص الشرع على اعتبارها ، لتعطل كثير من مصالح الناس ، وجمد التشريع ووقف عن مسايرة الزمن ، وفي ذلك إضرار بهم كبير لا يتفق مع قصد التشريع من تحقيق المصالح ودفع المفساد ، وحينئذ لا بد من إصدار أحكام جديدة تتلاءم مع مقاصد الشريعة العامة وأهدافها الكلية ، حتى يتحقق خلود الشريعة وصلاحيتها الدائمة .

٣ - إن من يتتبع اجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم يجد أنهم كانوا يفتنون في كثير من الوقائع بمجرد اشتغال الواقعة على مصلحة راجحة ، دون تقييد بمقتضى قواعد القياس ، أي بقيام شاهد على اعتبار المصلحة ، دون إنكار من أحد ، فكان فعلهم إجماعاً على اعتبار المناسب المرسل ، والإجماع كما هو معروف حجة يجب العمل به . وأمثلته ما يأتي .

أ - جمع أبو بكر رضي الله عنه القرآن الكريم من الصحف المتفرقة في

= لغير الرحمة ؛ لأنه تكليف بلا فائدة ، فخالف ظاهر العموم ، ثم قال : والتعليل هو الغالب على أحكام الشرع ، وذلك لأن تعقل المعنى ومعرفة أنه مفض إلى مصلحة أقرب إلى الاتقياد من التعبد المحض ، فيكون أفضى إلى غرض الحكيم .
(١) حديث حسن رواه ابن ماجه ، والدارقطني وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (الأربعين النووية) .

مصحف واحد بإشارة عمر رضي الله عنه ، دون سبق نظير له ، بدليل ما قاله عمر : « إنه والله خير ومصلحة الإسلام » وحارب أبو بكر مانعي الزكاة ، واستخلف أيضاً عمر دون وقوع نظير من قبل .

ب - أبطل عمر رضي الله عنه سهم المؤلفه قلوبهم من الصدقات ، مع أنه ثابت بالنص ، نظراً لعدم الحاجة إلى تأليف قلوبهم بعد أن عز الإسلام .

وأسقط أيضاً حد السرقة عام الجماعة مع أنه منصوص عليه لعموم الابتلاء والحاجة . وكان يشاطر المتهم من الولاة ماله منعاً للظلم والاستغلال . وقتل الجماعة بالواحد حين اشتركوا في قتله ، حتى لا يتخذ الاجتماع ذريعة إلى الخلاص من القصاص .

وأمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زجراً عن كثرة استعماله . وأبقى الأراضي المفتوحة عنوة بيد أهلها ، ووضع الخراج على أهلها لمصلحة جماعة المسلمين وتزويد بيت المال . ودوّن الدواوين ، واتخذ السجون إلى آخر ما أثر عنه من أحكام جديدة .

ج - كتب عثمان رضي الله عنه المصحف على حرف واحد ووزعه في الأمصار وأحرق ما عداه ، وحكم بإرث الزوجة التي طلقها زوجها في مرض موته فراراً من إرثها ، معاملة له بنقيض مقصوده . وهذا رأي مالك وأحمد والحنفية وخالف الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك وقضى أنه لا توارث بين الرجل وامرأته المطلقة مطلقاً .

د - اتفق الصحابة على تضمين الصناع ، ومع أن الأصل أنهم أمناء على ما في أيديهم من أموال الناس لتهاونهم مع حاجة الناس المتكررة إليهم ، وفيه يقول علي كرم الله وجهه : « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

مناقشة وترجيح :

يتبين من أدلة المنكرين لحجية المصالح المرسله أنهم كشأنهم في قاعدة الاستحسان لم يلتقوا على محل واحد للنزاع ، مع القائلين بحجية المصالح المرسله ؛ إذ ليس في الأخذ بالمصلحة المرسله تشريع بالهوى ، وإنما هو مقيد ضمن قيود وضوابط معينة ستعرف في شروط العمل بالمصلحة المرسله . ولكن كل ما في الأمر هو أن الشافعية مع اعترافهم بأن المصلحة معتبرة في أحكام الفقه الإسلامي يتشددون في الأخذ بهذا المبدأ ، ويوجبون إلحاق الوصف المناسب بقياس ذي علة منضبطة ؛ أو أنهم يأخذون بمقتضى إرسال المصلحة على أساس تطبيق قاعدة شرعية كلية ، أو مبدأ عام شهد به الشرع ، كما يتبين المراد من فروع الأحكام الفقهية التي سردھا الغزالي في كتابه (المستصفى)^(١) مثل قتل جماعة من الأسرى المسلمين الذين تترس بهم الكفار ، وقتل الزنديق المستتر إذا تاب في الظاهر ، وقتل الساعي في الأرض بالفساد لتعريض أموال المسلمين ودمائهم للهلاك ، وتوظيف الضرائب على الأغنياء بمقدار كفاية الجيش حين خلو بيت المال . فهذه الأمثلة تدل على اعتبار المصالح المرسله بدليل قول الغزالي في تسويقها اجتهاداً :

إننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصوده فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع ، فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسّن فقد شرع ، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فليس خارجاً من هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً ، بل مصلحة مرسله ، إذ القياس أصل معين ، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل

(١) راجع ١٤٦/١ - ١٤٤

واحد ، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة ، وقرائن الأحوال ، وتفاريق الأمارات ، تسمى لذلك مصلحة مرسله ، وإذا فرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع ، فلا وجه للخلاف في اتباعها ، بل يجب القطع بكونها حجة^(١) . فهذا اعتراف صريح بالأخذ بالمصلحة المرسله ، إذ أن القائلين بها يشترطون ملاءمتها لمقاصد الشارع .

فالذي ينكره الشافعية إذن ليس هو الاعتداد بالمصالح مطلقاً ، بل هو الاعتداد بالمصالح التي لم يعتبرها الشارع ولو في الجملة ، وهذا ليس من المصالح المرسله عند التحقيق .

إلا أن دائرة العمل بالمصالح المرسله عند الشافعية أضيق منها عند غيرهم ، وأنها ليست أصلاً قائماً بذاته . وبهذا يتبين أن العلماء كلهم متفقون في الأصل على الأخذ بمبدأ المصلحة المرسله ، كما يظهر من كلام ابن دقيق العيد ، إذ قال^(٢) : « لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح ، لكن الاسترسال فيها وتحقيقها محتاج إلى نظر سديد ، وربما يخرج عن الحد » وقال أيضاً : « الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرها عن اعتباره في الجملة ، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرها » . وقال القرافي المالكي : « هي عند التحقيق في جميع المذاهب لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا نعني بالمصلحة المرسله إلا ذلك » وقال الشاطبي^(٣) : « الاستدلال المرسل اعتمده مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي » .

(١) المستصفى ١٤٣/١ وما بعدها .

(٢) إرشاد الفحول ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٣) الموافقات ٢٩/١

والخلاصة : إن العلماء يتفاوتون في مقدار الأخذ بها ، فأكثرهم أخذاً بها الإمام مالك ويليهِ أحمد ، ثم يليهِ الحنفية ، ثم الشافعي ، ومع هذا فإننا نؤيد الغزالي وابن دقيق العيد في ضرورة الاحتياط في الأخذ بهذا المبدأ ؛ لأن الاسترسال فيه حرج ، ويحتاج إلى دقة في الفهم ، وعمق في الاستنباط^(١) .

أدلة اعتبار الشافعي المصالح المرسلة :

الاستدلال بالمصلحة : هو استنباط الحكم من معقول جملة نصوص شرعية ، تشهد لجنس المصلحة بالاعتبار . والمصلحة المرسلة : هي المصلحة التي تدخل تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين . أو هي المصلحة الملازمة لجنس تصرفات الشارع^(٢) .

وقد ثبت أن الشافعي يأخذ بالمصالح المرسلة بهذا المعنى . لكنه يدخلها في القياس . والقياس عنده : هو طلب الدلائل على موافقة الخبر المتقدم ، من الكتاب والسنة ؛ لأنها علم الحق المفترض طلبه^(٣) . فهذه الموافقة للخبر تتحقق أيضاً بالمصلحة الملازمة .

والأدلة على ذلك هي ما يأتي^(٤) :

١ - اعتبار الشافعية الوصف الذي شهد الشارع لجنسه من باب القياس ، مثل إعطاء الشارب حد القاذف ، قياساً على الخلوة بالأجنبية ، بجامع أن في كل من الأصل والفرع إقامة مظنة الشيء مقام الشيء ، وإعطاء المظنة حكم

(١) انظر الاعتصام للشاطبي ٣/٢٠٧ ، الموافقات ١/٣٩ ، وابن حنبل للأستاذ الشيخ محمد

أبو زهرة ٣٠٢

(٢) مقاصد الشريعة للدكتور حسين حامد ٢/٣٢٢

(٣) الرسالة ٤٠/ف ١٢٢

(٤) مقاصد الشريعة ، المرجع السابق ، ٢/٣٢٦ - ٣٧٠

المظنون^(١) . لكن هذا الرأي هو المرجوح عندهم .

ويلاحظ أن المصالح المرسله هي المصالح الملائمة . والملاءمة : هي الدخول تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين .

٢ - نسبة الحنفية للشافعي القول بملائم المرسل ، أو المصلحة الملائمة^(٢)

٣ - تصريح المالكية باعتماد الشافعي الاستدلال المرسل^(٣) .

٤ - نسبة الشوكاني إلى الشافعي القول بالمصالح الملائمة ، نقلاً عن ابن برهان في الوجيز ، وعن إمام الحرمين^(٤) .

٥ - نسبة الزنجاني الشافعي القول بالمصالح الملائمة للشافعي . قال : ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع ، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز^(٥) .

٦ - نسبة إمام الحرمين للشافعي الأخذ بالمصالح إذا كانت شبيهة بالمعتبرة^(٦) .

٧ - قول الشافعي بجواز القياس في الأسباب : معناه القول بالمصالح المرسله

(١) انظر الأحكام للآمدي ٥٣/٣ ، نهاية السؤل ٦٩/٣ ، ٧١ وما بعدها ، المستصفى ٧٧/٢ ، المنحول ٣٦٨

(٢) التقرير والتحجير ١٤٧/٣ ، مسلم الثبوت ٢١٥/٢ ، ط الكردى .

(٣) الموافقات ٣٩/١ . قال : الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي .

(٤) إرشاد الفحول ٢١٢ وما بعدها . قال : إن كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع أو لأصل جزئي ، جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا .

(٥) تخريج الفروع على الأصول ١٦٩

(٦) المنحول للغزالي ٣٥٦ ، ٣٦٤ وما بعدها .

كما قرر جمهور الأصوليين^(١) .

٨ - استدلال الشافعي في الرسالة بالمصالح أو المعاني المستندة إلى كلي الشرع في استنباط القواعد الأصولية^(٢) .

نظرية المصلحة عند الغزالي :

بحث الغزالي مبدأ الاستصلاح أو المصلحة المرسل في كتبه الأصولية : المنحول والمستصفي وشفاء الغليل ، فعرف المصلحة في المستصفي^(٣) بقوله : هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرّة . ولسنا نعني به ذلك ، فإن جلب المنفعة ، ودفع المضرّة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم . لكننا نعني بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع . ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم . فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة .

وذكر أقسام المصلحة :

(١) المستصفي ٩١/٢ ، تخريج الفروع على الأصول ١٦٣ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ١٧٤/٢ ، وبقية المراجع المذكورة في بحث القياس في الأسباب .

(٢) اتبع الشافعي في رسالته الاستدلال المرسل في التدليل على القواعد الأصولية التي يعتد بها الفقيه . فتراه يقرر القاعدة العامة أو الأصل الكلي الذي يفرع على أساسه ، ويقيد نفسه به في الاستنباط ، ثم يستدل على هذا الأصل بأدلة تؤدي في مجموعها لا بمفردها إلى صحة الأصل . مثل استدلاله على حجية القياس بالأصل الكلي الذي اعتبره الشرع وفرع الفروع على وفقه ، وسار على أساسه في التشريع ، وهو أن على المكلف إصابة عين المكلف به إن أمكنه ، وسلوك طريق الاجتهاد للوصول إلى المطلوب إن تعذر عليه إصابة عينه .

(٣) المستصفي ١٣٩/١ وما بعدها .

التقسيم الأول - أقسام المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع^(١) :

قسم الغزالي المصلحة بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام :

١ - ما شهد الشرع لاعتبارها : وهي حجة ، ويرجع حاصلها إلى القياس^(٢) : وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع . ومثاله : حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكل ، فيحرم قياساً على الخمر ؛ لأنها حُرمت لحفظ العقل الذي هو مناط التكليف . فتحریم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة .

٢ - ما شهد الشرع لبطلانها : مثاله قول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع في نهار رمضان : إن عليك صوم شهرين متتابعين . فلما أنكر عليه ، حيث لم يأمره بإعتاق رقبة ، مع اتساع ماله ، قال : لو أمرته بذلك لسهل عليه ، واستحقر إعتاق رقبة ، في جنب قضاء شهوته ، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر به . فهذا قول باطل ، ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة ، وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال . ثم إذا عرف ذلك من صنيع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم ، وظنوا أن كل ما يفتون به ، فهو تحريف من جهتهم بالرأي .

٣ - ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين : وهذا محل النظر .

(١) المرجع والمكان السابق .

(٢) الفرق الدقيق بين القياس والمصلحة المرسلّة : هو أن القياس يعتمد على عين الوصف المناسب بواسطة النص عليه كما في الوصف المؤثر ، أو بواسطة جريان حكم الشارع على وفقه كما في الوصف الملائم . أما المصلحة المرسلّة فلا بد من استنادها إلى دليل ما ، قد اعتبره الشارع ، غير أنه لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها ، وإنما يتناول الجنس البعيد لها ، كجنس حفظ الأرواح والعقول والنفوس والأنساب والأموال . (ضوابط المصلحة للدكتور محمد سعيد رمضان ٢١٧) .

وخلاصة هذا التقسيم أن المصلحة المرسله هي ما لم يرد فيها نص معين لا بالاعتبار ولا بالإلغاء . ويستفاد من هذا التقسيم اشتراط الشرط الأول في المصلحة المرسله : وهو ألا يشهد لها من الشرع نص معين ، لا بالإلغاء ولا بالاعتبار .

التقسيم الثاني - أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها :

المصلحة المرسله (لا المعتبرة بنص معين ، وهي الداخلة في باب القياس ، ولا الملغاة التي شهد النص بإلغائها) تنقسم إلى رتب ثلاثة :

ما هي في رتبة الضرورات . وما هي في رتبة الحاجات . وما يتعلق بالتحسينات والتزيينات . ويتعلق بكل قسم من الأقسام : ما يجري منها مجرى التكملة والتتمة لها^(١) .

١ - الضرورات : وهي الرتبة الأولى وأقوى المراتب في المصالح ، وهي المحافظة على الأصول الخمسة : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . مثال حفظ الدين : قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم . ومثال حفظ النفس : قضاء الشرع بإيجاب القصاص ، إذ به حفظ النفوس .

ومثال حفظ العقل : إيجاب حد الشرب ، إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف .

ومثال حفظ النسل : إيجاب حد الزنا ، إذ به حفظ النسل والأنساب .

ومثال حفظ المال : إيجاب زجر الغصاب والسراق . إذ به يحصل حفظ

(١) المستصفى ١٣٩/١ - ١٤٠

الأموال التي هي معاش الخلق ، وهم مضطرون إليها .

ومكمل الضروريات مثل : اعتبار الماثلة مرعية في استيفاء القصاص ؛ لأنه مشروع للزجر والتشفي ، ولا يحصل ذلك إلا بالمثل . ومثل : تحريم القليل من الخمر ؛ لأنه يدعو إلى شرب الكثير ، فيقاس عليه النبيذ .

٢ - الحاجات : من المصالح والمناسبات ، كتسليط الولي على تزويج الصغيرة والصغير ، فذلك لا ضرورة إليه ، لكنه محتاج إليه في اجتناء المصالح . ومكمل الحاجات : مثل : لا تزوج الصغيرة إلا من كفؤ وبمهر المثل ، فإنه أيضاً مناسب ، ولكنه دون أصل الحاجة إلى النكاح .

٣ - التحسينات والتزيينات للمزايا والمزائد ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات . كاشتراط الولي والشهادة في عقد الزواج ؛ لأن الأليق بحاسن العادات استحياء النساء عن مباشرة العقد ؛ لأن ذلك يشعر بتوقان نفسها إلى الرجال ، ولا يليق ذلك بالمروءة ، ففوض الشرع العقد إلى الولي حملاً للناس على أحسن المناهج . ولأن الشهادة لتفخيم أمر النكاح ، وتمييزه عن السفاح بالإعلان والإظهار .

والمصالح الضرورية يقضى بها ، وإن لم يشهد لها أصل معين ، مثل قتل جماعة من أسارى المسلمين ، تترس بهم الكفار ، لحفظ جميع المسلمين من القتل .

وأما المصالح الحاجية أو التحسينية فلا يحكم بمجردا ، إن لم تعترض بشهادة أصل^(١) ، ويؤخذ من هذا التقسيم اشتراط الشرط الثاني للعمل بالمصلحة المرسلة عند الغزالي : وهو أن تكون المصلحة واقعة في رتبة الضرورات ، أو ما يجري مجرى الضرورات .

(١) المرجع السابق ١٤١

التقسيم الثالث - أقسام المصلحة من حيث الملاءمة والعموم أو الشمول :

المصلحة المرسلة : إما مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، أو مصلحة غريبة سكتت شواهد الشرع وأدلتها عنها ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع . ويؤخذ هذا التقسيم من كلام الغزالي إذ يقول في المستصفى ^(١) :

« فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع ، فهي باطلة مطرحة . ومن صار إليها فقد شرع ، كما أن من استحسن فقد شرع . وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع ، فليس خارجاً من هذه الأصول ، لكنه لا يسمى قياساً ، بل مصلحة مرسل ، إذ القياس أصل معين ، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد ، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال ، وتفاريق الأمارات ، تسمى لذلك مصلحة مرسل . وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع ، فلا وجه للخلاف في اتباعها ، بل يجب القطع بكونها حجة » .

ويفهم تقسيم المصلحة من حيث الشمول أو العموم إلى مصلحة عامة ، وخاصة ، مما ذكره الغزالي في المستصفى ^(٢) بعد مثال الترس للضروريات ، فقال : فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس على أصل معين ، وانتدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف : أنها ضرورة قطعية كلية .

والخلاصة : إن الغزالي يشترط شروطاً ثلاثة فقط للعمل بالمصلحة المرسلة

وهي :

(١) المستصفى ١٤٣/١

(٢) المرجع نفسه ١٤١/١

أولاً - ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشرع . فهي المقياس في قبول أو رفض الأخذ بالمصلحة .

ثانياً - عدم مصادمة المصلحة لنص شرعي . وهو في الحقيقة شرط في كون المصلحة مرسله .

ثالثاً - أن تكون المصلحة ضرورية ولو في حق شخص واحد ، أو حاجة عامة لكافة الخلق .

أما شرط الكلية أو العموم ، فلا يطلب . وإنما اشترطه في مثال الترس ؛ لأنه شرط لازم لاعتبار المصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع^(١) .

وأما شرط القطعية فلا يطلب بالمعنى المتبادر منه وهو اليقين ، وإنما هو الظن الغالب ، أو القريب من القطع^(٢) .

وعلى هذا لا يؤخذ بالمصلحة إذا عارضت النص عند الغزالي ؛ لأنه أكد أن المصلحة المرسله لا تناقض النص ، فإذا ناقضته كانت مصلحة ملغاة لا يجوز الاستسكاك بها ، ولا تشريع حكم بناء عليها .

وهذا إذا كان النص لا يحتمل التأويل ؛ لأن العمل بالمصلحة في مقابلة هذا النص يهدم النص .

أما النص الذي يحتمل التأويل أو ما يسمى الظاهر عند الشافعية ، فإن المصلحة تصلح لتخصيصه ، أو بيان المراد منه ، وترجيح أحد معانيه المحتملة ، إذ العام عند جمهور الأصوليين ومنهم الغزالي من قبيل الظاهر المحتمل ، وتخصيصه بيان للمراد منه وليس نسخاً له عندهم^(٣) .

(١) مقاصد الشريعة ، حامد ٤٥٦/٢

(٢) المرجع السابق ٤٥٧

(٣) المصدر السابق ٤٦٢/٢

والمصلحة المرسله عند الغزالي ليست أصلاً مستقلاً عن النصوص الشرعية ، وإنما هي محافظة على مقاصد الشرع التي تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فيكون المخصص للنص الجزئي هو تلك النصوص الشاهدة لجنس المصلحة .

وتعتبر المصلحة المرسله عند الغزالي داخله في باب القياس عند غيره ، إذ القياس عنده هو تعديده حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص ، بعله هي الموجبة في محل النص . وبما أن القياس يصلح مخصصاً للنص عند الجمهور ومنهم الغزالي ، فالمخصص للنص في الحقيقة ليس هو المصلحة المجردة^(١) .

نظرية المصلحة عند الحنفية :

عرفنا مما سبق أن المصلحة المرسله : هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، بأن تكون داخله تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين . والدليل المعين : هو الدليل الذي يشهد لاعتبار عين المصلحة . وأدلة المصلحة المرسله لا تشهد لعينها أو ذاتها ، وإنما تشهد لجنسها .

وهذا المعنى يكاد أن يكون متفقاً على الأخذ به أئمة المذاهب ، كما حققنا . ويؤكد ذلك في المذهب الحنفي أخذهم بأهم تطبيقات نظرية المصلحة ، وهي : المصلحة المرسله (أو ملائم المرسل كما يسميه بعض الأصوليين) ، والاعتماد في استنباط علة القياس على المناسبة (أو الإخالة) ، والاستحسان . وهذا يدل على أن قواعد الحنفية تتسع للقول بالمصالح الملائمة^(٢) كما يتبين من بحث الأمور الثلاثة التالية :

الأول - ملائم المرسل :

يشترط الحنفية خلافاً للجمهور في الوصف الذي يصلح أن يكون علة ، فوق

(١) المرجع السابق ٤٦٣ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ٥٧٠ وما بعدها .

مناسبتة للحكم : أن يكون مؤثراً فيه^(١) . ويعرفون التأثير بما يشمل المصلحة المرسله ، وإن لم يصرحوا بها .

والتأثير : هو قيام النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط الحكم بعينه ، أو أن وصفاً من جنس هذا الوصف مناط الحكم من جنس هذا الحكم . وقد بينت ذلك بالأمثلة في بحث القياس ، وأضيف هنا ما يأتي :

مثال اعتبار الشرع عين الوصف في عين الحكم : التطواف مناط الطهارة . فقد ثبت بنص حديث طهارة سور الهرة « إنها من الطوافين عليكم والطوافات » اعتبار عين الوصف وهو التطواف ، مناطاً لعين الحكم وهو الطهارة ، وبذلك توافر شرط التأثير فيصلح القياس عليه : وهو جعل كل طواف مناطاً للطهارة ، لوجود المناسبة بين كثرة الطواف وبين الطهارة : وهي رفع الحرج والمشقة عن الناس ، وتيسر الاحتراز عنه .

ومثال اعتبار الشارع وصفاً من جنس الوصف في حكم من جنس الحكم : توافر الضرر مناط الحكم يرفع الضرر . وهو أن الشرع منع من تلقي الركبان ، لوصف : هو الرفق بأهل الحضر ، ورفع الضرر عنهم ، فناسبه الحكم بالمنع لرفع الضرر عنهم ؛ فتوافر شرط التأثير . فيقاس عليه ما في معناه ، مثل الحكم بهدم الجدار المائل منعاً من إلحاق الضرر بالمارة . ويشترك الأصل والفرع في توافر جنس الضرر الذي هو وصف الحكم ، إذ أن الضرر اللاحق بأهل الحضر نوع من الضرر ، والضرر اللاحق بالمارة نوع آخر من الضرر ، ولكن يجمعها جنس الضرر ، فيقرر لهما حكم واحد يرفع الضرر .

ويؤكد صحة هذا القياس أيضاً أن الشرع أجاز بيع مال المدين الممتنع عن وفاء دينه ، دفعاً للضرر عن الدائنين الغرماء .

(١) سلم الثبوت ٢١٨/٢ وما بعدها .

وبذلك توافر لحكم هدم الجدار المائل اعتبار من الشرع وصفاً من جنس وصفه في حكم من جنس حكمه : وهو منع الضرر لحكم يرفع الضرر .

وهناك مثال آخر : هو أن الشرع اعتبر المشقة في السفر سبباً لقصر الصلاة وجمعها ، وللفطر والتميم ، واعتبر مشقة المرض سبباً في جواز الفطر والتميم والقيود في الصلاة ، واعتبر مشقة التكرار سبباً في إسقاط الصلاة عن الحائض . وهذه أنواع من المشقات يجمعها جنس واحد وهو المشقة . وهذا الجنس سبب في تقرير أحكام كثيرة تدخل تحت جنس واحد هو دفع المشقة والخرج .

فيقاس على هذا المبدأ جواز نظر الطبيب إلى العورة لحاجة العلاج ودفعاً لمشقة المرض . فالشارع لم يعتبر بنص ولا بإجماع مشقة المرض منطوقاً لجواز النظر إلى العورة ، ولكنه اعتبر أنواعاً كثيرة من الأوصاف مغايرة لهذا الوصف ، ولكنها من جنسه ، منطوقاً لأحكام كثيرة مغايرة لهذا الحكم ، ولكنها من جنسه . فيكون ذلك وصفاً مؤثراً لاعتبار جنس الوصف في جنس الحكم ، وجنس الوصف هو المشقة ، وجنس الحكم هو دفع المشقة .

ومثال آخر أيضاً : وهو حرمان القاتل من الميراث . فقد نص الشرع على ذلك ؛ لأن القتل مظنة لأن يكون قد قصد به استعجال الإرث ، فقتل المورث . فيقاس عليه توريث الزوجة المطلقة طلاق فرار . فقتل المورث ، والتطبيق في مرض الموت نوعان متغايران من الوصف ، ولكنها يشتركان في أنها مظنة لقصد الفعل المحرم . وتوريث المطلقة وعدم توريث القاتل نوعان متغايران من الحكم ، ولكنها يدخلان تحت جنس واحد : هو أن في كل من الحكيم معاملة بنقيض المقصود المحرم .

فهذا دليل على أن نوعاً من جنس الوصف المدعى عليه منطوقاً لحكم من جنس الحكم الذي ترتب على هذا الوصف . وهذا هو التأثير المطلوب للعمل بالعلة في القياس .

وخلاصة الأمر : إن ملائم المرسل يتضمن المصلحة المرسله ، بل هو المصلحة المرسله ، كما قال الكمال بن الهمام^(١) . والمرسل الملائم مقبول عند جمهور الحنفية . وأما صاحب مسلم الثبوت^(٢) فلم يطلق على ملائم المرسل اسم المصلحة المرسله قاصراً لها على المرسل الغريب أي المصلحة الغريبة .

والمرسل الملائم مناسب مؤثر عند الحنفية ، وهو حجة عندهم ، فهم قائلون بالمصلحة المرسله من هذا الطريق ؛ لأن ملائم المرسل : وهو وصف لم يثبت الحكم معه في أي أصل ، ولم يثبت بنص ولا إجماع اعتبار عينه في عين الحكم ، ولكن قام النص أو الإجماع على اعتبار وصف من جنسه في حكم من جنس الحكم الذي يوجهه أو يؤثر فيه . وهذا هو معنى التأثير عندهم الذي يشمل صورتين :

إحداها : دلالة النص أو الإجماع على أن وصفاً بعينه مناط لحكم بعينه ، كجعل الطواف بعينه مناطاً للطهارة بعينه .

ثانيتهما : دلالة النص أو الإجماع على أن جنس الوصف مناط أو علة أو مؤثر في جنس الحكم . أي أن ينص الشارع أو يقوم الإجماع على أن وصفاً مغايراً للوصف ، ولكنه من جنسه ، مناط لحكم مغاير للحكم ولكنه من جنسه . وليس المراد أن يوجد نص صريح بأن المشقة موجبة للتخفيف ، أو أن المصلحة العامة مقدمة على الخاصة ، وإلا كان هذا من الصورة الأولى .

وعلى هذا فإن ملائم المرسل علة يتوافر فيها شرط التأثير الذي يتطلبه الحنفية لصحة التعليل بالعلل . وإذا كان ملائم المرسل هو المصلحة المرسله ، كانت النتيجة أن الحنفية قائلون بالمصالح المرسله الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، كما يقول غيرهم من المالكية .

(١) التقرير والتحرير ١٥٠/٣

(٢) مسلم الثبوت ٢١٥/٢

ويلاحظ أن الاستدلال بملائم المرسل : هو قياس عند شمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام البردوي . وقال صاحب مسلم الثبوت : « والحق أنه قياس^(١) » ؛ لأن القياس ليس فقط هو مساواة الفرع للأصل في عين العلة وعين الحكم ، وإنما يشمل اشتراك الأصل والفرع في جنس العلة ، وأن الحكم المراد نقله للفرع من جنس حكم الأصل .

ويرى فريق آخر من الحنفية : أن المناسب الذي أثر جنسه في جنس الحكم يسمى علة شرعية ثابتة بالرأي والاجتهاد والاستنباط ، ولكن مجال الرأي ليس في إنشاء العلة إنشاءً ، وإنما في استنباطها من نص الشارع . مثل قاعدة « الضرر يزال » علة شرعية ثابتة بالرأي والاستنباط من نص الشارع على اعتبار الضرر مناطاً لأحكام تتضمن إزالة الضرر .

وهذا الفريق يتفق مع قول الشاطبي : إن المعنى إذا استقرىء من نصوص الشريعة ، استطاع المجتهد أن يطبقه على الجزئيات ، كما يطبق العام المأخوذ من صيغة النص ، دون حاجة إلى إجراء قياس أو غيره .

ويتفق ذلك مع ما يقرره الغزالي : أنه إذا تم للمجتهد التوصل إلى مقصود شرعي ، فإن هذا المقصود يعد حجة قاطعة ، لا يحتاج المجتهد في تطبيقها على الجزئيات إلى نص خاص . وأن الغزالي عندما يقول : إذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع ، فهي حجة قطعية لا ينبغي الخلاف فيها^(٢) ، يقصد من ذلك ما يقصده هذا الفريق من الحنفية ، أي العلة الشرعية الثابتة بالرأي أو المعنى العام المستقرأ من النصوص .

فإذا كان المقصود من المصلحة المرسلة : هو ما اعتبر فيه جنس الوصف في

(١) مسلم الثبوت ٢١٧/٢ وما بعدها .

(٢) المستصفى ١٤٤/١

جنس الحكم ، دون نص خاص يدل على اعتبار نوع الوصف في نوع الحكم لإجراء القياس ، فإن الحنفية والمالكية والشافعية يتفقون على اعتبار المصلحة المرسلة .

الثاني - الاستحسان الحنفي :

بينت حقيقة الاستحسان وأنواعه عند الحنفية ، وأنه عمل بدليل شرعي ، وليس تشريعاً بالهوى والتشهي ، وأنه قد يكون استحساناً بالنص ، أو بالإجماع أو بالقياس الحنفي ، أو بالضرورة ، أو بالمصلحة ، أو بالعرف . وخلاصة كل ذلك أنه طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم أو مبالغة فيه ، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي ، أو قاعدة عامة ، بناء على دليل خاص في الحالتين .

والواقع أن كل أنواع الاستحسان ما عدا استحسان النص هي في الحقيقة استحسان بالمصلحة ؛ لأن الاستحسان بالضرورة من أجل المصلحة ، والمصلحة المعتبرة إما ضرورية ، أو حاجية عامة . والاستحسان بالعرف يرجع في الواقع إلى مصلحة حاجية عامة ، والاستحسان بالإجماع مستند إلى رعاية المصالح الضرورية أو الحاجية العامة ؛ إذ أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورية . والاستحسان بالقياس الحنفي هو استثناء من عموم قاعدة أونص ، أو أصل كلي عام مستفاد من صيغة لفظ ، لموجب قوي التأثير محقق لمصلحة في الواقع ، أو لدفع حرج ورفع مشقة شديدة .

وهذا يرشد إلى أن الاستحسان الحنفي كالاستحسان المالكي ليس قولاً بالرأي ، أو تشريعاً بالهوى والتشهي ، أو مجرد الذوق وموافقة الطبع ، وإنما هو ترك قاعدة عامة أو قياس لعدم تحقق مناط القاعدة أو علة القياس في القضية الطارئة ، وذلك بأدلة شرعية لا منازعة فيها .

وسند الاستحسان في الواقع هو رعاية المصالح التي شهدت لها نصوص الشريعة ، سواء أكانت هذه الشهادة بنص معين ، أم بمقول نص معين ، أم بمقول جملة نصوص متفقة على معنى واحد .

مجرد الاستحسان هو العمل بمصلحة جزئية في مقابل أصل عام ، أو قياس مطرد . وهذه المصلحة قد تعرف بالنص ، وقد يتوصل إليها الفقيه بعلّة خفية قوية التأثير ملائمة لتصرفات الشرع ، وقد تكون قاعدة اعتبار المصالح الضرورية والحاجية هي الهادية له في هذا الاستثناء من الأصول^(١) . وحينئذ فإن الحنفية لا يخصصون في الواقع النص بالمصلحة المرسلّة وإنما بالاستحسان الخفي ، والاستحسان الخفي قياس خفيت علته فقط ، ويقاس على نص آخر . والقياس يخص النص باتفاق جمهور العلماء .

الثالث - اعتبار المناسبة أو الإخالة :

عرف في بحث القياس أن المناسبة أو الإخالة من طرق إثبات العلة المستنبطة . فهي تفيد ظن اعتبار الشارع الوصف المناسب علة . لكن هذا الظن قد لا يتحقق إذا ألغى الشارع هذا الوصف .

لذلك قال الحنفية : لا تعتبر المناسبة وحدها ما لم يعتبرها الشارع بنص أو إجماع ، أي أنهم يشترطون وجود النص أو الإجماع بوصفه دليلاً على مناط الحكم . فإذا ورد حكم في واقعة ولا نص ولا إجماع على مناط هذا الحكم ، قصر الحكم عند الحنفية على محل الواقعة ، ولا يصح للمجتهد استنباط علة أو مناط هذا الحكم ليعديه إلى واقعة أخرى .

ويلاحظ أن ما يقرره الأصوليون من الحنفية على هذا النحو وهو اشتراط التأثير في العلل أي اعتبارها بنص أو إجماع ، أراه غير مطبق أحياناً في الفقه الحنفي نفسه ، فكثيراً ما يأخذ الحنفية بالعلل المستنبطة غير المنصوصة أو المجمع عليها ، ويجعلونها أصولاً لقواعد عامة ومصالح كلية تطبق على الوقائع التي يراد

(١) مقاصد الشريعة لحامد ٥٩٧/٢ وما بعدها .

معرفة حكمها ، ومنها^(١) :

١ - نص الشارع على أن « في كل أربعين شاة شاة »^(٢) ، ولا نص ولا إجماع فيه على تعيين علة الحكم ، فاستنبط الحنفية أن العلة هي سد خلة المحتاج ، وبناء عليها أجازوا دفع قيمة الشاة في أداء واجب الزكاة .

٢ - قرر الشرع توزيع خمس الغنمة لأصناف معينين في قول: تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمنا من شيء فإن لله خمسته وللرسول ولذي القربى ... ﴾ ولم يبين مناط هذا الحكم ، فقرر الحنفية أن المناط هو سد خلة المحتاج . وبناء عليه منعوا غير الفقير من ذوي القربى من سهمه .

٣ - علل الحنفية وجوب الضمان في يد السوم ، أي قابض السلعة على سوم الشراء بأنه أخذه على سبيل الشراء ، والمأخوذ على جهة الشراء كالمأخوذ على حقيقته . وقاسوا الرهن عليه .

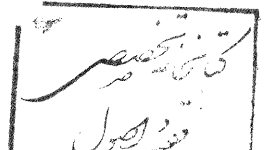
وعلل الحنفية تحريم الربا في الأصناف الستة (الذهب والفضة ، والبر والشعير ، والتمر والملح) بالقدر المتفق (أي الاتفاق في الكيل أو الوزن) .

والعلة في الحالتين مستنبطة غير منصوص عليها ولا جمع عليها .

٤ - حكم الحنفية بتوريث زوجة المطلق ثلاثاً طلاق فرار في مرض الموت معاملة بنقيض مقصوده ، دون أن يكون هناك نص أو إجماع على مبدأ (المعاملة بنقيض المقصود) ، وإنما ورد حرمان القاتل من الميراث ، دون النص على مناط هذا الحرمان . فأخذ الحنفية هذا أصلاً لقاعدة عامة ومصلحة كلية طبقوها على الفار .

(١) مقاصد الشريعة ، حامد ٦٠٤/٢

(٢) رواه البخاري عن أنس ، وأبو داود والترمذي عن ابن عمر .



فهذا يدل على أن معظم أقيسة الحنفية وبقية الفقهاء ، لا نص ولا إجماع على اعتبار العلل المؤثرة فيها ، وإنما هي علل مأخوذة بالاستنباط ، واعتمد المجتهد فيها على المناسبة .

فيكون هؤلاء الفقهاء كالمالكية الذين يعتبرون المناسبة وحدها مفيدة للعلية ، وإبداء المناسبة باستنباط المجتهد إذا لم يتدخل بإلغاء وصف مناسب منها سبيل للأخذ بما يسمى بالمصالح المرسلة أو المناسب المرسل : وهو الوصف المناسب الذي لم يشهد له الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء .

نظرية المصلحة عند الحنبلية :

يعتبر فقه الحنابلة أغنى فقه بالمصالح بعد المالكية بدليل أمور ثلاثة : تصريح الأصوليين وأكثر الحنابلة بذلك . والفتاوى المنسوبة للإمام أحمد ، والأخذ بمبدأ سد الذرائع^(١) .

الأول - تصريح بعض الأصوليين وأكثر الحنابلة بالاعتماد على المصالح .

لقد صرح بعض الأصوليين بأن الإمام أحمد يعتمد على المصالح المرسلة بوصفها أصلاً من أصول الاستنباط . وهي المصالح الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، والداخلية تحت أصل كلي دلت عليه نصوصه في الجملة . وليست المصالح الغريبة التي لا تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار .

وأخذ الإمام أحمد بالمصالح يدخل تحت أصل القياس بمعناه الواسع الذي يشمل المصالح التي شهدت الأصول لجنسها بالاعتبار . والإمام الشافعي سار على هذا المعنى : وهو نقل الحكم من جنس حكم الأصل للفرع ، وليس من نوعه . أما الغزالي فقد فسر القياس بمعنى ضيق : وهو تعدية حكم بعينه من محل النص إلى

(١) راجع مقاصد الشريعة لحامد ٤٦٦/٢ وما بعدها .

غير محل النص بعلّة موجبة للحكم ، أي أن الحكم المنقول إلى فرع هو نوع حكم الأصل ، وليس حكماً من جنسه .

وإذا كان بعض الحنابلة يعدد أصول الفتوى والاستنباط عند أحمد ، دون ذكر المصلحة المرسلّة منها ، فإنه يعني المصلحة الغريبة التي لا يقول بها أحد من الأئمة .
والذين صرحوا باعتماد الإمام أحمد على المصالح المرسلّة في الاستنباط هم ابن دقيق العيد والقرافي وبعض الكتاب الجدد .

قال ابن دقيق العيد : « الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليّه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرها من اعتباره في الجملة ، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرها »^(١) .

وقال القرافي : « وأما المصلحة المرسلّة فالمنقول أنها خاصة بنا ، وإذا تفقدت المذاهب ، وجدتهم إذا قاموا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين ، لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بطلاق المناسبة ، وهذا هو المصلحة المرسلّة ، فهي حينئذ في جميع المذاهب »^(٢) .

وقال أستاذنا الشيخ أبو زهرة : نقلنا لك الأصول التي ذكر ابن القيم أنها أصول الاستنباط عند أحمد ، ولم يذكر المصالح منها ، وليس عدم ذكرها دليلاً على عدم اعتبارها ، بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلاً من أصول الاستنباط ، وينسبون ذلك الأصل إلى إمامهم جميعاً . وإن ابن القيم نفسه يعد المصالح أصلاً من أصول الاستنباط ... ولكنه لم يذكره عند ذكر أصوله ، لأنه يرى أنه دخل في باب القياس الصحيح^(٣) .

(١) إرشاد الفحول ٢١٢

(٢) شرح تنقيح الفصول ١٧١ ، ١٩٩

(٣) ابن حنبل ٢٩٧

ويصرح ابن تيمية في فتاويه باعتبار الضرورة ، وجلب المصلحة ، ودرء المفسدة . وكذلك ابن القيم يخصص في كتابه (أعلام الموقعين) فصلاً في بناء الشريعة على المصالح^(١) . ويؤصل كثيراً من فتاويه في هذا الكتاب باعتماد المصلحة ، مثل جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مقابل نفقته^(٢) .

الثاني - الفتاوى المنسوبة للإمام أحمد :

وجدت فتاوى كثيرة في الفقه الحنبلي تدل على أنهم يأخذون كغيرهم بالمصالح الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، ويبينون على أساسها الأحكام ، ويفرعون المسائل . وهذا دليل آخر على أن المصلحة المرسله ليس عملاً بالرأي المجرد ، وإنما هي طريق من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية . وأن كل مصلحة أفتى بها الأئمة تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار ، وليست من المصالح المسكوت عنها في الشرع . وأمثلة المصالح المرسله عند الحنابلة كثيرة ، منها ما يأتي :

١ - جواز التصرف في مال الغير أو حقه عند الحاجة وتعذر استئذانه :

هذا أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ، ومأخوذ معناه من أدلته . وهو المبدأ المعروف بالفضالة .

واستمداد هذا الأصل كان من نص حديث عروة البارقي الذي « أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري به أضحية أو شاة ، فاشترى به شاتين ، فباع إحداها بدينار ، وأتى بشاة ودينار »^(٣) . ففي هذه القصة تصرف عروة بالبيع والتسليم والقبض بدون إذن النبي ﷺ ، لتعذر حصوله على الإذن ، وظهور الحاجة إلى هذا التصرف . وقد أقره النبي ودعا له بالبركة .

(١) أعلام الموقعين ١٤/٣

(٢) المرجع السابق ٣٩٢/٢

(٣) رواد البخاري ، وأورد الترمذي له شاهداً من حديث حكيم بن حزام ، ورواه أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه من حديث عروة (سبل السلام ٣١/٣) .

ويدخل تحت هذا الأصل عدة حالات ليس لها مستند سوى المصلحة التي لم يشهد لها أصل معين ، منها :

لو رأى شاة غيره تموت ، فذبحها حفظاً لماليتها عليه ، كان ذلك تصرفاً جائزاً أولاً من تركها تذهب ضياعاً . وهذا مستثنى من النصوص التي تحرم التصرف في ملك الغير ، لما فيه من الإضرار به ، لكن ترك مثل هذا التصرف هنا هو الإضرار .

ولو رأى السيل يمر بدار جاره فنقب حائطه ، وأخرج متاعه الذي كان يحفظه عنده جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط .

ولو قصد العدو مال جاره ، فصالحه ببعضه ، دفعاً عن بقيته ، جاز له ، ولم يضمن ما دفعه إليه .

ولو نشبت النار في دار جاره ، فهدم جانباً منها ، لئلا تسري النار إلى بقيتها جاز ذلك ولم يضمن .

فهذه المسائل لم يشهد للمصلحة فيها نص معين ، وإنما تدخل تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين^(١) .

٢ - الإلزام بفعل لا ضرر منه على فاعنه ، وفي المنع منه ضرر بآخر :

هذا أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع ومأخوذ معناه من مجموع أدلته .

واستداد هذا الأصل من حكم الشارع بتشريع الأخذ بالشفعة للشريك : إذ

١١) القواعد لابن رجب ٤١٧ . أعلام الموقعين ٢٩٢/٢

لا ضرر فيه على المالك ، وفي الامتناع عنه إضرار بالشريك ، فيجبر المالك على بيع نصيبه لشريكه^(١) .

ويؤيده حديث « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) ونهى النبي ﷺ لرجل من أن يمنع جاره من وضع خشبته على جداره : « لا يمنع أحداكم جاره خشبة يغرزها في جداره »^(٣) . وفتوى عمر بإجبار مالك أرض بإمرار الماء فيها لجاره ، ما دام ذلك لا يضره^(٤) .

هذه الفتوى تعتمد على أساس المصلحة المرسلّة التي لم يشهد لها نص معين ، ولكنها ملائمة لتصرفات الشرع ، وداخلة تحت جنس اعتبرته النصوص في الجملة .

٣ - وجوب بذل المنافع التي لا ضرر في بذلها والمحتاج إليها مجاناً بغير عوض^(٥) :

هذه مصلحة كلية شهدت لها النصوص في الجملة ، فهي إذن جنس اعتبره الشارع . فيطبق عليه كل واقعة فيها مصلحة ملائمة له ، وداخلة تحته .

وشواهد هذا الأصل الكلي أو المصلحة الكلية أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنور (الهر)^(٦) ، ونهى عن منع الجار جاره من وضع الخشبة على جداره ،

(١) أعلام الموقعين ١٢٠/٢ - ١٢٣ ، وانظر كلمته الرائعة في مبدأ نزع الملكية جبراً عن صاحبها بالمعاوضة .

(٢) رواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس .

(٣) رواه مالك وأحمد وابن ماجه عن أبي هريرة (تنوير الحوالك ٢١٨/٢) .

(٤) رواها مالك في الموطأ (٢١٨/٢) عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه .

(٥) نص القاعدة عند الخنابلة هي : ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع احتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض (القواعد ٢٢٧) .

(٦) أخرج مسلم وأصحاب السنن عن جابر « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب والسنور » (جمع الفوائد ٦٣٨/١) .

ونهى عن منع الماء لينع به الكلأ^(١) .

ومن تطبيقات هذا الأصل عند الحنابلة^(٢) :

١ - يجب بذل الماء الجاري والكلأ الفاضل منه للمحتاج إلى الشرب وسقاية بهائمهم ، وكذلك زرعه على الصحيح أيضاً .

٢ - وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضر ، وكذلك إجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين .

٣ - وجوب إغارة الحلي ، ووجوب بذل الماعون (وهو ما خف قدره وسهل كالدلو والفأس والقِدْر والمنخل) وإغارة الفحل للضراب .

٤ - وجوب إغارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ، ولم يجد مصحفاً غيره .

٥ - وجوب ضيافة المجتازين ، ووجوب إطعام المضطرين بالعوض لا مجاناً .
وأما المنافع المضطر إليها كمنفعة المركوب للمنقطعين في بذلها ، وإغارة ما يضطر إليه ، ففي وجوب بذلها مجاناً وجهان ، اختار ابن تيمية بذلها مجاناً للفقير ومعاوضة الغني عنها .

ومثل ذلك بذل البيوت للسكنى عند الاضطرار كحالة فيضان أو حريق أو حرب ونحو ذلك . في بذلها وجهان للحنابلة : وجه يبذلها مجاناً . ووجه يبذلها

(١) أخرجه أحمد والشيخان عن أبي هريرة « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » ومعناه عند الجمهور : أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه ، إلا إذا مكثوا من سقي بهائمهم من تلك البئر لئلا يتضرروا بالمعش بعد الرعي ، فيستلزم منعهم من الماء منهم من الرعي . ويلتحق به سقاية الزرع عند مالك وأحمد . والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية : الاختصاص بالماشية (نيل الأوطار ٣٠٣/٥ - ٣٠٥) .

(٢) القواعد لابن رجب ٢٢٧

بأجر المثل^(١) .

الحكم في هذه الوقائع كان لمصلحة لم يشهد لها نص معين ، ولكنها داخلية تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين .

٤ - من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم ، وكان مما تدعو النفوس إليه ، ألغى ذلك السبب ، وصار وجوده كالعدم ، ولم يترتب عليه أحكامه :

وقد أفقى الحنابلة بناء على هذا وهو من قبيل المصلحة المرسلة بما يأتي^(٢) .

١ - الفارّ من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب ، أو إخراجه عن ملكه : تجب عليه الزكاة .

٢ - المطلق في مرض موته لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه إلا أن تنتفي التهم بسؤال الزوجة ونحوه ، ففيه روايتان عندهم .

٣ - القاتل لمورثه لا يرثه ، سواء أكان متهاً أم غير متهم . وقتل الموصى له الموصي بعد الوصية يبطل الوصية .

٤ - السكران بشرب الخمر عمداً يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله ، بخلاف من سكر بينج ونحوه .

٥ - تحليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته .

٦ - ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية ، وذبح الحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبح له .

(١) الطرق الحكيمة لابن القيم ٢٦٠ ، نظرية الضرورة للمؤلف ٢٨٦

(٢) القواعد ٢٣٠

ويقرب من هذه القاعدة قاعدة : (من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم ، عوقب بحرمانه) .

ويفرع عليها قتل المورث والموصى له . والغال من الغنية (الخائن) يحرم أسهمه منها على رواية . ومن تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأييد على رواية . ومن اصطاد صيداً قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له ، وإن تحلل ، حتى يرسله ويطلقه^(١) .

سند هذه الفتاوى كلها هو المصلحة المرسله ، إذ لم يشهد لها نص معين ، ولكن شهدت لجنس هذه المصالح نصوص الشريعة في الجملة . وأهم النصوص التي تشهد لهذه المصلحة هو منع الشارع القاتل من الميراث .

وقد عبر المالكية عن هذا الأصل بقولهم : « إذا قصد المكلف بالسبب الممنوع ما يتبعه من المصلحة ، عومل بنقيض مقصوده »^(٢) .

هـ - تعتبر الأسباب في عقود التمليكات ، كما تعتبر في الأيمان :

ومعنى هذه المصلحة أن السبب الباعث على العقد الذي يفيد التملك يؤثر في صحة العقد وبطلانه كما هو الحال في الأيمان .

وهذا أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، ولكن أخذ معناه من مجموع أدلة الشريعة . وتطبق عليه هذه المسائل^(٣) :

حرمة مسائل بيع العينة ، وهدية المقترض قبل الأداء^(٤) ، وهدية المشركين

(١) القواعد ٢٣٠

(٢) الموافقات ٢٥٩/١

(٣) القواعد ٣٢١ وما بعدها .

(٤) لا تجوز الهدية قبل قضاء الدين ، لأنها بمنزلة الرشوة فلا تحل لما روى البخاري في تاريخه « إذا أقرض فلا يأخذ هدية » رواه أنس ، وروى أنس أيضاً عند ابن ماجه « إذا أقرض أحدكم =

لأمير الجيش ، وتعتبر غنية أو فيئاً ، وهدايا العمال (أي الولاة والموظفين والقضاة) إذا لم تجر العادة بإهدائه له قبل ولايته . وهبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها . والهدية لمن يشفع له شفاعته عند السلطان ونحوه ، لا تجوز لأنها كالأجرة ؛ لأن الشفاعة من المصالح العامة لا يجوز أخذ الأجرة عليها .

سند الفتوى في كل ذلك هو المصلحة المرسله ، أي المصلحة التي لم يشهد النص لعينها حتى تكون ثابتة بطريق القياس ، وإنما هي مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وراجعة إلى أصل اعتبره الشارع في الجملة في بعض الأحكام . منها النهي عن بيع العينة ، وعن هدية المديان .

وقد أطل ابن القيم في بيان اعتبار أهمية القصد أو الباعث في تصحيح العقد وإبطاله ، وأن القصد روح العقد ، واعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، وأن قاعدة الشريعة : أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات^(١) ، مما يدل على الأخذ بمبدأ الباعث المصلحي عند الحنبلة .

٦ - عدم نفاذ تبرعات المدين :

أفتى بعض الحنابلة بعدم نفاذ تصرفات المدين المالية في حق الدائنين مثل الوقف والصدقة والهبة ، إذا لم يكن محجوراً عليه ، ووقعت بعد المطالبة أي بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به .

= قرصاً فأهدى إليه ، أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » . أما الزيادة على مقدار الدين عند وفائه بغير شرط ولا إضرار ، فالظاهر الجواز من غير فرق بين الزيادة في الصفة والمقدار القليل والكثير ، بل هو مستحب لحديث أبي هريرة وأبي رافع والعرباض بن سارية في الصحيحين ، وعند أحمد : « خيركم أحسنكم قضاء » (نيل الأوطار ٢٣١/٥ وما بعدها) .

(١) أعلام الموقعين ١٠٦/٣ - ١٠٨

ولا سند لهذه الفتوى من النصوص ، ولكنها مصلحة راجعة إلى جنس اعتبره
الشارع في الجملة بغير نص معين .

ودليل هذه الفتوى أصلان :

أحدهما - ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل : فممن تبرع بماله بوقف
أو صدقة وأبواه محتاجان ، أن لهما رده ، واحتج بالحديث المروي في ذلك .

والثاني - أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجانب ، وله أقارب
محتاجون : أن الوصية ترد عليهم . فتخرج من ذلك أن ممن تبرع وعليه نفقة
واجبة لوارث أو دين ليس له وفاء أنه يرد^(١) .

فإذا كانت المصلحة هي حماية حق الوالدين ، فتكون المصلحة أيضاً في حماية
حق الدائنين .

٧ - إعادة بناء الحائط المشترك المتهدم ونحوه :

أفتى الخازن بأنه إذا تهدم حائط مشترك ، أجب الممتنع من الشريكين على
البناء مع الآخر ، وإذا تهدم السقف بين سفلى وعلو ، كان البناء على صاحبيهما ،
لأن المنفعة لهما جميعاً . وإذا تهدمت القناة المشتركة يجبر الشركاء على العمارة .
وإذا طلب أحد الشريكين قسمة الأعيان المشتركة القابلة للقسمة أجب الآخر
عليها . وأما ما لا يقبل القسمة فيجب أحدهما على بيعه إذا طلبه الآخر .

وفي كل هذه المسائل يجبر المالك على المعاوضة ، رفعاً لضرر الشريك .

ولا أجد نصاً معيناً يشهد لهذه المصلحة ، ولكنها مصلحة ملائمة لجنس
تصرفات الشرع ، ومستمدة من أصل كلي هو أن الإيجابار على المعاوضات لإزالة
الضرر مقصود شرعاً .

(١) القواعد لابن رجب ١٤

وذلك بدليل أن الشارع أجبر المالك على البيع للجار أو للشريك الطالب للشفعة ، وهو إجبار على المعاوضة لإزالة الضرر . و « طلب النبي ﷺ من صاحب نخلة في بستان غيره أن يبيعها له أو يهبها إياه ، فلما امتنع قال له النبي عليه الصلاة والسلام : أنت مضار وأجاز لصاحب البستان أن يقلع النخلة » ^(١) .

واعتبر أحمد أن هذه الفتوى شاهدة لأصل كلي عام : هو أن الإجبار على المعاوضة جائز لدفع ظلم أو منع ضرر أو جائر للحاجة أو للضرورة . وبعبارة أخرى : هي جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة ، كما في الشفعة ^(٢) . فهذا أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع .

ومن تطبيقات هذا الأصل المستندة إلى المصلحة المرسل ما ذكره ابن القيم من أن الناس إذا احتاجوا إلى صناعة طائفة ، كالفلاحة والنساجة والبناء وغيرها ، فلولي الأمر أن يلزمهم بها بأجرة مثلهم ، إذ لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك ^(٣) .

ومن تطبيقاته : جواز التسعير إذا تعدى التجار ثمن المثل ، واستغلوا حاجة الناس إلى ما بأيديهم من السلع ، فإنهم يجبرون على المعاوضة للمصلحة الراجحة ، أو لرفع الضرر العام . فإن كان ارتفاع الأسعار بسبب ظروف العرض والطلب ، ولا دخل للتجار في الأسعار ، فلا حاجة للتسعير ^(٤) .

ومن تطبيقاته : منع المنافسة غير المشروعة التي تؤدي إلى التحكم في أقوات الناس ، وتمنع من المنافسة الحرة في التجارة ، مثل إلزام الناس ألا يبيع السلع إلا

(١) رواه مالك في الموطأ عن محمد الباقر عن أبيه علي زين العابدين .

(٢) الطرق الحكيمة ٢٥٩

(٣) الطرق الحكيمة ٢٤٧

(٤) الطرق الحكيمة ٢٤٤ وما بعدها .

أناس معروفون ، فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها هم بما يريدون . أو إيجار حانوت على الطريق أو في قرية بأجرة معينة على ألا يبيع أحد غير هذا المستأجر^(١) . وهذا يشمل اتفاق طائفة معينة على احتكار خدمة معينة كطب العيون ، وتقاضي أجرة معينة . أو اتفاق منتجي سلعة أو المتعاملين فيها على البيع أو الشراء بثمان معين إضراراً بالمتعاملين معهم . فهذا كله ظلم وحرام .

٨ - منع التعسف في استعمال الحق :

ذكر الحنابلة عدة فتاوى مبناها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع ، وإن لم يوجد نص يشهد لعين كل منها بالاعتبار ، وهذا الجنس من التصرفات مقتضاه : أن الشخص مقيد في استعمال حقه بعدم الإضرار بالغير . فإذا ألحق ضرراً بالغير ، منع من استعمال حقه ، أو على الأقل يلزم بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة استعماله لحقه .

قال ابن رجب : « التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرها ، ممن له تعلق بالعقد ، لم يجز ، ولم ينفذ ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه ، فيجوز على ذلك الوجه »^(٢) . فلا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ ، مع كتم شريكه ؛ لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار ، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح^(٣) .

هذا الأصل الشرعي أو المصلحة الكلية مأخوذ من نصوص الشريعة ، وقد عهد من الشارع الالتفات إليه ، والتفريع عليه ؛ لأن استقراء نصوص الشريعة

(١) الطرق الحكيمة ٢٤٥

(٢) القواعد ١١٠

(٣) القواعد ١١٢

يفيد أن الشارع يقصد المنع من الجائز إذا كان يؤدي إلى الحرام ، والإضرار بالمسلم حرام .

ويلاحظ أن صاحب الحق يمكنه استعمال حقه بطريقة لا تضر الآخر ، فكأنه بذلك قصد الإضرار ، أو قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير .

٩ - من أدى واجباً عن غيره بغير إذنه ، فله الرجوع بما أنفق إذا تعذر عليه ذلك الإذن :

وهذا الأصل لم يشهد له نص معين ، ولكنه مأخوذ من تصرفات الشارع فهو مصلحة كلية مرعية في أحكام الشرع . وبناء عليه :

إذا قضى شخص ديناً عن آخر بغير إذنه فله الرجوع عليه . وإذا أنفق على الزوجات والأقارب والبهائم بعد أن امتنع من يجب عليه النفقة فأنفق عليه غيره ، فله الرجوع . كما له الرجوع في نفقة اللقطة حيواناً كان أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح . وفي إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه . وفيما لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ، فإنه يرجع على بقية الورثة كل بقدر نصيبه .

ويدل لهذا الأصل أن النبي ﷺ أذن للمرتهن بأن يركب المرهون ويحلب في مقابل النفقة : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » ^(١) فهذا شاهد لتلك المصلحة بالاعتبار ، ودل على أن من أدى واجباً عن غيره ، فله الرجوع عليه بمقدار ما أداه عنه ، وهذا ما يقوله ابن القيم بعد الحديث : « إنه إذا أنفق على

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي (أي رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه) عن أبي هريرة (نيل الأوطار ٢٣٤/٥) .

الرهن ، صارت النفقة ديناً على الراهن ؛ لأنه واجب أداه عنه ، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك كل وقت ، واستئذان الحاكم ، فجوز له الشارع استيفاء دينه من ظهر الرهن ودره ، وهذه مصلحة محضة لها ^(١) .

وهذا المبدأ هو المعروف في القانون بنظرية الإثراء بلا سبب : وهو كل منفعة مادية أو أدبية تقوم بالمال يحصل عليها المثرى ، سواء أكان ذلك في صورة مال يكسبه ، أم في صورة خسارة يجنيها ، فوفاء الدين إثراء ؛ لأنه أنقص من الجانب السلبي لذمة المدين ، وإنقاذ الأسير من الأسر فائدة معنوية رجعت إليه ^(٢) .

١٠ - من وجب عليه بذل شيء فامتنع منه فإن إذنه يسقط أو يجبره الحاكم على هذا الإذن :

وهذا أصل كلي ومصلحة شرعية شهد لها الشرع بالاعتبار ، وذلك في الحديث المشار إلى مضمونه سابقاً وهو ما رواه زين العابدين فيما أخرجه الموطأ : « كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (أي بستان) رجل من الأنصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ لصاحب النخل : به ، فأبى ، فقال الرسول : فاقطعه ، فأبى ، فقال : فهبه ولك مثله في الجنة ، فأبى ، نالتفت الرسول إليه وقال : أنت مضار ، ثم التفت إلى الأنصاري ، وقال : اذهب فاقلع نخله » . ومما يطبق على أساسه ما يأتي :

وضع الخشب على جدار جاره ، إذا لم يضربه ، ولا يعتبر إذنه في ذلك سد أحمد . وحج الزوجة حجة الفرض يجبر الزوج على الإذن لها . وأخذ فاضل الكلاً والماء من أرض الغير ، وإذا استأذن المنتفع فلم يأذن مالك الأرض ، سقط إذنه . وبذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها ، جاز الأخذ من ماله ، ولا يعتبر إذنه .

(١) أعلام الموقعين ٢/٣٩٢

(٢) مقاصد الشريعة لحسين حامد ٥٠٧/٢

وإذا امتنع المالك عن الانفاق على بهائم ، فإنه يجبر على الانفاق أو البيع . وإذا أتى المدين بدينه الذي يجب عليه فأبى أن يقبضه الدائن ، يقبضه الحاكم ، وتبرأ ذمة الغريم ^(١) .

فهذه الأحكام كلها لم تؤخذ من النص لفظاً ، ولا من معقول القياس ، ولكنها داخلية تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل ، وأملتها مصلحة ملائمة لجنس المصالح الشرعية . فهي إذن من المصالح الملائمة .

والخلاصة : إن الحنابلة يأخذون بالمصلحة المرسلّة فيما لا يمكن معرفة حكمه من النص لفظاً ، أو من معقول النص بطريق القياس بعين العلة ، ولكن المصلحة التي يأخذون بها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ومتفقة مع أصوله العامة وقواعده الكلية . وبه يكون الاستدلال بالمصالح عندهم استدلالاً بالنصوص ، كالشافعية ، وليس بالمصالح التي يراها العقل دون أن يكون لها شاهد من الشرع بالاعتبار ^(٢) .

الثالث - الأخذ بمبدأ سد الذرائع :

يأخذ الحنابلة كالمالكية والشافعية بمبدأ سد الذرائع إلى الفساد ، وغلق أبواب الشر . والمضار ، كما سيتبين في بحثه المستقل .

والمهم الآن بيان علاقة قاعدة الذرائع بالمصلحة ^(٣) المرسلّة : إن بين الذرائع والمصلحة المرسلّة تشابهاً في المبدأ : وهو أن كلاهما مصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة في الجملة بغير دليل معين وغايتها واحدة : وهي حماية المصالح العامة ودفع المفساد العامة .

(١) القواعد ٣٢

(٢) مقاصد الشريعة ٥٠٩

(٣) المرجع السابق ٥١٢ وما بعدها .

فالمصلحة المرسله كما أبنت : هي مصلحة لم يشهد لعينها نص معين ، وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص . وقاعدة الذرائع تعني أن الفعل المشروع لمصلحة معينة ، يمنع منه إذا ترتب على تحصيل تلك المصلحة مفسدة مساوية أو تزيد ، وهنا يحكم الفقيه على الفعل بالمنع سداً للذريعة . وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة ، بمعنى أنه ليس هناك نص يشهد للمصلحة القاضية بالمنع من الفعل في هذه الحالة ، وإنما المنع من الفعل الجائز إذا كان ذريعة إلى مفسدة يرجع إلى أصل قطعي ، ومصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة في الجملة بغير دليل معين .

ومن هنا مثلاً بعض الكتّاب للمصلحة المرسله والذرائع بأمثلة واحدة ، كتضمين الصناعات ، وعدم قبول توبة الزنديق ، وقتل الجماعة بالواحد ، وجمع الناس على مصحف واحد ، وذلك باعتبارين :

فنظر إلى أن المصلحة التي أوجبت الحكم في الواقعة مصلحة مرسله عن الأصل الذي يشهد لعينها ، قال : إن المصلحة مرسله . ومن نظر إلى أن هذا الفعل مشروع في الأصل لما فيه من المصلحة ، ولكن ترتب عليه مفسدة مساوية أو راجحة ، فمنعت منه ، أدخله في قاعدة الذرائع ، على اعتبار أنها المنع من الجائز إذا كان ذريعة إلى غير الجائز .

قال أستاذنا الشيخ أبو زهرة رحمه الله : والنظر في هذا الأصل (الذرائع) ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق (المصلحة المرسله) : وهو جلب المصالح ، ودفع المفساد ، ما أمكن الدفع والجلب ، فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان ، فكل ما يؤدي إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي : وهو الطلب للمصلحة ،

والمنع من الفساد والأذى . وأن المقصود بالمصلحة : النفع العام ، وبالفساد : ما ينزل الأذى بعدد كبير من الناس .

وبناء عليه إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام ، أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك سداً للذريعة ، وإيثاراً للمنفعة العامة على الخاصة ، فتلقى السلع قبل نزولها في الأسواق ، وأخذها للتحكم في الأسواق ممنوع ؛ لأنه وإن كان في أصله جائزاً ؛ لأنه شراء ، لكن إن أجيز ، كان الناس في ضيق ، ولم تستقم حرية التعامل ، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام ، فيمنع الأمر لسد الذرائع ، ويكون المنع عاماً ، ولو كان لبعض المتلقين نية محتسبة^(١) .

المطلب الرابع - شروط العمل بالمصالح المرسلّة :

اشترط المالكية والحنابلة شروطاً ثلاثة للعمل بالمصالح المرسلّة :

١ - أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ، ولا تعارض نصاً أو دليلاً من أدلته القطعية ، بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشارع إلى تحصيلها ، وبأن تكون من جنسها ، وليس غريبة عنها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص بها ، مثل المناسبات الغريبة التي ذكرت في مبدأ الكلام وفي بحث القياس .

٢ - أن تكون معقولة في ذاتها ، جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي يتقبلها العاقل ، بحيث يكون تطوعاً ترتب المصلحة على الحكم ، وليس مظنوناً ولا متوهماً أي أن يتحقق من تشريع الحكم جلب نفع أو دفع ضرر ، فثلاً تسجيل العقود في دائرة السجلات يقلل حتماً من شهادة الزور ، ويحقق استقراراً في المعاملات ، فلا مانع من الحكم به شرعاً ، أما سلب الزوج حق الطلاق وجعله

(١) مالك ٤٠٨

بيد القاضي مثلاً ، فهذا لا يجوز لمخالفته للنص ، ولأنه لا يأتي بنفع محقق .
وتسعير السلع عند الحاجة يأتي بفائدة محققة منعاً للغبن الزائد في الأثمان ، ودفعاً
للحرج عن الناس . وأما نهى النبي ﷺ عن التسعير^(١) فكان خاصاً ببعض
الأحوال التي لم يظهر فيها الغش ، وكان يلتزم فيها جانب الورع والتقوى ، ثم
ارتفع السعر إما لقلة الشيء أو لكثرة الناس . فأجاز الإمام مالك التسعير ولو في
القوتين (قوت الناس وقوت البهائم) واستحسن الأئمة المتأخرون تسعير ما عدا
القوتين كاللحم والسمن ، رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم .

٣ - أن تكون المصلحة التي يوضع الحكم بسببها عامة للناس ، وليس لمصلحة
فردية أو طائفة معينة ؛ لأن أحكام الشريعة موضوعة لتطبق على الناس جميعاً ،
فمثلاً تشريع الأحكام لصالح أمير أو رئيس أو لحاشيته وأسرته لا يصح الأخذ به
شراً . ومثله : قتل مسلم تترس به الكفار في قلعة لا يصح تجويزه ، متى أمكن
حصارهم ولا يخشى منهم التسلط على بلاد المسلمين .

هذه شروط العمل بالمصلحة المرسلّة : أن تكون مصلحة حقيقية لا وهمية
بحيث يجلب بها نفع أو يدفع بها ضرر ، وألا يعارض العمل بهذه المصلحة حكماً أو
مبدءاً ثبت بالنص أو الإجماع ، وأن تكون مصلحة عامة ، بحيث تجلب النفع
لأكبر عدد من الناس .

(١) رواه أصحاب السنن إلا النسائي ، وصححه ابن حبان ، وأخرجه أحمد والبخاري وأبو يعلى في
مسانيدهم ، وابن ماجه والدارمي في سننهما ، من حديث أنس بن مالك بلفظ « غلا السعر في
المدينة على عهد رسول الله ﷺ ، فقال الناس : يا رسول الله ، غلا السعر ، فسر لنا ، فقال
رسول الله ﷺ : إن الله هو المسعر القابض ، الباسط الرازق ، إني لأرجو أن ألقى الله وليس
أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » وأما لفظ « لا تسعروا » فلم يرد (نيل الأوطار
٢١٩/٥ وكشف الخفا للعجلوني والمقاصد الحسنة للسخاوي) .

المطلب الخامس - تعارض المصالح مع النصوص :

ينبغي في تقديري ألا يثور التساؤل في هذا الموضوع ، فيقدم النص في كل الحالات على ما تقتضيه المصلحة ، إذ أن العلماء شرطوا في العمل بالمصالح المرسلّة أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع غير مصادمة لنص له ، وأن المعروف بالاستقراء أن النص لا بد من أن يكون متضمناً رعاية المصلحة ، مما يدل على أن ما يعارضه مبني على مصلحة موهومة أو خاصة ، ومع هذا فقد وجد خلاف للعلماء في هذا الموضوع ، وذلك فيما إذا كان النص غير قطعي في دلالاته وثبوتيه ، أما إذا كان النص قطعي الدلالة والثبوت ، فإنهم متفقون على عدم جواز الأخذ بالمصلحة في مقابلة النص ، إلا في شذوذ الطوفي الذي سأبين رأيه بالتفصيل ، ومثاله : تحريم الربا ، فإنه ثابت بنص قطعي الثبوت والدلالة وهو قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ، ولا تظلمون ﴾ ، وعليه فلا يجوز تخصيصه بإباحة الفائدة المحددة بمقدار معين مثل ٧٪ .

وآراء العلماء في تعارض المصلحة مع النص ثلاثة^(١) :

١ - طائفة لا ترى مطلقاً الأخذ بالمصلحة في مقابلة النص ؛ لأن الشريعة إنما تؤخذ من نص أو إجماع أو قياس عليها ، فإذا تصادمت مصلحة مع نص فلا يعتد بها أصلاً ، وهؤلاء هم : الشافعية ، ويوافقهم الحنابلة ، فإنهم يأخذون بالمصلحة المرسلّة بعد النص ، أو فتوى الصحابي ، وقد اعترض عليهم بفتاوى الصحابة على خلاف النص مثل : محاربة أبي بكر لمانعي الزكاة حتى لا يتجرأ أحد على تقويض أركان الإسلام ، فهذا مصادم لقوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس

(١) ابن حنبل للأستاذ الشيخ أبي زهرة ٣٠٣ وما بعدها .

حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصوا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وحسابهم على الله » ^(١) .

ومثل إسقاط عمر سهم المؤلفة قلوبهم من بين مستحقي الزكاة لعدم الحاجة إليهم بعد أن عزَّ الإسلام ، مع أنه ثابت في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ .. ﴾ الآية ، وأوقع عمر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زجراً للناس عن كثرة استعماله ، مع أنه كان يقع واحدة في عصر الرسول عليه الصلاة والسلام ^(٢) .

واتفق الصحابة على تضمين الصناعات مع أنهم أمناء منعاً لتهاونهم كما عرفنا .

ويرد عليه بأن قتال مانعي الزكاة داخل في مضمون النص وهو قوله ﷺ : « إلا بحقها » ، وإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم اجتهد في تطبيق النص وفهمه ، فالحكم معلل بالتأليف لإعزاز الإسلام ، فلما عز الإسلام انتفت العلة ، فينتفي الحكم ، فلا خروج عن النص حينئذ ، وإمضاء الطلاق الثلاث كان من باب التعزير والسياسة الشرعية ، وهو حق لولي الأمر . وتضمن الصناعات كان بسبب تهاونهم ، وعندما تهاونوا لم يبقوا أمناء .

٢ - طائفة تقدم المصلحة على النص ، وهؤلاء فريقان :

الفريق الأول كما ذكر بعض الكتاب المحدثين : فريق المالكية ومثلهم الحنفية عند التحقيق : يعتدون بالمصلحة في مقابلة النص ، ويخصون بها النص الظني

(١) حديث متواتر رواه أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة (النظم المتناثر ٢٩) .

(٢) رواد أحمد ومسلم عن ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم » . وفي رواية لأبي داود : « ... على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، وصدرأ من إمارة عمر » (نيل الأوطار ٦/٢٣٠) .

في دلالاته أو في ثبوته إذا كانت المصلحة قطعية ومن جنس المصالح التي أقرتها السريعة ، وبناء عليه فإنهم يخصصون عام القرآن إذا كان ظنياً بالمصلحة ، ويردون خبر الآحاد إذا عارض المصلحة القطعية ؛ لأنه إذا تعارض ظني وقطعي ، فيقدم القطعي . وسأحقق رأي هذا الفريق .

وفريق آخر تزعم لواءه نجم الدين الطوفي من علماء القرن الثامن^(١) ، وسأوضح رأيه ، وهو من غلاة الشيعة كما قرر ابن رجب في طبقات الحنابلة ، وهو يرى تقديم المصلحة على النص والإجماع في المعاملات^(٢) ، سواء أكان النص قطعياً أم ظنياً^(٣) ، بطريق التخصيص والبيان لها ، لا بطريق التعطيل لها ودليله في الجملة : أن الشارع جعل المصلحة أصلاً من أصول التشريع ، فتقدم في كل الأحيان ، واستدل أيضاً بعمومات النصوص ، مثل قوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس قد جاءكم موعظة من ربكم وشفاء لما في صدورهم وهدى ورحمة للمؤمنين ، قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون ﴾ ، وقوله سبحانه :

(١) هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ثم البغدادي ، ولد سنة بضع وسبعين وستائة بقرية طوفي على فرسخين من بغداد ، قرأ على أبي حيان إمام العربية الشهير ، وجالس أئمة دمشق ومنهم ابن تيمية ، توفي في بلد الخليل في رجب سنة ٧١٦ هـ . وأنكر العاملي كونه من الشيعة الإمامية .

(٢) أما العبادات فقال عنها : هي حق للشرع 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 له سيده ، وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذاك ههنا ، ولهذا لا تعبدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عز وجل وضلوا وأضلوا ، وهذا بخلاف حقوق المكلفين ، فإن أحكامها سياسية شرعية ، وضعت لمصالحهم ، وكانت هي العترة ، وعلى تحصيلها المول (راجع رسالته في أصول المالكية ٦٧) .

(٣) قال بعضهم : إن الطوفي لا يقدم رعاية المصلحة على نص خاص ، أو يقول بها في مقابلة النص القطعي في سنده ودلالاته . بل إن النص والإجماع إن خالفها أي المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما ، بطريق التخصيص والبيان لها ، لا بطريق الافتئات عليها ، والتعطيل لها (المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد ٢٠٩) .

﴿ ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب ﴾ ، وقوله عليه الصلاة والسلام :
« لا ضرر ولا ضرار » .

ومن أدلته أيضاً^(١) :

أولاً - إن النصوص متعارضة مختلفة ، ورعاية المصالح أمر لا خلاف فيه ، فكان اتبا ه أولى ؛ لأنه يؤدي إلى الاتفاق والاتحاد في الآراء المطلوب بقوله تعالى : ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا ﴾ ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تختلفوا فتختلف قلوبكم »^(٢) .

ثانياً - هناك أدلة على وجود تعارض النصوص مع المصالح في السنة ، منها : قوله ﷺ للسيدة عائشة رضي الله عنها : « لولا قومك حديثو عهد بالإسلام لهدمت الكعبة ، وبنيتها على قواعد إبراهيم »^(٣) ، فبناء الكعبة من جديد ترك لمصلحة الناس ومنها : معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في جواز التيمم للجنب قائلاً : « لو رخصنا لهم في ذلك لأوشك أن يبرد على أحدهم الماء ، فيتيمم وهو يرى الماء »^(٤) ، فهذه المخالفة بسبب مراعاة مصلحة الاحتياط في العبادة .

ويرد على استدلاله بعمومات النصوص بأن أصل الافتراض باطل ، فيبطل

(١) إرجع رسالته في أصول المالكية وعلى التخصيص في الصفحات : ٤٦ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ من مجموع رسائل ، وقد ذكر في مقدمتها ١٩ دليلاً في الشرع وأوصلها من علق عليها في الحاشية ، وهو جمال الدين القاسمي إلى ٤٥ دليلاً .

(٢) رواه مسلم والنسائي وأبو داود عن أبي مسعود البصري (جمع الفوائد ٢٤٣/١) .

(٣) هكذا اشتهر هذا اللفظ على ألسنة الفقهاء والمعربين . وهو عند الشيخين والنسائي عن عائشة بلذا : « يا عائشة ، لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية ، لأمرت بالبيع » ، فأدخلت فيه ما أخرج منه ، وألزقته بالأرض ، وجعلت له باباً شرقياً وباباً غربياً ، فبلغت به أساس إبراهيم عليه السلام » (كشف الخفا للعجلوني ٢٣٣/٢) .

(٤) رواه الشيخان عن ابن مسعود (جمع الفوائد ١٠٩/١) .

كل ما ترتب عليه ، إذ لا يتصور وجود تصادم بين النصوص والمصالح ؛ لأن أحكام الشريعة مبنية على مراعاة المصالح ، والآيات تدل على أن الشريعة جاءت لمصالح العباد ، والحديث يوضح أن الشريعة لا تقر الضرر والإضرار ، فلا يتحقق تعارض بين نص ومصلحة على الإطلاق . والقائلون بالمصالح المرسلة كالمالكية لا يدعون وجود التعارض في الواقع والحقيقة ، وإنما يرجحون الدليل الأقوى وهو القطعي على الأضعف وهو الظني ، وذلك فيما ثبت بنص ظني لا بنص قطعي .

ويرد دليله الأول بأن النصوص ليست هي محل التعارض ، وإنما المصلحة هي محل الخلاف والتنازع ، إذ أنها تختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والبيئات . ويرد على دليله الثاني بأنه لا تعارض في النصوص أيضاً فيما زعم ، فترك هدم الكعبة لرعاية المصلحة لا يقابله نص حتى يكون . ناك تعارض .

وأما معارضة ابن مسعود فليست مبنية على أساس المصلحة في مقابلة النص ، إذ أنه لم يكن يرى أن الملامسة في آية التيمم : هي الوضوء ، وإنما المقصود : هو التمسك ، قال تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْعَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ ، فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً ، فَتَيْمَمُوا صَعِيداً طَيِّباً ، فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ﴾ .

وأما حادثة بعض الصحابة حيث أجنب ولم يجد ماء فاعتزل الصلاة ، فقال له الرسول ﷺ : « عليك بالصعيد ، فإنه يكفيك » ^(١) فلم يصح هذا النص عند

(١) رواه البخاري ومسلم من حديث عمار بن ياسر بلفظ « إنما يكفيك أن تصنع هكذا وضرب بيده ضربة على الأرض ، ثم نفضها ، ثم مسح بها ظهر كفه بشماله أو ظهر شماله بكفه ثم مسح بها وجهه » وفي لفظ للإمام علي : « إنما يكفيك أن تضرب بيدك على الأرض ثم تنفضها ثم تمسح بيمينك على شمالك وبشمالك على يمينك ثم تمسح على وجهك » (جمع الفوائد ٩٥/١ ، سبل السلام ٩٥/١) .

ابن مسعود ، كما لم يصح عنده ما رواه عمار « أن رجلاً أتى عمر فقال له : إني أجنب ، ولم أجد ماء ، فقال له : لا تصل ، فقال عمار : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية فأصابتنا جنابة ، فلم نجد الماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنا فتمعكت في التراب ، وصليت ، فقال ﷺ : إنما كان يكفيك أن تضرب بيدك في الأرض ثم تنفخ ، ثم تمسح بها وجهك وكفيك ، فقال عمر : اتق الله يا عمار ، فقال : إن شئت لم أحدث به ، فقال عمر : نولك ما توليت^(١) » .

٣ - يرى الغزالي والآمدني أنه يحكم بمقتضى المصلحة في مقابلة النص إذا كانت هناك ضرورة قطعية كلية ، أي ليست مجرد حاجة ، ولا مظنونة أو متوهمة ، ولا خاصة بطائفة من الناس ، ومثل لها كما عرفنا بحالة الأسارى المسلمين الذين تترس بهم الكفار ، فيجوز قتلهم لمصلحة عامة : وهي المحافظة على جماعة المسلمين وديار الإسلام ، وذلك في مقابلة النص الذي ينهى عن قتل المسلم بدون جريمة ولا ذنب .

والواقع أن الغزالي أورد أمثلة أخرى تخفف من شدة القيود السابقة ، فأجاز الأخذ بالمصلحة إذا كانت من مرتبة الحاجيات ، ولكن على أساس قاعدة شرعية هي أنه : إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، مثل فرض الضرائب على الأغنياء لمصلحة الجيش ، إذا خلت الأيدي من الأموال ، وخيف انصراف الجند إلى الكسب الذي قد يؤدي إلى تسلط الكفار على بلاد المسلمين أو ثوران الفتنة في داخل البلاد^(٢) .

وهذا المثال نفسه ذكره المالكية للأخذ بالمصالح المرسلة ، وقالوا في التعليل :

(١) أخرجه الشيخان عن عبد الرحمن بن أبيزى (جمع الفوائد ، المكان السابق) وأخرجه أيضاً أصحاب السنن بأخصر منه بالفاظ متقاربة ، ويلاحظ أن عمر لم يكذب عماراً ، بل أمره أن يحدث به .

(٢) المستصفى ١٤١/١ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدني ١٣٨/٣

وجه المصلحة أن ولي الأمر لو لم يفعل ذلك لضعفت شوكته ؛ وصارت الديار عرضة للفتن ، واستيلاء الطامعين عليها . ومن الأمثلة القريبة من هذا عندهم : الإقدام على النكاح^(١) الذي يؤدي إلى التعرض للكسب الحرام ، مع ضيق الحلال ، فإنهم لا يمنعون حتى لا يؤول إلى الوقوع في ضرر أشد وهو خشية الزنا ، بل وإبطال أصل النكاح ، وهو ضروري أو حاجي . ومن أمثله عند الحنفية : قبول شهادة التسامع في إثبات وقف قديم وليس ملكاً للحائز ، لمصلحة أو ضرورة . هي صيانة الأوقاف القديمة عن الضياع ، وذلك في مقابلة النص الذي يشترط اليمان في الشهادة ، وهو « قوله عليه الصلاة والسلام لسائل عن الشهادة . هل ترى الشمس ؟ قال : نعم ، فقال : على مثلها فاشهد أو دع^(٢) » .

٢- شيق مذهب المالكية في تعارض المصالح مع النصوص :

لوحظ ما عرض في هذا البحث أن المالكية والحنفية - تأثراً ببعض الكتابات القديمة والحديثة - يخصصون النص بالمصلحة ، ويردون خبر الواحد، بالمصلحة . ويجدر التحقق من هذا في الناحيتين ، لمعرفة حقيقة أساسية هي أن الاستدلال المرسل ليس استدلالاً بمصلحة مجردة يراها العقل ، وإنما هو طريقة من طرق الاستدلال بالنصوص الشرعية مضمونها أن الفرع (أو الواقعة) وإن لم يشهد له نص معين ، فقد شهد له أصل كلي ، علمت ملاءمته لتصرفات الشرع من مجموع نصوصه .

أولاً - تخصيص النص بالمصلحة :

إن أهم المصالح الآتية التي اعتبرها الإمام مالك في الاجتهاد هي ما يأتي^(٣) :

- (١) الموافقات ٢١٠/٤
- (٢) أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف . وصححه الحاكم فأخطأ كما قال ابن حجر في بلوغ المرام (سبل السلام ١٣٠/٤) .
- (٣) مقاصد الشريعة للدكتور حسين حامد ٦٩/١

١ - اعتبار المظنة في الأحكام : أي إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء : هذا أصل شرعي أو مصلحة كلية يتفرع عنها الحكم بجلد شارب الخمر ثمانين ، وذلك أن الشارع اعتبر هذا المبدأ في تحريم الخلوة بالمرأة الأجنبية ؛ لأنها مظنة الزنى ، وفي تحريم سفر المرأة بدون قريب محرم مظنة الزنى ، وفي منع الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها خشية تأديته إلى قطيعة الرحم ، وفي جعل الإيلاج يجري مجرى الإنزال لإيجاب الغسل ، وفي تحريم شرب النبيذ بعد ثلاث ؛ لأنه مظنة للسكر المحرم ، وفي النهي عن البيع والسلف ، وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل ، إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء مظنة الشيء حكم الشيء نفسه .

فيعمل بهذا المبدأ في قياس عقوبة شارب الخمر على عقوبة القاذف ثمانين جلدة ؛ لأن الشرب مظنة القذف ، وتعتبر المصلحة حينئذ في جلد شارب الخمر ثمانين مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، وليست مصلحة حكم بها العقل ، أو تشريعاً بالرأي والهوى والتشهي .

٢ - وجوب تقديم المصلحة العامة على الخاصة :

هذا أصل شرعي بدليل نهي النبي ﷺ عن بيع الحاضر للبادي ، وعن تلقي الركبان^(١) رعاية لمصلحة أهل الحضر ، وأهل السوق . وتحريم الاحتكار رعاية لمصلحة الجماعة ، وجواز الحجر على السفينة حفاظاً على مال الجماعة ، ومنع أبي بكر من الاتجار بعد الخلافة ليتفرغ للنظر في مصالح المسلمين .

ويطبق هذا المبدأ عند المالكية على تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم وجواز ضرب المتهم لاستخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب ، أو لانتزاع الإقرار حال وجود قرينة على التهمة .

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي عن ابن عباس بلفظ « لا تَلْقُوا الركبان ، ولا يبيع حاضر لباد » (نيل الأوطار ١٦٤/٥) .

٣ - وجوب دفع أشد الضررين :

هو أصل شرعي مقرر بدليل تشريع الجهاد ، وإن كان فيه إتلاف النفوس ، فيه دفع ضرر عدوان المعتدين وحماية الدين والبلاد . وبدليل تشريع القصاص والحدود لحماية الأرواح والأموال والأعراض . وقتل البغاة ومناعي الزكاة للقضاء على الفتنة العارمة . والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حماية لمصلحة المجتمع .

وعلى أساس هذا المبدأ ، أجاز الشاطبي توظيف الخراج (الضرائب) إذا خلا بيت المال عما يفي بحاجة الجند ، واحتاج الإمام إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية البلاد .

وأجاز الشاطبي أيضاً بناء عليه بيعة المفضول مع وجود الأفضل ، وتولية إمام غير مجتهد في علوم الشريعة إذا خلا العصر عن مجتهد .

٤ - وجوب المحافظة على النفس :

هو أصل شرعي كلي بدليل النهي عن قتل النفس وإيجاب القصاص على القاتل ، ووجوب تناول الطعام والشراب لمنع الهلاك ، ووجوب الزكاة والمواساة للمحتاجين . وإقامة الحكام والقضاة ، وترتيب الأجناد وتنظيم الجيوش .

ويطبق على هذا الأصل حكم قتل الجماعة بالواحد ، وأنه إذا أطبق الحرام الأرض ، جاز أكل مقدار الحاجة من الحرام .

٥ - مصادرة ما ارتكبت به أو فيه الجريمة :

هو من الأصول الشرعية التي تتطلب رعاية المصلحة العامة وتقديمها على المصلحة الخاصة .

وقد طبقه المالكية فيما إذا استعمل الجاني المال في ارتكاب الجناية فقرر

الإمام مالك مصادرة الزعفران المغشوش ، والتصدق به على الفقراء ، كما فعل سيدنا عمر بإراقة اللبن المغشوش .

ويمكن أن يستخلص من هذه الفتاوى التي سندها المصلحة المرسله عند الإمام مالك النتيجةان الآتيتان^(١) :

النتيجة الأولى - الاستدلال بالمرسل طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية : إن الاستدلال بالمرسل في مذهب مالك ليس خارجاً عن النصوص ، بل هو طريقة معينة للاستدلال بالنصوص الشرعية .

فإن الحكم عند مالك إما أن يؤخذ من النص نفسه ، أي من اللفظ ويسمى الاستدلال حينئذ استدلالاً بالنص ، كدلالة قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ على حرمة القتل .

وإما أن يؤخذ الحكم من معقول نص واحد وهو القياس أو المصلحة المعتبرة ، وذلك إذا شهد النص لعين المصلحة ، كأخذ تحريم النبيذ وعقوبة شاربه من معقول قرله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر ... ﴾ الآية .

وإما أن يؤخذ الحكم من معقول جملة نصوص ، لا يفيد كل واحد منها الحكم بانفراده ، ولكنها تجتمع على معنى واحد ، وتدل على أصل كل واحد منها المصلحة المفروضة في الفرع أمراً جزئياً لهذا الأصل ، ونوعاً يدخل تحت هذا الجنس الذي شهد له النصوص وقامت عليه الأدلة ، كالحكم بتضمين الصناع بعقوبة في الدن ، والضرب بالتهمة ، فإنها أحكام أخذت من معقول نصوص كثيرة بتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض . وعمل العقل : هو استنباط هذا المعنى الكلي من تلك الجزئيات ، ثم تطبيقه على بعض الفروع . وهذه هي

(١) مقاصد الشريعة ٧ ، المرجع السابق ٩٥/١ وما بعدها .

عملية الاستدلال بالمرسل ، أي تطبيق النصوص والعمل بمقتول الأدلة .

فالاستدلال بالمرسل استدلال بأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به ، فهو إعمال للنصوص ، وليس شيئاً خارجاً عنها . وإنما أطلق عليه العلماء (الاستدلال بالمرسل) ؛ لأنه لم يؤخذ من نص واحد معين ، وإنما أخذ من مجموع نصوص وجملة أدلة . فهو معنى كلي راعاه الشرع في نصوصه ، وسار عليه في أحكامه . وحينئذ لا يتصور وجود تعارض بين النص سواء أكان ظنياً أم قطعياً وبين المصلحة ؛ لأن هذه المصلحة تقررها مجموعة نصوص ، ولا يتصور عقلاً وشرعاً مثل قيام هذا التناقض أو التعارض في نصوص الشريعة .

النتيجة الثانية - كل مصلحة ملائمة يمكن فيها إجراء قياس المصالح .
والمصلحة الملائمة عند مالك : هي مصلحة تشهد لها أصول شرعية . والفرق بينها وبين القياس ينحصر في أن المصلحة الملائمة شهدت النصوص لجنسها ، في حين أن القياس شهدت النصوص لنوعها .

وعلى هذا ، فإنه يمكن إجراء نوع من القياس في كل مصلحة ملائمة . وقد أطلق عليه الغزالي (قياس المصالح) وسماه إمام الحرمين (قياس المعاني) .

وقد أجرى مالك قياس المصالح على المصالح الملائمة في حد الشارب ثمانين وفي تضييع الصناعات ، وفي ضرب المتهم ، وفي العقوبة في المال ، وفي توظيف الخراج ، وفي تولية من ليس بمجتهد الإمامة حفظاً لنظام الأمور وقمع الشرور ، وفي استمرار ولاية المفضول وعدم خلعه وإن وجد الأفضل منه ، للقضاء على الفتن وحماية بلاد الإسلام .

والخلاصة : إن المصلحة المرسله عند مالك : هي المصلحة التي لا يشهد نص معين باعتبارها ولا بإلغائها ، ولكنها مصلحة ملائمة . وملاءمة المصلحة تعني دخولها تحت جنس اعتبرته الشريعة ، أو أصل كلي استقري من مجموع نصوصها .

وعلاقة المصلحة بالنص تبدو من ناحيتين :

أولاهما - رجوع المصلحة الجزئية في الفرع إلى الأصل الكلي أو الجنس الذي شهدت له النصوص في الجملة . وهذا شرط ضروري في اعتبار كل مصلحة في التشريع ، فلا تؤخذ المصالح الغريبة .

ثانيهما - عدم مصادمة المصلحة للنص المعين ، فلا يؤخذ بالمصلحة الملغاة .

فهل يقدم الإمام مالك المصلحة على النص ؟

الحقيقة أن الإمام مالك لا يقدم المصلحة على النص أو يخصص عموم النص بالمصلحة ، فليس في الفتاوى المنسوبة إليه فتوى سندها المصلحة المقدمة على النص ، وعلى فرض مخالفة واقعة الفتوى لعموم النص ، فإن الذي يخص هذا العموم ليس هو المصلحة المجردة ، وإنما هو النصوص الكثيرة التي تشهد لجنس هذه المصلحة بالاعتبار . وقد علمنا أن كل مصلحة يأخذ بها مالك في التشريع مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع . وتحقق هذه الملاءمة بدخول المصلحة تحت أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة^(١) .

ثانياً - الفتاوى المنسوبة للإمام مالك :

ويتضح الموضوع ببيان الفتاوى التي قيل : إنها خصصت فيها النصوص بالمصلحة^(٢) .

١ - عدم وجوب الإرضاع على الزوجة الشريفة : هذه الفتوى ليست على خلاف النص وهو قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ ؛ لأن هذا النص لا يدل على وجوب الإرضاع على كل

(١) مقاصد الشريعة ، المرجع السابق ١١٥/١

(٢) المرجع السابق ١١٦ - ١٨٢ ، الاعتصام للشاطبي ١١٥/٢ وما بعدها .

والدة باتفاق المفسرين^(١) . ومستند مالك فيها هو العرف الذي كان في زمانه يقضي بأن الإرضاع لا يلزم المرأة الشريفة ، فإن فعلت فلها الأجر على الرضاع . أما غير الشريفة فلا أجر لها .

٢ - تضمين الأجير المشترك : لا يخالف نصاً معيناً ، وإنما تضمن الصناع مصلحة تدخل تحت جنس اعتبره الشارع بجملة نصوص ومجموع أدلة مفادها تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في كل واقعة لا نص فيها بعينها إذا كانت مناطاً لهاتين المصلحتين ، مثل : النهي عن تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي للمصلحة .

وإذا لوحظ تغير الزمن وفساد الناس بانقلاب حال الصناع من أمناء ، إلى خونة ومقصرين في الغالب ، كان الصانع مدعياً خلاف الغالب الظاهر ، ورب السلعة مدعى عليه يؤيد الظاهر دعواه ، وبما أن البيئة على المدعي ، كان الصانع ضامناً حتى يقيم البيئة على أن الهلاك بسبب قوة القاهرة لا يد له فيها . فيكون تضمين الصناع إعمالاً للنص ، واجتهاداً في تحقيق مناط النص ، وليس قولاً بالمصلحة على خلاف النص .

٣ - قبول شهادة الصبيان في الجراح : ليس مخصصاً لنص استشهاد رجلين بالمصلحة المجردة ، وإنما بالمصلحة الملازمة لجنس تصرفات الشرع التي تدخل تحت أصل اعتبره الشارع بجملة نصوص ومجموع أدلة ، وهو أصل حفظ الدماء ، الذي أخذ من استقرار نصوص الشريعة المفيدة للقطع . وسى فرض أن هذه المصلحة لا تدل النصوص على كونها ملازمة ، فإن المخصص للنص هو إجماع أهل المدي الذي يعتبره مالك بمنزلة الحديث المتواتر

(١) تفسير الطبري ٢/٢٩٠ ، تفسير الرازي ٢/٢٦٣ ، تفسير ابن كثير ١/٢٨٣ ، تفسير الجصاص

١/٤٧٧ ، أحكام ابن العربي ١/٢٠٤ ، البحر المحيط ٢/٢٦٣

٤ - عدة ممتدة الطهر : وهي التي ارتفع حيضها ، تعتد عند مالك بسنة أو بثلاثة أشهر بعد استبراء قدره تسعة أشهر . وسند هذه الفتوى هو إجماع أهل المدينة أو مذهب الصحابي عمر ، وليس فيها تخصيص لنص : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ بالمصلحة المجردة .

٥ - قتل الزنديق المستر وعدم قبول توبته : ليس قولاً بالمصلحة في مقابلة النص وهو حديث : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ألا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم »^(١) وإنما المخصص للحديث هو آية : ﴿ فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا ﴾ . ولو فرضنا أن سند هذه الفتوى هو المصلحة المرسلة ، فإن هذه المصلحة ليست في مقابلة نص ، بل إنها مصلحة في تفسير نص .

٦ - سجن المتهم وضربه : لم تصح نسبة الفتوى بذلك إلى مالك ليقر المتهم بالجريمة التي ادعي عليه بها ، كما صرح بعض المالكية ، وإنما هي لبعض شيوخ المالكية . وعلى فرض صحتها ليس سندها المصلحة المجردة في مقابلة نص حديث « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٢) ، وإنما سندها مصلحة تلائم تصرفات الشارع ، وتدخل تحت جنس اعتبرته النصوص في الجملة ، وإن لم يشهد له أصل معين . وهي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فالمخصص في الحقيقة ، النصوص التي شهدت للأصل الكلي ، وليست المصلحة المجردة . وهذا الضرب في الحقيقة لا يؤدي إلى قبول إقراره أو تضيئه المال ، وإنما هو تعزيز للمتهم لينزجر هو ، وليرتدع غيره ، أو ليعين المتاع فتشهد به البينة لصاحبه . وقبول سحنون لإقرار هذا المتهم ليس معارضة لنص الحديث السابق ، إذ هذا الحديث يتعرض لحالة الإنكار من المدعى عليه ، لا لحالة الإقرار .

(١) حديث متواتر أخرجه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة .

(٢) رواه البيهقي بإسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما .

٧ ، ٨ - جواز التسعير عند الحاجة ، وجواز تلقي الركبان إذا كثرت السلع :

ليس ذلك مخالفاً للنص المانع منها في الظاهر في السنة المعروفة ، وإنما هو تطبيق للنص نفسه ، وفهم اجتهادي لمناطه وحكمته في الواقع ، وتفسير له بالمعنى المناسب أو المصلحة المتبادرة إلى الفهم من ذات النص ، لا من خارجه .

إن امتناع الرسول عليه الصلاة والسلام عن التسعير لا لكونه تسعيراً ، وإنما لما فيه من ظلم التجار في حالة كون ارتفاع السعر ليس آتياً من قبلهم ، ولكن بسبب قانون العرض والطلب ، وهم يبيعون بسعر المثل . فلا تسعير إذا لم تدع الحاجة إليه ، بأن كانت السلع متوافرة في الأسواق ، وتباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع . أما إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار ، مستغلين حاجة الناس إلى الطعام ، فإن الفقيه يفتي بجواز التسعير ، رفعا للظلم ، وإجباراً للتجار على العدل . فيكون الموجب للتسعير هو ارتفاع السعر بفعل التجار . فالاجتهاد فيه من قبيل تفسير النص في ضوء المصلحة المتبادرة من النص نفسه ، وليس فيه تخصيص نص بمصلحة ، ولا عمل بمصلحة في مقابلة نص حديث رسول الله ﷺ الذي امتنع فيه عن التسعير^(١) .

وأما تلقي الركبان فقد نهى عنه في الحديث إما رعاية لمصلحة أهل السوق عامة وتوفير السلع لهم ، وحينئذ فيجوز التلقي إذا كثرت السلع واعتدلت الأسعار . وإما لحماية البائع نفسه ، بسبب جهله بالأسعار ، فربما باع بسعر بخس ، فيعطى له الخيار كما في رواية أبي هريرة . وحينئذ يجوز التلقي إذا علم البائع بسعر السوق ، أو باعها بسعر المثل أو أزيد منه ، فلا يتحقق مناط المنع في الحديث .

(١) المنتقى شرح الموطأ ١٨/٥ . والحديث أخرجه أحمد والترمذي وصححه أبو داود وابن ماجه عن أنس بن مالك بلفظ « غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ ، فقالوا : يا رسول الله ، لو سقرت ، فقال : إن الله هو القابض الباسط الرازق المسر ، وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ، ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال » (نيل الأوطار ٢١٩/٥) .

وهذا كله اجتهاد في استنباط المصلحة أو الحكمة التي قصد بالحكم تحقيقها ، فليس فيه تقديم مصلحة مجردة على نص شرعي ، وإنما هو إعمال للنص ، وتفسير له بالمعنى المناسب المتبادر منه ، أو بالقرائن المحيطة به التي تشير إلى المصلحة المقصودة منه ، أو الحكمة التي شرع من أجلها .

وهذا يسمى مصلحة مرسلة عند بعض المالكية ، أو استخراج المناط أو الإخالة عند جمهور الأصوليين .

١٠، ٩ - جواز الأكل من الغنمية عند الحاجة ، وقطع نبات الحرم الذي يؤذي الحجيج : إن فتوى مالك في هذين الحكمين فتوى بمصلحة يشهد لها الأصل المعين ، فليس فيها تقديم مصلحة مجردة على نص شرعي ، وإنما فيها تخصيص نص شرعي بنص آخر ، بواسطة القياس ، والحكم في القياس يؤخذ من معقول النص الذي أثبت حكم الأصل .

أما الأكل من الغنمية فهو الراجح أيضاً عند الشافعية والحنفية بالاعتماد على المصلحة التي يشهد لها النص المعين بالقياس ، فقد ثبت في الصحيح عن ابن عمر جواز الأكل من الطعام كالعسل والعنب والفواكه ، فقام عليه مالك ذبح الحيوان من الإبل والبقر والغنم ، بجامع شدة الحاجة في كل منها^(١) . مما يدل على أن المخصص لنص تحريم الغلول (الخيانة من المغنم) هو هذا النص الذي أثبت حكم الأصل .

وأما قطع الشوك الذي يؤذي الحجيج في حرم مكة ، فأخوذ بطريق القياس على قتل الفواسق^(٢) الخمس بجامع الإيذاء في كل من الأصل والفرع . فكان حديث

(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٩/٢ . والحديث رواه البخاري (سبل السلام ٦٠/٢) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي عن عائشة : « خمس فواسق يقتلن في الحرم : الفأرة ، والعقرب ، والغراب ، والحديثا ، والكلب العقور » وهذا لفظ الترمذي . وعن ابن عمر وابن عباس عند مسلم ، وأحمد : « الحية » (نيل الأوطار ٢٦/٥) .

قتل الفواسق هو المخصص لحديث : « لا يعضد شوكة ، ولا ينفر صيده ، ولا يحتلى خلاه »^(١) وليس فيه تقديم عمل بمصلحة مجردة على حديث رسول الله ﷺ .

تفصيل رأي الطوفي في المصلحة :

أشرت إجمالاً إلى أدلة الطوفي في تقديم المصلحة على النص والإجماع ، وبينت أوجه الضعف فيها ، وسأوضح هنا أسس رأيه وشبهاته المزيفة .

أولاً - أسس نظرية الطوفي :

تقوم نظرية الطوفي في المصلحة على أسس أربعة^(٢) .

الأساس الأول : استقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد :

يرى الطوفي أن العقل البشري يستقل بإدراك المصالح والمفاسد في نطاق المعاملات والعادات . وهذا مخالف لرأي الجماعة الإسلامية الذين يعتبرون المصالح والمفاسد بالاهتداء بالنصوص الشرعية التي تشهد لنوع المصلحة أو لجنسها بالاعتبار .

الأساس الثاني : المصلحة دليل شرعي مستقل عن النصوص :

ومعنى ذلك أن المصلحة لا تعتمد في حجيتها على شهادة النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار ، وإنما تعتمد على حكم العقل وحده . فالمصلحة عند الطوفي : هي ما يحكم العقل بأنه مصلحة ، غير مهتد في هذا الحكم بنصوص الشريعة ، وإنما بالعادات والتجارب وحدها . وهي لذلك عنده أقوى الأدلة الشرعية .

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن ابن عباس (نيل الأوطار ٢٤/٥) .

(٢) مقاصد الشريعة ٥٣٠/٢ وما بعدها ، ابن حنبل للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ٣٠٤ وما بعدها .

وقد لوحظ من دراسة المصلحة أن كل القائلين بها صرحوا بأن المصلحة تعتمد في دلالتها على النصوص الشرعية ، ولا يؤخذ بها إلا إذا كانت ملائمة لتصرفات الشارع . وفسروا الملاءمة بالدخول تحت جنس شهدت له النصوص في الجملة . فالاستدلال بالمصلحة عندهم : هو استدلال بعقول النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، أي أن المصلحة التي يحتجون بها هي المصلحة التي تستمد حجيتها من النص .

الأساس الثالث : مجال العمل بالمصلحة هو المعاملات دون العبادات : يرى الطوفي أن المصلحة يؤخذ بها بصفة كونها دليلاً شرعياً في مجال المعاملات والعبادات . أما العبادات والمقدرات ، فإن المصلحة لا تصلح دليلاً فيها . ومنشأ التفرقة بين العبادات والمعاملات في زعمه : هو أن الشارع قد قصد العبادات لحق نفسه ، وقصد المعاملات لنفع العباد ، فهو أدرى بحقه في العبادات ، مما يوجب علينا اتباع النصوص فيها . وأما المعاملات فالعباد أدرى بمصالحهم ، فكان لهم تحصيل هذه المصالح ، وإن خالفت نصوص الشارع . وأكد الشاطبي أن نطاق العمل بالمصالح المرسلة : هو العادات والمعاملات دون العبادات . فتوافق الطوفي مع المالكية في هذه الناحية .

الأساس الرابع : المصلحة أقوى أدلة الشرع :

يرى الطوفي أن المصلحة أقوى الأدلة الشرعية على الإطلاق . وعليه فليست المصلحة حجة عنده فقط إذا فقد النص أو الإجماع على حكم مسألة ما ، وإنما هي مقدمة على النص والإجماع عند وجود التعارض معهما ، بطريق التخصيص والبيان ، لا بطريق التعطيل والافتئات ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان ؛ إذ أن المصلحة مستفادة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » وتقدم المصلحة على النص ، سواء أكان قطعياً في سنده ومتمنه ، أم ظنياً فيها ، كما بينت .

ويرى بعضهم^(١) - بالرغم من عدم تفرقة الطوفي بين النص القاطع وغير القاطع - أن احتمال وجود التعارض بين النص والمصلحة في تقدير الطوفي : هو بين النص الظني والمصلحة ، أما النص القطعي فينع الطوفي تخالفه مع المصلحة ، ولا تقدم المصلحة عليه حينئذ .

ويلاحظ أن المصلحة التي يرى المالكية وغيرهم تقديمها على النص الظني ، على فرض قولهم بذلك : هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع ، والتي تدخل تحت أصل قطعي شهدت له النصوص في الجملة . فالمقدم على النص الظني ، والمخصص له في الواقع هو النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، وليست مصلحة غريبة يحكم بها العقل ، كما عرفنا ؛ لأن هذه المصلحة قد صرح المالكية وغيرهم أنها لا تصلح دليلاً في التشريع ، فضلاً عن أن تقدم على النصوص الشرعية .

أما المصلحة التي يزعم الطوفي أنها حجة ، فهي المصلحة التي تعتمد على حكم العقل ، ولا تشهد لها النصوص بأي شهادة ، فهي المصلحة التي تقابل النص ، لا التي تعتمد عليه ، وقد أوضحت أنها ليست حجة على الإطلاق .

ثانياً - شبهات الطوفي في تقديم المصلحة على النص والإجماع :

استدل الطوفي بأدلة ثلاثة لتقديم المصلحة على النص والإجماع ، وسأبين هنا وجه الزيف فيها^(٢) .

الدليل الأول : استدل الطوفي على دعواه وجوب تقديم رعاية المصلحة على الإجماع : بأن منكري الإجماع قالوا برعاية المصالح ، فهي إذن محل اتفاق ،

(١) مقاصد الشريعة للدكتور حسين حامد ٥٢٨/٢ ، مصطفى زيد في المرجع السابق .

(٢) حسين حامد ، المرجع السابق ٥٥٢/٢ وما بعدها ضوابط المصلحة للدكتور سعيد رمضان ٢٠٧ وما بعدها .

والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه .
وهذا الدليل مناقش وباطل لما يأتي .

١ - إن بعض منكري الإجماع كالنظام والشيعة لم يقولوا باعتبار المصالح ،
فلم يصح قول الطوفي : « إن كل منكري الإجماع يقولون باعتبار المصالح » .

أما الشيعة فلا يرون المصلحة دليلاً في التشريع ؛ لأنها رأي ، ولا يؤخذ
بالرأي عندهم ، وإنما يتلقى عن الإمام المعصوم .

وأما النظام فلا يقول بالإجماع لجواز استناده على الرأي والقياس ، فعدم
اعتباره المصالح من باب أولى .

٢ - لا فائدة للطوفي من ادعاء الاتفاق على رعاية المصالح ؛ لأن المصلحة
التي يقول بها غيره هي المصلحة المرسلّة الملائمة لجنس تصرفات الشارع . أما
المصلحة التي يريد الاستدلال عليها ويأخذ بها فهي ما يقرها العقل المحض ، ولو
كانت مصادمة لتصرفات الشرع .

٣ - إن بعض المحتجين بالإجماع كالظاهرية ينكرون رعاية المصالح ، كما
يقول الطوفي نفسه ، مما يدل على أنه متناقض في كلامه ، كتناقضه في أصل
نظريته ، إذ اعتبر النص والإجماع أقوى الأدلة كلها وهي التي أحصاها تسعة عشر
دليلاً ، ثم عاد فقال : إن رعاية مصلحة مقدمة على الإجماع ، وإذن فهي أقوى
أدلة الشرع كلها .

ومن تناقضه أيضاً قوله : إن رعاية المصالح محل اتفاق ، وإن الإجماع محل
خلاف . وبما أن رعاية المصالح تصبح حينئذ نوعاً من الإجماع ، فالإجماع على
رعاية المصلحة محل خلاف أيضاً ؛ لأنه نوع من الإجماع . وبذلك ينهار أساس
الطوفي الذي اعتمده لتقديم المصلحة على الإجماع : وهو قوة أحد الدليلين وضعف
الآخر .

الدليل الثاني : النصوص متعارضة متخالفة :

استدل الطوفي على وجوب تقديم المصلحة على النص : بأن النصوص متعارضة متخالفة ، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً ، في حين أن رعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً ، فكان اتباعه أولى . ويلاحظ أن هذا الدليل ينطوي على شبهتين : تعارض النصوص . وكون رعاية المصالح أمراً حقيقياً .

أما الشبهة الأولى وهي تعارض النصوص وتخالفها ، فردودة من جهتين :

أولاً - إن أدلة الشريعة لا تتعارض في الواقع للأدلة التالية :

أ - القرآن : في القرآن آيات كثيرة تدل على استئصال كل أوجه التعارض منها قوله تعالى : ﴿ ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً ﴾ وقوله : ﴿ فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ﴾ أي أن النصوص الشرعية مصدر لرفع الخلاف ، فلا يتصور فيها التعارض والاختلاف والتناقض بأي حال ، وإلا كان ذلك نقصاً في منزل القرآن ، وطعناً في سلامة المصدر المحال عليه لتوفير الاتفاق والاجتماع . فكيف تكون النصوص متعارضة وهي آتية من عند الله ، ودليل كونها من عند الله هو تناسق القرآن وتوافق نصوصه وعدم تناقض معانيه وآياته ؟ !

٢ - لو كانت نصوص الشريعة متعارضة متخالفة في نفسها ، لأدى ذلك إلى تكليف ما لا يطاق ؛ لأن النصين إذا تعارضا ، تعذر العمل بهما ، لتنافي مقتضاها في أن أحدهما يطلب والآخر يمنع مثلاً .

٣ - إن تخالف النصوص وتعارضها لا يتصور في الواقع ، لأن ذلك يؤدي إلى نفويت مقصد الشارع من التشريع . قال الشاطبي : إن التعارض بين الدليلين

شيء لا يتصور ؛ لأن الدليلين المتعارضين إذا قصدهما الشارع مثلاً لم يتحصل مقصوده ؛ لأنه إذا قال في الشيء الواحد : (افعل) (لا تفعل) فلا يمكن أن يكون المفهوم منه طلب الفعل ، لقوله : (لا تفعل) ولا طلب تركه ، لقوله : (افعل) فلا يتحصل للمكلف فهم التكليف ، ولا يتصور توجهه على نال . والأدلة على ما ذكر كثيرة لا يحتاج فيها إلى التطويل لفساد الاختلاف في الشريعة^(١) .

ثانياً - إن تعارض النصوص في نظر المجتهد لا يؤدي إلى الخلاف المذموم شرعاً : زعم الطوفي أن تعارض النصوص يؤدي إلى الاختلاف ، وهذا الاختلاف والتعارض سبب الخلاف المذموم شرعاً . واستدل على ذم الخلاف والتحذير منه بنفس النصوص التي تدل على بطلان دعوى^{١١} - ارض والتخالف بين النصوص الشرعية .

ويرد عليه بأن الخلاف الذي نهى الشارع عنه ، وحذر منه ، ليس هو الخلاف في فهم النصوص التي أمر الله باتباعها ، وإلا كان الشارع متناقضاً مع نفسه إذ يأمر باتباع النصوص والرجوع إليها عند الخلاف ، وهذا يتطلب فهم بعض المجتهدين معنى ، وفهم البعض الآخر معنى آخر ، ثم ينهى الشارع عن هذا الخلاف ويحذر منه ، إن ذلك لا يقول به عاقل .

إن الخلاف المذموم : هو الناتج من تحكيم العقول ، واتباع الأهواء على خلاف ما جاءت به النصوص الشرعية .

وإن النصوص لو كانت تؤدي إلى الخلاف الذي ذمه الشارع وحذر منه ونهى عنه ، لما أنزلها الشارع ولما أمر عباده باتباعها ، وأجاز لهم الاجتهاد في فهم معانيها .

(١) الموافقات ١١٢/٤ وما بعدها .

وإذا كان الطوفي يسلم بأن النصوص الشرعية حجة في العبادات ، وأنه لا عمل للمصلحة فيها ، وبالتالي لا تناقض فيها ، فلم لا يعتبر نصوص العادات والمعاملات كذلك ، مع أن منزلها ومصدرها واحد ؟

وإذا وجد في نظر المجتهد تعارض في الظاهر في نصوص العبادات وأمكنه الجمع بينها بطرق الجمع المختلفة ، فلم لا يمكن مثل ذلك الجمع والتوفيق في نصوص المعاملات ؟!

وأما الشبهة الثانية : وهي أن رعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه : فردودة أيضاً بالواقع المشاهد من حدوث الاختلاف في أصل المصالح والمفاسد . يستدل الطوفي بهذا الدليل على وجوب تقديم رعاية المصلحة على النصوص الشرعية ، قائلاً : إن رعاية المصلحة أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه ، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً . ولكنه يصطدم في هذا بواقعين :

أولهما - إن النصوص الشرعية أيضاً أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه . فتصبح النصوص معادلة المصلحة في هذا القدر .

ثانيهما - عند تطبيق مبدأ رعاية المصالح على الوقائع والجزئيات لا تكون سبباً للاتفاق المطلوب شرعاً ، بدليل الواقع المشاهد عند الناس ، وهو أن العقول التي لا تصدر أحكامها عن هدي السماء تختلف في أصل المصالح والمفاسد ، بل ومع اتفاقهم على أن الأمر مصلحة أو مفسدة يختلفون في الأحكام الجزئية التي تحصل هذه المصالح أو تدفع تلك المفاسد . وليس أدل على ذلك مما يوجد من صراع الحق والباطل حين تنزل الرسائل السماوية على الأنبياء ، كيف يعارضهم أقوامهم برؤية المفسدة مصلحة وبالعكس . وما يوجد في قوانين وفلسفات اليوم من اعتبار الفاحشة مشروعة ، والمنكر معروفاً ، ومعاداة القيم والفضائل والأديان .

ولا عاصم من هذا الخلاف والتنافر في الآراء والمذاهب في شأن المصالح

والمفاسد ، إلا اتباع النصوص ، قال تعالى : ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن ﴾ .

بل إنه حتى مع افتراض كون النصوص تؤدي إلى الخلاف أحياناً ، فهو خلاف محمود ، غير مذموم شرعاً ؛ إذ أن المجتهد ملزم بعدم الخروج على النصوص القاطعة ، ومقيد في غير النصوص القاطعة بعدم ترك جميع احتمالات النص - وهي محصورة في الواقع - ومهتد فيما لا نص فيه من الوقائع بالمصالح التي تشهد هذه النصوص لنوعها أو لجنسها بالاعتبار .

فأين هذا من ترك العقل يشرع وفقاً للمصلحة دون ضوابط ، كما يرى الطوفي ، ووجهات النظر مختلفة ، وحرية تقدير المصلحة والمفسدة غير مقيدة ؟ !
الدليل الثالث : ورود مخالفة النصوص بالمصالح في السنة : زعم الطوفي أنه قد ثبت في السنة معارضة النصوص بالمصالح في قضايا . منها ما ذكر وهو معارضة ابن مسعود للنص والإجماع في التيمم ، بمصلحة الاحتياط في العبادة .

ومنها - مخالفة الصحابة لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يصلين أحد منكم العصر إلا في بني قريظة » ^(١) إذ صلى بعضهم قبلها ، وقالوا : لم يرد منا ذلك .

ومنها - قول النبي ﷺ لعائشة : « لولا قومك حديثو عهد بالاسلام لهدمت الكعبة وبنيتها على قواعد إبراهيم » ^(٢) وهو يدل على أن بناءها على قواعد إبراهيم هو الواجب في حكمها ، فتركه لمصلحة الناس .

ومنها - أنه عليه السلام لما أمرهم بجعل الحج عمرة ، قالوا : « كيف وقد

(١) رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما (صحيح البخاري ٢٤٣/٥) .

(٢) سبق تخريجه ، وقد علم أن الرواية الصحيحة هي : « لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية أو قال : بكفر ، لنقضت الكعبة ثم بنيتها على أساس إبراهيم » .

سمينا الحج»^(١) وتوقفوا ، وهو معارضة النص بالعاده .

ومنها - ما روي أن النبي ﷺ بعث أبا بكر ينادي : « من قال : لا إله إلا الله دخل الجنة » فوجده عمر ، فردّه ، وقال : إذن يتكلوا^(٢) . وهو معارضة الشرع بالمصلحة .

ومنها - أن رجلاً دخل المسجد يصلي فأعجب الصحابة سمته ، فأمر النبي أبا بكر وعمر بقتله ، فامتنعا ، وقالوا : « كيف تقتل رجلاً يصلي^(٣) » فهذان الشيخان تركا النص ، ولا مستند لهما إلا استحسان إقباله على العبادة . وهذه معارضة المصالح للنصوص ، وقد أقرهما النبي عليه السلام ، وأجاز اجتهادهما ، لما علم من نيتهما وصدقهما في القول .

ثم قال الطوفي بعد سرد هذه الوقائع : فكذلك من قدم رعاية مصالح المكلفين على باقي أدلة الشرع بقصد إصلاح شأنهم ، وانتظام حالهم ، وتحصيل ما تفضل الله عز وجل به عليهم من الصلاح وجمع الأحكام من التفرق واثلاثها عن الاختلاف ، فوجب أن يكون جائزاً إن لم يكن متعيناً ، ويلزم منه أن يكون تقديم رعاية المصلحة على باقي أدلة الشرع من مسائل الاجتهاد على أقل أحواله ، وإلا فهو راجح متعين ، كما ذكر .

(١) رواه أحمد والشيخان عن جابر ، ورواه الشيخان وأبو داود والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنها .

(٢) رواه أبو يعلى عن أبي بكر الصديق ، وفي إسناده سويد بن عبد العزيز ، وهو متروك (مجمع الزوائد ١٥/١) وروى القصة عن أبي الدرداء وعمر أحمد والبخاري والطبراني في الكبير والأوسط ، وإسناده أحمد أصح ، وفيه ابن لهيعة وقد احتج به غير واحد . ورواه البخاري عن أبي سعيد الخدري بلفظ : « من قال : لا إله إلا الله ، مخلصاً ، دخل الجنة » وهو صحيح .

(٣) المعروف في الثابت من السنة أن النبي ﷺ نهى عن قتل المصلين ، وأن الصلاة تحقن الدم وتكفر الذنوب (راجع مجمع الزوائد ٢٤/١ - ٢٨ ، ٢٩٦ - ٣٠١) روى البخاري عن أنس أن أبا بكر رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن قتل المصلين » .

ويرد على هذا الكلام بأنه تمسك بشبهة باطلة ؛ لأن هذه الوقائع تنطوي على عمل من صاحب الشرع نفسه ، فالمستند فيها هو السنة قولاً أو عملاً أو تقريراً .

فصاحب الشرع هو الذي ترك البيت ، ولم يُعد بناءه على قواعد إبراهيم ، فكيف يقال : إن الرسول عارض النص بالمصلحة ؟ وأي نص خالفه الرسول بالمصلحة ؟ وهل يعد تشريع الرسول ﷺ عملاً بمصلحة في مقابلة نص لم يحقق هذه المصلحة ، وألا يعد تشريعه قولاً وعملاً وتقريباً هو النص الشرعي نفسه ؟

وصاحب الشرع هو الذي أقر توقف الصحابة عن جعل الحج عمرة ، بعد تسمية الحج ، فصار بهذا التقرير سنة ، ولم يصبح معارضة لنص بمصلحة .

وصاحب الشرع هو الذي أقر اجتهاد عمر في رد أبي بكر ومنعه من النداء بحديث : « من قال : لا إله إلا الله دخل الجنة » .

وهو الذي أقر اجتهاد عمر وأبي بكر في عدم قتل المصلي ، إن وصح ذلك ، فصار هذا الاجتهاد بهذا التقرير سنة .

والصحابه الذين صلوا قبل وصولهم بني قريظة : اجتهدوا في فهم المراد من النص ، ونفذوه وفقاً للحكمة والمصلحة التي فهموها منه ، لا أنهم تركوا النص بالمصلحة .

وأما أن ابن مسعود ترك النص الذي يميز التيمم في الجنابة للمصلحة ، فهو قول مغالطة ؛ لأن سند ابن مسعود في القول بعدم جواز التيمم من الجنابة هو النص نفسه ، الذي فهم منه أن المراد باللامسة في قوله تعالى : ﴿ أو لامستم النساء ﴾ اللبس الذي يوجب الوضوء ، لا الجماع .

وأخيراً كيف يحتاج الطوفي بفعل ابن مسعود وغيره وهو صحابي لا حجة في

قوله ، في مسائل العبادات ، مع أن قوله اعتبار المصلحة حجة في العادات دون العبادات . أما العبادات فلا يؤخذ فيها إلا بالإجماع والنص وبقية أدلة الشرع ؟ أليس هذا لوناً آخر من تناقضاته العجيبة ، وتقضاً لمذهبه من أساسه ، وتصريحاً ببطلان دعواه التفرقة بين العبادات والمعاملات ، والاعتماد في الأولى على النصوص ، والثانية على رعاية المصالح .

هذه شبه الطوفي الثلاث في دعواه وجوب تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع . وهي كلها كما بينا واهية زائفة .

☆ ☆ ☆

المبحث الثالث

العرف والعادة

تمهيد :

إن الكلام عن العرف والعادة في مجال الفقه والأصول ، له أهميته الكبرى ، نظراً لاعتماد الفقهاء عليه في تأصيل كثير من الأحكام الشرعية ، واحتكام الناس إليه في العقود والمعاملات والمسائل التجارية والزراعية ، مع غوض أدلة اعتباره في الشريعة الإسلامية ، وظهور قواعد فقهية كُلية تقرره وتحيل عليه ، حتى استقر في الأذهان أنه أحد مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ عليه ، وذلك يواكب ما استقرت عليه النفوس ، ويؤدي إلى التجاوب مع يسر الشريعة ومراعاتها مبدأ رفع الحرج والمشقة . هذا بالإضافة إلى اعتماده في مجال القانون الوضعي ، ورجوع الفقهاء القانونيين ورجال القضاء في المحاكم إليه في فقههم وأحكامهم .

ويمكن بحث الموضوع في نطاق المحاور التالية :

المحور الأول : حقيقة العرف والعادة وأقسامها .

المحور الثاني : مدى اعتبار العرف وأقسامه .

المحور الثالث : شروط اعتبار العرف والعادة ، وحكم التعارض مع النصوص الشرعية .

المحور الرابع : القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة .

المحور الخامس : تعارض العرف مع أقوال الفقهاء .

وفي كل محور تفصيلات ومسائل تحتاج إلى البحث والتدقيق وبلورة النتائج والخلوص إلى نقاط محددة بعيدة عن اللبس والإشكال .

المحور الأول - حقيقة العرف والعادة وأقسامهما :

يتناول هذا المحور عدة مسائل لا بدّ من بيانها ، لتحقيق تصوّر أولي واضح عنها ؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره ، وهي تبحث فيما يلي :

١ - تعريف العرف لغةً واصطلاحاً :

يطلق العرف لغة على معانٍ : هي المؤلف المستحسن ، وأعلى الشيء ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ ﴾ [الأعراف : ٤٦٧] والتتابع ، ومنه قوله سبحانه : ﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴾ [المرسلات : ١٧٧] والاعتراف ، ومنه قولهم : « له علي مئة عرفاً » أي اعترافاً ، والصبر ، لدلالته على السكون والاستقرار .

واصطلاحاً : هو ما اعتاده الناس ، وساروا عليه ، من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألف اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه . وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي .

والعرف العملي : مثل اعتياد الناس بيع المعاطاة ، من غير وجود صيغة لفظية ، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدّم ومؤخّر ، وتعارفهم أكل الأرز أو البُرّ ، أو لحم البقر والضأن .

والعرف القولي : مثل تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر ، دون الأنثى ، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك ، وإطلاق لفظ (الدّابة) على الفرس فقط .

وعرفه الجرجاني والغزالي وغيرهما^(١) بأنه : « ما استقرّ في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول » .

تعريف العادة لغةً واصطلاحاً :

العادة في اللغة : مشتقة من العود ، أي التكرار ، وهي الدأب والاستمرار ، فكل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد ، فهو عادة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ تُمْ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا .. ﴾ [المجادلة : ٢/٥٨] .

واصطلاحاً : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية^(٢) . والعلاقة العقلية : هي التي يحكم فيها العقل بالتكرار ، فهو تلازم عقلي ، وليس عادة ، مثل تكرر حدوث الأثر بحدوث المؤثر ، كتحرك الخاتم بتحريك الأصبع ، وتبدل مكان الشيء بحركته . فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر ؛ لأن العقل يحكم به ؛ بسبب وجود التلازم والارتباط بين العلة والمعلول .

٣ - هل هناك فرق بين العرف والعادة ، وما هو ؟

يرى بعض الأصوليين : أن العرف والعادة مترادفان ، مثل النسفي الحنفي ، وابن عابدين ، والرهاوي في شرح المنار ، وابن نجيم في الأشباه والنظائر^(٣) ، فهما بمعنى الأمر المستقرّ في النفوس من قول أو فعل ، الذي تلقته الطباع السليمة والعقول بالقبول ، لا فرق في ذلك بين ما كان للعقل مدخل في الحكم عليه ، كتبدل مكان الشيء بحركته ، وبين ما ليس للعقل مدخل في الحكم عليه ، كأقل

(١) سلم الوصول إلى علم الأصول : ٢١٧ ، المستصفى للغزالي : ١٣٨/٢ ، رسائل ابن عابدين :

١٨٦/١ ، ١٢/٢ .

(٢) شرح التحرير : ١١٤/٢ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٣ ، شرح الرهاوي للمنار : ٤٢٣ ، رسائل ابن عابدين : ١٢/٢ ، المستصفى في الفقه للنسفي ، مخطوط بدار الكتب المصرية .

الحيض أو أكثره . وهذا في تقديري اتجاه نظري بحث ، ناشئ من المفهوم اللغوي والاصطلاحي معاً واتحاد الحكم المبني عليهما .

ويرى أصوليون آخرون كابن الهمام والبزدوي وصاحب التلويح^(١) : أن العرف أعم من العادة ، فالعرف يشمل القولي والعملي ، والعادة تقتصر على العرف العملي فقط .

وفريق ثالث يرون : أن العادة أعم من العرف كابن أمير الحاج ومن وافقه من المحدثين كالشيخ أحمد فهمي أبي سنة^(٢) ، فهي تشمل ما كان مصدره العقل ، كتحرك الخاتم بتحريك الإصبع ، أو الطبيعة كالحيض والحمل وحرارة البلد وبرودته ، وما ليس له علاقة عقلية ، من قول أو عمل ، صادر من فرد أو جماعة ، وهو العادة الفردية من أكل ونوم ، والعادة الجماعية الحسنة أو القبيحة كأفراح الأعياد والأعراس والقضايا القومية والوطنية ، وإطلاق بعض الألفاظ على معانٍ معينة ، والتعامل ببعض التصرفات والعقود كالاستصناع وهدايا الخطوبة .

واتجاه الفريقين الثاني والثالث مأخوذ من المعنى اللغوي ، وإطلاق اللفظ على معنى معين . وهذا صحيح في أصل الإطلاق ، فلكل استعمال معين ، في أصل اللغة ، والاتجاه الثالث أدقّ ، وهو أن العادة أعم من العرف .

أما في مجال علم أصول الفقه الذي ينظر فيه إلى مدى بناء الأحكام على الشيء أو الدليل ، فإن الاتجاه الأول أولى ، ويكون العرف والعادة بمعنى واحد في هذا الجانب ، وهو اعتبار العرف مصدراً تشريعياً .

أما رجال القانون الوضعي فإنهم فرّقوا بين العادة والعرف ، واعتبروا العرف

(١) كشف الأسرار : ٩٦/٢ ، ٩٨ ، التلويح على التوضيح : ١٧٥/١

(٢) التقرير والتحجير : ١٨٢/١ ، العادة والعرف في رأي الفقهاء لأبي سنة : ١٠ ، ١٣

ذا ركنين : أحدهما - العادة الناشئة من اعتياد الناس سلوكاً معيناً في تنظيم علاقة ما ، والثاني - توافر عنصر الإلزام في تلك العادة .

منشأ العادة والعرف :

تنشأ العادة من ارتياح الإنسان للفعل الذي يميل إليه بباعث نفسي ، كحب الانتقام ، أو بباعث خارجي ، كظهور منفعة شيء أو عمل ، ثم يكرره ، فيصبح بال تكرار عادة له .

وينشأ العرف من محاكاة الناس في تصرفاتهم ، وتكرار ذلك ، حتى يشيع وينتشر بين معظم الأفراد ، وهو في الحقيقة عادة الجماعة^(١) .

٤ - الفرق بين العرف والإجماع :

إن الإجماع : مبناه اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي . ولا ينعقد إلا مستنداً إلى دليل شرعي ، قد يصل إلينا وقد لا يصل ، وهو حجة ملزمة .

أما العرف : فهو سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص ، فهو لهذا أشبه بالسيرة ، ولا يشترط فيه الاتفاق ، ولا يتطلب مستنداً شرعياً ، وليس له قوة ملزمة دائماً ؛ لأنه قد يكون صحيحاً أو فاسداً ، ولاختلاف مصدر هذه القوة ، هل هي إرادة المشرع ، أو قضاء المحاكم ، أو اتفاق الناس^(٢) .

٥ - العرف باعتبار الموضوع :

للعرف أنواع باعتبارات مختلفة ، إما بحسب موضوعه ، ينقسم إلى عرف

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ٤٧٦ .

(٢) نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الحياط : ٣١ .

لفظي وعرف عملي ، وإما بحسب إطاره ، ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص ، وإما بحسب اعتباره شرعاً وعدم اعتباره ، ينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد^(١) .

التقسيم الأول - بحسب موضوعه :

ينقسم العرف بحسب موضوعه إلى عرف لفظي أو قولي ، وعرف عملي أو فعلي .

العرف اللفظي : ما شاع بين الناس في استعمال لفظ في معنى خاص يختلف عن مدلوله اللغوي ، وذلك في بلد دون آخر ، كإطلاق لفظ (الدرهم) على النقد الغالب ، مع أنه في أصل الاستعمال يطلق على جميع الدراهم المصنوعة من الفضة ، في كل وقت وبلد . وإطلاق لفظ (الولد) على الذكر ، بينما تطلق في اللغة على الذكر والأنثى ، وإطلاق لفظ (اللحم) على لحم البقر والضأن ، دون لحم السمك ، مع أن معناه في اللغة يشمل جميع أنواع اللحم ، وإطلاق لفظ (البيت) على (الغرفة) أو (بيت الحجر) وفي اللغة يطلق على المنزل ، حتى خيمة الشعر عند البدو . وإطلاق المرأة على الحرة ، وفي اللغة تشمل الحرة والأمة .

والعرف العملي : ما اعتاده الناس من الأفعال العادية كالأكل والشرب والزرع ، والمعاملات المدنية ، كبيع المعاطاة وتقسيط الأثمان والأجور ، وتعطيل يوم في الأسبوع ، وقسمة المهر إلى معجل ومؤجل ، والإبراء ، والغصب ، والقبض والأداء ، وإيصال المبيع إلى منزل المشتري ونحو ذلك .

وحقيقة هذا التقسيم : استعمال الناس بما يحقق لهم المصالح ييسر وسهولة ، ويقيم جسور ارتباط وانتفاع في العلاقات الاجتماعية .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٩٢ ، المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٤٨٦ - ٤٩٠ .

٦ - العرف باعتبار إطاره :

ينقسم العرف باعتبار شموله أو إطاره إلى عرف عام وعرف خاص .

العرف العام : هو الشائع في أغلب البلاد أو كلها بين الناس ، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم ، كالاستصناع في كثير من الحاجات من ألبسة وأحذية ومفروشات وأدوات ونحوها ، وبيع المعاطاة ، وتأجيل بعض المهر للمستقبل ، ويلزم دفعه بالموت أو الطلاق ، وتقديم الإكرامية للخدم في المطاعم والفنادق ، والاستحمام في الحمامات العامة والمسابح من غير تقدير كمية الماء ومدة المكث ، وتناول الثار الساقطة من الأشجار في الطرقات العامة .

والعرف الخاص : هو الذي يختص ببلدة معينة أو فئة من الناس كأهل حرفة ما ، دون غيرها . وهذا يتجدد بتجدد الأزمنة ، كعرف التجار فيما يعد عيباً يميز الفسخ أو الرد ، ودفع أثمان البضاعة المؤجلة كل يوم خميس ، وتقسيم ثمن بضاعة معينة أقساطاً معلومة ، ودفع أجور المحلات والمنازل شهرياً أو كل ثلاثة شهور أو سنوياً ، وتجديد عقد الإيجار تلقائياً بقوة القانون . ودفع أجر المحامي على قسطين : قسط عند التوكيل ، وقسط بعد فصل الدعوى في المحكمة .

ومنه : الاصطلاحات الخاصة بكل فن أو علم من العلوم ، كالاصطلاحات الفقهية وألفاظ الوقف .

٧ - العرف بحسب إقرار الشرع واعتباره أو عدم إقراره :

ينقسم العرف بالنظر إلى اعتباره شرعاً وعدم اعتباره إلى عرف صحيح وعرف فاسد :

العرف الصحيح : هو ما اعتاده الناس ، دون أن يصادم الشرع ، فلا يحرم حلالاً ، ولا يحل حراماً ، كتقديم عربون في عقد الاستصناع ، وتقديم هدايا

الخطوبة ، وتعارف الناس أن الزوجة لا تنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر ، وقسمة المهر إلى مقدّم ومؤخّر . والاحتكام إلى العرف في الأيمان والنذور والطلاق ، وقبض المبيع بالتخلية أو بالنقل ، وألفاظ البيع والشراء والهبة ، والصلاة والزكاة والحجّ ، وعدّة الطلاق والوفاة ، ونحو ذلك .

والعرف الفاسد : هو ما اعتاده الناس ، ولكنه محلّ حراماً أو يحرمّ حلالاً ، كتعارفهم بعض العقود الربوية ، والتعامل مع المصارف الربوية بفائدة ، واختلاط النساء بالرجال في المناسبات العامة ، وتقديم الخمر في الأعياد ، ومنها رأس السنة الميلادية ، وعيد الميلاد بالنسبة لبعض المسلمين ، والرقص والغناء الماجن في الأعراس ، وتخم الرجال بالذهب بسبب الخطبة والزواج تقليداً للغربيين والدعاية للأفلام السينمائية والمطاعم والتثيليات والمسارح بصور نسائية خليعة ، ونحو ذلك مما يصادم أدلة الشريعة أو قواعدها الأساسية .

المحور الثاني - مدى اعتبار العرف وأقسامه :

يتناول هذا المحور مدى حجية أو سلطان العرف ، وهل تفهم النصوص والأحكام الشرعية بحسب مدلولات العرف بأقسامه المختلفة ، وذلك فيما يلي من أقسام العرف .

١ - مدى حجية العرف أو سلطانه عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، وتوسّع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم ، واعتمدوه مستنداً في كثير من الأحكام العملية ، وفي فهم النصوص الشرعية ، بتقييد إطلاقاتها ، وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والتعزيرات الجزائية والسير أو العلاقات الخارجية . مثلاً يتحدد المراد بألفاظ

القذف بالتعريض أو الكناية بحسب أعراف الناس ، وتقدر العقوبة التعزيرية بحسب ما يحقق الغاية أو الهدف منها في زجر الجناة وردع المجرمين .

وكثيراً ما تفسّر بعض الألفاظ القرآنية بالمعاني العرفية ، مثل تفسير الصعيد في قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً ﴾ [المائدة : ٦٥] ، بأنه في رأي الحنفية : كل ما هو من جنس الأرض وهو التراب والرمل والجص والكحل ، وهو كل ما يصعد على وجه الأرض ، والطيب : هو الطاهر ، وخصه الشافعية بالتراب فقط ، والطيب : هو المنتب . قال ابن عابدين : واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلاً^(١) .

أدلة اعتبار العرف :

استدل العلماء على حجية العرف بالكتاب والسنة والإجماع والقياس أو المعقول :

أما الكتاب : فأيات كريمة ، منها قول الله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ، وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف : ١٩٩/٧] ، فالله تعالى أمر الناس باتباع العرف ، والواقع أن المراد بالعرف في الآية هو المعنى اللغوي : وهو الأمر المستحسن المعروف ، وليس المراد به المعنى الاصطلاحي الفقهي ، ولكن يستأنس بذلك في تأييد اعتبار العرف بالمعنى الاصطلاحي ، والمعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي ، بدليل أن العرف ينقسم - كما أبان الشاطبي^(٢) - إلى عرف الشارع ، وعرف الناس ، الأول : اعتمده الشرع في طلب الفعل إيجاباً أو ندباً ، أو طلب الترك تحريماً أو كراهة ، والثاني : لم يتعرض له الشرع : بنفي أو إثبات بدليل شرعي .

(١) رسائل ابن عابدين : ١١٥/٢ .

(٢) الموافقات : ٢٠٩/٢ .

ورد الله تعالى مقدار نفقة المرضعة والزوجة ، ومقدار المتعة ، ومقدار كفارة
 اليمين بالإطعام إلى العرف في الآيات التالية ، فنفقة المرضعة في آية : ﴿ وَعَلَى
 الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣/٢] . ونفقة الزوجة في
 آية : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨/٢] . ومقدار متعة
 المطلقة في آية ﴿ وَتَعَوَّهِنَّ ، عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ، مَتَاعاً
 بِالْمَعْرُوفِ ، حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ٢٣٦/٢] . ومقدار متعة الكفارة في
 آية : ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ
 أَوْ كُسْوَتُهُمْ .. ﴾ [المائدة : ٨٩/٥] .

وأما السنة : فإنهم استدلوا بحديثين :

الأول - مارواه ابن مسعود موقوفاً عليه : « ما رآه المسلمون حسناً ، فهو عند
 الله حسن ، وما رآه المسلمون سيئاً ، فهو عند الله سيء » ^(١) ، وفي رواية أبي داود
 والطيالسي : « قبيحاً ... وقبيح » عوض « سيء » ، أي ما استحسنته المسلمون
 وتعارفوه ، يكون عند الله أمراً حسناً . وقد يصلح هذا الأثر دليلاً على حجية
 الإجماع أيضاً ؛ لأن العرف يصلح أن يكون مستنداً للإجماع .

والثاني - قول النبي ﷺ لهند زوج أبي سفيان ، حينما شكت إليه بخله
 بالنفقة : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ^(٢) .

والمراد بالمعروف : القدر الذي يحقق الكفاية بالعادة ، كما ذكر الشوكاني .

وأما الإجماع : فإن الشاطبي ^(٣) استدلاً بإجماع العلماء على أن الشريعة

(١) قال الزيلعي في (نصب الراية ١٣٣/٤) عنه : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً على
 ابن مسعود ، وله طرق : أحدها - رواه أحمد في مسنده ، والثاني - رواه أبو داود الطيالسي ،
 والثالث - رواه البيهقي .

(٢) رواه الجماعة إلا الترمذي (نيل الأوطار ١٣١/٧) .

(٣) الموافقات : ٢١٢/٢

الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس ، وإذا كان ذلك كذلك ، فوجب اعتبار عوائدهم ؛ لأن في عوائدهم ما يحقق مصالحهم ، فإذا كان أصل التشريع سبب المصالح ، فوجب اعتبار ما يحقق هذه المصالح ، ولا معنى لاعتبار العوائد إلا هذا .

واستدل الشاطبي أيضاً : بأن عدم اعتبار العوائد يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع ، وبيانه : أن التكليف لا بد وأن يراعي قدرة المكلف وعلمه ، وإلا لكان تكليفاً بما لا يطاق .

وعدم اعتبار العوائد : فيه تكليف بما لا قدرة للناس عليه ؛ لأنه ليس من الهين ترك ما اعتاد عليه الناس ، والتكليف بما لا قدرة فيه للمكلف تكليف بما لا يطاق .

ثم إن الأئمة استدّلوا على حجّية العرف بالإجماع العملي (أي التعامل العام من غير نكير) . ودلالة الإجماع استدّل بها الحنفية على أحكام كثيرة ، مثل العفو عن قدر الدرهم من النجاسة المغلظة ، وجواز بيع الثمار التي لم يبدؤ صلاحها .

وأجمع الفقهاء على الأخذ بالعرف الذي أشار إليه النص أو بني عليه .

وقد يرّد العرف إلى قاعدة ثابتة بالتعليل أو المصلحة المرسلة ، أو إلى أصل المنافع والمضارّ وغير ذلك ^(١) .

وأما القياس أو المعقول : فإن العلماء استدّلوا على حجّية العرف بأدلة كثيرة ، منها الاستقراء : وهو أن من يتتبع فروع الشريعة الإسلامية ، يجد أن النصوص الشرعية قد أقرّت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام ،

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ٣٢ - ٣٩

وذلك كبيع السلم والعرايا^(١) والمضاربة ، وكل ما كان صالحاً للبقاء في ظل الإسلام ، وألغى ما ليس صالحاً للبقاء ، كعقود الربا والغرر .

ومنها : أنه لولا اطراد العادات ، لما عرف الدين من أصله ، فضلاً عن تعرف فروعها ، فوجب اعتبارها في الأحكام ، لأنه كما ذكر الشاطبي لا يعرف الدين إلا بالنُّبوة ، والنُّبوة لا تعرف إلا بالمعجزة ، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة ، فلولا اعتبار العادة ، لما اعتبر الخارق لها^(٢) .

ومنها : أن العوائد الجارية لا بد وأن تكون ضرورية الاعتبار ، لأنه لا يستقيم التكليف إلا باعتبارها ، بدليل أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ، ولهذا شرعت عقوبات القصاص والحدود^(٣) . ودلت العادة أيضاً على أن البذر سبب لنبات الزرع ، والزواج سبب للنسل ، والتجارة سبب لنماء المال ، إلى غير ذلك من العادات ، ولهذا شرعت الأحكام الخاصة بعقود الاستثمار من مزارعة ومساقاة ، وإحياء الموات ، وأحكام البيوع والزواج ونحو ذلك ، مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها .

والحاصل : قال الكمال بن الهمام : « إن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص »^(٤) .

٢ - هل يؤثر العرف اللفظي في الأحكام الشرعية ؟

للعرف اللفظي تأثير واضح في فهم الحكم الشرعي ، فإن كل متكلم يحمل كلامه

(١) السلم : بيع أجل بما جل . والعرايا : بيع الرطب على رؤوس النخيل بالتر ، خرساً ، دون خمسة أوسق (٦٥٣ كغ) .

(٢) الموافقات : ٢٠٦/٢

(٣) المرجع السابق : ٢١١/٢ وما بعدها .

(٤) فتح القدير : ١٥٧/٦

على لغته وعرفه ، فيتحدد المراد من النصوص الشرعية بالمعاني المقصودة بالعرف ، أي المستعملة بين الناس ، وبحسب المقصود منها في الألفاظ المتداولة ، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة ، لأن العرف نقل اللفظ لمعنى آخر ، فصارت الحقيقة العرفية هي المقصودة باللفظ ، وتركت الحقيقة اللغوية^(١) ، لذا قال فقهاء الحنفية : « العرف قاضٍ على اللغة » فينقصد البيع بلفظ الماضي ، مثل : بعت واشتريت باتفاق الفقهاء ، وقال المالكية : ينقصد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة^(٢) .

وجاء في المجلة : « الحقيقة تترك بدلالة العادة » (م / ٤٠) ، وقال ابن عابدين في رسائله^(٣) : « يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع » . وتطبيقات ذلك كثيرة :

- الأيمان والنذور مبنية على العرف ، وكذا ألفاظ الطلاق والزواج ، فقد يراد بالطلاق الزجر المحض دون قصد التطليق ، مثل (علي الطلاق) أو (علي الحرام) .

- ألفاظ الوقف تبنى على العرف ، مثل تعيين ناظر على الوقف ، أي المتولي إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق ، بحسب عرف القدماء ، وكلمة « على الفريضة الشرعية » يراد بها إعطاء الذكر ضعف الأنثى .

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٤٩٣ ، العرف والعادة لأبي سنة ٥٤ .

(٢) قال القرافي : « دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة ، لأن العرف ناسخ للغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ، ولا عبرة في هذا البيع لتبديل العادات بعده في النقود ، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات » تنقيح الفصول للقرافي ١٩٤ .

(٣) ١٣٣/٢ .

- البيع بثن رمزي يعد هبة ، والهبة بعوض معلوم : بيع ، وبيع الثار على الأشجار بلفظ التضمن في بلاد الشام : بيع .

- قد يعبر العامة عن شرط البراءة العامة عن العيوب في بيع السلعة كالسيارة ونحوها بعبارة : « حاضر حلال » فيعمل بذلك .

- وتدخل توابع المبيع في البيع ، كأدوات تصليح السيارة ، ومضخة استخراج الماء ، وآلات غلي الماء في الحمام .

- والوصية بثمرة البستان تجعل للموصى له الثمرة الموجودة ، لا المعدومة .

- وتراعى أساليب العوام في العقد والتعليق والتنجز والإذن والإجازة ، وإن خالفت مذاهب اللغويين .

يتبين من هذا أن العرف اللفظي يحدد المقصود من كلام المتكلم ، ويرشد إلى ما يترتب على التصرفات القولية من آثار تتعلق بالحقوق والواجبات . قال القرافي : الصحيح تقديم العرف اللفظي على اللغة ، وهو أمر واجب متعين ، لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ إجماعاً ، فكذا ههنا^(١) .

٣ - هل يعتبر العرف العملي في الأحكام الشرعية ؟

يعد العرف العملي ذا تأثير كبير في أحكام الأفعال العادية ، والمعاملات المدنية المختلفة المتعلقة بحقوق الناس أو الأحوال الشخصية أو القضاء أو الشهادات ، أو العقوبات وغيرها ، ويظهر تأثيره في تحديد الحكم ، وترتيب آثار العقود ، وبيان الالتزامات المتقابلة على وفق المتعارف ، إذا لم يصادم العرف نصاً تشريعياً في القرآن والسنة .

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ٧٣ .

ويكون المعول على العرف ، لذا قال الحنفية وغيرهم كالمالكية : « العادة محكّمة » (م / ٣٦ مجلّة) ، و « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م / ٤٥) ، وقال البيري شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم : « الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي »^(١) ، و « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (م / ٤٣) .

وتطبيقات ذلك في الأفعال العادية كثيرة^(٢) ، منها : أن الحلف على ترك أكل اللحم ينصرف إلى اللحم المعتاد في البلد ، كلحم البقر أو الضأن ، ولا يشمل لحم السمك ، والحلف على عدم الركوب يشمل ما يعتاد ركوبه في كل عصر ، وتتحدد حمولة الدابة أو السيارة نوعاً ومقداراً بحسب العرف السائد .

ونفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوجين غنى وفقراً ، وبحسب أحوال المعيشة السائدة .

وفي أحكام الجوار يتحدد التجاوز المؤدي إلى الضرر بالآخرين بحسب العرف والعادة ، فن أوقد ناراً في أرضه ، فتطايرت شرارة ، فأحرقت زرع الجار ، يكون ضامناً إن تجاوز المعتاد أو في وقت هبوب الرياح .

وفي عقود الأمانة كالإيداع والإعارة ، يضمن الوديع الوديعة ، والمستعير العارية ، إن أودعها الوديع عند من لا يحفظ ماله عنده عرفاً وعادة ، فتلفت ، كحفظ الخاتم النفيس عند الخادم ، وإن استعمل المستعير العارية استعمالاً غير مألوف أو غير معتاد ، فتلفت ، يضمنها .

يتبين من ذلك أن عرف الأفعال العادية في الأكل والشرب والركوب واللبس والحفظ والانتفاع يقيد العقود ، ويحدد الالتزامات والضمانات .

وتطبيقات ذلك في المعاملات المدنية : مثل إباحة تناول الثمار الساقطة في

(١) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤٩٧ .

أراضي البساتين بلا إذن صاحبها ، والاكتفاء بسكوت الفتاة البكر البالغة عند استئذان وليها ، يعد إذناً وتوكيلاً ، لغلبة الحياء والخجل عليها .

وانعقاد العقود المالية بالتعاطي ، عملاً بالعرف العام الذي يعد القبض فيه بعد معرفة الثمن في قوة الإيجاب والقبول بين المتعاملين . والتزامات عقود المعاوضة يحددها العرف ، فيقال : السمرة على البائع ، ورسوم البيع على المشتري ، وتوصيل السلعة على حساب البائع إلى بيت المشتري في بعض المبيعات .

وتوابع المبيع يحددها العرف ، ففي بيع الدار يدخل مفتاحها ، وفي بيع السيارة يدخل أدوات الإصلاح السريعة كالمفك والأدوات المعروفة لتغيير دواليب السيارة .

ودفع الأجرة في حال عدم الاشتراط : يخضع للعرف تعجيلاً وتأجيلاً .

وإذا جهز الأب ابنته من ماله في زواجها ، كان ذلك تمليكاً لها .

وفي السندات والرسائل والصكوك : يجب أن تكون مكتوبة بحسب العرف .

يظهر من ذلك مدى تأثير العرف العملي في بيان الالتزامات ومنع الخصومة والمنازعات الناشئة في شأنها ، وهو تأثير يظل متجدداً بتجدد الأعراف والعادات ، وتبدل أساليب الحياة المعيشية ، واتساع العلم والعمران ، وتراعى أعراف كل فئة من العمال والتجار والصناع والزراع .

ويكون العرف العملي العام المقارن للنص مخصصاً للنص عند الحنفية ، ولا يعد ذلك تعطيلاً للنص ، بل يبقى النص معمولاً به في مشتملاته الأخرى التي يتناولها عمومها ، ويكون هناك إعمال للعرف والنص معاً .

٤ - هل يعتبر العرف الخاص والعام كلاهما أو العرف العام فقط ؟

لا فرق بين العرف العام والخاص إذا كان كل منهما مطرداً أو مستمراً العمل

به ، أو غالباً (شائعاً في أكثر الحوادث) إلا في العموم والخصوص ، فالعام يشمل جميع البلاد والناس ، والخاص مقصور على فئة معينة كالتيجار والصناع والزراع ، يتعاملون بموجبه ، أو يتعارفه أهل بلد أو بلدان معينة دون سواها .

لذا يعتبر العرف الخاص كالعرف العام في بعض الأحيان ، لكن العرف الخاص أضعف قوة من العام ، لذا نص الحنفية^(١) على أن العرف العام يترك به القياس ، ويصلح مخصصاً للدليل الشرعي ، مثل عقود الاستصناع والإجارة والسلم والمعاطة ودخول الحمام بدون تقدير مقدار الماء ومدة البقاء فيها ، والشرب من أيدي السقائين مع التفاوت في الشرب ، بحسب أحوال الناس وشدة العطش وقتله ، وغير ذلك .

وأما العرف الخاص : فيعتبر إذا عارض النص الفقهي المذهبي المنقول ، لكنه يفترق عن العرف العام في أنه يختص حكمه بأهل ذلك العرف ، وأما العرف العام ، فيثبت حكمه على أهل كل البلاد ، ولا يعتبر العرف الخاص إذا عارض نصاً شرعياً ، ولا يترك به القياس ، ولا يخص به الأثر ، بخلاف العرف العام^(٢) ، كما تقدم .

قال ابن عابدين بمناسبة تقديم العرف على المنصوص عليه في كتب ظاهروالرواية : لافرق بين العرف الخاص والعام إلا من جهة أن العرف العام يثبت به الحكم العام ، والعرف الخاص يثبت به الحكم الخاص ، وحاصله : أن حكم العرف يثبت على أهله عاماً أو خاصاً ، فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد ، والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط^(٣) .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ ، ١٣٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٦ .

(٢) رسائل ابن عابدين ١٢١/٢ ، ١٣٢ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ١٣٢/٢ .

هـ - مدى عدم اعتبار العرف الخاص عند جمهور العلماء :

إن الجمهور الذين لم يعتبروا العرف الخاص ، هل في النصوص الشرعية فقط ، أو حتى في نصوص الفقهاء ؟

إن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام ، بل العام يفيد حكماً عاماً يسري على الناس جميعاً ، والخاص يفيد حكماً خاصاً ، كالألفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر .

وجهور الفقهاء وهو المذهب لدى الحنفية يشترطون لاعتبار العرف أن يكون في بلاد الإسلام كلها ، وأن العرف الخاص لا يعتبر عندهم إلا إذا قررته السنة ، فإنه يعتبر حينئذ .

أما مشايخ بخارى وبلخ وخوارزم وأبو الليث وأبو علي النسفي فقالوا : باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً ، ولذلك أفتوا بجواز كثير من المعاملات التي يمنعها الدليل ، فأفتى مشايخ بلخ بجواز استئجار الحائك في الغزل ببعض ما يخرج من عمله ، مع أنه ممنوع ، بدلالة نهيه ﷺ عن قفيز الطحان .

والجمهور الذين رفضوا اعتبار العرف الخاص المختلف على اعتباره : إنما هو العرف الذي جعل دليلاً على الحكم ظاهراً ، والذي قالوا عنه : إنه يخص الدليل ويقيده ، أي إنه العرف القاضي على الأدلة والنصوص الشرعية فقط : وهو ما يكون دليلاً على الحكم ظاهراً ، فإذا وجد النص بخلاف العرف الخاص ، فلا يصلح ناسخاً للنص ، ولا مقيداً له ، وأما ما عدا ذلك مما يتعلق بنصوص الفقهاء ، فيعتبر العرف الخاص ، ويكون العرف العام والخاص فيه سواء ، بدليل اعتبار العرف الخاص في مواضع كثيرة ، منها مسائل الأيمان وكل عاقد وواقف

وحالف ، يحمل كلامه على عرفه ، كما ذكر الكمال بن الهمام ، وذكره في الأشباه لابن نجيم^(١) .

ويؤيد ذلك أن من الثابت اختلاف أسباب التعزير وعقوبته وما يخل بالمروءة وما به الكفاية في النفقة باختلاف الأقاليم والأزمان ، وهذا من العرف المرجوع إليه في تطبيق الأحكام .

قال ابن عابدين^(٢) : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص ، وهذا يفيد أن عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص بخلافه لا يصلح ناسخاً للنص ، ولا مقيداً له .

المحور الثالث - شروط اعتبار العرف والعادة وطريق الترجيح عند تعارضهما مع النصوص الشرعية :

يتناول بحث هذا المحور الأمور الستة التالية :

١ - ما شروط اعتبار العرف ؟

إن جعل العرف مبنياً للأحكام أو دليلاً وحجة في الشريعة يتطلب توافر ضوابط أو شروط أربعة ذكرها علماء الأصول وهي ما يلي^(٣) :

الشرط الأول - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :

معنى كونه مطرداً : أن يستمر العمل به في جميع الحوادث أو أغلبها بين المتعاملين به ، فإذا اضطرب العمل به ، فلم يكن مطرداً أو غالباً ، فلا عبرة به .

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ٥٨ - ٦١ ، الأشباه لابن نجيم ٤١ .

(٢) رد المختار ٤١/٤ .

(٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٥٠٣ - ٥٠٧ ، العرف والعادة لأبي سنة : ٥٦ ، ٦٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٦ .

وهذا الشرط مطلوب في العرف بنوعيه : اللفظي والعملي ، وفي العرف العام والخاص .

فلا يكون الاطراد أو الغلبة بمعنى العموم ، فإن عموم العرف غير اطراده . فعموم العرف : كونه منتشراً في جميع البلاد ، وخصوص العرف : كونه متعارفاً في بلد أو بلدان معينة ، أو بين أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواهم ، والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً ، ومعناها هو استمرار العمل به لدى الكل أو الأغلبية ، بمعنى أنه لا يتخلف العمل به .

وعلى هذا يكون تقسيم المهر في الزواج إلى معجل ومؤجل مثلاً مطرداً : إذا جرى عليه أهله في البلد في جميع حوادث الزواج .

وإذا تباع اثنان سلعة بدراهم ، حمل الثمن على الغالب الشائع ، وكانت الغلبة قرينة إرادته ، وقرينة الحاجة إليه باعتباره هو المتعارف .

الشرط الثاني - أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه :

أي يجب أن يكون موجوداً عند وجود التصرف ، ويكون المراد به هو العرف السابق دون المتأخر أو الحادث ، فإن هذا لا عبرة به بالنسبة لما تقدمه في الماضي ، ولو تغير العرف لا يؤخذ بالجديد بالنسبة لما قبله .

وهذا يشمل أيضاً العرف بنوعيه اللفظي والعملي :

ففي العرف اللفظي : يحمل كلام المتكلم بالإرادة المنفردة كالوقف والحلف والنذر والوصية والطلاق ، وكذا كلام العاقد في العقود ، على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة ، فلو تغير العرف في مفاهيم الناس ، فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير الألفاظ . وعليه ، يكون لفظ (الفريضة الشرعية) مراداً به أن

للمذكر ضعف الأنثى في كلام الواقفين والموصين ، فلو تبدل هذا العرف ، وصار معناه التساوي في الحصص بين الذكر والأنثى ، لا يتبدل حكم الوقف والوصية السابقة .

وكذلك النصوص الشرعية تفهم بحسب مدلولاتها وقت صدور النص ، كلفظ (في سبيل الله) ولفظ (ابن السبيل) في مصارف الزكاة ، الأول يراد به مصالح الجهاد ، والثاني يراد به المنقطع في السفر ، فإذا تبدل العرف ، فأصبح يراد بالأول طلب العلم مثلاً ، ويراد بالثاني الطفل اللقيط ، يظل النص الشرعي على معناه العرفي الأول عند صدوره .

وفي العرف العملي : يعتبر القائم عند التصرف دون الحادث ، مثل ما يعد عيباً في المبيع ، وما يدخل تبعاً في المبيع ، وتقسيط أجرة العقار ، ولا يسري العرف الحادث على التصرف السابق . قال السيوطي^(١) : « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر » .

وإذا كان العرف يقضي بأن تأثيث بيت الزوجية على الزوجة ، ثم تغير هذا العرف ، وأصبح التأثيث على الزوج ، فالعبرة بالعرف القائم الموجود أثناء العقد .

الشرط الثالث - ألا يعارض العرف تصريح بخلافه :

أي أنه يعمل بالعرف القائم ما لم يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف ، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه العرف ، فإنه يعمل بما اتفقا عليه ، ولا عبرة بالعرف ، لأن من القواعد المقررة أنه : « لا عبرة للدلالة في مقام التصريح » (م ١٣/ مجلة) .

(١) الأشباه والنظائر ٨٧ .

ويكون هذا الشرط قيداً أساسياً في قاعدة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

وعلى هذا تتقيد الإعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيد بها المعير ، ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد ، فإن لم تكن الإعارة مقيدة ، وإنما كانت مطلقة ، تقيد المستعير بالاستعمال المعتاد المؤلف .

وإذا اتفق المتعاقدان في الزواج على تعجيل المهر كله ، لم يعمل بالعرف الشائع في تأجيل بعض المهر ، وإذا لم يتفقا على التعجيل ، عمل بالعرف .

الشرط الرابع - ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة :

ومعناه : أنه لا يجوز أن يصادم العرف نصاً شرعياً في القرآن أو السنة ، أو يعارض مبدأ تشريعياً مقطوعاً به ، كالتراضي في العقود ، فإذا حدث هذا التعارض ، كان العرف فاسداً ، لأن نص الشرع ومبادئه مقدمان على العرف .

فإذا تعارف الناس تقديم كؤوس الخمر في الحفلات العامة وأعياد الميلاد ، ولعب الميسر ، والخروج بملابس البحر على الشواطئ ، ونحو ذلك من العادات والتقاليد الفاسدة ، مثل التسوية بين الذكر والأنثى في بعض البلاد الإسلامية ، فلا عبرة لهذه الأعراف الفاسدة .

لكن يستثنى النص العرفي : وهو النص الشرعي الصادر عن المشرع نفسه بناء على عرف قائم ، ومعللاً به ، مثل مقياس الأموال الربوية ، فإذا كانت العلة في الأصناف الربوية الأربعة (وهي البر والشعير والتمر والملح) هي الكيل ، ثم تغير المعيار ، فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال ، فوجب أن يتغير المعيار تبعاً لتغير العرف ، فتصبح المساواة المعتبرة شرعاً بالوزن ، ولا يكون

العرف حينئذ مخالفاً للنص الشرعي ، وهذا رأي أبي يوسف رحمه الله ، وهو أقوى حجة ، وأقرب لروح التشريع .

٢ - ما حكم العرف عند تعارضه مع النص العام بحيث يستلزم العمل بالعرف تخصيص ذلك النص ؟

إما أن يتعارض النص العام مع عرف قائم حال وروده ، أو مع عرف حادث بعده^(١) .

أولاً - تعارض العرف القائم مع نص عام :

قد يحدث التعارض بين النص العام والعرف اللفظي ، وقد يحدث بين النص العام والعرف العملي .

١ - إذا تعارض العرف اللفظي مع النص العام : فهم النص في حدود المعنى العرفي ، فإن الأصوليين اتفقوا على أن العرف القولي يقضي على اللفظ العام ، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية ، وهي مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية ، وعليه تفهم ألفاظ العبادات من صلاة وصيام وحج ، والمعاملات من بيع وشراء وإجارة ، والأحوال الشخصية من زواج وطلاق وعدة بحسب المعاني العرفية .

٢ - وإذا تعارض العرف العملي مع النص العام : فإن الحنفية ذهبوا إلى أن هذا العرف يخص النص ويقيده المطلق ، وخالفهم الجمهور في ذلك ، لأن العرف العملي يدل في مفهوم الحنفية على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه ، وفي نزاع الناس عما تعارفوه عسر وجرح ، فالعمل بهما أولى ، مثل عقد الاستضاع ، يشمله

(١) فواتح الرحموت ٣٤٥/١ ، الفروق للقرافي : ١٧١/١ وما بعدها ، شرح الإسنوي للمنهاج ١٢٨/٢ ، العرف والعادة لأبي سنة : ٩٠ - ١٠١ ، المدخل الفقهي للزرقاء : ٥١٦ - ٥٢٣

النص النبوي المانع من بيع ما ليس عند الإنسان ، ولكن الناس جميعاً تعارفوا العمل به في كل البلاد ، لحاجتهم إليه ، فيكون هذا العرف مخصصاً للنص .

وإذا حرم الشارع الربا في الطعام ، اقتضت حرمة على الطعام الغالب وهو البر عند الحنفية ، وعم كل مطعوم عند الجمهور ، عملاً بصيغة العموم . إلا أن المحققين من المالكية^(١) أيدوا الحنفية في هذا ، فقرروا أن العرف العملي القائم يخصص النص العام ، ويقيّد المطلق ، بدليل قولهم : إن المرأة الشريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها ، عملاً بالعرف القائم عند نزول الآية : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ [البقرة : ٢٣٣/٢] .

ثانياً - تعارض العرف الحادث مع نص عام :

إذا تعارض النص مع عرف حادث بعده ، فلا يصلح العرف مخصصاً للنص الشرعي باتفاق الأصوليين ، ولو كان عرفاً عاماً ، لفظياً أو عملياً ، لأنه لو خصصه كان ناسخاً للنص ، ولا ينسخ النص بالعرف الطارئ ، لأنه يؤدي إلى هدم الشرع وإلغائه .

وعليه ، تفسر نصوص القرآن والسنة بحسب العرف القائم حين ورودها ، ولا يلتفت لتبدل الأعراف ، مثل الألفاظ الاصطلاحية المتأخرة للفقهاء في تقسيم الحكم الشرعي إلى فرض وواجب ومندوب ومكروه ، ومحظور ، لا يصح تفسير الأوامر والنواهي الشرعية بها ، ونصوص الفقهاء وألفاظ الواقفين والموصين والبائعين والواهبين والمتزوجين وإقرارات المقرين في الصكوك العقديّة وشروطها ، لا يصح تفسير أو تقييد مراد المنشئين لها بحسب العرف الطارئ ، وإنما تفسر بحسب عرفهم في زمانهم ، كلفظ (الأستاذ) كان يراد به (رب الصناعة) ثم أطلق على مدرس العلوم ، فلا يفسر النص الفقهي القديم بالمعنى المعاصر الحادث بعدئذ .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٢/٢ .

ثالثاً- تعارض العرف مع النص الخاص :

إذا تولى الشرع معالجة أمر ما بنص خاص ، بقصد بيان فساد أو ضرره ، فنهى عنه ، ثم تعارف الناس عملاً من الأعمال العادية أو المدنية ، التي تخالف المنهي عنه والممنوع بنص خاص وارد في الشرع ، كان ذلك العرف مرفوضاً حتماً ، منعاً من إهمال النص التشريعي ، وإعمالاً له ، لأن الشريعة إلزامية ، فلا يجوز تعطيلها بالتعامل على خلافها ، وإلا لم يبق للتشريع معنى^(١) . قال ابن نجيم :
المعتبر في بناء الأحكام العرف العام لا الخاص^(٢) .

وذلك مثل إلغاء التبني وتحريمه الذي كان في الجاهلية ، بنص القرآن الكريم : ﴿ ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ﴾ [الأحزاب : ٣٣/٣٣] لا يجوز العودة إليه بعرف طارئ ، ولا يجوز القضاء به بحال ، ولو كان العرف عاماً .

ومثل النهي عن عقود الغرر كالمنازمة والملامسة وبيع الحصة ، وبيع الملاقيح والمضامين وبيع ضربة القانص (ما يقع في شبكة الصيد) وضربة الغائص (ما يستخرجه الغواص من اللالئ) مما كان في الجاهلية ، ونهى النبي ﷺ عنه ، فلا عبرة لعرف عائد إليه .

ومثل استرقاق المدين الذي كان في جاهلية العرب وعند الرومان ، فمنعه الإسلام ، وأوجب إنظار المعسر في قوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ [البقرة : ٢٨٠/٢] لا يجوز العمل به بعرف جديد .

ومثل نكاح الشغار (وهو جعل كل امرأة في زوجين مهرأ للآخرى) الذي نهى عنه النبي ﷺ ، وأبطله الإسلام ، فلا يجوز العمل به بعرف طارئ ، حادث في بعض البلاد الآن .

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٢ وما بعدها ، المدخل الفقهي للزرقاء : ف ٥١٠ - ٥١٣ .

(٢) الأشباه والنظائر : ١١٢ وما بعدها ، طدار الفكر - بدمشق .

٣ - ما أثر تغير الأعراف على النصوص الشرعية ؟

ليس للأعراف المتغيرة تأثير على النصوص الشرعية ذات الحاكمية المطلقة على الأحداث ، والمبيّنة للأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتقريرها بنصوصها الآمرة الناهية ، مثل حرمة المحرمات ، والتراخي في العقود ، والوفاء بالعقود ، وضمان الضرر اللاحق بالآخرين ، ووجوب منع الأذى وقع الجريمة ، وحماية الحقوق ، وسريان الإقرار على النفس دون غيرها (الإقرار حجة قاصرة) والمسؤولية الشخصية أو الفردية عن عمل كل مكلف أو تقصيره ، وعدم مؤاخذه بريء بذنب السلف أو القريب أو غيره ، ونحو ذلك مما جاءت الشريعة لإقراره وإصلاح شؤون الفرد والمجتمع .

وذلك إلا إذا كان النص معللاً بعلّة ثم تغيرت العلة ، كامتناع النبي ﷺ عن التسعير بقوله : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر »^(١) لأن المسوغ للتسعير لم يتوافر ، وهو مغالاة التجار بالأسعار ، ثم تغير العرف فأفتى فقهاء المدينة السبعة والإمام مالك ، ومتأخرو الزيدية فيما عدا قوت الآدمي والبهيمة بجواز التسعير ، لأن غلاء الأسعار كان بسبب من التجار أنفسهم لطمعهم وجشعهم ، أما في عهد النبوة ، فكان الغلاء بسبب قلة العرض للسلعة وزيادة الطلب ، فحينئذ يجوز التسعير بالعرف الجديد .

وإلا النص العرفي المراعى فيه كما تقدم حال المبادلة بالكيل في الأموال الربوية ، ثم تغير فأصبح أسلوب التبادل بالوزن .

- وإلا الأحكام التي روعي فيها تنظيم بيت المال ، مثل منع الزكاة عن الهاشميين ، ثم أفتى الحنفية والمالكية بالعطاء .

(١) رواه الخمسة إلا النسائي ، وصححه الترمذي من حديث أنس (نيل الأوطار ٢١٩/٥) .

أما الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية أي المبنية على القياس أو دواعي المصلحة ، فهي القابلة للتغير ، ومن أجلها وضعت القاعدة الفقهية : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » (م / ٣٩ مجلة) .

قال ابن عابدين : نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان ، فإن الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضاً^(١) .

وعوامل التغير إما فساد أو تطور ، أي فساد الأخلاق ، وتطور أساليب الحياة^(٢) . وأمثلة ذلك ما يأتي :

- أفق المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والإمامة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصيام وحج ، وهو حكم خولف فيه ما كان مقررأ عند العلماء ، ومنهم أئمة الخليفة نظراً لتغير الزمان ، وانقطاع عطاء المعلمين وأصحاب الشعائر الدينية ، من بيت المال ، فلو اشتغل هؤلاء بالاكسساب من زراعة أو تجارة أو صناعة ، لزم ضياع القرآن ، وإهمال تلك الشعائر .

- تضمين الأجير المشترك كالخياط والصباغ ، فإن الأصل هو أنه أمين ، لا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير ، ثم قرر بعض الصحابة مثل عمر وعلي وبقية الفقهاء ضمانه ، نظراً لكثرة الادعاء بهلاك ما في يده ، ومحافظة على أموال الناس .

- عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة : فإن أبا يوسف ومحمد قررا أنه لا بد من تزكية الشهود (أي إظهار عدالة الشاهد وصلاحيته للشهادة بواسطة ثقة) للمحافظة على حقوق الناس وعدم ضياعها ، علماً بأن ذلك مخالف لما قرره أبو حنيفة من أنه يكتفى بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص ، ولم يشترط التزكية ، بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة ؛ لأنه كان في الزمن الذي شهد

(١) رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف / ٥٤١ - ٥٥٥ .

له رسول الله ﷺ بالخيرية^(١) ، فنظراً لتغير الزمان وفشو الكذب أفقى الصاحبان بما يخالف رأي الإمام رحمه الله ، نزولاً تحت وطأة العرف .

- تحقق الإكراه من السلطان : كان أبو حنيفة يفتي أنه لا يتحقق الإكراه من غير السلطان ، نظراً لما شاهده في عصره ، من أن المنعة والمقدرة لم تكن لغير السلطان ، ونظراً لفساد الزمان وتغير الحال وظهور الظلمة ، فإن الصاحبين أفتيا بتحقيق الإكراه من غير السلطان ، بناء على ما شاهدها في زمانها .

- منع النساء الشابات من حضور المساجد لصلاة الجماعة ، بخلاف ما كان عليه الحال في زمن الرسول ﷺ^(٢) ، نظراً لفساد الأخلاق وانتشار الفساد .

- أفتى فقهاء الحنفية بمنع الزوج من السفر بزوجه ، وإن أوفاهها المهر المعجل ، لفساد الزمان . وأفتوا أيضاً بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها ، بأن لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع أنها منكرة للقبض ، والقاعدة : أن القول قول المنكر يمينه ، وقد تركت هذه القاعدة هنا ؛ لأن المرأة في العادة ، لا تسلم نفسها قبل قبض المعجل^(٣) .

- أخذ زكاة الأراضي وهو العشر من المستأجر دون المؤجر ، أفتى به الصاحبان ؛ لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة ، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء ،

(١) أخرج البخاري ومسلم وعن عمران بن حصين رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم .. » (سبل السلام ١٢٦/٤) .

(٢) روى أبو داود والنسائي والبخاري عن أم سلمة : « كان رسول الله ﷺ إذا سلم ، يمشي في مكانه يسيراً ، فترى - والله أعلم - لكي ينصرف النساء قبل أن يدركن الرجال » . وروى أحمد والطبراني والبيهقي عن أم حديد : « صلاتكن في بيوتكن أفضل من صلاتكن في حُجْرِكُن ، وصلاتكن في حُجْرِكُن أفضل من صلاتكن في دوركن ، وصلاتكن في دوركن أفضل من صلاتكن في مسجد الجماعة » (جمع الفوائد ٢٣٩/١) . وروى أحمد في مسنده ومسلم عن ابن عمر : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » .

(٣) رسائل ابن عابدين ١٢٦/٢ .

ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع ، فتتبع مالك الزرع ، وهو المستأجر . هذا ... مع أن أبا حنيفة كان يرى العشر على المؤجر ؛ لأن الزكاة مؤنة الملك ، وملك الأرض للمؤجر .

هذه الأمثلة ونحوها كبيع الوفاء^(١) ، ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث وقدر الماء ، والإعفاء عن طين الشارع للضرورة ، اختلفت أحكامها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم .

- دوّنت السنة النبوية في مطلع القرن الثاني ، بأمر الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، خوفاً من ضياعها بموت حفظتها ، مع أن النبي ﷺ في بدء الأمر نهى عن كتابة أحاديثه ، حتى لا تختلط بالقرآن ، وقال لأصحابه : « من كتب عني غير القرآن فليحبه »^(٢) .

- يكتفى الآن في بيع العقارات بذكر رقم المحضر ، دون ذكر حدوده الأربعة ، بسبب إنشاء السجلات العقارية ؛ لأنه أصبح ذكر الحدود عبثاً . واستقر الاجتهاد القضائي على حصول التسليم بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري ، وبه ينتقل تبعة ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري ، أخذاً بتطور الأساليب التنظيمية المحققة للمراد ، بدلاً من التسليم الفعلي للعقار الذي كان لا بد منه .

هـ - إذا تعارض العرف مع القياس ، فأيهما يرجح ؟

إذا وقع تعارض بين القياس والعرف يترك بالاتفاق الحكم القياسي للعرف ، ولو كان عرفاً حادثاً ، وإن كان عرفاً عاماً ، لأن العرف حينئذ غالباً دليل

(١) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً ، على أنه متى وفي الثمن ، استرد العقار .

(٢) رواه مسلم في صحيحه (شرح مسلم للنووي ١٢٩/١٨) .

الحاجة ، فهو أقوى من القياس ، ورعايته هي المصلحة ، لأنه أمانة الحاجة^(١) .
وهو استحسان في اصطلاح الحنفية ؛ لأن الاستحسان يشمل عندهم القياس الخفي
في مقابلة القياس الجلي ، والعمل بدليل خاص من نص أو إجماع اتفاقي أو عملي أو
ضرورة أو حاجة . ويسمى ذلك أيضاً استحساناً عند المالكية .

وأمثلة ذلك :

- الحكم بطهارة نجو (خراء) الحمام ، عملاً بالعرف في المساجد حتى المسجد
الحرام ، وترك القياس على نجو الدجاج .

- الحكم بصحة الإجارة بشرط لا يقتضيه العقد عملاً بالشرط المتعارف ،
وترك القياس على البيع بهذا الشرط .

- إباحة استقراض الخبز عدداً للتعامل به بين الجيران ، وإهدارهم التفاوت ،
وأخذاً بقول محمد ، وترك قياسه في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف على السلم ،
لتفاوته في المقدار والصنعة في عجنه وطحنه وخبزه ، والقياس يترك بالتعامل ،
وإن أفق المتأخرون برأي أبي يوسف في أنه لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت أحاده .

- جواز بيع دود القز والنحل لتعامل الناس به وأخذاً برأي محمد ، وترك
قياس ذلك على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع .

- قبض الأب أو الجد عند عدم الأب مهر البنت البكر البالغة ، للعرف
والعادة ما لم تنه عن ذلك ، وترك القياس بعدم جواز دفع الدين لغير صاحبه إلا
بولاية أو وكالة .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ ، العرف والعادة لأبي سنة : ١٠١ - ١٠٢ ، المدخل الفقهي العام
للزرقاء : ف ٥٣١ - ٥٣٣ .

٦ - هل يعتبر العرف إذا تعارض مع قواعد الشريعة العامة ؟

العرف في رأي بعض العلماء^(١) عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً ، وإنما هو مجرد قاعدة فقهية كلية ، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، وتيسير التكليف ، ولأنه يترتب عليه كثير من القواعد المستنبطة ، كقاعدة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » وقاعدة « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » وقاعدة « الحقيقة تترك بدلالة العادة أو الاستعمال » وغير ذلك .

فإذا تعارض العرف مع قاعدة فقهية كلية ، مثل قاعدة (سد الذرائع) القائمة على مبدأ « مآلات الأفعال مقصودة ومعتبرة » أو مع دليل الاستحسان أو الاستصلاح حينما لا يوجد حكم مشابه مقيس عليه ، فالحكم المتبع هو الحكم السابق المقرر في حال التعارض مع القياس ، وتترك القاعدة أو الاستحسان أو الاستصلاح إذا كان العرف عاماً ، لعموم الحاجة ، ورعاية المصلحة العامة ، ولأن (العادة محكّمة) (م/٣٦ مجلة) . و « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م/٣٧) و « المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة » ، و « العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص » كما ذكر ابن الهمام^(٢) .

المحور الرابع - القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة :

أقدم شرح قواعد العرف والعادة بإيجاز :

هناك إحدى عشرة قاعدة تتعلق بالعرف والعادة وهي ما يأتي^(٣) :

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف : ١٠٢ .

(٢) فتح القدير ٥٧/٦ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٠ - ٩٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠١ - ١١٢ ، ط دار الفكر بدمشق ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٦٠٤ - ٦١٤ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الحياط : ٩٤ - ١٠٢ .

١ - « العادة محكمة » (م / ٣٦) :

العادة في هذه القاعدة تشمل العرف بنوعيه اللفظي والعملي ، ومعنى القاعدة : أن الشرع الحكيم اعتمد العادة في بناء الأحكام عليها ، عامة كانت أو خاصة ، وجعلها دليلاً على الحكم فيما لانس فيه ، ومرجعاً للناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل .

وكونها محكمة : معناه حكمها الشرع ، وجعل العادة تستمد قوتها من الشرع .

وهذه القاعدة تبين مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية .

٢ - « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م / ٣٧) :

هذه القاعدة في معنى أصلها « العادة محكمة » وتشمل العرف اللفظي والعملي ، فوضع اليد على شيء ، والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً . وأجر المكلف بشراء شيء يقدر بتعامل أهل السوق ، فإن لم يكن له أجر فلا أجر له^(١) .

٣ - « إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت » (م / ٤١) :

تدل هذه القاعدة على أحد شروط العرف وهو شرط الاطّراد أو الغلبة ، فهي قيد في قاعدة « العادة محكمة » . فلفظ الدراهم ينصرف إلى نقد البلد الذي تم فيه التعاقد ، فإن اضطربت العادة ، فوجب البيان ، وإلا بطل العقد .

٤ - « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » (م / ٤٢) :

تعبّر هذه القاعدة أيضاً عن أحد شروط العرف ، وهو الغلبة ، فهي بمعنى

(١) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر (م / ٣٧) .

القاعدة السابقة ، فتعين سن الحضانة للولد والفتاة مبني على الشائع المتعارف في إمكان استغناء الصبي بنفسه في الملابس والمأكل والاستحمام وغيرها ، واستغناء الفتاة ببلوغها تسع سنوات .

٥ - « الحقيقة تترك بدلالة العادة » (م / ٤٠) :

أو « تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال » وهي خاصة بالعرف اللفظي ، ومعناها : أن اللفظ المستعمل في غير معناه الحقيقي ، إذا أطلق أريد به المعنى العرفي لا الحقيقي ، وأكثر استعمال هذه القاعدة في الأعراف الخاصة بأهل الحرف ، فلهم اصطلاحات خاصة ، وكذلك الأعراف الإقليمية ، فن اشترى خبزاً ، انصرف إلى الخبز المستعمل في مكان العقد ، كمصر أو سورية ، وهو خبز البر (الحنطة) .

٦ - « الكتاب كالخطاب » (م / ٦٩) :

تدل هذه القاعدة على أحد أسس العرف اللفظي ، وهو أن الكتابة تقوم في العرف مقام الكلام .

٧ - « الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان » (م / ٧٠) :

هذه القاعدة أيضاً في معنى القاعدة السابقة ، وأن الإشارة المفهمة من الأخرس تقوم مقام بيان المتكلم الناطق . ويبني الفقهاء عليها أحكاماً في التعبير عن الإرادة العقدية ، فإن إشارة الأخرس الواضحة تدل على مراده ، وتكفي في إبرام العقد ، سواء كان يبيعاً أو زوجاً ، لكن لا تعتبر إشارة الأخرس في إثبات موجب الحدود ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

٨ - « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (م / ٤٣) :

معنى القاعدة : أن ما ثبت عن طريق العرف يكون كالمشروط في نص

العقد ، وهي تشمل جميع الناس . فمن تنازع مع عاقد آخر في كيفية الانتفاع بالأعيان المؤجرة أو المستعارة ، حكم في نزاعه وتعين المراد بالعرف العملي .

٩ - « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (م / ٤٥) :

هذه في معنى القاعدة السابقة ، فما لم يرد فيه نص شرعي ، ولم يذكر في العقد تصريح به ، احتكم فيه إلى العرف الذي تعامل الناس به ، واشتهر فيما بينهم ، فيصبح المتعارف عليه في حكم التعيين بالنص . ويعبر عنها بلفظ آخر : « الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي » .

١٠ - « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (م / ٤٤) :

معنى هذه القاعدة هو معنى القاعدتين السابقتين ، إلا أنها واردة في اعتبار العرف الخاص القائم بين التجار وأرباب الحرف والصنائع وأهل بلد معين ، فإن لهذا العرف العملي سلطاناً حاكماً كالعرف العام ، لكنه يقتصر على المتعاملين به دون سواهم .

١١ - « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » (م / ٣٩) :

تقدم الكلام عن هذه القاعدة تفصيلاً وعن مجالها ، وأمثلتها ، ومعناها : أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف الذي بنيت عليه ؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . فإذا جرى العرف بدفع كامل الصداق قبل الدخول ، ثم تغير العرف بتعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه الآخر ، عمل بالعرف الحادث ، وأهمل العرف السابق .

أمثلة تطبيقية للعرف :

أذكر هنا طائفة مهمة من الأمثلة ذات صلة بالحياة العملية^(١) وهي ما يلي :

(١) رسائل ابن عابدين ١٢١/٢ ، ١٣٤ وما بعدها .

- تحكيم العرف في متاع البيت (الجهاز) الذي تم شراؤه قبل الزفاف ، فإن مقتضى العرف هو أنه للزوجة ، ولا يلتفت لادعاء الزوج أنه ملكه ، ما لم يثبت ذلك .

- دخول العلو في بيع المنزل ، وإن لم ينص في العقد على دخول حقوق المنزل ومرافقه ، بناء على العرف .

- الاستصناع عقد جائز شرعاً وعرفاً ، للحاجة إليه ، مع أنه بيع لمعدوم عند التعاقد .

- أجاز المالكية وشمس الأئمة الحلواني من الحنفية بيع الثار على الأشجار إذا ظهر بعضها ، ولم يظهر البعض الآخر ، كالبطيخ والبادنجان والعنب ونحوه للتعامل به عرفاً للضرورة ، مع أن بعضها بيع لمعدوم . وخالفهم في هذا الحكم الشافعية والحنابلة ، والحنفية في ظاهر المذهب ، وأفتى ابن عابدين بالجواز .

- شراء بعض الحاجات ، كالساعة والمذياع والغسالة والثلاجة ، مع ضمان إصلاحها عند العطب غير الكسر مدة معينة مجاناً ، هذا جائز أخذاً بمقتضى العرف في مقابلة نص حديث « نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط »^(١) ومقابلة القياس . وجوازه عند الحنفية في باب الشروط . والحقيقة أن العرف ليس بقاض على الحديث ، بل على القياس ، كما قال ابن عابدين^(٢) : لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به ، وهو قطع المنازعة ، والعرف مانع للنزاع ، فكان موافقاً معنى الحديث ، ولم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاضٍ عليه .

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن ؛ وصححه الترمذي ، وابن خزيمة والحاكم ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ : « أنه نهى عن بيع وشرط ، البيع باطل ، والشرط باطل » (نصب الراية ١٧/٤ ، سبل السلام ١٦/٣) .

(٢) رسائله ١٢١/٢ .

- ألفاظ الواقفين مبنية على عرفهم السائد في زمانهم .

- أباح محمد بن الحسن رحمه الله وقف المنقول مستقلاً عن العقار إذا تعارفه الناس ، مع أنه منافٍ في رأي الحنفية لمقتضى الوقف في كونه مؤبداً .

- وجوب الدية في القتل الخطأ على العاقلة (العصبات أو الديوان) روعي فيه عرف العرب ، مع أن المتبادر إلى الذهن هو إلزام القاتل بها ؛ لأنه المباشر للقتل .

- اعتبار الكفاءة في الزواج ، روعي فيه عرف العرب أيضاً ، مع أن الناس سواء ، للحفاظ على مستقبل الحياة الزوجية ، لأن الناس يزددون عادة من دونهم .

المحور الخامس - تعارض العرف مع أقوال الفقهاء :

يشمل هذا المحور البحث في مسائل ثلاث :

١ - هل يترك ظاهر الرواية عند الحنفية لعرف معارض له ؟

إذا عارض العرف ظاهر الرواية (الرواية الراجحة المعتمدة في مذهب الحنفية) وكان في المذهب قول ضعيف يوافق العرف ، هل يترك ظاهر الرواية في هذه الصورة ؟

يرى بعض الحنفية كصاحب القنية : أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ، ويتركا العرف . وهذا يعارض ما صرح به أئمة الحنفية بأن الرواية إذا كانت في كتب ظاهر الرواية لا يعدل عنها إلا إذا صحح المشايخ غيرها ؛ لأن ظاهر الرواية قد يكون مبنياً على صريح النص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، ولا اعتبار للعرف المخالف للنص ؛ لأن العرف قد يكون على باطل

بخلاف النص ، كما قاله ابن الهمام . وقال ابن نجيم في الأشباه : العرف غير معتبر في المنصوص عليه^(١) .

لكن رجح ابن عابدين في رسائله العمل بالعرف مع معارضة ظاهر الرواية ، قائلاً : إن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكون ضرره أعظم من نفعه^(٢) . وموضع مقالة الحنفية السابقة : إذا لم يقتض العرف غير ظاهر الرواية ، أما إذا اقتضى غيره ، وجب العدول إليه ؛ لأنه يكون حينئذ هو رأي صاحب ومقتضى قواعده .

وقد رجح الحنفية المتأخرون المرجوح من المذهب الذي يؤيده العرف ، ومنه : أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : إن العقار لا يتحقق غصبه ، فلا يضمن بالهلاك ، وخالفهما محمد وزفر والأئمة الثلاثة ، وهذا الرأي مرجوح وجهاً ، ومع ذلك أفتوا به في عقار الوقف واليتيم ؛ إذ فيه صيانة مالهما عن العبث والضياع .

- أفتى الحنفية بقول الصاحبين بتضمن الأجير المشترك إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه ، لتغير أحوال الناس ، بحيث لا تحصل صيانة أموالهم إلا به . وهذا مخالف لترجيح المتأخرين قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد : وهو أنه لا يضمن الأجير المشترك بهلاك المتاع عنده ، سواء أكان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ، أو لا ، كالخريق الغالب .

- وأفتى الحنفية بقول الصاحبين بصحة عقد المزارعة ، خلافاً لتقويتهم لمذهب أبي حنيفة من حيث الدليل ، قائلين : الفتوى اليوم على قول الصاحبين ، لتعامل الناس بها .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

(٢) المرجع السابق ١٣١/٢ .

بل إن ابن عابدين نقل نقولاً دالة على اعتبار العرف الخاص ، وإن خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ، ما لم يخالف النص الشرعي ، وكيف يصح أن يقال : لا يعتبر العرف الخاص مطلقاً ، مع أن كل متكلم إنما يقصد ما يتعارفه^(١) .

ويؤيده قول القرافي : والمجود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(٢) .

٢ - هل يؤخذ في مذهب برأي في مذهب آخر يوافق العرف ، وهل يعد ذلك عدولاً عن المذهب أو من قبيل تغيير الحكم بتغيير العرف ؟

الاتجاه السائد هو استقلال المذاهب ، ويراعى الخلاف على سبيل النذب ، فإن وجد عرف موافق للمقرر في مذهب فقهي آخر ، عمل بالعرف إذا كان عاماً ، ولو عارض الدليل الشرعي . فإن لم يعارض الدليل الشرعي ، كان العرف قاضياً على النص الفقهي ، سواء أكان العرف خاصاً أم عاماً ، كصيغ الالتزامات وقرائن الأحوال العرفية ، والمعياري فيما لم ينص عليه من أموال الربا .

ومن هذا أن المنصوص عليه في كتب المذهب الحنفي : حلول الثمن ما لم ينص على تأجيله ، ومع ذلك ذكر في الأشباه لابن نجيم : أنه لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل خميس أو جمعة قدر معلوماً ، انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط .

(١) المرجع السابق ١٣٠/٢ - ١٣٣ .

(٢) الفروق ١٧٧/١ .

٣ - هل يكون تغير الحكم بناء على تغير العرف واجباً أو جائزاً ،
أو يفتى بآراء الفقهاء القديمة ؟

يتبين من كلام الفقهاء في حجية العرف أن المفتي والقاضي يجب عليه العمل
بالعرف الجديد الذي توافرت شرائط اعتباره ، ويترك العرف القديم ، فلا يفتي
برأي فقيه قديم مخالف لعرف مستقر ، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ،
ويواكب الحاجة والمصلحة ، وقد تقدم قول القرافي : « الجمود على المنقولات أبداً
ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين ، والسلف الماضين »^(١) . وقال
ابن القيم : كل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن
المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن
أدخلت فيها بالتأويل »^(٢) .

يتبين مما سبق أن العمل بالعرف يعد مثلاً واضحاً على مرونة أحكام
الشريعة الإسلامية وخصوصية الفقه الإسلامي ، مما يؤهله لاحتلال مكان الصدارة
بين أنواع الفقه العالمية .

(١) الفروق ١٧٧/١ .

(٢) أعلام الموقعين ١٤/٣ ، ط محي الدين عبد الحميد .

المبحث الرابع

شرع من قبلنا

هذا الموضوع يمثل مدى صلة الشريعة الإسلامية بالديانات والشرائع السابقة ، فمن القضايا المعروفة أن النبي ﷺ بعث في سن الأربعين ، سنة ٦١١ ميلادية ، وأن شريعته هي خاتمة الشرائع . وقد أخبر القرآن الكريم والسنة الشريفة عن قصص الأنبياء السابقين وبعض الأحكام التشريعية في شرائعهم ، فهل أحكام شرائع الأمم السابقة كاليهودية والنصرانية نطالب بالعمل بها ؟

الكلام في هذا الموضوع يتطلب بحث ناحيتين :

الأولى : هل كان الرسول ﷺ قبل البعثة متعبداً بشريعة سابقة ؛ لأنه إذا كان متعبداً بشرع سابق ، ولم ينسخ في شريعته بعد نزولها ، فيكون ذلك مشروعاً في حقنا .

الثانية : هل النبي عليه الصلاة والسلام وأمته بعد البعثة متعبدون بشرع نبي سابق ؟

وقبل بيان خلاف العلماء في الناحيتين يشار إلى أنه من ناحية الجواز العقلي لا مانع منه في تقديره ، إذ ليس هناك دليل يدل على الاستحالة عقلاً بتعبد الرسول ﷺ قبل البعثة بشرع سابق ، ومن الجائز أيضاً أن يتعبد الله عباده بعد البعثة بشرع سابق ، أو مستأنف أو خليط منها ، ولا يستحيل منه شيء لذاته ولا لمفسدة فيه . وحينئذ يبحث الموضوع من ناحية الوقوع الفعلي .

أولاً - هل كان الرسول عليه الصلاة والسلام قبل البعثة متعبداً بشريعة سابقة ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة التاريخية على مذاهب ثلاثة ^(١) :

فبعضهم ، كبعض المالكية وجمهور المتكلمين نفى التعبد . وبعضهم كالحنفية والحنابلة وابن الحاجب والقاضي البيضاوي أثبت تعبده . وبعضهم كالغزالي والآمدي والقاضي عبد الجبار وغيرهم من المحققين توقف في الحكم ، إذ ليس هناك دليل قاطع على وقوعه ، وما يتخيل من الأدلة الدالة على الوقوع ، فع عدم دلالتها في ذاتها متعارضة ، كما سيظهر لي . والمثبتون اختلفوا بالتالي في تعيين الشريعة ، فمنهم من قال ^(٢) :

إنها شريعة آدم ؛ لأنها أولى الشرائع ، وقيل بشريعة نوح لقوله تعالى : ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً ﴾ ، وقيل بشريعة إبراهيم لقوله تعالى : ﴿ إن أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه وهذا النبي ﴾ ، وقوله : ﴿ أن اتبع ملة إبراهيم ﴾ ، وقيل : كان متعبداً بشريعة موسى ، وقيل بشريعة عيسى لأنه أقرب الأنبياء ، ولأنه الناسخ لما قبله من الشرائع . وقيل بغير ذلك ، قال الشوكاني ^(٣) :

وأقرب هذه الأقوال أنه كان متعبداً بشريعة إبراهيم عليه السلام ، فقد كان ﷺ كثير البحث عنها ، عاملاً بما بلغ إليه منها ، كما تفيد الآيات القرآنية ، من أمره ﷺ بعد البعثة باتباع تلك الملة ، فإن الأمر به يشعر بمزيد خصوصية لها ، فلو قدر أنه كان على شريعة قبل البعثة لم يكن إلا عليها . واختار الحنفية

(١) راجع شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٧/٢ وغاية الوصول ١٣٩ ، والمدخل إلى مذهب أحمد ١٣٤

وشرح العضد على مختصر المنتهى ٢٨٦/٢ وفواتح الرحموت ١٨٣/٢ والتقريب والتحجير ٣٠٨/٢

والإبهاج شرح المنهاج لتاج الدين السبكي ١٨٠/٢ ، مختصر ابن الحاجب ٢١٨

(٢) المراجع السابقة .

(٣) إرشاد الفحول ٢١٠

أن الأشبه هو ما بلغه من الشرائع^(١) .

الأدلة :

أدلة النفاة : استدل النافون لوقوع التعبد بشرع سابق قبل البعثة بدليلين^(٢) :

١ - لو كان الرسول ﷺ متعبداً بشريعة من الشرائع السالفة ، لنقل عنه فعل ما تعبد به ، واشتهر تلبسه بتلك الشريعة ومخالطة أهلها ، كما هو الجاري من عادة كل متشرع بشريعة ، ولكنه لم ينقل عنه شيء من ذلك ، مع أنه عرفت أحواله كلها قبل البعثة .

٢ - إنه لو كان متعبداً ببعض الشرائع السالفة ، لافتخر أهل تلك الشريعة بعد بعثته واشتهاره ، بنسبته إليهم وإلى شريعتهم .

ونوقش هذان الدليлан بالمعارضة ، بأنه لو لم يكن على شريعة من الشرائع ، ولا متعبداً بشيء منها ، لظهرت مخالفته لأهل تلك الشرائع فيما يأتون منها ، واشتهر خلافه عنه ونقل إلينا ؛ لأن هذا مما تتوافر الدواعي على نقله أيضاً ، ولكن لم ينقل عنه شيء منه ، وليس أحد الأمرين أولى من الآخر . وبناء عليه : فتظل الدعوى محتاجة إلى دليل سالم من المعارضة .

أدلة المثبتين : استدل المثبتون بدليلين أيضاً :

١ - إن كل رسول سابق كان يدعو الناس إلى اتباع شرعه ، والنبي ﷺ داخل في مثل هذا العموم التكليفي .

٢ - تضافرت الروايات على أنه عليه الصلاة والسلام كان قبل البعثة يأتي

(١) راجع مسلم الثبوت ١٤٧/٢

(٢) الإحكام للآمدي ١٢٨/٣ ، المستصفى للغزالي ١٣٢/١

بأفعال لا يرشد إليها مجرد العقل ، ولا يتأتى حسنهما من غير شرع ، فقد كان يصلي ، ويحج ، ويعتمر ، ويطوف بالبيت ، ويعظمه ، ويذكي الحيوان ، ويأكل اللحم ، ويسخر البهائم ، ويتجنب الميتة ، ونحوها . وتلك أعمال شرعية تدل على أنه يقصد الطاعة والتزام التكليف ، دون أن يكون للعقل فيها حكم .

ونوقش هذان الدليلان أيضاً بأن الأول باطل ؛ إذ لم يثبت عموم الديانات السابقة ، وإنما كانت خاصة ، فلم ينقل بطريق مقطوع به عن أحد من الرسل السابقين أنه دعا الناس كافة إلى اتباع دعوته^(١) ، ولو فرض أنه نقل إلينا ، فيحتمل أن يكون زمان نبينا عليه الصلاة والسلام زمان اندراس الشرائع المتقدمة ، وتعذر التكليف بها ، لعدم معرفتها بالتفصيل ، فبعث في ذلك الزمان .

والدليل الثاني باطل أيضاً ؛ إذ لم يثبت التكليف بشيء مما ذكر ، بنقل موثوق به ، ولو سلمنا أنه ثابت لا يدل قيامه بشيء من التكليف على أنه متعبد به شرعاً ، وأنه منفذ للالتزام تكليفي ؛ لأن كل ما يمكن فهمه هو أنه يقصد القربة^(٢) لا أنه منفذ للأمر ، ويحتمل أن تكون صلاته وحجته وعمرته وتعظيمه للبيت بطريق التبرك بما نقل إليه إجمالاً من فعل الأنبياء السابقين . وأما أكل اللحم وذبح الحيوان وتسخيره البهائم ، فإنما كان منه على أنه لا تحريم قبل ورود الشرع . وأما تركه أكل الميتة ، فكان بناء على عيافة نفسه لها طبعاً ، كما كان يعاف لحم الضب . أما أنه فعل ذلك تعبداً بشرع . فلا يثبت .

(١) روى البخاري ومسلم والنسائي عن جابر بن عبد الله « أن رسول الله ﷺ قال : أعطيت خساً لم يعطهن أحد قبلي : نصرت بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ، فأما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل ، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي ، وأعطيت الشفاعة ، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة » وسيأتي أنه حديث متواتر .

(٢) مسلم الثبوت ١٤٨/٢

وحيث لم تسلم أدلة الفريقين من النقد فيأي أؤيد رأي القائلين بالتوقف حتى يثبت دليل على أحد الأمرين .

قال الغزالي^(١) : « والمختار أن ذلك جائزاً عقلاً ، لكن الواقع منه غير معلوم بطريق قاطع ، ورجم الظن فيما لا يتعلق به الآن تعبد علي : لا معنى له » .

ثانياً - هل كان الرسول عليه الصلاة والسلام وأمته بعد البعثة متعبدين بشرع سابق ؟

لا نزاع في أمر العقائد ، فإن شريعتنا ليست ناسخة لجميع الشرائع بالكلية ، إذ لم ينسخ وجوب الإيمان وتحريم الزنى والسرقة والقتل والكفر ، وأما ماعدا العقائد فيحتاج إلى تحييص محل الخلاف ، وهو أنواع :

إن الأحكام التي لم يرد لها ذكر في شريعتنا لا في الكتاب ولا في السنة لا تكون شرعاً لنا بلا خلاف ، وكذلك الأحكام التي نسختها شريعتنا لا خلاف في أنها ليست شرعاً لنا ، مثل تحريم أكل كل ذي ظفر كالإبل والإوز والبط ، وتحريم الشحوم التي تكون في بطن الحيوان محيطة بالكرش ، أو التي لا تختلط بعظم ، وتحريم الغنائم ، ومثل قتل النفس في سبيل التوبة ، وقطع الثوب لتطهيره من النجاسة . فهذه الأحكام منسوخة في حقنا .

وأما الأحكام التي أقرتها شريعتنا فلا نزاع في أننا متعبدون بها ؛ لأنها من شريعتنا لورود التشريع الخاص فيه بنا ، مثل الصيام : ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم ﴾ والأضحية : « ضحوا بالجدع من الضأن ، فإنه جائز »^(٢) والأضحية سنة إبراهيم عليه السلام ، لقوله تعالى : ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ .

(١) المستصفى ١/١٣٢

(٢) رواه أحمد والطبراني عن أم بلال ، وهو حديث حسن .

بقي النوع الأخير الذي هو محل الخلاف بين العلماء ، وهو الأحكام التي لم تقرر في شريعتنا ، إذا علم ثبوتها بطريق صحيح ، ولم يرد عليها ناسخ ، كالتي قصها الله سبحانه علينا في قرآنه أو وردت على لسان نبيه ﷺ ، من غير إنكار ولا إقرار لها ، مثل آية القصاص في شريعة اليهود : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا (أي في التوراة) أن النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ، والأذن بالأذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ﴾ . ومثل آية قسمة الماء بين النبي صالح عليه السلام وبين قومه : ﴿ وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُحْتَضَرٌ ﴾ .

اختلف العلماء في هذا النوع الأخير على ثلاثة أقوال^(١) :

القول الأول : لجمهور الحنفية والمالكية ، وبعض الشافعية ، وأحمد في رواية عنه وهي المرجحة عند أكثر أصحابه ، وهو أن ما صح من شرع من قبلنا شرع لنا ، من طريق الوحي إلى الرسول ﷺ ، لا من جهة كتبهم المبدلة ، فيجب علينا العمل به ما لم يرد في شرعنا خلافه ولم يظهر إنكار له .

القول الثاني : مذهب الأشاعرة والمعتزلة والشيعة ، والراجح عند الشافعية ، وأحمد في رواية أخرى عنه ، واختاره الغزالي والآمدي والرازي وابن حزم الظاهري وكثير من العلماء : وهو أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا^(٢) .

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي ٩٣٢/٢ وما بعدها ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٨٦/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٤ ، شرح الإسنوي للشيخ بخيت ٦٦٠/٣ ، مرآة الأصول ٢٤٧/٢ ، فواتح الرحموت ١٨٤/٢ ، التقرير والتحرير ٢٠٩/٢ ، الإبهاج ١٨٠/٢ ، مختصر ابن الحاجب ٢١٨ وما بعدها .

(٢) شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٢٨٧/٢ ، الإبهاج شرح المنهاج ١٨٠/٢ وما بعدها ، أصول الاستنباط ٢٦٧ ، روضة الناظر ٤٠٠/١ ، اللع للشيرازي ٣٤ ، رسالة في أصول الظاهرية لابن

القول الثالث : حكاه ابن القشيري وابن برهان : وهو التوقف حتى يتبين الدليل الصحيح ، قال الآمدي : وهو بعيد ، فلا داعي للتعرض له .

ويلاحظ أن الخلاف في هذه الأقوال قائم بين من لم ينف التعبد قبل النبوة ، أما من نفاه قبل النبوة فقد نفاه بعده بطريق الأولى .

الأدلة :

أدلة المثبتين : استدل المثبتون وهم الفريق الأول ، بأدلة أربعة :

١ - إنه شرع من الشرائع التي أنزلها الله ، ولم يوجد ما يدل على نسخه ، فنكون مطالبين به ، لقوله تعالى : ﴿ أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ﴾ ، وقد ثبت عن ابن عباس أنه سجد في سورة (ص) عند قراءة قوله تعالى : ﴿ وظن داود أنما فتناه فاستغفر ربه وخر راكعاً وأناب ﴾ وقرأ هذه الآية ﴿ أولئك الذين هدى الله .. ﴾ ؛ ولقوله سبحانه : ﴿ ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً ﴾ ، وهاتان الآيتان من أوضح وأصرح الأدلة في الدلالة على هذا المذهب لأن الأولى تأمر باتباع الهدى وهو اسم للإيمان والشرائع جميعاً ، والثانية تأمر باتباع ملة إبراهيم ، والملة هي الشريعة ، والأمر للوجوب . وقال الله عز وجل : ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك ، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه ﴾ ، فدل على وجوب اتباع شريعة نوح ؛ لأن كلمة (الدين) اسم لما يبدان الله تعالى به من الإيمان والشرائع . وقال تعالى : ﴿ إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون ﴾ ، والنبي عليه الصلاة والسلام من جملة النبيين .

٢ - استدلوا بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ الآية ، فإن العلماء احتجوا بها على وجوب القصاص في شرعنا ولو لم

يكن النبي عليه الصلاة والسلام متعبداً بشرع من قبله ، لما صح الاستدلال بكون القصاص واجباً في بني إسرائيل على كونه واجباً في شرعه .

٣ - استدلو على وجوب قضاء الصلاة بأن النبي ﷺ لما قال : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها ، قرأ قوله تعالى : ﴿ وأقم الصلاة لذكري ﴾ ^(١) » ، مع أن هذه الآية خطاب لسيدنا موسى عليه السلام ، فلو لم يكن متعبداً بشرع قبله لما كان لتلاوة الآية عندئذ فائدة . وكذلك فإنه رجع إلى التوراة في رجم اليهودي .

٤ - استدلو أيضاً بما ثبت أنه ﷺ كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل عليه وحي ، ولولا كون شرعهم حجة لم يكن لمحبه موافقتهم فائدة .
وقد نوقشت هذه الأدلة بنقاش طويل ، مجمله ^(٢) :

أنها ليست قاطعة الدلالة على إثبات المطلوب ، إذ أن المقصود بالآيات الأولى هو الهدي المشترك بين جميع الأنبياء ، وهي الأمور التي لم تختلف باختلاف الشرائع ، وهي أصول الديانات والكليات الخمس ، أي حفظ النفوس والعقول والأنساب والأعراض والأموال ، والمراد من قوله تعالى : ﴿ شرع لكم من الدين ﴾ هو أصل التوحيد ، وهو المراد أيضاً من الأمر باتباع ملة إبراهيم ، بدليل نهاية الآية : ﴿ وما كان من المشركين ﴾ فالشرك مقابل للتوحيد .

وقوله تعالى : ﴿ يحكم بها النبيون ﴾ صيغة إخبار لا صيغة أمر . فدل على أن الاستدلال بهذه الآيات هو فيما لا خلاف فيه وهو بالنسبة للعقائد والكليات

(١) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي عن أنس بن مالك رضي الله عنه (جامع الأصول ١٣٤/٦) .

(٢) راجع المستصفى للغزالي ١٣٤/١ ، الإحكام للآمدي ١٣١/٣ وما بعدها ، مسلم الثبوت ١٤٨/٢ وما بعدها .

الخمس الضرورية ، لا بالنسبة لفروع الشرائع مما قد يرد عليه النسخ ، لاختلاف الزمان والمقتضيات .

وأما إيجاب القصاص فهو ثابت في شرعنا ، قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ وقال سبحانه : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . وقضاء الصلاة ثابت بما أوحى إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، إلا أنه نبّه أمته على مشابقتها في الحكم لأمة موسى عليه السلام ، وأما رجوعه عليه الصلاة والسلام إلى التوراة فإنما كان لإلزام اليهود بإنكارهم مشروعية الرجم ، وإظهار صدقه فيما كان قد أخبر به أن الرجم مذكور في التوراة ، لا لأن يستفيد حكم الرجم منها . ويدل عليه أنه لم يرجع إليها فيما عداه ^(١) .

أدلة النفاة : استدل النفاة بأدلة أربعة أيضاً ^(٢) :

١ - إن النبي عليه الصلاة والسلام ، لما بعث معاذاً إلى اليمن قاضياً ، وسأله عما يحكم به ، أجابه بالكتاب والسنة ثم بالاجتهاد ، فأقره عليها ^(٣) ، ولم يرشده إلى الأخذ بشرع من قبلنا ، فلو كان متعبداً به لذكره معاذ ، أولئجه النبي عليه الصلاة والسلام إلى خطئه إذا تركه .

٢ - قال تعالى : ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ﴾ فهذا يدل على أنه جعل لكل فريق شريعة فلا يطالب فريق بشريعة الآخر ، حتى بالغت المعتزلة ، فقالت باستحالة ذلك عقلاً .

٣ - لو كان النبي عليه الصلاة والسلام متعبداً بشر ، من قبله ، وكذلك

(١) الإبهاج شرح المنهاج وشرح الإسنوي ١٨١/٢ - ١٨٢

(٢) راجع المستصفى ١٣٣/١ وما بعدها .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن عدي والطبراني والبيهقي (نصب الراية ٦٣/٤) وقد سبق

تخريجه .

أُمته ، لوجب عليه تعلمه ، ولوجب على مجتهدى الصحابة البحث عنه والسؤال عما فيه عند حدوث الوقائع المختلف فيها فيما بينهم .

٤ - إن الشرائع السابقة مخصوصة بأقوام رسل أصحابها ، وأما الشريعة الإسلامية فشريعة عامة ، وقد انعقد الإجماع على أنها ناسخة لكل الشرائع المتقدمة ، قال عليه الصلاة والسلام : " طُيت خمساً لم يعطهن أحد قبلى ... وذكر منها : « وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة ، وبعث إلى الناس عامة » ^(١) . فلو كان النبي عليه الصلاة والسلام متعبداً بشرع سابق لكان مقررأ له ، لا ناسخاً له .

لكن هذه الأدلة نوقشت أيضاً : بأن شرع من قبلنا لم يذكر في حديث معاذ ؛ لأن القرآن يشملُه ، أو لأنه محصور في مسائل قليلة ، وأن النبي عليه الصلاة والسلام وصحابته من بعد لم يرجعوا إلى كتب السابقين إما لاندثارها ، أو لتحريفها وتبديلها ، وأن رجوع المجتهدين يكون في المسائل الاجتهادية التي لم تذكر في القرآن ، وهذا لا نزاع فيه لعدم تواتره .

وأما الإجماع على أن شريعتنا ناسخة للشرائع ، فهو ليس مطلقاً لكل ما جاءت به الشريعة ، وإنما هي ناسخة لما خالفها ، بدليل بقاء «شروعية القصاص و حد الزنى والسرقة ونحوها .

هذا وقد رجح كثير من الأصوليين المحدثين ^(٢) مذهب القائلين بأن شرع من قبلنا شرع لنا ، بشرط أن تثبت صحته بنقل مسلمين عدول ضابطين ، أو بأن يرد حكمه في القرآن أو بأن يثبت في السنة الصحيحة ؛ لأنه تشريع سماوي ، ولأن

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي عن جابر بن عبد الله ، وهو حديث صحيح متواتر (النظم المتناثر ١٣٢) .

(٢) راجع مذكرات في أصول الفقه لقسم الدكتوراة لأستاذنا الشيخ محمد الزفزاف ١٩ ، وأصول الفقه للخصري ٣٤٧ ، وأصول الفقه لخلاف ١٠٦ ، وزكي الدين شعبان ١٢٨

ذكره في القرآن بدون إنكار أو نسخ يدل على تشريعه وإقراره ضمناً بالنسبة لنا ؛
ولأن القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والإنجيل . وبناء عليه استدل الفقهاء
على جواز قسمة منافع المال المشترك بطريق المهايأة^(١) بقوله تعالى في قصة ناقة
صالح عليه السلام : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ ، كُلَّ شَرْبٍ مَحْتَضَرٌ ﴾ وهو
المهايأة بعينها ، وهي جائزة في المذاهب الأربعة . واستدل الحنفية على جواز قتل
المسلم بالذمي والرجل بالمرأة بقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ
بِالنَّفْسِ ﴾ أي في التوراة . واحتج بالآية أيضاً المالكية والحنابلة على قتل الذكر
بالأنثى . واستدل المالكية والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) على جواز الجعالة بقوله تعالى
في قصة يوسف عليه السلام : ﴿ وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . واحتج
غير الشافعية لجواز الكفالة بالنفس بقوله تعالى : ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى
تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ ﴾ .

والشافعية استأنسوا بهذه الآية ، واحتجوا بعموم حديث « الزعيم غارم »^(٤)
وبالقياس على كفالة الدين .

واحتج الحنابلة على جواز جعل المنفعة مهراً بآية ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ
إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾ واستأنس الشافعية بتلك الآية ،
واستدلوا على الجواز بالقياس على الإجارة . واستدل الإمام مالك على أفضلية

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي ٩٣٦/٢

(٢) لا أن الشافعية قالوا كما جاء في مغني المحتاج (٤٢٩/٢) : استدلو على مشروعية الجعالة
بحديث أبي سعيد الخدري في الصحيحين : « أن النبي ﷺ رقى رجلاً بالفاتحة على قطع من
الغنم وشارطه على البرء » . وأما الآية فقالوا : يستأنس للجعالة بقوله تعالى : ﴿ وَلَمَّا جَاءَ بِهِ
حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ لأن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا ، وإن ورد في شرعنا ما يقرره .

(٣) وأما الحنفية فلم يجيزوا الجعالة ، لأنها إجارة على منفعة مجهولة ، فتكون فاسدة (راجع تكله
فتح القدير ١٤٨/٧ ، البدائع ١٧٩/٤ وما بعدها) .

(٤) رواه أبو داود والترمذي وحسنه ابن حبان وصححه عن أنس بن مالك وابن عباس .

الكباش في الضحايا ، ثم البقر ثم الإبل ، بما فعله إبراهيم عليه السلام من فدائه ولده بكبش . واستدل مالك وأبو حنيفة ومحمد (خلافاً للشافعي وأحمد وأبي يوسف وزفر)^(١) بقصة إبراهيم على لزوم نذر ذبح الولد ووجوب الهدي (وهو جزور عند مالك ، وشاة عند أبي حنيفة) .

ولكن لدى التحقيق الذي سبق : يتبين أنه ليس شرع من قبلنا دليلاً مستقلاً من أدلة التشريع ، وإنما هو مردود إلى الكتاب أو السنة ، لأنه لا يعمل به كما عرفنا ، إلا إذا قصه الله تعالى أو رسوله عليه الصلاة والسلام من غير إنكار ، ولم يرد في شرعنا ما يدل على نسخه ، فالحق أن شرع من قبلنا ليس شرعاً مستقلاً لنا .

(١) قالوا : ذلك نذر معصية ولا شيء عليه ، وأوجب الحنابلة كفارة اليمين .

المبحث الخامس

مذهب الصحابي

يحسن قبل البدء في الموضوع تعريف الصحابي .

الصحابي عند جمهور الأصوليين^(١) : هو من لقي الرسول ﷺ مؤمناً به ، ولازمه زمناً طويلاً . وعند جمهور المحدثين : من لقيه مسلماً ومات على إسلامه ، سواء طالت صحبته أو لم تطل .

كان الصحابة هم مرجع الإفتاء ومنبع الاجتهاد ، حينما طرأت حوادث جديدة ، ووقعت وقائع لا عهد للمسلمين بها في حياة الرسول ﷺ ، وكانوا في الإفتاء متفاوتين بتفاوت نزوجهم الفقهي ، فأثر عن جملة منهم كثير من الفتاوى بحيث يكون المجموع مجلداً ضخماً ، إلا أنه منشور في بطون الكتب الفقهية ، وحبذا لو جمع ، واستفيد منه في قضايانا المختلفة .

واتفق الأئمة المجتهدون من أصحاب المذاهب على أنه لا خلاف في الأخذ نول الصحابي فيما لا مجال للرأي أو الاجتهاد فيه ؛ لأنه من قبيل الخبر التوقيفي، عن صاحب الرسالة عليه صلوات الله وسلامه .

ولا خلاف أيضاً فيما أجمع عليه انصحابه صراحة ، أركان مما لا يعرف له مخالف ، كما في توريث الجدات السدس .

(١) مسلم الثبوت ١٢٠/٢ ، شرح المضد على مختصر المنتهى ٦٧/٢ ، شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١٤٦/٢

ولا خلاف أيضاً في أن قول الصحابي المقول اجتهداً ليس حجة على صحابي آخر ؛ لأن الصحابة اختلفوا في كثير من المسائل ، ولو كان قول أحدهم حجة على غيره لما تأتى منهم هذا الخلاف .

وإنما الخلاف في فتوى الصحابي بالاجتهاد المحض بالنسبة للتابعي ومن بعده ، هل يعتبر حجة شرعية أو لا^(١) ؟

تحقيق آراء العلماء في مذهب الصحابي :

ذكر العلماء في مذهب الصحابي أربعة أقوال^(٢) :

الأول : إنه ليس بحجة مطلقاً ، وهو مذهب جمهور الأشاعرة والمعتزلة والشيعة ، والشافعي في قول هو الراجح لدى الشافعية ، وأحمد في رواية عنه ، واختاره بعض متأخري الحنفية والمالكية ، وأما ابن حزم فهو منكر للأخذ بفتوى الصحابي بناء على أنه لا يجوز تقليد أحد ، لا من الصحابة ولا من غيرهم^(٣) .

الثاني : إنه حجة شرعية مقدمة على القياس ، وبه قال أئمة الحنفية ، ونقل عن مالك ، وشافعي في قول قديم له ، وأحمد في رواية أخرى له^(٤) وهي الراجحة في مذهبه ، فهو إذن مذهب جمهور العلماء كما في بعض الكتب الحديثة .

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٥

(٢) راجع إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٣ ، شرح الإسنوي ١٧٣/٣ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٨/٢ ، المستصفى للغزالي ١٣٥/١ ، الإحكام للآمدي ١٣٣/٣ ، الأصول العامة ١٣٥ ، أصول الاستنباط ٢٦٨ ، مرآة الأصول ٢٥٠/٢ ، المع للشيرازي ٥٠ ، غاية الوصول ١٤٠ ، تخريج الفروع على الأصول ٨٢

(٣) شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٨٧/٢ ، مفتاح الوصول ١٢٠ ، ابن حزم للأستاذ محمد أبو زهرة ٤٢٨

(٤) كشف الأسرار ٩٣٧/٢ ، روضة الناظر ٤٠٣ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٥ ، أعلام الموقعين ٣٠/١ ، ١٥٦/٤

الثالث : إنه حجة إذا انضم إليه القياس ، فيقدم حينئذ على قول صحابي آخر ، وهو ظاهر مذهب الشافعي الجديد^(١) .

الرابع : إنه حجة إذا خالف القياس ؛ لأنه لا تخريج له إلا أنه اطلع على خبر فاتبعه ، وإلا فإنه يكون قد ترك القياس المأمور به وانقدحت عدالته وهو باطل ، وحينئذ فيكون قوله حجة . والظاهر أن قائله من الحنفية .

واختار الحنفية^(٢) تفصيلاً في الموضوع ، وهو أنه إذا كان قول الصحابي مما لا يدرك بالرأي والاجتهاد فهو حجة ، لأنه يحمل على أنه سمعه من الرسول ﷺ ، مثل ما روي عن بعض الصحابة من المقدرات كتقدير أكثر مدة الحمل وهو سنتان المروي عن عائشة ، وتقدير أقل الحيض بثلاثة أيام المروي عن ابن مسعود وأنس .

وأما إذا كان مما يدرك بالرأي فقليل وهو رأي أبي سعيد البردعي : إنه حجة يترك به القياس ؛ لأن احتمال السماع من الرسول عليه الصلاة والسلام أرجح . وقيل وهو رأي الكرخي : ليس بحجة ؛ لأن احتمال السماع ليس راجحاً ، إذ أن الصحابة كانوا يجتهدون ، والاجتهاد عرضة للخطأ ، ولو كان عنده نقل لصرح به .

والحقيقة في تقديري أن هذه الآراء الأربعة أو الخمسة ترجع إلى مذهبين : مذهب يعتبر قول الصحابي حجة ، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ، ومذهب لا يعتبره حجة ، وهو مذهب الشافعية .

أما أن يكون حجة ، إذا وافق القياس ، فالحجة حينئذ في القياس ، ويكون الإمام الشافعي في المذهب الجديد من مانعي الأخذ بقول الصحابي ، كما قرر علماء

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٢٨٩

(٢) مسلم الثبوت ٢/١٤٩ ، كشف الأسرار على أصول البزدوي ٢/٩٣٨ وما بعدها .

الشافعية^(١)، إلا أنه مخالف لظاهر المنصوص عليه في الرسالة حيث قال^(٢) :

« نصير منها (أي من أقاويل الصحابة) إلى ما وافق الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو كان أصح في القياس . وقال أيضاً : نصير إلى اتباع قول واحد ، إذا لم أجد كتاباً ولا سنةً ولا إجماعاً ولا شيئاً في معناه يحكم له بحكمه ، أو وجد معه قياس ، وقل ما يوجد من قول الواحد منهم لا يخالفه غيره من هذا » .

وأما القول بأنه حجة إذا خالف القياس ، أو إذا كان مما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، فهذا لا مجال للخلاف فيه كما حققت في مبدأ الكلام ، إذ أنه يكون حينئذ من قبيل الأخذ بالسنة .

وأما الإمام أحمد ، فقد رجح ابن القيم في أعلام الموقعين : أنه يأخذ بقول الصحابي ، وهذا أمر ثابت عنه^(٣) ، فقد كان يعتبر فتاوى الصحابة في المرجع الثاني بعد السنة الصحيحة ، ويقدمها على الحديث المرسل والضعيف ، والضعيف عند أحمد : هو ما لم تتوافر فيه شروط الصحة ، فيشمل الحديث الحسن لغيره ، والضعيف الذي تعددت طرقه ، ورفعته إلى درجة الحسن^(٤) .

وأما الإمام أبو حنيفة : فإنه يأخذ بقول الصحابي ، ويقدمه على القياس ، بخلاف ما نقله عنه بعض أصحابه : وهو أنه كان يرجح الرأي على قول الصحابي ، معتمداً على بعض الفروع في مذهبه ، والدليل قوله نفسه^(٥) :

« إن لم أجد في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ﷺ ، أخذت بقول أصحابه ،

(١) شرح الإسنوي ١٧٢/٣

(٢) الرسالة ٥٩٧ - ٥٩٨ ، وراجع في تحقيق ذلك (الشافعي) للأستاذ محمد أبو زهرة ٣٠٨

(٣) راجع أعلام الموقعين ٣٠/١ ، ١٥٦/٤ ، ابن حنبل لأستاذنا محمد أبو زهرة ٢٥١ وما بعدها .

(٤) راجع (ابن حنبل) ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٥٢

(٥) أبو حنيفة لأستاذنا محمد أبو زهرة ٣٠٤ وما بعدها .

أخذ بقول من شئت منهم ، وأدع من شئت منهم ، ولا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم . » .

أدلة العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي :

أدلة النفاة :

استدل القائلون بأن مذهب الصحابي ليس بحجة بأدلة هي :

١ - الكتاب : قال تعالى : ﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾ فالله سبحانه أمر أولي الأبصار بالاعتبار يعني بالاجتهاد ، وهو ينافي التقليد ؛ لأن الاجتهاد هو البحث عن الدليل ، والتقليد : هو الأخذ بقول غيره من غير دليل ، فلو كان يجب اتباع مذهب الصحابي لوجب تقديمه على القياس ؛ لأنه معتمد على النقل والسمع ، والمعتمد على النقل مقدم على القياس ، لكن القياس مقدم عند العلماء في الاستدلال على مذهب الصحابي كما هو معروف ؛ إذ أنه في المرتبة الرابعة بعد القرآن والسنة والإجماع . وهذا أقوى دليل في الاحتجاج لمذهب هؤلاء .

٢ - الإجماع : أجمع الصحابة على جواز مخالفة كل واحد منهم للآخر ، فلو كان قول الواحد منهم حجة ، لكان يجب على كل واحد منهم اتباع الآخر ، وإنه بالتالي يقع الإنكار على من خالفه منهم .

ونوقش هذا الدليل بأنه ليس من محل النزاع ؛ لأن الخلاف كما ظهر في مبدأ الكلام هو في غير الصحابة ، أي في كون مذهب الصحابي حجة على من بعده من التابعين ومن بعدهم ، لا مجتهدة الصحابة .

٣ - المعقول : إن الصحابي من أهل الاجتهاد ، والمجتهد يجوز الخطأ والسهو عليه^(١) ، فلا يجب على التابعي المجتهد ولا من بعده العمل بمذهبه ، والذي يروى

(١) المستصفى ١٣٥/١

عنه لا يرقى إلى مرتبة الخبر المرفوع ، وحينئذ فلا يقدم قوله على القياس لجواز الخطأ عليه .

٤ - كان الصحابة يقرون التابعين على اجتهادهم ، وكان للتابعين آراء مخالفة لمذهب الصحابي ، فلو كان قول الصحابي حجة على غيره ، لما ساغ للتابعي هذا الاجتهاد ، ولأنكر عليه الصحابي مخالفته لقوله ، والأمثلة عليه كثيرة^(١) : منها - « أن علياً رضي الله عنه تحاكم في درع له وجدها مع يهودي إلى شريح ، وكان عمر ولاء القضاء ، فخالف علياً في رد شهادة الحسن له للقرابة ، وكان من رأي علي رضي الله عنه جواز شهادة الابن لأبيه » .

وخالف مسروق ابن عباس رضي الله عنهما في النذر بذبح الولد ، فأوجب مسروق فيه شاة مع أن ابن عباس أوجب فيه مئة من الإبل ، وقال مسروق : ليس ولده خيراً من إسماعيل ، فرجع ابن عباس إلى قول مسروق .

وكان أنس بن مالك رضي الله عنه إذا سئل عن مسألة ، قال : سلوا عنها مولانا الحسن ، فدل هذا على أن قول الصحابي ليس بحجة على غيره .

أدلة المشبتين :

استدل القائلون بأن مذهب الصحابي حجة بأدلة أخرى :

١ - الكتاب : قال تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر ﴾ وهذا خطاب للصحابة رضي الله عنهم ، يدل على أن ما يأمرهم به معروف ، والأمر بالمعروف واجب القبول .

٢ - السنة : قال عليه الصلاة والسلام : « خير القرون القرن الذي أنا

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي ٩٤٥/٢ وما بعدها .

فيه^(١) ، وذكر حديث أيضاً في استدلال بعض الأصوليين : « أصحابي كالنجوم بأهم اقتديتم اهتديتم^(٢) » ، وقال عليه الصلاة والسلام : « اقتدوا باللذين من بعدي : أبي بكر وعمر » ، ولا يمكن حمله على مخاطبة العوام المقلدين للصحابة ، لأن فيه تخصيصاً للعموم من غير دليل ، ولأن فيه إبطال فائدة تخصيص الصحابة بالاعتداء بهم ، لوقوع اتفاق العلماء على جواز تقليد العامة لكل مجتهد من غير الصحابة ، فلم يبق إلا أن يكون المراد بمثل هذه الأحاديث وجوب اتباع مذهبهم .

٣ - المعقول : هو أن قول الصحابي إنما جعل حجة لاحتمال السماع ، ولفضل إصابتهم في الرأي ببركة صحبة النبي ﷺ ، فإذا قال الصحابي قولاً يخالف القياس ، فإما أن يكون له فيه مستند ، أو لا يكون ، لا جائز ألا يكون له فيه مستند ، وإلا كان قائلاً في الشريعة بلا دليل ، وهذا محرم ، وحال الصحابة من العدالة والفضل ينافي ذلك ، وإن كان له فيه مستند ، فلا مستند وراء القياس سوى النقل ، وهو حجة متبعة ، فيكون العمل بمذهب الصحابي بمنزلة تقديم خبر الواحد على القياس .

لكن نوقشت هذه الأدلة كلها ، فالآية خطاب لجملة الصحابة ، ولا يلزم من كون ما أجمعوا عليه حجة أن يكون قول الواحد والاثنين حجة .

وأما حديث « أصحابي كالنجوم » فليس ثابتاً قط ، والكلام فيه معروف عند الحديثين ، ولو فرض أنه ثابت لكان معناه^(٣) أنهم قدوة في اتباع الشريعة والعمل بها لحرصهم الشديد على اتباعها والمشي على طريقتها ، وهذا هو معنى

(١) تمة الحديث : « ثم الثاني ، ثم الثالث » رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) انظر الكلام على هذا الحديث في أعلام الموقعين ٢/٢٢٢ ، وقال عنه ابن حزم في (ملخص إبطال القياس ٥٤) : الحديث كذب مما تقطع بأنه موضوع ، وقد سبق الكلام عليه .

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٤

الأحاديث الأخرى : « اقتدوا بالذين من بعدي » « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي »^(١) ، بل إنه لا دلالة في هذه الأحاديث على عموم الاقتداء بهم في كل ما يقتدى به ، وإنما يمكن حمله على الاقتداء بهم فيما يروونه عن النبي ﷺ ، وليس الحمل على غيره أولى من الحمل عليه .

وأما المعقول : فإن الاستدلال نفسه يتأتى بعينه بالنسبة للتابعي ، مع أن مذهبه ليس بحجة بالاتفاق ، وأما أن الصحابة يجوز أن يكون لهم تأثير في الحجية فهو غير صحيح ؛ لأنه لا حكم إلا حكم الشرع^(٢) .

ترجيح :

أرجح ألا يكون مذهب الصحابي دليلاً شرعياً مستقلاً فيما هو مقول بالاجتهاد المحض : لأن المجتهد يجوز عليه الخطأ ، ولم يثبت أن الصحابة ألزموا غيرهم بأقوالهم ، ومرتبة الصحبة وإن كانت شرفاً كبيراً لا تجعل صاحبها معصوماً عن الخطأ .

وأما أدلة القائلين بحجية مذهب الصحابي فقد عرف وجه الضعف فيها ، وأخصها قولهم : إن ترجيح السماع فيها عن النبي ﷺ هو الغالب في الظن ، والواقع أنه لا يغلب الظن فيه ، والاحتمال قائم ، إذ قد يكون القول مبنياً على ما عنه دليلاً ، ولم يكن كذلك في نفس الأمر ، ولو فرض كونه مسموعاً من النبي ﷺ ، فهذا لا محال للخلاف فيه : لأنه يكون ثابتاً بالسنة ، وأما ما عدها مما يكون طريقه الاجتهاد المحض ، فهو موضع نظر المجتهدين في كل زمان .

ومع هذا فإن وجود سابقة لرأي صحابي في الموضوع يقتضي منا ترجيح اجتهاد على آخر . وأحسن ما يختم به هذا البحث كلمة رائعة للشوكاني في مذهب

(١) سبق تخريجها في بحث الإجماع .

(٢) مسلم الثبوت ١٥٠/٢

الصحابي قال : « والحق أنه ليس بحجة ، فإن الله سبحانه لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمداً ﷺ ، وليس لنا إلا رسول واحد ، وكتاب واحد ، وجميع الأمة مأمورة باتباع كتابه وسنة نبيه .

ولا فرق بين الصحابة ومن بعدهم في ذلك ، فكلهم مكلفون بالتكاليف الشرعية ، وباتباع الكتاب والسنة ، فمن قال : إنها تقوم الحجة في دين الله عز وجل بغير كتاب الله وسنة رسوله وما يرجع إليهما ، فقد قال في دين الله ما لا يثبت ، وأثبت في هذه الشريعة الإسلامية شرعاً لم يأمر الله به ، وهذا أمر عظيم ، وتقول بالغ ، فإن الحكم لفرد أو أفراد من عباد الله بأن قوله أو أقوالهم حجة على المسلمين يجب عليهم العمل بها ، وتصير شرعاً ثابتاً متقراً تعم به البلوى ، مما لا يدان الله عز وجل به ، ولا يحل لمسلم الركون إليه ، ولا العمل عليه ، فإن هذا المقام لم يكن إلا لرسول الله الذين أرسلهم بالشرائع إلى عبادته ، لا لغيرهم ، وإن بلغ في العلم والدين وعظم المنزلة أي مبلغ .

ولا شك أن مقام الصحبة مقام عظيم ، ولكن ذلك في الفضيلة ، وارتفاع الدرجة ، وعظمة الشأن ، وهذا مسلم لا شك فيه ، ولهذا : مدّ أحدهم لا يبلغه مَنْ غَيْرُهُم الصدقة بأمثال الجبال ، ولا تلازم بين هذا وبين جعل كل واحد منهم بمنزلة رسول الله ﷺ في حجية قوله ، وإلزام الناس باتباعه ، فإن ذلك مما لم يأذن الله به ولا ثبت عنه فيه حرف واحد «^(١) .

وقال ابن الحاجب المالكي : مذهب الصحابي ليس حجة على صحابي اتفاقاً ، والمختار : ولا على غيرهم^(٢) .



(١) إرشاد الفحول ٢١٤ ، وقد نقل عبارته ابن بدران في المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ولم يشر إليه ، راجع ١٣٥ ، وانظر أيضاً المستصفى للغزالي ١٣٥/١ وما بعدها .

(٢) مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢١٩

المبحث السادس

الاستصحاب

الكلام عن الاستصحاب في المواضع التالية :

تعريفه ، صوره ، تحقيق محل الخلاف فيه ، آراء العلماء في حجيته ، القواعد المبنية عليه .

تعريف الاستصحاب :

الاستصحاب في اللغة : طلب المصاحبة ، وعند الأصوليين ^(١) هو : الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الزمان الحاضر أو المستقبل ، بناء على ثبوته أو عدمه في الزمان الماضي ، لعدم قيام الدليل على تغييره ، مثل أن يقال : الحكم الفلاني قد كان ولم يظن عدمه ، وكل ما كان كذلك فهو مظنون البقاء ؛ لأن الظن حجة متبعة في الشرعيات ، كاستدلال الشافعية على أن الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء : بأن الشخص كان على الوضوء قبل خروجه إجماعاً ، فيبقى على ما كان عليه .

وقد عرف ابن حزم الاستصحاب : بأنه بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص

(١) نزهة الخاطر شرح روضة الناظر ٢٨٩/١ ، كشف الأسرار ١٠٩٧/٢ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٦/٢ ، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٢٨٤/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٣ ، شرح الإسنوي ١٥٧/٣ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٠٨

حتى يقوم الدليل منها على التغيير^(١) ، فهو يقيد الاستصحاب بكون الأصل مبنياً على نص ، وليس على مجرد أصل ثابت من الإباحة الأصلية .

ويلاحظ أن الاستصحاب يعمل به إذا لم يوجد دليل آخر ، قال الخوارزمي في الكافي : وهو آخر مدار الفتوى ، فإن المقتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ، ثم في السنة ، ثم في الإجماع ثم في القياس ، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات ، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه ، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته ، فمثلاً الأصل في الفتاة البكارة حتى تثبت الثبوتية بدليل ، والأصل بقاء الملكية حتى يثبت نقلها بدليل ، والأصل براءة الذمة عن الواجبات .

وبهذا يظهر أن العلماء اتفقوا على أن الاستصحاب لا مجال للاحتجاج به فيما يجب القطع به من الأمور الاعتقادية ، كنبوة سيدنا محمد ﷺ . ولا خلاف أيضاً في أنه لا يجوز الاحتجاج بالاستصحاب فيما ثبت بقاءه أو انتفاؤه بدليل شرعي مغاير للاستصحاب .

صور الاستصحاب :

للاستصحاب خمس صور أو خمسة أنواع^(٢) :

الأول - استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل بتحريمها .

ومعنى هذا أن المقرر عند جمهور الأصوليين بعد ورود الشرع : هو أن الأصل في الأشياء النافعة التي لم يرد فيها من الشرع حكم معين هو الإباحة ، كما أن الأصل

(١) راجع الإحكام ٥/٥٩٠ ، ابن حزم للأستاذ محمد أبو زهرة ٣٧٣

(٢) غاية الوصول ١٣٨ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٢٨٤ ، المستصفى للفتاوى ١/١٢٨ .

الشوكاني ٢٠٩ ، الإيهام ٢/١١٠ ، أعلام الموقعين ١/٢٣٩

في الأشياء هو الحرمة ، دليل الثاني : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) ؛ أي لا يجوز الضرر مطلقاً ، لأن النكرة في سياق النفي تعم ، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم ، وهو المطلوب .
ودليل الأول آيات ثلاث^(٢) :

أولها - قوله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ . أخبر الله تعالى بأن جميع المخلوقات الأرضية للناس ؛ لأن ﴿ ما ﴾ موضوعة للعموم ، ولا سيما قد أكدت بقوله ﴿ جميعاً ﴾ ، واللام في ﴿ لكم ﴾ تقتضي الاختصاص على جهة الانتفاع ، أي أن جميع ما في الأرض مختص بكم لتنتفعوا به ، فيكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً .

ثانيها - قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق ﴾ هذا استفهام للإنكار ، فالله تعالى أنكر تحريم الزينة التي يختص بنا الانتفاع بها ، كما هو مفهوم من مقتضى اللام المفيدة للاختصاص في قوله تعالى : ﴿ لعباده ﴾ .

ثالثها - قوله عز وجل : ﴿ أحل لكم الطيبات ﴾ اللام في ﴿ لكم ﴾ تدل على أن الطيبات مخصوصة بنا على جهة الانتفاع كما بينت .

وليس المراد من الطيبات هو المباحات ، وإلا لزم تكرار المعنى ، وإنما المراد بها هو ما تستطيعه النفس .

(١) رواه هذا اللفظ الطبراني في الأوسط ، وفيه ابن إسحاق وهو ثقة ولكنه مدلس (مجمع الزوائد ١١٠/٤) ورواه بلفظ « لا ضرر ولا ضرار » مالك في الموطأ وأحمد في مسنده ، وابن ماجه والدارقطني في سننهما عن ابن عباس ، وعبادة ، وهو حديث حسن .
(٢) الإيهاج ٢٠٨/٣

هذه الآيات تدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يرد دليل حاصر ، فكل طعام أو شراب أو زينة لم يحرم في الشرع فهو مباح .

فإذا سئل الفقيه عن حكم شيء من منتجات الكون ، ولم يجد دليلاً شرعياً يدل على حكمه ، حكم الإباحة ، بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة .

هذا النوع من الاستصحاب لا خلاف فيه بين العلماء ، إلا أنه يلاحظ أن هذا الحكم ثابت عند الأصوليين بالعقل ؛ أما عند ابن حزم فإنه ثابت بالنص الشرعي العام حتى يقوم الدليل على المنع أو الفرضية .

الثاني - استصحاب العموم إلى أن يرد تخصيص ، واستصحاب النص إلى أن يرد نسخ ، ولا خلاف في هذا النوع ^(١) .

الثالث - استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه ، وقد عبر عنه ابن القيم باستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه ، كالملك عند وجود سببه وهو العقد ، فإنه يظل ثابتاً حتى يوجد ما يزيله ، وكشغل الذمة بدين عند وجود موجبه وهو الإلتزام أو الإلتزام ، وكدوام الحل في المرأة المنكوحة بسبب النكاح ، وكبقاء الوضوء بعد التوضؤ ، فالشك في النقض لا يؤثر استصحاباً للطهارة الثابتة .

كل حالة من هذه الحالات وإن لم يكن حكماً أصلياً ، هو حكم شرعي دل الشرع على ثبوته ودوامه جميعاً ^(٢) ، ولولا دلالة الشرع على دوامه إلى حصول براءة الذمة ، لما جاز استصحابه .

(١) راجع المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٤ ، الإيهام ١١٠/٣ ، روضة الناظر ٣٩١/١

(٢) وجه دلالة الشرع في بقاء حكم الطهارة مثلاً : أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم قال لمن توضأ وشك في الحدث : « لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » ، فلما كان الأصل بقاء الصلاة في ذمته أمر الشاك أن يبني على اليقين وي طرح الشك . (راجع أعلام الموقعين

قال الغزالي : فالاستصحاب ليس بحجة إلا فيما دل الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير ، فهو في الحقيقة عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي (أي ما به ثبت الأصل باستمراره) ، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب عن الدليل المغير .

هذا النوع في رأي ابن القيم لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض^(١) . وذكر بعضهم خلافاً فيه وهو الأصح ف قيل : لا يصلح هذا النوع حجة مطلقاً ، وقيل : إنه حجة في الدفع لا في الرفع ، أي أنه حجة في إبقاء ما كان على ما كان ، وليس بحجة لإثبات أمر لم يكن^(٢) وهو رأي الحنفية^(٣) . ونازع الإمام مالك في بعض أمثلة هذا النوع ، لوجود تعارض بين أصلين ، فلم يحز الصلاة مع الشك في الوضوء ، ويلزم الطلاق ثلاثاً ، لو شك هل طلق واحدة أو ثلاثاً .

الرابع - استصحاب العدم الأصلي^(٤) المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية : أي انتفاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود الشرع ، كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المترتبة فيها حتى يوجد دليل شرعي يدل على

(١) أعلام الموقعين ٢٤٠/١

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي ١٢٩ وما بعدها .

(٣) أصول الفقه للأستاذ محمد أبو زهرة ٢٨٥ وما بعدها .

(٤) نفي ما نفاه العقل ولم يشته الشرع كوجوب صوم رجب أو شوال ، وعدم وجوب الصلاة السادسة (راجع شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع وحاشية البناني عليه ٢٨٤/٢ ، غاية الوصول بشرح لب الأصول للشيخ زكريا الأنصاري ١٣٨ ، العناوين في المسائل الأصولية ٥٠/٢ ، أصول الاستنباط للحيدري ٢١٠ ، الإيهام ١١٠/٣ ، المص للشيرواني ٦٦) وبعبارة أخرى : العدم الأصلي : هو عدم وجود التكاليف والأحكام قبل ورود الشرائع . ويسمى (البراءة الأصلية) .

التكليف ، أي أن هذا النوع مجرد حكم عقلي يدل على بقاء الأمور على ما كانت عليه حتى يرد حكم الشرع .

فإذا ادعى شخص على آخر ديناً ، فعليه إقامة الدليل على أن ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين ، فإذا لم يستطع إثباته ، كانت ذمة المدعى عليه بريئة ؛ لأن الأصل هو البراءة حتى يثبت المدعى دينه . والأصل عدم الالتزام بالتكاليف الشرعية ، فإذا ألزما الشارع بخمس صلوات ، يكون القول بصلاة سادسة قولاً بخلاف الأصل ، فيطلب عليه الدليل . وكذلك إذا ألزما الشارع بصوم شهر رمضان يكون القول بصوم شوال قولاً بخلاف الأصل ، فيطلب عليه الدليل .

وما لم يعرف الدليل الذي يدل على خلاف الأصل ، فيعد ذلك من باب العلم بعدم الدليل ، لا من باب عدم العلم بالدليل ؛ لأن عدم وجود الدليل السمعي المنقول عن الشرع قد يكون معلوماً يقيناً ، وقد يكون مظنوناً ، وفي مثالي الصوم والصلاة انتفاء الدليل السمعي معلوم ، إذ لو كان موجوداً لانتشر ونقل إلينا ، وما خفي على جميع الأمة ، وهذا علم بعدم الدليل .

وأما عدم وجود الدليل بالظن ، فإن المجتهد إذا بحث عن الدليل ولم يجده غلب على ظنه انتفاء الدليل ، فنزل ذلك منزلة العلم بعدم الدليل في حق العمل ؛ لأنه ظن مستند إلى بحث ، وهو أقصى ما يجب على المجتهد .

هذا النوع قال فيه الحنفية : إن الاستصحاب فيه يصلح حجة للدفع لا للإبقاء كما سيأتي توضيحه .

الخامس - استصحاب حكم ثابت بالإجماع في محل الخلاف بين العلماء^(١) ، بأن يتفق المجتهدون على حكم في حالة ، ثم تتغير صفة المجمع عليه ، فيختلفون فيه ،

(١) الإحكام للآمدي ١٢٧/٣ ، اللع ٦٧ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٣٤ ، روضة الناظر ٣٩٢/١ ، الإبهاج ١١١/٣ ، رسالة في أصول الفقه لابن فورك ١٣ ، مغني المحتاج ١٠١/١ ، فتح

مثاله : إجماع الفقهاء على صحة الصلاة عند فقد الماء ، فإذا أتم المتيم الصلاة قبل رؤية الماء صحت الصلاة ، أما إذا رأى الماء في أثناء الصلاة ، فهل تبطل الصلاة ويستأنفها بالوضوء أو لا ؟ قال الشافعي ومالك :

لا تبطل الصلاة ، وإنما يتها : لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل رؤية الماء ، فيستصحب حال الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطله : لأن الدليل الدال على صحة الشروع في الصلاة دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع . وقال المانعون ومنهم أبو حنيفة وأحمد : تبطل الصلاة ولا اعتبار بالإجماع على صحة الصلاة قبل رؤية الماء ، فإن الإجماع انعقد في حالة العدم لا في حالة الوجود ، ومن أراد إلحاق العدم بالموجود فعليه الدليل .

ومثاله أيضاً قول الظاهرية بجواز بيع أم الولد : لأن الإجماع انعقد على جواز بيع هذه الجارية قبل أن يستولدها سيدها ، فتلد ولدأ له ، فيظل هذا الإجماع مستمراً حكمه بعد الاستيلاد بمقتضى استصحاب الحال : لأن الولادة لم تزل هذا الإجماع .

هذا النوع محل خلاف بين العلماء ، فقال الأكثرون (الحنفية والحنابلة وجهور المالكية) : لا يجوز الاستدلال بمجرد الاستصحاب ، بل إن اقتضى القياس أو غيره إلحاقه بما قبله ، ألحق به وإلا فلا ؛ لأن انعقاد الإجماع على صفة لا يستلزم الإجماع على صفة أو حال أخرى ، وانعقاد الإجماع هنا إنما كان على الصفة التي كانت قبل محل النزاع ، وهو صحة الصلاة قبل رؤية الماء في الصلاة ، فأما بعد الرؤية فلا إجماع ، فليس هنا ما يستصحب كما قال ابن القيم : لأن شرط الاستصحاب بقاء الحال على الصفة التي كانت وقت الحكم ، فإن هذه هي التي تعد مناطه ، فإذا تغيرت الصفة ، فقد زالت الحال ، أو تغير موجب الحكم ، فيكون الأمر خاضعاً لحكم آخر .

وذهب الشافعي وأبو ثور وداود الظاهري واختاره الأمدي وابن الحاجب والشوكاني إلى الاحتجاج به^(١) ؛ لأن المتمسك بالاستصحاب باق على الأصل ، فلا يجب عليه الانتقال عنه إلا بدليل يصح لذلك ، هذا مع اعترافهم بأنه لا إجماع في محل النزاع ، وإنما استصحبوا حال المجمع عليه حتى يثبت ما يزيله ، وتبدل حال المحل المجمع على حكمه أولاً كتبدل زمانه ومكانه وشخصه ، وتبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع استصحاب ما ثبت له قبل التبدل ، مما يدل على أن تبدل الوصف لا يمنع العمل بالاستصحاب ، حتى يقوم الدليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف ناقلاً للحكم مثبتاً لظده ، ومن أمثلة الدليل الناقل : أن الدباغ مثلاً ناقل لحكم نجاسة الجلد ، وتخليل الخمرة ناقل للحكم بتحريمها . أما قبل الدباغ أو التخليل فإن النجاسة باقية ، والتحريم باقٍ .

هذا وقد جعل بعض العلماء الصورتين الأولى والرابعة نوعاً واحداً ؛ لأن الإباحة الأصلية يشملها استصحاب العدم الأصلي ، وأضاف صورة خامسة وهي ما يسمى بالاستصحاب المقلوب : وهو ثبوت أمر في الزمان السابق بناء على ثبوته في الزمن الحاضر حتى يثبت خلافه . وقد اعتمد المالكية هذا النوع في الوقف الذي لا يعرف بعد البحث أصل مصرفه وشروط واقفه ، فإذا كان في الحاضر يصرف على نمط معين ، حكم باستصحاب هذه الحالة في الماضي حتى يثبت خلافها . وبه تكون صور الاستصحاب الخمسة عندهم هي :

١ - استصحاب البراءة الأصلية .

٢ - استصحاب النص حتى يرد التغيير ، واستصحاب العموم حتى يرد التخصيص .

(١) الأمدي المرجع السابق ، تخريج الفروع على الأصول ٢١ ، المستصفى ١٢٨/١ ، إرشاد الفحول ٢٠٩ ، ابن حنبل لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٢٩٥ ، أعلام الموقعين ٢٤١/١

٣ - استصحاب الوصف الثابت شرعاً حتى يرد ما يغيره .

٤ - استصحاب حال الإجماع في محل الخلاف .

٥ - استصحاب الحال في الماضي (الاستصحاب المقلوب)^(١) .

آراء العلماء في مدى حجية الاستصحاب :

للعلماء في الاحتجاج بالاستصحاب عند عدم الدليل مذاهب ، منها ثلاثة :

أولاً - قول أكثر المتكلمين : إنه ليس بحجة أصلاً ؛ لأن الثبوت في الزمان الأول يفقر إلى الدليل ، فكذلك في الزمان الثاني ؛ لأنه يجوز أن يكون هناك دليل ، وألا يكون . وهذا خاص عندهم بالشرعيات ، أما الحسيات فإن الله سبحانه أجرى العادة فيها بالاستصحاب ، ولم يجر العادة به في الشرعيات .

ثانياً - قول جمهور الحنفية المتأخرين^(٢) : وهو أن الاستصحاب حجة للدفع والنفي لا للإثبات والاستحقاق ، أي أنه يصلح لدفع ما ليس بثابت ، لا لإثباته ، فهو يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال ، لإبقاء الأمر على ما كان ، أي أن الاستصحاب لا يثبت به إلا الحقوق السلبية بمعنى أنه حجة لبقاء الحقوق المقررة الثابتة من قبل ، وليس بسبب موجب لحق مكتسب ، فلا يثبت حكماً جديداً ، وإنما يستمر به حكم العقل بالإباحة الأصلية ، أو البراءة ، أو ببقاء حكم الشرع بشيء ، بناء على تحقق السبب الذي ربط به هذا الحكم . فبقاء الأمر على ما كان ، إنما يستند إلى موجب الحكم ، لا إلى عدم المغير ، ولهذا قالوا : إن

(١) مقاصد الشريعة ومكارمها للأستاذ غلال الفاسي ١٣٠ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ١٠٩٨/٢ ، مرآة الأصول ٣٦٧/٢ ، أصول السرخسي ٢٢٥/٢ ، أصول الشاشي ١١٦ ، أعلام الموقعين ٣٣٩/١ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٤ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٥/٢ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢٨٤/٢ ، أصول الفقه لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة ٢٨٦

الاستصحاب حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، لا لإثبات ما لم يكن ، وذلك واضح في صورتين الثالثة والرابعة من صور الاستصحاب .

فالاستصحاب لبراءة ذمة ليس بحجة لبراءتها حقاً ، بل يصلح فقط لمدافعة الخصم الذي يدعي شغل هذه الذمة بدون دليل يثبت دعواه ، واستصحاب الملكية الثابتة بعقد سابق ليس حجة لبقاء الملكية ، بل حجة لدفع دعوى من يدعي زوال هذه الملكية ، دون أن يقيم الدليل عليه .

ثالثاً - قول جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(١) وهو : أن الاستصحاب حجة مطلقاً لتقرير الحكم الثابت حتى يقوم الدليل على تغييره ، فيصلح للاستحقاق كما يصلح للدفع ، أي أن استصحاب الحال يثبت الحقين : الإيجابي والسلبي^(٢) ما دام لم يقم دليل مانع من الاستمرار ، وهذا هو مذهب الشيعة^(٣) .

وقد ترتب على هذا الاختلاف بين العلماء اختلافهم في مسائل منها : حال المفقود (وهو الذي غاب عن بلده بحيث لم يعرف أثره ، ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره) فإنه عند المالكية والشافعية ومن وافقهم يتلقى حقوقاً إيجابية من غيره ، فيرث من غيره فيحتفظ له بنصيبه ، وتثبت له الوصايا ، استصحاباً لحياته . وتظل على ملكيته الحقوق التي كانت قبل فقده ، وهذا هو الجانب السلبي ، فهم يحكمون ببقاء حياته مدة فقده إلى أن يثبت موته ؛ لأن الأصل

(١) راجع الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥/٥٩٠ ، الإبهاج ٣/١١١ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٣ ، نزهة الخاطر شرح روضة الناظر ١/٢٨٩ وما بعدها ، رسالة في أصول الفقه للسيوطي ٧٦ من مجموعة رسائل ، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ١٨٩ ، مختصر ابن الحاجب ٢١٧

(٢) ابن حنبل لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٢٩١

(٣) راجع الأصول العامة للحكيم ٤٥٤ ، ٤٥٧ ، ٤٧٥

حياته ، فيستصحب الأصل حتى يظهر خلافه فهو يرث ولا يورث . وقال الحنابلة : يورث ولا يرث بعد مضي أربع سنين من فقده .

وأما عند الحنفية : فلا تثبت له حقوق إيجابية كالإرث والوصية من غيره ، وإنما يحتفظ فقط بالحقوق السلبية ، وهي بقاء ملكيته على ذمته فيما كان له قبل فقده ، فاستصحاب حياته يفيد فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ، ومن فراق زوجته ، ولا يفيد في انتقال ملكية الغير له ، فهم إذن يحكمون ببقاء حياته مدة فقده بالنسبة لأمواله وزوجته فقط ، حتى يقوم دليل على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته ، فالمفقود عندهم حي في حق نفسه ، وميت في حق غيره ، فلا يورث ولا يرث من غيره ، ولا يحتفظ له بنصيب ، ولا يعتقد به في توزيع التركة على ورثة المتوفى^(١) ، لأن الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة لإثبات الحقوق الجديدة المكتسبة ، أي أنه حجة لدفع الاستحقاق حتى لا يورث ماله ، ولا يصلح سبباً للاستحقاق ، فلو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال الموت .

وقد استدل الشافعية ومن شايعهم على حجية الاستصحاب بدليلين^(٢) .

١ - إن ما ثبت في الزمان الأول من وجود أمر أو عدمه ، ولم يظهر زواله لا قطعاً ولا ظناً ، فإنه يلزم بالضرورة والبدهة أن يحصل الظن ببقائه كما كان ، والعمل بالظن واجب ، وإن لم تقل به لكان يلزم منه ثلاثة أمور باطلة .

أحدها : ألا تثبت أحكام الشريعة الثابتة في عهد النبي ﷺ بالنسبة إلينا ، لجواز النسخ ، فإنه إذا لم يحصل الظن من الاستصحاب يكون بقاءها مساوياً لجواز نسخها ، وحينئذ لا يمكن الجزم بشبوتها ، وإلا لزم الترجيح من غير

(١) فتح القدير ٤/٤٦٦

(٢) الإسنوي ٣/١٥٨ . ونظر مختصر ابن الحاجب ٢١٧

مرجح ، فبه يظهر أن دليل ثبوت تلك الأحكام في زماننا هو اعتقاد استمرارها على ما كانت عليه ، وهذا هو الاستصحاب . وبعبارة أخرى : لو لم يكن الاستصحاب حجة لما جزمنا بالشرائع مع احتمال طرو الناسخ لها ، لكن التالي باطل ، فبطل المقدم وثبت تقيضه .

ثانيها : ألا تتقرر معجزة أصلاً ؛ لأن المعجزة أمر خارق للعادة متوقف على استمرار العادة ، فإنه لو لم يتوقف على استمرارها لجاز تغييرها ، فلا تكون المعجزة خارقة للعادة ، واستمرار العادة متوقف على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، فإنه لا معنى للعادة إلا أن تكرر وقوع الشيء على وجه مخصوص يقتضي اعتقاد أنه لو وقع لم يقع إلا على ذلك الوجه .

ثالثها : أن يكون الشك في الطلاق كالشك في النكاح ، لاشتراكهما في عدم حصول الظن بما مضى ، وحينئذ فيلزم أن يباح الوطء فيهما ، أو يحرم فيهما وهو باطل اتفاقاً ، بل يباح الوطء للشاك في الطلاق دون الشاك في النكاح^(١) .

٢ - إن بقاء الباقي راجح على عدمه ، وإذا كان راجحاً وجب العمل به اتفاقاً . وأما وجهة رجحان البقاء على عدمه فلأن عدم يحتاج إلى سبب جديد يحدث به ، ومالا يفتقر إلى شيء أرجح من المفتقر إليه ، فيكون البقاء أرجح من عدم ، لما هو معروف أن المتوقف على مقدمات أقل يكون أرجح من غيره .

٣ - قام الإجماع على اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع الفقهية ، كبقاء الوضوء والحدث والزوجية والملك ، مع وجود الشك في رافعها .

هذا وقد أجاد الأستاذ محمد تقي الحكيم من علماء الشيعة في تصوير الاستصحاب بملاحظة هذه المعاني السابقة ، فاعتبره ظاهرة اجتماعية ، يصدر عنها

(١) راجع الإيهاج ونهاية السؤل شرحي المنهاج ١١٢/٣

الناس في مجتمعاتهم ، حتى مع الشك ، صدوراً تلقائياً - كما هو الشأن في الظواهر الاجتماعية - فقال :

والذي يبدو لي أن الاستصحاب من الظواهر الاجتماعية العامة التي ولدت مع المجتمعات ودرجت معها ، وستبقى - ما دامت المجتمعات - ضمانة لحفظ نظامها واستقامتها ، ولو قدر للمجتمعات أن ترفع يدها عن الاستصحاب لما استقام نظامها بحال ، فالشخص الذي يسافر مثلاً ويترك بلده وأهله وكل ما يتصل به ، لو ترك للشكوك سبيلها إليه - وما أكثرها لدى المسافرين ، ولم يدفعها بالاستصحاب - لما أمكن له أن يسافر عن بلده ، بل يترك عتبات بيته أصلاً ، ولشلت حركتهم الاجتماعية وفسد نظام حياتهم فيها^(١) .

وإني أرجح مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقاً في النفي والإثبات ، لقوة أدلتهم ، ولكثرة الوقائع التي يحتج فيها بالاستصحاب ، لذا قال الرازي : لا بد منه في الدين والشرع والعرف .

المبادئ المبنية على الاستصحاب :

استنبط الفقهاء بعض المبادئ الفقهية من الاستصحاب ، وهي :

١ - إن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، حتى يثبت ما يغيره^(٢) ، فالمفقود مثلاً : الأصل فيه بقاءه حياً ، حتى يقوم دليل على وفاته ، فلا يورث ماله بالاتفاق ، وأما ما يرثه من غيره ، فيوقف له حتى تثبت حياته أو موته عند الجمهور ؛ لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث عند موت المورث ، ولا يرث من أحد عند الحنفية كما بينا .

٢ - الأصل في الأشياء الإباحة : وبناء على هذا يحكم بصحة كل عقد أو

(١) راجع الأصول العامة للفقه المقارن ٤٥٩

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٧

تصرف لم يرد عن الشرع ما يدل على فساد أو بطلانه ، كما أن كل ما لم يقم دليل من النصوص الشرعية على حظره ، فهو مباح ، لا تثير على فاعله ولا لوم عليه .

٣ - الأصل في الذمة البراءة من التكليف والحقوق ، ويعرف ذلك بقاعدة (استصحاب البراءة) وهي قاعدة متفق عليها ، فلا يجوز إثبات شيء في ذمة شخص أو نسبة شيء إلى شخص إلا بدليل ، بينما لا يحتاج النفي (أي عدم الفعل أو عدم الالتزام) إلى دليل ، لأنه الأصل المتفق عليه .

٤ - اليقين لا يزول بالشك ، أي لا يرفع حكمه بالتردد^(١) : فمن يتيقن الوضوء وشك في الحدث يحكم ببقاء وضوئه^(٢) . ومن شك في الطاهر المغير للماء ، هل هو قليل أو كثير ، فالأصل بقاء الطهورية . ومن أكل آخر الليل وشك في طلوع الفجر صرح صومه ؛ لأن الأصل بقاء الليل ، فالليل متيقن ، والفجر مشكوك فيه . ومن أكل آخر النهار بلا اجتهد وشك في غروب الشمس ، بطل صومه ؛ لأن الأصل بقاء النهار ، فالنهار متيقن والغروب مشكوك فيه .

إلا أن الإمام مالك لا يحيز الصلاة مع الشك بالطهارة ، ويوجب الوضوء ؛ لأنه وإن كان الأصل بقاء الطهارة ، فإن الأصل أيضاً بقاء الصلاة في ذمته ، فإن قيل : لا نخرجه من الطهارة بالشك ، قال مالك : ولا ندخله في الصلاة بالشك ، فيكون قد خرج منها بالشك .

☆ ☆ ☆

(١) المرجع السابق ٤٧ ، ٤٨ ، وغاية الأصول ١٤٠ ، الأصول العامة ٤٧٢ ، أصول الاستنباط ٢١٧ ،
العناوين ٥٥/٢ ، ٥٩

(٢) أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « قال رسول الله ﷺ : إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً ، فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد ، حتى يسمع صوتاً ، أو يجد ريحاً » (سبل السلام ٦٦/١) .

المبحث السابع

الذرائع

الكلام في هذا الأصل عن تعريف الذرائع ، والفرق بين الذريعة والمقدمة ، وأنواع الذرائع وآراء العلماء فيها وتحقيق محل النزاع بينهم ، وما يترتب على اعتبار الذرائع من تحريم الحيل^(١) .

تعريف الذرائع :

الذريعة في اللغة : هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء ، وعند علماء الأصول^(٢) : هو ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتل على مفسدة ، إلا أن هذا التعريف مقصور على الذرائع المحرمة ، والأنسب ما ذكره ابن القيم^(٣) وهو أن الذريعة : ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء . والمقصود من (الشيء) ليس هو العموم ، وإنما يفهم من قرينة الكلام التحدث عن الذريعة في الأحكام الشرعية من طاعة أو معصية .

لهذا اخترت تعبير (الذرائع) ، لأنه في مجال الأحكام الشرعية ذو حدين : أي سد الذرائع : ومعناه الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة إذا كانت النتيجة فساداً ؛ لأن الفساد ممنوع ؛ وفتح الذرائع : معناه الأخذ بالذرائع إذا كانت

(١) هذا المبحث ملخص من بحث حصلت به على دبلوم معهد الشريعة من كلية الحقوق - جامعة

القاهرة عام ١٩٥٩ م . وعنوانه (الذرائع في السياسة الشرعية والفقهاء الإسلامي) .

(٢) الموافقات للشاطبي ١٩٨/٤ وما بعدها .

(٣) أعلام الموقعين ١٤٧/٣

النتيجة مصلحة ؛ لأن المصلحة مطلوبة ، قال القرافي^(١) : « اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب ، وتباح ، فإن الذريعة هي الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج . وموارد الأحكام على قسمين : مقاصد : وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، ووسائل : وهي الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها ، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى ما يتوسط متوسط ، ومما يدل على حسن الوسائل الحسنة قوله تعالى : ﴿ ذلك بأنهم لا يصيبهم ظمأ ولا نصب ولا مخمصة في سبيل الله ولا يطيؤون موطئاً يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلاً إلا كتب لهم به عمل صالح ﴾ فأنابهم الله على الظمأ والنصب ، وإن لم يكونا من فعلهم بسبب أنها حصلوا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين وصون المسلمين ، فيكون الاستعداد وسيلة الوسيلة » .

درجة التكليف بالذرائع : بناء على ما سبق يكون طلب الذريعة بحسب ما تؤدي إليه من المصلحة أو المفسدة ، فقد تكون مباحة كالكسب الحلال للتمتع بالطيبات ، والأكل لدفع غائلة الجوع ، أو واجبة كالوضوء للصلاة ، وقد تكون حراماً كالسرقة من أجل الإنفاق على العيال من غير ضرورة ملجئة .

ويتضح لي مما ذكر أن وسيلة المحرم محرمة ، ووسيلة الواجب واجبة ، لكن هذا مبني على قاعدة جمهور العلماء المقررة في مباحث الحكم وهي : « ما لا يتم الواجب إلا به واجب » فالفاحشة حرام والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ؛ لأنها تؤدي إلى الفاحشة ، والجمعة فرض فالسعي لها فرض ، وترك البيع لأجل السعي فرض أيضاً ، والحج فرض ، والسعي إلى البيت الحرام وسائر مناسك الحج فرض

(١) الفروق ٢٣/٢

لأجله ؛ لأن الشارع إذا كلف العباد أمراً ، فكل ما يتعين وسيلة له مطلوب بطلبه ، وإذا نهى الناس عن أمر ، فكل ما يؤدي إلى الوقوع فيه حرام أيضاً .

ثبت هذا بالاستقراء للتكليفات الشرعية طلباً ومنعاً^(١) ؛ إذ وجدنا الشارع ينهى عن الشيء ، وينهى عن كل ما يوصل إليه ، ويأمر بالشيء ، ويأمر بكل ما يوصل إليه ، فإنه أمر بالمحبة بين الناس ونهى عن التباغض والفرقة ، ونهى عن كل ما يؤدي إليها^(٢) ، فنهى أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه ، وأن يستام (يسوم) على سوم أخيه ، أو أن يبتاع على بيعه^(٣) ، وما ذاك إلا أنه ذريعة إلى التباغض المنهي عنه ، ونحوه ، وقد أسهب ابن القيم في بيان هذا الأصل وتقريره وإثباته بالأدلة الشرعية^(٤) .

الفرق بين الذريعة والمقدمة :

هناك فرق بين الذريعة والمقدمة :

وهو أن مقدمة الشيء : هي الأمر الذي يتوقف عليه وجود ذلك الشيء ، فالملاحظ فيها هو توقف حصول المقصود عليها ، أما الذريعة فالملاحظ فيها : هو معنى التوصيل والإفضاء إلى المقصود بالحكم . مثل أساس الجدار المتوقف عليه هو مقدمة ، والسلم الموصلة إلى السطح ، هي ذريعة .

(١) ابن حنبل لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٣١٤

(٢) أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا ، ولا تدابروا ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، وكونوا عباد الله إخواناً ، المسلم أخو المسلم لا يظلمه ، ولا يخذله ، ولا يكذبه ، ولا يحقره . التقوى ههنا ، ويشير إلى صدره ثلاث مرات . بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه » .

(٣) سبق تخريج حديث البيع على البيع والخطبة على الخطبة . ولمسلم : « لا يسوم المسلم على سوم المسلم » (سبل السلام ٣/٣) .

(٤) أعلام الموقعين ١٤٧/٣

ويتضح الفرق في قوله تعالى : ﴿ ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ﴾ إنه من باب الذريعة ، وليس من قبيل المقدمة ؛ لأن مفسدة افتتان الرجل بالمرأة لا يتوقف حصولها على ضرب المرأة برجلها ذات الخلاخيل ، ولكن هذا ذريعة إلى تلك المفسدة ؛ لأن من شأنه أن يجر إليها .

وكذا قوله تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فیسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ ليس من باب المقدمة ؛ لأن سب المشركين إله العالمين لا يتوقف حصوله على أن يسب المؤمنون آلهة المشركين وأصنامهم ، ولكن سب المؤمنين هذه الآلهة المزيفة ذريعة تجر إلى أن يسب المشركون الإله الحق .

عدم تلازم الذريعة والمقدمة :

إنه لا يلزم في المقدمة التي يتوقف عليها وجود المفسدة أن تكون شيئاً من شأنه الإفضاء إلى المفسدة ، كذلك لا يلزم في الذريعة التي يتوصل بها إلى ما فيه مفسدة أن يتوقف عليها وجود تلك المفسدة .

وعليه فإن مقدمة المفسدة قد تتحقق من غير أن يكون فيها معنى الذريعة المفضية إليها ، كالسفر لمعصية ، فإنه يتوقف ارتكابها على قطع المسافة ، إلا أن السفر ليس من شأنه أن يفضي إلى تلك المعصية .

وقد تجتمع المقدمة والذريعة في شيء واحد ، كما في شرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر وضياع العقل ، والزنى المفضي إلى اختلاط الأنساب ، فكل منها مقدمة للمفسدة وذريعة إليها^(١) .

(١) السياسة الشرعية للدكتور عبد الرحمن تاج ٦٩ وما بعدها .

أساس الحكم القضائي على الذرائع :

كل فعل يفعله الإنسان من تصرفات وعقود يتضمن ناحيتين : ناحية الباعث الدافع إلى الفعل ، وناحية المقصد والمآل الذي يؤدي إليه الفعل ، وقد بنى الشاطبي قاعدة الذرائع على مسألة أخرى وهي أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً^(١) ، ومنه يتبين أن أساس الحكم قضاء لا ديانة على الذرائع : هو النظر إلى نتيجة الفعل ، فإن كانت النتيجة مصلحة كانت الوسيلة مطلوبة شرعاً ؛ وإن كانت النتيجة مفسدة أو ضرراً كانت الذريعة ممنوعة شرعاً ؛ لأن المصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب ، والفساد ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع ، حتى ولو كان القصد حسناً والنية صالحة .

وبناء عليه يجب على الأمة تعلم الصناعات المختلفة ؛ لأنها ذرائع للمصالح العامة التي يقوم عليها شأن العمران ، وهذا من باب فتح الذرائع ، وذكر القرافي أمثلة على فتح باب الذرائع أشير إليها هنا^(٢) .

أ - يجوز دفع المال للمحاربين الكفار للتوصل إلى فداء الأسارى المسلمين ، فإن دفع المال للمحاربين في الأصل محرم ، لأنه يتقوى به ، ويضر جماعة المسلمين ، ولكنه أجيز لدفع ضرر أكبر وهو تخليص أسارى المسلمين من رقّ العبودية ، وتقوية الجماعة الإسلامية بهم .

ب - يجوز دفع المال لشخص على سبيل الرشوة يأكله حراماً ليتقي به معصية يريد إيقاعها به ، وضررها أشد من دفع المال إليه ، وذلك إذا عجز عن دفعه إلا بالرشوة . وقد أجازته كثير من المالكية والحنابلة .

ج - يجوز دفع مال لدولة محاربة لدفع أذاها وخطرها ، إذا لم يكن بجماعة

(١) الموافقات ١٩٤/٤ ، ٢٢٣/٢

(٢) راجع الفروق ٣٣/٢ ، الموافقات ٣٥٢/٢

المسلمين قوة يستطيعون بها حماية البلاد ، هذه الحالات دفع المال فيها معصية إلا أنه أجزى منعاً لضرر أكبر ، أو جلباً لمصلحة أعظم .

د - إعطاء المال لقاطعي طريق الحجاج ، للتوصل إلى بيت الله الحرام ، أجازته بعض المالكية وبعض الحنابلة .
وأمثلة سد الذرائع كثيرة منها^(١) :

أ - تحريم النظر إلى النساء ؛ لأنه يؤدي إلى الزنى .
ب - تحريم قضاء القاضي بعلمه ؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من طريق قضاة السوء .

ج - تضييع حملة الطعام ؛ لئلا تمتد أيديهم إليه .
د - حرم الأئمة مالك والشافعي وأحمد بيع السلاح عند الفتنة وأبطلوه ؛ لأنه إغانة على العدوان غالباً .

هـ - قرر المالكية والحنابلة عدم قبول توبة الزنديق الذي ارتد وكان مشهوراً بالزندقة ، فإن المقرر في الإسلام أن المرتد يستتاب ، فإن تاب عاد مسلماً وإن لم يتب قتل ، ولكن الزنادقة المرتدين استثنوا من ذلك ؛ لأنهم يتخذون عنوان الإسلام سبيلاً للكيد له ، وإفساد العقيدة ، ونشر البدع ، وبث الدعاية الخفية لإفساد المسلمين ، فهم منافقون يجب قتلهم سداً لذريعة الفساد والإيغال في الشر .
هذه الأحكام روعي فيها النظر إلى نتائج الأعمال وما يترتب عليها من أضرار .

(١) الفروق ، المرجع السابق ٣٢ ، وابن حنبل للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ٢٢١ ، الموافقات

للشاطبي ٢٥٢/٢ ، مغني المحتاج ٢٨/٢

أما الباعث السيئ فينظر إليه من ناحية الحكم الأخروي ، بحيث يأثم الإنسان ويعاقب عليه .

كيفية النظر إلى الذرائع بنحو أعم :

ينظر إلى الوسائل أو الذرائع بنحو أعم من جانبين^(١) :

أحدهما - النظر إلى الباعث الذي يبعث الشخص على الفعل ، سواء أكان قصده أن يصل إلى حلال ، أم يصل إلى حرام ؟

ثانيهما - النظر إلى المآلات المجردة ، من غير نظر إلى البواعث والنيات .

أما الأول - وهو النظر إلى الباعث : فهو كأن يعقد عقداً لا يقصد به مقتضاه الشرعي ؛ بل يقصد به أمراً محرماً ، كمن يعقد عقد زواج على امرأة لا يقصد به أصل العشرة الدائمة ، بل يقصد به أن يحلها لمطلقها بالثلاث . وكمن يعقد عقد بيع لا يقصد به مجرد نقل الملكية وقبض الثمن ، بل يقصد به التحايل على الربا ، فإنه في هذه الأحوال وأشباهها يكون العاقد آثماً ، ولا يحل ما عقد فيما بينه وبين الله ، أي ديانة .

وإن قامت الدلائل عند إنشاء العقد على نيته ، اعتبرت تلك النية الظاهرة سبباً في فساد العقد وبطلانه ؛ لأن اعتبار النية التي قام عليها دليل مادي ظاهر اقترن بإنشاء العقد ، أولى من اعتبار الألفاظ المجردة ، بل إن العمل بالنية تفسير لهذه الألفاظ ؛ لأن قرائن الأحوال تعين المراد وتكيف المقاصد ، وإن الألفاظ موضوعة للدلالة على مقاصد العاقدين ، فإذا ألغيت تلك المقاصد واعتبرت العبارات مجردة ، كان ذلك إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما لم يقصد لذاته .

(١) مالك لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ٤٠٦ ، أصول الفقه له ٢٧٥ ، ابن حنبل له ١٥

ويلاحظ في هذه الحال ، كان النظر إلى الباعث من حيث التأثيم أولاً ، ثم من حيث بطلان التصرف إن قام الدليل .

وأما الثاني - وهو النظر إلى المآل من غير اعتبار للباعث ، فالاتجاه فيه إلى الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه ، فإن كانت تنحو نحو المصالح التي هي المقاصد من معاملات الناس بعضهم مع بعض ، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد . وإن كانت مآلاتها تنحو نحو المفساد ، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المقاصد ، وإن كان مقدار التحريم أقل في الوسيلة .

والنظر إلى المآلات على هذا النحو لا يكون إلى مقصد العامل ونيته ، بل إلى نتيجة العمل وثمرته . وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة على نحو النظر الأول . وبحسب النتيجة والثمرة يحسن العمل في الدنيا أو يقبح ، ويطلب أو يمنع ؛ لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، فمن سب الأوثان مخلصاً للعبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه ، ولكنه تعالى نهى عن السب إن أثار ذلك حنق المشركين ، فسبوا الله عدواً بغير علم ، قال تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فیسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ فكان الملاحظ في هذا النهي النتيجة الواقعة ، لا النية المحتسبة .

ويستدل منه أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم لا يتجه فيه إلى النية فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً ، فالأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال ، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه ، سواء قصده أم لم يقصده ، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب ، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر ، فهو منهي عنه ممنوع بسبب النتيجة ، وإن كان قد علم الباعث الحسن والنية المخلصة .

وقد يقصد الإنسان الشر بفعل المباح ، فيكون آثماً فيما بينه وبين الله ،

ولكن ليس لأحد عليه من سبيل ، ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي . كمن يرخص في سلعته ، ليعرض بفعله تاجراً ينافسه ، فإن هذا بلا شك عمل مباح ، وهو ذريعة إلى إثم ، هو الإضرار بغيره وقد قصده . ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء . فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر ، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام والخاص ، فإن البائع بلا شك ينتفع من بيعه ومن رواج تجارته . وينتفع العامة من ذلك الرخص ، وقد يدفع إلى تنزيل الأسعار ، لكن كرهه الإمام أحمد إن تبين أن فيه إضراراً بصاحبه . ومنعه الإمام مالك عملاً بما رواه عن ابن المسيب « أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ بحاطب بن أبي بلتعة ، وهو يبيع زيبياً له في السوق ، فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا »^(١) والمعنى أن حاطباً كان يبيع دون سعر الناس في السوق ، فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس ، أو يقوم من السوق .

فبدأ سد الذرائع لا ينظر فقط إلى النيات والمقاصد الشخصية كما رأينا ، بل يقصد معه إلى النفع العام ، أو إلى دفع الفساد العام ، فهو ينظر إلى القصد مع النتيجة أو إلى النتيجة وحدها .

وقد افترض الشاطبي صورة يقصد فيها العامل إلى نفع نفسه وإلى ضرر غيره معاً ، وليس في القضية نفع عام ولا فساد عام ، فقال : « لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع ، وقصد إضرار غيره ، أيمنع منه فيصير غير مأذون فيه ، أم يبقى على حكمه الأصلي ، من الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟

(١) المنتقى على الموطأ ١٧/٥

هذا مما يتصور فيه الخلاف في الجملة ، ويحتمل في الاجتهاد تفصيلاً : « وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ، أو درء تلك المفسدة ، حصل له ما أراد أو لا . فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه ، إلا لأجل الإضرار ، فلينتقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد إلا الإضرار . وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر بها غيره ، فحق الجالب أو الدافع مقدم ، وهو ممنوع من قصد الإضرار »^(١) . أي أنه يمنع من الفعل في صورتين : وهما حالة إمكان تحقيق مصلحته من طريق آخر وحالة قصد الإضرار فقط . ويجوز الفعل في حالة تعين ممارسته ، ولا سبيل لتحقيق المصلحة سوى ذلك .

المنع من الضرر العام في نطاق الحكم الديني في الذرائع :

عرفنا أن أصل الذرائع من حيث الحكم الديني لا تعتبر فيه النية على أنها الأمر الجوهري في المنع أو الإباحة ، إنما النظر الجوهري إلى النتائج والثرات ، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة ، كان واجباً بوجوبها ، وإن كان يؤدي إلى فساد فهو ممنوع بمنعه ؛ لأن الفساد ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب . وإن المقصود بالمصلحة : النفع العام ، وبالفساد : ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس .

وعليه إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلى ضرر عام ، أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك مطلوباً سداً للذريعة ، وإيثاراً للمنفعة العامة على الخاصة^(٢) ، مثل تلقي السلع قبل نزولها

(١) الموافقات ٢/ ٣٤٩ ، ط التجارية .

(٢) المرجع السابق ٢/ ٣٤٨ ، ابن حنبل لأستاذنا أبو زهرة ٣١٧

الأسواق ممنوع ، لأنه وإن كان في أصله جائزاً ، لأنه بيع وشراء ، ولكن إن أجزى كان الناس في ضيق ولم تستقم حرية التعامل ، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام ، فيمنع الشراء لسد الذرائع ، ويكون المنع عاماً ، ولو كان لبعض المتلقين نية حسنة محتسبة ، وفوق ذلك فإن هناك غبناً محتملاً على البائع ، فأثبت الإمام أحمد الخيار له مطلقاً ، سواء غبن بالفعل أم لا^(١) .

ومثل احتكار الطعام وما يحتاج إليه الناس ، إنه حرام لقول النبي ﷺ « لا يحتكر إلا خاطيء »^(٢) ولولي الأمر أن يمنع الاحتكار منعاً من إضرار الناس ، وله إجبار المحتكرين على البيع بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه . وتدخل ولي الأمر في هذا يعتبر سداً لذريعة الفساد والأذى الذي ينزل بالناس^(٣) .

أنواع الذرائع :

تنقسم الذرائع باعتبارين : الاعتبار الأول بالنسبة للنتائج المترتبة عليها عموماً ، والاعتبار الثاني بالنسبة لدرجة إفضاء الذريعة إلى المفسدة .

ذكر ابن القيم في أعلام الموقعين^(٤) التقسيم الأول ، كما ذكر الشاطبي في الموافقات^(٥) التقسيم الثاني .

(١) ابن حنبل ٣١٨ . وحديث النهي عن تلقي الركبان رواه أحمد والبخاري ومسلم عن ابن مسعود ، ورووه أيضاً مع أصحاب السنن عن أبي هريرة إلا البخاري . وفيه إثبات الخيار لصاحب السلعة إذا ورد السوق (نيل الأوطار ١١٦/٥) .

(٢) رواه أحمد وأحمد ومسلم وأبو داود عن معمر بن عبد الله العدوي (نيل الأوطار ٢٢٠/٥) .

(٣) ابن حنبل ، المكان السابق .

(٤) أعلام الموقعين ١٤٨/٣

(٥) الموافقات ٣٤٨/٢

تقسيم ابن القيم للذرائع بحسب نوع النتيجة :

قسم ابن القيم الذرائع بالنسبة إلى نوع نتائجها إلى قسمين :

١ - أن تكون موضوعة للإفضاء إلى المفسدة : كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر ، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية ، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه ، وفساد الغرس ونحوها .

٢ - أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب : فيتخذ وسيلة إلى المحرم ، إما بقصده ، أو بغير قصد منه ، فالأول : كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا . والثاني : كمن يسب المشركين بين أظهرهم .

ثم هذا القسم من الذرائع نوعان : أحدهما - أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته ، والثاني - أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته ، فههنا أربعة أقسام وهي :

الأول - ما وضع للإفضاء إلى المفسدة في حد ذاتها لا محالة ، كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر ، والزنى المفضي إلى اختلاط الماء وفساد الفراش والاعتداء على العرض وإثارة العداوات بين الناس .

الثاني - ما وضع للإفضاء إلى مباح ، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة ، كعقد النكاح المقصود به التحليل ، وعقد البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا .

الثالث - ما وضع لمباح لم يقصد به التوصل إلى مفسدة ، ولكنه يفضي إليها غالباً ، وهي أرجح مما قد يترتب عليها من المصلحة ، مثل سب آلهة المشركين بين ظهرائهم .

الرابع - ما وضع لمباح ولكنه قد يفضي إلى مفسدة ، ومصلحته أرجح من مفسدته . كالنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها .

تقسيم الشاطبي للذرائع بحسب قوة النتيجة :

قسم الشاطبي الذرائع باعتبار مآلها وما يترتب عليها من ضرر أو مفسدة إلى أربعة أقسام :

الأول : ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلا بد ، وشبه ذلك ، فهذا ممنوع ، وإذا فعله يعد متعدياً بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي في الجملة : إما لتقصيره في إدراك الأمور على وجهها ، أو لقصده نفس الإضرار^(١) .

الثاني : ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وبيع الأغذية التي غالبها ألا تضر أحداً ، وهذا باق على أصله من الإذن فيه : لأن الشارع أناط الأحكام بغلبة المصلحة ، ولم يعتبر ندور المفسدة ، إذ ليس في الأشياء خير محض ولا شر محض ، ولا توجد في العادة مصلحة خالية في الجملة عن المفسدة ، قال الشاطبي^(٢) : ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة - مع معرفته بندور المضرة عن ذلك - تقصيراً في النظر ، ولا قصداً إلى وقوع الضرر ، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية .

الثالث : ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً نادراً ، ويغلب على الظن إفضاؤه إلى الفساد ، كبيع السلاح إلى أهل الحرب ، وبيع العنب إلى الخمار ، ونحوهما^(٣) .

هذا الظن الغالب يلحق هذه الحال بالعلم القطعي لأمر :

أحدها - أن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم ، فالظاهر جريانه هنا .

(١) الموافقات ٢/٣٥٨

(٢) المرجع السابق ٣٥٩

(٣) المرجع نفسه ٣٦١ ، مغني المحتاج ٢/٣٧ وما بعدها .

ثانيها - نص الشارع على سد الذرائع كما سيذكر ، وهذا القسم داخل في مضمون النص ؛ لأن معنى سد الذرائع هو الاحتياط للفساد ، والاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن .

ثالثها - إن إجازة هذا النوع فيه تعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه .

الرابع - أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً ، كبيع الآجال ، فإنها تؤدي إلى الربا كثيراً لا غالباً ، وهذا موضع نظر والتباس ، فيما أن ينظر إلى أصل الإذن بالبيع فيجوز وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة ؛ لأن العلم أو الظن بوقوع المفسدة منتفیان ؛ إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، ولا يبنى المنع إلا على العلم أو الظن ، وأيضاً لا يصح أن نحمل عمل العامل وزراً لمفسدة لم يقصدها ، ولم يكن مقصراً في الاحتياط لتجنبها ؛ لأنها ليست غالبية ، وإن كانت كثيرة .

وإما أن ينظر إلى كثرة المفسدة ، وإن لم تكن غالبية ، فيحرم ، وهو مذهب مالك وأحمد ، لأسباب ثلاثة^(١) .

أولها - أنه يراعى كثرة وقوع القصد إلى الربا في هذه البيوع ، أما القصد نفسه فلا ينضبط ، أما إنها مظنة الوقوع فقد تتخلف المفسدة في حالة من الحالات ، وكثرة وقوع المفسد مع قابليتها للتخلف يجعلها قريبة الوقوع ، ويجب الاحتياط لها في العمل ؛ لأن كثرة المفسد في باب الاحتياط تصل إلى درجة الأمور الظنية الغالبة ، أو المعلومة علماً قطعياً ، في مسار العادات ؛ لأنها تشارك حال غلبة الظن ، وحال العلم في كثرة الفساد المترتبة ، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح . وقد اعتبرت الكثرة في حديث أم ولد زيد بن أرقم الذي سأذكره في حجية سد الذرائع .

(١) الموافقات ٣٦١/٢

ثانيها - في بيوع الآجال تعارض أصلاً : لأن البيع في الأصل مأذون فيه ، وهناك أصل ثان : هو صيانة الإنسان عن إيقاع الضرر بغيره ، ويرجح الأصل الثاني لكثرة المفساد المترتبة ، فيجب المنع من هذه البيوع ، ويخرج بالترجيح الفعل عن أصله وهو الإذن ، إلى العمل بالأصل الثاني ، وهو المنع ، سداً لذرائع الفساد والشر .

ثالثها - وردت نصوص كثيرة بتحريم أمور كانت في الأصل مأذوناً فيها : لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى مفساد ، وإن لم تكن غالبية ولا مقطوعاً بها ، فمنه النبي ﷺ عن الانتباز في الأوعية التي قد يختمر النبيذ فيها ولا يعلم به ، لئلا يتخذ ذريعة^(١) ، وحرم عليه الصلاة والسلام الخلوة بالأجنبية ، وأن تسافر المرأة مع غير ذي رحم محرم^(٢) ، ونهى عن بناء المساجد على القبور ، وعن الصلاة إليها^(٣) ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(٤) ، وحرم خطبة المعتدة ونكاحها ، حتى لا تكذب في العدة^(٥) ، وحرم

(١) روى مسلم عن عائشة : « نهى وفد عبد القيس أن ينتبذوا في الدُّبَاء ، والنقيير والمزفت والخنتم » وللبخاري ومسلم نحوه من حديث ابن عباس ، وأنس ، وأبي هريرة . والدباء هو القرع ، والخنتم : هو الجرار الخضر ، والنقيير : هو أصل الجذع ينقر ويتخذ منه الإناء . والمزفت : هو المطلي بالزفت ، والمقيير : هو المطلي بالنقيير (نيل الأوطار ١٤٤/٧) .

(٢) سبق تخريجه (جامع الأصول ٤٢٧/٧) .

(٣) أخرج الشيخان عن أبي هريرة : « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » وفي صحيح مسلم : « لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا إليها ولا عليها » والعلة : سد الذريعة والبعد عن التشبه بعبدة الأوثان الذين يعظمون المجادات التي لا تسمع ولا تنفع ولا تضر ، ولما في إنفاق المال في ذلك من العبث والتبذير الخالي عن النفع بالكلية ، ولأنه سبب لإيقاد السرج عليها الملعون فاعله (سبل السلام ١٥٢/١) .

(٤) رواه الطبراني عن ابن عباس ، ونحوه لأبي داود في مراسيله (نصب الراية ١٧٠/٣) .

(٥) روى الجماعة : أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا البخاري عن فاطمة بنت قيس « أن رسول الله ﷺ قال لها بعد طلاقها : إذا حللت فأذيني ، فأذنته . فخطبها معاوية وأبو الجهم ... » (نيل الأوطار ١٠٨/٦) .

على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعي النكاح^(١) ، ونهى عن البيع والسلف^(٢) ، وعن هدية المدين^(٣) وميراث القتيل^(٤) ، وحرم صوم يوم عيد الفطر^(٥) ، إلى غيره مما هو ذريعة ، فقد كان النهي في هذه الحالات خشية وقوع المفساد التي قد تترتب عليها ، وإن لم يكن المترتب بغلبة الظن أو بالعلم القاطع ، والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم ، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة ، كما قال الشاطبي .

حجية الذرائع وآراء العلماء فيها :

اعتبر الإمامان : مالك وأحمد مبدأ الذرائع أصلاً من أصول الفقه^(٦) ، وقال ابن القيم : إن سد الذرائع ربع الدين^(٧) .

وأخذ به الشافعي وأبو حنيفة^(٨) في بعض الحالات وأنكروا العمل به في

(١) روى أحمد وأبو داود والنسائي عن أم سلمة : « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب ولا المشقة - المصبوغة بالمشق - ولا الحلي ، ولا تحتضب ، ولا تكتحل » (نيل الأوطار ٢٩٦/٦) .

(٢) هو حديث عمرو بن شعيب « لا يحل سلف وبيع ... » رواه أحمد وأصحاب السنن وابن خزيمة والحاكم .

(٣) روى القزويني وابن ماجه عن أنس : « إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي له أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وفيه مجهول ، وعند البخاري في تاريخه عن أنس « إذا أقرض فلا يأخذ هدية » (جمع الفوائد ٦٧٣/١ ، الروضة الندية ١٢٦/٢ - ١٢٧) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرج البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله ﷺ نهى عن صوم يومين : يوم الفطر ويوم النحر » (سبل السلام ١٦٩/٢) .

(٦) المدخل إلى مذهب أحمد ١٣٨ . الموافقات ٣٦١/٢ ، ١٩٨/٤ - ٢٠٠

(٧) أعلام الموقعين ١٧١/٣

(٨) الموافقات ٢٠٥/٣

حالات أخرى ، وكذلك الشيعة أخذوا به^(١) وأنكره ابن حزم الظاهري مطلقاً .
وما يدل على أن الشافعي أخذ بالذرائع ما قاله في كتابه الأم^(٢) : وفي منع
الماء لينع به الكلأ الذي هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين : أحدهما - أن ما كان
ذريعة إلى إحلال ما حرم الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم
الله . ثم أضاف قائلاً : فإن كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى
الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام^(٣) . وقال الشافعي بترك الأضحية
أحياناً إعلماً بعدم وجوبها . ولكن في مسألة بيوع الآجال عارض القول بسد
الذرائع عنده دليل آخر ، ورجح على غيره ، فاعمله ، فترك سد الذريعة لأجله .
وذلك الدليل هو أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع . ومالك وغيره
يعمل بالتهمة بسبب ظهور فعل اللغو ، وهو دال على القصد إلى الممنوع .

الأدلة :

أدلة المثبتين : سأذكر هنا أدلة المثبتين للذرائع ، وسأخصص مبحثاً لأدلة
النفاة تحت عنوان (ابن حزم والذرائع) .

استدل القائلون بالذرائع بأدلة من القرآن والسنة :

أما أدلتهم من القرآن فهي قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا
راعنا وقولوا انظرونا واسمعوا ﴾ المراد من ﴿ راعنا ﴾ : اسم فاعل من الرعونة ،
كان اليهود يستعملون هذه الكلمة بقصد سب النبي عليه الصلاة والسلام . وقوله

(١) راجع الأصول العامة ٤١٤

(٢) الأم ٣/٢٧٢

(٣) إلا أن ابن السبكي الشافعي قال : إنما أراد الشافعي رحمه الله تعالى - في قضية منع الماء - تحريم
الوسائل ، لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوصل إليه . أي أن كلام الشافعي في نفس
الذرائع لا في سدها (حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي ٢/٢٦٤) .

سبحانه : ﴿ واسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر إذ يعدون في السبت إذ تأتيتهم حيتانهم يوم سبتهم شرعاً ويوم لا يسبتون لا تأتيتهم كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون ﴾ .

وأدلتهم من السنة : قوله ﷺ : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » ^(١) وقوله : « إن الحلال بين وإن الحرام بين ، وبينها أمور مشتهيات » ^(٢) ، « المؤمنون وقافون عند الشبهات » ^(٣) ، « من حام حوله الحمى يوشك أن يواقعه » ^(٤) ، « الإثم ما حاك في صدرك ، وكهرت أن يطلع عليه الناس » ^(٥) ، « استفت قلبك وإن أفتاك المفتون » ^(٦) « إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه ، قيل : يا رسول الله ، كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه ، ويسب أمه فيسب أمه » ^(٧) .

واستدل ابن تيمية على سد الذرائع بشواهد قولية وعملية من السنة هي ما يأتي ^(٨) :

- (١) رواه النسائي والترمذي والحاكم وصحاه عن الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما .
- (٢) رواه البخاري ومسلم عن النعمان بن بشير رضي الله عنه .
- (٣) ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول ٢١٧ ، كما ذكره في نيل الأوطار ١٠٥/٨ .
- (٤) ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول ٢١٧ ، ويظهر أنه من حديث النعمان بن بشير الذي في آخره « كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه » .
- (٥) رواه أحمد والدارمي في سنديهما بإسناد حسن عن وابصة بن معبد بلفظ « الإثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر . وإن أفتاك الناس وأفتوك » .
- (٦) الحديث السابق بديء بقوله : « استفت قلبك » وختم بقوله عليه الصلاة والسلام « وإن أفتاك الناس وأفتوك » .
- (٧) أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمرو ، ورواه أبو داود في سننه (سبل السلام ١٦٦/٤ ، سنن أبي داود ٦٢٩/٢) .
- (٨) قد سبق تخريجها وتحقيقها .

١ - الحديث السابق الذي ينهى عن شتم الرجل أبوي غيره . حتى لا يكون ذريعة إلى سب أبويه نفسه ؛ لأن سب الغير يؤدي إليه .

٢ - إن الشارع نهى عن خطبة المعتدة ؛ لأنه قد يجر إلى ما هو أكبر منه ، وهو الزواج في العدة .

٣ - نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف ، مع أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر يصح ، لئلا يؤدي إلى الربا .

٤ - نهى النبي ﷺ وأصحابه المقرض عن قبول هدية المقرض ، حتى يحسبها من دينه ، لئلا يتخذ ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية ، فيكون رباً .

٥ - إن الشارع منع أن يكون للقاتل ميراث ، لكيلا يتخذ القتل سبيلاً لتعجيل الميراث .

٦ - اتفق الصحابة على قتل الجماعة بالواحد ، مع ما فيه من عدم المساواة ، وذلك لكيلا يكون ذريعة إلى الإجرام ، ولا عقاب عليه .

٧ - إن الله سبحانه وتعالى منع رسول الله ﷺ لما كان بكفة من الجهر بالقرآن ، حتى لا يسبوا القرآن ومن أنزله ومن جاء به .

ثم علق ابن تيمية قائلاً : والكلام في سد الذرائع واسع لا يكاد ينضبط ، ولم نذكر من شواهد هذا الأصل إلا ما هو متفق عليه أو منصوص عليه ، أو مأثور عن الصدر الأول شائع عنهم ، إذ الفروع المختلف فيها منها ما يحتاج لها بهذه الأصول ، ولا يحتاج بها .

والأدلة عدا هذه كثيرة ، أفاض ابن القيم في ذكرها ، حتى إنه أورد تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على سد الذرائع والمنع منها^(١) .

(١) راجع أعلام الموقعين ١٤٩/٣ - ٢١٧

تحقيق موضع الخلاف بين العلماء في الذرائع :

اتفق العلماء على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان مطلقاً ، وأن ما يؤدي إلى إيذاء جماعة المسلمين ممنوع ، كحفر الآبار في الطرق العامة ، أو إلقاء السم في طعامهم . واتفقوا على أنه لا يجوز سب الأصنام ، حيث يكون سبباً في سب الله ، عملاً بمقتضى قول تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ ، ونحوها من المسائل التي اتفقوا على منع التوسل فيها .

واتفقوا على أن ما يكون طريقاً للخير والشر ، وفي فعله منفعة للناس لا يكون محظوراً ، كغرس العنب : فإنه يؤدي إلى صنع الخمر ، ولكن لم يكن غرسه لهذا الغرض بأصله ، وإنما الانتفاع بغرسه أكبر من حصول الإضرار به ، والعبرة للغالب ^(١) ، ومثله أيضاً : المجاورة في البيوت خشية الزنى .

وأما موضع الخلاف فهو في القسم الرابع الذي ذكره الشاطبي : وهي الوسائل التي ظاهرها الجواز ، إذا قويت التهمة في التوصل بها إلى الممنوع ، وهو أيضاً القسم الثاني الذي ذكره ابن القيم ، فينحصر الخلاف بالذات في بيع الآجال ^(٢) (أو بيع العينة ^(٣)) مثل : أن يبيع البائع سلعة بعشرة دراهم إلى أجل ، ثم يشتريها من المشتري بخمسة نقداً .

(١) الموافقات ٤/٤٠٠ ، الفروق ٢/٣٢ ، ٢/٢٦٦ ، ابن حنبل ٣٢٤

(٢) قال الشاطبي في الموافقات ٣/٣٠٤ وما بعدها : قامت الأدلة على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة ، وهذا جمع عليه ، وإنما النزاع في ذرائع خاصة ، وهي بيع الآجال .

(٣) فرق المالكية بين النوعين ، فقالوا : يبيع الآجال : هي يبيع المشتري ما اشتراه لبائعه أو لوكيله ، لأجل . قوله لبائعه متعلق ببيع ، وقوله : لأجل متعلق باشتراه أي أن العقد بين (الأول بئن مؤجل ، والثاني بئن تقدي) حاصلان بين نفس العاقدين وأما بيع العينة فهو أن يقول شخص لآخر : اشتري سلعة بعشرة نقداً ، وأنا أخذك منك باثني عشر لأجل . وهو ممنوع لما فيه من تهمة (سلف جر نفعاً) : لأن نتيجة الفعل أنه سلفه عشرة ثمن السلعة يأخذ عنها بعد الأجل اثني عشر (راجع الشرح الصغير ٣/١٦٦ ، ١٢٨) .

وهذه البيوع يقال : إنها تصل إلى ألف مسألة ، ومثلها : كل مباح تذرعه به إلى المفسدة كالنظر للضرورة إلى المرأة الأجنبية والتحدث معها من حيث إنه ذريعة للزنى ، وموطن الخلاف على الوجه الأدق ليس في هذه البيوع التي يظهر فيها القصد إلى الربا ، فإن ذلك لا يجوز بحال ، وإنما الخلاف هو في الحالة التي لم يظهر منها القصد إلى الممنوع .

فالمالكية والحنابلة^(١) يبطلون هذه البيوع ؛ لأن العقد نفسه يحمل الدليل على قصد الربا ، إذ أن مآل هذا التعاقد هو بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل ، والسلعة فيما بين ذلك لغو لا معنى لها .

وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقل بحكم الذرائع إلا أنه يبطل هذه البيوع على أساس آخر : وهو أن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول ، فيصير الثاني مبنياً عليه ، أي أنه ليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يملكه ، فيكون البيع الثاني فاسداً ، ويؤول الأمر إلى بيع خمسة في عشرة لأجل ، وهو ربا فضل ونساء معاً ، فيصبح العقد الثاني فاسداً ؛ لأن فيه معنى الربا . وعلى هذا فإن جمهور الفقهاء قرروا فساد هذا البيع ، لأنه ذريعة إلى الربا .

وأما الشافعي فيصح هذه البيوع قضاء ، ويترك ناحية القصد الباطن إلى الإثم والعقاب الأخروي ، بمعنى أن العقد حرام للنهي عنه ، لكن النهي لا يبطل العقد في كل بيع يؤدي إلى مفسدة ، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية ، فالعقدان صحيحان حتى يقوم الدليل على قصد الربا المحرم^(٢) ، ويؤيدني في تحقيق هذا الخلاف ما أنقله عن القرطبي والقرافي المالكيين .

قال القرطبي^(٣) : « سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه ، وخالفه أكثر

(١) بداية المجتهد ١٤٠/٢ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج ٣٧/٢ - ٣٨

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٧

الناس تأصيلاً ، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً » ثم قرر موضع الخلاف ، فقال : « اعلم أن ما يفضي إلى الوقوع في المحذور إما أن يفضي إلى الوقوع قطعاً أو لا ، الأول : ليس من هذا الباب ، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلا باجتنابه ، ففعله حرام من باب ، ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . والذي لا يلزم (أي إفضاؤه إلى الوقوع قطعاً) : إما أن يفضي إلى المحذور غالباً أو ينفك عنه أو يتساوى الأمران ، وهو المسمى بالذرائع عندنا ، فالأول : لا بد من مراعاته ، والثاني والثالث : اختلف الأصحاب فيه ، فمنهم من يراعيه ، وربما يسميه التهمة البعيدة ، والذرائع الضعيفة » .

وقال القرافي^(١) : « مالك لم ينفرد بذلك ، بل كل أحد يقول بها ، ولا خصوصية للمالكية بها ، إلا من حيث زيادتهم فيها » ، قال : « فإن من الذرائع ما هو معتبر بالإجماع : كالنوع من حفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ ، ومنها : ما هو ملغي إجماعاً كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الحمر ، وإن كان وسيلة إلى المحرم ، ومنها ما هو مختلف فيه كبيع الآجال ، فنحن لا نغتفر الذريعة فيها ، وخالفنا غيرنا في أصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لا أنها خاصة بنا » : قال : « وبهذا تعلم بطلان استدلال أصحابنا على الشافعية في هذه المسألة بقوله تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ وقوله : ﴿ ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت ﴾ فقد ذمهم لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة ، وقوله ﷺ : « لا تقبل شهادة خصم وظنين »^(٢) خشية الشهادة

(١) إرشاد الفحول ، المرجع السابق ، والفروق ٢٢/٢ ، ٢٦٦/٣ ، تهذيب الفروق ٤٢/٢

(٢) أخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر ، وهو منقطع ، ورواه أبو داود والبيهقي مرسلًا .

ورواه الحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً وفي إسناده نظر (نيل الأوطار ٢٩١/٨) .

بالباطل ، ومنع شهادة الآباء للأبناء »^(١) قال : « وإنما قلنا : إن هذه الأدلة لا تفيد في محل النزاع ، لأنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة ، وهذا أمر مجمع عليه ، وإنما النزاع في ذريعة خاصة ، وهو بيع الآجال ونحوها ، فينبغي أن يذكروا أدلة خاصة بمحل النزاع » .

الأدلة على تحريم البيوع الربوية :

البيوع الربوية أو بيع الآجال تسمى أيضاً كما أشرت بيع العينة ، لأنه يتوسط في التعامل بالربا عين ، كأن يبيع الشخص عيناً بثن مؤجل ، ثم يبيعها لبائعها بثن معجل أقل ، فيكون الفرق ربا ، وقد استدلوا على تحريم هذه البيوع بسد الذرائع للربا ، ومحدث تكلم العلماء في سنده ، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا ضنّ الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة ، واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله عليهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم »^(٢) .

وأضاف المالكية دليلين آخرين هما :

١ - إن هذه البيوع وإن كانت على صورة بيع جائز في الظاهر ، إلا أنها لما كثر قصد الناس التوصل إلى ممنوع في الباطن ، كبيع بسلف ، وسلف بمنفعة ، منعت قياساً على الذرائع المجمع على منعها ، بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل ، هي الباعثة على عقدتها ، لأنه المحصل لها .

٢ - بمحدث ذكره مالك في الموطأ ، وهو : « أن أم ولد زيد بن أرقم قالت

(١) رواه الخفاف أبو بكر الرازي عن عائشة ، وفي مصنف ابن أبي شيبة وعبد الرزاق هو من قول شريح : « لا تجوز شهادة الابن لأبيه ، ولا الأب لابنه ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته . إلخ ... » (نصب الرأية ٨٢/٤) .

(٢) رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنها ، وفي إسناده مقال . ولأحمد من رواية عطاء ورجاله ثقات ، وصححه ابن القطان (سبل السلام ٤١/٣) .

لعائشة رضي الله عنها : يا أم المؤمنين ، إني بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء ، واشتريته منه بستمائة نقداً ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت ، أخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ، قالت : رأيته إن أخذته برأس مالي ، فقالت عائشة رضي الله عنها : ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى ، فله ما سلف ، وأمره إلى الله ﴾ ^(١) « فهذه صورة النزاع ، قال القرافي ^(٢) : « وهذا التغليظ العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلا عن توقيف ، فتكون هذه الذرائع واجبة السد وهو المقصود » ، قال ابن رشد صاحب المقدمات : « وهذه المبايعة كانت بين أم ولد زيد بن أرقم ومولاها قبل العتق ، فيخرج قول عائشة على تحريم الربا بين السيد وعبد مع القول بتحريم هذه الذرائع ، ولعل زيدا لا يعتقد تحريم الربا بين السيد وعبد » ^(٣) .

أدلة الشافعية :

أجاب الزركشي من الشافعية على أدلة المالكية بأن عائشة قالت ذلك باجتهادها ، واجتهاد واحد من الصحابة لا يكون حجة على الآخر بالإجماع ، ثم قولها معارض بفعل زيد بن أرقم ، ثم إنها أنكرت البيع لفساد التعيين ، فإن البيع الأول فاسد بجهالة الأجل ؛ لأن وقت العطاء غير معلوم ، والثاني بناء على الأول ، فيكون فاسداً ^(٤) . ثم انتقل الشافعية من منع أدلة المالكية في الجملة إلى إثبات مدعاهم ، فقالوا : وإذا اختلفت الصحابة كما ذكر ، فذهبنا القياس ، واحتجوا بثلاثة أمور :

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن عائشة (راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الأستاذ الكتاني ٧١/٢) .

(٢) الفروق ٢٦٧/٣

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٧

(٤) المرجع السابق .

١ - قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ، وأجابهم القرافي^(١) بأن هذا النص عام ، وما استدل به المالكية من حديث عائشة خاص ، والخاص مقدم على العام على ما تقرر في علم الأصول .

٢ - ثبت في السنة « أن رسول الله ﷺ أتى بتمر جنيب (نوع جيد من أنواع التمر) ، فقال : أتمر خيبر كله هكذا ؟ فقالوا : إنا نبتاع الصاع بالصاعين من تمر الجمع ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا تفعلوا هذا ، ولكن يبيعوا تمر الجمع بالدرهم ، واشتروا بالدرهم جنيباً »^(٢) ، فهذا بيع صاع بصاعين ، وإنما توسط بينهما عقد الدرهم ، فأبيح .

وأجاب القرافي : بأن المالكية يمنعون أن يكون العقد الثاني من البائع الأول ، وليس ذلك المذكوراً في الخبر ، مع أن بيع النقد إذا تقابض فيه ضعفت التهمة ، وإنما المنع حيث تقوى التهمة .

٣ - إن العقد المفضي للفساد لا يكون فاسداً إذا صحت أركانه كبيع السيف من قاطع الطريق ، والعنب من الخمار ، مع أن الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جر نفعاً ، لما فيه من ذهاب النفوس والأموال . وأجاب القرافي بأن محل ذلك إذا لم تكن الأغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد ، وإلا منع كما في عقود صور النزاع ، وهناك فرق بين هذه البيوع وبيع السيف من قاطع الطريق ونحوه ، فإن البيع للقاطع ليس محصلاً لقطع الطريق وعمل الخمر ، إذ الفساد ليس مقصوداً من البيع بالذات ، حتى يكون باعثاً على عقده ، كصورة النزاع .

(١) الفروق ٢٦٨/٢

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما . والجنيب : الطيب أو الصلب أو الذي أخرج منه حشفه ورديته . وتمر الجمع : هو التمر الرديء المجموع من أنواع مختلفة (سبل السلام ٢٨/٣) .

ورأيي في الموضوع المختلف فيه - وهو المباح الذي يتذرع به إلى المفسدة :
هو أنه ينبغي سد الباب أمام المحتالين والمفسدين الذين يعملون على التحلل من قيود الشريعة وأحكامها ، فإن الشريعة جاءت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، وهي إنما تنظر في الحقيقة إلى غايات الأشياء ومآلاتها ، فإن كانت هذه الغايات مفسد وأضراراً منعت من أسبابها ، وسدت الوسائل والطرق التي يتذرع بها إليها ، ولو كانت هذه الوسائل في نفسها جائزة ، وبهذا يكون مذهب المالكية والحنابلة ويقاربهم الحنفية في هذه المسألة أسد وأحكم ، والعمل به أوجب وألزم .
ومنع الذرائع حينئذ يكون سبب التهمة أي لأجل ظن قصد الممنوع .

وأما الإمام الشافعي فلم يحرم هذه البيوع عملاً بمبدأين : القضاء أبداً على الظاهر ، ولا يفسد العقد إلا ما قارنه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ولا بأغلب^(١) .

وفما عدا البيوع الربوية يتفق العلماء على الأخذ بأصل الذرائع ، وإن لم يسمه بعضهم بهذا الاسم ، ولكن على اختلاف في المقدار وتباين في طريقة الوصول إلى الحكم ، فأكثرهم أخذاً بها الإمامان : مالك وأحمد ويليهم الإمام أبو حنيفة ، وأقلهم أخذاً بها الإمام الشافعي رضي الله عنهم ، وهو يتفق مع ما نقل عن الشافعي من تحريم الحيل . ولكن هذين الإمامين لم يعتبراه أصلاً قائماً بذاته ، بل كان داخلياً في الأصول المقررة عندهما كالقياس والاستحسان الخفي الذي لا يبتعد عما يقرره الشافعي إلا في العرف القائم بين الناس .

وإن الأخذ بالذرائع لا تصح المبالغة فيه ، فإن المغرق فيه قد يمتنع عن أمر مباح أو مندوب أو واجب ، خشية الوقوع في ظلم ، كامتناع بعض العادلين عن تولي أموال اليتامى أو أموال الأوقاف خشية التهمة من الناس ، أو خشية على

(١) الأم ٣/٣٤ ، ٤١/٤ ، ٢٦٧/٧ - ٢٧٠

أنفسهم من أن يقعوا في ظلم ، ولأنه لوحظ أن بعض الناس قد يمتنع عن أمور كثيرة خشية الوقوع في الحرام ^(١) .

منشأ الخلاف بين العلماء :

الخلاف في الذرائع كما حققت محصور في دائرة ضيقة وهي حالة بيعوع الآجال ، وذلك فيما إذا لم تنكشف نية المتعاقدين ولم يدل على قصد الربا فيها دليل من تكرار أو غيره ، قال القرافي ^(٢) :

من باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر ، فإلك (ومعه أحمد) يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن ، وأخذ عشرة إلى آخر الشهر ، فهذه وسيلة السلف : خمسة بعشرة إلى أجل ، يظهار صورة البيع لذلك ، والشافعي ينظر إلى صورة البيع ، ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك ، وهذه البيوع يقال : إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك (ومعه أحمد) وخالفه الشافعي ، فما منشأ الخلاف فيها ؟

سبب الخلاف يرجع إلى مسألة مهمة في الشريعة الإسلامية هي مسألة : (النية واللفظ في العقود) وفي هذه المسألة اتجه الفقه الإسلامي اتجاهين :

الأول - مذهب الشافعي وقريب منه مذهب أبي حنيفة : الاعتداد بالألفاظ في العقود ، دون النيات والقصود ؛ لأن نية السبب والغرض غير المباح شرعاً مستترة ، فيترك أمرها لله وحده ، يعاقب صاحبها عليها ما دام أتم بنيته ، ومن هنا قرروا أن (المعتبر في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ) أي فيما إذا لم يكن في العقد ما يدل على النية والقصد صراحة ، فإن ظهر القصد في العقد صراحة أو ضمناً بقرائن ، فيعمل بقاعدة (العبرة بالمعاني لا بالألفاظ

(١) أصول الفقه لأبي زهرة ٢٨١

(٢) الفروق ٣٢/٢

والمباني^(١) . وهكذا فكل عقد عند الشافعي تؤخذ أحكامه من صيغته وما لابسها واقترن به ، ففساده يكون من صيغته ، وصحته تكون منها ، ولا يفسده لأمر خارج عنه ولو كانت نيات ومقاصد لها أمارات ، أو لو كانت مآلات مؤكدة ونهايات ثابتة .

الثاني - مذهب ابن حنبل الذي يتشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ ، ويتلخص مذهبه بما يفهم من كلام ابن القيم بما يلي^(٢) :

أ - إن اتفقت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته ، انعقد العقد وترتب عليه أثره الشرعي .

ب - إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ولكن لم يدل شيء على نيته ، كان مؤاخذاً بنيته ديانة أي أمام الله ، إلا أنه يلزم حكم العقد كما يؤخذ من عبارته .

ج - إن كشفت قرينة على هذه النية ، وكانت لا تنافي الشريعة ، صح العقد ، وإلا كان فاسداً لا أثر له .

الاتجاه الأول - وهو النظر إلى الأحكام الظاهرة وإلى الأفعال عند حدوثها ، دون النظر إلى غاياتها ومآلاتها ، أخذ به الإمام الشافعي في الذرائع ، بل إنه عم تلك النظرة الظاهرية المادية على كل نواحي الشريعة ، وطبق قاعدته على العقود والتصرفات^(٣) .

وخالفه في تلك النظرة الإمامان مالك وأحمد في الحكم بالذرائع ، فإنهما نظرا إلى المآلات والغايات نظرة مجردة ، ونظرا إلى البواعث أيضاً ، فمن عقد عقداً

(١) راجع الملكية ونظرية العقد لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٢١٥ وما بعدها ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٠ وما بعدها ، حاشية المحوي على الكتاب السابق ١٢/٢ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٠ ، مغني المحتاج ٣٧/٢ - ٣٨

(٢) أعلام الموقعين ١١٧/٣ ، ١١٩ وما بعدها ، ٤٠٠/٤ وما بعدها .

(٣) راجع الأم ٣٣/٣ ، ٧٠/٧

قصد به أمراً محرماً ، واتخذ العقد ذريعة له ، فإن المآل والباعث يحرمان العقد ،
فيأثم عند الله ، ويكون العقد باطلاً ؛ لأنه ربا ، فيبطل سداً للذريعة .

وإني لا أجد بداً من اختيار مذهب مالك وأحمد رضي الله عنهما ، لأنه متمشٍ
مع قاعدة : (الأمور بمقاصدها) وحديث « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل
امرئ ما نوى » فبين النبي عليه الصلاة والسلام في الجملة الأولى أن العمل لا يقع
إلا بالنية ، وبين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا
يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال^(١) ، وهذا دليل
على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ولا يعصمه من حرمة الربا صورة
البيع .

ثم إن هذا المسلك أنزه في الدين وأقرب إلى مقاصد الشريعة العامة التي
جاءت لإصلاح الناس على أسس صالحة من الخير والسداد في النظم الاجتماعية
والاقتصادية والسياسية^(٢) .

انتصار ابن القيم لمبدأ الباعث أو القصد في العقد :

لقد أطال ابن القيم - كما ذكرت - بنفسه الطويل المعروف في إقامة الأدلة
المختلفة على إثبات مبدأ سد الذرائع ، مناقشاً بعض الأئمة المعارضين في الظاهر
له . فقال في تفصيل جميل^(٣) :

المتكلم بصيغ العقود : إن كان قاصداً لها ، ترتبت أحكامها في حقه ولزمته .
وإن لم يكن قاصداً لها ، فإما أن يقصد خلافها ، أو لا يقصد معناها ولا غير معناها .
فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل .

(١) المرجع السابق ١٢٢/٣

(٢) ابن حنبل للأستاذ محمد أبو زهرة ٢٢٧ ، وراجع أيضاً كتاب (مالك) له .

(٣) أعلام الموقعين ١٢٢/٣ وما بعدها بتصرف .

وإن قصد غير معناها : فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا . فإن قصد ما يجوز له قصده ، ولم يكن حكم العقد الذي تدل عليه الصيغة ، لم تلزم أحكام هذه الصيغ بينه وبين الله تعالى في كل حال . وأما في القضاء : فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً : لأن السياق والقرينة تدل على صدقه . وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً ، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه .

وإن قصد منه ما لا يجوز قصده كالمكلم بنكحت وتزوجت ، لا يقصد عشرة زوجية دائمة ، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، وبعث واشترت بقصد الربا ، وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم ، وإسقاطاً للواجب ، وإعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه ، وإعانتته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان . ولا فرق بين ارتكاب المعصية مجاهرة وبين إعانتته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إلى غيره ، واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا . فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه بموجب اختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فإن الطرق وسائل ، وهي مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوصل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوصل إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السرُّ الإعلان ، والظاهر الباطن ، والقصدُ اللفظ ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة . كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفي قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه .

ثم بين ابن القيم في موضع آخر^(١) متى يحمل الكلام على ظاهره فقال : أحكام

(١) أعلام الموقعين ١٢٠/٣ وما بعدها .

الشرعية تجري على الظاهر فيما عرف منه قصد المتكلم لمعنى الكلام ، أولم يظهر قصد يخالف كلامه . وأما النيات والمقاصد فتعتبر فيما ظهر فيه خلاف الصيغة والنطق .

ويخلص ابن القيم من حديثه الطويل إلى قاعدة مقررة في الشريعة هي أن العبرة في الشريعة بالمقاصد والنيات ، دون الألفاظ المجردة ؛ لأن صيغ العقود إخبار عما في النفس من المعنى الذي أراده الشارع .

ابن حزم والذرائع :

أنكر ابن حزم أصل الذرائع ؛ لأنه باب من أبواب الاجتهاد بالرأي وهو عدو الرأي كله ، وقد خصص الصفحات الأولى من الجزء السادس في كتابه : (الإحكام)^(١) للرد على القائلين بالذرائع والاحتياط ، فقال : « ذهب قوم إلى تحريم أشياء من طريق الاحتياط وخوف أن يتذرع منها إلى الحرام البحت ، واحتجوا بحديث النعمان بن بشير ، قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الحلال بين وإن الحرام بين ، وبينهما أمور مشتبها ، لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه » متفق عليه بين البخاري ومسلم .

يفهم من هذا أن ابن حزم قصر باب الذرائع على تجنب المشتبه فيه للاحتياط ، ولكن القائلين بها تشمل عندهم ثلاثة أمور :

الأول - مواطن الاشتباه ، وهو أدناها ، وطلبه ليس في قوة طلب غيره .

(١) راجع ٧٤٥ وما بعدها .

الثاني - الابتعاد عن كل ما يؤدي إلى الحرام ، كبيع السلاح في الفتنة ،
وهذان الأمران داخلان تحت مفهوم : سد الذرائع .

الثالث - فتح الذرائع التي تؤدي حتماً إلى المقصود ، كالسعي للصلاة ،
وكالسعي للرزق للإنفاق على الأهل ^(١) .

ورأي ابن حزم في الحديث أنه لا يتضمن حكماً تكليفاً ؛ إذ لا تحريم إلا
بدليل قاطع ، وإنما هو للحض على الورع وصيانة الدين والنفس ، حتى لا تقع
في المحرمات وليس هو الإيجاب ، والورع يقتضي الامتناع عن بعض المباحات ،
صوناً للنفس عن كل دواعي الهوى ^(٢) .

وابن حزم في هذا يلتقي مع الإمام الشافعي ، فيحكم بأن التحريم والتحليل
لا يثبت بالظن ، ومن حرم الذرائع فقد حرم بالظن ، والله تعالى يقول : ﴿ إِنِّ
الظن لا يغني عن الحق شيئاً ﴾ ^(٣) .

والحقيقة أن ابن حزم أنكر الذرائع تشيئاً مع مبدئه وهو الأخذ بظواهر
الألفاظ فقط ، دون الاتجاه إلى المعاني التي يقصدها النص ، وقد أدى به تعصبه
لهذا المبدأ إلى إنكار ما اتفق العلماء على اعتباره أو إلغائه ، كما يتضح من تجويزه
شهادة الأصول والفروع والأزواج والأصدقاء بعضهم لبعض ما داموا عدولاً ؛ لأن
التهمة مظنونة والعدالة مؤكدة ^(٤) .

مناقشة آراء ابن حزم :

إن في كلام ابن حزم قصوراً ، إذ قصر الذرائع على المعنى الذي ذكره ، وهو

(١) راجع (ابن حزم) للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ٤٣٠

(٢) الإحكام ٧٤٨/٦ ، ط الإمام .

(٣) المرجع السابق ٧٥٥

(٤) المرجع نفسه : ص ٧٥٥ .

ترك المشتبه في أنه حرام ، خشية أن يرتع في الحرام ، وهو في ذلك قرآن ما اشتمل عليه حديث النعمان بن بشير : « إن الحلال بيّن وإن الحرام بيّن ، وبينهما أمور مشتبهاً » ليس حكماً تكليفاً ؛ لأنه لا يحرم شيء إلا إذا كان ثمة نص قاطع على تحريمه ؛ لأن أدلة الحلال ثابتة بيقين من مثل قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق ، فجعلتم منه حراماً وحلالاً ، قل الله أذن لكم أم على الله تفترون ﴾ .

ولم يأذن الله بتحريم المشتبه فيه تحريماً قاطعاً ، فلم يبق إلا أنه على الأصل الثابت بالنصوص ، وهو الحل والإباحة .

لكن ماذا يفعل ابن حزم في الحديث إذا لم يكن داعياً لتحريم المشتبه فيه ؟ إنه يقول : إن الحديث للحض على الورع ، وصيانة الدين والنفس ، حتى لا تقع في المحرمات ، فهو ليس للتكليف ، إنما هو دعوة إلى الورع ، والورع يقتضي الامتناع عن بعض المباحات ، صوناً للنفس عن كل دواعي الهوى . ونص قوله هو ^(١) : « هذا حض منه عليه السلام على الورع ، ونص جلي على أن ما حول الحمى ليس من الحمى ، وأن تلك المشتبهات ليست بيقين من الحرام ، وإذا لم تكن مما فصل من الحرام ، فهي على حكم الحلال بقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ فما لم يفصل فهو حلال بقوله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ وبقوله ﷺ : « أعظم الناس جرماً من سأل عن شيء لم يحرم ، فحرم من أجل مسألته » ^(٢) .

فالحديث الذي يدعو إلى تجنب المشتبه فيه هو حض على الورع . وابن حزم

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم : ٧٤٦/٦ .

(٢) أخرجه الشيخان وأبو داود وأحمد عن سعد بن أبي وقاص مرفوعاً بلفظ « إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس ، فحرم من أجل مسألته » (جمع الفوائد

يفرق بين الإيجاب والحض ، فإن الإيجاب تحريم قاطع أو أمر قاطع ، والحض دعوة إلى ما ينبغي اجتنابه وما ينبغي عمله . ويروي في ذلك قول رسول الله ﷺ : « لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع مالا بأس به حذراً مما به بأس »^(١) . ثم قال : القول في هذا الحديث كالقول في حديث النعان سواء بسواء ، وإنما هو حض لا إيجاب^(٢) .

وعليه لا يحرم ابن حزم فعلاً خشية أن يؤدي إلى أمر آخر محرم ، ولكن إن كان يقين بالحرام ، وإن لم يعلم بعينه ، فإن التحريم يكون لهذا اليقين . ويضرب لذلك مثلاً : مائتين في إناءين ، أحدهما طاهر بيقين ، والآخر نجس بيقين ، ولكن لم يعلم الطاهر منها ولا النجس ، فإنه لا يصح التوضؤ بهما معاً ؛ لأنه يكون حاملاً للنجاسة بيقين ، ويقول في ذلك : « كل فعل أدى أن يكون فاعله متيقناً أنه راكب حرام في حالته تلك ، وذلك نحو مائتين كل واحد منهما مشكوك في طهارته ، متيقن نجاسة أحدهما بغير عينه ، فإذا توضأ بهما جميعاً كنا موقنين بأنه إن صلى ، صلى وهو حامل نجاسة ، وهذا مالا يحل . وكذلك القول في ثوبين : أحدهما نجس بيقين لا يعرف بعينه »^(٣) .

ويخلص مما يتنه إلى أن مالا يثبت تحريمه ، لا يصلح لمفت أن يفتي بأنه حرام بدعوى أنه يؤدي إلى حرام ، ويقول في القضية قولاً يجزم به :

« ومن حرم المشتبه وأفتى بذلك وحكم به على الناس ، فقد زاد في الدين ما لم يأذن به الله تعالى ، وخالف النبي ﷺ واستدرك على ربه تعالى بعقله أشياء من الشريعة ، ويكفي من هذا كله إجماع الأمة كلها تقيلاً عن عصر : أن من كان في عصره عليه الصلاة والسلام ، وبحضرتة في المدينة إذا أراد شراء شيء مما

(١) رواه ابن ماجه والترمذي والحاكم وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) الإحكام ٧٤٧/٦

(٣) الإحكام له ٧٤٦/٦

يؤكل أو يلبس أو يوطأ أو يركب أو يستخدم أو يملك أي شيء كان : أنه كان يدخل سوق المسلمين ، أو يلقي مسلماً يبيع شيئاً ، ويتناعه منه ، فله ابتياعه ما لم يعلمه حراماً بعينه ، أو ما لم يغلب الحرام عليه غلبة يخفى معها الحلال . ولا شك أن في السوق مغصوباً ومسروقاً ومأخوذاً بغير حق ، وكل ذلك قد كان في زمن النبي ﷺ ، إلى هلم جرأ . فما منع النبي ﷺ من شيء من ذلك ، وهذا هو المشتبه نفسه ، وقوله عليه الصلاة والسلام - إذ سأله أصحابه رضي الله عنهم - فقالوا : إن أعراباً حديثي عهد بالكفر يأتوننا بدبائح ، لا ندري أسموا الله تعالى عليها أم لا ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : سموا الله وكلوا ، أو كلاماً هذا معناه ^(١) .

وقد روي أنه ﷺ أمر من أطعمه أخوه شيئاً أن يأكل ولا يسأل ^(٢) ، فنحن نحض الناس على الورع ، كما حضهم النبي ﷺ ، وننذيرهم إليه ، ونشير عليهم باجتنب ما حاك في النفس ، ولا تقضي بذلك على أحد ، ولا نفتيه به فتياً إلزام ، كما لم يقض بذلك رسول الله ﷺ على أحد ^(٣) .

توافق ابن حزم والشافعي :

ثم إن ابن حزم بعد هذا النقد ، يلتقي مع الشافعي رضي الله عنه ، فيحكم بأن التحريم والتحليل لا يثبت بالظن ، ومن حرم الذرائع فقد حرم بالظن ، والله تعالى يقول : ﴿ إِنْ الظَّنْ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً ﴾ ويقول في ختام بحثه في الاحتياط وقطع الذرائع والمشتبه : « كل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن

(١) رواه البخاري وأبو داود والنسائي عن عائشة بلفظ « قالوا : يا رسول الله ، إن قوماً يأتوننا باللحم ، لا ندري أذكر اسم الله عليه ، أم لا ، فقال : سموا أنتم عليه وكلوه . قالت : وكانوا حديثي عهد بالكفر » (جمع الفوائد ٥٤٦/١) .

(٢) رواه أحمد والطبراني في الأوسط بلين عن أبي هريرة (جمع الفوائد ٧٧٩/١) .

(٣) الإحكام ٧٤٩/٦ وما بعدها .

أمره ، أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد ، فقد حكم بالظن ، وإذا حكم بالظن ، فقد حكم بالكذب والباطل ، وهذا لا يحل ، وهو حكم بالهوى وتجنب للحق ، نعوذ بالله من كل مذهب أدى إلى هذا ، مع أن هذا المذهب في ذاته متخاذل متفاسد متناقض ؛ لأنه ليس أحد أولى بالتهمة من أحد . وإذا حرم شيئاً حلالاً خوف تذرّع إلى حرام ، فليخص الرجال خوف أن يزنوا ، وليقتل الناس خوف أن يكفروا ، وليقطع الأغاب خوف أن يعمل منها الخمر . وبالمجمل فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال الحقائق كلها ، وبالله تعالى التوفيق »^(١) .

الملاحظات على رأي ابن حزم :

بعد التأمل في كل ما قاله ابن حزم يلاحظ ما يأتي^(٢) :

١ - إن المشتبه فيه مشكوك في حله أو في حرمة ، وإن استسهاله له والإقدام عليه قد يجرئ النفس على انتهاك المحرمات ذاتها ، فإن من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه . وإن ذلك بلا شك لا يوجب اعتباره حراماً حرمة قاطعة ، ولم يقل أحد من علماء المسلمين : إن ما يشتبه فيه ، يكون تحريمه كتحريم المقطوع بحرمة ، بمقتضى النص الصريح فيه ، فإن الذين قد أفتوا بتحريم بعض المشتبه ، لم يقطعوا بالتحريم فيه ، ولكنهم قالوا : إنه الاحتياط في الدين .

٢ - إن العبرة في إفضاء الأمر إلى تحريم : هو غلبة الظن ، وكونه يؤدي إلى ذلك غالباً ، وفي القليل لا يؤدي ، وعليه لا يصح أن يقال : إنه بمقتضى هذا

(١) الإحكام ٧٥٥/٦

(٢) الإحكام ٧٤٥/٦ - ٧٥٧ ، ابن حزم لأستاذنا المرحوم أبو زهرة ٤٣١

الفرض يجب أن يخصى الرجال لكيلا يزنا ، ويقتل الناس لكيلا يفسدوا ، وتنع غروس العنب حتى لا تتخذ خمراً .. إلخ . فإن ذلك لا يتأتى ولا يقاس على سد الذرائع ؛ لأنه ليس الغالب على الناس الزنى ، وليس الغالب في العنب أن يتخذ للخمر إلخ ...

ثم إنه فوق ما تقدم ، نهى الله سبحانه وتعالى عن المثلة ، وحث على التناسل ، وحمل النفوس من أن تقتل ، والأموال من أن تنتهك ، فلا يصح أن يقال : يخصى الرجال ، وتقلع الأعناب . إلخ ... ؛ لأنها موضع نهى بالنص ، فلا يصح أن يباح ما حرم لذاته بدعوى أنه ذريعة لما حرم الله ، فإنها محرمات لذاتها ، فلا يصح أن تكون مباحة لإفضائها إلى محرم غيرها ، فإن المحرم لذاته يرجح جانبه عما يفضي إليه ، فلا يعتدي أحد على إنسان ، لأنه يخشى أن يعتدي عليه غيره ، فإن نفسه مصونة كنفس غيره ، ولا يصح إيقاع ظلم مؤكد خشية وقوع ظلم متوقع .

٢ - إن العلماء الذين قرروا سد الذرائع وإيجاب الذرائع ، نظروا إلى الأمور التي تقصد قصداً لا ارتكاب المحرم ، كمن يتخذ البيع سبيلاً للربا ، وكمن يتخذ الزواج المؤقت سبيلاً لتحليل المرأة لمطلقها ثلاثاً ، وكمن يهب أمواله في مرض الموت لينع ميراث الورثة من حقهم المشروع . الذي تصدى لبيانه كتاب الله تعالى . فمن قصد إلى هذه الأمور ، ليهدم ما قرره الشارع ، ويخالف المقررات الشرعية ، ويستبيح المحرمات ، فقصده مردود عليه ، ولذلك قالوا : إن هذه الذرائع تكون حراماً ، والتصرفات التي تنعقد بقصدها تكون باطلة . فالغرض من الذرائع سداً وإيجاباً هو حماية ما أمر به الشارع ، أو نهى عنه ، لا التزيد على الشارع ، كما ظن ابن حزم .

والاعتبار في الذرائع عند العلماء إلى أمرين :

أولها - قصد المكلف إلى التخلص من أمر شرعي ، كمن يتحايل للتخلص من فريضة الزكاة ؛ بأن يهبها مثلاً للفقير ليردها إليه ، أو يبيعها مع شيء ثم يشتريها من الفقير ، فإن هذا يحرم ؛ لأنه ذريعة مؤكدة لهدم ما أمر الله به .

ثانيها - إن الغالب الكثير أن يكون أمر من الأمور في وقت من الأوقات يؤدي إلى ما حرم الله تعالى ، فإنه يكون حراماً في ذلك الوقت وحده دون ما سواه ، كبيع السلاح في أيام الفتن .

وقد نقد ابن حزم الفقهاء جميعاً في إبطال شهادة الأصول لفروعهم ، والفروع لأصولهم ، لمظنة الكذب ، فهو يلزم القضاء بقبول شهادة الأصول والفروع ، ويحكم بها ما داموا عدولاً في ذات أنفسهم ؛ لأن التهمة مظنونة والعدل مؤكد ، ولا يغلب مظنون على مؤكد .

ويرد عليه بأن التهمة الشديدة تؤثر في العدل ، وبأن هذه الشهادة تعتبر شهادة الإنسان لنفسه . ثم إنها محرجة له أشد الإحراج ، فهي إما مفضية إلى قطعية رحمه بشهادته ، أو إلى غضب الله إن شهد بغير الحق .

دوافع ابن حزم لإنكاره الذرائع :

الواقع لقد أبطل ابن حزم هذا الأصل الذي هو شعبة من الرأي لأمر ثلاثة :

أولها - إنه أخذ بظواهر ألفاظ الأدلة ، ولم يتجاوز ذلك الظاهر إلى غيرها ؛ بل إنه يحتج بما يؤخذ من بادي اللفظ دون سواه .

ثانيها - إنه ما كان يتجه إلى معاني الشريعة ولبها أصلاً ، فهو لا يتجه إلى مقاصدها ، بل لا يفرض لها مقاصد إلا التكليف الظاهر ، وليس لنا أن نبحت

وراء هذا التكليف عن علة ، وإن ذلك عنده مجاوزة للحد ، وسير في غير الجادة ، ولا فرق عنده بين نص خاص بالعبادات ، ونص يتعلق بالمعاملات ، فكلاهما تكليف ، وهما في التكليف يستويان .

ثالثها - التعصب الشديد لظاهريته ، حتى إن ذلك التعصب ليحول بينه وبين استيعاب كلام مخالفه استيعاباً تاماً ، وقد كان ذلك بلا ريب نقصاً في دراساته .

يتلخص هذا في أن ابن حزم ينكر أصل الذرائع بشكل متطرف ، دون قبول ولو لما أجمع على اعتباره أو إلغائه ، كما يتبين من تجويزه شهادة الأصول والفروع والأزواج ، لمصلحة ذويهم ، وكلامه في المشتبه .

الحيل الشرعية :

رتب العلماء على أصل سد الذرائع منع الحيل في الشريعة الإسلامية ، وقد أبرز المنع ابن تيمية وابن القيم ، وأفاض الأخير في بيان وجه بطلان الحيل بما لا يدع زيادة لمستزيد ، لهذا فإني أحيل من أراد التوسع في الحيل إلى الجزء الثالث من (أعلام الموقعين) .

تعريف الحيلة الممنوعة : هي تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر^(١) . يظهر من هذا التعريف أن الحيلة هي للتخلص من قواعد الشريعة فهي أخص من الذريعة ، وهناك فرقان آخران بين الحيلة والذريعة : فالذريعة لا يلزم فيها أن تكون مقصودة ، والحيلة لا بد من قصدها للتخلص من المحرم . والحيلة تجري في العقود خاصة ، والذريعة أعم .

(١) الموافقات للشاطبي ٢٠١/٤

وأما حكم الحيلة : فهو أنه إن قصد بها الوصول إلى المحرم فهي حرام ، وإلا فلا ، فالحيلة قسمان :

١ - حيلة شرعية مباحة : وهي التحيل على قلب طريقة مشروعة وضعت لأمر معين ، واستعمالها في حالة أخرى بقصد التوصل إلى إثبات حق أو دفع مظلمة ، أو إلى التيسير بسبب الحاجة ، فهذا النوع من الحيل لا يهدم مصلحة شرعية ، فهو إذن جائز شرعاً ؛ لأنه ليس المقصود به إبطال الحق ، وإنما هو تخريج فقهي للخروج من مأزق ، ولا يقصد به إبطال أحكام الشرع ، أو التعدي على أحد في ماله أو نفسه .

مثاله : أن أهالي بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ، وبما أن هذه الإجارة لا تجوز عند الحنفية في الأشجار ، اضطروا إلى وضع حيلة بيع الكرم وفاء^(١) ، فالبيع الوفاائي حيلة شرعية اتخذت بسبب حاجة الناس ، ولأجل التخلص من قاعدة منع الإجارة الطويلة في الأشجار^(٢) .

ومثل : الرجل الذي يحلف : ليقربن امرأته نهراً في رمضان ، فيفتيه أبو حنيفة أن يسافر بها ، فيفطر ويقربها نهراً في رمضان .

٢ - حيلة شرعية محظورة : وهي - كما أمنت - التي يقصد منها التحيل على قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام آخر بفعل صحيح الظاهر ، لغو في الباطن ، مثل الحيل الموضوعة لإسقاط الشفعة ، وتخصيص بعض الورثة بالوصية ، وإسقاط حد السرقة .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٤١/١

(٢) لا يميز الحنفية الإجارة الطويلة في الأوقاف كيلا يدعي المستأجر ملكها : وهي ما زاد على ثلاث سنين في الضياع أي العقارات ، وعلى سنة في غيرها . ومثل ذلك إجارة أرض اليتيم (تبين الحقائق للزلمي ١٠٦/٥) وذلك إذا لم ينص المؤجر على مدة الإجارة ، فإن اشترط لذلك شيئاً من المدة ، فهو على ما شرط ، طال أو قصر .

أجاز الحنفية وبعض الشافعية هذه الحيل إذا لم يقصد بها إبطال الأحكام صراحة ، وإنما ضمناً . ومنعها الأئمة الآخرون : مالك والشافعي وأحمد . وتحريمها عند هؤلاء مستند إلى القاعدة الأصولية : (الأمور بمقاصدها) وأن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني) ، وأن (التشريع مبني على مصالح مقصودة) وأنه يجب سد الذرائع أو الوسائل التي تفوت هذه المصالح ، فلو وضع الشارع حكماً مبنياً على مصلحة ، ثم أجاز الحيلة للتخلص من هذا الحكم ، لكان الجواز نقضاً له ، وهو تناقض لا يجوز وقوعه ، مثاله : الزكاة شرعت لسد حاجة الفقراء ، فلو أجازت هبة المال عند آخر الحول فراراً من الزكاة ، لكان معناه إبطال مقصود الشريعة وإلحاق الضرر بالفقراء . والشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لإبطالها لكان عوداً على مقصود الشريعة بالإبطال ، وللحق الضرر الذي قصد إبطاله ^(١) .

قال ابن تيمية : « اعلم أن تجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ، فإن الشارع سد الطريق إلى ذلك المحرم بكل طريق ، والمحتمل يريد أن يتوسل إليه . ولهذا لما اعتبر الشارع في البيع والصرف والنكاح وغيرها شروطاً سد ببعضها طريق الزنى والربا ، وكمل بها مقصود العقود ، لم يمكن لمحتال الخروج منها في الظاهر ، فإذا أراد الاحتيال ببعض هذه العقود على ما منع الشارع منه ، أتى بها مع حيلة أخرى توصله بزعمه إلى نفس ذلك الشيء الذي سد الشارع ذريعته ، فلا يبقى لتلك الشروط التي يأتي بها فائدة ولا حقيقة ، بل يبقى بمنزلة اللعب والعبث » ^(٢) .

وأبطل ابن تيمية كل الحيل التي تؤدي إلى إسقاط حق ، أو تسويغ محرم ، أو إسقاط شرط حرّمه الشارع ؛ لأن هذه مطلوبات وإهمالها محرم ، وكل ما يؤدي

(١) أعلام الموقعين ١٢٤/٣ ، ٣٤٦ ، الموافقات ٢٠١/٢

(٢) فتاوى ابن تيمية ١٤٦/٣

إلى المحرم يكون محرماً ، ولو كان في أصل ذاته مباحاً . وكذلك إذا كان غرضه أن يصل إلى أمر محلل ، ولكنه لم يستطع الوصول إليه إلا بأمر محرم ، فإنه في هذه الحال لا يكون التحايل سائغاً ؛ لأن المحرم الذي اتخذ وسيلة إلى الحلال حرام لذاته ، كمن يتخذ الخيانة سبيلاً للوصول إلى حقه ، أو شهادة الزور سبيلاً لإثبات حق مجهود ، فإنه لا يسوغ ؛ لأن الخيانة حرام لذاتها ، وشهادة الزور حرام لذاتها ، والمفسدة التي تترتب على فساد الشهادات وضياح الأمانات أشد من المفسدة التي تقع بضياح حق مفرد لواحد من الناس ، فإنه إن ساع الاستشهاد بالزور لإثبات حق فيستشهد بالزور لإثبات الباطل . وإذا ساع الخيانة للوصول إلى الحق فيسوغها لنفسه من يريدها لذاتها ، وبذلك يكون أمر الناس فوضى ، والحرام لذاته لا يباح مطلقاً ، ولا في أي حال إلا للضرورة^(١) .

إلى هنا أنتهي من الأدلة المختلف فيها وتحقيق مفاهيمها وخلاف العلماء فيها ، ونقول في نهاية المطاف : الواقع أن اعتبارهم هذه الأدلة المختلف فيها مصادر وأدلة إجمالية فيه شيء من التسامح ، إذ هي في الواقع قواعد فقهية تطبق في الحوادث الفردية ، كما تطبق القواعد الفقهية الكلية الأخرى ، وليست دليلاً إجمالياً يعتمد عليه في استنباط حكم فقهي ، كما هو الحال في الأدلة الإجمالية : الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

(١) راجع : (ابن تيمية) ٤٤٩ ، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة .

المبحث الثامن

أدلة أخرى في الفقه مختلف فيها

هناك أدلة أخرى مختلف فيها حقيقة عدا ما ذكر ، أهمها ثلاثة : هي الأصل في الأشياء ، والاستقراء ، والاخذ بأقل ما قيل . فتصير الأدلة المختلف فيها التي بحثها عشرة .

٨ - الأصل في الأشياء :

المقصود بالأصل هنا : القاعدة الثابتة المستمرة بالدليل العام . وأما المقصود بكلمة (الأشياء) فهي خصوص أفعال المكلفين الاختيارية باعتبار أنها متعلق الأحكام التكليفية .

والأصل في الأشياء على هذا المعنى لا يخرج عن حكيمين على الراجح :

١ - الحرمة في المضار : والأصل فيها قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ومعناه لا ضرر لنفسك ، ولا مضارة لغيرك .

٢ - الحل فيما عدا ذلك : ففي المنافع قوله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ لأن اللام في ﴿ لكم ﴾ للاختصاص بما ينفع الناس . وأما ما كان دائراً بين النفع والضرر ، فلأن عدم الدليل على ترجيح أحد جانبي الفعل والترك يعتبر دليلاً شرعياً على التخيير بينهما .

وهذا كله معتبر بعد البعثة وبلوغ دعوة الرسول ﷺ . فأما ما قبل ذلك فالحكم عند الأشاعرة أنه لاحكم قبل البعثة إذ الفرض أنه لا شرع .

والعقل عند الأشاعرة لا يستقل بإثبات حكم شرعي ، خلافاً للمعتزلة ، ويلزم عليه أن الناس في ذلك الوقت معذورون لا حرج عليهم فيما يأتون ، ولا إثم فيما يتركون . ويشهد له قوله تعالى : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ والخلاصة : إن الأصل في الأعيان والأشياء عند الجمهور هو الإباحة إلى أن يرد منع أو إلزام^(١) .

٩ - الاستقراء :

ومعناه : تصفح جزئيات أمر كلي لإثبات حكمها له . أو هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئيات على ثبوته في الأمر الكلي لتلك الجزئيات . وهو نوعان : تام وناقص . فالاستقراء التام : يكون بتصفح جميع الجزئيات ما عدا الصورة المتنازع عليها .

والاستقراء الناقص : يكون بتصفح أغلب الجزئيات ، ما عدا صورة النزاع مع بعض الصور الأخرى .

والأصوليون يتوصلون بالاستقراء إلى إثبات الحكم في صورة النزاع عن طريق إثباته الكلي الشامل لها .

وهذا الإثبات قطعي بحسب العادة لا عقلي . وهذا إذا كان الاستقراء تاماً ، وظني إذا كان الاستقراء ناقصاً . وفي هذه الحالة الأخيرة يكون عند الفقهاء من باب إلحاق الفرد النادر بالأعم الأغلب ، وهو كثير في كتب الفقه .

مثال الاستقراء التام : أنك إذا قلت في خلافة صلاة الوتر ، أهو فرض أم سنة : لو كان الوتر واجباً لما أدي على الراحلة ، والتالي باطل . دليل الملازمة :

(١) نيل الأوطار ١٠٧/٨ ، إرشاد الفحول ٢٥١

ماثبت من الاستقراء التام لجميع الواجبات أداء كانت أو قضاء - عدا صورة النزاع (أي الوتر) حيث ثبت أنه لا يؤدي شيء منها على الراحة .
والاستقراء حجة عند الشافعية والمالكية والحنابلة^(١) .

ولم يعترف الحنفية بالاستقراء بصفة دليل مستقل في إثبات الأحكام ذهباً منهم إلى أنه راجع إلى القياس إذا دل على وصف معتبر جامع لجميع الجزئيات ، أو أنه راجع إلى العرف والعادة .

١٠ - الأخذ بأقل ما قيل عند الشافعي :

حقيقة الأخذ بالأقل^(٢) ، كما تقدم : أن يختلف العلماء في حكم أمر من الأمور على أقوال ، كاختلافهم في دية الذمي ، حيث قال الحنفية : هي كدية المسلم . وقال المالكية : هي كنصف دية المسلم . وقال الشافعي : هي كثلث دية المسلم ، أخذاً بأقل ما قيل من أقوال العلماء التي سبقت دون زيادة ، مالم يقد عليها دليل ، فإذا قام دليل على الزيادة ، فإن الواجب اتباعه ؛ لأن البراءة الأصلية لا تقاومه . ومثله قول الشافعي : أقل الجزية دينار . إذ لم يقد دليل على الزيادة .

وأخذ به الشافعي وأبو بكر الباقلاني . وحكى بعض الأصوليين إجماع أهل النظر عليه ، وهو في الحقيقة مجرد استئناس منهم بالعمل به ، مالم يدل دليل صحيح على العمل بالأكثر .

فن العمل بالأكثر أخذ الشافعي بسبع غسلات بالنسبة لما قيل في غسل الإناء

(١) المستصفى ٣٢/١ ، الإسنوي ١٦٠/٣ ، الموافقات ٢٩٨/٣ - ٣٠٤

(٢) المستصفى ١٢٧/١ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢١٤ - ٢١٥ ، الإسنوي ١٦١/٣

من ولوغ الكلب : إنها ثلاث أو خمس أو سبع^(١) ؛ لأنه دل خبر الصحيحين على أنها سبع^(٢) ، ولم يأخذ بأقل ما قيل . وقال الشافعي ومالك وأحمد : إن دية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم ، أي أنها جزآن من ثلاثين جزءاً من دية المسلم . وقال أبو حنيفة : إنها مثل دية المسلم والكتابي ، فالجمهور أخذوا بالأقل .

والشافعي رضي الله عنه حين اختار الأخذ بأقل ما قيل من أقوال العلماء ، عملاً بالمتيقن ، فإنه يشترط لذلك شروطاً ثلاثة :

أولها : ألا يوجد دليل يدل على شيء بخصوصه .

وثانيها : ألا تكون الذمة مشغولة بما ورد فيه الخلاف ، كالجمعة الثابت فرضها مع اختلاف العلماء في العدد الذي تنعقد به الجمعة . ففي هذه الحالة لا يكون الأخذ بالأقل دليلاً ، لارتهاان الذمة بها ، والذمة لاتبرأ بالشك . لذلك جعلها الشافعي تنعقد بأربعين رجلاً ، وهذا العدد أكثر ما قيل فيها . وهذا يعني أنه إذا كان الحكم ثابتاً في الذمة ، فيكون الأخذ بالأكثر دليلاً عند الشافعي ؛ لأن الذمة تبرأ بالأكثر إجماعاً ، وفي الأقل خلافاً .

وثالثها : أن يكون أقل ما قيل متفقاً عليه بين جميع أصحاب الأقوال في المسألة .

فإن فقد الشرط الأول ، ووجد دليل يدل على شيء معين ، فإنه يتعين الأخذ به ، كما تقدم في العمل من ولوغ الكلب .

(١) هذه رواية مرفوعة عن أبي هريرة « أن النبي ﷺ قال في الكلب يلغ في الإناء : يغسل ثلاثاً أو خساً أو سبعاً » والولوغ : شرب الكلب بأطراف لسانه ، أو إدخاله لسانه فيه وتحريكه الماء .

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة بلفظ « طهور إناء أحدم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاًهن بالتراب » (سبل السلام ٢٢/١) .

وإن فقد الشرط الثاني بأن كانت الذمة مشغولة بما اختلف فيه ، تعين الأخذ بالأكثر ؛ لأنه أحوط ، كما تقدم في العدد الذي تنعقد به الجمعة ، أي أن العمل بالأحوط لا يكون واجباً إلا إذا كانت الذمة مشغولة به يقيناً . فإن كانت الذمة ليست مشغولة بما أخذ فيه بالأقل ، فهذا فرض المسألة ومحل النزاع .

وإن فقد الشرط الثالث لم يتعين الأخذ بأقل ما قيل لعدم تيقنه . وكأن الشافعية جعلوا الأخذ بأقل ما قيل متركباً من الإجماع في الأقل (في حالة الإثبات) والبراءة الأصلية (في حالة النفي) التي يدل عليها العقل ، فإنها تقتضي عدم وجوب الزيادة ، إذ الأصل عدم الوجوب مطلقاً ، لكن ترك العمل به في الأقل للإجماع ، فبقي ماعداه على الأصل .

وتوضيح ذلك أن الشافعية حين قرروا الأخذ بأقل ما قيل في دية الذمي ، لاحظوا أن الثلث متفق عليه بين الجميع ؛ لأن القائل بالنصف قائل به ، لاندماج الثلث ضمن النصف . والقائل بالجميع قائل به أيضاً ، لاندماج الثلث تحت الكل ، فكان الثلث مجمع عليه . وأنهم حين قرروا عدم الزيادة عليه ، لاحظوا أن الأصل عدم الحكم بما زاد ، فهذه براءة أصلية مع إجماع .

وكذلك مقدار الجزية : قيل : أربعة دنانير ، وقيل : ديناران ، وقيل : دينار^(١) ، فأخذ الشافعي بالدينار ؛ لأنه أقل ما قيل ، وغيره موافق عليه ، والخلاف في الزيادة ، ويؤيده حديث مرسل عن عمر بن عبد العزيز رواه الشافعي في مسنده^(٢) ، وحديث معاذ « أن النبي ﷺ أمر بأخذ دينار من أهل اليمن »^(٣) .

(١) الروضة الندية ٣٥٥/٢

(٢) راجع نيل الأوطار ٥٨/٨

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي ، وصححه ابن حبان والحاكم . وقال الترمذي : حديث حسن (سبل السلام ٦٦/٤ ، نصب الراية ٤٤٥/٣) .

وقد أنكر الحنفية هذا الأصل ، كما أنكروا الإجماع عليه ؛ لأن الإجماع لا يسلم عندهم إلا إذا أمكن ضبط الأقوال التي صدرت من العلماء في هذا الموضوع ، وهذا مالا سبيل إليه .

لذا قال ابن حزم : وإنما يصح الأخذ بأقل ما قيل إذا أمكن ضبط أقوال جميع أهل الإسلام ، ولا سبيل إليه . وحكى قولاً بأن يؤخذ بأكثر ما قيل ليخرج من عهدة التكليف ييقن .

وأضاف الحنفية أن العمل بالكل أحوط ؛ لأن الذمة تبرأ به قطعاً . وقد أجيب عنه بأن العمل بالأحوط لا يكون واجباً إلا إذا كانت الذمة مشغولة به يقيناً ، مثل صوم رمضان ، الذمة مشغولة به ، فصوم آخر يوم فيه عند عدم رؤية هلال شوال يعتبر عملاً بالأحوط ، لبراءة الذمة قطعاً بصومه . وأما إذا كانت الذمة غير مشغولة به ابتداء ، فالعمل بالأقل متيقن ، والأخذ به أحوط .

المبحث التاسع

مصادر فقهية غير شرعية

لا يقر الإسلام الأخذ بأي مصدر لا يستند إلى الشريعة أو إلى الوحي بصفة مباشرة أو غير مباشرة . ويجدر ذكر بعض المصادر غير المعترف بها شرعاً وأهمها ما يأتي^(١) :

١ - التشريع أو العقل

يطلق التشريع عند فقهاء القانون الوضعي على معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص . أما التشريع بالمعنى العام : فهو وضع القواعد القانونية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية بين الناس ، بصرف النظر عن كون تلك القواعد قد نتجت عن مصدر من مصادر القاعدة القانونية ، أو عن تفسير للقواعد القائمة .

أما التشريع بالمعنى الخاص : فهو تعبير عن إرادة السلطة العامة ، قصد به وضع القواعد القانونية وإلزام الناس باحترامها . وهذا المعنى الخاص بكل دولة أكثر شيوعاً من المعنى العام ؛ إذ هو المقصود من لفظ التشريع عند إطلاقه . والسلطة العامة التي تمارس التشريع قد تكون أفراداً كما في الملكيات المطلقة ، وقد تكون مجلساً أو مجالس نيابية تنوب عن الشعب في وضع التشريع ، كما في أغلب نظم الحكومات . وقد تكون أوسع من ذلك ، بل قد تكون الشعب نفسه عند وضع القانون الأساسي للدولة وهو الدستور .

(١) راجع المدخل الفقهي للشيخ الأستاذ عبد العال عطوة .

وأياً ما كان الأمر ، فإن هذه السلطة تعتمد في وضع القانون على نتاج العقل البشري وتفكيره البحت ، كما هو واضح من التعريف ؛ إذ ينص على أن التشريع تعبير عن إرادة السلطة العامة التي هي فرد أو أفراد من الناس . وحينئذ يكون التشريع قائماً على نتاج العقل ، بل هو مرادف له .

والعقل المحض : لا يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامي عند فقهاء الشريعة الإسلامية ؛ لأنه لا يحقق العدالة والمثالية المطلوبتين في القانون ، ذلك أن العقول البشرية تتفاوت في إدراكها للأمور ، وتختلف مقاييس الخير والشر في نظرها ، ويقصر إدراكها لحقائق الأشياء الغامضة ، ولا تستطيع كشف مايجيء به المستقبل من أحداث ، كما أنها ليست معصومة من الاندفاع وراء الشهوات والثروات .

وأخيراً فإن نتاجها لا يقوم على أساس من الدين والأخلاق ، مما أدى إلى أن تكون القوانين التي هي من صنع البشر قاصرة دائماً عن تحقيق العدالة والمصلحة والاستقرار . وآية ذلك كثرة تغييرها وتبديلها أو تعديلها وإصلاح الناقص فيها ، بعد زمن قصير من سنائها أو إنشائها .

وعدم اعتبار العقل المحرد مصدراً من مصادر الأحكام في الفقه الإسلامي أمر أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية ، فتراهم يقررون أنه (لا حاكم إلا الله رب العالمين) . ولم يشذ منهم أحد حتى فقهاء المعتزلة الذين يقولون : إن العقل يدرك في بعض الأفعال حسناً يجعلها مأموراً بها ، ويترتب على فعلها الثواب . وذلك كالصدق والمروءة . ويدرك في بعض الأفعال قبحاً يجعلها منهيّاً عنها ، ويترتب على فعلها العقاب ، وذلك كالكذب والقتل وغيرها .

والسبب أن المعتزلة يقولون : إن العقل لا ينشئ هذه الأحكام ولا يضعها ، وإنما المنشئ لها هو الله رب العالمين . وعمل العقل مقصور على معرفة

حكم الله تعالى في هذه الأشياء بواسطة إدراك صفات الحسن والقبح الذاتية . فإذا أدرك ما فيها من حسن أدرك حكم الله فيها ، فيتعين عليه فعلها . وإذا أدرك ما فيها من قبح أدرك حكم الله فيها ، فيتعين عليه تركها . ولا يتعدى عمل العقل معرفة الحكم وإدراكه . أما واضع الحكم نفسه ومنشئه فهو الله رب العالمين .

ومع هذا ، فإن أهل السنة قد أبطلوا رأي المعتزلة هذا ، كما يعلم من الاطلاع على كتب أصول الفقه ، فيما ذكر في بحث الحاكم .

والاعتماد على العقل بوصفه مصدراً للأحكام لا وجود له في عصر الرسول عليه الصلاة والسلام ، ولا في العصور التالية له . أما في عصر الرسول عليه الصلاة والسلام ، فإن ما جاء في الكتاب الكريم من أحكام ، وحي من السماء ، كما يدل له قوله تعالى : ﴿ وإنه لتنزيل رب العالمين ، نزل به الروح الأمين ، على قلبك لتكون من المنذرين ، بلسان عربي مبين ﴾ وكذلك ما جاء في السنة من أحكام ، فإنه وحي أيضاً ، كما يرشد إليه قوله تعالى : ﴿ ولو تقول علينا بعض الأقاويل ، لأخذنا منه بالبين ، ثم لقطعنا منه الوتين ، فما منكم من أحد عنه حاجزين ﴾ .

وأما بعد عصر الرسول ﷺ ، فإن عمل المجتهدين لا يعدون أن يكون كشفاً للأحكام وإظهاراً لها ، بتفهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها والاجتهاد في استخراج الأحكام منها ، وليس فيه وضع للأحكام من عند أنفسهم ، وإنشاء لها بواسطة عقولهم وأفكارهم ؛ لأنهم يستندون إلى الكتاب والسنة في كشف هذه الأحكام وبيانها ، ولا يعتمدون على غيرها بتاتاً ، سواء أكان الاجتهاد جماعياً أم فردياً . غاية الأمر أن الحكم إذا أجمع عليه المجتهدون كان ملزماً للأمة ، ولا يسوغ الاجتهاد فيه بعدئذ . وإن كان الحكم قد ثبت باجتهاد فردي ، فليس ملزماً لسائر المجتهدين ، وإنما هو ملزم للمجتهد الذي رآه ، ولكل من استفتاه من المقلّدين .

فسلطة التشريع في الإسلام هي لله رب العالمين ، وللرسول عليه الصلاة والسلام باعتبار أنه رسول ومبلغ وحي الله إلى سائر الناس ، وليست هناك سلطة تشريعية في الإسلام لأحد من الناس فرداً كان أو جماعة ، لما بينته سابقاً . فإطلاق اسم التشريع على عمل المجتهدين ، وإطلاق اسم المشرع على المجتهد أو ولي الأمر إطلاق مجازي ، لا حقيقي .

ويقوم مقام سلطة التشريع في الإسلام مجلس تخطيط أعلى يعتمد على الشورى ولا مانع من الاعتماد على نظام مجالس الشعب أو (البرلمانات) في حدود إصدار القوانين التنظيمية المعتمدة على أساس الشرع الإلهي ، مثل قوانين العمل والعمال ، وقانون التأمينات الاجتماعية وقانون الموظفين ، واتفاقيات الامتياز للتنقيب عن ثروة معدنية ونحوها .

٢ - التفويض أو العصمة

التفويض : إحالة الحكم إلى النبي أو العالم في المسائل والوقائع بما يشاء من غير دليل يستند إليه ، ويكون حكمه صواباً موافقاً حكم الله تعالى ، لإلهامه الله له .

ولم يقل بهذا المصدر إلا الشيعة الإمامية ، ولذلك يدعون العصمة لأنهم ؛ لأنهم مفوضون بالحكم من قبل الله تعالى ، وهو قد ألهمهم إياه ، فيكون قولهم صواباً موافقاً لحكمه تعالى .

وأهل السنة على اختلاف مذاهبهم - كما ذكر في الإجماع والاجتهاد - ينكرون هذا التفويض ، ولا يعدونه حجة ومصدراً للأحكام ؛ لأن الأحكام إنما تتلقى من الله تعالى بواسطة أمين وحيه : جبريل عليه السلام .

أما الإلهام : فيحتمل أن يكون من الله تعالى ، ويحتمل أن يكون من

الشیطان ، كما يدل له قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لِيُوحُونَ إِلَى أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ ﴾ ويحتمل أن يكون من وسوسة النفس وتحديثها ، كما يرشد إليه قول الله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ وَنَعْلَمُ مَا تُوَسُّوسُ بِهِ نَفْسُهُ ، وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ ﴾ ، ومع هذه الاحتمالات لا يكون الإلهام حجة .

ومن هذا القبيل : ما يراه بعض الصوفية من أن الإلهام أو المكاشفة حجة يجب العمل به للمعنى الذي قدمناه . وهذا باطل كسابقه ؛ إذ لا حجة في الإلهام أو المكاشفة ، لما بينته في الرد على الشيعة^(١) .

٣ - الإحالة

الإحالة وتعرف عند القانونيين بالإسناد ، ليست من مصادر الفقه الإسلامي بالنسبة إلى المسلمين ، بأن يحالوا إلى شريعة أو أحكام أخرى تحل محل الشريعة الإسلامية ، وذلك لكمال الشريعة وتامها بوفاء الرسول ﷺ .

أما بالنسبة إلى غير المسلمين من أهل الذمة الذين يقيمون بصفة دائمة في دار الإسلام ، ويعدون من أهل دار الإسلام ، فإن أحكام الإسلام تقضي بعدم التعرض لهم في عباداتهم وإقامة شعائر دينهم ؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون^(٢) . وعلى هذا إجماع فقهاء المسلمين . أما ما وراء ذلك فجمهور الفقهاء على أنهم خاضعون لأحكام الشريعة الإسلامية ، فيتعرض لهم بالزامهم إياها إذا خالفوها ، ويقضى بينهم بأحكامها .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يتعرض لهم فيما يقرره أهل دينهم من أحكام المعاملات ، ويقضى بينهم بأحكام دينهم فيها ، إلا إذا تعلق بهذه المعاملة حق أحد

(١) نهاية السؤل للإسنوي ١٧٥/٣ وما بعدها ، ط صبيح .

(٢) روى الطبراني في الكبير من قول عمرو بن العاص : « إنما أعطيناهم العهد على أن غلّي بينهم وبين أحكامهم » .

من المسلمين ، فإنه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة ، متعاً للضرر عنهم ، كما إذا تزوج ذمي ذمية مطلقة من مسلم ، وهي في عدتها منه ، فإنه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة بالتفريق بينهما ، صيانة لحق المسلم ، ومنعاً لتضرره من تزوج غيره بمطلقته وهي في العدة .

وذهب أصحاب أبي حنيفة إلى عدم التعرض لهم ، ولكن يقضى بينهم بأحكام الشريعة الإسلامية المجمع عليها ، كحرمة التزوج بالأم والأخت والبنت ، والجمع بين أكثر من أربع نسوة . أما الأحكام التي لم يجمع عليها في الشريعة الإسلامية ، فيقضى بينهم بأحكام دينهم فيها على تفصيل يعرف بالرجوع إلى كتب الفقه الحنفي ^(١) .

ومن هذا يظهر أن أبا حنيفة هو الذي يقول بالإحالة إلى شريعة الذميين فيما لا يتعدى ضرره إلى أحد من المسلمين . وإن الصاحبين يقولان بالإحالة فيما ليس مجعاً عليه من أحكام الشريعة الإسلامية . لكن هذه الإحالة ليست مصدراً للفقه الإسلامي أو استداداً له من شرائع أخرى تكمّل شريعته ، ولكنها وضع اقتضاء التسامح مع أهل الذمة من غير المسلمين ، بأن تترك لهم الحرية في عباداتهم وإقامة شعائهم ، وما يدينون به من أحكام المعاملات . ولا شك بأن هذا التسامح يعد من مفاخر الشريعة الإسلامية .

وأما الأخذ بالعرف وشريعة من قبلنا ، فليس من باب الإحالة ؛ لأن العرف أو شرع من قبلنا ليس شرعاً مستقلاً لنا ، وإنما بسبب إقرار الشرع الإسلامي للرجوع إليه أحياناً ، لبناء العرف في الغالب على مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، والتيسير في التكليف . وشرع من قبلنا مردود إلى الكتاب أو السنة كما عرفنا .

(١) البدائع ٣١٠/٢ - ٣١١ ، الهداية ١٥٥/١ - ١٥٩

٤ - القانون الروماني

زعم بعض المستشرقين أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني ، بل غلا بعضهم ، فزعم أن القانون الروماني مصدر من مصادر الفقه الإسلامي . وقد استند هؤلاء في إثبات دعواهم إلى شبهتين .

الأولى - إن القانون الروماني سابق على الفقه الإسلامي في الوجود .

الثانية - تشابه القانون الروماني والفقه الإسلامي في بعض القواعد والاصطلاحات ، كقاعدة (البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر) فإنها واحدة في التشريعين . وقاعدة الاستصلاح ، أو المصالح المرسله ، فإنها مبدأ المنفعة العامة في القانون الروماني ، مما يدل على تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني . وهذا التأثير مر بمرحلتين :

الأولى - مرحلة التكوين والنشأة في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام ، حيث كان للرسول - فيما زعموا - معرفة بالقانون الروماني البيزنطي ، حينما سافر إلى الشام .

الثانية - مرحلة النضج في عهد الصحابة والتابعين والمجتهدين ، حيث تلاقحت الشريعة الإسلامية مع القانون الروماني في البلاد التي فتحها المسلمون كالشام ومصر .

وهذا كله زعم باطل ؛ لأن مصادر التشريع الإسلامي مستقلة مردها إلى الإرادة الإلهية فقط^(١) .

(١) راجع تاريخ النظم القانونية والاجتماعية لأستاذنا الدكتور صوفي أبو طالب ١٩٤ وما بعدها ، وفجر الإسلام لأحمد أمين ، وتاريخ التشريع الإسلامي للسايس وعبد الرحمن تاج ، والأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ١٥١ وما بعدها ، الفقه الإسلامي (المدخل ونظرية العقد) للأستاذ عيسوي ١١٧ وما بعدها .

الباب الرابع

النسخ

مقدمات عن النسخ :

أ - قد يذكر بحث النسخ - وهو الغالب عند الأصوليين - عقب البيان أو مباحث الكتاب والسنة من أمر ونهي وغيرها ، لما له من صلة وثيقة بالأحكام المستنبطة منها ، ويراد التزام المكلف بها ، ويسمى النسخ بيان التبديل ، لقوله تعالى : ﴿ وإذا بدلنا آية مكان آية ﴾ . والتبديل هو أحد معاني النسخ لغة ، ومعناه : أن يزول شيء فيخلفه غيره . ويمكن بحث النسخ بعد بحث المصادر ، لاحتمال طروئه عليها ، ويكون الكلام عليه قبل بحث الاجتهاد ؛ لأن من أهم شروط المجتهد - كما سنعرف - معرفة الناسخ من المنسوخ ، ولأن النسخ من طرق الجمع والتوفيق بين النصين المتعارضين ، إذا عرف تاريخهما ، فيجعل المتأخر ناسخاً للمقدم ، وذلك مما ينير السبيل أمام المجتهد لاستنباط الحكم من الدليل الشرعي .

ب - والكلام عن النسخ أمر تاريخي بحث إلفيا يتعلق بالمجتهد من ضرورة العلم بالأحكام المنسوخة ؛ لأنه يتعلق بزمان النبوة ووقت تنزل الوحي ؛ لأنه لا نسخ إلا بالوحي الإلهي ، وقد نص الأصوليون على أنه يجب على المكلف معرفة النسخ والناسخ وهو الله عز وجل ، والدليل الناسخ .

ج - إن أول من حرر الكلام في النسخ هو الإمام الشافعي رضي الله عنه في (الرسالة) في الأصول ، واعتبره من قبيل بيان الأحكام لا من قبيل إلغاء النصوص .

د - اختار السيوطي في الإتقان أن النسخ وقع في عشرين آية في القرآن الكريم ، مثل آية الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ، وآية الوصية للزوجات بعد وفاة الزوج بالملك في البيت مدة حول كامل ، وآية إمساك الزانية في

البيوت ، وآية منع القتال في الشهر الحرام ، وآية ثبات المسلم في الحرب أمام عشرة من الأعداء ، وآية تقديم صدقة قبل مناجاة الرسول ﷺ .

هـ - ينسجم النسخ مع مبدأ التدرج في التشريع الذي اتم به الإسلام في عصر الوحي ، فهو لتحقيق مصالح الناس التي هي مقصود التشريع .

و - قد يكون النسخ بحكم مساوٍ للمنسوخ ، أو أخف منه أو أشد .

ز - شريعتنا ناسخة لكل الشرائع السماوية السابقة في غير الأصول والمبادئ التشريعية العامة ، أي في الأحكام الفرعية التي لا تمس أصول العقيدة والأخلاق .

وقد وقع النسخ في ذاته في شريعتنا في القرآن وفي السنة ، بحسب مقتضيات المصلحة والتطورات الزمنية ، ولم يقع النسخ في الأدلة الأخرى من إجماع أو قياس ، إلا في الإجماع المعتمد في أصله على المصلحة .

وخطة البحث في النسخ على النحو التالي :

- تعريف النسخ وأركانه وحكمته والفرق بينه وبين البداء والتقيد والتخصيص .

- آراء العلماء فيه .

- محل النسخ وشروطه .

- أنواع النسخ في الأدلة الشرعية .

- أوجه النسخ .

- طريق معرفة النسخ .

- زمن النسخ .

المطلب الأول - تعريف النسخ ، وأركانه وحكمته ، والفرق بينه وبين البدء والتقديد والتخصيص .

معناه اللغوي : النسخ في اللغة له معنيان :

أحدهما - الإبطال والإزالة : يقال : نسخت الشمس الظل ، ونسخت الرياح آثار المشي ، أي أزالته . ومثله قولهم : نسخ الشيب الشباب ، إذا أزاله ، ومنه تناسخ القرون والأزمنة .

ثانيهما - النقل والتحويل من حالة إلى حالة مع بقاء الشيء المنقول عنه في نفسه ، يقال : نسخت الكتاب ، أي نقلته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ ومنه (تناسخ المواريث) لانتقال المال من وارث إلى وارث . و(تناسخ الأرواح) بانتقالها من بدن إلى غيره ^(١) .

معناه الاصطلاحي :

والنسخ في اصطلاح الأصوليين له تعريفان مشهوران ^(٢) :

الأول : هو بيان انتهاء أمد حكم شرعي بطريق شرعي مترسخ عنه . ومعنى الانتهاء : أن الحكم المنسوخ محدد عند الله بغاية ينتهي عندها . وهو تعريف الرازي والبيضاوي .

(١) راجع الإحكام للآمدي ١٦٠/٢ ، المعتمد لأبي الحسين البصري ٣٩٤/١ ، التلويح على التوضيح ٣١/٢ ، إرشاد الفحول ١٦١ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٠

(٢) كشف الأسرار ٨٧٥/٣ وما بعدها ، التلويح على التوضيح ٣١/٢ ، أصول السرخسي ٥٣/٢ ، مسلم الثبوت ٣٢/٢ ، المستصفى ٦٩/١ ، الإحكام للآمدي ١٦٠/٢ - ١٦٣ ، جمع الجوامع وشرحه ٥٠/٢ ، شرح الإسنوي ١٩٦/٢ - ٢٠٠ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٧ ، إرشاد الفحول ١٦١ وما بعدها ، مختصر ابن الحاجب ١٦٠

الثاني : هو رفع حكم شرعي بدليل شرعي متأخر . وهو تعريف ابن الحاجب . وهو قريب من تعريف أبي هاشم المعتزلي بأنه إزالة الحكم الثابت بطريقة شرعية على وجه مخصوص .

وعرفه القاضي الباقلاني بأنه (رفع الحكم الشرعي بطريق شرعي متراخ عنه) أي أن الناسخ رفع استمرار العمل بالحكم السابق . وهذا ما اختاره ابن السكيت في جمع الجوامع ليشمل النسخ قبل التكن . وعرفه الغزالي بأنه الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتاً ، مع تراخيه عنه .

وعرفه صدر الشريعة ابن مسعود بقوله : هو أن يرد دليل شرعي متراخياً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه ، أي حكم الدليل الشرعي المتقدم . واختار الشوكاني التعريف التالي : فقال : هو رفع حكم شرعي بمثله مع تراخيه عنه . وذلك خروجاً مما وجه لتعريف الغزالي وغيره من انتقادات ، وإن رد عليها بأجوبة مقنعة .

يتبين من هذه التعاريف المتقاربة في معناها ، والمفضل منها وهو الثاني ما يأتي :

١ - يكون النسخ بخطاب الشارع وهو الله تعالى ، ولا يحصل النسخ بكلام غيره ، وأما فعل النبي ﷺ الدال على النسخ أحياناً ، فهو دليل معرّف يدل على وجود خطاب من الله تعالى دال على ارتفاع الحكم ، ولا يصدر الخطاب بالنسخ من الرسول ﷺ ، إذ ليس للرسول ولاية رفع الأحكام الشرعية من تلقاء نفسه .

فإذا انتهى الحكم الشرعي بانتهاء أمدّه المحدد له ، أو بزوال علته ، لا يسمى نسخاً شرعاً . وإذا انتهى الحكم الشرعي بطريق عقلي ، كالموت والغفلة ، والعجز كسقوط غسل الرجلين في الوضوء بقطعهما ، لا يكون نسخاً .

٢ - المنسوخ وهو الخطاب المتقدم حكم شرعي أيضاً يشمل الأمر والنهي والخبر المتضمن لحكم ، والثابت بطريق النص أو الفحوى أو المفهوم ، وعلى هذا فإبطال ما ثبت بحكم العقل وهو البراءة أو الإباحة الأصلية قبل ورود الشرع^(١) ، أو ثبت بالأعراف الجاهلية أو الأحكام الوضعية ، وتقرير أحكام جديدة ، لا يسمى نسخاً ، فإيجاب عبادات لم تكن في الجاهلية ، أو تحريم أمور كانت في الجاهلية كشرب الخمر وعادة التبني ، ونكاح زوجة الأب بعد طلاقها ، لا يعد نسخاً ؛ لأن ما كان في الجاهلية ليس حكماً شرعياً .

٣ - لا بد من مضي مدة بين الناسخ والمنسوخ ، وهو المقصود بتراخي الحكم الناسخ أو تأخره ، منعاً من وقوع التناقض أو التهافت في أحكام المشرع . فالتقييد بالخطاب المتصل بسابقه كاستثناء ، والتقييد بالشرط والغاية ، لا يسمى نسخاً ؛ لأن الخطاب المتصل بالخطاب الأول ليس برافع أو مزيل لحكم الخطاب الأول ، بل هو بيان وإتمام لمعناه ، بعد ثبوته ، أو تقييد له بمدة أو شرط ونحو ذلك ، والنسخ : هو رفع الشيء بعد ثبوته .

ويلاحظ أن التعبير بالتراخي أو التأخر يغني عن عبارة (لولاه لكان مستمراً ثابتاً) فالجمع بينهما في تعريف الغزالي تكرار .

أركان النسخ :

يتبين أيضاً من تعريف النسخ أن له أركاناً أربعة^(٢) : وهي أداة النسخ ، والناسخ ، والمنسوخ ، والمنسوخ عنه .

أما أداة النسخ : فهو القول الدال على رفع الحكم الثابت . والناسخ هو الله

(١) أكثر الحنفية جعلوا رفع الإباحة الأصلية نسخاً ؛ لأن الخلق لم يتركوا سدى في وقت ، أو لأن

تقرير إباحتها حكم ، فرفعه رفع حكم شرعي (مسلم الثبوت ٢٥/٢) .

(٢) المستصفى ٧٨/٢ ، الإحكام للأمدى ١٦٣/٢

تعالى ؛ لأنه الرفع المطلق للحكم وفق مشيئته . والمنسوخ هو الحكم المرفوع . والمنسوخ عنه : هو المتعبد (المطالب) المكلف بالحكم الشرعي . ومن أمثلة المنسوخ : نسخ وجوب تقديم الصدقة بين يدي مناجاة النبي ﷺ ، وحكم الوصية للوالدين والأقربين ، وحكم التبرص حولاً كاملاً في حق المتوفى عنها زوجها .

ويقال : إن آية السيف في سورة التوبة وهي : ﴿ فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحَرَمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ، وَخَذُواهُمْ ، وَاحْصِرُوهُمْ ، وَأَقْعِدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ ﴾ نسخت مئة وثلاثة عشر موضعاً في القرآن^(١) .

والناسخُ في الحقيقة هو الله عز وجل ، وقد يطلق لفظ (الناسخ) مجازاً على الحكم الشرعي ، أو على المعتقد لنسخ الحكم ، أو على نفس النص الناسخ .

مثال الأول : يقال : وجوب صوم رمضان نسخ وجوب صوم عاشوراء ، فهو ناسخ مجازاً .

ومثال الثاني : يقال : فلان ينسخ القرآن بالسنة ، أي يعتقد ذلك ، فهو ناسخ .

ومثال ثالث : آية السيف المذكورة نسخت آيات السلم والدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة ، فهي ناسخة .

حكمة النسخ :

الثابت في الشرع أنه جاء لرعاية المصالح العامة للناس وأن للمشرع حكمة بالغة في إيجاد الخلق ، وهو اختبارهم لمعرفة مدى امتثالهم لمطالب الشرع .

ومن المعروف في مجال التربية الهادفة أنه من الضروري النظر لأحوال

(١) الناسخ والمنسوخ لابن خزيمة مع كتاب الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم لأبي جعفر

الشخص المربي ، وظروفه واستعداداته ، وقابلية غوه ومداركه ، بحيث يزود بما يتلاءم مع تلك القابليات والاستعدادات ، إذ الأمة كالطفل ، لا يعطى من الغذاء إلا ما كان مناسباً لسن الحياة والنضج عنده .

ورعاية كل من المصالح العامة والخاصة أدى إلى النسخ بين الشرائع ، وفي الشريعة الإسلامية ذاتها ، إذ الشريعة هي قانون المكلفين ، وهناك تلازم لا انفصال في عراه بين الشريعة والمشروع لهم ، فقد تكون مصلحتهم في زمن على نحو معين ثم يتغير وجه المصلحة ، بسبب التطور ؛ ولأن المصلحة تختلف باختلاف الأوقات ، كشرب الدواء ، والشرع للأديان كالطب للأبدان ، فيكون من الأصلح للناس المكلفين إنهاء الحكم السابق وإيجاد حكم آخر ، قال تعالى : ﴿ ما ننسخ من آية أو ننسها ، نأت بخير منها أو مثلها ، ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير ﴾ والخيرية هي بالنسبة للمكلفين ؛ لأنهم في مرصد عناية المربي لهم ، لتحقيق إفادتهم من التشريع المنزل .

ثم إنه من المعلوم أن الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع ، وهي الباقية الخالدة ، ورسول الله خاتم النبيين الذي جاء حين فترة من الرسل ، انقطع فيها معين الوحي الإلهي ، حتى آل الأمر في النهاية إلى التباس العقيدة الحققة في أذهان العرب ، وانصرفهم إلى عبادة الأوثان وملازماتهم عادات وتقاليد موروثه تمكنت فيهم ، ليس من السهل تخلصهم منها إلا بالتدريج .

فاقتضت تلك الأوضاع مراعاة جانب الحكمة في نقل العرب إلى المستوى الأفضل تدريجياً ، وأصبح النسخ أو الانتقال من حكم إلى بديل مماثل أو أشد أو أخف مظهراً أو صورة من صور التدرج في الإصلاح يتجاوب مع الامتثال البطيء لقبول منهاج الوحي السماوي في تنظيم شؤون الحياة . والخلاصة : إن للنسخ فائدتين :

إحداها : رعاية الأصلح للمكلفين ، تفضلاً من الله تعالى ، لا وجوباً عليه ،

أي أن أهم حكمة للنسخ : هي تحقيق مصالح الناس التي هي المقصود الأصلي من تشريع الأحكام ، تلك المصالح التي تختلف باختلاف الأحوال والأزمان .

ثانيها : امتحان المكلفين بامتناعهم الأوامر والنواهي ، وتكرار الاختبار خصوصاً في أمرهم بما كانوا منهيين عنه ، ونهيهم عما كانوا مأمورين به ، فإن الانقياد في حالة التغيير أدل على الإيمان والطاعة^(١) .

الأمثلة التشريعية على تطبيق حكمة النسخ :

أذكر بعض الأمثلة على النسخ مراعاة للمصلحة والتدرج في التشريع^(٢) .

١ - سكت التشريع في مبدأ الأمر لمة ما على (زواج المتعة) الذي كان في الجاهلية ، ثم نسخ بنظام الزواج الذي يقرر للمرأة حقوقاً كاملة ، كما قال سبحانه : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن ﴾ .

٢ - منع النبي ﷺ أولاً من زيارة القبور ، خشية أن يؤدي إلى شيء من الشرك والوثنية عند بعض ضعاف الإيمان ، ثم أباح الزيارة بقوله : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، فإنها ترهّد في الدنيا ، وتذكّر الآخرة^(٣) » .

٣ - أوجب الله أولاً الوصية للوالدين والأقربين رداً على نظام الجاهلية الذي كانت المرأة فيه تحرم من الميراث ، ويستأثر أكبر الأولاد بالتركة ، وقد يوصي بها المالك لمن يشاء ، ثم جاءت آيات المواريث بتوزيع عادل بين الرجال والنساء ، سواء من قرابة الأب ، أو قرابة الأم أحياناً .

(١) الرسالة للشافعي ١٠٦ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ٩٧ ، مسلم الثبوت ٣٤/٢ وما بعدها ، الإحكام للأمني ٩٦٧/٢ .

(٢) أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ١٨٠ ، أصول الفقه ، بدران ٤٤٣ - ٤٤٥

(٣) رواه ابن ماجه عن ابن مسعود وهو حديث صحيح ، ورواه الحاكم عن أنس بلفظ « ألا فزوروها » .

٤ - حرم الخمر على مراحل انتقلت من استقباح السكر : ﴿ تتخذون منه سكرأ ورزقاً حسناً ﴾ [النحل ٦٧] ثم بيان غلبة مضاره على منافع تجارته : ﴿ قل فيها إثم كبير ومنافع للناس ﴾ [البقرة ٢١٩] ثم تحريمه نهائياً من أجل الصلاة : ﴿ لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ﴾ [النساء ٤٣] . ثم تحريمه القاطع بآية : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام ^(١) رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾ [المائدة ٩٠] .

٥ - كذلك حرم الربا على مراحل تدرجت من مقارنته مع الزكاة التي يضاعف الله ثوابها ، وأما الربا فلا غناء ولا ثمرة ولا بركة فيه : ﴿ وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ﴾ [الروم ٣٩] . ثم بيان كونه ظملاً ، فحرم على اليهود : ﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ﴾ [النساء ١٦١] ، ثم التشنيع عليه في الصورة القبيحة التي كانت في الجاهلية من أكله أضعافاً مضاعفة ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة ﴾ [آل عمران ١٣٠] ثم تحريمه العام بآيات : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [البقرة ٢٧٥] ﴿ يحق الله الربا ويربي الصدقات ﴾ [البقرة ٢٧٦] ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله ، وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فآذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ [البقرة ٢٧٨] .

٦ - شرعت الصلاة أولاً ركعتين في الغداة وركعتين في العشي ، رفقاً

(١) الأنصاب : حجارة كانت حول الكعبة يذبحون قرايبهم عندها . والأزلام : قطع ورقية من الخشب كالسهم كانوا يستقسمون بها ، وكانت ثلاثة أنواع في الجاهلية : نوع كان مع الشخص وعدده ثلاثة : مكتوب على واحد : افعل ، والثاني : لا تفعل ، والثالث : غفل . والنوع الثاني : سبعة قداح واحدها قدح ، وكانت عند هبل في جوف الكعبة ، مكتوب عليها ما يدور بين الناس من النوازل . والنوع الثالث : وهو قداح الميسر وعددها عشرة ، سبعة منها فيها حظوظ ، وثلاثة غفل . إلخ ...

بالناس ، حتى إذا ألفوا معنى الصلاة وتذوقوا حلاوتها ولذة مناجاتها شرع الله خمس صلوات في أوقات مخصوصة .

٧ - منع الرسول عليه الصلاة والسلام من ادخار لحوم الأضاحي من أجل بعض الوفود القادمة على المدينة ، ثم أباحه بقوله : « كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث ليتسع ذوو الطَّوْلِ (المقدرة) على من لا طول له ، فكلوا ما بدا لكم وأطعموا وادخروا^(١) » .

٨ - نهى النبي عن الأشربة المباحة في أوعية الخمر ، ثم أباح استعمال جميع الأوعية فقال : « كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء ، غير أن لا تشربوا مسكراً^(٢) » .

الفرق بين النسخ والبداء :

التبس أمر النسخ مع البداء ، عند اليهود ، فأنكروه من أصله ، مما ترتب عليهم (لزمهم) إنكار تطور الشرائع وتبدلها ، كما التبس أمر النسخ أيضاً على الشيعة ، وإن أقروا بوقوعه ، لكنهم لم يفرقوا بينه وبين البداء ، واحتجوا بقول علي رضي الله عنه : « لولا البداء لحدثكم بما هو كائن إلى يوم القيامة » ويقول جعفر الصادق رضي الله عنه : « ما بدا لله تعالى في شيء ، كما بدا له في إسماعيل » أي في أمر ذبحه .

وظنوا أنه هو معنى قوله تعالى : ﴿ يحو الله ما يشاء ويثبت ﴾ ، فلزمهم نسبة الجهل إلى الله تعالى ، وهذا يوجب الكفر ، غير أنني أستبعد عنهم هذه النسبة وإن خلطوا بين النسخ والبداء ، كما تفيد كتابات الأصوليين حتى كتاب إرشاد

(١) رواه الترمذي عن بريده ، وهو حديث صحيح .

(٢) رواه مسلم عن بريده ، وهو حديث صحيح .

الفحول ، لهذا رأيت من الضروري بيان الفرق بين هذين الأمرين ^(١) .

البداء في اللغة : عبارة عن الظهور بعد الخفاء ، يقال : بدا لنا الأمر الفلاني ، أي ظهر ، وبدت لنا معالم المدينة ، أي ظهرت بعد الخفاء ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وبدا لهم من الله ما لم يكونوا يحتسبون ﴾ ، ﴿ بل بدا لهم ما كانوا يخفون من قبل ﴾ ، ﴿ وبدا لهم سيئات ما عملوا ﴾ .

والنسخ من الله تعالى لحكم سابق ، ليس فيه معنى الظهور بعد الخفاء ؛ لأنه يستلزم أن ينسب إلى الله تعالى العلم بالشيء بعد الجهل به ، وذلك مستحيل في حق الله ، إذ لا يخفى على الله شيء في الأرض ولا في السماء ، وعلمه محيط بما كان وبما سيكون ، لقوله تعالى ﴿ وهو بكل شيء عليم ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ عالم الغيب والشهادة ﴾ وقوله : ﴿ وما تسقط من ورقة إلا يعلمها ، ولا حبة في ظلمات الأرض ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين ﴾ وقوله : ﴿ ما أصاب من مصيبة في الأرض ولا في أنفسكم إلا في كتاب من قبل أن نبرأها ﴾ .

وفي حالة النسخ يعلم الله تعالى من الأزل أن ما أمر به من الأفعال محقق للمصلحة في وقت من الأوقات ، ونسخه محقق للمصلحة في وقت آخر . كما يعلم سبحانه أن ما نهى عنه لمفسدة في وقت معين ، يكون بقاءه مفسدة في وقت آخر ، ونسخه مصلحة . فلا يلزم من ذلك أن يكون قد ظهر له ما كان خفياً عنه ، ولا أن يكون قد أمر بما فيه مفسدة ، ولا نهى عما فيه مصلحة ، مثل إباحته الأكل في ليالي رمضان ، وتحريمه في نهاره .

فالنسخ يكون إذن ، لا من أجل ظهور ما كان خافياً على الله تعالى من أمر

(١) الإحكام للآمدي ١٦٤/٣ وما بعدها ، المستصفى ٧٠/١ وما بعدها ، المعتمد لأبي الحسين البصري ٣٩٨ وما بعدها ، مسلم الثبوت ٢٥/٢ ، إرشاد الفحول ١٦٢ ، الإحكام لابن حزم

المنسوخ ، وإنما من أجل تحقيق المأمور به مصلحة خلال فترة محددة من الزمن ، وعدم صلاحيته لتحقيق المصلحة فيما بعد ذلك من الوقت ، ويشير إلى هذا المعنى قوله تعالى : ﴿ يسأله من في السموات والأرض ، كل يوم هو في شأن ﴾ أي كل وقت وحين يحدث أموراً ، ويجدد أحوالاً ، كما قال الزمخشري في الكشاف . وقال الحسين بن الفضل في معنى الآية : إنها شؤون يبدئها ، لا شؤون يبتدئها ، أي يبدئها لعباده بحسب ما يرى من المصالح عند حلول وقتها ، ولا يبتدئها في تقديرها ، أي هي مقدرة في علمه منذ الأزل .

وأما المراد بآية ﴿ يحو الله ما يشاء .. ﴾ : فهو محو المنسوخ ، وإثبات الناسخ ، ومحو السيئات بالحسنات ، كما قال تعالى : ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ . والخلاصة : إن أمر الله مطلق ، فما علم الله استمرار حكمه ، لن يلحقه نسخ ، وما علم انتهاء حكم عند أمد معين ، فقد علم انتهاءه مسبقاً بالنسخ الآتي في الوقت الذي يقع فيه ، لا أن علم انتهاءه عند ذلك الوقت أو الأمد ، حتى لا ينقلب علمه جهلاً .

الفرق بين النسخ والتخصيص :

يشترك النسخ والتخصيص من وجه : وهو أن كلاهما فيه قصر للحكم على بعض مشتملاته ، أو كل واحد يوجب اختصاص الحكم ببعض ما تناوله اللفظ ، لكن التخصيص قصر للحكم على بعض الأفراد ، والنسخ قصر له على بعض الأزمان .

كما أنها يفترقان من وجه آخر .

وهو أن التخصيص : بيان أن ما أخرج من عموم الصيغة لم يرد المتكلم باللفظ الدلالة عليه ، أي أن الحكم يتعلق ببعض أفراد العام من أول الأمر ولا يشمل الجميع .

أما النسخ : فإنما يخرج المتكلم عن اللفظ ما قصد به الدلالة عليه ، أي أن الحكم يتعلق ابتداء بجميع الأفراد ، ثم يرتفع هذا الحكم بالناسخ ، فلو قال الشارع مثلاً : افعَلْ أبداً ، يشمل الأزمنة كلها ، لكن استمرار ذلك مشروط بألا يرد ناسخ .

وبعبارة أخرى : التخصيص بيان أن المخصص غير مراد من الأصل .

أما النسخ فهو انتهاء بعد الثبوت^(١) . ويتفرع عن هذا الفارق العام فروق جزئية أخرى هي تسعة وحصرها الغزالي في خمسة وهي^(٢) :

١ - التخصيص يكون بمقارن للفظ أو بمترآخ عنه ، والنسخ لا يكون إلا بمترآخ .

٢ - التخصيص لا يرد على الأمر بمأمور واحد ، مثل : تصدق على زيد ، بخلاف النسخ ، فإنه يجوز وروده عليه .

٣ - التخصيص يجوز بالعقل وبالنقل ، والنسخ لا يجوز إلا بالنقل .

٤ - التخصيص يبقى دلالة اللفظ العام المخصوص على معناه الباقي بعد التخصيص . والنسخ يبطل دلالة المنسوخ على شيء من الحكم في المستقبل بالكلية ، فيجعل المنسوخ غير صالح للاحتجاج به .

٥ - يجوز التخصيص بالقياس وبخبر الواحد وسائر الأدلة ، كالعرف ولا يجوز النسخ بالقياس ، ولا يجوز نسخ الدليل القاطع إلا بقاطع مثله ، فلا ينسخ المتواتر بالآحاد ؛ لأن القاطع لا يدفع بالظن ، وهذا على رأي الشافعية القائلين بعدم جواز نسخ القرآن بالسنة ، والجمهور مخالفون لهم .

(١) كشف الأسرار ٨٧٦/٢

(٢) المستصفى ٧١/١ ، الإحكام للآمدي ١٦٥/٢

وأضاف الحنفية فارقاً آخر : وهو أن النسخ لا يكون في الأخبار وأما التخصيص فيكون فيها^(١) .

وفرق ابن حزم بين النسخ والتخصيص والاستثناء فقال^(٢) : « النسخ هو رفع حكم قد كان حقاً » . والتخصيص : أن يخص شخص أو أشخاص من سائر النوع ، كما خص عليه الصلاة والسلام بفرض التهجد (قيام الليل) وإباحة تسع نسوة .

وأما الاستثناء : فهو ما جاء بلفظ عام ، ثم استثنى منه بعض ما يقع عليه ذلك اللفظ ، كقوله تعالى : ﴿ إلا على أزواجهم ﴾ وما أشبه ذلك ، والتخصيص إذا حقق فيه النظر هو استثناء صحيح .

والفرق بين النسخ والاستثناء : هو أن الجملة المستثنى منها بعضها ، لم يرد قط تعالى إلزامنا إياها بعمومها ، ولا أراد إلا ما بقي منها بعد الاستثناء .

وأما النسخ : فالذي نهينا عنه اليوم قد كان مراداً منا بالأمس ، بخلاف الاستثناء . ويلاحظ أن هذا هو الفرق العام الذي ذكر بين النسخ والتخصيص .

ثم قال ابن حزم : إن النسخ نوع من أنواع الاستثناء ؛ لأنه استثناء زمان وتخصيصه بالعمل ، دون سائر الأزمان ، ويكون حينئذ صواب القول : إن كل نسخ استثناء ، وليس كل استثناء نسخاً ، وهذا صحيح .

(١) التلويح على التوضيح ٣٢/٢ . والمراد بالخبر : الإخبار عن الأمور الماضية أو الواقعة في الحال أو الاستقبال ، مما يؤدي نسخه إلى كذب أو جهل ، بخلاف الإخبار عن حل الشيء أو حرمة ، مثل : هذا حلال وذاك حرام . والمعنى الأخير هو ما يجيز الشافعية نسخه (التلويح ٣٢/٢ ، الإحكام للآمدي ١٨/٢) .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٤٤٤/٤

الفرق بين النسخ والتقييد :

لم ير المتقدمون فرقاً بين التقييد والنسخ ، ورأى المتأخرون ضرورة التفرقة بينهما . والتقييد : هو أن يتبع المطلق بلفظ يقلل شيوعه . والفرق بينه وبين النسخ من وجوه :

١ - يظل النص المطلق بعد تقييده بقيد يضيق دائرته دليلاً على الحكم ، فالحكم باقي لم يرفع ولم ينته العمل به ، أما النسخ فإنهاء العمل بالحكم .

٢ - الأخبار تقبل التقييد ، ولا تقبل النسخ .

٣ - التقييد يقع بالسابق والمقارن واللاحق ، أما النسخ فلا يكون إلا باللاحق ، أي المتأخر مجيئه عن المنسوخ .

وكل من التقييد بالتأخر والتخصيص بالتأخر لا يعتبر نسخاً عند الحنفية^(١) ، هذا .. ويلاحظ أن التقييد يرد على اللفظ المطلق : وهو ما دل على فرد أو أفراد على سبيل الشيوع (أي بدون تعيين) ولم يتقيد بصفة من الصفات ، مثل : رجل ورجال ، وكتاب وكتب . أما التخصيص فيرد على اللفظ العام : وهو اللفظ الذي يشمل جميع ما يصدق عليه من الأفراد ، من غير حصر ، بأحد ألفاظ العموم ، مثل : كل وجميع والجمع المعرف بأل المفيدة للشمول وأسماء الشرط ، وأسماء الاستفهام ، والأسماء الموصولة ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ ، ﴿ قد أفلح المؤمنون ﴾ .

المطلب الثاني - آراء العلماء في النسخ :

انقسم الناس في شأن النسخ قسمين : منكر له ، ومجيز . وأبحث هنا أولاً - رأي غير المسلمين فيه ، وثانياً - رأي المسلمين .

(١) أصول الفقه للأستاذ بدران أبو العينين بدران ٤٥٠

أولاً - النسخ عند أهل الكتاب (اليهود والنصارى) :

من البدهة أن ينكر اليهود والنصارى جواز النسخ عقلاً ، ووقوعه فعلاً ، حفاظاً على مراكز رجال الدين فيهم ، وعلى بقاء دينهم إلى جانب الإسلام ، بحجة أن شريعة لا تنسخ شريعة ، وأن حكماً في شريعة لا ينسخ بحكم في شريعة أخرى ، وانسجاماً مع مبدئهم في عدم الاعتراف برسالة الإسلام مطلقاً . وزعم اليهود أن موسى عليه السلام قال : (إن شريعتي لا تنسخ) وقال : (تمسكوا بشريعتي ما دامت السموات والأرض) . (تمسكوا بالسبت - أي بالعبادة فيه والقيام بأمره - ما دامت السموات والأرض) والحقيقة أن كل هذه الأخبار لم تثبت في الواقع .

هذه هي الصفة الغالبة على اليهود ، لكنهم في الواقع اختلفوا في شأن النسخ فرقاً ثلاثة :

فالشعونية قالوا : النسخ محال عقلاً ونقلًا .

والعنانية قالوا : النسخ جائز عقلاً ، ممتنع غير واقع سمعاً .

والعيسوية قالوا : النسخ جائز عقلاً ، وواقع شرعاً ، لكن شريعة محمد ﷺ ليست ناسخة لشريعة موسى عليه السلام ، وإنما هي خاصة بالعرب بني إسماعيل ، لا إلى الأمم كافة^(١) .

لكن لدى البحث وجد في التوراة في غير موضع أن الله سبحانه رفع عنهم أحكاماً لما تضرعوا إليه ، وسألوا منه رفعها . وليس النسخ إلا هذا ، وما نقل عن موسى عليه السلام لم تثبت صحته عنه ، وقد وضعه لليهود ابن الراوندي لمعارضة

(١) كشف الأسرار ٨٧٧/٣ وما بعدها ، مسلم الثبوت ٣٤/٢ ، التلويح على التوضيح ٣٢/٢ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٢ - ١٦٦ ، المعتد ٤٠١/١ وما بعدها ، الإحكام للآمدي ١٦١/٢ - ١٧١ ، المتصفي ٧٢/١ ، شرح الإنشوي ٢٠٢/٢ ، إرشاد الفحول ١٦٢

الرسالة المحمدية ، كما يمكن الرد على اليهود المنكرين وقوع النسخ وجوازه بدلائل كون القرآن كلام الله تعالى أو بدلائل إثبات نبوة محمد عليه الصلاة والسلام ، ونبوته ثبتت بالدليل القاطع ، وهو المعجزة الدالة على ذلك ، وبوصف القرآن له بأنه (خاتم النبيين) .

ثانياً - النسخ في الإسلام :

أجمع المسلمون على حسن نسخ الشرائع ، وأنه جائز عقلاً ، وواقع شرعاً ، إلا ما نقل عن أبي مسلم الأصفهاني المتوفى سنة ٣٢٢ هـ في حكاية شاذة عنه أو في أحد النقلين عنه أنه غير واقع ، مؤولاً ما رآه الجمهور نسخاً بأنه من باب انتهاء الحكم لانتهاء زمنه ، ومثل هذا لا يعتبر نسخاً .

والصحيح في النقل عن الأصفهاني أن النسخ واقع بين الشرائع بعضها ببعض ، ولكنه غير واقع في الشريعة الواحدة .

وهذا يتفق مع ما أجمع عليه المسلمون أن شريعة محمد ﷺ ناسخة لجميع الشرائع السابقة ، أي في الأحكام الفرعية ؛ ولا يسع أبا مسلم أن يخالف هذا الإجماع .

الأدلة :

أبين هنا أدلة الجمهور ، وشبهات غيرهم ^(١) .

أدلة الجمهور :

- استدل الجمهور على جواز النسخ عقلاً بدليل عقلي ونقل :

١ - أما الدليل العقلي : فهو أنه لا يترتب على فرض وقوعه مستحيل ، لأن

(١) المراجع السابقة .

أحكام الله تعالى إن لم يراع في شرعيتها مصالح العباد ، فذلك تابع لمشيئة الله ، والنسخ فعل لله ، والله يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد ، فقد يأمر بالفعل في وقت ، وينهى عنه في وقت كما أمر بالصيام في نهار رمضان ، ونهى عنه في يوم العيد .

وأما إن روعي في أحكام الله مصالح العباد ، كما تقول المعتزلة ، فلا شك في أن المصالح تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان .

فما قد يكون مصلحة لشخص أو في زمن ، قد لا يكون مصلحة لشخص آخر أو في زمن آخر ، وما دامت المصالح تتغير ، والأحكام يراعى في تشريعها مصالح الناس ، فإن النسخ أمر ممكن غير محال ويكون جائزاً عقلاً .

٢ - وأما الدليل النقلي : فقولته تعالى : ﴿ ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ، ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير ﴾ فهذه الآية تدل على جواز النسخ على الله تعالى شرعاً .

ونوقش الدليل الأول : بأنه يترتب عليه محال ، فيكون النسخ محالاً ، وهو أن الحكم الناسخ إن كان لمصلحة علمها الله بعد أن لم يكن علمها فقد تحقق البداء : وهو الظهور بعد الخفاء ، وذلك باطل على الله تعالى ، لما يلزمه من نسبة الجهل إليه تعالى . وإن كان قد شرع لا لمصلحة ، فيكون عبثاً ، والعبث من الشارع محال

يرد عليه : بأن الله تعالى شرع الحكم الناسخ لمصلحة علمها أولاً ، ولم تحف عليه أصلاً ، ولكن وقتها يجيء عند انتهاء الحكم الأول لانتفاء المصلحة المقصودة منه ، وهذا لا يترتب عليه بداء ولا عبث .

كما نوقش الدليل الأول أيضاً : بأنه لو جاز نسخ الأحكام الشرعية لتغير وجه المصلحة ، لجاز نسخ ما وجب من الاعتقادات في أمور التوحيد ، وصفات

الله تعالى وما يجوز عليه ، وهو محال باطل ، فبطل ما أدى إليه .

ويرد عليه : بأن اعتقاد التوحيد وكل ما دل عليه العقل : إن ثبت بالعقل ، كما يقول المعتزلة بالحسن والقبح العقليين ، فمستحيل نسخ ما ثبت وجوبه عقلاً ؛ لأن الشارع لا يأتي بما يخالف العقل ، وإن ثبت بالشرع ، فالعقل لا يمنع عدم وجوب الاعتقاد بوحدانية الله ووحدانيته ابتداء من الأصل ، فضلاً عن نسخه بعد وجوبه .

ونوقش الدليل الثاني : بأن الخطاب المنسوخ حكمه ، إما أن يكون مؤقتاً بوقت ، فهو غير قابل للنسخ لانتهاء وقته ، وإما أن يدل على التأييد والاستمرار ، فيكون نسخه محالاً^(١) ؛ لأنه يلزم منه .

آ - اعتقاد المكلف دوام الحكم وتأيينه ، وهو خلاف الحقيقة ، فيكون الاعتقاد جهلاً قبيحاً ، وما لزم منه القبيح ، فهو قبيح .

ب - كما يلزم منه عدم الثقة بوعده الله ووعيده ، وهذا يؤدي إلى اختلال الشرائع .

ج - ولأنه لو جاز رفع الحكم بعد وقوعه : فإما أن يكون الرفع قبل وجوده مطبقاً منفذاً ، أو بعد وقوعه وعدمه والفراغ منه ، أو في حال وجوده والتلبس به ، أي أثناء التكليف .

أما الأول فلا يتصور فيه النسخ ؛ لأن نسخ ما لم يوجد غير متصور ، وأما

(١) ونوقش أيضاً الاستدلال بالآية بأنها تفيد مجرد وجود التلازم بين الشرط والجزاء ، ولا تدل على وقوع الشرط والجزاء ولا على جواز وقوعهما . ويرد عليه بأن الآية تدل على جواز النسخ ؛ لأنها نزلت للرد على اليهود الذين عابوا على النبي تحوله عن بيت المقدس إلى البيت الحرام .

الثاني : فيستحيل أيضاً فيه النسخ ؛ لأنه رفع لغير موجود ، وأما الثالث : فيلزم منه أن يرتفع الشيء حال وجوده ، وذلك تناقض .

ويرد عليه : بأن الحكم المؤقت بوقت قد ينسخ قبل حلول أجله ، وتكون الحكمة منه استنهاض الهمم للطاعة والامتثال ، كما حدث لإبراهيم عليه السلام من أمر الله بذبح ولده ، ثم نسخ ذلك بالفداء .

وأما الحكم الدال على التأييد ، فلا يلزم من نسخه الاعتقاد بخلاف الحقيقة ، أو عدم الثقة بوعده الله ووعيده ؛ لأن المكلف إذا اعتقد التأييد ، فالجهل إنما جاءه من قبل نفسه ، لا من قبل الخطاب الشرعي ، بل الواجب أن يعتقد التأييد بشرط عدم الناسخ . ولا يصح أن يتبادر إلى الذهن عدم الثقة بوعده الله ووعيده ، لاحتمال النسخ ؛ لأن الوعد والوعيد من قبيل الأخبار ، والخبر لا يرد عليه نسخ ، إنما يرد النسخ على الحكم التكليفي الفرعي .

أدلة الوقوع :

استدل الجمهور على وقوع النسخ فعلاً بأدلة كثيرة ، منها^(١) :

١ - إجماع الصحابة والسلف على أن شريعة محمد ﷺ ناسخة لجميع الشرائع السابقة ، أي في غير أصول العقيدة والأخلاق ، مثل تحريم الشحوم وكل ذي ظفر على اليهود بسبب ظلمهم وأكلهم أموال الناس بالباطل بالربا وغيره ، وذلك بآية : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحاً ، أو لحم خنزير فإنه رجس ، أو فسقاً أهلٍ لغير الله به ﴾ .

(١) المستصفى ٧٢/١ ، الإحكام للآمدي ١٦٧/٢ ، مسلم الثبوت ٣٥/٢ ، كشف الأسرار ٨٧٨/٢ وما بعدها ، التلويح على التوضيح ٣٢/٢ ، أصول السرخسي ٥٤/٢ وما بعدها ، جمع الجوامع مع شرح المحلى ٦٠/٢

٢ - الإجماع على نسخ وجوب التوجه إلى بيت المقدس باستقبال الكعبة ، وعلى نسخ الوصية للوالدين والأقربين بآية المواريث ، ونسخ صوم عاشوراء بصوم رمضان ، ونسخ وجوب تقديم الصدقة بين يدي مناجاة النبي ﷺ بآية بعدها تعفو عن ذلك ، ونسخ وجوب تربص المرأة المتوفى عنها زوجها حولاً كاملاً بعدة الوفاة الدائمة : وهي أربعة أشهر وعشرة أيام .

٣ - ثبت في التوراة وغيرها إباحة زواج الأخت بالأخ في شريعة آدم عليه السلام ، ثم نسخ ذلك باتفاق الشرائع ، كما ثبت في التوراة إباحة كل الأطفمة ما عدا الدم في شريعة نوح عليه السلام ، ثم حرم كثير من الدواب في شريعة موسى عليه السلام في قوله تعالى : ﴿ وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ... ﴾ .

ونوقش الدليل الأول : بأن شريعة محمد ﷺ لم تنسخ كل ما جاء عن الشرائع السماوية السابقة . ويجب : بأنه يكفيننا الإقرار بوجود نسخ بعض تلك الشرائع ، لإقامة الدليل على وقوع النسخ .

ونوقش الدليل الثاني : بأن التوجه إلى بيت المقدس ، أو التربص حولاً كاملاً ، لم يزل بالكلية ، فما يزال شد الرحال إلى المسجد الأقصى مشروعاً ، والتربص حولاً في حالة بقاء الحمل سنة ، فالأمر مجرد تخصيص . ويجب عنه بأن ذلك كان واجباً ثم نسخ بالكلية ، فالأمر بالتوجه لبيت المقدس كان واجباً في الصلاة ثم نسخ ، والاعتداد بمدة سنة غير معمول به أصلاً ، إنما هو اعتداد بالحمل ، لا بالسنة .

وناقشوا وجوب تقديم الصدقة بأنه زال لزوال سببه : وهو التمييز بين المؤمن والمنافق ، فلما تميز المنافقون زال الحكم لزوال علته ، وذلك لا يسمى نسخاً . ويرد عليه : الأصل بقاء السبب ، كما أن ذلك لم يكن هو السبب الصحيح ؛ لأنه يلزم

منه أن كل من لم يتصدق من الصحابة أن يكون منافقاً ، مع أنه لم يتصدق أحد منهم سوى علي رضي الله عنه . كما أن عدم التصدق من الصحابة غير علي قد يكون لعدم إرادة المناجاة ، فلا يحكم عليه بالنفاق . ولو سلمنا أن العلة هي التمييز المذكور فلا نسلم زوال العلة ؛ لأن المنافقين ما زالوا غير مميزين حتى وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام .

ونوقش الدليل الثالث : بأنه يجوز أن يكون المشروع لآدم ونوح عليهما السلام إلى غاية معلومة ، وهو ظهور شريعة أخرى ، أو عند كثرة النسل أو غير ذلك ، وزوال الحكم لزوال سببه لا يسمى نسخاً . ويرد عليه بأن ظاهر التشريع هو الدوام وبقاء العمل به ، ولم يرد فيه تقييد ، فإذا ورد ما يخالف الدوام ، كان نسخاً ، ولا عبرة بما هو في علم الله ، فإنه لو اعتبر العلم ، لما وجد نسخ أصلاً .

أدلة أبي مسلم الأصفهاني :

أبو مسلم الأصفهاني من علماء التفسير في القرن الرابع الهجري المتوفى سنة ٣٢٢ هـ ، أجاز النسخ مطلقاً ، كما هو المشهور عنه ، ولكنه منع وقوعه مستدلاً بما يأتي^(١) .

وهو قول الله تعالى في صفة القرآن : ﴿ لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تنزيل من حكيم حميد ﴾ فلو وقع النسخ في القرآن لآتاه الباطل ؛ لأن النسخ المتضمن إلغاء الحكم المنسوخ باطل ، وفي ذلك تكذيب لخبر الله تعالى ، والكذب في خبره محال .

وأجيب عن هذا الاستدلال بالآية من وجوه ثلاثة :

الأول : النسخ إبطال ، لا باطل ؛ لأن النسخ حق وصدق ؛ والباطل ضد

(١) الإحكام للأمدى ١٦٩/٢ ، شرح الإنشوي ٢٠٧/٢ ، مسلم الثبوت ٢٨/٢

الحق ، كل ما في الأمر أن يصبح حكم المنسوخ غير معمول به ، فلا دلالة في الآية على مطلوب الأصفهاني .

الثاني : إن الضمير في قوله تعالى : ﴿ لا يأتية الباطل ﴾ عائد لمجموع القرآن ، أي أن القرآن كله لا ينسخ ، باتفاق العلماء .

الثالث : إن معنى الآية : أن هذا الكتاب لم يتقدمه من كتب الله ما يبطله ، ولا يأتية من بعد ما يبطله . وهذا لا ينافي أن يأتي في القرآن نفسه ما يبطل بعضه بعضاً ، فلا دلالة في الآية على المدعى المطلوب .

المطلب الثالث - محل النسخ وشروطه :

محل النسخ :

هو كل حكم شرعي لم يلحقه تأييد ولا توقيت ، فخرج بذلك الأحكام العقلية والحسية ، والإخبار عن الأمور الماضية ، أو الواقعة في الحال أو الاستقبال ، مما يؤدي نسخه إلى كذب أو جهل . والمراد بالتأييد : دوام الحكم ما دامت دار التكليف وهي الدنيا .

أما الإخبار عن حل الشيء أو حرمة ، مثل : هذا حلال ، وذاك حرام ، فيقبل النسخ ، كما صرح الحنفية . وكذلك قال الشافعية : يمكن نسخ مدلول الخبر ، إذا كان مدلوله حكماً شرعياً تكليفاً ، فإن لم يكن كذلك ، فلا ينسخ^(١) .

وبناء عليه ، ليست كل الأحكام قابلة للنسخ ، فمنها ما يقبل النسخ ومنها ما لا يقبل ، لهذا شرط العلماء للنسخ شروطاً بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وأهمها سبعة هي ما يأتي :

(١) التلويح على التوضيح ٢٣/٢ ، الإحكام للآمدي ١٨٠/٢ وما بعدها ، المستصفى ٧٩/٢ ، كشف الأسرار ٨٨٣/٢ ، أصول السرخسي ٥٩/٢ ، الإحكام لابن حزم ٤٤٨/٤ وما بعدها .

١ - أن يكون قابلاً للنسخ ، بأن يكون حسنه أو قبحه قابلاً للسقوط . أما ما لا يقبل ذلك مما لا يجوز نسخه ، بأن يكون من الأحكام الأساسية فلا يصح نسخه ، مثل الأحكام المتعلقة بأصول الدين والاعتقاد ونحوها من الأحكام العقلية ، مثل الاعتقاد بوحداية الله والإيمان به وقبح الكفر به ؛ لأن الله سبحانه بأسمائه وصفاته لم يزل ولا يزال ، ومثل الإيمان باليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبين ، وسائر أصول العقيدة والعبادات ومبادئ الإسلام ، وأصول الفضائل والبرائات ، كالصدق والأمانة والعدل والعفة ، والكذب والخيانة والظلم والجشع والفواحش ، ونحوها مما لا يختلف باختلاف الأحوال والأمم .

وهذا شرط عند المعتزلة والماتريدية . ولم يشترط الأشاعرة هذا الشرط ؛ لأن حسن الأحكام الشرعية كلها من عملية واعتقادية ، إنما هو مأخوذ من الشرع ^(١) .

والأحكام التي لا تقبل النسخ ثلاثة :

أ - ما علم بالنص أنه يتأبد صراحة ، مثل قول الله تعالى : ﴿ خالدين فيها أبداً ﴾ وقوله جل وعلا في شأن الذين صدقوا بحمد ﷺ : ﴿ وجاعل الذين اتبعوك فوق الذين كفروا إلى يوم القيامة ﴾ ومثل بقاء فرضية الجهاد في سبيل الله في الحديث النبوي : « الجهاد ماصٍ منذ بعثني الله ، إلى أن يقاتل آخر هذه الأمة الدجال ^(٢) » .

ب - ما ثبت تأييده دلالة : مثل شرائع النبي محمد ﷺ التي قبض على قرارها ، فإنها مؤبده لا تحتل النسخ ، بدلالة أن محمداً ﷺ خاتم النبيين ، ولا نبي بعده ، ولا نسخ إلا بوحي على لسان نبي .

(١) مسلم الثبوت ٤٢/٢ ، التلويح على التوضيح ٣٣/٢ ، كشف الأسرار ٨٨٣/٣ وما بعدها ، أصول السرخسي ٥٩/٢ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠١ ، المستصفى ٧٩/١ ، الإحكام للآمدي ١٧٢/٢ ، إرشاد الفحول ١٦٣ ، المعتد ٣١٣/١ وما بعدها .

(٢) أخرجه أبو داود عن أنس بن مالك رضي الله عنه (جامع الأصول ١٥٥/١) .

ج - ما ثبت توقيته : مثل أن يقول الشارع : أذنت لكم أن تفعلوا كذا إلى سنة ونحوها ، فلا يجوز نسخه قبل مضي تلك المدة ؛ لأن الحكم ينتهي بانتهاء وقته ، ونسخه قبل ذلك غلط وبداء ، تعالى الله عنه . وليس لهذه الحالة أمثلة من النصوص الشرعية . أما قوله تعالى : ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ وقوله : ﴿ وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ . فالمقصود به تحريم القربان في حالة الحيض ، وشرعية الأكل والشرب في الليل ، وهي ليست بمؤقتة ، بل هي ثابتة على الإطلاق .

وقد اختلف الأصوليون في جواز نسخ ما لحقه تأييد أو توقيت : فقال الجمهور منهم الشافعية والمعتزلة وجماعة من الحنفية : يجوز نسخ ما لحقه تأييد أو توقيت من الأوامر والنواهي ، إذ قد يكون ظاهر الخطاب التأييد في جميع الأزمان لعمومه ، ويريد المخاطب مع ذلك ثبوت الحكم في بعض الأزمان دون بعض ، ولأن العادة في لفظ التأييد في الأمر هو المبالغة لا الدوام . وقال أكثر الحنفية : لا يجوز نسخ ما لحقه تأييد أو تأقيت ؛ لأن نسخ الخطاب المقيد بالتأييد أو التوقيت يؤدي إلى التناقض والبداء ، وصاحب الشرع منزه عن ذلك ، فلا يجوز القول بنسخه ؛ لأن التأييد بمنزلة التنصيص على كل وقت من أوقات الزمان بخصوصه ، والنسخ لا يجري فيه بالاتفاق ، وإرادة بعض الأزمنة من الخطاب الدائم مجاز لا مساغ له بدون القرينة ، فوجود التأييد مانع من احتمال النسخ . وهذا لذي هو الأرجح .

٢ - أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً ، لا عقلياً : فثبت بالبراءة الأصلية لا يعتبر رفعه بإيجاب العبادات نسخاً ، وهذا عند الجمهور .

وقال أكثر الحنفية : رفع الإباحة الأصلية نسخ ؛ لأن الإباحة الأصلية ثبتت عندهم بالشرعية ؛ لأن الناس لم يتركوا سدى في زمان من الأزمنة ، فرفعها يكون

نسخاً لا محالة^(١) .

واتفقوا على أن الخطاب المتضمن للإخبار عن الأمور الماضية أو الواقعة في الحال أو الاستقبال مما يؤدي نسخه إلى كذب أو جهل ، لا يمكن نسخه ؛ لأنه يترتب عليه الكذب أو السهو ، وكل منهما محال على الله تعالى^(٢) .

لكن إذا كان مدلول الخبر حكماً شرعياً تكليفاً ، مثل : هذا حلال وذاك حرام ، فيجوز نسخه .

واختلف الأصوليون في نسخ ما إذا كان مدلول الخبر مما يتغير ، سواء أكان ماضياً كالإخبار بما وجد من إيمان زيد وكفره ، أم مستقبلاً ، وسواء أكان وعداً أم وعيداً ، أم حكماً شرعياً .

فقال جماعة من المتكلمين والفقهاء : يمتنع نسخه ورفع ، لاستلزامه السهو أو الكذب في خبر الله تعالى .

وقال الجمهور ، واختاره الآمدي : يجوز نسخه ورفع ؛ لأن الخبر وإن كان عاماً ، يجوز أن يبين الناسخ إخراج بعض ما تناوله اللفظ . وسيأتي تفصيل نسخ الأخبار .

٣ - أن يكون النسخ بخطاب شرعي : فلا يكون ارتفاع الحكم بموت المكلف نسخاً ، بل هو سقوط تكليف ، وهذا متفق عليه .

٤ - أن يكون الناسخ منفصلاً عن المنسوخ ، متأخراً عنه زمنياً ، حتى تتضح فيه حقيقة رفع الحكم .

(١) المستصفى ٧٨/١ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠٠ ، التلويح على التوضيح ٣٢/٢ ، مسلم الثبوت

٣٥/٢ ، إرشاد الفحول ١٦٢

(٢) التلويح ٣٢/٢ ، الإحكام للآمدي ١٨٠/٢ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٦٥

فإن كان متصلاً به أو مقترناً ، كالشرط والصفة والاستثناء ، لا يسمى نسخاً ، وإنما هو تخصيص وبيان للحكم الأول ، وهذا شرط متفق عليه^(١) .

٥ - أن يكون الناسخ مثل المنسوخ في القوة ، أو أقوى منه ، أما إذا كان دونه في القوة فلا يصلح ناسخاً ؛ لأن الضعيف لا يزيل القوي .

٦ - ألا يكون المنسوخ مقيداً بوقت : أما لو كان كذلك فلا يكون انتقضاء وقته الذي قيد به نسخاً له .

٧ - أن يكون المقتضي للمنسوخ غير المقتضي للناسخ ، حتى لا يلزم البداء .

النسخ قبل التمكن من الفعل :

هذا البحث يتعلق بالشرط السابق المتفق عليه ، وهو تراخي الناسخ عن المنسوخ .

اتفق الأصوليون بناء عليه على جواز النسخ بعد التمكن من الفعل الذي تعلق به الحكم بعد علمه بتكليفه به ، وذلك بأن يمضي من الوقت المعين ما يسع الفعل .

كما اتفقوا على أنه يجوز النسخ بعد اعتقاد المنسوخ والعمل به ، سواء عمل به كل الناس ، كاستقبال بيت المقدس أو بعضهم كفرض الصدقة عند مناجاة الرسول عليه الصلاة والسلام .

واختلفوا في نسخ الحكم (الوجوب أو غيره) قبل العمل : أي نسخ الفعل المؤقت قبل دخول وقته ، أو بعد دخول وقته وقبل مضي ما يسعه من الزمن ،

(١) راجع هذا الشرط وما بعده في إرشاد الفحول ١٦٣ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠١

أو نسخ الفعل الذي لم يؤت بوقت إذا طلب فوراً ولم يتمكن من الفعل ، كما إذا أمر جبريل عليه السلام أن يُعلم النبي ﷺ بوجوب شيء على الأمة ، ثم ينسخه قبل أن يعلموا ، وكما إذا قال الشارع : صل بعد الغروب ركعتين ، ثم قال ضحوة : لا تصل ، أو قال : حجوا هذا العام ، ثم قال قبل مجيء عرفة : لا تحجوا . والكلام في ذلك أمر نظري لمجرد المناقشة ، وهو فرع عن مسألة التكليف بما لا يطاق ، فقال الجمهور بجواز ذلك .

وقال جمهور المعتزلة : لا يجوز أن ينسخ الحكم إلا بعد فترة يتمكن فيها المكلف من الامتثال .

وقال الحنفية : يشترط التمكن من الاعتقاد ، ولا يشترط التمكن من الفعل ؛ لأن الاعتقاد أساس الطاعات والعبادات ، ويتصور ذلك أن يرد الناسخ بعد التمكن من الاعتقاد قبل دخول الوقت الواجب . ولكل رأي أدلته ^(١) .

أولاً - أدلة الجمهور :

استدل الجمهور بأدلة كثيرة أهمها اثنان : عقلي ، ونقلي فعلي .

١ - **الدليل العقلي** : لا مانع من هذا النسخ ، لا عقلاً ولا شرعاً ؛ لأن المقتضي موجود ، وهو أنه رفع تكليف قد ثبت على المكلف ، فكان نسخاً ، وليس في ذلك ما يستلزم البداء ، ولا المحال ؛ لأن المصلحة التي جاز النسخ لأجلها بعد التمكن من الفعل ، وبعد دخول الوقت يصح اعتبارها قبل التمكن وقبل دخول الوقت . وتكون الفائدة اختبار المكلف بالاعتقاد به ، والعزم على الفعل ، والاستعداد للامتثال والطاعة والانقياد .

(١) مسلم الثبوت ٣٩/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار ٨٨٩/٢ وما بعدها ، المستصفى ٧٢/١ وما بعدها ، الإحكام للآمدي ١٧١/٢ - ١٧٥ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٨ ، إرشاد الفحول ١٦٣ ، شرح الإسنوي ٢٠٩/٢ وما بعدها ، جمع الجوامع ٥٠/٢ ، المعتمد للبصري ٤٠٦/١ - ٤١٣ ، أصول السرخسي ٦٢/٢ وما بعدها ، الإحكام لابن حزم ٤٧٢/٤

٢ - الدليل الفعلي : هناك أمثلة فعلية على النسخ قبل التمكن ، منها :

فرض الصلاة في المعراج : فرض الله على نبيه محمد عليه الصلاة والسلام وعلى أمته خمسين صلاة في اليوم والليلة ، ثم نسخ منها خمساً وأربعين صلاة ، وأبقى خمسة قبل أن يتمكن الرسول والأمة من الفعل لعدم دخول الوقت ، وقبل علم الأمة بوجودها ، لكن نوقش هذا الدليل : بأنه في غير محل النزاع القائم ، فلا حجة فيه ؛ لأن النسخ إنما كان بعد العلم : على الرسول ، وهو أحد المكلفين ، إذ لا يشترط علم جميع المكلفين .

ومنها قصة الذبيح : فقد أمر الله تعالى إبراهيم بذبح ولده ، ثم نسخ عنه ذلك قبل أن يتمكن من الذبح ، فيكون نسخاً قبل التمكن .

ونوقش هذا الدليل من قبل الحنفية ، فقالوا : لا نسخ ، وإنما ترك إبراهيم الفعل للفداء ، والفداء : ما يقوم مقام الشيء في تلقي المكروه ، كما في الحكم ببقاء وجوب الصوم في حق الشيخ الفاني عند وجوب الفدية ، ولا يقال : إن إيجاب الفداء هو النسخ ؛ لأنه لم يثبت رفع الوجوب الأول ، وإثبات وجوب آخر .

كما نوقش الدليل ذاته من قبل المعتزلة : بأن الأمر بالذبح كان رؤياً منامية ، ورد عليهم بأن رؤيا الأنبياء وحي صادق .

وناقشوا أيضاً : بأن إبراهيم ذبح ، وامثل ما أمر به بإمرار السكين على العنق وحزها ، لكن كان كلما قطع شيئاً وصله الله تعالى ، ورد عليهم : بأنه لو حصل هذا لما احتاج إلى الفداء ؛ لأن الفداء بدل ، والبدل إنما يحتاج إليه عند عدم الإتيان بالبدل منه ، ثم إنه لم يثبت بطريق يقيني وصل ما قطع ، مما يدل على أنه لم يقع .

ثانياً - أدلة المعتزلة :

استدل المعتزلة على أن النسخ قبل التمكن محال : بأن هذا النسخ يترتب عليه محال ؛ لأن الأمر بالشيء في وقت يستلزم حسنه ، ونهيه عنه في ذلك الوقت يستلزم قبحه ، فيكون الفعل الواحد من الشخص الواحد في الزمن الواحد حسناً وقبيحاً ، وهو جمع بين الضدين ، والجمع بين الضدين محال .

وأجيب عنه من قبل الجمهور : بأن الحسن والقبح لم يجتمعا في الفعل في وقت واحد ، وإنما وقت الأمر غير وقت النهي ، فلا يترتب عليه الجمع بين الضدين ، لكن وإن اختلف الوقت ، فوجود التضاد بين الوصفين قائم ، ولا يقبل الرد السابق على المعتزلة إلا على أساس أن الأمر به من الشارع ، لا لعلمه بحسنه ، وإنما لاختبار طاعة المكلف وعزمه على الامتثال فقط .

النسخ إلى بدل :

قرر جمهور الأصوليين أنه لا يشترط في النسخ أن يخلفه بدل .
قال الشوكاني : وهو الحق لا سترة به ، فإنه قد وقع النسخ في هذه الشريعة المطهرة لأمر معروفة ، لا إلى بدل^(١) .

واستدلوا بدليلين :

الأول - ما يدل على الجواز العقلي : وهو أنه لو فرضنا وقوع ذلك لا يترتب على وجوده لذاته محال في العقل ، وهذا دليل الجواز عقلاً ، ولأن الله تعالى له أن يفعل ما يشاء ، وقد تكون المصلحة في نسخ الحكم بدون بدله .

(١) مسلم الثبوت ٤٤/٢ وما بعدها ، الإحكام للآمدي ٢٧٧/٢ ، شرح الإسنوي ٢١٥/٢ وما بعدها ،
المعتدل للبصري ٤١٥/١ ، إرشاد الفحول ١٦٤ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٩ ، الرسالة للإمام
الشافعي ١٠٩

الثاني - ما يدل على الجواز الشرعي : وهو أنه وقع في الشرع النسخ بلا بدل ، كنسخ تقديم الصدقة بين يدي مناجاة الرسول ﷺ ، ونسخ ادخار لحوم الأضاحي ، ونسخ تحريم المباشرة في ليالي رمضان بقوله سبحانه : ﴿ فَالآن بَاشِرُوهُمْ ﴾ ونسخ وجوب الإمساك بعد النوم في ليل رمضان ، ونسخ قيام الليل في حقه ﷺ ، ونسخ الاعتداد بحول كامل في حق المتوفى عنها زوجها ، أي أن تمام الحول نسخ لا إلى بدل ، واكتفي باعتداد الزوجة أربعة أشهر وعشراً . وهذا لا يصلح بدلاً ؛ لأن البديل يساوي المبدل عنه .

وقال بعض المعتزلة ، والظاهرية وهو ما اختاره الشافعي في الرسالة : يشترط أن يخلف الحكم المنسوخ بدل عنه يقوم مقامه . واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا ﴾ فلا بد من حكم هو خير أو مثيل . ورد عليهم بأنه لا دلالة في ذلك على محل الخلاف ، فإن المراد بالآية نسخ اللفظ ، فلا ترفع آية إلا إذا أحل محلها آية خير منها في الفصاحة والبلاغة والإعجاز ، وليس الخلاف هنا في نسخ الألفاظ وإنما في نسخ الأحكام .

ولو كان المراد بالآية حكمها ، فيمكن القول بأن إسقاط الحكم المنسوخ خير من ثبوته في ذلك الوقت ، أو أن الفعل أصبح في مرتبة الإباحة الخير فيها بين الترك والفعل ، وهو خير .

نوع البديل في الدليل الناسخ :

إذا وقع النسخ إلى بدل ، جاز أن يكون البديل أخف من المنسوخ ، أو مساوياً له أو أثقل على نفس المكلف .

لكن الأصوليين اتفقوا على جواز النسخ ببديل مساوٍ أو أخف .

مثال الأول : نسخ التوجه إلى بيت المقدس ، باستقبال الكعبة .

مثال الثاني : نسخ العدة حولاً كاملاً بالعدة أربعة أشهر وعشراً . واختلفوا في نسخ الأخف إلى الأشد (أو الأثقل أو الأغلظ)^(١) .

فقال الجمهور بجوازه ؛ لأن التكليف إنما هو لرعاية المصالح ، وقد تكون المصلحة في تشريع الحكم الأشد بعد الحكم الأخف . قال الشوكاني : والحق الجواز والواقع .

وأمثله : نسخ تحريم القتال في أول الإسلام بفرضه بعد ذلك ونسخ التخيير الذي كان في ابتداء الإسلام بين الصوم والفدية بالمال^(٢) بفرضية الصوم ، ونسخ تحليل الخمر بتحريمها ، ونسخ نكاح المتعة بعد تجويزها ، ونسخ صوم عاشوراء بصوم رمضان ، ونسخ حد الزناة بحبس المرأة في البيوت ، وتعنيف الرجل ، بحد الجلد والتغريب للبكر ، والرجم للمحصن ، وكل ذلك أثقل من الأول .

وقال الشافعي والظاهرية : لا يجوز النسخ إلى بدل هو أثقل من المنسوخ ، لقوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ﴿ يريد الله أن يخفف عنكم ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ﴾ فالله جعل البدل محصوراً في الخير والمثل ؛ لأن الاختصار في مقام البيان يفيد الحصر ، والأشق ليس خيراً ولا مثلاً ، فلا يكون بدلاً في النسخ ، ولا يقع النسخ به .

وأجيب : بأن المراد باليسر والتخفيف هو في الآخرة ، فاليسر يسر الحساب ، والتخفيف تخفيف الحساب . لكن الحق أن آية التخفيف واردة في

(١) المستصفى ٧٧/١ ، الإحكام للآمدي ١٧٧/٢ ، الإحكام لابن حزم ٤٦٦/٤ ، شرح الإسنوي ٢١٥/٢ ، المعتد ٤١٦/١ وما بعدها ، كشف الأسرار ٩٠٧/٢ ، مسلم الثبوت ٤٥/٢ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٦٥ ، أصول الفقه للخضري ٢٥٣

(٢) وذلك في قوله تعالى : ﴿ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين ﴾ بقوله سبحانه : ﴿ فن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ .

سياق التشريع بزواج الإماء خشية العنت (المشقة) بزواج الحرائر ، رعاية لأحوال الضعفاء ومصالحهم الخاصة ، وآية اليسر واردة في سياق الترخيص للمرضى والمسافرين بالإفطار والقضاء في أيام آخر . فدل ذلك على ضعف هذا الجواب ، ولم يبق في الرد عليه إلا الاحتجاج بوقوع النسخ في هذه الشريعة للأخف بالأشد ، مما يوجب تأويل الآيتين ولو بتأويل بعيد . ويمكن القول : بأن الحكم الجديد إذا قورن بغيره ، لا بالمنسوخ ، فهو تخفيف ويسر ، كما أن آية التخفيف لا عموم لها ، بل هي مطلقة تصدق بإرادة التخفيف ولو في بعض الأحكام ، أي أن مجمل التشريع وارد بقصد التخفيف ، ومبني على اليسر والسماحة .

وأجيب عن الآية الثالثة : ﴿ ما ننسخ ﴾ : بأن الخيرية قد تكون في الأشد لما فيه من زيادة الثواب للمكلف ، مصداقاً لقول النبي عليه الصلاة والسلام : « أفضل الأعمال إلى الله أحمرها » أي أشقها ، وقوله لعائشة : « أجرك على قدر نصبك » ، أو أن الخيرية باعتبار المصلحة المترتبة عليه ، وكثيراً ما تكون مصلحة الناس كافة في الأثقل .

المطلب الرابع - أنواع النسخ في الأدلة الشرعية :

يتطلب النسخ أن يكون الناسخ في قوة المنسوخ أو أقوى منه ولا ينسخ بأضعف منه ، وبناءً عليه قالوا :

يجوز بالاتفاق نسخ نص القرآن بالقرآن ، والسنة المتواترة بمثله وخبر الآحاد بمثله وبالمتواتر .

ويجوز عند الأكثرين نسخ المتواتر بالآحاد ، ونفى الشافعي وقوعه وقال : لا ينسخ القرآن بالسنة ، ولا السنة بالقرآن .

ولا يجوز نسخ الإجماع بالإجماع ، ولا نسخ الكتاب والسنة بالقياس . ويتضح ما ذكر بالتفصيل الآتي المشتل على بيان حكم النسخ بين النصوص

من قرآن أو سنة ، ثم حكم النسخ في الأدلة غير النصية من إجماع أو قياس أو مصلحة .

أولاً - نسخ القرآن بالقرآن :

اتفق العلماء على أنه لا يجوز نسخ القرآن جميعه ، لأن نظمه (لفظه) معجزة مستمرة إلى الأبد ، ولأن أحكامه تمثل آخر الشرائع ورفع الشريعة لا يعقل ؛ لأن الناس لا يتركون بغير شريعة .

والمطابوعدم التغالي في وجود نسخ بعض آي القرآن ، كلما أمكن التوفيق بين النصوص ، ولأن العلماء قد يطلقون النسخ ويريدون به التخصيص أو التقييد ، لهذا فإن مواطن النسخ في بعض الآيات القرآنية محدودة ومعدودة .

ومع هذا اختلف العلماء في نسخ بعض القرآن ببعضه ، فأجازاه الجمهور ، ومنعه أبو مسلم الأصفهاني^(١) .

١ - رأي الجمهور :

قالت الأكثرية الساحقة من العلماء : يجوز نسخ بعض القرآن بالقرآن لتساويه في العلم القطعي ووجوب العمل ، ولوقوعه فعلاً في القرآن ، كما أمنت سابقاً ، وبديل ما يأتي :

أ - نسخ آية الوصية للوالدين والأقربين : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ﴾ بآية المواريث :

(١) المستصفى ٧٢/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٧ ، الإحكام للآمدي ١٨/٢ ، شرح الإسنوي ٢٠٥/٢ وما بعدها ، أصول السرخسي ٥٤/٢ - ٥٨ ، ٦٧ ، كشف الأسرار ٨٩٥/٢ ، مسلم الثبوت ٥١/٢ ، التلويح على التوضيح ٣٤/٢ ، الإحكام لابن حزم ٤٧٧/٤ ، إرشاد الفحول ١٦٢ ، المدخل لمذهب أحمد ٩٩ ، أصول السرخسي ٧٧/٢ ، المعتد ٤٢٢/١

﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً ﴾ .

ب - آية : ﴿ إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ، وإن يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً من الذين كفروا ﴾ الدالة على وجوب ثبوت الواحد في القتال للعشرة ، نسخت بقوله تعالى : ﴿ الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله ﴾ فاكتمى بضرورة ثبات المسلم أمام اثنين فقط .

ج - آية تقديم الصدقة على نجوى الرسول ﷺ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول ، فقدموا بين يدي نجواكم صدقة ﴾ نسخت بما بعدها : ﴿ أأشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات ، فإذ لم تفعلوا ، وتاب الله عليكم ، فأقيوا الصلاة وآتوا الزكاة ، وأطيعوا الله ورسوله ﴾ .

د - آية عدة الوفاة حولاً كاملاً : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصيةً لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج ﴾ نسخ هذا الحكم بقوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ فصارت العدة أربعة أشهر وعشرة أيام ، بعد أن كانت في مبدأ الإسلام مدة عام .

٢ - رأي أبي مسلم :

احتج أبو مسلم الأصفهاني على رأيه بعدم وقوع النسخ في القرآن أصلاً بقوله تعالى في وصف القرآن : ﴿ لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾ فلو نسخ بعض القرآن لآتاه البطلان أو الباطل .

وقد أجيب كما بان سابقاً بأن النسخ إبطال ، لا باطل ؛ لأن الباطل ضد الحق والنسخ حق وصدق ، وبأن الضير في هذه الآية يعود لمجموع القرآن ، ومجموع القرآن لا ينسخ اتفاقاً ، أو بأن المراد من الآية : أن هذا الكتاب لم يتقدمه

من كتب الله ما يبطله ، ولا يأتيه من بعد ما يبطله . وتأول بعض الأصوليين كلام أبي مسلم على معنى أن الحكم الثابت لا يرتفع ، بل بمعنى أنه ينتهي بنص يدل على انتهائه ، فلا يكون نسخاً ، ولا يكون أبو مسلم منكراً للنسخ في الواقع .

وناقش أبو مسلم أو غيره أدلة الجمهور ، فقال عن آية الوصية بأنها محكمة يعمل بها ، بأن يخصص الموصى لهم بكونهم غير وارثين لمانع يمنع الإرث كاختلاف الدين ، فلا يكون بينها وبين آية المواريث تناقض أو تعارض . ورد عليه بأن وجوب الوصية هو الذي نسخ بآية المواريث ، أو بالحديث المتواتر : « لا وصية لوارث »^(١) ، ولا مانع من بقاء استحباب الوصية لغير الوارث .

وآية الثبات أمام الأعداء : الأولى عزيمة ، والثانية رخصة بالنص بدليل التخفيف ، ولم يقل أحد : إن الرخصة تنسخ العزيمة ، فآية التيمم لم تنسخ آية الوضوء . وأجيب بأن النسخ لوجوب الثبات أمام العشرة بإيجاب الثبات أمام الضعف فقط .

وآية تقديم الصدقة عند المناجاة زالت لزوال علة الحكم : وهي تمييز المنافق عن غيره ، وزوال المعلول لزوال علته ليس نسخاً ، كما سبق بيانه . وأجيب بأن علة الحكم ليست هي التمييز بين المنافق وغيره ؛ لأنه يلزم منه أن يكون غير المتصدق منافقاً ، ولم يتصدق سوى علي رضي الله عنه فهل غيره غير مؤمن ؟

وآية عدة الوفاة بحول كامل : يعمل به فيما إذا مكث الحمل سنة فلا يكون منسوخاً ، وإنما يكون ذلك من قبيل التخصيص . وأجيب بأن الاعتداد بالسنة غير معمول به أصلاً ، والمذكور إنما هو الاعتداد بالحمل لا بالسنة ، بدليل أن المرأة

(١) رواه اثنا عشر صحابياً ، وأرسله عن النبي عليه الصلاة والسلام خمسة من التابعين .

لو وضعت الحمل قبل السنة انتهت عدتها ، ولو مكث الحمل أكثر من سنة ، لم تنته
العدة حتى تضع الحمل .

وتقديري : أن الخلاف بين الجمهور وأبي مسلم ليس بعيد الجوانب ؛ لأن
الجمهور ينظرون إلى زوال حكم بعينه ، وأبو مسلم يؤول الحكم المنسوخ أو الزائل
بإبقائه في حالة لم يتعرض لها الحكم الناسخ ، وهذا مفهوم بداهة ، بدليل قاعدة
(الأصل في الأشياء الإباحة) فهو ضمناً معترف بما قاله الجمهور ، ولا سيما وأنه لم
ينكر جواز النسخ عقلاً .

ثانياً - نسخ السنة بالسنة :

اتفق الأصوليون على جواز نسخ السنة بالسنة : المتواتر بالمتواتر ، والمتواتر
بالمشهور عند الحنفية ، والآحاد بالمتواتر والآحاد ، بدليل ما ذكر سابقاً من نسخ
تحريم زيارة القبور ، ونسخ ادخار لحوم الأضاحي ، حيث أباح النبي ﷺ
زيارة القبور بقوله : « كنتم نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها » وأباح
الادخار بقوله : « إنما كنت نهيتكم عن الادخار من أجل الدأفة - قوافل
الأعراب - ألا فكلوا وادخروا » وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في
شارب الخمر : « فإن شربها الرابعة ، فاقتلوه » فنسخ ذلك بما روي عنه : أنه حل
إليه من شربها الرابعة فلم يقتله ^(١) .

وأما نسخ المتواتر من السنة بالآحاد : فهو جائز قطعاً لكنه لم يقع عند
جماعة ، وأثبتته الظاهرية ^(٢) .

(١) الإحكام للآمدي ١٨١/٢ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٧ ، شرح الإسنوي ٢٢٣/٢ والمراجع السابقة ،
الرسالة ١٠٨ . وحديث قتل الشارب في الرابعة رواه أحمد عن ابن عمر . وحديث النسخ رواه
أبو داود ، وذكره الترمذي بمعناه (نيل الأوطار ١٤٦/٧ - ١٤٧) .

(٢) الآمدي ، المرجع السابق ١٨١/٢ وما بعدها ، الإحكام لابن حزم ٤٦١/٤ ، شرح الإسنوي
٢٢٣/٢ .

استدل الجماعة : بأن خبر الآحاد ضعيف ، والمتواتر أقوى منه ، فلا ينسخ الأقوى بالأضعف ، أو أن الظني لا يقاوم القطعي ، وبما روي عن الصحابة ، مثل قول عمر رضي الله عنه : « لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة ، لا ندري ، أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ^(١) » وقول علي رضي الله عنه : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول أعرابي بوال على عقبه ^(٢) » ، فلم يقبل هذان الصحابيان خبر الواحد ، ولم يحكما به على القرآن ، وما ثبت من السنة المتواترة .

واحتج الظاهرية : بأن وجوب التوجه إلى بيت المقدس كان ثابتاً بالسنة المتواترة ، لأنه لم يوجد في القرآن ما يدل عليه ، وكان أهل قباء يصلون إلى بيت المقدس ، بالخبر المتواتر عندهم ، فأتاهم رجل ينادي بالنيابة عن الرسول ﷺ ، قائلاً لهم : « إن القبلة قد حولت إلى الكعبة » فاستداروا ، وهم في صلاتهم ، وقبلوا خبر الواحد لنسخ المتواتر .

وكان النبي ﷺ يرسل الآحاد لتبليغ الأحكام : الناسخ منها ، والمنسوخ .

ونسخ قوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة .. ﴾ بحديث آحاد ، وهو « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع ، ومخلب من الطير » ^(٣) ، وإذا ثبت نسخ الكتاب بالآحاد ، جاز نسخ السنة المتواترة به .

(١) رد بذلك عمر حديث فاطمة بنت قيس لما قالت : « بت زوجي طلاقي فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى » .

(٢) رد به حديث معقل بن سنان الأشجعي ، إذ قال لابن مسعود - وقد قضى في المفوضة التي مات عنها زوجها ، بأن لها صداق مثلها من نسائها ، لا وكس ولا شطط - : « قضيت فيها - والذي يخلف به - بقضاء رسول الله ﷺ في برؤع بنت واشق الأشجعية » فلم يأخذ علي برأي ابن مسعود ، وقاس الوفاة على الطلاق ، وقدم القياس على خبر الواحد ، فلا مهر لها ، وإنما لها المنة .

(٣) رواه الجماعة إلا البخاري والترمذي عن ابن عباس ، وروي مثله عن علي وخالد بن الوليد .

ورد عليهم . بأن قصة أهل قباء من أخبار الآحاد ، أو أنه انضم إليه ما يفيد العلم ، كقربهم من مسجد الرسول ﷺ وسماعهم ضجة الناس ، وترقبهم تحول القبلة إلى البيت الحرام . وأما إرسال الآحاد للتبليغ فيجوز فيه خبر الواحد ، وما لا فلا ، فلم يثبت أنه عليه الصلاة والسلام أرسل بنسخ أحكام ثبتت بأخبار قطعية .

وآية تحريم الميتة ونحوها لا حصر فيها بالنسبة للمستقبل ؛ لأن قوله : ﴿ لا أجد ﴾ حقيقة في الحال ، فيحمل الكلام عليه . ولو كان المقصود بالآية هو حصر التحريم فيما ذكرته للمستقبل ، فليس ذلك نسخاً ؛ لأن الحديث إنما رفع الإباحة الأصلية التي أكدتها الآية ، ورفع الإباحة الأصلية ليس نسخاً ، وكذلك لو كانت الآية متناولة للاستقبال أيضاً ، فالحديث مخصص لا ناسخ .

ثالثاً - نسخ السنة بالقرآن :

اختلف الأصوليون في نسخ السنة بالقرآن .

فأجازه جمهور العلماء منهم الظاهرية ، ومنعه الشافعي^(١) .

أما الجمهور فقالوا : قد وقع هذا النسخ بدليل ما يأتي :

١ - قوله تعالى : ﴿ قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها ، فول وجهك شطر المسجد الحرام ﴾ نسخ ما كان مقررّاً بالسنة ، وهو التوجه إلى بيت المقدس .

(١) الإحكام للآمدي ١٨٢/٢ وما بعدها ، المستصفى ٨٠/١ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٦٨ وما بعدها ، مسلم الثبوت ٥٢/٢ ، التلويح على التوضيح ٣٤/٢ ، أصول السرخسي ٧٦/٢ ، كشف الأسرار ٨٩٥/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٩ ، الرسالة للشافعي ١٠٨ - ١١٣ م الإحكام لابن حزم ٤٧٧/٤ وما بعدها ، المعتمد ٤٣٣/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٨

٢ - وقوله تعالى : ﴿ فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن ﴾ نسخ ما كان صالح به النبي ﷺ قريشاً في صلح الحديبية في ذي القعدة من السنة السادسة للهجرة على أن يرد لهم النساء .

٣ - وآية تحريم الخمر : ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ نسخت تحليل الخمر . وآية ﴿ فالآن باشروهن ﴾ نسخت تحريم المباشرة في ليالي الصوم . وآية ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ نسخت صوم يوم عاشوراء ونحو ذلك مما يكثر تعداده .

وقال الشافعي : لا يجوز نسخ السنة بالقرآن . ونص قوله في الرسالة : « وسنة رسول الله لا ينسخها إلا سنة لرسول الله ولو أحدث الله لرسوله في أمر سن فيه غير ما سن رسول الله ، لسنّ فيما أحدث الله إليه ، حتى يبين للناس أن له سنة ناسخة للتي قبلها مما يخالفها ، وهذا مذكور في سنة الرسول ﷺ » .

فهو يفترض في الناسخ في الأحوال التي ذكرها الجمهور أن يكون سنة أيضاً ؛ لأن الله تعالى في قوله : ﴿ لتبين الناس ما نزل إليهم ﴾ جعل السنة بياناً ، فلو نسخت خرجت عن كونها بياناً ، وذلك غير جائز .

ونوقش : بأن المراد بالبيان هو التبليغ ، سواء بالقرآن أو غيره . لكن تقدر الدوافع التي حملت الشافعي على هذا القول : وهي خوفه من أن تترك السنة بدعوى معارضتها للقرآن ، وتأثراً بالهوى ، مما يؤدي إلى صرف الناس عن العمل بالسنة ، لاحتمال نسخها بالقرآن ، فكان لا بد من سنة أخرى ناسخة . وبه يتبين أن الخلاف بين الشافعي والجمهور لا يؤدي إلى نتيجة عملية ؛ لأن الجميع متفقون على بقاء شرعية الأحكام الدائمة ، وزوال الأحكام المنسوخة ، والخلاف محصور في الدليل الناسخ .

رابعاً - نسخ القرآن بالسنة :

الخلاف في هذا النوع كالخلاف في سابقه ، بين الجمهور والشافعي ^(١) .

أ - فقال الجمهور منهم ابن حزم الظاهري : لا مانع عقلي من نسخ بعض القرآن بالسنة وقد وقع ، فقد نسخت آية الوصية للوالدين والأقربين بقوله ﷺ : « ألا لا وصية لوارث » ، ونسخ جلد الزاني الثابت بآية ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ بالرجم الثابت بالسنة .

ويلاحظ أن الحنفية أجازوا النسخ بالسنة المتواترة أو المشهورة لاستفادتها بين الناس ، وأما ابن حزم فأجاز النسخ بخبر الآحاد . ونوقش الدليلان بأن الناسخ لوجوب الوصية ليس هو الحديث المذكور ، وإنما هو آية المواريث كما ثبت عن ابن عباس حيث قال : « إن الذي نسخ آية الوصية آية المواريث » .

فلا يصلح ذلك دليلاً على الشافعي ، إلا أن يقال : يمكن الجمع بين آية الوصية بمحملها على غير الوارث ، وبين آية المواريث بكونها في الوارثين .

وأما ثبوت الرجم بالسنة ، إن لم نقل أنه ثابت بآية : (الشيخ والشيخة إذا زنيا ، فارجموهما ألَبَتَة ...) فليس من قبيل النسخ ، بل هو من قبيل التخصيص .

٢ - وقال الشافعي : لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة ولو كانت متواترة أو مشهورة ولا ينسخ الكتاب إلا كتاب مثله ، واستدل بأدلة كثيرة ، منها الدليلان الآتيان :

(١) الرسالة ١١٠ وما بعدها ، أصول الرخسي ٧٢/٢ ، مسلم الثبوت ٥٢/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار ، التلويح على التوضيح ، المكان السابق ، المستصفى ٨٠/١ ، الإحكام للآمدي ١٨٥/٢ - ١٨٦ ، الإحكام لابن حزم ٤٧٧/٤ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٦٧ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٩ ، المعتمد ٤٢٤/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٩

١ - قوله تعالى : ﴿ ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير ﴾ دلت الآية على أن الآتي بالبدل هو الله سبحانه ، وهو القرآن ، فكان الناسخ للقرآن هو القرآن ، لا السنة . وأيضاً فإن الله جعل البدل خيراً من المنسوخ أو مثلاً له ، والسنة ليست خيراً من الكتاب ولا مثلاً له ، فلا تكون ناسخة له .

وكذلك ذيلت الآية ببيان اختصاص ذلك التبديل بمن له القدرة الكاملة ، وهو الله تعالى ، فكان النسخ من جهته فقط ، وهو القرآن ، لا السنة .

وأجيب عنه بأن السنة من عند الله كالقرآن ، لقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ﴾ إلا أن القرآن معجز ومتعبد بتلاوته ، والسنة ليست كذلك .

والمراد بالخيرية والمثلية هو في الحكم بحسب مصلحة الناس ، لا في اللفظ وقد تأتي السنة بما هو أنفع للمكلف ، مما يدل على أن هذه الآية ليست دالة على أن القرآن لا ينسخ بالسنة .

٢ - قوله سبحانه لنبيه عليه الصلاة والسلام : ﴿ وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ فدور السنة مبين للقرآن لانساح له . ويؤيده آية أخرى : ﴿ قل ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي ، إن أتبع إلا ما يوحى إلي ﴾ فالتبديل لا يكون من عند النبي ﷺ ، فلا يكون نسخ القرآن بالسنة . وأجيب بأن النسخ نوع من البيان ؛ لأنه بيان انتهاء الحكم الشرعي بطريق شرعي متراخ عنه ، وبما أن السنة مبينة للكتاب فلا مانع من كونها ناسخة له ، والتبديل لا يكون من تلقاء الرسول نفسه ، فإذا وقع التبديل بالسنة ، كان ذلك بوحى من الله تعالى .

ورأيي : أن ما يراه الشافعي نسخاً يسميه الحنفية تخصيصاً ، فيكون الخلاف في الاصطلاح فقط .

ومع ذلك فالأولى ما عليه الجمهور ؛ لأن السنة من الله عز وجل ، كما أن القرآن شرع منه سبحانه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه ، وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ مما يدل على أن السنة الثابتة عن النبي ثبوتاً متواتراً كثبوت القرآن ، حكمها حكم القرآن في النسخ وغيره ، وليس في العقل ولا في الشرع ما يمنع ذلك .

وبه يتبين أن نسخ القرآن بالسنة ، ونسخ السنة بالقرآن أجازاه الجمهور ، ومنعه الشافعي قائلاً : « لا ينسخ كتاب الله تعالى إلا كتابه .. وهكذا سنة رسوله ، لا ينسخها إلا سنته .. » ومعنى قوله : أنه إذا نسخ الكتاب بالسنة ، فلا بد من أن يرد من الكتاب بعد ذلك ما يوافق تلك السنة الناسخة في الحكم ، فيكون عاضداً لها ، وإذا نسخت السنة بالكتاب ، فلا بد أن يسن رسول الله ﷺ ما يوافق الكتاب الناسخ في الحكم ، فتكون عاضدة له ^(١) .

خامساً - النسخ في الأدلة غير النصية :

بحث الأصوليون احتمال وقوع النسخ في غير النصوص من إجماع أو قياس أو مصلحة .

١ - نسخ الإجماع :

قرر جمهور العلماء أن الإجماع لا يُنسخ ، ولا يُنسخ شيئاً ، أي لا يكون منسوخاً ولا ناسخاً ^(٢) .

(١) انظر جمع الجوامع لابن السبكي وشرح الجلال المحلي له ٥٣/٢

(٢) المستصفى ٨١/١ ، الإحكام للآمدي ١٨٨/٢ وما بعدها ، مختصر ابن الحاجب ١٦٩ وما بعدها ، شرح الإسنوي ٢٢٥/٢ ، أصول السرخسي ٦٦/٢ ، مسلم الثبوت ٥٥/٢ - ٥٨ ، التلويح على التوضيح ٣٤/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار ٨٩٥/٢ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠٠ ، الإحكام لابن حزم ٤٨٨/٤ ، إرشاد الفحول ١٦٩ ، المعتمد ٤٣٢/١

أما كون الإجماع لا يكون منسوخاً : فالناسخ إما نص أو إجماع أو قياس ،
أما النص فلا يصلح ناسخاً للإجماع ؛ لأن الإجماع لا يكون إلا بعد وفاة
النبي ﷺ ، والنسخ لا يكون بعد موته ، فلا ينسخه نص ، إذ جميع النصوص
متلقاة من الرسول عليه الصلاة والسلام .

وأما الإجماع فلا ينسخ إجماعاً آخر ؛ لأن الإجماع متى ثبت وجب العمل
به ، ولا تصح مخالفته ، ويصبح الحكم المجمع عليه حجة قطعية ، فإذا جاء إجماع
بعده على خلافه ، لم يصح اعتباره ولا العمل به ، إذ لو انعقد إجماع جديد ،
لكان أحد الإجماعين خطأ ، والإجماع لا يكون خطأ لثبوت العصمة للأمة فيه من
الوقوع في خطأ .

وأما القياس : فلا يصح نسخ الإجماع به ؛ لأن شرط العمل به ألا يكون
مخالفًا للإجماع ، ولأن القياس ظني ، فلا ينسخ الإجماع القطعي .

وأجاز بعض الأصوليين نسخ الإجماع بإجماع آخر مثله ؛ لأنه دليل قاطع ،
ولا يكون خطأ ، فلو حصل جاء متأخراً عن دليل قطعي فينسخه ، كما يجيء
النص القطعي بعد مثله ، فينسخه^(١) . ورد عليه بأن الإجماع الأول مشروط
بعدم الإجماع الثاني .

الإجماع المبني على مصلحة :

ومع أنني أرجح رأي الجمهور بعدم نسخ الإجماع ، إلا أنه يجب القول بأن
الإجماع المستند إلى المصلحة يجوز أن ينسخ بإجماع لاحق إذا تغيرت المصلحة التي
بني عليها الإجماع السابق ، إذ بقاء حجية الإجماع منوط ببقاء المصلحة ، فإذا

(١) أصول الفقه للخضري ٢٥٧ وما بعدها .

تغيرت لم يبق مسوغ لبقاء ذلك الإجماع^(١) .

الإجماع لا يكون ناسخاً :

وأما كون الإجماع غير ناسخ لدليل آخر : فالمنسوخ إما نص أو إجماع أو قياس ، أما النص فلا ينسخ بالإجماع ؛ لأن الإجماع لا ينعقد على خلاف النص ، لافتقاره إلى مستند ، فإن وجد مستند نصي آخر غير مستند الإجماع ، كان هو الناسخ ، لا الإجماع . وأما الإجماع فلا ينسخ إجماعاً آخر لتناقض الإجماعين ، ويمتنع انعقاد إجماع على خلاف إجماع آخر ، كما بان في الاحتمال السابق .

وأما القياس فلا ينسخ بالإجماع ؛ لأن شرط العمل بالقياس ألا يوجد إجماع يخالفه ، فإن وجد ذلك الإجماع زال العمل بالقياس لزوال شرطه .

وقال الظاهرية : وبعض مشايخ الحنفية وبعض الحنابلة ، وبعض المعتزلة وعيسى بن أبان : يجوز النسخ بالإجماع ، لكن لا بنفسه ، بل بسنده من النصوص ، واستدلوا بأدلة ثلاثة :

أولها : إن ابن عباس قال لعثمان بن عفان رضي الله عنهما : « كيف تحجب الأم من الثلث إلى السدس بالأخوين) ، والله تعالى يقول : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ، والأخوان ليسا بإخوة . قال عثمان : (حجبها قومك يا غلام) أي أن إجماع الصحابة حجب الأم عن الثلث بالأخوين ، فيكون الإجماع ناسخاً للآية .

ورد عليه بأن الجمع المنكر ﴿ إِخْوَةٌ ﴾ في الآية مختلف في أقل ما يطلق عليه بين أهل اللغة ، أهوانان ، أم ثلاثة ؟ . فإجماعهم يكون على أحد تأويلين

(١) كشف الأسرار ٨٩٦/٣ ، مسلم الثبوت ٥٥/٢ وما بعدها ، المستصفى ١٢٦/١ ، إرشاد الفحول ٧٦ ، أصول الفقه للأستاذ زكي الدين شعبان ٣١٦

للآية ، وتكون الآية دالة على اثنين مجازاً ، ويصبح لفظ الإخوة مراداً به الأخوين ، فلا نسخ في الآية .

ثانيها : إجماع الصحابة في عهد عمر على إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم . ورد عليه بأن الإسقاط ليس معترفاً به من جميع المجتهدين ، ودعوى الإجماع لم تثبت .

ثالثها : إن الإجماع دليل من أدلة الشرع كالكتاب والسنة ، فيجوز النسخ به ، كما يجوز التخصيص به . وأجيب بأن الإجماع لا ينعقد بخلاف مقتضى الكتاب والسنة ، فلا يتصور أن يكون ناسخاً لها .

وهناك فرق بين النسخ والتخصيص ، فالأول رفع للحكم بالكلية ، والثاني قصر للحكم على بعض أفرادها ، ولا يوجد في التخصيص مانع من كون الإجماع مخصصاً ، بخلاف النسخ ، فقد وجد فيه مانع من كون الإجماع ناسخاً ، وهو اشتراط ألا يصادم النص المتقدم عليه .

٢ - نسخ القياس :

قال الجمهور أيضاً منهم الظاهرية وأكثر الشافعية : لا يكون القياس ناسخاً ولا منسوخاً ، وذلك بعد وفاة الرسول ﷺ ، أما في حياته عليه الصلاة والسلام فيجوز كون القياس منسوخاً وناسخاً ؛ لأنه إن نسخ في حياته عليه الصلاة والسلام ، فإنما ينسخ بالنص الثابت بالوحي المبين انتهاء العمل بالقياس . وأما كونه ناسخاً فيجوز إذا جوزنا تقديم القياس على النص .

وبناء عليه ، لا يجوز بعد وفاة النبي نسخ شيء من القرآن والسنة بالقياس ولا ينسخ قياس آخر ؛ لأن القياس ليس حجة على مجتهد آخر ، وإنما هو حجة للمجتهد الذي توصل إليه برأيه واجتهاده .

فإذا تعارض قياسان صادران من مجتهدين ، لم يتحقق التعارض بينهما ، حتى يكون أحدهما ناسخاً للآخر .

وإذا صدر كلاهما من مجتهد واحد ، كان القياس الثاني معارضاً للقياس الأول لا ناسخاً له ، فيرجح أحدهما على الآخر ، كالترجيح بين القياس والاستحسان ، الأول قياس ظاهر العلة والثاني قياس خفي العلة .

ولا يصح أن يعارض القياس نصاً أو إجماعاً ، حتى يكون ناسخاً لهما ؛ لأن شرط القياس ألا يصادم النص والإجماع ، كما لا يصح أن ينسخ القياس بالنص أو الإجماع ؛ لأنه يكون خطأ .

والخلاصة : إن القياس لا يكون ناسخاً عند الجمهور ؛ لأنه لا ولاية للأمة في إبطال الأحكام ، ولا مجال للرأي والاجتهاد في ذلك . ولا يكون منسوخاً ؛ لأن شرط العمل به رجحانه ، وقد زال الرجحان بوجود ما يعارضه ، فلا يتحقق معنى النسخ وهو رفع الحكم^(١) .

وقال ابن السبكي في جمع الجوامع : « يجوز على الصحيح نسخ النص بالقياس لاستناده إلى النص ، فكأنه الناسخ » .

وقال الآمدي الشافعي :

« يجوز كون القياس منسوخاً إذا كانت علقته منصوطة ، لأنه حينئذ في معنى النص ، فيمكن نسخ حكمه بنص أو قياس في معناه . ولا يجوز نسخه إذا كانت علقته مستنبطة بنظر المجتهد ؛ لأن حكم القياس لا يبقى معمولاً به في الفرع

(١) المراجع السابقة : المستصفى ٨٢/١ ، الآمدي ١٨٩/٢ وما بعدها ، جمع الجوامع وشرحه للحلي ٥٤/٢ ، الإسنوي ٢٢٧/٢ ، كشف الأسرار ٨٩٥/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠٠ ، مسلم الثبوت ٥٨/٢ ، إرشاد الفحول ١٧٥ ، الإحكام لابن حزم ٤٨٨/٤ ، أصول السرخسي ٦٦/٢ ، المعتمد ٤٣٤/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٧٠ وما بعدها .

لوجود ما يعارضه ، فيلغى ، ولا يسمى ذلك نسخاً ؛ لأن الحكم الثابت بقياس مستنبط العلة لم يقرر بخطاب الشارع ، والنسخ : رفع الحكم الثابت بخطاب الشارع . » .

وحكى الآمدي في كون القياس ناسخاً ثلاثة أقوال :

أحدها - المنع مطلقاً ، أي لا يكون ناسخاً ، والثاني - الجواز مطلقاً أي يكون ناسخاً . والثالث - التوسط بين القولين السابقين : إن كان جلياً كان ناسخاً ، وإن كان خفياً لا يكون ناسخاً .

واختار الآمدي أنه إن كانت العلة منصوصة ، كان القياس في معنى النص ، وصح أن يكون القياس ناسخاً للنص أو لقياس آخر . وإن كانت العلة مستنبطة ، لم يكن القياس ناسخاً لغيره ؛ لأن الحكم الثابت بالقياس المستنبط العلة ، ليس ثابتاً بخطاب شرعي ، والناسخ لا بد أن يكون طريقاً شرعياً .

والخلاصة : إن الآمدي اختار كون القياس ناسخاً ومنسوخاً إذا كانت علته منصوصة فقط .

ولا يصلح للأمرين إذا كان علته مستنبطة ؛ لأنه ليس حكماً ثابتاً من قبل الشرع ، كما أنه لا يعمل بالقياس عند وجود المعارض له . وذلك لا يسمى نسخاً .

المطلب الخامس - وجوه النسخ أو أحواله :

للسنخ وجوه أو أحوال يمكن معرفتها ببحث أمور تسعة هي :
نسخ التلاوة والحكم معاً ، ونسخ الحكم دون التلاوة ، ونسخ التلاوة دون الحكم
والنسخ بطريق الزيادة على النص ، والنسخ بطريق النقصان ، ونسخ المنطوق
دون الفحوى (المفهوم) ، ونسخ الأخبار ، ونسخ الفعل والقول في السنة ،
ونسخ حكم الأصل المقيس عليه يستلزم نسخ حكم الفرع المقيس .

أولاً - نسخ التلاوة والحكم معاً :

قال الآمدي : اتفق العلماء على جواز نسخ التلاوة دون الحكم ، وبالعكس ونسخهما معاً ، خلافاً لطائفة شاذة من المعتزلة^(١) .

ودليل جواز نسخ التلاوة والحكم معاً : هو نسخ صحف إبراهيم ومن تقدمه من الرسل عليهم السلام ، فقد كانت نازلة تقرأ ويعمل بها ، قال تعالى : ﴿ إِن هَذَا لَفِي الصَّحَفِ الْأُولَى ، صَحْفِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى ﴾ ، ﴿ وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأُولِينَ ﴾ ثم لم يبق شيء من ذلك في أيدينا تلاوة ولا عملاً به ، مما يدل على انتساخ التلاوة والحكم جميعاً .

وثبت في الصحيح عن عائشة أنها قالت : « كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخن بخمس رضعات ، فتوفي رسول الله ﷺ ، وهن فيما يتلى من القرآن »^(٢) . قال البيهقي : فالعشرمانسخ رسمه وحكمه ، والخمس مما نسخ رسمه وبقي حكمه ، بدليل أن الصحابة حين جمعوا القرآن لم يثبتوها رسماً ، وحكمها باقي عندهم^(٣) .

ثانياً - نسخ الحكم دون التلاوة :

يجوز نسخ حكم آية دون تلاوتها ، كنسخ آية (الاعتداد بالحوال) ، ونسخ حكم آية (الوصية للوالدين والأقربين) ، ونسخ آية (الحبس للمرأة في البيوت ،

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١٧٩/٢ ، ومثله في المستصفى ٧٩/١

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي ومالك في الموطأ . قال ابن السعاني . وقولها : « وهن مما يتلى من القرآن » بمعنى أنه يتلى حكمها دون لفظها ، وقال البيهقي : المعنى أنه يتلوه من لم يبلغه نسخ تلاوته .

(٣) المستصفى ، والآمدي ، المكان السابق ، أصول السرخسي ٧٨/٢ وما بعدها ، التلويح على التوضيح ٣٦/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٨ ، كشف الأسرار ٩٠٨/٢ - ٩١٠ ، إرشاد الفحول ١٦٦ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٦

وإيذاء الرجل باللسان في حد الزنى) ، ونسخ آية (تقديم الصدقة قبل مناجاة الرسول ﷺ)^(١) .

وهذا رأي الجمهور ، ومنعه بعض المعتزلة مستدلين بما يأتي :

١ - إن النظم والمعنى متلازمان ، فلا يصح إبقاء أحدهما ورفع الآخر أي إن المقصود من النص حكمه المتعلق بمعناه ، والنص وسيلة إلى هذا المقصود ، فلا يبقى النص بدون حكمه ، والحكم لا يثبت بغير نصه ، فلا يبقى بدونه ، كالملك الثابت للمشتري بالبيع ، لا يبقى بدون البيع ، فيما إذا انفسخ البيع . والجواب : أن هذا التلازم مسلّم به ابتداء ، لا بقاء ، والكلام في حالة البقاء .

٢ - إن بقاء التلاوة دون الحكم يوهم بقاء الحكم ، فيوقع المكلف في الجهل . والجواب : أنه إنما يلزم الإيقاع في الجهل إذا لم يقدّم دليل على النسخ ، فإن أقيم الدليل فلا يلزم التجهيل .

٣ - فائدة إنزال القرآن إفادته للحكم الشرعي ، وتنتفي هذه الفائدة ببقاء اللفظ مجرداً عن إفادة الحكم .

والجواب : أن حصر الفائدة في إفادة الحكم بقاء : ممنوع ، فن الفوائد : بقاء التلاوة لمعرفة تاريخ التشريع ، ولإعجاز بنظم المنسوخ ، كغيره من آيات القرآن .

ثالثاً - نسخ التلاوة دون الحكم :

وقع هذا النسخ ، مثل قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « كان فيما أنزل : الشيخ والشيخة إذا زنيا ، فارجموها ألبتة ، نكالا من الله » ثبت في الصحيح : أن هذا كان قرآناً يتلى ، ثم نسخ لفظه وبقي حكمه .

(١) المراجع السابقة .

وأضاف الحنفية أمثلة أخرى من القراءات الشاذة ، هي : صوم كفارة اليمين
ثلاثة أيام متتابعة بقراءة ابن مسعود : (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) وقد كانت
هذه قراءة مشهورة إلى زمن أبي حنيفة ، ولكن لم يوجد فيه النقل المتواتر الذي
يثبت بمثله القرآن . وقراءة ابن عباس : (فأفطر ، فعدة من أيام أخر) ، وقراءة
سعد أبي وقاص : (وله أخ أو أخت لأم ، فلكل واحد منهما السدس) .

وهذا رأي الجمهور ، ومنعه بعض المعتزلة ، كالقسم الثاني . وعلق الخضري
على هذا النوع فقال^(١) : وأنا لا أفهم معنى الآية أنزلها الله لتفيد حكماً ، ثم يرفعها
مع بقاء حكمها ؛ لأن القرآن يقصد منه إفادة الحكم والإعجاز بنظمه ، فما هي
المصلحة في رفع آية منه ، مع بقاء حكمها ؟ إن ذلك غير مفهوم ، وليس هناك ما
يلجئ إلى القول به .

رابعاً - النسخ بطريق الزيادة على النص :

اختلف الأصوليون في الزيادة الطارئة على النص ، هل هي نسخ له أو لا ؟
فقال الجمهور : الزيادة تخصيص لا نسخ ، وقال الحنفية : هي نسخ .

ومحل الخلاف المشهور بين العلماء في هذه المسألة : هو فيما إذا تعلقت الزيادة
غير المستقلة بحكم النص الم زيد عليه ، ووردت متأخرة عن الم زيد عليه بحيث
يمكن النسخ ، كاشتراط النية في الطهارة ، عملاً بحديث « إنما الأعمال بالنيات »
زيادة على مضمون آية الوضوء ، وكزيادة ركعة على الركعات ، وكضم التغريب
(النفي) إلى الجلد في حد الزنى بحديث عبادة بن الصامت : « البكر بالبكر
جلد مئة وتغريب عام » زيادة على آية (جلد الزناة) ، وكاشتراط الطهارة في
الطواف ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الطواف بالبيت صلاة »^(٢) وكتقييد

(١) أصول الفقه ٢٥٧

(٢) رواه الطبراني وأبو نعيم في الحلية والحاكم والبيهقي عن ابن عباس ، وهو حديث حسن .

الرقبة بصفة الإيمان التي يطلب عتقها في كفارة الظهار واليمين ، زيادة على النص القرآني المطلق عن التقييد بهذا الوصف : ﴿ تحرير رقبة ﴾ .

واتفق العلماء على أن الزيادة على النص : إن كانت عبادة مستقلة بنفسها ، كزيادة وجوب الصوم أو الزكاة ، بعد وجوب الصلوات ، لا تكون نسخاً لحكم المزيد عليه ؛ لأنها زيادة حكم في الشرع من غير تغيير للأول ، ومن غير جنس الأول .

وما نقل عن بعض العراقيين : من أن الزيادة التي من جنس المزيد عليه ، كزيادة صلاة سادسة على الصلوات الخمس ، نسخ ؛ لأنها تغير وضع الصلاة الوسطى ، هو خطأ باطل لا دليل عليه ، ولا شبهة دليل ، فإن الوسطى ليس المراد بها المتوسطة في العدد ، بل المراد بها الفاضلة ، ولأن كونها وسطى أمر حقيقي لا شرعي ، فلا يكون رفعه نسخاً . ولو سلمنا أن المراد بها : المتوسطة في العدد ، فلا ينسخ هذا الوصف ؛ لأنها صارت مستحقة له ، وإن خرجت عن كونها وسطى .

والخلاصة : إن زيادة عبادة مستقلة ليست نسخاً للمزيد عليه بالاتفاق . والخلاف محصور في الزيادة غير المستقلة زيادة جزء كالتغريب في الحد ، وزيادة ركعة أو سجود ، أو زيادة شرط كاشتراط الطهارة في الطواف وكاشتراط الإيمان في تحرير رقبة في كفارة اليمين وكفارة الظهار أو زيادة صفة كإيجاب الزكاة في الغنم المملوكة بعد إيجابها في السائمة ، فعند الجمهور منهم أكثر المعتزلة ، هو تخصيص أو تقييد لا نسخ .

وعند الحنفية : هو نسخ^(١) . ولا داعي للأقوال الأخرى التي فيها تفصيل ؛

(١) كشف الأسرار ٩١١/٢ - ٩١٨ ، أصول السرخسي ٨٢/٢ - ٨٥ ، التوضيح ٣٦/٢ ، مسلم الثبوت ٦٢/٢ ، المعتمد ٤٣٧/١ وما بعدها ، مختصر ابن الحاجب ١٧٢ ، المستصفى ٥٧/١ وما بعدها ، الإحكام للآمدي ١٩٣/٢ وما بعدها ، شرح الإسنوي ٣٣٢/٢ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ٩٨ ، إرشاد الفحول ١٧١ وما بعدها ، مذكرة في أصول الفقه للأستاذ أبو النور زهير

لأنها ليست في محل النزاع .

وتظهر فائدة الخلاف في إثبات تلك الزيادة بما لا يجوز النسخ به كخبر الواحد مثلاً أو القياس ، فعند الحنفية الذين يرون أن تلك الزيادة نسخ لا تثبت الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس ؛ لأن كلاً منها لا ينسخ المتواتر وهو القرآن ، فلم يشترطوا الطهارة في الطواف ، ولا الإيمان في عتق الرقبة في كفارة الظهار . وعند الجمهور الذين لا يرون أن تلك الزيادة نسخ يقولون : تثبت الزيادة بخبر الواحد والقياس وغيرها من كل ما يفيد الظن .

وترتب على الخلاف : أن الجمهور أثبتوا زيادات على القرآن بخبر الواحد ؛ لأنهم لم يعتبروا ذلك نسخاً ، كالأمثلة التي ذكرتها ، وكجعل التحريم في الرضاع عند الشافعية بخمس رضعات مع إطلاق القرآن ، وكاشتراط الفاتحة لصحة الصلاة عند الشافعية أيضاً ، مع اقتضاء عموم الكتاب أجزاء ما تسر من القرآن .

لكن الحنفية ، بالرغم من أنهم ، تركوا بناء على هذا المبدأ كثيراً من أخبار الآحاد الصحيحة ، فإنهم لم يسيروا عليه في كل اجتهاداتهم ، بدليل اشتراطهم كثيراً من شروط المعاملات التي وردت في السنة ، ولم يشترطها القرآن ، مثل قولهم بفساد البيع مع الشرط ، عملاً بالحديث الذي ينهى عن بيع وشرط .

وهذا يرجح أن القيود الواردة في السنة الصحيحة يعمل بها ، وتقيد مطلق الكتاب ، وليست من النسخ في شيء ، ويعتبر ذلك بياناً متصلاً بنص الكتاب ، لا أن حكم مطلق الكتاب استمر ، ثم رفع ؛ لأن مهمة الرسول عليه الصلاة والسلام هي البيان .

لكن قال الخضري : أما زيادة مثل التغريب على حد الزنى فهو نسخ ؛ لأنه رفع حكماً عاماً مستفاداً من الشريعة وهو تحريم الأذى^(١) وسيأتي جوابه .

(١) أصول الفقه للخضري ٢٦٢ وما بعدها .

وأما السبب في رد الحنفية كثيراً من الأخبار الصحيحة في السنة ، فهو أن تلك الأخبار اقتضت زيادة على القرآن ، والزيادة نسخ ، ولا يجوز نسخ القرآن بخبر الواحد ، وبناء عليه ، ردوا أحاديث تعين الفاتحة في الصلاة ، وما ورد في الشاهد واليدين ، وما ورد في إيمان الرقبة ، وما ورد في اشتراط النية في الوضوء .

أما المسح على الخفين زيادة على آية غسل الرجلين في الوضوء ، فاعتبره الحنفية نسخاً ؛ لأن خبر المسح على الخف متواتر تواتراً معنوياً عندهم .

استدل الحنفية على قولهم : إن الزيادة نسخ : بأن النص الشرعي المطلق يوجب العمل بإطلاقه ، فإذا صار مقيداً صار شيئاً آخر ، لأن التقييد والإطلاق ضدان لا يجتمعان ، وإذا كان هذا غير الأول ، لم يكن بد من القول بانتهاء الأول ، وابتداء الثاني ، وهو معنى النسخ : (بيان الحكم وابتداء حكم آخر) أي أن الحكم الأصلي كان مجزئاً بدون تلك الزيادة ، فلما جاءت الزيادة ارتفع بسببها ذلك الحكم ، وهذا هو النسخ ، فيكون نسخ إطلاق النص بمنزلة نسخ جملة . والجواب : أن أصل الحكم السابق ما يزال مشروعاً ، ويكون الحديث أو القياس بياناً وتقييداً للمطلق أو تخصيصاً للعموم ، لا نسخاً له .

ودليل الجمهور :

أن زيادة الشرط أو الجزء أو الصفة لم ترفع حكماً شرعياً ، فلا تكون نسخاً ؛ لأن النسخ هو رفع الحكم الشرعي . نوقش هذا بأن زيادة الصفة قد ترفع حكماً شرعياً ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « في سائمة الغنم زكاة »^(١) فإن اللفظ يدل بمفهومه المخالف على أن المعلوفة لا تجب فيها الزكاة ، فإذا وجبت الزكاة فيها بالنص القرآني الأمر بالزكاة ، كان هذا الحديث رفعاً للحكم السابق المدلول عليه بمفهوم الخطاب المخالف ، والمفهوم حجة عند الجمهور . والجواب أن نفي الزكاة عن

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والحاكم عن ابن عمر ، وهو حديث صحيح .

المعلوفة لم يكن بالمفهوم ، وإنما بالإباحة الأصلية المقررة بالعقل ، ورفعها لا يكون نسخاً .

وكذلك زيادة الشرط قد ترفع حكماً شرعياً ، كزيادة اشتراط الطهارة في الطواف ، والإيمان في الرقبة ، فإن تلك الزيادة قد رفعت إباحة الطواف بدون الطهارة المستفادة من إطلاق قوله تعالى : ﴿ وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ ، ورفعت أجزاء عتق الرقبة الكافرة في كفارة الظهار المستفاد من قوله : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ وكل من الإباحة والأجزاء حكم شرعي ، والجواب أن هذا من قبيل تقييد المطلق لا النسخ .

وكذلك زيادة الجزء قد ترفع حكماً شرعياً ، كزيادة التغريب في حد الزنى ، فإنها رفعت حرمة المدلول عليها بقوله عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار) ولا شك أن الحرمة حكم شرعي .

والجواب : أن زيادة التغريب على الجلد ليس بنسخ ؛ لأن التغريب كان ثابتاً بمقتضى البراءة الأصلية ، ورفع ذلك لا يكون نسخاً .

خامساً - طرء النقصان على عبادة :

اتفق الأصوليون على أن الشارع إذا أتقص جزءاً من العبادة أو ألغى شرطاً من شروطها ، كنقص ركعة من الصلاة الرباعية ، أو إلغاء شرط الطهارة للصلاة مثلاً ، يكون ذلك نسخاً لما أسقط منها ، وهو ذلك الجزء أو الشرط ؛ لأنه كان واجباً في جملة العبادة ثم أزيل وجوبه .

ولكن هل يكون ذلك نسخاً لأصل العبادة ، وهو الجزء الباقي بعد إسقاط جزء أو شرط منها ؟

اختلف الأصوليون فيه :

فقال الجمهور منهم أكثر الشافعية : لا يكون ذلك نسخاً لأصل العبادة .
وقال أكثر الحنفية : يكون نسخاً للعبادة .

واختار صاحب مسلم الثبوت (ابن عبد الشكور) الحنفي مذهب الجمهور ،
كما اختار جماعة من المتكلمين أنه نسخ مطلقاً .

واختار الغزالي والقاضي عبد الجبار التفصيل بين الشرط ، فلا يكون نسخه
نسخاً للعبادة ، وبين الجزء كالقيام والركوع في الصلاة ، فيكون نسخه نسخاً لها ؛
لأن الشرط خارج عن ماهية المشروط ، بخلاف الجزء ، فلو أسقط الشارع ركعتين
من عبادة رباعية ، اقتضى ذلك نسخ تلك العبادة بالكلية ، ويكون الباقي عبادة
أخرى^(١) .

الأدلة :

استدل الجمهور : بأن نقص الجزء أو إلغاء الشرط ، لم يرفع تلك العبادة من
الوجوب أو الندب أو غيرها ، فلا يكون نسخاً لها ، والنسخ - كما هو معلوم -
رفع الحكم الشرعي .

والدليل على أنه لم يرفع حكم تلك العبادة : هو عدم وجود دليل يدل
عليه ، فبقي الدليل الذي أثبت الحكم الأول .

واستدل الحنفية : بأن نقص الجزء أو إلغاء الشرط في العبادة يرفع حرمة
فعلها بدون الجزء أو الشرط ، ويبيح الفعل بدونها ، والحرمة حكم شرعي ،
فيكون رفعها نسخاً .

(١) جمع الجوامع مع شرح المحلى ٦٣/٢ ، الإحكام للآمدي ١٩٧/٢ وما بعدها ، المستصفى ٧٥/١ ،
المعتد ٤٤٧/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٧٤ ، شرح الإسنوي ٣٣٥/٢ ، إرشاد الفحول ١٧٢

ورد عليهم بأن وجوب العبادة بعد نقص الجزء أو إلغاء الشرط هو عين وجوبها قبل النقص أو الإلغاء ، فبقي الحكم الثابت للعبادة وهو الوجوب ، ولم يرفع . وأما حرمة الفعل بدون الجزء أو الشرط ، فليس ثابتاً لها في الحال ، وإنما في المستقبل ، والنسخ رفع الحكم الثابت للفعل في الحال ، لا في الاستقبال ، فظهر أن رفع الحرمة ليس نسخاً .

واستدل القائلون بالتفصيل (الغزالي ومن معه) : بأن نقص الجزء فيه رفع للحكم الذي هو وجوب الكل ؛ لأن وجوب الكل يزول برفع أحد الأجزاء ، كما يزول برفع جميع الأجزاء . وعلى هذا : يكون إسقاط الجزء نسخاً لوجوب العبادة بالكلية ، ويكون الباقي عبادة أخرى .

بخلاف إلغاء الشرط ، فإنه لم يرفع حكماً آخر غير حكمه هو ، فلا يكون نسخاً لغير حكمه .

وأجيب عنه : بأن نقص الجزء في الواقع إنما قصد به رفع وجوبه هو ، أما رفع وجوب الكل فهو أمر تابع لا ينظر إليه .

والخلاصة المختارة : إن نقص جزء من المشروع أو شرط من شروطه ، ليس نسخاً لأصله ، وإنما هو نسخ لذلك الجزء أو الشرط فقط .

سادساً - نسخ المنطوق والمفهوم :

دلالة اللفظ على الحكم الشرعي : إما أن تكون بمنطوقه ، وتسمى هذه (دلالة المنطوق) . وإما أن تكون بمفهومه ، وتسمى (دلالة المفهوم) .

والمفهوم : إما أن يكون حكمه موافقاً لحكم المنطوق ، فيسمى عند المتكلمين مفهوم الموافقة ، أو فحوى الخطاب أو تنبيه الخطاب ، ويسمى عند الحنفية : دلالة النص ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقل لها أف ﴾ يدل بمنطوقه على تحريم التأفيف ، وبمفهومه يدل على تحريم الضرب .

وإما أن يكون حكمه مخالفاً لحكم المنطوق ، فيسمى مفهوم المخالفة ، أو دليل الخطاب ، أو لحن الخطاب .

ولا شك بأن دلالة المنطوق مغايرة لدلالة المفهوم ، لكن بينها تلازم ، فهل يجوز أن ينسخ المنطوق ويبقى المفهوم أو العكس ؟ أي هل إذا نسخت حرمة التأفيف تنسخ حرمة الضرب ، أو لا يلزم ذلك . وهل إذا نسخت حرمة الضرب تنسخ حرمة التأفيف أو لا يلزم ذلك ؟ . اتفق الأصوليون على جواز نسخ حكم المنطوق والمفهوم الموافق دفعة واحدة فيجوز نسخ حرمة التأفيف في آية : ﴿ ولا تقل لهما أف ﴾ مع تحريم الضرب وغيره من أنواع الأذى ^(١) .

واختلفوا في نسخ أحدهما دون الآخر ، على أقوال أربعة :

١ - يجوز نسخ أحدهما بدون الآخر ، فينسخ المنطوق ويبقى المفهوم ، وينسخ المفهوم ويبقى المنطوق ، أي أن نسخ أحدهما لا يستلزم نسخ الآخر . وهذا مختار صاحب مسلم الثبوت الحنفي ؛ لأنه ربما كان الفحوى (المفهوم) أقوى ، كالضرب أقوى من التأفيف . وأما العكس (وهو نسخ الفحوى دون الأصل) فلجواز ظنية للزوم بينها ، ولكن يمكن التخلف (أي عدم وقوع اللزوم) .

والجواب أن بينهما تلازماً ، ورفع اللزوم يوجب رفع الملزوم ، ولا يتصور إهدار الأشد واعتبار ما دونه .

٢ - لا يجوز نسخ أحدهما بدون نسخ الآخر ، فلا ينسخ المنطوق ويبقى المفهوم ، ولا المفهوم ويبقى المنطوق ، بل نسخ أحدهما يستلزم نسخ الآخر .

(١) جمع الجوامع ٥٦/٢ ، مسلم الثبوت ٥٩/٢ وما بعدها ، مختصر ابن الحاجب ١٧١ ، شرح الإسنوي ٢٢٨/٢ وما بعدها ، المعتمد ٤٣٦/١ ، الإحكام للآمدي ١٩١/٢ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٧٠ ، مذكرة في أصول الفقه للشيخ زهير ٩٠/٣ وما بعدها .

وهذا مختار البيضاوي الشافعي ؛ لأن المفهوم تابع والمنطوق متبوع ، ورفع المتبوع رفع التابع ، لأن نسخ المفهوم يستلزم نسخ المنطوق ؛ لأن المفهوم لازم ، والمنطوق ملزوم ، ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم .

والجواب : أن دلالة اللفظ على الفحوى (المفهوم) تابعة لدلالته على المنطوق ، وليس حكم الفحوى تابعاً لحكم المنطوق ، ففهمنا لتحريم الضرب ناتج من فهمنا لتحريم التأفيف ، لأن الضرب حرام ؛ لأن التأفيف حرام ، والذي يمكن نسخه (رفعه) هو حكم تحريم التأفيف ، لا دلالة اللفظ عليه ، فإنها باقية ، أي أن دلالة المنطوق باقية بعد نسخ الحكم ، فالمتبوع لم يرتفع حتى يلزم رفع تابعه .

٣ - نسخ المفهوم يستلزم نسخ المنطوق ، وأما نسخ المنطوق فلا يستلزم نسخ المفهوم . وهذا مختار ابن الحاجب المالكي ؛ لأن المفهوم لازم ، ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم ، ولأن المنطوق ملزوم والمفهوم لازم ، ورفع الملزوم لا يستلزم رفع اللازم ، فلا يعقل أن ينسخ تحريم الضرب وهو الأشد ويبقى تحريم التأفيف وهو الأخف ، لكن يجوز نسخ تحريم التأفيف وبقاء تحريم الضرب .

وهذا هو الذي أختاره ، أي يجوز أن ينسخ منطوق نص دون فحواه ، ولا يجوز العكس .

٤ - إن جعل مفهوم الموافقة (الفحوى) من باب القياس (وهو رأي الشافعي) ، كان نسخ أصله نسخاً له ، ولا يلزم من نسخه نسخ أصله ؛ لأن المفهوم فرع والمنطوق أصل ، فإذا نسخ حكم الأصل زال معه حكم الفرع ، لكن إذا نسخ حكم الفرع فلا يلزم نسخ حكم الأصل ؛ لأن رفع التابع لا يوجب رفع المتبوع . وإن جعل من باب النص ، أي الدلالة اللفظية لغة (وهو رأي الحنفية) ، فلا يلزم من نسخ أحدهما نسخ الآخر ، بل يجوز نسخ المنطوق مع

بقاء المفهوم ، ونسخ المفهوم مع بقاء المنطوق وهو الرأي الأول ؛ لأن الدلالاتين متغايرتان ، فرفع حكم إحداها لا يستلزم رفع حكم الأخرى .

هذا ما يتعلق بكون المفهوم الموافق منسوخاً ، فهل يكون ناسخاً ؟ اتفق الأصوليون على جواز كون مفهوم الموافقة (الفحوى) ناسخاً لغيره ، وبه يتبين أن مفهوم الموافقة يكون ناسخاً ومنسوخاً .

سابعاً - نسخ الأخبار :

يجوز نسخ الخبر المتضمن حكماً شرعياً تكليفاً ؛ لأنه يكون في معنى الأمر والنهي ، وذلك يجوز نسخه ، كما لو قال : (أمرتكم ، أو نهيتكم ، أو أوجبت عليكم) .

ولا نسخ عند جمهور العلماء في الأخبار في حد ذاتها ، بالتكليف بما ينافيها ، أي لا يجوز نسخ معاني الأخبار واعتقاد كون الخبر به على عكس ما أخبر به الصادق الحكيم ؛ لأنه يكون قولاً يتجويز الكذب والغلط على المخبر به ، ولأنه يؤدي إلى البداء والجهل الذي تدعيه اليهود في أصل النسخ . وبناء عليه لا يصح أن يقال : اعتقدوا الصدق في هذا الخبر إلى وقت كذا ، ثم اعتقدوا فيه الكذب بعد ذلك . وعلى كل حال لا بد من التفصيل في بحث ما يتعلق بالخبر بإخراج بعض الأزمنة الداخلة فيه ، وهو نوع من التخصيص ، لا رفعه بالكلية ، والذي يتعلق به هو أمور ثلاثة^(١) .

· كتلاوة : ﴿ إن الله بكل شيء عليم ﴾ ، ﴿ والله على كل شيء

قدير ﴾ وقولنا : (زيد مؤمن) يجوز نسخه باتفاق العلماء .

(١) المعتمد ٤١٩/١ ، مختصر ابن الحاجب ١٦٧ ، جمع الجوامع ٥٨/٢ ، الإحكام للآمدي ١٨٠/٢

وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٦٥ ، مسلم الثبوت ٤٩/٢ ، أصول السرخسي ٥٩/٢ وما بعدها ،

شرح الإسنوي ٢١٦/٢ ، مذكرة الشيخ زهير ٦٩/٢ - ٧٢

٢ - التكليف بالإخبار به :

إن كان مما يجوز تغييره ، مثل أخبر زيداً بأن عمراً آمن ، فلا خلاف في جواز نسخه ، إذ يجوز أن يكون مصلحة في وقت ومفسدة في وقت آخر .

وإن كان مما لا يجوز تغييره ، كالإخبار بوجود الله تعالى وحدوث العالم :

أ - فإن كان النسخ من غير تكليف بالإخبار بنقيضه ، كأن يقول : لا تخبره بأن الله موجود ، فلا خلاف كذلك في جواز نسخه .

ب - وإن كان نسخه بالتكليف بالإخبار بنقيضه ، كأن يقال : أخبر محمداً بأن الله ليس بموجود ، ففيه اختلاف :

الأشاعرة : يجوزون نسخه ؛ لأن العقل ليس له دور في إدراك حسن الأفعال وقبحها .

والمعتزلة والحنفية : يمنعونه ؛ لأنه تكليف بالإخبار بالكذب وهو قبيح من الشارع ، يستحيل صدوره منه ، ولأن للعقل دوراً في إدراك الأفعال وقبحها . وإني أميل للرأي الثاني ، والقضية مجرد افتراض ، ورأي الأشاعرة غريب .

٣ - نسخ مضمون الخبر وثمرته :

أ - إما أن يكون مدلول الخبر مما لا يتغير ، كوجود الله وحدوث العالم ، فلا خلاف في عدم جواز نسخه .

ب - وإن كان مما يتغير ، كإيمان زيد وكفره ، ففيه أقوال ثلاثة :

القول الأول : لا يجوز نسخه مطلقاً : ماضياً أو مستقبلاً وعداً أو وعيداً أو حكماً شرعياً . وهو قول الجبائي وأبي هاشم والباقلاني وجماعة من المتكلمين ؛ لأن نسخ الخبر يوهم الكذب ، والكذب من الشارع محال ، فما أدى إليه وهو نسخ

الخبر محال ، فلو قال الشارع : (لأعاقبن الزاني أبداً) فإذا قال بعدئذ : أردت سنة ، لم يتحقق مضمون الخبر الأول ، وذلك كذب .

والجواب : بأن نسخ الأمر جائز مع أنه يوم البدء ، ومن الجائز أن يريد الله تعالى من عقاب الزاني أبداً ، عقابه سنة واحدة ، فلا كذب .

والقول الثاني : يجوز نسخه مطلقاً . وهو رأي البصريين (أبي الحسين وأبي عبد الله) ، واختاره الآمدي ؛ لأن نسخ مضمون الخبر لا يترتب على فرض وقوعه مستحيل ، فيكون جائزاً ، وهو دليل إثبات الجواز عادة .

والجواب : إنه يترتب عليه مستحيل ، وهو إيهام الكذب ، فيكون محالاً . لكن الواقع أن المراد بالنسخ : هو إخراج بعض ما يتناوله اللفظ ، فيجوز .

القول الثالث : التفصيل ، إن كان ماضياً ، لم يجوز نسخه ، وهو مختار البيضاوي الشافعي ؛ لأن الماضي قد تحقق مضمونه فرفعه يوجب الكذب فيه ، وهو باطل . أما المستقبل ، فلا مانع من أن يقول الشارع : (لأعاقبن الزاني أبداً) ثم يقول بعدئذ : أردت سنة ، ويكون القول الثاني مخصصاً للأول ببعض الأزمنة ، ولا محال في ذلك ، فيكون جائزاً .

والراجح عندي أنه لا يتصور إمكان نسخ الأخبار في حق الله تعالى ، لأنه يترتب عليه كون الخبر كذباً أو سهواً ، وكلاهما محال على الله ، وذلك سواء أكان الخبر مما لا يجوز تغييره عقلاً كحدوث العالم ، أم مما يجوز تغييره ، وسواء أكان ماضياً أم مستقبلاً ؛ لأن نسخه يستلزم الكذب أو السهو . وهذا إذا كان وعداً ؛ لأن النسخ إخلاف ، والخلف في الإنعام يستحيل على الله .

أما الوعيد فنسخه جائز ، ولا يعد ذلك خُلُفاً ، بل يكون عفواً وكرماً ، وإخلاف الوعيد أمر مستحسن محمود عند كل الناس .

أما الأقوال التي ذكرتها فهي في التخصيص كما بينا ، لا في النسخ .

ثامناً - نسخ الفعل والقول في السنة النبوية :

قال الشافعي وتابعه ابن عقيل من الحنابلة : إنما ينسخ الشيء بمثله أو بأقوى منه ، والقول أقوى من الفعل ، فلا ينسخ القول إلا بالقول ، ولا ينسخ الفعل إلا بالفعل . ورد عليه : بأن الكل سنة وشرع باتفاق العلماء ، فلا وجه للمنع من نسخ أحدهما بالآخر ، ولا سيما وقد وقع ذلك كثيراً في السنة ، كما سيأتي ، وليس للشافعي دليل لا من العقل ولا من الشرع .

وقال الجمهور : الفعل الثابت في السنة ينسخ القول ، كما أن القول ينسخ الفعل بدليل ما يأتي^(١) :

١ - قال ﷺ في السارق : « فإن عاد في الخامسة ، فاقتلوه »^(٢) ثم رفع إليه سارق في الخامسة ، فلم يقتله ، فكان هذا الترك ناسخاً للسنة .

٢ - قال عليه الصلاة والسلام في حديث عبادة بن الصامت : « الثيب بالثيب جلد مئة ، والرجم » ثم رجم ماعزاً ، ولم يجلد ، فكان ذلك ناسخاً لجلد من ثبت عليه الرجم .

٣ - ثبت في الصحيح « قيامه ﷺ للجنائز » ، ثم ترك ذلك ، فكان نسخاً .

٤ - ثبت عنه ﷺ قوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي »^(٣) ثم فعل غير ما كان يفعل ، وترك بعض ما كان يفعله ، فكان ذلك نسخاً ، وهذا كثير في السنة .

(١) إرشاد الفحول ١٦٩ ، جمع الجوامع بشرح المحلي ٦٩/٢

(٢) رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله ، والنسائي نحوه وأنكره ، ورواه أبو يعلى عن محمد بن حاطب أو الحارث (جمع الفوائد ٧٦٠/١ وما بعدها ، جمع الزوائد ٢٧٧/٦) .

(٣) رواه أحمد والبخاري عن مالك بن الحويرث (نيل الأوطار ١٧٥/٢) .

تاسعاً - نسخ حكم الأصل المقيس عليه يستلزم نسخ حكم الفرع المقيس :

قال بعض الحنفية ، لا يلزم من نسخ حكم الأصل نسخ الفرع ، بل يجوز بقاء حكم الفرع ، مع نسخ حكم أصله ؛ لأن دليل حكم الفرع مغاير لدليل حكم الأصل ، والحكمان متغايران أيضاً ، ونسخ أحد الحكمين المتغايرين لا يوجب نسخ الحكم الآخر .

وأجيب : بأن الدليلين وإن كانا متغايرين ، لكن دليل حكم الفرع تابع لحكم الأصل ، ورفع المتبوع يوجب رفع التابع .

وقال جمهور الأصوليين واختاره صاحب مسلم الثبوت الحنفي : إذا نسخ حكم الأصل في القياس ، فلا يبقى حكم الفرع ، وإنما ينسخ تبعاً له ؛ لأن حكم الفرع ثبت بعلّة حكم الأصل ، فإذا نسخ الأصل زال اعتبار علته ، ومتى زال اعتبار العلة ، زال معها الحكم الثابت بها ، أي أن نسخ حكم الأصل إلغاء للعلة ، وإلغاؤها يؤدي إلى زوال أو رفع حكم الفرع الذي ثبت بناء عليها ، فإن لم يرتفع بقي من غير دليل ^(١) .

مثاله : ثبت في السنة أن الجماع في نهار رمضان يوجب الكفارة ، فإذا كانت العلة هي انتهاك حرمة الشهر ، وألحق الأكل عمداً في النهار بالجماع ، لوجود العلة فيه ، فإذا نسخ وجوب الكفارة في الجماع ، زال وجوب الكفارة في الأكل تبعاً لذلك ؛ لأن العلة وهي الانتهاك زال اعتبارها برفع حكم الأصل الذي بني عليها .

وإذا قيل : لا تعط زيداً ؛ لأنه سكّير ، وقيس عليه عمرو ؛ لأنه سكّير ، ثم نسخ الأمر هذا الحكم عن زيد ، فيزول عن عمرو تبعاً له .

(٢) رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله ، والنسائي نحوه وأنكره ، ورواه أبو يعلى عن محمد بن حاطب أو الحارث (جمع الفوائد ٧٦٠/١ وما بعدها ، مجمع الزوائد ٢٧٧/٦) .

المطلب السادس - طريق معرفة النسخ :

إذا وجد في الشريعة نصان متعارضان ، حكم بأن أحدهما وهو المتأخر ناسخ والمتقدم منسوخ ، إذ لا تناقض في الشريعة . ولا يعرف الناسخ من المنسوخ إلا بمعرفة تقدم أحدهما في النزول لا التلاوة ؛ (لأن ترتيب السور ليس بحسب النزول) وتأخر الآخر ، وتلك المعرفة لا تتم إلا بالنقل من نص أو إجماع ، أو قول من الراوي ونحوها مما يأتي .

وقد ذكر الأصوليون ستة طرق لمعرفة النسخ وهي ما يأتي^(١) :

١ - التصريح في النص القرآني بما يدل على النسخ : كقوله تعالى : ﴿الآن خفف الله عنكم﴾ فإنه يقتضي نسخه لثبات الواحد للعشرة . ومثل قوله تعالى : ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات﴾ فإنه ناسخ للأمر بالصدقة قبل مناجاة الرسول عليه الصلاة والسلام .

٢ - تصريح النبي ﷺ بالنسخ : كأن يقول : هذا ناسخ لهذا ، أو ما في معناه ، كقوله : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها » فهذا يفيد أن النهي عن الزيارة متقدم عن الأمر بها ، فيكون الأمر ناسخاً للنهي المتقدم .

٣ - فعله عليه الصلاة والسلام ، كرجه لما عز ، ولم يجلبه ، فإنه ناسخ لقوله : « الثيب بالثيب جلد مئة ورجم بالحجارة » . ومن نفى كون الفعل ناسخاً للقول قال : الناسخ قول آخر ، والفعل مبين كذلك .

٤ - إجماع الصحابة على أن هذا ناسخ ، وذاك منسوخ ، كنسخ صوم عاشوراء بصوم رمضان ، ونسخ الحقوق المتعلقة بالمال بفرضية الزكاة .

(١) المستصفى ٨٣/١ ، شرح الإسنوي ٣٣٤/٢ ، المعتمد ٤٤٩/١ وما بعدها ، الإحكام للآمدي

١٩٩/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠٠ ، إرشاد الفحول ١٧٣ ، أصول الفقه للخضري ٢٦٤

٥ - نقل الراوي من الصحابة بأن أحد الحكمين متقدم ، وتأخر الآخر ، إذ لا مدخل للاجتهاد فيه ، كقوله : نزلت آية كذا بعد آية كذا ، والحديث الفلاني في غزوة بدر والحديث الآخر في غزوة أحد .

أو يقول : كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ كذا ، كقول جابر رضي الله عنه : « كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار »^(١) ، فإنه يفيد أن الأمر بالوضوء مما مست النار متقدم على ترك الوضوء منه ، فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم .

٦ - كون أحد الحكمين شرعياً ، والآخر موافقاً للعادة السابقة ، فيكون الحكم الشرعي ناسخاً للعادة .

والخلاصة : إن طريق معرفة كون الحكم منسوخاً أمران : لفظ النسخ ، والآخر التاريخ مع التعارض .
وليس من طرق النسخ ما يأتي^(٢) :

١ - لا يثبت النسخ عند الشافعية بقول الصحابي : كان الحكم كذا ، ثم نسخ ، لاحتمال أن يكون قوله صادراً عن اجتهاد منه ، لا عن نص . وخالف الحنفية في هذا ، فجعلوه من أدلة النسخ ؛ لأن الصحابي عدل ، فقوله مشعر بأنه صادر عن توقيف وسماع من الرسول ﷺ ، فيقبل . ورجح الحضري الرأي الأول .

٢ - أن يكون أحد النصين مثبتاً في المصحف بعد الآخر ؛ لأن السور والآيات ليست مرتبة بحسب تاريخ النزول .

٣ - أن يكون راوي النص من أحداث الصحابة ، فحداثة الصحابي وتأخر

(١) رواه أبو داود والنسائي عن جابر (نيل الأوطار ٢٠٩/١) .

(٢) المستصفي ، الأمدي ، المكان السابق .

إسلامه ، ليست من دلائل النسخ ؛ لأنه قد ينقل الصبي عن تقدمت صحبته ، وقد ينقل الأكبر عن الأصغر ، وبعبكسه .

٤ - أن يكون الراوي أسلم متأخراً في عام الفتح (فتح مكة) مثلاً ، ولم يقل : إني سمعت عام الفتح ، لأنه ربما سمع الحديث قبل إسلامه ، ثم رواه بعد إسلامه أو سمعه ممن سبقه في الإسلام .

٥ - تقدم الصحبة أو تأخرها ليست دليلاً على سبق النص أو تأخره . فإذا كان راوي أحد النصين قد انقطعت صحبته ، فربما يظن أن حديثه مقدم على حديث من بقيت صحبته . وليس من ضرورة من تأخرت صحبته أن يكون حديثه متأخراً عن وقت انقطاع صحبة غيره .

٦ - أن يكون أحد النصين متفقاً مع مقتضى البراءة الأصلية ، فلا يلزم كونه متقدماً على غيره ، إذ يحتمل أنه أبيع ثم نسخ .

المطلب السابع - زمن النسخ أو تاريخه :

لا يقع النسخ إلا في حال حياة النبي ﷺ ، إذ أن النسخ لا يكون إلا من طريق الشرع ، والشرع لا يعرف إلا بالوحي ، والوحي في حال حياة النبي ، أما بعد وفاته ، فلا نسخ لشيء من الأحكام ، إذ لا وحي ولا شرع^(١) .

وينبغي على ذلك أن جميع الأحكام التي استقر العمل عليها في زمن النبي ﷺ ، ولم يرد عنه ما ينسخها ، تكون محكمة بعد وفاته ، ولا تحتل النسخ والإبطال أو التبديل ، لقوله تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ .

(١) كشف الأسرار ٨٩٥/٢ ، أصول الفقه للأستاذ زكي الدين شعبان ٣١٩

ويجب على المسلم اتباع تلك الأحكام على النحو المشروع ؛ لأن النبي ﷺ خاتم النبيين ، ولا نبي بعده ، بدليل قوله تعالى : ﴿ ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ﴾ وشريعة الإسلام خاتمة الشرائع السماوية ، فلا تحتمل النسخ أو التغيير ، وتظل هي صوت الحق الإلهي لكل البشرية إلى يوم القيامة : ﴿ قل أي شيء أكبر شهادة قل الله شهيد بيني وبينكم وأوحى إلي هذا القرآن لأنذركم به ومن بلغ ... ﴾ .

لا يثبت حكم الناسخ إلا بعد تبليغه للأمة :

اتفق الأصوليون على أن حكم النسخ لا يثبت قبل أن يبلغه جبريل عليه السلام إلى النبي ﷺ .

وكذلك لا يثبت حكم النسخ المبلغ للنبي في حق أمته إلا بعد تبليغه للأمة ، فتظل مكلفة بالعمل بالحكم السابق ، حتى يبلغها الناسخ . وهذا هو المنطقي ، وهو مذهب الجمهور (الحنفية والحنابلة والمالكية) ؛ لأنه لو ثبت النسخ قبل التبليغ ، لكان الشيء واجباً حراماً في وقت واحد ؛ لأن حكم الناسخ مثلاً تحريم العمل بالأول ، فيكون حراماً ، والحال أنه في الماضي واجب ، فلو ترك العمل بالمنسوخ وهو غير معتقد نسخه ، أثم قطعاً ، ولو ثبت لديه النسخ لما أثم بالعمل به . واختار هذا الرأي الأمدي من الشافعية .

وقال الشافعية : يثبت النسخ قبل التبليغ . والحق أنه لا خلاف في الواقع بينهم وبين الجمهور ؛ لأنهم إنما أرادوا ثبوت النسخ في ذاته ، لا بالنسبة للمكلف ، إذ كيف يكلف إنسان بشيء لم يبلغ إليه ، ولا طريق للعلم به ، وهو نوع من التكليف بالمحال^(١) .

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي ١٣٣ ، الإحكام للآمدي ١٩٢/٢ وما بعدها ، مختصر ابن الحاجب ١٧٢ ، أصول الفقه للخضري ٢٦١

الباب الخامس

تعلييل النصوص

تعلييل النصوص :

هناك خلاف في هذا الموضوع بين علماء الكلام من جهة ، وخلاف بين فقهاء الاجتهاد من جهة أخرى ، أئين الأول يا جمال ، والثاني بتفصيل .

أولاً - مذاهب المتكلمين في تعليل أفعال الله ومنها أحكامه :

العلة المختلف فيها في علم الكلام : هي العلة الغائية المترتبة على تشريع الحكم التي يعبر عنها بمقصد الشارع من التشريع ، وقد انتهى خلافهم إلى اعتراف الجميع بترتب تلك المصالح على التشريع ، وانحصر خلافهم في أن هذه المصالح باعثة للشارع على شرع الأحكام أو غير باعثة ، فالأشاعرة نفوا كونها باعثة ، وإنما الأحكام معللة بالمصالح تفضلاً وإحساناً ، ولا يجب على الله شيء .

والمعتزلة : أثبتوا كونها باعثة ، وأنه يجب تعليل أفعال الله وأحكامه عملاً بمبدئهم : وهو وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله تعالى .

والماتريدية ويعبر عنهم بالفقهاء : أثبتوا كونها باعثة ، لا على سبيل الإيجاب ، وإنما على معنى أن هذه المصالح هي التي لأجلها كان التشريع ، ولولاها لم يكن ، فهو سبحانه قصد تحصيل مصالح العباد بما شرع على سبيل التفضل والإحسان ، وأفعال الله كلها معللة بالمصالح ظهر لنا بعضها ، وخفي علينا بعضها الآخر ، ولكن لا على سبيل الوجوب كما تقول المعتزلة ، وهو أعدل الأقوال ، وأبعدها عن المغالاة^(١) ، وكل هؤلاء الفرقاء متفقون على القول بعللة القياس ، وهو محل الخلاف الآخر .

(١) راجع تعليل الأحكام للأستاذ محمد مصطفى شلي : ٩٧ وما بعدها ، ١٢٦

ثانياً - مذاهب الأصوليين في تعليل النصوص :

الخلاف محصور هنا في العلة التي هي أساس القياس بمعنى الوصف المعروف للحكم الذي هو مظنة الحكمة ، والذي إذا شرع الحكم عنده يترتب عليه مصلحة مقصودة ، أو أن العلة كما عرفنا هي المعنى الذي تعلق به حكم النص^(١) ، علماً بأن مذهب الجماهير هو أن أحكام الله تعالى مبنية على مراعاة الحكم ومصالح العباد ، وقد اختلف الأصوليون في أنه هل الأصل في النصوص التعليل أو التبعد ؟ على أربعة مذاهب^(٢) :

الأول - لبعض الأصوليين وهم الظاهرية :

الأصل عدم التعليل حتى يقوم دليل التعليل ؛ لأن النص موجب للحكم بصيغته لا بعلته ، إذ أن العلة الشرعية ليست من مدلولات النص ، وبالتعليل ينتقل الحكم من الصيغة إلى العلة أو معنى الحكم ، كالاتقال من الحقيقة إلى المجاز وذلك لا يكون إلا بدليل ، فقتضى الحديث : « الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، والفضل ربا » دل على حرمة ربا الفضل في بيع الحنطة بالحنطة ، وبالتعليل يصير حكمه - في رأي الحنفية مثلاً - بيع المكيل بالمكيل في الجنس ، سواء أكان حنطة أو غيرها .

الثاني - لبعض آخر من الأصوليين بعكس الرأي الأول :

وهو أن الأصل في النصوص التعليل بكل وصف صالح لإضافة الحكم إليه ، حتى يوجد مانع ؛ لأن الأدلة الشرعية دلت على حجية القياس ، من غير تفرقة

(١) كشف الأسرار ١٠١٣/٢

(٢) كشف الأسرار ١٠١٢/٢ - ١٠٢١ ، التلويح على التوضيح ٦٤/٢ - ٦٧ ، فواتح الرحموت ٢٩٢/٢

وما بعدها ، أصول السرخسي ١٤٤/٢ وما بعدها ، شرح العبد المختصر المنتهى ٢٣٨/٢ الموافقات

بين نص ونص ، فيكون التعليل هو الأصل ، إذ لا يتأتى القياس إلا بمعرفة المعنى الذي صلح علة من النص .

ولما صار التعليل أصلاً ، ولا يمكن التعليل بجميع الأوصاف ، لتأديه إلى انسداد باب القياس ومنعه ، ولا التعليل ببعض الأوصاف دون بعض ، للجهالة وعدم جواز ترجيح الشيء بلا مرجح ، صارت الأوصاف كلها صالحة للتعليل بها ، أي صار كل وصف صالحاً للتعليل به ، إلا إذا وجد مانع كخالفه نص أو إجماع أو معارضة أوصاف .

وذلك مثل رواية الحديث : فإن الحديث لما كان حجة ، والعمل به واجباً ، لا يثبت الحديث إلا بنقل الرواة ، واجتماع الرواة على رواية كل حديث متعذر ، فصارت رواية كل عدل حجة لا تترك إلا بمانع كخالفه دليل قطعي من نص أو إجماع أو ظهور فسق الراوي .

الثالث - لجمهور الأصوليين منهم الشافعية وبعض الحنفية :

الأصل في النصوص التعليل بوصف أو كونها معللة ، لكن لا بد من دليل يميز الوصف الذي هو علة من بين سائر الأوصاف في كونه متعلق الحكم .

ودليلهم : أنه لا يمكن التعليل بجميع الأوصاف ، كما بينت في الرأي الثاني ، ولا بكل واحد منها ؛ لأن بعض الأوصاف قاصر يؤدي إلى منع القياس ، وبعضها متعدي يوجب التعدية إلى الفرع ، فوجب التعليل ببعض .

وأيضاً أجمع الصحابة على أن علة الحكم هو البعض بدليل اختلافهم في الفروع ، لاختلافهم في العلة ، فلا بد له من مميز ، أي دليل يوجب التمييز ؛ لأن التعليل بالمجهول باطل ، والواحد من جملة الأوصاف هو المتيقن ، فيحتاج إلى تمييزه وبيانته .

الرابع - مختار الحنفية :

وهو أن الأصل في النصوص التعليل إلا لمانع كالنصوص الواردة في المقدرات من العبادات والعقوبات ، ولكن كما قال الجمهور لا بد من دليل يميز الوصف المؤثر من بين سائر الأوصاف ، ولا بد أيضاً قبل الشروع في التعليل وتمييز الوصف المؤثر من إقامة الدليل على أن النص الذي يراد استخراج علة معلل في الجملة وليس بمقتصر على مورده ، بل يمكن تعديته ، أي نقل حكمه إلى غيره ، كالحكم الثابت (تقض الوضوء) بالخارج من السبيلين ، تعدى إلى مثقوب السرة ، بالإجماع ، فيجوز تعليله بعدئذ بوصف قام الدليل على كونه علة ؛ لأن الأصل في النصوص وإن كان هو التعليل ، إلا أننا قد وجدنا من النصوص ما هو غير معلل بالاتفاق ، واحتمل أن يكون هذا النص المعين من تلك الجملة ، فلا يصح التسك بذلك الأصل وإلزام الغير به مع وجود هذا الاحتمال ؛ لأن ظاهر الحال (وهو كون النصوص معللة) يصلح حجة للدفع لا للإلزام ، كالأستصحاب تماماً ، فإنه لما كان ثابتاً بطريق الظاهر ، صلح حجة دافعة ، لا ملزمة ، حتى إن حياة المفقود لما كانت ثابتة بطريق الاستصحاب تجعل حجة لدفع الاستحقاق (أي استحقاق توزيع تركته) ، فلا يورث ماله ، ولا يصلح سبباً للاستحقاق ، فلو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال الموت .

مثال ذلك : أن تحريم ربا الفضل المقرر في حديث « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ... يبدأ بيد » لا يكفي فيه القول بأن الأصل في النصوص التعليل ، وإنما لا بد من إقامة الدليل على كون الأصل معللاً ، والدليل على التعليل : اشتمال النص على حكم هو تعيين البدلين الربويين لتحقيق الماثلة أو المساواة بينها ، المأخوذ من قوله ﷺ « يبدأ بيد » إذ المراد منه التعيين ، فإن اليد آلة التعيين كالإحضار والإشارة ، كما أن النص اشتمل على حكم آخر هو وجوب الماثلة بقوله عليه السلام : « مثلاً بمثل » .

وقد عرفنا كون هذا النص معللاً من طريق تعدي العلة إلى الفرع ، أي وجود هذا المعنى وهو التعيين في غير هذا الأصل ، فقد اشترط تعيين أحد البدلين في كل بيع عادي ، احترازاً عن بيع الدين بالدين ، فإنه عليه الصلاة والسلام : « نهى عن بيع الكالئ بالكالئ »^(١) ؛ لأن للنقد (المدفوع حالاً) مزية على النسيئة (المدفوع في المستقبل) أو لأن العين خير من الدين ، وإن كان البيع حالاً ، حتى لا يقع العاقدان في شبهة الفضل (أي الزيادة) الذي هو ربا ، فلا يجوز بيع حنطة بعينها بشعير بغير عينه ، ولا بيع الدين بالدين الذي هو نسيئة بنسيئة من باب الربا ، لقوله عليه السلام : « إنما الربا في النسيئة »^(٢) .

كذلك اشترط الشافعي التقابض في المجلس (مجلس العقد) في بيع الطعام بالطعام عند اتحاد الجنس وعند اختلافه ، ليحصل التعيين المطلوب ، وشرط التعيين بالاتفاق في بدلي الصرف عند اتحاد الجنس واختلافه ، ليحصل التعيين ، ووجب تعيين رأس مال السلم عن طريق إيجاب القبض في المجلس ؛ لأن المسلم فيه يكون ديناً دائماً ، ورأس المال في الأغلب هو الدراهم والدنانير ، وهي لا تتعين إلا بالقبض فشرط القبض في رأس مال السلم ليحصل به التعيين كيلا يتفرق العاقدان عن دين بدين ، فثبت بما ذكر أن حكم التعيين المفهوم من حديث الربا ، قد تعدى (انتقل) إلى الفروع ، إذ لا معنى للتعدي إلا وجود حكم النص في غير المنصوص عليه وعدم اقتضاره عليه .

وإذ ثبت التعدي (أي وجود العلة في غير المحل المنصوص عليه) في حكم التعيين ، ثبت أن النص وهو حديث الربا معلل ، فلا يتعدى حكم الأصل إلى الفرع ، بلا تعليل الأصل بالاتفاق . وإذ ثبت وجوب تعدي حكم التعيين ، ثبت وجوب تعدي الماثلة إلى سائر الموزونات ؛ لأن القصد من اشتراط التعيين والماثلة

(١) رواه الدارقطني عن ابن عمر ، والطبراني عن رافع بن خديج ، وهو ضعيف .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أسامة بن زيد .

في البدلين الربويين هو تحقيق المساواة بين العاقلين ، تفادياً للوقوع في الربا ، بل إن ربا الفضل أسرع ثبوتاً من ربا النسيئة ؛ لأن الفضل يشتمل على حقيقة الفضل ، أي الزيادة ، و ربا النسيئة يعتمد على شبهة الفضل ، والحقيقة أولى بالثبوت من الشبهة .

منهج التعليل في القرآن والسنة :

شرع الله أحكامه لمقاصد عظيمة جلبت للناس مصالحهم ودفعت عنهم المفاسد ، وأبان سبحانه ما في الأفعال من مفسد حثاً على اجتنائها ، وما في بعضها من المصالح ترغيباً في إتقانها ، وفي هذا رد على طائفتين : الذين أنكروا التعليل من أساسه ، والذين اعترفوا به ، ولكنهم قصروه على الأوصاف الظاهرة .
وقد تنوعت أساليب التعليل في القرآن الكريم ^(١) ، حتى لا تسأم النفوس من سماعه :

أ - فتراه أحياناً يذكر وصفاً مرتباً عليه حكماً ، فيفهم السامع أن هذا الحكم يدور مع ذلك الوصف أينما وجد ، مثل ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، جزاءً بما كسبا ، نكالاً من الله ﴾ ، ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ، ﴿ وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ ، ﴿ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ﴾ .

ب - وأحياناً يذكر الحكم بسببه : ﴿ أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ﴾ ، ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ﴾ ، ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ ، ومرة يأمر بشيء ويردفه

(١) تعليل الأحكام ، للأستاذ شلبي ١٤ - ٢١

بوصفه بأنه أظهر وأزكى : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم ﴾ ، ﴿ وإذا سألتوهن متاعاً فاسألوهن متاعاً من وراء حجاب ذلك أظهر لقلوبكم وقلوبهن ﴾ ، ﴿ وإذا قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم ﴾ ، ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلك خير لكم لعلكم تذكرون ﴾ .

ج - وحيناً يذكر الحكم معللاً إياه بحرف من حروف التعليل : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلاً يكون دولة بين الأغنياء منكم ﴾ ، ﴿ فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها كيلاً يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم ﴾ ، ﴿ وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم ﴾ ، ﴿ ولا تطع كل حلاف مهين ، هـامز مشاء بنميم ، مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم ، أن كان ذا مال وبنين ﴾ .

د - وفي كثير من المواضع يأمر القرآن الكريم بالشيء ، مبيناً مصالحه ، أو يحرم الشيء مبيناً مفسده المترتبة على فعله : ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ﴾ ، ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ ، ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون ﴾ .

كذلك السنة النبوية التي مهمتها بيان أحكام القرآن : ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ جاءت بتعليلات كثيرة في توضيح القرآن ، وبيان العلل والأسباب التي أدت إلى التشريع ، وتقريب الأحكام إلى الأذهان مما يؤدي إلى مسارعة الناس إلى الامتثال^(١) .

(١) تعليل الأحكام ، المرجع السابق ٢٢ - ٢٤

آ - ففي العبادات : بيان جلي لأهدافها وأنه يطلب فيها التزام الحكمة والاعتدال والتخفيف والتيسير في أدائها ، فيقول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو الذي كان يبالغ في عبادته ، فيصوم نهاره ، ويقوم ليله : « ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار ؟ قلت : إني أفعل ذلك قال : إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك ، ونفّيت نفسك ، وإن لنفسك عليك حقاً ، ولأهلك عليك حقاً ، فصم وأفطر ، وقم ونم » ^(١) .

وقال ﷺ لمعاذ الذي أطال في صلاته : « أيها الناس إنكم منفرون ! فمن صلى بالناس فليخفف ، فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة » ^(٢) .

وقال عليه الصلاة والسلام للصحابة حينما امتنع عن إمامتهم لصلاة التراويح في الليلة الثالثة : « قد رأيت الذي صنعتم ، فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن يفرض عليكم » ^(٣) .

وفي الوصية : بين ﷺ مقدارها المشروع لسعد بن أبي وقاص الذي هم بالإيصاء بثلاثي ماله ، إذ كان ذا مال ، ولا يرثه إلا ابنته : « الثلث ، والثلث كثير ، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ، وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها ، حتى ما تجعل في في امرأتك » ^(٤) .

وفي الصدقة : قال النبي ﷺ لرجل أتى بمثل البيضة من الذهب ليتصدق

(١) رواه البخاري ، وهجعت : غارت وضعف بصرها لكثرة السهر ، ونفّيت : كلت وأعيت .

(٢) رواه البخاري عن معاذ .

(٣) رواه أبو داود في السنن عن عائشة ، وزاد الطحاوي : « ولو كتب عليكم ما قمتم به ، فصلوا أيها الناس في بيوتكم ، فإن أفضل صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة » .

(٤) رواه مالك في الموطأ عن سعد .

بها : « ينطلق أحدهم ، فينخلع من ماله ، ثم يصير عيالاً على الناس » ^(١) .

وفي الاستئذان لدخول البيوت أوضح النبي ﷺ الحكمة أو العلة منه ، والصواب في فهم الحكم ، فقال لمن اطلع من ثقب في حجرة النبي : « إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » ^(٢) .

وبين النبي ﷺ الفرق بين اللقطة وضالة الإبل لمن ظن التسوية بينهما ، فقال عن اللقطة : « عَرِّف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، ثم استمع بها ، فإن جاء ربها ، فأدها إليه » ونهى عن أخذ ضالة الإبل ، مبيناً أن لا حاجة إليه ، لأنه لا يخاف عليها ضياع أو هلاك ، ما دامت قادرة على السير إلى المرعى والماء ، فهي في غنى عن يحفظها ، فقال عن ضالة الإبل : « مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ، ترد الماء وترعى الشجر ، فذرهما حتى يلتقاها ربها » أي صاحبها .

قال : فضالة الغنم ؟ قال : « لك أو لأخيك أو للذئب » ^(٣) ، فقد أباح له أخذ ضالة الغنم من غير حتم ، إذ جعل له الخيار بين الأمور الثلاثة ، ليحفظها لصاحبها ، ومنعه من أخذ ضالة الإبل .

وفي الحيض : أبان النبي ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش التي ينزل عنها الدم من غير انقطاع الفرق بين النزيف والحيض فقال : « إنما ذلك عِرْق ، وليس بالحيضة » ^(٤) ، فتكون طاهرة تصلي في الحالة الأولى دون حالة الحيض .

(١) رواه ابن حزم في المحلى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) رواه البخاري .

(٣) رواه البخاري عن زيد بن خالد الجهني ، وفسر الطحاوي المراد بالحديث بقوله : أي لك أن تأخذها ، فتكون في يديك لأخيك ، أو تخليها فيأخذها الذئب فيأكلها ، أو يجدها ربها فيأخذها (شرح معاني الآثار ٢٧٥/٢) .

(٤) رواه البخاري .

وأجاب النبي ﷺ عن سؤاله عن طهارته وعلة الطهارة وقال : « إنها ليست بنجس ، إنها من الطوافين عليكم والطوافات »^(١) .

وفي شأن تطيب المَحْرَم إذا مات ، قال ﷺ لأصحابه في الرجل الذي وقصته دابته وهو محرم ، فمات : « لا تَقْرُبوه طيباً ، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً »^(٢) ، فقد بين العلة في اجتناب الطيب ، وهو أنه يبعث ملبياً في حالة إحرام .

وقال عليه الصلاة والسلام لمن سأله عن الوضوء بنيذ التمر : « ثمرة طيبة ، وماء طهور »^(٣) ، يعني أنه لم يحدث ما يغير أصل الماء ، فبقي على طهوريته .

وأوضح النبي ﷺ علة النهي عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث ، فقال : « إنما كنت نهيتكم للدافة التي دفت ، فكلوا وتصدقوا وتزودوا » أو « إنما فعلت ذلك من أجل الدافة »^(٤) .

ب - وكثيراً ما يذكر النبي ﷺ الحكم معللاً إياه بما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية .

مثل حديث ابن مسعود : « يا معشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم »^(٥) . فسبب إباحة الزواج حفظ البصر والفرج الذي أمر الله بحفظهما في غير آية .

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) والبيهقي والطحاوي عن كبشة بنت كعب بن مالك زوجة ابن أبي قتادة (نيل الأوطار ٢٥/١) .

(٢) رواه البخاري ومسلم .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن مسعود (جامع الأصول ٢١/٨) .

(٤) الرواية الأولى للطحاوي ، والثانية لمسلم ، ورواه أيضاً أصحاب السنن عن عائشة رضي الله عنها .

(٥) رواه البخاري .

ومثل حديث النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، قال ﷺ : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم^(١) » ، ومثله حديث النهي عن البيع على البيع والخطبة على الخطبة ، والعلة هي إيذاء الأول .

وبين النبي ﷺ علة النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس أو غروبها بأن الشمس تطلع وتغرب بين قرني الشيطان^(٢) .

وحض ﷺ على رؤية الخاطب خطيبته فقال : « انظر إليها ، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما^(٣) » ، أي أجدر وأولى وأنسب .

ج - وقد يقدم النبي دفع المفسدة على جلب المصلحة موازناً بينهما ، مثل حديث : « لولا أن قومك حديثو عهدٍ بشرک ، لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم^(٤) » .

ومثل : « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ، ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة^(٥) » ، فبين أن سبب المنع الوقوع في المشقة .

وكذلك ما رواه مسلم وأحمد عن جابر رضي الله عنه في قصة الرجل الذي قال لرسول ﷺ : « اعدل ، فقال له عمر : دعني يا رسول الله أقتل هذا المنافق » ، فقال : « معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي » ففسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

(١) رواه ابن عدي ، وفي رواية ابن حبان : « إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن » (نيل الأوطار ١٤٧/٦) .

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه عن أنس ، والمراد أن الشمس مقترنة بالشياطين ومحاطة بهم ، ينتظرون من يسجدون لها عند الطلوع وعند الغروب (نيل الأوطار ٣٠٧/١) .

(٣) رواه الطحاوي عن بكر بن عبد الله المزني في قصة إرادة المغيرة بن شعبه أن يتزوج امرأة .

(٤) رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٥) أخرجه الترمذي عن زيد بن خالد ، ورواه أبو داود بلفظ آخر .

ومثاله أيضاً ما أخرجه الطبراني^(١) من حديث عبادة بن الصامت : « لما نزلت آية الرجم ، قال النبي ﷺ : إن الله جعل لمن سبيلاً ... » الحديث .

فقال أناس لسعد بن عبادة : يا أبا ثابت ، قد نزلت الحدود ، أرأيت لو وجدت مع امرأتك رجلاً كيف كنت صانعاً ؟ قال : كنت ضاربه بالسيف ، حتى يسكتا ، فأنا أذهب وأجمع أربعة شهداء !! فيألى ذلك قد قضى الخائب حاجته ، فأنطلق وأقول : رأيت فلاناً ، فيجلدونى ولا يقبلون لى شهادة أبداً ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « كفى بالسيف شاهداً ثم قال : لولا أنى أخاف أن يتتابع فيها السكران والغيران^(٢) ! » فلم يصرح النبي بإباحة القتل ، بل نهى عنه فى رواية أخرى ، خوفاً من اختلاط الأمر ، وكثرة القتل بحق وبغير حق .

وقد يعارض أصحاب رسول الله ﷺ أمره الدينوي بما يترتب عليه من ضرر يلحق المسلمين بسببه ، فيقرهم على ذلك ، روى أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبي ﷺ بعث أبا بكر ينادى : من قال : لا إله إلا الله ، دخل الجنة فوجده عمر ، فردّه ، وقال : إذن يتكلوا » وأقره الرسول على ذلك ، ولم ينكر عليه لما وجد المصلحة فيما قال .

ومن أدلة رعاية الشريعة طريق جلب المصالح ودفع الحاجات :

تقرير بعض الاستثناءات من الأحكام العامة .

منها ما ورد بشأن الحرمين الشريفين : مكة والمدينة ، قال أبو هريرة : (لما فتح الله تعالى على رسول الله ﷺ مكة ، قام ﷺ ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : إن الله حبس عن مكة الفيل ، وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنما

(١) فتح الباري ١٢/١٥٤ .

(٢) رواه أبو داود عن أبي هريرة .

أحلت لي ساعة من النهار ، ثم هي حرام إلى يوم القيامة ، لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ، ولا تحل لقطتها ، إلا لمنشد) ، فقام العباس وقال : يا رسول الله ، إلا الإذخر ، فإنه لقبورنا وبيوتنا ، فقال رسول الله : « إلا الإذخر »^(١) .

وفي شأن المدينة : قال النبي ﷺ : « المدينة حرام ما بين عائر إلى ثور ، لا يحتل خلاها ، ولا ينفر صيدها ، ولا يصلح أن يقطع منها شجرة إلا أن يعلف رجل بعيره^(٢) ، فقد استثنى الأحشاش عند الحاجة منعاً للضرر ، بسبب كثرة أشجار وزرع المدينة بخلاف مكة .

والخلاصة : إن السنة ملأى بالتعليل كالقرآن ، مما يرد على منكريه كالظاهرية ، وعلى من قصره على الأوصاف الظاهرة المنضبطة دون الحكم والمصالح ، فالتعليل هو الظاهرة العامة في أحكام الشرع ، مما يدل على أن الأحكام الشرعية لا تؤخذ فقط من ظواهر النصوص ، وإنما مما انطوت عليه أيضاً من معان وأوصاف تقتضي القياس عليها .

أما تبدل الأحكام بتبدل المصالح ، فهذا متروك للرسول ﷺ باعتباره إمام المسلمين ، ولن يأتي بعده من الحكم .

☆☆☆☆

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن ابن عباس ، وعن أبي هريرة (نيل الأوطار ٢٤/٥) .

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن علي رضي الله عنه ، ورواه أحمد وأبو داود عن علي أيضاً (نيل الأوطار ٣٠/٥) .

الباب السادس

مقاصد الشريعة العامة

مقاصد الشريعة :

تعريفها وأهميتها ، ابتناء الشريعة على المصلحة ، شروط اعتبار المقاصد ، أنواعها باعتبار آثارها في المجتمع ، مكلاتها ، ترتيبها ، أنواع المصالح بحسب الحاجة إليها ، أنواع المصالح بحسب تعلقها بالجماعة أو بالفرد .

أولاً - تعريف مقاصد الشريعة وبيان أهميتها وابتناء الشريعة على المصلحة :

مقاصد الشريعة : هي المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها ، أو هي الغاية من الشريعة ، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها ، ومعرفتها أمر ضروري على الدوام ولكل الناس ، للمجتهد عند استنباط الأحكام وفهم النصوص ، ولغير المجتهد للتعرف على أسرار التشريع ، فإذا أراد المجتهد معرفة حكم واقعة من الوقائع احتاج إلى فهم النصوص لتطبيقها على الوقائع ، وإذا أراد التوفيق بين الأدلة المتعارضة استعان بمقصد التشريع ، وإن دعت الحاجة إلى بيان حكم الله في مسألة مستجدة عن طريق القياس أو الاستصلاح أو الاستحسان ونحوها ، تحرى بكل دقة أهداف الشريعة .

وقد ثبت أن الشريعة موضوعة لتحقيق مصالح الناس عاجلاً أم آجلاً ، إما بجلب النفع لهم . أو لدفع الضرر والفساد عنهم ، كما دل عليه الاستقرار وتتبع مراد الأحكام^(١) ، وأرشدت إليه النصوص الشرعية من حيث المبدأ ، مثل قوله تعالى : ﴿ رسلا مبشرين ومنذرين ، لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ ، وقوله سبحانه : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ .

(١) الموافقات للشاطبي ٦/٢ رسلاً مبشرين

وأكدته تفاصيل الأحكام الجزئية ، ففي الوضوء ، قال تعالى : ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج ، ولكن يريد ليطهركم ، وليتم نعمته عليكم ﴾ ، وفي الصيام قال : ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم ، لعلكم تتقون ﴾ ، وفي الصلاة قال عز وجل : ﴿ إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾ وفي القبلة : ﴿ فولوا وجوهكم شطره ، لئلا يكون للناس عليكم حجة ﴾ وفي الجهاد : ﴿ أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ﴾ .

وفي القصاص : ﴿ ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب ﴾ وفي التقرير على التوحيد : ﴿ ألسنت بربكم ؟ قالوا : بلى شهدنا ، أن تقولوا يوم القيامة : إنا كنا عن هذا غافلين ﴾ .

والبيع أبيح لتحقيق نفع العباد وقضاء حوائجهم ودفع الحرج عنهم ، والقضاء عند الغضب نهى عنه لما فيه من مفسدة وهي تشويش الفكر ، والزنى قبيح محرم لما فيه من مفسدة اختلاط الأنساب وإيقاع العداوة والبغضاء بين الناس .

وهكذا يوجد مع كل حكم أمور ثلاثة : الوصف الظاهر المنضبط كالبيع والغضب والزنى وهو العلة ، وما في الفعل من نفع أو ضرر ويعبر عنه بالمصالح والمفاسد أو حكمة التشريع ، وما يترتب على التشريع من جلب منفعة أو دفع مضرة ويسمى مقصد التشريع ، وهذه سمة ملازمة لكل أحكام الشرع ، فما من حكم إلا وقد قرر لرعاية مصلحة أو درء مفسدة ، وإخلاء العالم من الشرور والآثام ، مما يدل على أن الشريعة تستهدف تحقيق مقصد عام ، ألا وهو إسعاد الفرد والجماعة وحفظ النظام وتعمير الدنيا بكل ما يوصل البشرية إلى أوج مدارج الكمال والخير والمدنية ، فالتشريع كله جلب مصالح ، فما طلبه الشرع محقق للمصلحة إما عاجلاً أو آجلاً ، والمنهيات كلها مشتملة على المفاسد والمضار .

ثانياً - شروط اعتبار المقاصد :

يشترط لاعتبار المقاصد أن يكون المقصد ثابتاً ظاهراً منضبطاً مطرداً^(١) .
والمراد بالثبوت : أن تكون تلك المعاني مجزوماً بتحقيقها أو مظنوناً ظناً قريباً من
الجزم .

والمراد بالظهور : الاتضاح بحيث لا يختلف الفقهاء في تشخيص المعنى ، مثل
حفظ النسب الذي هو المقصد من تشريع الزواج ، فهو معنى ظاهر ، لا يلتبس
بشيء له وهو الذي يحصل بالخدانة أو إلصاق المرأة حملها برجل معين ممن
ضاجعوها .

والمراد بالانضباط : أن يكون للمعنى قدر أو حد غير مشكوك فيه بحيث
لا يتجاوزه ولا يقصر عنه ، مثل حفظ العقل الذي هو المقصد من تحريم الخمر
ومشروعية الحد بسبب الإسكار الذي يخرج به العاقل عن تصرفات العقلاء .
والمقصود بالاطراد : ألا يكون المعنى مختلفاً باختلاف الأزمان والأماكن ، مثل
وصف الإسلام والقدرة على الإنفاق في اشتراط الكفاءة في النكاح لدى المالكية .

فإذا تحققت المعاني بهذه الشروط ، حصل اليقين بأنها مقاصد شرعية ،
ولا عبرة بعدئذ بالأوهام أو التخيلات ، فليس منها شيء صالح لأن يعد مقصداً
شرعياً .

أما الأوهام : فهي المعاني التي يخترعها الإنسان من نفسه ، دون أن يكون له
أثر محقق في الواقع الخارجي ، كتوهم وجود معنى في الميت يوجب الخوف منه أو
النفور عنه عند الخلوة .

وأما التخيلات : فهي المعاني التي يتخيلها الناس ويتصورونها بصور

(١) مقاصد الشريعة للشيخ محمد الطاهر بن عاشور - ٥٥

المحسوسات ، كتصور الأشباح والأشخاص مثل الأشجار ونحوها . وهذه الأوهام والتخيلات لا تصلح أن تكون مقاصد شرعية ، مثل إبطال أحكام التبني التي كانت في الجاهلية وفي صدر الإسلام ، لكونه أمراً وهمياً ، وكالحكم بعدم إفطار الصائم إذا اغتاب أحداً بتوهم أنه قد أكل لحم أخيه ، وتوهم عدم جواز الركوب على الناقة في الحج ، ففي الموطأ : « أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنة ، فقال له : اركبها فقال : يا رسول الله ، إنها بدنة ، فقال : اركبها ويلك » .

ثالثاً - أنواع المصالح باعتبار آثارها في المجتمع :

تبين لدينا أن مقصد الشريعة من التشريع هو حفظ نظام العالم وضبط تصرف الناس على وجه يعصم من الوقوع في المفسد ، وذلك إنما يكون بتحصيل المصالح ، واجتناب المفسد ، فإهي أنواع المصالح بحسب تأثيرها في المجتمع والأفراد ؟

المصالح بحسب قوتها في ذاتها وتأثيرها ثلاثة أنواع^(١) :

١ - الضروريات :

المصالح الضرورية : هي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية ، بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا ، وشاع الفساد وضاع النعيم الأبدي وحل العقاب في الآخرة .

وهذه الضروريات خمس وهي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، وهي أقوى مراتب المصالح .

(١) الموافقات للشاطبي ١٢/٢ ، المستصفى ١٣٩/١ - ١٤١ ، شرح الإسنوي ٦٣/٣ وما بعدها ، شرح العبد على مختصر المنتهى ٢٤٠/٢ ، روضة الناظر ٤١٤/١ ، فواتح الرحموت ٢٦٢/٢ وما بعدها ، التقرير والتحرير ٤١٤/٢ ، الإبهاج للسبكي ٣٨/٣ . ان دخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٢٧ .
الإحكام للأمدي ٤٨/٣ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٨٩

فعلیها یقوم أمر الدین والدنیا ، وبالحفاظة علیها یتقیم أمر الجماعة والأفراد ، وحفظ هذه الضروریات مشار إلیه فی قوله تعالى : ﴿ یا أيها النبی إذا جاءك المؤمنات یمایعنك علی أن لا یشركن بالله شیئاً ولا یرقن ولا یرزین ولا یقتلن أولادهن ولا یأتین ببهتان یمفترینه بین أیدیہن وأرجلهن ، ولا یعصینك فی معروف فبایعنهن واستغفر لهن الله إن الله غفور رحیم ﴾ ولا خصوصية للنساء المؤمنات بذلك ، فقد كان الرسول ﷺ يأخذ البیعة علی الرجال بمثل ما نزل فی المؤمنات ، كما فی صحیح البخاری .

وقد حفظ الشرع هذه الضروریات من ناحیتین : ناحية إيجابها وتحقیقها ، وناحية بقاءها ، الأولى : إيجابية تتعلق بمراعاتها من جانب الوجود ، والثانية سلبية تتعلق بمراعاتها من جانب العدم ، كما قال الشاطبی .

فلإيجاد الدین وتحقیقه : أوجب الله الإتيان بأركان الإسلام الخمسة (العقيدة والعبادة) وللمحافظة علیه : شرع الله الجهاد وعقوبة من یرید إبطاله ، والصد عنه والارتداد عنه ، فیتوافر بذلك صون مبدأ التدين ، وحفظ دین كل مسلم من الفساد .

ولإيجاد النفس : شرع الله الزواج الذي یؤدي إلى بقاء النوع بالتوالد والتناسل ، وللمحافظة علیه : أوجب الله تعالى تناول الضروري من الطعام والشراب ، وارتداء اللباس ، وفرض العقوبة علی قاتل النفس من قصاص ودية وكفارة ، فیتحقق بذلك حفظ الأرواح وحق الحیاة .

والعقل الذي یمیه الله تعالى للإنسان ، أباح الله سبحانه كل ما یکفل سلامته وتنمیته بالعلم والمعرفة ، وحرّم كل ما یفسده أو یضعف قوته ، كشرب المسكرات وتناول الخدرات ، وأوجب العقوبة الزاجرة علی من یتناول شیئاً منها ، فیضمن بذلك حفظ العقل مناط التكلیف .

والنسل أو النسب : شرع لبقائه الزواج ، وحرمة الزنى والقذف وشرع الحد
لها للحفاظ عليه ، فيضمن عدم تعطيل أو اختلاط الأنساب^(١) وبقاء النوع
الإنساني .

والمال : أوجب الله تعالى لتحصيله وإيجاده السعي في طلب الرزق ، وشرع
المعاملات بين الناس من بيع وشراء وإجارة وهبة وشركة وعارية ونحوها .

وللمحافظة عليه : حرمت السرقة ووجب الحد بقطع يد السارق
والسارقة ، وحرم الغش والخيانة والربا وأكل أموال الناس بالباطل ووجب ضمان
المتلفات ، فنحرم بذلك الأموال التي بها معاش الخلق وهم مضطرون إليها .

٢ - الحاجيات :

هي المصالح التي يحتاج إليها الناس للتيسير عليهم ، ورفع الحرج عنهم ،
وإذا فقدت لا يختل نظام حياتهم كما في الضروريات ، ولكن يلحقهم الحرج
والمشقة ، ورتبتها بعد الضروريات ، وقد أحيطت جميع أنواع التشريع
الإسلامي برفع الحرج للتخفيف عن الناس وتيسير سبل الحياة .

ففي العبادات : شرعت الرخص من قصر الصلاة وجمعها للمسافر ، وإباحة
الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، وأداء الصلاة قاعداً حالة العجز عن القيام ،
وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء ، والمسح على الخف حضراً وسفراً ونحو ذلك .

وفي العادات : أبيع الصيد والتمتع بطيبات الرزق في المأكل والمشرب والملبس
والمسكن .

(١) إن تعاطي أسباب منع الحمل من حبوب وغيرها لا يمنع من تحريم الزنى ؛ لأن تحريمه ليس
فقط من أجل اختلاط الأنساب فقط وإنما من أجل إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس ،
والتراضي على الزنى لا يمنع تحريمه أيضاً لما يؤدي إليه من أمراض تناسلية ، ولما فيه من
الاعتداء على الأعراض ، ولأنه يؤثر على قيام الأسرة وإنجاب النسل .

وفي المعاملات أبيض العقود المحققة لآجات الناس من بيوع وإآارات وشركات وضمانات وتبرعات ، كما شرعت طرق التخلص من الالتزامات بالفسخ الاستثنائي ، وإنهاء الزواج بالطلاق للآاجة أو الضرورة ، وتسليط الولي على إنكاح الفتاة الصغيرة لآاجة اختيار الكفء ونحو ذلك .

وفي العقوبات : شرع للولي حق العفو عن القصاص ، وتضامن الأقارب بتحمل الديات ، ودرء الحدود بالشبهات ، ونحو ذلك .

٣ - التحسينات أو الكماليات :

وهي المصالح التي تقتضيها المروءة ، ويقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق ، وإذا فقدت لا يختل نظام الحياة كما في الضروريات ، ولا ينالهم الحرج كما في الحاجيات ، ولكن تصبح حياتهم مستقبحة في تقدير العقلاء ، فهي تأتي في المرتبة الثالثة ، وتوجد في العبادات والمعاملات والعادات والعقوبات .

ففي العبادات : شرعت الطهارات وستر العورات في الصلاة ، وأخذ الزينة من اللباس ومحاسن الهيئات والطيب عند كل مسجد أو تجمع ، والتقرب إلى الله تعالى بأنواع الطاعات من صلاة وصيام وصدقة .

وفي المعاملات : شرع الامتناع عن بيع النجاسات والمضار ، وعن بيع فضل الماء والكلاء وعن بيع الإنسان على بيع أخيه ، وخطبته على خطبة أخيه ، وأمر بالرفق والإحسان في معاشرة الزوجة ، وبمباشرة الولي عقد زواج المرأة في رأي أكثرية الفقهاء غير الحنفية لاستحياء المرأة عادة عن مباشرة العقد ، كما أمر بالإشهاد على النكاح لتعظيم أمره وما أشبه ذلك .

وفي العادات : أرشد الشرع إلى آداب الأكل والشرب ، وقرر الدين تحريم

الخبائث من المطعومات وتجنب المشروبات الضارة ، وترك الإسراف في الطعام والشراب واللباس ونحوها .

وفي العقوبات : منع التثيل بالقتلى ، وحرم قتل النساء والأطفال والرهبان في الحروب ، ووجب الوفاء بالعهد وحرم الغدر ، ويعد سد ذرائع الفساد من التحسيني ، فهو أحسن من انتظار التورط فيه .

٤ - مكملات المصالح السابقة :

شرع الله تعالى أحكاماً أخرى لتكميل أنواع المقاصد السابقة من ضروريات وحاجيات وتحسينات ، كاللئمة والتكلمة لها ، بحيث إذا فقدت لم تحتل حكتها الأصلية^(١) .

فكمل الضروري : مثل اعتبار الماثلة في استيفاء القصاص ؛ لأنه شرع للزجر والتشفي ، ولا يحصل ذلك إلا بالمثل ، فهذا مكمل لحفظ النفس ، ومثل تحريم القليل من الخمر ؛ لأنه يدعو إلى شرب الكثير فيقاس عليه النبيذ ، وهذا مكمل لحفظ العقل ، وكتحريم النظر إلى المرأة الأجنبية (غير القريبة المحرم) والخلوة بها سداً للذريعة المؤدية إلى الزنى ، فهو مكمل للضرورة من حفظ النسل بالئع من الزنى ، وكتشريع الأذان وأداء الصلاة في جماعة لتكون إقامة الدين أتم وأكمل ، يظهـار شعائره والاجتماع عليها .

وكمراعاة التاثل في ضمان الاعتداء تكميلاً لحرمة الاعتداء على مال الغير ، والرد إلى نفقة المثل ومضاربة المثل عند فساد العقد ، فهذه الأمثلة الثلاثة مكملة للضرورة من حفظ مال الطرفين ، وكذلك منع الربا مكمل لحفظ المال ، فإن الزيادة جبراً من مال الدافع يذهب هدرأ بدون مقابل معتبر شرعاً .

الموافقات ١٢/٢ - ١٦ والمراجع السابقة .

ومكمل الحاجي :

مثل اشتراط الكفاءة بين الزوجين لتحقيق الوفاق والألفة بينهما ، ولا تزوج الصغيرة إلا من كفء وبمهر المثل فإن أصل المقصود من النكاح ، وإن كان حاصلًا بدونها ، لكنهما يحققان دوام الزواج ، وما به دوامه من مكملاته ، والدوام من أصل الحاجة في الصغيرة .

ولما شرع الدين أنواع المعاملات من بيع وإجارة وشركة وغيرها ، شرع ما يكملها كالنهي عن الغرر وعن بيع المعدم وعن جهالة المبيع ، وكتشريع الخيارات من خيار الرؤية للمشتري وخيار الشرط للعاقدين ، واشتراط شروط في العقود لسد حاجة الناس دون أن ينشأ عنه أحقاد وخصومات .

والشرع لما أباح قصر الصلاة في السفر ، أكمله بتجوز الجمع بين الصلاتين غير الصبح ، ولما شرع التجارة أكمل ذلك بالنهي عن الخيانة والغش والخداع ونحوها ، ولما أباح البيع أكمله بالإشهاد والرهن والكفالة ، فهذه المشروعات لو لم تشرع لم يخل ذلك بأصل التوسعة والتخفيف .

ومكمل التحسيني :

كآداب الأحداث ومندوبات الطهارات ، وعدم إبطال العبادات التي يبتدأ بها ، والإنفاق من طيبات المكاسب في التطوع بالصدقات ، واختيار الأفضل في الضحايا والعقيقة ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولستم بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه ﴾ والحاجيات كالتمتة للضروريات ، والتحسينات كالتمتة للحاجيات ، فإن الضروريات هي أصل المصالح .

٥ - ترتيب المقاصد :

يشمل ذلك أمرين :

الأول - ليست هذه المقاصد الشرعية الثلاثة المذكورة مستقلة عن بعضها ، وإنما يُكمل بعضها بعضاً ، فالضروريات تتكمل بالحاجيات والتحسينات ، والحاجيات تتكمل بالتحسينات .

لكن الضروريات أصل للمقاصد الشرعية كلها ، فهي أصل للحاجية والتحسينية^(١) ، فن أخل بها فقد أخل بما عداها حتماً ؛ لأنها كالفرائض ، والحاجيات كالنوافل ، والتحسينات كالأموال المهمة دون النوافل .

أما من أخل بالحاجيات أو التحسينات ، فإنه على وشك الإخلال بالضروريات ؛ لأنه كالراعي حول الحمى ، يوشك أن يقع في الحمى ، فتصبح المحافظة على الحاجيات والتحسينات نوعاً من أنواع المحافظة على الضروريات .

يتضح من هذا أن الضروريات أهم هذه المقاصد ؛ لأنه يتوقف على وجودها نظام الحياة ، ويترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة ، أما الحاجيات فلا يترتب على فقدانها إلا الحرج والضيق ووقوع الناس في المشقة ، دون اختلال نظام الحياة . وأما التحسينات فلا يترتب على فقدانها إخلال بنظام الحياة ، ولا الوقوع في الحرج والمشقة ، وإنما يترتب عليه خروج الناس عن مناهج الكمال في الحياة .

وبناء عليه تكون الأحكام الشرعية المقررة لحفظ الضروريات أهم الأحكام ، ويليهما أحكام الحاجيات ؛ لأنها المكمل للضروريات ، ثم أحكام التحسينات ، لأنها كالمكملة للحاجيات . والأصل مقدم على المكمل ، ولا يعنى بالمكمل إذا أدى إلى إبطال الأصل ، ومكمل الضروري مقدم على الحاجي والتحسيني ؛ لأن الضروري

(١) الموافقات ١٦/٢ - ٢٥

قد يختل باختلال مكملاته ، فتكون المحافظة عليه مطلوبة ، ومن هنا كان قسم الضروريات مراعىً في كل ملة ، بحيث لم تختلف فيه الملل كما اختلفت في الفروع ، فهي - كما قال الشاطبي - أصول الدين ، وقواعد الشريعة ، وكليات الملة .

أ - ويترتب عليه أنه لايراعي حكم تحسني إذا أدت رعايته إلى إبطال حكم حاجي أو ضروري ، فيباح مثلاً كشف العورة عند الضرورة أو الحاجة لإجراء عملية جراحية أو تشخيص مرض أو علاج ؛ لأن المحافظة على النفس ضروري ، وما أدى إلى ذلك فهو ضروري ، وستر العورة من التحسينات ، فلا يلتفت إليه أمام الضرورة أو الحاجة ، ويباح أيضاً أكل الميتة في حالة الضرورة ؛ لأن المحافظة على النفس وإحياءها ضروري ، والتحرز من خبيث الطعومات ، أو المنع من تناول الميتة من التحسينات .

وأبيح بيع المعدوم في عقدي السلم أو السلف ، والاستصناع ، واغتفرت الجهالة في عقد المزارعة وبيع الشيء الغائب ؛ لأن حضور المبيع وعدم جهالته من التحسينات ، وهذه المعاملات حاجيات ، يشق على الناس فقدها ، فأهدرت هذه التحسينات في سبيل تحقيق الحاجيات .

ب - وكذلك لايراعى حكم حاجي إذا أدى إلى الإخلال بحكم ضروري ؛ لأن رفع الحرج حاجي ، وأداء الفرائض ضروري ، فالفرائض المطلوبة من المكلفين ، وإن اشتملت على شيء من المشقة هي واجبة ؛ لأن الفرائض من الضروريات ، ودفع المشقة من الحاجيات ، والصلاة ضرورية واستقبال القبلة حكم حاجي مكمل للضروري ، فلا يصح أن تسقط الصلاة للعجز عن استقبال القبلة يقيناً ، ويكفي فيه الظن .

الثاني - في دائرة الضروريات : يراعى ما هو من الضروريات أهم من الآخر ؛ لأن هذا بمنزلة المكمل ، فلا يحافظ عليه إذا أدى إلى الإخلال بما هو أهم منه ، فالجهاد وإن كان يؤدي إلى هلاك النفس ، والحفاظ على النفس أمر ضروري ، إلا أنه يهدر في سبيل المحافظة على الدين ، إذا هجم علينا الأعداء ، ويجب مجاهدتهم ؛ لأن المحافظة على الدين أهم ، فنهدر حكم المحافظة على النفس في سبيل المحافظة على الدين ، ويباح شرب الخمر عند الإكراه أو الاضطرار بقصد المحافظة على النفس ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل ، ويباح اتلاف مال الغير إذا أكره على إتلافه ؛ لأن حفظ النفس من حفظ المال .

وتترتب أهمية الضروريات أو الكليات الخمس على النحو التالي : حفظ الدين ثم النفس ثم العقل ثم النسل ، ثم المال ، وبعض الأصوليين كالغزالي قدم النسل على العقل .

رابعاً - أنواع المقاصد (أو المصالح) بحسب تعلقها بالجماعة أو الفرد :

تنقسم المصالح بهذا الاعتبار إلى كلية وجزئية^(١) :

فالمصلحة الكلية : هي التي تعود على جميع الأمة أو جماعة عظيمة منها بالخير والنفع ، مثل حماية البلاد من العدو ، والأمة من التفرق ، وحفظ الدين من الزوال ، وحفظ القرآن من التلاشي العام ، وحفظ السنة من الدخيل الموضوع ، وحفظ الحرمين في مكة والمدينة من الوقوع في أيدي الأعداء .

والمصلحة الجزئية الخاصة : هي مصلحة الفرد أو الأفراد القليلة كتشريع المعاملات .

(١) مقاصد الشريعة للشيخ ابن عاشور ٨٦

خامساً - أنواع المقاصد (أو المصالح) بحسب الحاجة إليها :

تنقسم المصالح باعتبار درجة الحاجة إلى جلبها أو دفع الفساد بها إلى قطعية ووظنية ووهمية^(١) :

فالقطعية : هي المتيقنة التي دلت عليها دلالة النص التي لا تحتمل التأويل ، مثل ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ﴾ : أو أرشدت إليها الأدلة الكثيرة بالاستناد إلى الاستقراء كالكليات أو الضروريات الخمسة المتقدمة ، أو دل العقل على أن في تحصيله نفعاً عظيماً ، وفي ضده ضرر كبير ، مثل قتال مانعي الزكاة في عهد أبي بكر رضي الله عنه .

والظنية : ما اقتضى العقل ظنه كاتخاذ كلاب الحراسة في الدور وقت الخوف ، أو دل عليه دليل ظني من الشرع ، مثل حديث : « لا يقضي القاضي وهو غضبان »^(٢) .

والوهمية : هي التي يتخيل فيها صلاح وخير : وهو عند التأمل ضرر ، كتناول المخدرات من الأفيون والحشيشة والكوكايين والهروين والقات ، وشرب المسكرات من الخمر والأنبذة وسائر الأشربة المسكرة ، فقد يتوهم متعاطيها مصلحة فيها ، وإنما هي ضرر محقق وفساد مؤكد ، تضر بالجسد وتضعف الأعصاب وتؤدي إلى الخمول والكسل ، وتقضي على النشاط الإنساني مما يوقع الأمة في التخلف والعجز ، والضعف والوقوع فريسة الأعداء .

(١) مقاصد الشريعة لابن عاشور ٨٦ وما بعدها .

(٢) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة عن أبي بكر بلفظ « لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان » وفي لفظ « لا يقضي » وفي لفظ « لا يحكم أحد ... » (نيل الأوطار ٢٧٢/٨ وما بعدها) .

الباب السابع

الاجتهاد والتقليد

وفيه فصلان -

الفصل الأول - الاجتهاد

الفصل الثاني - التقليد

تمهيد

كان الاجتهاد بعد وفاة الرسول ﷺ إلى منتصف القرن الرابع الهجري أمراً فطرياً مبسطاً ، وعاملاً من عوامل نماء وازدهار التشريع الإسلامي الذي يستجيب لحاجات الناس ومقتضيات تطور الحياة ، فنتج عنه ثروة فقهية كبيرة لا نظير لها في التاريخ ، ثم أصبح الاجتهاد بعد القرن الرابع نظرية معقدة وضعها المتأخرون نتيجة انقسام الرقعة الإسلامية ، وتفكك روابط الأمة وضعفها وانحطاطها ، وذلك ليوصدوا الباب أمام من ليس أهلاً للاجتهاد والنظر ، ويقطعوا الطريق على الفرق والمذاهب التي كثرت ، ويحموا الأمة من الانقسام الديني ، فأقفلوا باب الاجتهاد وقسموا المجتهدين إلى طبقات : طبقة الاجتهاد المطلق وطبقة مجتهدي المذاهب ، وطبقة مجتهدي المسائل ، ثم يأتي بعدهم المقلدون .

فكان من جراء الإغلاق ركود الحركة الفقهية ، وجود العلماء ، وإضعاف روح الاستقلال الفكري ، وطغيان فكرة التقليد ، وساد في أذهان الناس أن بلوغ درجة الاجتهاد أصبح متعذراً أو مستحيلاً ، وهكذا ظنوا أن أقدارهم ومواهبهم لا تصل إلى ما وصل إليه أئمة المذاهب الأربعة : أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ، وأمثالهم من أصحاب المذاهب المتداولة كالظاهرية والإباضية والشيعة الإمامية والزيدية ، والتزم كل إنسان مذهباً معيناً ، إما بدافع اقتناعي ذاتي ، أو لظروف معيشية ، أو مراعاة لأوضاع سياسية معينة .

ولكن ، إن أقبل الظلام فلا بد من أن يبده ضوء النهار ، وإن احتجبت

السماء بالغيوم الدكناء فلا بد من أن تنقشع ويصحو الجو في وقت ما ، وحينئذ ينبغي أن تتغير العقلیات ، وتدب اليقظة والحرية الفكرية في أعماق المشتغلين بالفقه ، لأنه إن كان من حسنات إقفال باب الاجتهاد البقاء على وحدة الأمة الإسلامية الدينية ، والحفاظ على الثروة الفقهية القديمة ، فقد نجم عنه سيئات كثيرة ، أهمها : وقوف الفقه الإسلامي عن مجارة الزمن ، وتحلل الناس من أحكام الشريعة والتماس الحلول العملية عند فقهاء القانون من الغرب في السياسة والاقتصاد والاجتماع والمعاملات ، مما أدى إلى أنه لم تتبدل صورة نظامنا الاجتماعي والمدني فحسب ، بل تغيرت تصوراتنا الاجتماعية ونظرياتنا القانونية أيضاً ، وتجراً من زعم لنفسه التجديد ، فنسخ السنة برأيه ، وأول القرآن على وفق هواه بحسب ما يظن من رؤية مصلحة الناس بمجرد عقله وظروف مجتمعه السائدة .

فن الذي أقفل باب الاجتهاد ؟ وما هي أدلته ؟ وهل يستطيع أحد أن يزعم أن مواهب الله ومنحه قاصرة على جيل دون جيل ، أو إنسان دون إنسان ؟ ! لهذا فإن دعوى إقفال باب الاجتهاد غير مسموعة ؛ لأن من مستلزمات ختم الشرائع السماوية بشريعة الإسلام فتح باب الاجتهاد على مصراعيه إلى ما شاء الله . وقد أحسن الشيعة والحركات السلفية الحديثة إذ قرروا بقاء باب الاجتهاد مفتوحاً ، كما أحسن غيرهم من بعض علماء السنة كالسيوطي الذي ألف كتاباً سماه (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض) وقد قسمه إلى أربعة أبواب .

أولها - في ذكر نصوص العلماء على أن الاجتهاد في كل عصر فرض من فروض الكفايات ، وأنه لا يجوز شرعاً إخلاء العصر منه . وسوف أذكر في المطلب السابع بعض هذه النصوص ، وأسارع الآن إلى تدوين ما قدم به السيوطي لهذا الكتاب فقال :

« إن الناس قد غلب عليهم الجهل وعمهم ، وأعماهم حب العناد وأصمهم ، فاستعظموا دعوى الاجتهاد ، وعدوه منكراً بين العباد ، ولم يشعر هؤلاء الجهلة أن الاجتهاد فرض من فروض الكفايات في كل عصر ، وواجب على أهل كل زمان أن يقوم به طائفة في كل قطر . إلخ .. » .

وقال الشوكاني :

« ومن حصر فضل الله على بعض خلقه ، وقصر فهم هذه الشريعة على ما تقدم عصره ، فقد تجرأ على الله عز وجل ، ثم على شريعته الموضوعة لكل عباده ، ثم على عباده الذين تعبدهم الله بالكتاب والسنة^(١) » .

(١) إرشاد الفحول ٢٢٤

الفصل الأول

الاجتهاد

الكلام عن الاجتهاد في المطالب الآتية :

المبحث الأول - تعريف الاجتهاد ، وبيان مشروعيته وأقسامه .

المبحث الثاني - شروط الاجتهاد .

المبحث الثالث - مجال الاجتهاد .

المبحث الرابع - حكم الاجتهاد ، وبعض المسائل التي تتفرع عنه .

المبحث الخامس - تجزؤ الاجتهاد .

المبحث السادس - مراتب المجتهدين .

المبحث السابع - فتح الاجتهاد وانسداده .

المبحث الثامن - الإصابة والخطأ في الاجتهاد .

المبحث التاسع - طريقة الاجتهاد .

المبحث العاشر - نقض الاجتهاد .

المبحث الأول

تعريف الاجتهاد وبيان مشروعيته وأقسامه

أولاً - تعريف الاجتهاد : الاجتهاد في اللغة : عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور ، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة ومشقة ، فيقال : اجتهد في حمل حجر الرحي ، ولا يقال : اجتهد في حمل خردلة أو نواة .

وفي اصطلاح الأصوليين له بمفهومه العام تعاريف ، فقد عرفه الآمدي وصاحب مسلم الثبوت وجماعة^(١) : بأنه « استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه » وهذه عبارة الآمدي ، وعبرة مسلم الثبوت ، ومثلها عبارة ابن الحاجب تقريباً : « بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني » لكنه تعريف منتقد ؛ لأنه غير جامع لجميع أفراد المعرف ، لإخراجه العلم بالأحكام ، وغير مانع من دخول بعض أفراد غير المعرف فيه لإدخاله الظن غير المعتمد ، مع أنه ليس دليلاً تشريعياً .

ويمكن تصحيح التعريف بأن يراد مطلق الظن الشامل للعلم ، وأن يحدد المقصود من الظن بقرينة : هي إرادة المعتمد شرعاً ، إلا أنه يبقى فيه تكرار بين

(١) راجع الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٣٩/٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٦٢/٢ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣٠١/٢ ، روضة الناظر ٤٠١/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٢٩ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٨٩/٢ ، كشف الأسرار ١١٤/٢ ، التلويح على التوضيح ١١٧/٢

مضمون « استفراغ الجهد » وقوله « على وجه يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه » ، والتعريف يجب أن يصاب عن التكرار والحشو .

٢ - وعرفه الغزالي ، وتابعه جماعة منهم الحضري^(١) بأنه « بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة » وهذا التعريف منتقد أيضاً ؛ لأن ثمرة الاجتهاد لا تقتصر على الأحكام اليقينية ، وإنما يكون أغلبها ظناً ، إلا أن يراد بالعلم الأعم من أن يكون علماً أو ظناً .

٣ - وقال بعض الفقهاء : الاجتهاد هو القياس ، قال الغزالي : وهو خطأ ؛ لأن الاجتهاد أعم من القياس ؛ لأنه قد يكون بالنظر في العمومات ودقائق الألفاظ وسائر طرق الأدلة سوى القياس^(٢) .

٤ - وأنسب تعريف في رأينا من التعاريف المنقولة ، هو ما ذكره القاضي البيضاوي^(٣) وهو « استفراغ الجهد في ذك الأحكام الشرعية » والاستفراغ معناه : بذل الوسع والطاقة ، ودرك الأحكام أعم من أن يكون على سبيل القطع^(٤) أو الظن . وبمثله عرفه ابن الهمام وغيره^(٥) ، فقالوا : هو بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ، عقلياً كان أو تقلياً ، قطعياً كان أو ظنياً . فشمل التعريف الاجتهاد في العقليات والنقلات ، قطعية كانت أو ظنية ، وأخرج به بذل الطاقة من غير الفقيه ، فلا يسمى اجتهاداً عند الأصوليين ، كما لا يسمى استنباط الأحكام اللغوية ، أو العقلية من غير الفقيه ، أو الحسية اجتهاداً أيضاً .

(١) المستصفى ١٠١/٢ ، أصول الفقه للحضري ٣٥٧

(٢) المستصفى ٥٤/٢

(٣) شرح الإسني للمهاج ٢٣٢/٢

(٤) النص القطعي : هو الذي لا يجتدل أي معنى آخر غير معناه الظاهر الذي يتعين فهمه منه ، وعند الخنفية : هو الذي ليس فيه أي احتمال ناشئ عن دليل .

(٥) راجع التقرير والتحجير ٢٩١/٣ ، تحفة الرأي للسديد للحسيني ٦

والخلاصة : إن الاجتهاد : هو عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة^(١) .

ثانياً - مشروعية الاجتهاد : الاجتهاد على أنه أصل من أصول الشريعة دلت أدلة كثيرة على جوازه ، إما بطريق الإشارة أو بطريق التصريح .

من هذه الأدلة : ما ورد في القرآن الكريم ، وهو قوله تعالى : ﴿ إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ﴾ ، فإنه يتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس^(٢) . ومنها قوله سبحانه : ﴿ إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ و ﴿ يعقلون ﴾^(٣) .

وصرحت السنة بتجوز الاجتهاد ، منها ما استدل به الإمام الشافعي رضي الله عنه^(٤) عن عمرو بن العاص : أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »^(٥) ؛ ومنها : حديث معاذ المتداول « حينما بعثه النبي ﷺ قاضياً إلى اليمن ، فقال له : بم تقضي ؟ قال : بما في كتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : أقضي بما قضى به رسول الله ؟ قال : فإن لم تجد فيما قضى به رسول الله ؟ قال : أجتهد برأي ، قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله^(٦) .

(١) راجع مقال الأستاذ مصطفى الزرقاء في حضارة الإسلام عدد ذي الحجة ١٣٨٤ هـ / ١٢

(٢) راجع الموافقات للشاطبي ٣/٣٦٨ ، ٤/١٦٧ ، الأمدي ٣/١٤٠

(٣) كشف الأسرار على أصول البزدوي ٢/٩٩٦

(٤) الرسالة ٤٩٤ ، جامع الأصول ١٠/٥٤٨ ، مجمع الزوائد ٤/١٩٥

(٥) أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذي من حديث عمرو بن العاص وغيره وهو حديث متواتر المعنى (جامع الأصول ١٠/٥٤٨ ، جمع الفوائد ١/٦٨٣ ، مجمع الزوائد ٤/١٩٥ ، تلخيص الحبير ٢/١٨٠ ، نصب الراية ٤/٦٣ ، النظم المتناثر ١٠٥) .

(٦) الأم ٧/٢٧٣ ، ط الشعب ، كشف الأسرار ٢/٩٩٨ ، الملل والنحل للشهرستاني ٢/٢٠١ ، وقد سبق تخريجه .

وقد اتبع الصحابة طريق الاجتهاد فيما لم يعثروا فيه على نص قرآني أو سنة ، فكان أبو بكر مثلاً إذا نزلت به قضية فلم يجد في كتاب الله تعالى منها أصلاً ، ولا في السنة أثراً ، اجتهد^(١) .

وعليه أجمع الصحابة ، فكانوا إذا حدثت لهم حادثة شرعية من حلال أو حرام ، فزعموا إلى الاجتهاد إن لم يجدوا نصاً أو خبراً في الكتاب أو في السنة^(٢) .

ثالثاً - أقسام الاجتهاد : قصر الإمام الشافعي الاجتهاد بمعنى الاستنباط على القياس على أمر ورد في الكتاب أو في السنة ، فقد سأل سائل : فما القياس ؟ أهو الاجتهاد ؟ أم هما مفترقان ؟ فأجاب : هما اسمان لمعنى واحد^(٣) . فهو قد قصر الاجتهاد على مفهوم خاص له ، ولم يأخذ بالرأي المبني على الاستحسان أو المصالح المرسله . أما غيره من الأئمة ، فإنهم وسعوا في معنى الاجتهاد ، فجعلوه شاملاً للرأي والقياس والعقل^(٤) ، والرأي عندهم كما فهمه الصحابة : هو العمل بما يراه المجتهد مصلحة وأقرب إلى روح التشريع الإسلامي ، من غير نظر إلى أن يكون هناك أصل معين للحادثة أو لا يكون^(٥) . وبملاحظة المعنى الواسع للاجتهاد رأى الدكتور معروف الدواليبي قسمة الاجتهاد إلى ثلاثة أنواع^(٦) ، أشار الشاطبي في الموافقات إلى بعضها^(٧) .

(١) راجع الأحكام لابن حزم ٧٨٥/٦

(٢) الملل والنحل للشهرستاني ١٩٨/١

(٣) الرسالة ٤٧٧

(٤) المدخل إلى علم أصول الفقه للدواليبي ٣٧ . قال الشيرازي في كتابه (اللمع في أصول الفقه) : ذهب بعض الناس إلى أن القياس هو الاجتهاد ، والصحيح أن الاجتهاد أعم من القياس ؛ لأن الاجتهاد بذل المجتهد وسعه في طلب الحكم ، وذلك يدخل فيه حمل المطلق على المقيد ، وترتيب العام على الخاص ، وجميع الوجوه التي يطلب منها الحكم ، وبعض ذلك ليس بقياس .

(٥) تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ١٢٦ ، أعلام الموقعين ٦٦/١ ، ٧٩ وما بعدها

(٦) راجع المدخل إلى علم أصول الفقه ٧٥ ، ٣٨٩ .

(٧) راجع باب الاجتهاد في الجزء الرابع ٩٦ .

١ - الاجتهاد البياني : وذلك لبيان الأحكام الشرعية من نصوص الشارع .

٢ - الاجتهاد القياسي : وذلك لوضع الأحكام الشرعية للوقائع الحادثة مما ليس فيها كتاب ولا سنة ، بالقياس على ما في نصوص الشارع من أحكام .

٣ - الاجتهاد الاستصلاحي : وذلك لوضع الأحكام الشرعية أيضاً ، للوقائع الحادثة مما ليس فيها كتاب ولا سنة ، بالرأي المبني على قاعدة الاستصلاح .

وناقش الأستاذ محمد تقي الحكيم هذا التقسيم من نواح ثلاث ^(١) :

١ - إنه غير جامع لشرائط القسمة المنطقية ، لعدم استيعابه لأقسام المقسم ، فإنه لم يشمل الاجتهاد الاستحساني ونحوه من أدلة الاستنباط التي اعتمدها الفقهاء ، وأبلغها بعضهم تسعة عشر نوعاً ، كما ذكر الطوفي في رسالته ، وعقب الشيخ جمال الدين القاسمي على ما ذكر ، وأوصلها إلى نيف وأربعين دليلاً .

٢ - إن القياس ليس في جميع أقسامه قسماً للاجتهاد البياني ، بل في بعضها هو قسم منه كالقياس المنصوص العلة ، والذي يستفاد من عموم أو إطلاق علقته عموم الحكم لجميع ما تتعلق به . والاستصلاح - بناء على تعريف الدواليبي له - داخل هو الآخر في الاجتهاد البياني ، لاستفادته من الأدلة العامة ، أمثال : « لا ضرر ولا ضرار » .

٣ - تفرقه بين طريقة الاجتهاد البياني والطريقتين الأخريين ، باعتباره الأولى بياناً للأحكام الشرعية ، والثانية والثالثة (وضعاً) لها ، ولازم ذلك اعتبار المجتهد مشرعاً . وهو خروج على إجماع المسلمين ، بالإضافة إلى مناقضته (أي الدواليبي) لنفسه حين اعتبرها جميعاً من الكواشف عن الأحكام الشرعية .

وبما أن هذا التقسيم لم يسلم من النقد ، فقد قسمه الأستاذ الحكيم إلى قسمين :

(١) راجع له الأصول العامة للفقهاء المقارن ٥٦٩ وما بعدها بتصرف .

الاجتهاد العقلي : وهو ما كانت الحجية الثابتة لمصادره عقلية محضة ، غير قابلة للجعل الشرعي ، كالمستقلات العقلية ، وقواعد لزوم دفع الضرر المحتمل ، وقبح العقاب بلا بيان وغيرها .

والقسم الثاني - الاجتهاد الشرعي : وهو ما احتاج إلى جعل حجته من الحجج الشرعية ، ويدخل ضمن هذا القسم : الإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح والعرف والاستصحاب وغيرها .

المبحث الثاني

شروط الاجتهاد

اختلفت عبارات المصنفين في تحديد طرائق الاجتهاد ، ولكنها في مضمونها واحدة مع بعض المفارقات البسيطة .

فعبارة الغزالي هي : يشترط في المجتهد شرطان^(١) :

أحدهما - أن يكون محيطاً بمدارك الشرع ، متمكناً من استشارة الظن بالنظر فيها ، وتقديم ما يجب تقديمه ، وتأخير ما يجب تأخيره .

والشرط الثاني - أن يكون عدلاً مجتنباً للمعاصي القاذحة في العدالة . وهذا الشرط لجواز الاعتماد على فتواه ، فمن ليس عدلاً فلا تقبل فتواه ، أما هو في نفسه فلا ، أي إن أخذه بالاجتهاد لنفسه لا يشترط له ذلك .

وعبارة الشاطبي^(٢) هي : إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين :

أحدهما - فهم مقاصد الشريعة على كمالها .

والثاني - التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها .

(١) المستصفى ١٠٢/٢ ، وقد التزم طريقته الحضري في كتابه أصول الفقه ٢٥٧ ، كما هو شأنه في أغلب هذا الكتاب .

(٢) الموافقات ١٠٥/٤ - ١٠٦

ومضمون عبارة الآمدي والبيضاوي^(١) أنه يشترط في المجتهد شرطان :

الأول - أن يكون مكلفاً مؤمناً بالله ورسوله .

الثاني - أن يكون عالماً عارفاً بمدارك الأحكام الشرعية وأقسامها ، وطرق إثباتها ، ووجوه دلالتها على مدلولاتها .

ويمكن تحليل هذه العبارات ونحوها باشتراط الشروط التالية^(٢) لبلوغ درجة الاجتهاد .

الأول : أن يعرف الشخص معاني آيات الأحكام المذكورة في القرآن الكريم لغة وشرعاً^(٣) ، ولا يشترط حفظه لها عن ظهر قلب ولا حفظ سائر القرآن ، وإنما يكفي أن يكون عالماً بموضعها حتى يرجع إليها في وقت الحاجة . وقد حدد الغزالي والرازي وابن العربي^(٤) عدد هذه الآيات بمقدار خمسمائة آية .

قال الشوكاني : « ودعوى الانحصار في هذا المقدار إنما هي باعتبار الظاهر ، للقطع بأن في الكتاب العزيز من الآيات التي تستخرج منها الأحكام الشرعية أضعاف أضعاف ذلك ، بل من له فهم صحيح وتدبر كامل يستخرج الأحكام من الآيات الواردة لمجرد القصص والأمثال ، قيل : ولعلهم قصدوا بذلك الآيات الدالة على الأحكام دلالة أولية بالذات ، لا بطريق التضمن والالتزام » .

أما معرفة معاني الآيات لغة : فيتم بمعرفة معاني المفردات والمركبات

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١٣٩/٢ ، شرح الإنسوي للمنهاج (نهاية السؤل) ٢٤٤/٣

(٢) راجع شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٢/٢ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٨٠ ، روضة الناظر ٤٠٢/٢ ، العناوين في المسائل الأصولية ٩٠ ، فواتح الرحموت ٣٦٢/٢ ، رسالة في أصول الفقه للسيوطي ٧٧ ، الرسالة للشافعي ٥٠٨ ، المبادئ العامة للفقه الجعفري ٣٣٣ وما بعدها .

(٣) الرسالة للشافعي ٥١٠ ، كشف الأسرار ١١٣٥/٢ .

(٤) المستصفى ١٠١/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٢٠ ، مسلم الثبوت ٣١٩/٢ .

وخواصها في إفادة المعنى ، إما بحسب السليقة بأن ينشأ نشأة عربية ، أو بتعلم اللغة العربية من طريق علوم الصرف والنحو والمعاني والبيان وسائر فنون البلاغة .

وأما معرفتها شريعة : فبأن يعرف العلل والمعاني المؤثرة في الأحكام ، وأوجه دلالة اللفظ على المعنى من عبارة وإشارة ودلالة واقتضاء ، أو منطوق ومفهوم ، ومعرفة أقسام اللفظ من عام وخاص ومشارك ومجمل ومفسر وغيرها^(١) .

الثاني : بأن يعرف أحاديث الأحكام لغة وشريعة ، كما سبق بالنسبة للقرآن ، ولا يلزم حفظها ولا حفظ جميع أحاديث السنة ، وإنما أن يكون متمكناً من الرجوع إليها عند الاستنباط ، بأن يعرف مواقعها بواسطة فهرسها ، وحدد ابن العربي مقدارها بثلاثة آلاف ، ونقل عن أحمد بن حنبل : أن الأصول التي يدور عليها العلم عن النبي ﷺ ينبغي أن تكون ألفاً ومائتين^(٢) ، وهذا التحديد في رأينا كما لاحظنا في أمر القرآن غير دقيق : لأن أحاديث الأحكام كثيرة وموزعة في كتب مختلفة ، قال الشوكاني^(٣) :

« والحق الذي لا شك فيه ولا شبهة : أن المجتهد لا بد أن يكون عالماً بما اشتملت عليه مجاميع السنة التي صنفها أهل الفن كالأمهات الست (وهي صحيح البخاري ومسلم ، وسنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) وما يلحق بها (كسنن البيهقي والدارقطني والدارمي) ، مشرفاً على ما اشتملت عليه المسانيد والمستخرجات والكتب التي التزم مصنفوها الصحة (مثل صحيح ابن خزيمة وصحيح ابن حبان ، وصحيح الحاكم النيسابوري) حتى لا يلجأ المجتهد إلى القول بالرأي أو القياس مع وجود النص ، وهذا ما يتعلق بمتن الحديث .

(١) راجع التلويح على التوضيح ١١٧/٢

(٢) إرشاد الفحول ٢٢١

(٣) إرشاد الفحول ٢٢١ ، وقارن ذلك بما قرره الغزالي في المستصفى ١٠١/٢

كذلك يشترط معرفة سند الحديث ، وهو طريق وصوله إلينا : من تواتر أو شهرة أو آحاد ، وأن يعرف حال الرواة : من جرح وتعديل ، ليعرف صحيح السنة من ضعيفها ، ولا يشترط حفظ حال الرجال عن ظهر قلب ، بل المعتبر أن يتمكن بالبحث في كتب الجرح والتعديل .

ونظراً لأن البحث عن أحوال الرواة في عصرنا هذا أمر متعذر لطول المدة بيننا وبينهم ، فإنه يكفي بتعديل الأئمة الموثوق بهم في علم الحديث ، كالبخاري ومسلم والبخاري وغيرهم من أئمة الحديث^(١) .

الثالث : معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة ، في آيات^(٢) وأحاديث مخصوصة ، حتى لا يعتمد على المنسوخ المتروك مع وجود الناسخ ، فيؤديه اجتهاده إلى ما هو باطل ، ويكفي أن يرجع إلى ما كتب في هذا الموضوع ، مثل كتاب ابن خزيمة وأبي جعفر النحاس وابن الجوزي والحازمي وابن حزم والطحاوي في معاني الآثار وغيرهم ، ولا يشترط معرفة جميعه وحفظه ، وإنما يكفيه في كل واقعة يفتي فيها بآية أو حديث أن يعلم أن ذلك الحديث وتلك الآية محكان^(٣) .

الرابع : أن يكون متبكناً من معرفة مسائل الإجماع ومواقعه ، حتى لا يفتي بخلافه ، وليس من اللازم أن يحفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف ، بل في كل مسألة يفتي فيها ينبغي أن يعلم أن فتواه ليست مخالفة للإجماع ، بأن يعلم أنها موافقة مذهباً من مذاهب العلماء أيهم كان ، أو يغلب على ظنه أن هذه الواقعة

(١) راجع التلويح على التوضيح للتفتازاني ١١٧/٢ ، المستصفى ١٠٣/٢ ، شرح الإسنوي ٢٤٥/٣ ، البدخشي ٢٤٣/٣

(٢) قدر الناسخ والمنسوخ في القرآن بست وستين آية ، علماً بأن آيات القرآن الكريم هي (٦٢٢٦) آية .

(٣) المستصفى ١٠٢/٢ ، إرشاد الفحول ٢٢٢

ناشئة في عصر لم يكن لأهل الإجماع فيها خوض^(١) ، ويمكن الاعتماد على كتاب مراتب الإجماع لابن حزم .

الخامس : أن يعرف وجوه القياس وشرائطه المعتمدة ، وعلل الأحكام وطرق استنباطها من النصوص ومصالح الناس وأصول الشرع الكلية ؛ لأن القياس قاعدة الاجتهاد ، والذي تبنى عليه أحكام كثيرة تفصيلية . وقد اقتصر بعضهم على هذه الشروط^(٢) ، إلا أنني أرى ضرورة إضافة شروط أخرى .

السادس : أن يعلم علوم اللغة العربية من لغة ونحو وصرف ومعان وبيان وأساليب ؛ لأن الكتاب والسنة عرييان ، فلا يمكن استنباط الأحكام منها إلا بفهم كلام العرب أفراداً وتركيباً أو معرفة معاني اللغة وخواص تراكيبها ، ومنه معرفة حكم العموم والخصوص ، والحقيقة والمجاز ، والإطلاق والتقييد ، وحكم دلالات الألفاظ ، وغريب اللغة ونحوها ، ولا يشترط أن يكون حافظاً لها عن ظهر قلب ، بل تكفي القدرة على استخراجها من مظانها ومؤلفاتها^(٣) مثل كتاب (مفردات القرآن للراغب الأصفهاني) و (النهاية في غريب الحديث والأثر) لابن الأثير .

والمراد من هذا الشرط ليس البلوغ في إتقان اللغة إلى درجة الخليل والمبرد والأصمعي وسيبويه ، ولا أن يعرف جميع اللغة ويتعمق في النحو ، وإنما ينبغي معرفة القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حد يميز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله ، وحقيقته ومجازه ، وعامه وخاصه ، ومحكمه ومتشابهه ، ومطلقه ومقيده ، ونصه وفحواه ، ولحنه ومفهومه ، وذلك في القدر

(١) راجع المستصفى ١٠١/٢ - ١٠٢ ، كشف الأسرار ١١٣٦/٢ ، مسلم الثبوت ٣١٩/٢ ، التلويح

١١٨/٢ ، الرسالة ٥١٠ ، شرح الإسنوي ٢٤٤/٣

(٢) راجع التوضيح ١١٧/٢ ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ٣٨٨ وما بعدها .

(٣) إرشاد الفحول ٢٢١

الذي يتعلق بالكتاب والسنة ، ويستولي به على مواقع الخطاب ، ودرك حقائق المقاصد منه ^(١) .

ونظراً لأهمية هذا الشرط جعله بعضهم ^(٢) أول الشروط : لأن معرفة قدر صالح من اللغة يعتبر كآلة التي بها يحصل الشيء ، ومن لم يحكم الآلة والأداة لم يصل إلى تمام الصنعة ، كما قال الشهرستاني .

السابع : أن يكون عالماً بعلم أصول الفقه : لأنه عماد الاجتهاد وأساسه الذي تقوم عليه أركان بنائه ^(٣) إذ أن الدليل التفصيلي يدل على الحكم بواسطة كيفية معينة ، ككونه أمراً أو نهيّاً أو عاماً أو خاصاً ونحوها ، وعند الاستنباط لا بد من معرفة تلك الكيفيات وحكم كل منها ، ويعرف هذا في علم أصول الفقه ^(٤) .

قال الفخر الرازي في المحصول : إن أهم العلوم للمجتهد علم أصول الفقه .

وقال الغزالي : إن أعظم علوم الاجتهاد يشتمل على ثلاثة فنون : الحديث واللغة وأصول الفقه .

وقد نبه الشوكاني على أنه لا يكفي معرفة مسائل الأصول التي قررها المجتهدون ، بل لا بد أن يدرك هذه الأصول بنفسه كما أدركها الأئمة قبل تدوين علم الأصول ، وأن ينظر في كل مسألة نظراً مستقلاً يوصله إلى ما هو الحق فيها ^(٥) ، ويتوفر له هذا بالإحاطة بموارد الشريعة والتضلع في فهم لسان العرب وتتبع وجوه استعمال الألفاظ والمعاني وأساليب العرب نثراً وشعراً وخصابة وكتابة ، وإلا فإنه يكون مجتهداً في دائرة إمام المذهب وليس مجتهداً مستقلاً .

(١) راجع المستصفى ١٠٢/٢ ، الإحكام للآمدي ١٤٠/٣

(٢) علم أصول الفقه للأستاذ خلاف ٢٥٩ ، الملل والنحل للشهرستاني ٢٠٠/٢

(٣) إرشاد الفحول ٢٢٢

(٤) أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا زكي الدين شعبان ٣٢٦

(٥) إرشاد الفحول ، وأصول الفقه لشعبان ، المرجعان السابقان .

الثامن : أن يدرك مقاصد الشريعة العامة^(١) في استنباط الأحكام ؛ لأن فهم النصوص وتطبيقها على الوقائع متوقف على معرفة هذه المقاصد ، فمن يريد استنباط الحكم الشرعي من دليله يجب عليه أن يعرف أسرار الشريعة ومقاصدها العامة في تشريع الأحكام ؛ لأن دلالة الألفاظ على المعاني قد تختلف أكثر من وجه ، ويرجح واحداً منها ملاحظة قصد الشارع ، كما أن الأدلة الفرعية قد تتعارض مع بعضها فيؤخذ بما هو الأوفق مع قصد الشارع ، وقد تحدث أيضاً وقائع جديدة لا يعرف حكمها بالنصوص الشرعية ، فيلجأ إلى الاستحسان أو المصلحة المرسله أو العرف ونحوها ، بواسطة مقاصد الشريعة العامة من التشريع .

والمراد من هذه المقاصد : حفظ مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم ؛ لأنه ثبت بالاستقراء أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في الدنيا والآخرة معاً ، قال تعالى : ﴿ رسلًا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ ، وقال سبحانه : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾^(٢) .

ولا يخفى أن معيار تحديد النفع والضرر ليس كما يراه الناس ، بل كما يراه الشارع ؛ لأن الإنسان قد يرى ما هو ضار نافعاً ، فيستحل السرقة أو شرب الخمر مثلاً ، وقد يرى ما هو نافع ضاراً ، فيجد في الزكاة مثلاً نقصاً لماله ، مع أنها

(١) مقاصد الشريعة : هي الغايات والأهداف التي شرعت لها أو عندها الأحكام . ومبادئ الشريعة : هي تلك المعاني العامة التي قررتها نصوص كلية ، أو التي اجتهد في استخلاصها الفقهاء في العصور الإسلامية المتعاقبة من استقراء طوائف من النصوص المتناسبة .
وروح الشريعة العامة : هي هدي عام يتجلى من تفاريق جملة النصوص الشرعية ومقاصدها . ويلجأ إلى الاحتكام إليها عندما لا يكون ثمة نص تفصيلي مباشر أو مبدأ شرعي مقرر يستفاد منه في تفسير النصوص . قال تعالى : ﴿ وكذلك أوحينا إليك رُوحاً من أمرنا ما كنت تدري ما الكتاب ولا الإيمان ولكن جعلناه نوراً نهيدي به من نشاء من عبادنا ، وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم ﴾ .

(٢) الموافقات للشاطبي ١/٢

تطهير له ، كما يرى الخروج إلى الجهاد ضاراً به مع أن فيه نفع العموم ، قال تعالى : ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن ﴾ ^(١) .

(١) الموافقات للشاطبي ١٧٠ وما بعدها .

يحسن الإشارة بإيجاز إلى المصالح التي قصد الشارع إليها وعمل على تحقيقها أولاً . والمحافظة على بقائها ثانياً ، وهي بحسب الاستقراء العقلي والواقعي ثلاثة أنواع : وهي الضروريات والحاجيات والتحسينات . وقد أفاض الشاطبي في بيانها وخصص لها الجزء الثاني من كتابه (الموافقات) وأشير لها سابقاً إجمالاً .

الضروريات : هي الأمور التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية أو الدنيوية ، بحيث إذا فقدت اختل نظام الحياة في الدنيا ، وفات النعم في الآخرة . وهذه الضروريات خمسة : وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال . وقد حافظت كل الشرائع على هذه الأصول الكلية الخمسة من ناحيتين :

الأولى - تحقيقها وإيجادها .

الثانية - المحافظة على بقائها .

فتحقيق الدين مثلاً بالإتيان بأركان الإسلام الخمسة ، والمحافظة عليه بمجاهدة من يريد إبطاله وعقوبة المرتد عنه .

والنفس تتحقق وتوجد بالتزواج الذي يؤدي إلى بقاء النوع ، والمحافظة على بقائها تكون بفرض العقوبة على قاتلها ، وهو القصاص .

والعقل إذا وهبه الله للإنسان يحافظ عليه بإباحة كل ما يكفل سلامته ، وتحريم ما يفسده أو يضعف قوته كشرب الخمر وتعاطي المخدرات .

والنسل شرع لإقامته استحلال البضع (الاستمتاع بالنساء) بطريق مشروع ، وللمحافظة عليه شرع حد الزنى وحد القذف .

والمال شرع لإقامته السعي في طلب الرزق والمعاملات بين الناس ، وللمحافظة عليه شرع حد السرقة بقطع اليد ، وتحريم الغش والربا وضمان المتلفات .

الحاجيات : وهي الأمور التي يحتاج إليها الناس للتيسير عليهم ورفع الحرج عنهم ، وإذا فقدت لا تحتل حياتهم كما في الضروريات ، ولكن يلحقهم الحرج والمشقة . وما لوحظ أن جميع أبواب التشريع الإسلامي يبدو فيها رفع الحرج . ففي العبادات ترخيص بقصر الصلاة للمسافر ، وإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر . وفي المعاملات إباحة السلم مع أن أحد =

هذه هي شروط الاجتهاد التي تقتضيها طبيعة القيام بهذا العبء الجسيم ، إلا أنها كما نبه الغزالي^(١) تشترط في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الشرع ، وليس الاجتهاد عند الجمهور - كما سنرى في مبحثه - منصباً لا يتجزأ ، بل يجوز أن يفوز العالم بمنصب الاجتهاد في بعض الأحكام دون البعض .

= العوضين معدوم ، وفي العادات إباحة للصيد والتتبع بلذيق الطعام ، وفي العقوبات درء للحدود بالشبهات ، ونحوها .

التحسينات أو الكاليات : وهي الأمور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق . وهذه توجد في العبادات والمعاملات والعادات والعقوبات .

ففي العبادات شرع التطهير للصلاة وستر العورة .

وفي المعاملات شرع الامتناع عن بيع النجاسات .

وفي العادات حث الشرع على الأكل باليمين والأكل مما يليه .

وفي العقوبات منع التمثيل بالقتيل قصاصاً أو في الحرب ، ونحو ذلك كثير .

ولكل من هذه المقاصد مكلات ، يرجع إليها في (الموافقات) ١٢/٢ . وانظر شرح

الإسنوي ٦٣/٣ وما بعدها ، الإحكام للآمدي ٤٨/٣ وما بعدها ، إرشاد الفحول ١٨٩

(١) المستصفى ١٠٣/٢

المبحث الثالث

مجال الاجتهاد

حدد الغزالي المجتهد فيه^(١) بأنه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي^(٢) ، فخرج به مالا مجال للاجتهاد فيه ، مما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع ، كوجوب الصلوات الخمس والزكوات ونحوها ، فالأحكام الشرعية بالنسبة للاجتهاد نوعان : ما يجوز الاجتهاد فيه ، وما لا يجوز الاجتهاد فيه^(٣) .

أما مالا يجوز الاجتهاد فيه : فهو الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة والبداهة ، أو التي ثبتت بدليل قطعي الثبوت ، قطعي الدلالة ، مثل وجوب الصلوات الخمس ، والصيام ، والزكاة ، والحج والشهادتين وتحريم جرائم الزنا والسرقة وشرب الخمر والقتل وعقوباتها المقدرة لها ، مما هو معروف بآيات القرآن الكريم وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام القولية أو العملية ، ومثلها أيضاً كل العقوبات أو الكفارات المقدرة ، فإنه لا مجال للاجتهاد فيها ، ففي قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ لا يتأتى الاجتهاد في عدد الجلدات ، وقوله سبحانه : ﴿ أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ لا مجال للاجتهاد في المقصود من الصلاة أو الزكاة ، بعد أن بينت السنة الفعلية المراد منها .

(١) المستصفى ١٠٣/٢

(٢) الدليل القطعي : هو ما ليس فيه احتمال آخر أصلاً غير المعنى المتبادر إلى الذهن فور سماعه .

(٣) انظر علم أصول الفقه لخلاف ٢٥٧ وما بعدها ، أصول الفقه الإسلامي لشعبان ٢٣٠ ، الآمدي

وكذلك أحاديث الزكاة المتواترة لا مجال للاجتهاد فيها .

وأما التي يجوز الاجتهاد فيها : فهي الأحكام التي ورد فيها نص ظني الثبوت والدلالة ، أو ظني أحدهما ، والأحكام التي لم يرد فيها نص ولا إجماع .

فإذا كان النص ظني الثبوت كان مجال الاجتهاد فيه البحث في سنده وطريق وصوله إلينا ، ودرجة رواته من العدالة والضبط ، وفي ذلك يختلف تقدير المجتهدين للدليل ، فبعضهم يأخذ به لاطمئنانه إلى ثبوته ، وبعضهم يرفض الأخذ به لعدم اطمئنانه إلى روايته ، مما يؤدي إلى اختلاف المجتهدين في كثير من أحكام الفقه العملية .

وإذا كان النص ظني الدلالة ، كان الاجتهاد فيه البحث في معرفة المعنى المراد من النص وقوة دلالاته على المعنى ، فربما يكون النص عاماً وقد يكون مطلقاً ، وربما يرد بصيغة الأمر أو النهي ، وقد يرشد الدليل إلى المعنى بطريق العبارة أو الإشارة أو غيرها ، وهذا كله مجال الاجتهاد ، فربما يكون العام باقياً على عموميه ، وربما يكون مخصصاً ببعض مدلوله ، والمطلق قد يجري على إطلاقه وقد يقيد ، والأمر وإن كان في الأصل للوجوب فربما يراد به الندب أو الإباحة ، والنهي وإن كان حقيقة في التحريم ، فأحياناً يصرف إلى الكراهة ... وهكذا .

والقواعد اللغوية ومقاصد الشريعة هي التي يلجأ إليها لترجيح وجهة عما عداها ، مما يؤدي إلى اختلاف وجهة نظر المجتهدين واختلاف الأحكام العملية تبعاً لها .

وإذا كانت الحادثة لا نص ولا إجماع فيها ، فمجال الاجتهاد فيها هو البحث عن حكمها بأدلة عقلية كالقياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف أو الاستصحاب ، ونحوها من الأدلة المختلف فيها ، وهذا باب واسع للخلاف بين الفقهاء .

وملخص القول : إن مجال الاجتهاد أمران : ما لا نص فيه أصلاً ، أو ما فيه نص غير قطعي ، ولا يجري الاجتهاد في القطعيات وفيما يجب فيه الاعتقاد الجازم من أصول الدين ، إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص^(١) .

وهذا الأصل جار في القوانين الوضعية ، فحق كان القانون صريحاً لا اجتهاد فيه ، ولو كان مغايراً لروح العدل ، والقضاة مكلفون بتنفيذ أحكامه حسبما وردت ؛ لأن تفسيره يرجع إلى المشرع^(٢) ، ولا مساغ للاجتهاد في موضع النص .

☆ ☆ ☆

(١) راجع أعلام الموقعين ٢/٢٦٠ ، الموافقات للشاطبي ٤/١٥٥ وما بعدها ، التلويح على التوضيح

٢/١١٨ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٢٢

(٢) راجع أصول الفقه للمرحوم خلاف ٢٥٩ ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ٢٩١

المبحث الرابع

حكم الاجتهاد

إذا توافرت شروط الاجتهاد السابقة عند شخص ، وحصلت له ملكة استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ، فهل يجب عليه الاجتهاد أو لا ؟

قال العلماء : إذا وقعت حادثة لشخص ، أو سئل عن حادثة ، فإن حكم الاجتهاد في حقه يكون فرضاً عينياً ، وقد يكون فرضاً كفائياً ، وقد يكون مندوباً ، وقد يصير حرماً^(١) .

١ - فهو فرض عين في حق نفسه فيما طرأ له من حوادث ، فإذا أداه اجتهاده إلى حكم لزمه العمل به ، ولا يجوز له أن يقلد غيره من المجتهدين في حق نفسه وفي حق غيره ؛ لأن حكم المجتهد هو حكم الله في المسألة التي اجتهد فيها بحسب ظنه الغالب ، والمجتهد ينبغي عليه العمل بما غلب على ظنه أنه حكم الله تعالى .

كذلك يكون الاجتهاد فرض عين عليه ، إذا سئل عن حادثة وقعت ، وخاف فوتها على غير وجهها الشرعي ، ولم يوجد غيره ؛ لأن عدم الاجتهاد يقضي بتأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهو ممنوع شرعاً .

(١) راجع المستصفى ١٢١/٢ ، الإحكام للآمدي ١٥٨/٣ ، كشف الأسرار ١١٣٤/٢ ، مسلم الثبوت

٣١٩/٢ ، إرشاد الفحول ٢٢٣ ، أصول الفقه للخضري ٣٥٧ ، أصول الفقه لشعبان ٢٢٢

قال القرافي : « مذهب مالك وجمهور العلماء : وجوب الاجتهاد وإبطال التقليد » ^(١) .

٢ - فإن لم يخف فوت الحادثة ووجد غيره من المجتهدين يجب عليه وجوباً كفاً ، فإذا اجتهد أحد المجتهدين سقط الطلب عن الباقي ، وإن تركه الجميع أثموا جميعاً .

٣ - النذب : وهو الاجتهاد في حكم حادثة لم تحصل ، سواء سئل عنها أو لم يسأل .

٤ - التحريم : وهو وقوع الاجتهاد في مقابلة نص قاطع من كتاب أو سنة ، أو في مقابلة الإجماع ، وفيما عداه يكون جائزاً .

مسائل تتعلق بهذا المبحث :

يحسن هنا بيان ثلاث مسائل ترتبط بحكم الاجتهاد ، وهي :

اجتهاد المصطفى ﷺ .

اجتهاد الصحابة في عصره ﷺ .

فكرة خلو العصر عن المجتهدين .

اجتهاد النبي ﷺ :

هنا يعرف حكم اجتهاد الرسول ﷺ ، هل يجوز أو لا ؟

اتفق العلماء على أنه يجوز له الاجتهاد في الأقضية والمصالح الدنيوية وتدبير

الحروب ونحوها^(١) ، واختلفوا في اجتهاده في الأحكام الشرعية والقضايا الدينية فيما لا نص فيه ، على مذاهب^(٢) :

١ - قال أكثر الأصوليين : يجوز اجتهاده ﷺ عقلاً وقد وقع ذلك فعلاً .

٢ - وقال الحنفية : إنه كان مأموراً بالاجتهاد إذا وقعت له حادثة ولكن بعد انتظار الوحي ، إلا أن يخاف فوت الحادثة ؛ لأن اليقين لا يترك عند إمكانه والاجتهاد في حقه يختص بالقياس ؛ لأن المراد واضح ولا تعارض لديه ، فإن أقر على اجتهاده كان ذلك كالنص قطعاً إذ لا يقر على خطأ كما سنعرف .

٣ - وقال جمهور الأشاعرة والمتكلمين وأكثر المعتزلة : ليس له ﷺ الاجتهاد في الأحكام الشرعية .

الأدلة :

استدل العلماء على وقوع الاجتهاد منه ﷺ في الحروب بقوله تعالى : ﴿ عفا الله عنك لم أذنت لهم ﴾ فإن الله عاتبه على إذنه لجماعة من المنافقين في التخلف عن غزوة تبوك ، فلو كان الإذن عن وحي لم يعاتبه ، وإنما كان عن اجتهاد . واستدلوا أيضاً بقوله سبحانه : ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ﴾ هذا عتاب آخر على قبوله الفداء من أسرى بدر ، إذ لم يتوفر له شرط الأسر المتطلب الإثخان في الأرض^(٣) ، أي إظهار الهيبة والمنعة والقوة بقتل الأسرى في مبدأ الأمر .

(١) إرشاد الفحول ٢٢٥ ، شرح الإسنوي ٢٣٧/٣ ، كشف الأسرار ٩٢٦/٢

(٢) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٩١/٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢٦٦/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار ٩٢٥/٢ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٦/٢ ، شرح الإسنوي ٢٣٧/٢ ، المستصفى ١٠٤/٢ ، الأمدي ١٤٠/٣ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٠ ، إرشاد الفحول ، المرجع السابق .

(٣) راجع (آثار الحرب) للمؤلف ٤١٢

قال قتادة ، وعمر بن ميمون : « شيئان فعلهما الرسول لم يؤمر بهما : إذنه للمنافقين . وأخذ الفداء من الأسرى ، فعاتبه الله بطريق الملاطفة » .

ومن اجتهاده : عزمه عليه الصلاة والسلام أن يصلح غطفان على ثلث ثمار المدينة^(١) .

وأما اجتهاده في الأحكام الشرعية : فقد استدل الجمهور على جوازه عقلاً بأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال ، فلو فرض أن الشارع وهو الله تعالى أمره بالاجتهاد ، فقال له : « أوجبت عليك أن تجتهد وتقيس » لم يترتب على هذا القول محال ، فيكون الاجتهاد منه جائزاً ، ولا معنى للجواز العقلي سوى ذلك .

وأما أدلة الوقوع الفعلي فكثيرة ، منها :

١ - القرآن : قال الله تعالى : ﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾ والاعتبار : هو القياس والاجتهاد ، وقد أمر الله به أولي الأبصار ، والنبي صلوات الله وسلامه عليه أعظم الناس بصيرة ، وأكثرهم خبرة بالقياس وشروطه ، فكان مأموراً به بطريق الأولى^(٢) . وهناك آيات كثيرة أخرى تطالب بالتدبر والاعتناظ والاعتبار ، وهو أجل المتفكرين في آيات الله وأعظم المعبرين .

كما أن آية المشاورة ، وهي قوله تعالى : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾ تدل على قيامه بالاجتهاد ؛ لأن المشاورة إنما تكون فيما يحكم فيه بطريق الاجتهاد ، لا فيما يحكم فيه بطريق الوحي .

(١) سيرة ابن هشام ٢٢٢/٢ . وقد عدل النبي ﷺ عن ذلك ، حينما وجد سعد بن معاذ وسعد بن عباد رافضين للصلح ، وقال الأول : « أفرحنا الله بالإسلام ، وهذان له ، وأعزنا بك وبه ، نعطيهم أموالنا ؟ والله ما لنا بهذا من حاجة ، والله لا نعطيهم إلا السيف ، حتى يحكم الله بيننا وبينهم » .

(٢) كشف الأستار ٩٢٦/٢ ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير ٢٢٨ ، الإحكام للآمدي ١٤٠/٣ ، شرح الإنشوي ٢٣٧/٣

٢ - السنة : قد وقع الاجتهاد منه ﷺ في كثير من الأحيان ، مثل قوله : « رأيت لو تفضلت بماء » ^(١) ، « رأيت لو كان على أيك دين » ^(٢) . وروي عنه ﷺ أنه قال في مكة : « لا يختل خلاها ولا يعضد شجرها ، فقال العباس : إلا الإذخر لصاغتنا أوقبورنا ، فقال عليه الصلاة والسلام : إلا الإذخر » ^(٣) . ومن المعلوم أنه لم ينتظر الوحي حينئذ ، ولم ينزل عليه وحي في تلك الحالة ، فكان الاستثناء بطريق الاجتهاد . وقد قال ﷺ : « ألا إني قد أوتيت القرآن ومثله معه » ^(٤) ، وقال في حجة الوداع : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي » ^(٥) أي لو علمت أولاً ما علمت آخرأ ما فعلت ذلك ، وسوق الهدي عمل من أعمال الحج ، وقد فعله اجتهاداً لا بوحى ، وإلا لم يكن هناك معنى للندم على فعله ^(٦) فضلاً عن سوق الهدي ، ومثل ذلك لا يكون عملاً منه بالوحي .

- (١) سبق تخريجه في حديث قبله الصائم في بحث القياس .
- (٢) سبق تخريجه في حديث النيابة في الحج عن الغير في بحث القياس في حديث ابن عباس « أن رجلاً قال : يا نبي الله ، إن أبي مات ولم يحج ، أفأحج عنه ؟ قال : رأيت لو كان على أيك دين ، أكنت قاضيه ؟ قال : نعم ، قال : فدين الله أحق » (جمع الفوائد ٥٠٦/١) .
- (٣) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما (جامع الأصول ١٨٣/١ وما بعدها ، جمع الفوائد ٥١٤/١ وما بعدها) والخلا : الحشيش ، وعضد الشجر : قطعه بالمعضد : وهي حديدة تتخذ لقطعه . والإذخر : نبت معروف طيب الرائحة .
- (٤) رواه أبو داود والترمذي عن المقدم بن يكرب بلفظ « ألا إني أوتيت هذا الكتاب ومثله معه » (جامع الأصول ١٩٠/١) .
- (٥) رواه البخاري وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله (جمع الفوائد ٤٦٩/١ وما بعدها) . ومعنى الحديث : لو عن لي هذا الرأي الذي رأيته آخرأ ، وأمرتك به في أول الأمر ، لما سقت الهدي معي ، أي لما جعلت عليّ هدياً وأشعرته وقلدته وسقته بين يدي .
- فإنه إذا ساق الهدي لا يحل حتى ينحره ، ولا يُنَحَّر إلا يوم النحر ، فلا يصح له فسخ الحج بعمره . فمن لم يكن معه هدي لا يلتزم هذا ، ويجوز له فسخ الحج (جامع الأصول ٣٧٧/٤) .
- (٦) إرشاد الفحول ٢٢٥ ، الأمدي ١٤١/٣ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٩١/٢ ، كشف الأسرار ٩٢٧/٢ ، مسلم الثبوت ٣٢٢/٢ ، المستصفى ١٠٥/٢

٣ - المعقول : وهو أن العمل بالاجتهاد أشق من العمل بالنص ؛ لأنه يحتاج إلى إتيان النفس في بذل الوسع ، فيكون أكثر ثواباً ، لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة : « أجرك على قدر نصبك ^(١) » ، وقوله : « أفضل العبادات أحزها ^(٢) » أي أشقها وأقواها وأشدّها ، فلو لم يكن النبي عليه الصلاة والسلام عاملاً بالاجتهاد مع أن بعض أمته قد عمل به ، لكان يلزم منه اختصاص بعض أمته بفضيلة لم توجد له ، وهو باطل ؛ لأن النبي ﷺ أفضل الناس أجمعين ^(٣) .

أدلة المانعين :

استدل المانعون بأدلة من الكتاب والمعقول .

١ - الكتاب : دليلهم من الكتاب هو قوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ ما يكون لي أن أبدله من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي ﴾ ، فإن هاتين الآيتين تدلان على أن الأحكام الصادرة عنه عليه الصلاة والسلام كانت بالوحي لا بالاجتهاد ، إذ لو كان بعض ما نطق به عن اجتهاد منه ، لكان خبره تعالى كاذباً . والكذب في خبره محال .

ويجاب عنه من ناحيتين :

(١) إن المقصود بالآية الأولى هو القرآن ، وأنه من عند الله ، وليس من عند محمد ﷺ ، ويبينه سبب النزول ، فإن الكفار زعموا أن محمداً يفتري القرآن من عنده ، ويدعي أنه من عند الله ، فأنزل الله تعالى رداً عليهم ، فلا تنافي الآية

(١) روى مسلم في صحيحه قول عائشة « إنا أجرك على قدر نصبك » (كشف الخفا ١٧٥/١) .

(٢) هذا اللفظ لا أصل له . وفي نهاية ابن الأثير عن ابن عباس بلفظ « سئل رسول ﷺ : أي الأعمال أفضل ؟ قال : أحزها » . (كشف الخفا ، المكان السابق ، المقاصد الحسنة) .

(٣) نهاية السؤل للإسنوي ٢٣٨/٣ ، الآمدي ، المرجع السابق ، كشف الأسرار ، المرجع السابق ٩٢٨ ، مسلم الثبوت ٢٢٢/٢ ، فواتح الرحموت ٣٦٨/٢ وما بعدها ، شرح العضد ، المرجع السابق .

اعتبار أن غير القرآن قد يحصل باجتهاد منه عليه الصلاة والسلام . والآية الثانية تعاضد هذا المعنى ، فهو لا يبدل من تلقاء نفسه ، وإنما يتبع ما يوحى إليه من ربه .

(٢) وإذا سلمنا أن الآية عامة في القرآن وفي غيره ، فإننا لا نسلم أن ما صدر عن اجتهاد من قبيل الهوى ، وإنما هو وحي من عند الله ، فإن الوحي هو الذي طالبه بالاجتهاد والعمل به ^(١) .

والخلاصة : إن ظاهر هذه الحجة التي ذكرها المانعون هو صيانة التشريع من الطعن ، والحقيقة أنه شطط في التصون والتحرز ، وتخريج لنصوص القرآن على غير ما يقتضيه البيان ^(٢) .

٢ - المعقول : وهو من وجوه كثيرة ^(٣) أهمها :

أولاً - إن الاجتهاد لا يفيد إلا الظن ، والظن لا يجوز العمل به مع القدرة على اليقين ، والرسول عليه الصلاة والسلام قادر على اليقين ، بسؤال ربه نزول الوحي فيما يحتاج إليه من الأحكام ، فإنه تعالى لا يرد سؤاله ، فلا يكون الرسول ﷺ متعبداً بالاجتهاد .

وثانياً - لو جاز له ﷺ أن يجتهد في الأحكام الشرعية لكان يمتنع عليه تأخير فصل الخصومات والمحاکمات إلى نزول الوحي ؛ لأن القضاء يكون عادة على الفور ، وقد تمكن منه بالاجتهاد ، وقد أخر في الظهار واللعان . وقال حينما

(١) مسلم الثبوت ٢/٢٢٣ ، فواتح الرحموت ٢/٣٦٩ وما بعدها ، كشف الأسرار ٢/٩٢٦ ، الأمدي

١٤٢/٣ ، شرح الإسنوي ٣/٢٢٨ ، الشوكاني ٢٢٥

(٢) فصول في أصول التشريع الإسلامي ، جاد المولى سليمان ٨٨

(٣) راجع الأمدي ، المرجع السابق ، شرح الإسنوي ٣/٢٣٩ ، مسلم الثبوت ٢/٢٢٣ ، فواتح

الرحموت ، المرجع السابق ، المستصفى ٢/١٠٥ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/٢٩٢

سئل عن زكاة الحمير : لم ينزل علي إلا هذه الآية الجامعة : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ﴾ .

ويجاب عن الوجه الأول بأنه يجوز أن يكون الرسول ممنوعاً من سؤال ربه شيئاً بدون أن يأذن له ، أو أن الوحي ليس مقدوراً له ، فيكون متعبداً بالاجتهاد .

ويجاب عن الوجه الثاني بأنه ربما كان انتظار الوحي لكي يحصل له اليأس عن النص الذي يعد عدمه شرطاً في صحة اجتهاده ، بأن يصبر مقداراً من الزمن يعرف به أن الله تعالى لا ينزل به وحياً ؛ أو أنه انتظر الوحي لعدم وجود الأصل الذي يقيس عليه ويجتهد ، أو أن انتظاره لاستفراغ الوسع في الاجتهاد .

وحيث لم تسلم أدلة المانعين من النقد والتفنيد ، فيأني أرجح مذهب الجمهور القائلين بجواز اجتهاد النبي ﷺ ووقوعه منه . وهو الصحيح .

هل يخطئ الرسول ﷺ في اجتهاده ؟ :

اتفق العلماء على أن الرسول عليه الصلاة والسلام لا يقر على خطأ في اجتهاده ، حتى لا يسري الخطأ وتقلده أمته فيه . واختلفوا في جواز الخطأ عليه في الاجتهاد^(١) .

فقال جماعة : منهم الرازي والبيضاوي : يمتنع الخطأ على الرسول عليه الصلاة والسلام في اجتهاده ، واجتهاده صواب دائماً .

قال ابن السبكي : والصواب أن اجتهاده ﷺ لا يخطئ تنزيهاً لمنصب

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/٣٠٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢/٢٧٢ ، اللع في الأصول للشيرازي ٧٣ ، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ٢/١٩٩ ، شرح الإسنوي

النبوة عن الخطأ في الاجتهاد^(١) .

وقال أكثر العلماء : يجوز الخطأ على النبي ﷺ فيما لا يرجع إلى التبليغ بشرط ألا يقر عليه .

الأدلة :

استدل الأولون بما يأتي .

أولاً : لو جاز الخطأ عليه في اجتهاده لوجب علينا اتباعه فيه ، لأننا مأمورون باتباعه ﷺ في قوله تعالى : ﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله ﴾ ، فيؤدي إلى باطل ، والله تعالى لا يأمر بالباطل وإنما يأمر بالعدل والإحسان . ويجب عنه بأنه لا يلزم من جواز الخطأ في اجتهاده الأمر باتباعه فيه ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام لا يقر على خطأ ، فالأمر باتباع الاجتهاد من حيث كونه صواباً في نظر العالم وإن خالف الواقع .

وإذا سلمنا الدليل فيكون منقوضاً بوجوب اتباع العامي للمجتهد فيما أفتاه به ، مع احتمال أن يكون هذا الاجتهاد خطأ .

ثانياً : لو جاز عليه الخطأ في الاجتهاد ، لكانت أمته أعلى رتبة منه ؛ لأن الأمة معصومة عن الخطأ ، مع أن اجتهاده أولى بالعصمة من الإجماع ، لأن عصمة الإجماع إنما جاءت من نسبته إليه ﷺ . ويجب عنه بأن اختصاص الأمة بالعصمة لا يقدح في كمال الرسول عليه الصلاة والسلام ؛ لأنه اختص برتبة أعلى منها وهي النبوة . وأجاب الحنفية بأن الاجتهاد منه لو تم ، لم يكن الإجماع مقدماً على النص^(٢) .

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع ٢١٧/٢

(٢) مسلم الثبوت ٢٢٦/٢

واستدل الفريق الثاني : بأنه لو لم يجز عليه الخطأ في الاجتهاد لما وقع منه ، لكنه وقع ، فيكون جائزاً ، بدليل ما يأتي^(١) :

أولاً - قوله تعالى : ﴿ عفا الله عنك لم أذنت لهم ﴾ فالله سبحانه وتعالى عاتب الرسول ﷺ على إذنه لبعض المنافقين في التخلف عن غزوة تبوك كما بان سابقاً ، وظهر الخطأ في الإذن بدليل هذا التنبيه والعتاب .

ثانياً - قال عز وجل في حق أسارى بدر : ﴿ ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ﴾ فهذا عتاب على أخذ النبي عليه الصلاة والسلام الفدية من أسرى بدر كما ارتأى أبو بكر ، ولم يأخذ برأي عمر الذي أشار بقتلهم ، وظهر الخطأ في الأخذ بالرأي الأول بدليل ما نبه الله إليه في هذه الآية .

ثالثاً - عوتب ﷺ بقوله تعالى : ﴿ وإذا تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه : أمسك عليك زوجك ﴾ والعتاب على إخفاء تزوجه بزینب بنت جحش زوجة مولاه زيد ، بعد طلاقها وانتهاء عدتها ، لإبطال عادة التبني التي كانت سائدة في الجاهلية ، بأمر الله عز وجل .

ويؤكد كل ما سبق حادثة تأيير النخل :

وهي : « أن النبي ﷺ مر بقوم يلحقون ، فقال : لو لم تفعلوا لصلح ، فخرج شيصاً^(٢) . قال : فمرهم ، فقال : ما لنخلكم ؟ فقالوا : قلت كذا وكذا ، قال : أنتم أعلم بأمر دنياكم^(٣) » أو « أنتم أعلم بما يصلحكم في دنياكم » .

قال النبي ﷺ في رواية أخرى لحادثة تأيير النخل : « إن كان ينفعهم ذلك

(١) راجع مسلم الثبوت ٢٢٥/٢ ، المستصفى ١٠٤/٢ ، شرح الإسنوي ٢٢٩/٣ ، إرشاد الفحول ٢٢٦

(٢) الشيص : هو التمر الذي لا يشتد نواه ويقوى .

(٣) رواه مسلم عن أنس وعائشة رضي الله عنهما (جامع الأصول ٣٥٥/١٢) والرواية التي بعدها

للزبار والطبراني .

فليصنعوه ، فإنني إنما ظننت ظناً ، فلا تؤاخذوني بالظن ، ولكن إذا حدثتكم عن الله بشيء فخذوا به ، فإنني لن أكذب على الله » ^(١) .

وقال أيضاً في رواية أخرى : « إنما أنا بشر ، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به ، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر » ^(٢) وفي لفظ آخر « ما أخبرتكم أنه من عند الله فهو الذي لا شك فيه » ^(٣) وفي رواية أخرى : « إنما أنا بشر مثلكم ، فما حدثتكم عن الله فهو حق ، وما قلت فيه من قبل نفسي ، فإنما أنا بشر أصيب وأخطيء » ^(٤) .

وقال ابن عباس يرفعه : « ليس أحد لا يؤخذ من قوله ويدع غير النبي ﷺ » ^(٥) أي في شؤون الوحي لا الاجتهاد .

ومثل هذه الحادثة : عزمه ﷺ على أن يصلح غطفان على ثلث ثمار المدينة .

اجتهاد الصحابة في عصره ﷺ :

اتفق العلماء على جواز الاجتهاد بعد النبي ﷺ ، واختلفوا في جواز الاجتهاد في عصره على مذاهب ^(٦) .

-
- (١) رواه مسلم عن طلحة بن عبيد الله (جامع الأصول ٢٥٤/١٢) .
 - (٢) رواه مسلم عن رافع بن خديج .
 - (٣) رواه البزار عن أبي هريرة (مجمع الزوائد ١٧٩/١) .
 - (٤) رواه البزار بإسناد حسن (المرجع السابق) .
 - (٥) رواه الطبراني في الكبير ورجاله موثقون (المرجع السابق) .
 - (٦) راجع المستصفى ١٠٢/٢ ، الإحكام للآمدي ١٤٥/٣ ، شرح الإسنوي ٢٤٠/٣ ، إرشاد الفحول ٢٢٦ ، مسلم الثبوت ٣٢٦/٢ ، التقرير والتحبير ٣٠١/٣ ، فواتح الرحموت ٢٧٤/٢ ، اللع للشيرازي ٧٣ ، روضة الناظر ٤٠٧/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٨٦ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٩٢/٢ وما بعدها ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٧/٢

فقال بعض الأصوليين بعدم الجواز عقلاً ، وقال آخرون بعدم الجواز مع عدم الوقوع .

وقال الجمهور : يجوز الاجتهاد في عصره عليه الصلاة والسلام للغائب والحاضر مع وقوع ذلك .

وفصل بعضهم فقال : يجوز الاجتهاد للغائب عن حضرته ﷺ دون الحاضر .

الأدلة :

استدل المانعون على عدم الجواز العقلي بما يأتي :

أولاً : إن اجتهاد الصحابة عرضة للخطأ بلا شك ، فاجتهادهم في عهد الرسول ﷺ اجتهاد مع القدرة على سلوك الطريق الآمن من الخطأ ، وبلوغ مرتبة العلم واليقين ، وهو قبيح عقلاً .

ثانياً : كان الصحابة يرجعون إلى النبي عليه الصلاة والسلام لمعرفة حكم الحوادث المتجددة ، فلو كان الاجتهاد جائزاً لهم ما احتاجوا إلى الرجوع إليه .

يجاب عن الدليل الأول : بأن الصحابة لم يكونوا قادرين على الرجوع إلى الرسول ﷺ في كل الأحوال ، فربما يكونون بعيدين عنه ، وربما يرجعون إليه ، فلا يجدون حكماً للحادثة بطريق الوحي ، فتظل المسألة في مجال الاجتهاد .

ويجاب عن الدليل الثاني : بأن تجويز الاجتهاد للصحابة لا يمنع من الرجوع إلى الرسول ﷺ ، فإنهم يرجعون إليه لعدم توصلهم إلى حكم في الحادثة بطريق الاجتهاد ، أو لسهولة معرفة الحكم عن طريقه ﷺ .

واستدلوا على عدم الوقوع بأنه لو اجتهد الصحابة في عصره ﷺ لنقل إلينا ، وحيث لم ينقل ، دل على عدم الوقوع .

وجوابه من وجهين :

أولاً : إن عدم النقل قد يكون لقلة ما وقع بينهم .

ثانياً : إنه قد تقلت اجتهادات كثيرة عن بعض الصحابة كأبي بكر وسعد بن معاذ وعمرو بن العاص ومعاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري وغيرهم كما سيعرف ، ولا يقال : إن هذه أخبار آحاد كما ذكر الغزالي^(١) فلا يجوز التسك بها ؛ لأن هذه لمسألة ظنية ، وأخبار الآحاد تفيد الظن ، فتكفي لإقامة الحجة .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على الجواز العقلي بأنه لا يترتب على فرض وقوع الاجتهاد من الصحابة في عصره عليه الصلاة والسلام محال ، فيكون جائزاً ، وهو طريق إثبات الجواز العقلي . واستدلوا على الوقوع بوقائع متعددة منها :

١ - حديث معاذ المعروف ، وهو « أن الرسول ﷺ بعثه مع أبي موسى الأشعري إلى الين قاضين ، فقال لهما : بم تحكما ؟ قالا : بكتاب الله ، فإن لم نجد فبسنة رسول الله ، فإن لم نجد قسنا الأمور بأشباهاها ، فما كان أقرب إلى الصواب عملنا به ، فقال عليه الصلاة والسلام : أصبتما » فهذا إقرار بجواز الاجتهاد ، من الصحابة حال غيبتهم عنه عليه الصلاة والسلام .

٢ - قال النبي ﷺ في غزوة حنين : « من قتل قتيلاً فله سلبه ، فقتل أبو قتادة قتيلاً فاستحق سلبه ، وشهد له بعض الصحابة ، ولكن غيره أخذ السلب ، وطلب من النبي ﷺ إرضاء أبي قتادة من الغنيمة قائلاً له (أي للنبي عليه الصلاة والسلام) : سلب ذلك القتل عندي فأرضه عني ، فقال أبو بكر لمن

(١) المستصفى ١٠٤/٢

أخذ السلب : لا ها الله^(١) إذن (أي والله) لا يعمد (أي الرسول) إلى أسد من أسود الله (أي أبو قتادة) يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك (الخطاب للرجل الذي أخذ السلب) سلبه ، فقال ﷺ : صدق وصدق في فتواه « فهذا إقرار من الرسول ﷺ لاجتهاد أبي بكر في حضرته .

إلا أن (صاحب التحرير) ناقش هذه الواقعة فقال :

واجتهاد أبي بكر في هذه الحالة لا يستلزم تخييره مطلقاً ، لعله أنه لكونه بحضرته إن خالف الصواب رده .

أي أن هذه الواقعة ليست من قبيل الاجتهاد ، فلم يكن احتمال الخطأ عنده ، ولا ثبوت التخيير له بين الرجوع إلى الرسول عليه الصلاة والسلام وبين الاجتهاد^(٢) .

وإني لا أؤيد صاحب التحرير ؛ لأن موضع الاجتهاد في هذه الحادثة ليس في أصل إثبات الحق في السلب القاتل ، وإنما في التعويض عنه من الغنية ، فأبو بكر رأى أن صاحب الحق أولى من غيره ، وأقره الرسول ﷺ على اجتهاده .

٣ - ثبت أن النبي ﷺ رضي بتحكيم سعد بن معاذ في بني قريظة ، ثم لما حكم بقتل رجالهم وسبي ذراريهم بالرأي ، أقره الرسول عليه الصلاة والسلام وقال له : « لقد حكمت فيهم بحكم الله الذي حكم به من فوق سبع سموات »^(٣) .

(١) ها : للتنبيه جعلت عوضاً عن حرف القسم (راجع القصة في شرح مسلم للنووي ٦٠/١٢ ، نصب الراية ٤٢٩/٣ ، نيل الأوطار ٢٦٢/٧) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي قتادة .

(٢) راجع مسلم الثبوت ٣٢٧/٢

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي سعيد الخدري (نيل الأوطار ٥٥/٨) .

٤ - قال الرسول ﷺ لعمر بن العاص : « احكم في بعض القضايا ، فقال : أجتهد وأنت حاضر ؟ فقال : نعم ، إن أصبت فلك أجران ، وإن أخطأت فلك أجر »^(١) . وقال لعقبة بن عامر ولرجل من الصحابة في قضية بين خصمين « اجتهدا ، فإن أصبتما فلكما عشر حسنات ، وإن أخطأتما فلكما حسنة واحدة »^(٢) وأقر الرسول عليه الصلاة والسلام عمرو بن العاص حينما صلى بأصحابه بالتييم من الجنابة ولم يغتسل ، مستدلاً بقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾^(٣) .

وأقر النبي ﷺ رجلين بالتييم ، ثم إعادة أحدهما الصلاة والوضوء حينما وجد الماء ، وعدم إعادة الآخر^(٤) .

هذه الوقائع ونحوها تثبت جواز اجتهد الصحابة ووقوعه في حضرة الرسول عليه الصلاة والسلام وفي غيبته .

وأما من فصل بين الحاضر والغائب ، فعمدته في الاستدلال تقرير معاذ على اجتهداه ، برأيه لما بعثه إلى الين ، وبعض هذه الوقائع التي ذكرتها ، أما الاجتهاد بمحضته ﷺ فلا يجوز لأنه مصدر التشريع . ورجح هذا الرأي الشوكاني^(٥) .

والخلاصة : إنني لا أرى الإطالة في هذه المسألة ، إذ أن الخلاف فيها كما قال

(١) متفق عليه من حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة ورواه بقية أصحاب الكتب الستة (تلخيص الحبير ١٨٠/٤) ورواه إسحاق عن عمر بن الخطاب (المطالب العالية ٢١٩/٥) .

(٢) رواه الطبراني في الصغير والأوسط ، وفيه متروك ، ورواه أحمد بإسناد رجاله رجال الصحيح . وروى أحمد والطبراني في الأوسط الكبير مثله عن عمرو بن العاص (مجمع الزوائد ١٩٥/٤) . ورواه الحاكم عن عمرو بلفظ « إن أصبت فلك عشرة أجور » .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والدارقطني عن عمرو بن العاص في غزوة ذات السلاسل ، وأخرجه البخاري تعليقاً ، وابن حبان والحاكم (نيل الأوطار ٢٥٨/١) .

(٤) رواه أبو داود والنسائي عن أبي سعيد الخدري (سبل السلام ٩٧/١) .

(٥) إرشاد الفحول ٢٢٧

الفخر الرازي لا ثمة له في الفقه ؛ لأن اجتهاد الصحابي إن أقره الرسول عليه الصلاة والسلام كان حجة وشرعاً بالسنة التقريرية لا باجتهاد الصحابي ، وإن لم يبلغه كان داخلاً في الخلاف في قول الصحابي ، المتقدم ذكره .

فكرة خلو العصر عن المجتهدين :

البحث في هذه الفكرة يرتبط أيضاً بحكم الاجتهاد ؛ لأن القول بفرضية الاجتهاد يستلزم عدم خلو الزمان عن مجتهد ، والسيوطي في كتابه (الرد على من أخلد إلى الأرض ...) السابق الإشارة إليه ، خصص الباب الأول في بيان فرضية الاجتهاد في كل عصر ، والباب الثاني في أنه لا يجوز عقلاً وشرعاً إخلاء العصر من مجتهد ، إلا أنني لم أجد العلماء متفقين على هذا الرأي ، وإنما اختلفوا فيه^(١) .

فقال جماعة كالحنبلة والأستاذ الإسفراييني والزيدي من الشافعية : لا يجوز خلو زمان من مجتهد يبين للناس ما نزل إليهم ويبصرهم في شرع ربهم ، ويستدلون على رأيهم أولاً - بقوله ﷺ : « لا تزال طائفة من أمتي على الحق ظاهرين حتى تقوم الساعة »^(٢) فلا يتحقق مضمون هذا الخبر إذا خلا الزمان من أناس يعرفون الحق ويبصرون به غيرهم .

(١) مسلم الثبوت ٢٤٩/٢ ، فواتح الرحموت ٣٩٩/٢ ، الأمدي ١٧٢/٣ ، إرشاد الفحول ٢٢٢ ، التقرير والتحبير ٣٣٩/٣ ، مذكرات في أصول الفقه لأستاذنا الزفزاف ١٥ وما بعدها من بحث الإجماع .

(٢) أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود عن ثوبان بلفظ « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق ، لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم كذلك » وفي لفظ آخر عند البخاري ومسلم عن المغيرة : « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتيهم أمر الله » وفي رواية لمسلم عن سعد : « لا يزال أهل الغرب ظاهرين على الحق حتى تقوم الساعة » (جامع الأصول ١٠/١٣٠) ورواه الحاكم عن عمر باللفظ المذكور (الجامع الصغير) وهناك ألفاظ أخرى عند أحمد والشيخين . وأهل الغرب : هم العرب ، والغرب : الدلو الكبير أو أهل الشدة والجلد . (شرح مسلم ٦٨/١٣) .

وثانياً : بأن الاجتهاد فرض كفاية ؛ لأن الحوادث غير متناهية ، فلو خلا العصر من مجتهد اجتمع العلماء على الباطل والخطأ ، مع أن الأمة معصومة عنه .

وقال أكثر العلماء ، منهم الرازي والغزالي والقفال وبقية المذاهب : يجوز خلو العصر من المجتهدين ، واستدلوا بقوله ﷺ : « إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ، ينتزعه من العباد ، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء ، حتى إذا لم يبق عالماً اتخذ الناس رؤساء جهالاً فسئلوا ، فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا »^(١) ، فالنبي عليه الصلاة والسلام أخبر بمجيء زمان على الناس يكون الكل جهالاً ، لا مجتهد فيه ، فالقول بمنع خلو العصر عن المجتهد فيه تكذيب لهذا الخبر ، والكذب في خبر الرسول محال .

والحقيقة أن هذا الحديث لا دلالة فيه على جواز خلو العصر عن مجتهد ؛ لأنه إخبار عن آخر الزمان ، وشرط من أشراط الساعة ، إذ لو عدم الفقهاء لم تقم الفرائض كلها ، ولو عطلت الفرائض كلها لحلت النعمة بالمخلوقات كما جاء في الخبر : « لا تقوم الساعة إلا على شرار الناس »^(٢) .

والظاهر ألا حجة لهؤلاء ، إلا الغلو في تحديد مرتبة الاجتهاد ، وقصره على الأئمة السابقين والتزام تقليدهم ، مع أن وسائل الاجتهاد متوفرة لمن بعدهم أكثر منهم ، وأن فضل الله في إفاضة العلم والفهم لا يقتصر على زمان دون زمان . أو أن يكون مرادهم الخلو عن المجتهد المطلق المستقل بوضع أصول فقهية ، وهذا لا شك قد فرغ منه ، وليس لأحد زيادة عليه . أما بقية أنواع المجتهدين فلا يخلو عنهم عصر .

أخرج أبو نعيم في الحلية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : « لن

(١) سبق تخريجه ، رواه الشيخان وأحمد في مسنده والترمذي وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو .

(٢) رواه أحمد في مسنده ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه .

تخلو الأرض من قائم لله بحجة ، لكيلا تبطل حجج الله وبياناته ، أولئك هم الأقلون عدداً الأعظمون عند الله قدراً » قال السيوطي ^(١) : وهذا موقوف له حكم الرفع ؛ لأن مثله لا يقال من قبل الرأي ، وله شواهد مرفوعة وموقوفة ، منها قول النبي ﷺ : « لا تَعَجَّلُوا بالبليّة قبل نزولها ، فإنكم إن لا تعجلوها قبل نزولها ، لا ينفك المسلمون ، وفيهم إذا هي نزلت من إذا قال وفق وسدد » ^(٢) .

وقد تتابع العلماء على القول بمثل هذه الكلمة المشهورة عن علي كرم الله وجهه ، حتى قال السيوطي : كأنها إجماع مع ما تقدم من كونها حديثاً أو أثراً .

والزركشي في كتابه « البحر » فند حجج القائلين بخلو العصر من المجتهد ، فقال : « وقول هؤلاء القائلين بخلو العصر من المجتهد ، مما يقضي منه العجب ، فإنهم إن قالوا ذلك باعتبار المعاصرين لهم فقد عاصر القفال والغزالي والرازي والرافعي من الأئمة بعلوم الاجتهاد على الوفاء والكمال جماعة منهم ، ومن كان له إمام بعلم التاريخ ، والاطلاع على أحوال علماء الإسلام في كل عصر ، لا يخفى عليه مثل هذا ، بل قد جاء بعدهم من أهل العلم من جمع الله له من العلوم فوق ما اعتده (أي عده) أهل العلم في الاجتهاد .

وإن قالوا ذلك لا بهذا الاعتبار ، بل باعتبار أن الله عز وجل رفع ما تفضل به على من قبل هؤلاء من هذه الأمة ، من كمال الفهم وقوة الإدراك والاستعداد للمعارف ، فهذه دعوى من أبطل الباطلات ، بل هي جهالة من الجهالات .

وإن قالوا ذلك باعتبار تيسير العلم لمن قبل هؤلاء المنكرين وصعوبته عليهم وعلى أهل عصورهم ، فهذه أيضاً دعوى باطلة ، فإنه لا يخفى على من له أدنى فهم أن الاجتهاد قد يسره الله للمتأخرين تيسيراً لم يكن للسابقين ؛ لأن التفاسير

(١) راجع كتابه (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض) ٢٧

(٢) لم أجده بهذه الرواية ، وقد ذكره السيوطي في كتابه المذكور .

للكتاب العزيز قد دونت وصارت في الكثرة إلى حد لا يمكن حصره ، والسنة المطهرة قد دونت ، وتكلم الأئمة على التفسير والتجريح والتصحيح والترجيح ، بما هو زيادة على ما يحتاج إليه المجتهد ، وقد كان السلف الصالح ومن قبل هؤلاء المنكرين يرحل^(١) للحديث الواحد من قطر إلى قطر ، فالاجتهاد على المتأخرين أيسر وأسهل من الاجتهاد على المتقدمين ، ولا يخالف في هذا من له فهم صحيح وعقل سوي^(٢) .

وقد نقلت هذه العبارة على طولها ، لأن فيها أعمق تحليل وأبسط بيان وأروع حجة تقوم على أولئك الذين زعموا انسداد باب الاجتهاد ، وإلزام الناس بالتقليد ، وقد أتوا من قبل أنفسهم ، وعدم ثقتهم بما وصلوا إليه من درجات علمية تبوء كلاً منهم صدارة الاجتهاد ، وكأنهم كانوا يحسون ببلوغهم درجة الاجتهاد ، كما يتبين من نقاشهم وحجاجهم واستقلالهم في الرأي والتفكير والتصويب والترجيح ، إلا أنهم لا يجرؤون على إظهاره بين المجتمع تشيئاً مع فكرة إقفال باب الاجتهاد ، فيضعون أنفسهم في دائرة مذهب من المذاهب ، ثم يجتهدون ، كما فعل الغزالي نفسه ، فإنه يقول بخلو العصر من المجتهدين ، ثم يقول : ليس بمقلد للشافعي وإنما وافق رأيه رأيه^(٣) ، وفي كتبه اجتهادات متعددة .

ومن يتتبع كتب المتأخرين يجد فيها صوراً حية من الاجتهاد الطليق ، مثل كتب ابن يتيمة وابن القيم والعز بن عبد السلام وابن دقيق العيد وابن سيد

(١) روعي في إعادة الضمير لفظ كل من (السلف) و (من) الإفرادي ولم يراع معناها الجماعي .

(٢) راجع إرشاد الفحول ٢٢٣ ، كتاب البحر المحيط للزركشي ، مخطوط بدار الكتب المصرية .

(٣) والقفال نفسه كان يقول للسائل في مسألة الصبرة : « أتسألني عن مذهب الشافعي أم ما عندي » ؟ وقال هو والشيخ أبو علي والقاضي الحسين والأستاذ أبو إسحاق وغيرهم : « لسنا مقلدين للشافعي ، بل وافق رأينا رأيه » . فها هذا كلام من يدعي زوال رتبة الاجتهاد (راجع مغني المحتاج للخطيب ٣٧٧/٤) .

الناس وزين الدين العراقي وابن حجر العسقلاني والسيوطي ، ونحوهم ممن بلغ
درجة الاجتهاد مع أنهم في عصور يقولون عنها : إنها خالية من المجتهدين^(١) .

(١) راجع إرشاد الفحول ٢٢٤ . ويلاحظ أن العزشيخ الإسلام ، وكل من بعده هنا تلميذ لمن
قبله ، فهؤلاء ستة أعلام ، كل واحد تلميذ من قبله ، محيط بعلوم الاجتهاد .

المبحث الخامس

تجزؤ الاجتهاد

تجزؤ الاجتهاد معناه : أن يتمكن العالم من استنباط الحكم في مسألة من المسائل دون غيرها أو في باب فقهي دون غيره ، فالمتجهد المتجزئ هو العارف باستنباط بعض الأحكام^(١) ، فإذا تم له ذلك بتوافر شروط الاجتهاد ، فهل له أن يجتهد في المسألة أو لا بد من أن يكون مجتهداً مطلقاً ؟

اختلف العلماء في تجزي الاجتهاد في بعض المسائل ، كالاجتهاد في موضوعات الفرائض مثلاً .

فقال أكثر العلماء : يجوز تجزؤ الاجتهاد بمعرفة ما يتعلق بمسألة وما لا بد منه فيها ، وإن جهل ما لا تعلق له بها من بقية المسائل الفقهية .

وقال بعضهم : لا يجوز ، لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها في نوع آخر منه^(٢) .

استدل الأكثرون بما يأتي :

١ - لو لم يتجزأ الاجتهاد لزم أن يكون المجتهد عالماً بجميع المسائل حكماً

(١) إرشاد الفحول ٢٢٤ ، أصول الاستنباط للحيدري ٢٤٨

(٢) المستصفى ١٠٣/٢ ، الأمدي ١٤٠/٣ ، إرشاد الفحول ٢٢٤ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٦٤/٢ ، شرح العضد لمختصر المنتهى ٢٩٠/٢ ، أعلام الموقعين ٢١٦/٤ ، قارن أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٢٨٥

ودليلاً ، واللازم منتف ، إذ ليس من شرط المفتي : أن يكون عالماً بجميع أحكام المسائل ومداركها ، فإنه ليس في وسع البشر ، فالإمام مالك - وهو مجتهد بالإجماع - قد سئل عن أربعين مسألة ، فقال في ست وثلاثين منها : « لا أدري » ، وم توقف الشافعي ، بل الصحابة ، في المسائل .

٢ - إذا اطلع العالم على أمارات بعض المسائل فيكون هو وغيره سواء في تلك المسائل ، وكونه لا يعلم أمارات غيرها لا مدخل له فيها ، فإذا يجوز له الاجتهاد فيها كما جاز لغيره .. هذا مع ملاحظة أنه لا بد من توافر كل ما يتعلق بالمسألة المجتهد فيها كما بينت .

واحتج الآخرون بأنه يحتمل أن يكون كل ما يقدر جهله به يجوز تعلقه بالحكم الذي يبحث فيه ، والعلماء اتفقوا على أن المجتهد لا يجوز له الحكم بالدليل حتى يحصل له غلبة الظن بحصول المقتضي وعدم المانع ، وهذا يحصل للمجتهد المطلق ، وهنا لم يحصل للمجتهد ظن عدم المانع .

وأجيب بأننا نفترض حصول جميع ما يتعلق بتلك المسألة .

وقد رجع بعض الكتّاب المحدثين مذهب هؤلاء^(١) ؛ لأن الاجتهاد ملكة وأهلية معينة تتطلب فهم روح الشريعة والمبادئ العامة فيها ، وهو بمثابة البلاغة التي لا تتوافر عند إنسان ما لم يكن بليغاً في كل فنون الكلام بحيث يتطابق مع مقتضى الحال ، فلا يتصور أن يكون العالم مجتهداً في أحكام الطلاق وغير مجتهد في أحكام البيع ، أو مجتهداً في أحكام العقوبات وغير مجتهد في أحكام العبادات ؛ لأن أحكام الشرع يتعلق بعضها ببعض ، فالجهل ببعضها مظنة

(١) راجع علم أصول الفقه لخلاف ٢٦١ ، أصول الفقه الإسلامي لشاكر الحنبلي ٣٩٠ ، الأصول العامة للفقه المقارن ٥٨٥

للتقصير في الباب والنوع الذي قد عرفه^(١) .

ولكني أرجح مذهب الأكثرين ، إذ أنهم قرروا ضرورة توافر شروط الاجتهاد في العالم ، ومنها : معرفة مقاصد الشريعة ، كما أنهم تطلبوا معرفة ما يتصل بموضوع الاجتهاد ، وحيث أن معنى لمنع تجزي الاجتهاد لا سيما في مثل ظروفنا الحاضرة ، لما يترتب عليه من مجافاة مقتضيات الواقع .

والمهم في الأمر ، كما قال الغزالي : أن يكون العالم على بصيرة فيما يفتي ، فيفتي فيما يدري ويدري أنه يدري ، ويميز بين ما لا يدري وبين ما يدري ، فيتوقف فيما لا يدري ، ويفتي فيما يدري^(٢) ، وهو معنى دليل المجوزين ، وملخصه : أن هذا العالم قد عرف الحق بدليله ، وقد بذل جهده في معرفة الصواب ، فحكمه في ذلك حكم المجتهد المطلق^(٣) .

والقول يتجزؤ الاجتهاد في تقديره : كان هو النافذة التي استطاع بها العلماء تخفيف غلواء سد باب الاجتهاد ، نزولاً تحت عامل الضرورة أو الحاجة التي تصادف العلماء في كل زمن للإفتاء في حكم الحوادث المتجددة ، وحيث إن فكرة إقفال باب الاجتهاد ، لا مساع لقبولها كما سيعرف ، فإن ترجيح مذهب القائلين بتجزي الاجتهاد هو الأمر المحتم بطريق الأولى .

قال الكاظمي : « وأما الاجتهاد بالتجزي : فلا ينبغي الإشكال في إمكانه ، بل في حجية رأيه عليه نفسه ، لإطلاق الأدلة^(٤) » .

والخلاصة : إن الخلاف في قضية تجزي الاجتهاد ليس بعيد الجانبين ، وإنما

(١) أعلام الموقعين ٢١٦/٤

(٢) المستصفى ١٠٣/٢

(٣) راجع أعلام الموقعين ٢١٦/٤

(٤) العناوين المسائل الأصولية ٨٩/٢

هو منحصر في دائرة ضيقة ، إذ أنه عند القائلين بالتجزي ، لا بد من توافر شروط الاجتهاد ، ولكن لا يطلب تحقق الشرط بكامله ، وإنما يكفي أن تتكامل الشروط مجتمعة في موضوع من الموضوعات .

والأستاذ محمد تقي الحكيم أبان سبب الاختلاف بين العلماء في هذا الموضوع فقال : « إن الخلط بين ملكة الاجتهاد وإعمالها ، هو الذي سبب الارتباك في كلمات بعضهم ، والتجزي في مقام إعمال الملكة يكاد يكون من الضروريات ، بل لا يوجد في هذا المقام اجتهاد مطلق أصلاً ، ودعوى امتناع الاجتهاد المطلق بهذا المعنى لا تخلو من أصالة ، لاستحالة إعمال الملكة في جميع المسائل ، حتى التي لم توجد موضوعاتها بعد ، فاستيعاب جميع مسائل الفقه أمر متعذر على بشر عادي بداهة^(١) » .

أي أنه لا يلزم من توافر ملكة الاجتهاد عند عالم أن يعلم فعلاً جميع المسائل ، وأن يستخدم ملكته دائماً ، فالطبيب - بعد تخرجه - طبيب ، وإن لم يداو واحداً من المرضى .



(١) انظر الأصول العامة للفقه المقارن ٥٨٦ وما بعدها .

المبحث السادس

مراتب المجتهدين

أتعرض لهذا الموضوع لما له من صلة بفكرة الاجتهاد ، كما فهمها العلماء المتأخرون ، فأدى ذلك الفهم إلى إحكام إغلاق باب الاجتهاد ، واستغراب الكثيرين من أبناء عصرنا الكلام في الاجتهاد .

قال السيوطي (المتوفى سنة ٩١١ هـ) : « لهج كثير من الناس اليوم (أي في زمنه) بأن المجتهد المطلق فقد من قديم ، وأنه لم يوجد من دهر إلا المجتهد المقيد ، وهذا غلط منهم ، ما وقفوا على كلام العلماء ، ولا عرفوا الفرق بين المجتهد المستقل ، ولا بين المجتهد المقيد ، والمجتهد المنتسب ، وبين كل ما ذكر فرق^(١) » .

فيفهم من كلامه وكلام غيره كابن الصلاح والنووي : أن مراتب المجتهدين خمسة ، وهي في جملتها : إما مستقل أو غير مستقل ، وغير المستقل أربعة أقسام ، هذه المراتب هي^(٢) :

١ - المجتهد المستقل :

وهو الذي استقل بقواعده لنفسه ، يبني عليها الفقه خارجاً عن قواعد المذهب المقررة ، قال السيوطي : « وهذا شيء فقد من دهر ، بل لو أرادته الإنسان اليوم لامتنع عليه » .

(١) الرد على من أدخل إلى الأرض ٢٨

(٢) المرجع السابق ٣٩ - ٤٢ ، الدخول إلى مذهب الإمام أحمد ١٨٤ ، العناوين في المسائل الأصولية

٨٩/٢ ، الأصول العامة للفقه المقارن ٥٩١ ، مقدمة كتاب المجموع للنووي ، علم أصول الفقه

لخلاف ٣٤٢ ، أعلام الموقعين ٢١٢/٤

٢ - المجتهد المطلق غير المستقل :

وهو الذي وجدت فيه شروط الاجتهاد التي اتصف بها المجتهد المستقل ، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد ، بل سلك طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد ، فهو مطلق منتسب ، لا مستقل ولا مقيد ، إذ أنه لم يقلد إمامه ، ولكنه سلك طريقته في الاجتهاد ، مثل أبي يوسف ومحمد وزفر من الحنفية ، وابن القاسم وأشهب من المالكية ، والبويطي والزعفراني والمزني من الشافعية .

٣ - المجتهد المقيد أو مجتهد التخريج :

وهو أن يكون مقيداً في مذهب إمامه ، مستقلاً بتقرير أصوله بالدليل ، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده كالحسن بن زياد والكرخي والطحاوي من الحنفية ، والأهري وابن أبي زيد من المالكية ، وأبي إسحاق الشيرازي والمروزي من الشافعية ، ونحوهم من أصحاب الوجوه الموقولة في المذهب تخريجاً على منصوص الإمام . وهذه هي رتبة الاجتهاد في المذهب : وهو الذي يتمكن فيه المستنبط من معرفة الأحكام في الوقائع التي لم يرد فيها نص عن إمام المذهب بطريق التخريج على النصوص أو القواعد المنقولة عن إمام المذهب . ويحدث التخريج أيضاً ، فيما إذا أفتى المجتهد في مسألتين متشابهتين بحكمين مختلفين في وقتين ، فيجوز نقل الحكم وتخريجه من كل واحدة منهما إلى الأخرى ، ما لم يفرق بينهما ، أو يقرب الزمن .

٤ - مجتهد الترجيح :

وهو ألا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه ، لكنه كما قال النووي في المجموع : « فقيه النفس ، حافظ لمذهب إمامه ، وعارف بأدلته قائم بتقريرها ، يصور ويحرر ويقرر ، ويمهّد ويزيف ويرجح ، لكنه قصر عن أولئك (أي المجتهدين) لقصوره عنهم في حفظ المذهب ، أو الارتياض في الاستنباط ، أو معرفة الأصول

ونحوها من أدواتهم » ، مثل القدوري والمرغيناني صاحب الهداية من الحنفية .

أي إن هذا المجتهد يتمكن من ترجيح قول لإمام المذهب على قول آخر . أو الترجيح بين ما قاله الإمام وما قاله تلاميذه أو غيره من الأئمة ، فشأنه تفضيل بعض الروايات على بعض .

وبواسطة هؤلاء المجتهدين الذين لم يخل منهم عصر ، أمكن ضبط الأحكام الفقهية الكثيرة المنقولة عن أئمة المذاهب الأربعة ، وتخرج علل هذه الأحكام حتى يتسنى القياس عليها فيما لم يرد فيه نص عنهم ، ومعرفة الأقوال التي يصح الاعتماد عليها . والتي لا يصح . وبواسطتهم أيضاً أمكن الوفاء بما يحتاج إليه الناس في العصور المختلفة من أحكام .

٥ - مجتهد الفتيا :

وهو أن يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه في الواضحات والمشكلات ، ولكن عنده ضعف في تقرير أدلته وتحرير أقيسته .

قال فيه النووي : « فهذا يعتمد نقله وفتواه به فيما يحكيه في مسطورات مذهبه من نصوص إمامه ، وتفريع المجتهدين في مذهبه » .

وانتقد هذا التقسيم^(١) لإطلاق كلمة (المجتهد) على أصناف المجتهد المقيّد في المذهب ؛ لأن (المقيّد) لا ينتهي باستنباطه إلى الحكم الشرعي ، وإنما ينتهي إلى رأي إمامه ، وحينئذ يطلق على الأصناف الثلاثة الأخيرة كلمة الاجتهاد تسامحاً .

(١) راجع الأصول العامة للفقه المقارن ٥٩٢ وما بعدها .

أقسام المفتين عند ابن القيم الجوزية :

ذكر ابن القيم أنواع المجتهدين أو المفتين بتصنيف آخر ، يحسن بيانه ، فقال :
المفتون الذين نصبوا أنفسهم للفتوى أربعة أقسام^(١) .

أحدهم : العالم بكتاب الله وسنة رسوله وأقوال الصحابة : فهو المجتهد في أحكام النوازل ، يقصد فيها موافقة الأدلة الشرعية حيث كانت ، ولا ينافي اجتهاده تقليده لغيره أحياناً ، فلا تجد أحداً من الأئمة إلا وهو مقلد من هو أعلم منه في بعض الأحكام ، وقد قال الشافعي رحمه الله ورضي عنه في موضع من الحج : قلته تقليداً لعطاء .

فهذا النوع الذي يسوغ لهم الإفتاء ، ويسوغ استفتاءهم ، ويتأدى بهم فرض الاجتهاد ، وهم الذين قال فيهم النبي ﷺ : « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة من يجد لها دينها »^(٢) وهم غرس الله الذين لا يزال يغرسهم في دينه ، وهم الذين قال فيهم علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : « لن تخلو الأرض من قائم لله بحجته » .

النوع الثاني : مجتهد مقيد في مذهب من أئمة به ، فهو مجتهد في معرفة فتاويه وأقواله ومأخذه وأصوله ، عارف بها ، متمكن من التخريج عليها ، وقياس ما لم ينص من أئمة به عليه على منصوصه ، من غير أن يكون مقلداً لإمامه ، لا في الحكم ولا في الدليل . لكن سلك طريقه في الاجتهاد والفتيا ، ودعا إلى مذهبه ورتبه وقرره ، فهو موافق له في مقصده وطريقه معاً ، مثل القاضي أبي يعلى من الحنابلة .

(١) أعلام الموقعين ٢١٢/٤ وما بعدها .

(٢) رواه أبو داود والحاكم والبيهقي في المعرفة عن أبي هريرة (الفتح الكبير ٢٥٣/١) .

النوع الثالث : من هو مجتهد في مذهب من انتسب إليه ، مقرر له بالدليل ، متقن لفتاويه ، عالم بها ، لكن لا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها ، وإذا وجد نص إمامه لم يعدل عنه إلى غيره ألبتة . وهذا شأن أكثر المصنفين في مذاهب أئمتهم ، وهو حال أكثر علماء الطوائف .

وكثير منهم من يظن أنه لا حاجة به إلى معرفة الكتاب والسنة والعريية لكونه مجتزياً بنصوص إمامه ، فهي عنده كنصوص الشارع ، وقد اكتفى بها من كلفة التعب والمشقة . وقد كفاه الإمام استنباط الأحكام ومؤنة استخراجها من النصوص ، وقد يرى إمامه ذكر حكماً بدليله ، فيكتفي هو بذلك الدليل من غير بحث عن معارض له .

وهذا شأن كثير من أصحاب الوجوه والطرق والكتب المطولة والمختصرة ، وهؤلاء لا يدعون الاجتهاد ، ولا يقرون بالتقليد .

وقد انتقدهم ابن القيم لبلوغهم درجة الاجتهاد في كلام الله ورسوله ، واستنباط الأحكام منه ، وترجيح ما يشهد له النص ، ثم يلزمون أنفسهم بمذهب إمام يعتبرونه أعلم من غيره ، أحق بالاتباع من سواه ، وأن مذهبه هو الراجح ، والصواب دائر معه .

النوع الرابع : طائفة تفقهت في مذاهب من انتسبت إليه ، وحفظت فتاويه وفروعه ، وأقرت على أنفسها بالتقليد المحض من جميع الوجوه . فإن ذكروا الكتاب والسنة يوماً في مسألة ، فعلى وجه التبرك والفضيلة لا على وجه الاحتجاج والعمل . وإذا رأوا أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم قد أفتوا بفتيا ، ووجدوا لإمامهم فتيا يخالفها ، أخذوا بفتيا إمامهم ، وتركوا فتاوى الصحابة ، قائلين : الإمام أعلم بذلك منا ، ونحن قد قلدناه ، فلا نتعداه ولا نتخطاه ، بل هو أعلم بما ذهب إليه منا .

ومن عدا هؤلاء فتكلف متخلف ، قد دنا بنفسه عن رتبة المشتغلين ، وقصّر
عن درجة المحصلين ، فهو مكذلك مع المكذكين . وإن ساعد القدر واستقل
بالجواب ، قال : يجوز شرطه ، ويصح شرطه ، ويجوز ما لم يمنع منه مانع
شرعي ، ويرجع في ذلك إلى رأي الحاكم ، ونحو ذلك من الأجوبة التي يستحسنها
كل جاهل ، ويستحي منها كل فاضل .

المبحث السابع

فتح الاجتهاد وإغلاقه

انقسمت الدولة الإسلامية في القرن الرابع الهجري إلى دويلات وممالك ، مما أضعف الأمة الإسلامية ، وقطع الروابط السياسية فيما بينها ، فكان من جراء الانقسام ضعف الاستقلال الفكري ، وجمود النشاط العلمي ، ووقع العلماء في حمأة التعصب المذهبي وفقدان الثقة بالنفس ، وكثرة الجدل والمناظرة والتحاسد فيما بينهم والشغف بالمادة ، وابتلي الناس بقضاة غير أكفء ، وعكف العلماء على تدوين المذاهب واختصار الكتب .

وخاف بعض العلماء من ضعف الوازع الديني الذي قد يؤدي إلى هدم صرح الفقه الذي بناه الأئمة السابقون ، فتنادوا بالتزام المذاهب المتقدمة ودعوا إلى سد باب الاجتهاد منعاً من ولوج أناس فيه ليسوا أهلاً للاجتهاد والاستنباط^(١) . وهذا في تقديري من باب السياسة الشرعية التي تعالج شأناً خاصاً ، أو أمراً مؤقتاً ، أو فوضى اجتهادية قائمة بسبب ادعاء غير الأكفء الاجتهاد ، فإذا زال الموجب لما سبق ، وجب العود إلى أصل الحكم ، وهو فتح باب الاجتهاد ، إذ لا دليل أصلاً على سد باب الاجتهاد ، وإنما هي « دعوى فارغة وحجة واهنة أوهن من بيت العنكبوت ؛ لأنها غير مستندة إلى دليل شرعي أو عقلي سوى التوارث^(٢) » .

(١) انظر تاريخ التشريع للخضري ٣١٩ وما بعدها ، تاريخ الفقه الإسلامي للسايس وجماعة ١١٩ وما بعدها .

(٢) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق لمحمد سعيد الباني ٦٢

قال بعض علماء الشيعة : « وكان سد باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري ^(١) ، وتحديد الإنتاج الفكري فيما يتعلق بالتشريع من الأخطاء الجسام التي لا مبرر لها ، بعد أن استمر أكثر من ثلاثة قرون مفتوحاً ، أنتج خلالها الفكر الإسلامي في الفقه وأصوله ثروة خالدة أمدت التشريع الإسلامي بالفقه وأسباب البقاء والخلود ^(٢) » .

لهذا فيإني أقول : إن باب الاجتهاد مفتوح لكل ذي بصيرة ، حتى لا يحرم إنسان من التدبر والنظر ، وحرية الفكر ، وإعمال مواهبه ، ولا يقال : إن طريق الاجتهاد موصد فيحتاج إلى فتح ، ودعوة للتحرر ، إذ لا يسلم بإقفال هذا الباب من الأصل ، فضلاً عن القول بما قاله علماء القرن الرابع ومن تابعهم .

والاجتهاد الآن لا يعني فقط إحداث آراء جديدة لوقائع جديدة ، وإنما مجاله أيضاً النظر في الأدلة ذاتها ، دون تقييد بمذهب أحد .

لهذا فإن الشيعة أصابوا في بقائهم على أصل فتح باب الاجتهاد المطلق لمن كان أهلاً له ^(٣) .

وقد أورد الإمام السيوطي في كتابه ^(٤) نصوص العلماء من جميع المذاهب المتفقة على القول بفرضية الاجتهاد وذم التقليد ، فقد نهى أئمة المذاهب عن تقليدهم ، وطالبوا بضرورة التفكير والنظر ، كما تابعهم العلماء في ذلك ، قال محي السنة أبو محمد البغوي في كتابه (التهذيب) : (وهو من أجل الكتب المصنفة في الفقه) : « العلم ينقسم إلى فرض عين وفرض كفاية » - فذكر فرض العين - ثم

(١) الأدق أن يقال : في أواخر القرن الرابع الهجري ؛ لأن العبارة المألوفة هي أنهم قالوا : أقفل باب الاجتهاد بعد الأربعائة .

(٢) المبادئ العامة للفقه الجعفري لهاشم معروف ٣٥٩

(٣) انظر العناوين في المسائل الأصولية ٨٩/٢ ، الأصول العامة للفقه المقارن ٦٠٥

(٤) الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض ٣ - ١٣

قال : « وفرض الكفاية هو أن يتعلم ما يبلغ رتبة الاجتهاد ومحل الفتوى والقضاء ، ويخرج من عداد المقلدين ، فعلى كافة الناس القيام بتعلمه ، غير أنه إذا قام من كل ناحية واحد أو اثنان سقط الفرض عن الباقيين ، فإذا قعد الكل عن تعلمه عصوا جميعاً ، لما فيه من تعطيل أحكام الشرع ، قال الله تعالى : ﴿ فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون ﴾ ^(١) .

وحكم الشهرستاني في كتابه (الملل والنحل) بعصيان أهل العصر بأسرهم إذا قصرُوا في القيام بهذا الفرض ، وأقام على فرضيته دليلاً عقلياً قطعياً لا شبهة فيه ، فقال : « وبالجمله نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضاً ؛ والنصوص إذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ^(٢) » .

إمكان الاجتهاد وأهميته في عصرنا :

الاجتهاد حياة التشريع ، فلا بقاء لشرع ما لم يظل الفقه والاجتهاد فيه حياً مرناً ذا فعالية وحركة ^(٣) ، إذ أن من مقتضيات النمو وتطور الحياة وضرورة

(١) الرد على من أخلد إلى الأرض وجعل أن الاجتهاد في كل عصر فرض ٤

(٢) الملل والنحل ١٩٩/١ ، ٢٠٥ . وانظر مثله في الموافقات ١٠٤/٤ .

(٣) قال الغزالي في المنحول ٤٦٢ : « الاجتهاد ركن عظيم في الشريعة ، لا ينكره منكر ، وعليه عول الصحابة ، بعد أن استأثر الله برسوله ﷺ ، وتابعهم عليه التابعون إلى زماننا هذا ولا يستقل به أحد ، ولكن لا بد من أوصاف وشرائط ، مجملها أن تقول : المجتهد : هو المستقل بأحكام الشرع نصاً واستنباطاً . وأشرنا بالنص إلى الكتاب والسنة ، وبالاستنباط إلى الأقيسة والمعاني . وأما تفصيل هذه الشروط فقد سبق بيانه .

(راجع الرد على من أخلد إلى الأرض وجعل أن الاجتهاد في كل عصر فرض للسيوطي ٨٨) .

انتشار الشريعة في العالم : الجزم بأن الاجتهاد معتبر ، لا سيما في عصرنا هذا - عصر السرعة وتعقد المعاملات وتجدد الحوادث والمشكلات - فهناك قضايا كثيرة تستدعي حلولاً شرعية سليمة ، ولا ملجأً لحلها في غير الاجتهاد ، فهو من أعظم القرب التي تقترب بها إلى الله سبحانه وتعالى ؛ لأنه نقطة الارتكاز التي يقوم عليها الحكم بصلاح شريعة الإسلام لكل زمان ومكان .

فلنكن جريئين في الاجتهاد غير هيايين ، ولنستنهض الهمم ، ولنعدد الإمكانيات الوافرة ، للبحث الدائب والعمل المتواصل ، وإيجاد حلقات دراسية خاصة للتداول في شأن مستحدثات العصر ، وإلا كنا جميعاً آثمين بلا تردد ، وهذا ما أدين الله عليه .

أما القعود إلى الكسل والرضا بما آل إليه فقه الإسلام من تخلف عن مسايرة ركب الحضارة وتطور العلم واتساع ميادين الفقه العالمية ، فهو مما لا يرضي الله ورسوله ، ولا يقبله مسلم حريص على دين الله وتطبيق أحكامه في الأنام .

والاجتهاد ممكن كل الإمكان ، ولا صعوبة فيه ، بشرط أن ندفن تلك الأوهام والخيالات ، ونمزق ذلك الران الذي خيم على عقولنا وقلوبنا من روايب الماضي وآفات الخمول ، والظن الآثم بعدم إمكان الوصول إلى ما وصل إليه الأولون ، فكأن ذلك نوع من المستحيل ، وهل هناك مستحيل بعد غزو الفضاء واختراع الذرة والكهرباء وتوابعهما ؟

ليت شعري لو كان في زماننا مثل أبي حنيفة بطل الحرية والتفكير ، فهل يرضى بما عليه علماء اليوم وأساتذة الجامعات ؟ ! .

إن استكمال شرائط الاجتهاد ليس من العسير في شيء بعد تدوين العلوم المختلفة ، وتعدد المؤلفات فيها ، وتصفية كل دخیل عليها ، غير أنه لا ينكر أن الاجتهاد المستقل بإيجاد أصول جديدة وقواعد خاصة للاستنباط ، لا مجال له

اليوم ، فقد هدى الباحثون المجتهدون إلى مواطن الحق والكمال فيها ، فما علينا إلا الاهتداء بهديهم ، واستعمال أمضى سلاح عرفوه للولوج إلى مجاهل كل غريب ، واستشارة دفين كل بعيد .

وها هم العلماء نراهم في كل عصر يجتهدون ، ويرجعون بين أقوال الفقهاء السابقين ، حتى انضبطت المذاهب ، وحررت الأحكام .

ولأنقل لك عبارة ابن عبد السلام من أئمة المالكية في كتابه (شرح مختصر ابن الحاجب) في باب القضاء ، حيث يقول : « إن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها ، وهي شرط في الفتوى والقضاء ، وهي موجودة إلى الزمان الذي أخبر عنه عليه الصلاة والسلام بانقطاع العلم ، ولم نصل إليه إلى الآن ، وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ ، وذلك باطل » .

قال السيوطي معلقاً على هذه العبارة : « فانظر كيف صرح بأن رتبة الاجتهاد غير متعذرة ، وأنها باقية إلى زمانه ، وبأنه يلزم من فقدانها اجتماع الأمة على الباطل وهو محال^(١) » .

الوظائف التي يشترط فيها الاجتهاد :

ومما يؤكد ضرورة القول بأن باب الاجتهاد مفتوح ما شرطه أولئك الفقهاء في متولي الوظائف التالية^(٢) :

- ١ - الإمامة العظمى : اشترط الفقهاء أن يكون الإمام الأعظم مجتهداً .
- ٢ - وزارة التفويض : وهي أن يستوزر الإمام من يفوض إليه تدبير الأمور

(١) الرد على من أخلد إلى الأرض ٢٤

(٢) المرجع السابق ١٦ وما بعدها ، راجع الأحكام السلطانية للماوردي ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى في مواضع بيان أحكام هذه الوظائف .

- برأيه ، وإمضاءها على اجتهاده ، فيعتبر في تقليد هذه الوزارة شروط الإمامة .
- ٣ - القضاء : اشترط المالكية والشافعية والحنابلة في القاضي أن يكون مجتهداً .
- ٤ - نواب القاضي وخلفاؤه : يشترط فيهم أيضاً أن يكونوا من أهل الاجتهاد .
- ٥ - المفتي : يجب أن يكون المفتي مجتهداً في المذهب الذي يفتي فيه كالمجتهد في الشريعة .
- ٦ - الحسبة : وهي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله .
- وذكر القاضي أبو يعلى احتمالين في اشتراط الاجتهاد في المحتسب ، وصحح الماوردي عدم الاشتراط .

المبحث الثامن

الإصابة والخطأ في الاجتهاد

الخلاف في هذه المسألة الفلسفية قديم ، وهي ذات شقين :

الشق الأول : في الأصول والقضايا العقلية .

الشق الثاني : في مسائل الفروع الفقهية .

سأتكلم عن كلا الأمرين من ناحيتين : ناحية الإصابة ، والخطأ في الاجتهاد

فيها ، وناحية حكم المخطيء من حيث التأثم .

أولاً - الاجتهاد في العقليات والأصول :

اتفق عامة الأصوليين^(١) على أن الناظر في القضايا العقلية المحضة والمسائل الأصولية : يجب أن يهتدي إلى الحق والصواب فيها ؛ لأن الحق فيها واحد لا يتعدد ، والمصيب فيها واحد بعينه ، وإلا اجتمع النقيضان ، فمن أصاب الحق فقد أصاب ، ومن أخطأ فهو آثم ، ونوع الإثم يختلف . فإن كان الخطأ فيما يرجع إلى الإيمان بالله ورسوله فالخطيء كافر ، وإلا فهو مبتدع فاسق ؛ لأنه عدل عن

(١) راجع المستصفى ١٠٥/٢ ، الآمدي ١٤٦/٣ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٨/٢ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٩٣/٢ ، مسلم الثبوت ٣٢٨/٢ ، إرشاد الفحول ٢٢٨ ، شرح الإسنوي ٢٥٠/٢ ، الملل والنحل للشهرستاني ٢٠١/١ ، كشف الأسرار ١١٣٧/٢ ، التلويح ١١٨/٢

الحق ، وضل ، كالقول بعدم رؤية الله تعالى ، وخلق القرآن والأعمال^(١) .

والقضايا العقلية : هي التي يصح للناس إدراك حقيقتها بنظر العقل قبل ورود الشرع ، مثل ما يتعلق بإثبات الصانع واجب الوجود وصفاته الواجبة والجائزة والمستحيلة ، وبعثة الرسل وتصديقهم بالمعجزات ، وحدوث العالم ، وجواز رؤية الله تعالى ، وخلق القرآن والأعمال ، وخروج الموحدين من النار ، وما يشابهها .

وأما المسائل الأصولية : فمثل كون الإجماع والقياس وخبر الواحد حجة ؛ لأن أدلتها قطعية ، فيعتبر المخالف فيها أثماً مخطئاً .

وقال الجاحظ وعبيد الله بن الحسن العنبري من المعتزلة : لا إثم على المجتهد المخطئ في العقليات ما دام لم يصل إلى درجة العناد ، فإذا اجتهد مخالف ملة الإسلام من اليهود والنصارى والدهرية^(٢) ، فأداه اجتهاده إلى معتقده فلا يآثم ؛

(١) قال أهل السنة : يرى أولياء الله ربهم في الآخرة لقوله تعالى : ﴿ وجوه يومئذ ناضرة ، إلى ربها ناظرة ﴾ ولقوله ﷺ : « إنكم سترون ربكم عياناً ، كما ترون هذا القمر ، لا تضامون في رؤيته » وخالف المعتزلة في ذلك لقوله تعالى : ﴿ لا تدركه الأبصار وهو يدرك الأبصار ﴾ والمعنى عند أهل السنة لا تدركه إدراك ماهية وإحاطة ، وقال أهل السنة : كلام الله قديم ؛ لأنه صفة من صفاته ، وصفاته قديمة كذاته ، والقرآن كلام الله عز وجل ، وما تكلم به الله فليس بمخلوق ، فهو كلام الله غير مخلوق ، وكلام الله من الله ، وليس من الله شيء مخلوق . وخالف المعتزلة فقالوا : القرآن مخلوق ؛ لأنهم ينكرون الصفات الأزلية لله ، والقرآن من الصفات . وقال بذلك الجهمية أتباع جهم بن صفوان من صغار التابعين ، وكذلك الخوارج وبعض المرجئة .

وقال أكثر أهل السنة : إن الله يخلق الاستطاعة على الفعل عندما ينبغي أن تكون ، فهو يخلق القطع بالسكين ، حين تلامس المقطوع ، ومجمل عقيدة الأشاعرة : أن أفعال العباد الاختيارية واقعة بقدرة الله تعالى وحدها . وقال المعتزلة : بقدرة العبد وحدها ، والاستطاعة قبل الفعل ، والسكين تقطع باستطاعة فيها ، والإيمان والكفر باستطاعة خلقت في الإنسان . الدهرية : طائفة من الأقدمين أنكروا الصانع وزعموا أن العالم لم يزل موجوداً كذلك بنفسه لا بصانع ، ولم يزل الحيوان من نطفة ، والنطفة من حيوان ، كذلك كان ، وكذلك يكون أبدأ (المنقذ من الضلال للغزالي ١٠) .

لأنه نظر وبذل ما في وسعه وطاقته من الاجتهاد فهو معذور ، وزاد العنبري بأن قال : كل مجتهد في العقليات مصيب^(١) . فإذا أراد بالإصابة : أنه أتى بما كلف به مما هو داخل تحت قدرته من الاجتهاد ، فرأيه هو رأي الجاحظ ، وإن أراد ما اعتقده موافق للمعتقد الصحيح ، فقد خرج عن المعقول ؛ لأنه لا يعقل أن يكون قدم العالم وحدوثه حقاً ، وإثبات الصانع ونفيه حقاً في نفس الأمر ، ونحو ذلك من الأمور القائمة بذاتها التي لا تتبع الاعتقاد .

وقد استشيع المعتزلة هذا القول من العنبري ؛ لأنه يقتضي تصويب اليهود والنصارى وسائر الكفار في اجتهادهم ، وأولوا قوله : بأنه أراد اختلاف المسلمين في المسائل الكلامية ، كمسألة رؤية الخالق وخلق الأفعال وخلق القرآن ونحوها ؛ لأن الآيات والأخبار فيها متشابهة ، والأدلة ظنية متعارضة ، فيعذر المجتهد فيها ، وأما ما اختلف فيه المسلمون وغيرهم من أهل الملل كاليهود والنصارى ، فهذا مما يقطع فيه بقول أهل الإسلام^(٢) .

الأدلة :

استدل الجاحظ والعنبري بالكتاب والمعقول^(٣) .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ وهؤلاء الكفار قد عجزوا عن درك الحق ، ولزموا عقائدهم خوفاً من الله تعالى حينما سد عليهم طريق المعرفة . ورد هذا بأننا نمنع أنهم عجزوا عن درك الحق ؛ لأن الله أقدرهم على ذلك بما رزقهم من العقل ، ونصب الأدلة وبعث الرسل الذين نبهوا العقول ، حتى لم يبق الله حجة بعد الرسل .

(١) المراجع السابقة ، المستصفى ١٠٧

(٢) إرشاد الفحول ٢٢٩ ، الأمدي ١٤٧/٣

(٣) المستصفى ١٠٦/٢ ، الأمدي ، المرجع السابق ، مسلم الثبوت ٣٢٩/٢

وأما المعقول : فهو أن الله تعالى رؤوف بعباده ، رحيم بهم ، فلا يليق به تعذيبهم على ما لا قدرة لهم عليه ، ولهذا كان الإثم مرتفعاً عن المجتهدين في الأحكام الشرعية الفرعية ، مع اختلاف اعتقاداتهم فيها ، بناء على اجتهداتهم المؤدية إليها .

وأجيب عنه : بأن رفع الإثم في المجتهدات الفقهية إنما كان ؛ لأن المقصود منها هو الظن بها ، بخلاف ما نحن فيه ، وهو العقائد ، فإن المطلوب فيها ليس هو الظن ، بل العلم واليقين ، ولم يحصل منهم .

واستدل عامة أهل الأصول بالكتاب والسنة وإجماع الأمة^(١) :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ذلك ظن الذين كفروا فويل للذين كفروا من النار ﴾ وقوله : ﴿ وذلك ظنكم الذي ظننتم بربكم أرداكم ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ ويحسبون أنهم على شيء ألا إنهم هم الكاذبون ﴾ ، وقوله جل وعلا : ﴿ في قلوبهم مرض ﴾ ، ﴿ ولهم عذاب عظيم ﴾ ، ﴿ وهو في الآخرة من الخاسرين ﴾ .

وجه الدلالة في هذه الآيات : أن الله تعالى ذمهم على معتقدهم ، وتوعدهم بالعقاب عليه ، ولو كانوا معذورين فيه لما كان الوعيد .

وأما السنة : فما عرف عنه عليه الصلاة والسلام أنه طالب الكفار من اليهود والنصارى بتصديقه واعتقاد رسالته ، وذمهم على معتقاداتهم^(٢) .

(١) الآمدي ١٤٦/٣ ، مسلم الثبوت ٣٢٨/٢ ، كشف الأسرار ١١٣٨/٢ ، المستصفى ١٠٦/٢ ، شرح البدخشي مع الإسنوي ٢٥١/٣

(٢) انظر مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدية للدكتور حميد الله لمعرفة كتب الرسول ﷺ إلى الملوك والأمراء والولاة في الجزيرة العربية وخارجها التي يدعوهم فيها إلى الإسلام ٤١ - ١١٠

وأما الإجماع : فهو أن الأمة من السلف اتفقوا أيضاً على ذم الكفار ومطالبتهم بترك اعتقاداتهم ، واعتناقهم رسالة السماء الأخيرة .

فالذم على اعتقادات الكفار دليل على أنهم مخطئون في اعتقادهم ، آثمون عليه .

ثانياً - الاجتهاد في المسائل الفقهية الفرعية :

المسائل الفقهية الفرعية قسماً :

الأول : المسائل القطعية المعلومة من الدين بالضرورة أي بالبداهة ، كوجوب الصلوات الخمس والزكاة والحج وصوم رمضان وتحريم الزنى والقتل والسرقة وشرب الخمر ونحوها مما علم قطعاً من دين الله : حكها بالنسبة للتصويب والتخطئة في الاجتهاد ، وحكم المخطيء فيها من حيث التأثم ، كحكم الاجتهاد في العقلیات : ليس كل مجتهد فيها مصيباً ، بل الحق فيها واحد لا يتعدد ، وهو المعلوم لنا ، فالموافق له مصيب والمخالف له مخطيء آثم ، فإن كان الخلاف والإنكار فيما علم بالضرورة من مقصود الشارع ، كإنكار تحريم الخمر والسرقة ووجوب الصلاة والصوم ، فهو كفر ، ومنكره كافر ؛ لأن الإنكار لا يصدر إلا عن مكذب بالشرع ، وإن كان فيما علم قطعاً بطريق النظر لا بالضرورة ، كالأحكام المعلومة بالإجماع فنكرها ليس بكافر ، ولكنه آثم مخطيء^(١) .

القسم الثاني : المسائل الفقهية الظنية التي ليس عليها دليل قاطع : هذه هي محل الاجتهاد ، ولا إثم على المجتهد المخطيء فيها ، لا عند المصوبة الذين يقولون : كل مجتهد مصيب ، ولا عند المخطئة القائلين بأن المصيب واحد^(٢) .

(١) المستصفى ١٠٦/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣٠ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٣

(٢) مسلم الثبوت ٣٢٩/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٥

وقال بشر المريسي وأبو بكر الأصم وابن عليّة ونفاة القياس كالظاهرية والإمامية : إن الإثم غير مرفوع عن المجتهدين في الفروع ، بل فيها حق معين ، وعليه دليل قاطع ، فمن أخطأه ، فهو آثم غير كافر ، ولا فاسق .

ويرد على هذا الرأي من ناحيتين :

الأولى : هي أن هذه المسألة الظنية لا تدل لذاتها وليس فيها دليل قاطع .

الثانية : قد أجمع الصحابة على ترك النكير على من خالف منهم في المسائل الفقهية ، كإرث الجد مع الإخوة ، ومسألة العول ، ونحوها من مسائل الفرائض وغيرها ، فكانوا يتشاورون ويتفرقون مختلفين ولا يعترض بعضهم على بعض ، ولا يمنع أحدهم الآخر من إفتاء العامة ، ولا يمنع العامة من تقليده ، ولا يمنعه من الحكم باجتهاده ، وهذا - كما قال الغزالي - متواتر تواتراً لا شك فيه ، مع أنهم كانوا فيما قام عليه الدليل القاطع يبالغون في التأثيم والتشديد ، كما فعلوا في تخطئة الخوارج ومانعي الزكاة^(١) .

وأما بالنسبة للتصويب والتخطئة في الاجتهاد في هذه المسائل الفرعية فقد اختلف العلماء فيه اختلافاً طويلاً ، واختلف النقل عنهم فيه اختلافاً كثيراً ، أكتفي ببيان رأيين مشهورين :

رأي المصوبة ورأي المخطئة :

المصوبة : هم الذين يقولون بأن كل مجتهد مصيب في اجتهاده . والمخطئة : هم الذين يقولون : إن المصيب في اجتهاده واحد من المجتهدين وغيره مخطيء ؛ لأن الحق لا يتعدد . قال الإمام أحمد : إن الحق واحد عند الله ، فليس كل مجتهد

(١) مسلم الثبوت ٢٢٩/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٥ ، المستصفى ١٠٧/٢ ، الأمدي ١٤٨/٣

مصيباً ، ولكن المصيب له أجران ، والمخطئ له أجر واحد ، لتحريره الصواب وطلبه إياه .

ومنشأ الخلاف في هذا : هل لله تعالى في كل مسألة حكم معين قبل اجتهاد المجتهد ؟ أو ليس له حكم معين ؟ وإنما الحكم فيها ما وصل إليه المجتهد باجتهاده^(١) ؟

فقال بعضهم : ليس لله تعالى في المسألة قبل الاجتهاد حكم معين من جواز وحظر وحرام وحلال ، بل حكم الله تعالى فيها تابع لظن المجتهد ، وهؤلاء هم القائلون بأن كل مجتهد مصيب ، وهم الأشاعرة والمعتزلة والقاضي الباقلاني وصاحباً أبي حنيفة وابن سريج .

وقال آخرون : إن لله تعالى حكماً معيناً في كل واقعة قبل الاجتهاد ، فمن أصابه باجتهاده فهو المصيب ، ومن لم يصبه فهو المخطئ ، فالمصيب واحد وهؤلاء هم المخطئة ، إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان على الحكم أمانة أم لا على أقوال :

١ - فقالت طائفة من الفقهاء والمتكلمين : هذا الحكم لا دليل ولا أمانة عليه ، بل هو كدفين يعثر عليه الطالب مصادفة ، فمن وجده فله أجران ، ومن أخطأ فله أجر ، وهذا في رأيي قول لا معنى له .

٢ - وقال بعضهم : قد نصب على هذا الحكم أمانة ظنية ، والمجتهد ليس مكلفاً بإصابة الدليل لخفائه وغوضه ، فمن لم يصبه كان معذوراً مأجوراً ، وهو قول الفقهاء كافة ، وهذا في رأيي هو القول الصحيح ؛ لأن من العبث أن يكلف العاقل بحكم لا دليل عليه ولا أمانة ، خصوصاً وأن الاجتهاد هو استفراغ القوة في

(١) راجع شرح الإنشوي ٢٤٤/٣ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٨/٢ ، شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ٢٩٣/٢ ، الملل والنحل للشهرستاني ٢٠٣/٢

طلب الحكم من الدليل ، وهو يستلزم طلب الدليل الذي يدل عليه ، وطلب الشيء متأخر عنه .

٣ - وقال آخرون : قد نصب على هذا الحكم أمانة قطعية ، والمجتهد مأمور بالبحث عن هذا الدليل ، والمخطيء فيه لا يأثم ، ولا ينقض قضاؤه لغموض الدليل وخفائه .

٤ - وقال بشر المريسي : المخطيء فيه آثم غير معذور ، كما في سائر القطعيات .

٥ - وقال الأصم : ينقض قضاؤه .

وبالغض عن هذه الخلافات الجزئية ، أوضح قول المصوبة والمخطئة^(١) ، ولكن ينبغي أن يفهم أن خلافهم إنما هو بالنظر للاجتهاد وأخذ الحكم من الدليل ، وأما بالنظر للعمل بما أدى إليه اجتهاد المجتهد ، فلا شك في أنه حكم الله ، وأنه هو المكلف به عند الجميع ، أما عند المصوبة فالأمر ظاهر ، وأما عند المخطئة ، فلأن كل مجتهد يعتقد أن مخالفه مصيب في العمل برأي نفسه ، وإن كان مخطئاً في ظن مخالفه ؛ لأن كل مجتهد مأمور بالعمل بما أداه إليه اجتهاده ، وكذا من قلده ، فالخلاف أمر نظري بحث ، والحق في المسائل الاجتهادية شائع بين المجتهدين .

لكن في مجال العمل ترتب على الاختلاف بين الحنفية من المصوبة والشافعي

(١) راجع اللع للشيرازي ٧١ ، المستصفى ١٠٨/٢ وما بعدها . الآمدي ١٤٨/٣ وما بعدها ، شرح الإنسوي ٢٥١/٣ ، شرح العبد على مختصر ابن الحاجب ٢٩٣/٢ وما بعدها ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣١٨/٢ وما بعدها ، التقرير والتحبير ٣٠٦/٣ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٧٦/٢ - ٣٨٠ ، كشف الأسرار ١١٣٨/٢ ، التلويح على التوضيح ١١٨/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣٠ ، تحفة الرأي السديد للحسيني ٩ وما بعدها ، أصول الفقه للخضري ٣٦٣

من المخطئة : أن من اشتبهت عليه القبلة واجتهد وصلى إلى جهة غلب على ظنه أنها جهة القبلة ، ثم بان له يقين الخطأ ، يلزمه القضاء عند الشافعي رضي الله عنه لفوات الحق المتعين ، والخطأ ينفي الإثم دون القضاء ، كما ينفي التأثم دون التضمين في باب الغرامات .

وعند الحنفية : لا يلزمه القضاء ، لتصويبه فيما مضى ، وإن بان أنه خطأ^(١) .

رأي المصوبة :

المصوبة : وهم الأشاعرة والمعتزلة ويحكي ذلك عن الحنفية ، يقولون : إن كل مجتهد مصيب ، كما بينت ، غير أنهم اختلفوا ، فمنهم من قال : إنه ليس في الواقعة التي لا نص فيها حكم معين يطلب بالظن ، بل الحكم يتبع الظن ، وحكم الله على كل مجتهد ما غلب على ظنه ، وهو مذهب القاضي الباقلاني والغزالي ، وقد عرف بالتصويب الأشعري .

هذا ما يحكى عن الحنفية بأنهم من المصوبة ، والحق أنهم من المخطئة ، كما روى الطحاوي عن محمد بن الحسن إملاء ، وأخطأ من حكى عنهم ما يوم ذلك ، فهم يعتقدون أن الصواب عند الله عز وجل في الأشياء كلها واحد^(٢) .

وقال آخرون منهم : إن لله في كل واقعة حكماً يتوجه إليه الطلب ، إذ لا بد للطلب من مطلوب ، لكن المجتهد لم يكلف بإصابته ، وهذا مذهب المعتزلة ، وقد عرف بالتصويب المعتزلي .

(١) تخريج الفروع على الأصول ٢٦

(٢) بلوغ الأماني في سيرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للشيخ محمد زاهد الكوثري ٥٩ ، ط حص .

وأما المخطئة : فقد اتفقوا على أن في كل واقعة حكماً معيناً لله تعالى ، كما أوضحت قريباً^(١) .

الأدلة :

أدلة المصوبة : استدل القائلون بتصويب كل مجتهد بالأدلة التالية^(٢) :

١ - الكتاب : قال الله تعالى في حق داود وسليمان عليهما الصلاة والسلام : ﴿ وَكَلَّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾ ، فلو كان أحدهما مخطئاً ، لما كان ما صار إليه حكماً لله وعلماً .

٢ - السنة : روي في الأثر كما يقولون : « أصحابي كالنجوم ، بأيهم اقتديتم اهتديتم » فالرسول ﷺ جعل الاقتداء بكل واحد من الصحابة هدى ، مع اختلافهم في الأحكام نقيضاً وإثباتاً ، فلو كان فيهم مخطئ ، لما كان الاقتداء به هدى ، بل ضلالة .

٣ - الإجماع : أجمع الصحابة على تسويغ خلاف بعضهم لبعض ، من غير إنكار منهم على أحد ، ولو تصور الخطأ في الاجتهاد ، لما ساع إقرار الخلاف من الصحابة ، كما لم يسوغوا ترك الإنكار على مانعي الزكاة ، ونحوه من المنكرات ، وكان الواحد منهم إذا سئل عن مسألة يرد السائل إلى غيره ويرشده إليه ، وهو يدل على أنهم كانوا متوافقين على أن كل مجتهد مصيب .

٤ - المعقول : وله أوجه ، أهمها ما قيل : لو كان الحق متعيناً في باب الاجتهاد في كل مسألة ، لنصب الله تعالى عليه دليلاً قطعياً دفعاً للإشكال ، كما هو

(١) المستصفى ١٠٩/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٦ ، الأصول العامة للفقه المقارن ٦١٧ ، تخریج الفروع على الأصول ٢٥

(٢) راجع الأمدي ١٥٣/٣ ، شرح الإسنوي ٢٥٢/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣١

المألوف في مطالب الشارع ، كما في قوله تعالى : ﴿ رسلًا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ . ولو كان الحكم متعيناً في مسألة ، لوجب الحكم على مخالفه بالفسق والتأثم ، كالتخالف في العقليات ؛ لأنه حكم بغير ما أنزل الله ، قال تعالى : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ .

وإني أرى أن هذه الأدلة ضعيفة ؛ لأننا لاستدلال بقصة داود وسليمان حجة عليهم لا لهم ، فإن الله سبحانه اعتبر الحق فيما قضى به سليمان ﴿ ففهمناها سليمان ﴾ ، ولو كان الحق بيد كل واحد منهما ، لما كان لتخصيص سليمان بالإفهام معنى .

وأما الحديث : فهو غير صحيح كما أثرت سابقاً ، وإن صح فهو مطلق ، فلا عموم له في المقتدى به ، إذ لا يلزم من العموم في الأشخاص العموم في الأحوال ، وقد حمل على الاقتداء بهم في الرواية عن النبي عليه الصلاة والسلام ، لا في الرأي والاجتهاد ، فالحديث في غير المدعى .

وأما الإجماع : فلا يصلح في محل النزاع ؛ لأن الصحابة لم ينكروا على بعضهم بعضاً المخالفة ، لكون المخطيء غير معين ، والذي يجب إنكاره ما كان مخطئه معيناً .

وأما المعقول : فردود أيضاً ، أولاً - لأنه لا يلزم الشارع بمراعاة وجه الحكمة والمصلحة في التشريعات ، وقد تكون الحكمة مختصة بعلم الله تعالى .

وثانياً - لا يلزم من تعيين الحكم في المسألة الواحدة أن يكون مخالفه فاسقاً ؛ لأن المجتهد مكلف بالعمل بما أداه إليه اجتهاده ، ولم يكلفه بإصابة الحق .

وأيضاً نوقش كل من التصويب الأشعري والتصويب المعتزلي من نوع آخر ، وخصوصاً الأول منهما ، فإنه لا يمكن قبول دعوى أن حكم الله تابع لظن المجتهد ، إذ يترتب عليه اجتماع النقيضين كما سيعرف في أدلة الجمهور الآتية ، وينبني عليه :

أن كل ما يقع فيه المجتهدون من تناقض في الأحكام ينسب إلى الله تعالى^(١) .

قال الشوكاني : وما أشنع ما قاله هؤلاء الجاعلون لحكم الله عز وجل متعدداً بتعدد المجتهدين ، تابعاً لما يصدر عنهم من الاجتهادات . فإن مثل هذه المقالة مع كونها مخالفة للأدب مع الله عز وجل ومع شريعته المطهرة ، هي أيضاً صادرة عن محض الرأي الذي لم يشهد له دليل ولا عضدته شبهة تقبلها العقول ، وهي أيضاً مخالفة لاجماع الأمة سلفها وخلفها ، فإن الصحابة ومن بعدهم في كل عصر من العصور ما زالوا يخطئون من خالف في اجتهاده ما هو أنهض مما تمسك به^(٢) .

أدلة المخطئة :

واستدل المخطئة وهم جمهور المسلمين ، ومنهم الشافعي^(٣) والحنفية على التحقيق ، والشيعة بأدلة لا تخلو من ضعف^(٤) وهي ما يأتي :

١ - الكتاب : قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث ، إذ نفث فيه غم القوم^(٥) ، وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان ﴾ تدل هذه الآية على أن الله سبحانه خصص سليمان بفهم الحق في الواقعة ، مما يدل على عدم فهم (داود) له ، وإلا لما كان التخصيص بسليمان مفيداً ، فالمصيب في هذه الواقعة واحد . ونوقش الدليل بأن دلالاته على عدم فهم (داود) كانت بطريق المفهوم . وهو ليس حجة .

(١) راجع الأصول العامة للفقهاء المقارن للحكيم ٦١٧ - ٦٢٢

(٢) إرشاد الفحول ٢٣١

(٣) خالفه في ذلك معظم أصحابه .

(٤) راجع الأمدي ١٤٩/٢ ، كشف الأسرار ١١٤١/٢ ، مسلم الثبوت ٣٢٠/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣١ ،

التلويح على التوضيح ١١٩/٢ ، تخريج الفروع على الأصول ٢٥

(٥) الحرث : الزرع عامة ، والنفث : رعي الغنم ليلاً .

٢ - السنة : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اجتهد الحاكم فأصاب ، فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد »^(١) فالحديث صريح في انقسام الاجتهاد إلى خطأ وصواب ، فلو كان الحق متعدداً لكان كل مجتهد مصيباً ، وهو خلاف ظاهر الحديث .

ونوقش هذا بأنه ليس محلاً للنزاع ، فلا يدل على المطلوب الذي يدعى ؛ لأن غاية ما يدل عليه الحديث أن بعض المجتهدين قد يكون مخطئاً ، والمصوبة يقولون به فيما إذا كان في المسألة نص أو إجماع أو قياس جلي ، وهو ليس في محل النزاع .

ومثله حديث « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة ... »^(٢) ، فإنه لو لم يكن الحق واحداً لم يكن للتقسيم معنى .

وأصرح منه قوله ﷺ لأمر السرية : « وإن طلب منك أهل حصن النزول على حكم الله ، فلا تنزلهم على حكم الله ، فإنك لا تدري : أتصيب حكم الله فيهم أم لا »^(٣) وهذا الحديث في رأيي نص في موضوع النزاع .

٣ - الإجماع : أجمع الصحابة على إطلاق لفظ الخطأ في الاجتهاد مثل قول أبي بكر في الكلاله (وهي بنو العم الأبعاد) : « أقول فيها برأيي ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن كان خطأ فني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان »^(٤) .

-
- (١) سبق تخريجه ، وقد رواه الشيخان عن عمرو بن العاص .
(٢) تكله الحديث : « رجل عرف الحق ففقه به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ففقه للناس على جهل فهو في النار » رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن بريدة (سبل السلام ١١٥/٤) .
(٣) رواه أحمد ومسلم وابن ماجه والترمذي وصححه من حديث بريدة (نيل الأوطار ٢٣٠/٧ وما بعدها) .
(٤) نصب الراية ٦٤/٤

وقال عمر لكاتبه : « اكتب : هذا ما رأى عمر ، فإن يكن خطأ فمنه ، وإن يكن صواباً فمن الله » ، وقال للمرأة التي ردت عليه النهي عن المبالغة في المهر : « أصابت امرأة ، وأخطأ عمر »^(١) .

وقال علي في المرأة التي استحضرتها عمر فأجهضت ما في بطنها رداً على عثمان وعبد الرحمن بن عوف القائلين لعمر : « إنما أنت مؤدب لا نرى عليك شيئاً » قال : « إن كانا قد اجتهدا فقد أخطأا ، وإن لم يجتهدا فقد غشاك ، أرى عليك الدية » .

وقال ابن مسعود في المفوضة^(٢) : « أقول فيها برأيي ، فإن كان صواباً فمن الله ورسوله ، وإن كان خطأ فني ومن الشيطان » .

وقال ابن عباس في إنكار العول في الفرائض : « من شاء أن يباهلني باهلته ، وإن الذي أحصى رمل عالج عدداً ، لم يجعل في مال واحد نصفاً ونصفاً وثلاثاً ، هذان نصفان ، ذهباً بالمال ، فأين موضع الثلث ! » والمباهلة : الملاعة على عادة العرب في الجاهلية .

إلى ما هنالك من الأخبار التي تدل على أن الصحابة كانوا يرون الإصابة والخطأ في الاجتهاد ، وأن الحق ليس إلا واحداً .

ونوقش هذا الإجماع : بأن المصوبة لا ينكرون وقوع الخطأ في الاجتهاد ، لكن فيما إذا لم يكن المجتهد أهلاً للاجتهاد ، أو كان أهلاً ، لكنه قصر في اجتهاده ، أو لم يقصر ، لكنه خالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي ، أما ما تم فيه

(١) تفسير ابن كثير ٤٦٧/١

(٢) وهي المرأة التي مات عنها زوجها قبل أن يدخل بها ، ولم يكن لها صداق مفروض ، أفق ابن مسعود فيها بأنها تستحق في تركة المتوفى مهر المثل (انظر تاريخ الفقه الإسلامي للسايس

ومن معه ٤٨) .

الاجتهاد من أهله ، ولم يوجد له معارض ، فليس فيما ذكره من قضايا الصحابة ما يدل على وقوع الخطأ فيه .

٤ - المعقول ، وله أوجه : أهمها : أن القول بتصويب المجتهدين يؤدي عند اختلاف المجتهدين بالنفي والإثبات ، أو الحل والحرمة أو الصحة والفساد في مسألة واحدة وزمن واحد ، إلى اجتماع النقيضين ، ونسبة التناقض إلى الشرع محال ، فما أدى إليه يكون محالاً .

ونوقش هذا بأن التناقض يحصل إذا اجتمع النقيضان في حق شخص واحد ، أما بالنسبة لشخصين فلا تناقض ، ولهذا فإن الميعة تحل للمظطر ، وتحرم على غيره ، وفيما نحن فيه من الاجتهاد كذلك ، فمن حكم بالحل الذي أداه إليه نظره ، غير من حكم بالتحريم الذي أداه إليه نظره .

ترجيح :

أختار رأي المخطئة القائل بأن الله حكماً معيناً في كل واقعة قبل الاجتهاد وأن عليه أمارة ، وأن المجتهد مكلف بإصابة الحكم ، فإذا أصابه فهو المصيب الذي يستحق أجرين ، وإذا أخطأه بعد بذل الجهد فهو المخطيء الذي لا إثم عليه ، بل يستحق أجراً واحداً لبذله وسعه ، فالمصيب في الشريعة واحد ، والمجتهد يصيب ويخطيء ، والحق عند الله واحد ؛ لأن أدلة الشريعة إما نصوص وإما أقيسة على النصوص .

والخلاف في النصوص : إما بسبب تأويلها ، أو بسبب ثقلها ونسبتها إذا كانت من السنة أخبار آحاد ، فأما التأويل : فرجع الخلاف فيه إلى المجتهدين ؛ لأننا نعلم بداهة أن الشارع يريد معنى معيناً من النص ، وهذا المعنى قد يظفر به بعض المجتهدين ، وقد يخطئه آخرون ، فمن أصابه فهو المصيب ، ومن أخطأه فهو المخطيء .

وأما الخلاف في إثبات الأخبار : فمرجه إلى ظروف الخبر التي ورد فيها حسبها يتاح للمجتهد . وأما حقيقة ذات الخبر فهي واحدة لا تتعدد ، فالخبر : إما أن يثبت وإما ألا يثبت ، ولا يجتمع الأمران معاً في وقت واحد وواقعة واحدة ، فمن عثر على هذه الحقيقة فهو المصيب ، وغيره مخطئ .

وأما الأقيسة : فأساسها العلل ، أي المصالح التي قصدها الشارع من الأحكام ، ولا شك أن الشارع يستهدف مصلحة معينة ، فمن وفقه الله إلى استنباط العلة المشتبهة على هذه المصلحة كان مصيباً ، وغيره مخطئ^(١) .

مسألة التفويض للمجتهد :

هذه المسألة تتعلق ببحث التصويب والتخطئة في الاجتهاد ، فهل يجوز أن يقول الله تعالى للنبي ﷺ أو للعالم المجتهد : « احكم بما شئت فإنك لا تحكم إلا بالصواب » ؟

لا خلاف في جواز التفويض إلى النبي ﷺ أو المجتهد أن يحكم بالنظر والاجتهاد ، وإنما الخلاف في تفويض الحكم إلى من كان من أهل العلم أن يحكم بما شاء ، وكيف اتفق له من غير تقييد بالنظر والاجتهاد .

فقال موسى بن عمران من المعتزلة : إنه جائز عقلاً ، وواقع مطلقاً .

وقال جمهور المعتزلة : إنه غير جائز ولا واقع .

وقال الأمدي : إنه جائز غير واقع .

وتوقف الإمام الشافعي لتعارض الأدلة وعدم وجود ما يرجحها^(٢) .

(١) راجع أصول الفقه للمرحوم الخصري ٣٦٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٢

(٢) راجع إرشاد الفحول ٢٣٢ ، الأمدي ١٦١/٣ ، مسلم الثبوت ٢٤٦/٢

الأدلة :

استدل موسى بن عمران بأنه لو لم يجز لم يقع ، لكنه وقع ، فكان جائزاً ، والأدلة على وقوعه ما يأتي :

١ - الكتاب ، قال تعالى : ﴿ كل الطعام كان حلالاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه ﴾ أضيف التحريم إليه ، فدل على كونه مفوضاً إليه .

ورد عليه بأن الآية ليست في محل نزاع ؛ لأن هذا تفويض لنبي معصوم من الخطأ ، وإذا أخطأ النبي لا يقر على خطئه من طريق الوحي .

٢ - السنة : وهي أنه صدرت فتاوى من الرسول ﷺ تدل على وقوع التفويض له بالحل والحرم ، منها : أنه قال في شأن مكة : « لا يَحْتَلَى خِلاَهَا وَلَا يَعْصِدُ شَجَرَهَا ، فَقَالَ لَهُ الْعَبَّاسُ : إِلَّا الْإِذْخَرُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفْعاً لِلْحَرَجِ عَنِ النَّاسِ إِلَّا الْإِذْخَرَ »^(١) ، ف قوله هذا لم يصدر عن وحي ، لأن الوقت قصير لا يتسع لنزوله . ومنها قوله عليه الصلاة والسلام : « لولا أن أشق على أمتي ، لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة »^(٢) ، فلو كان غير مفوض إليه لأمرهم بالسواك .

ومنها : قوله ﷺ للأقرع بن حابس الذي سأله عن الحج : « ألعامنا هذا أم للأبد ؟ فقال : بل للأبد ، ولو قلت : نعم لوجب ، ولما استطعتم »^(٣) ، أضاف الحكم إليه من حيث الوجوب والعفو عنه ، فلو لم يكن الحكم مفوضاً إلى اختياره ، لما كان لقوله : « نعم » أثر في الإيجاب .

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه مالك وأحمد والنسائي وصححه ابن خزيمة ، وذكره البخاري تعليقاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (سبل السلام ٤١/١) .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس ، وأصله في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة (سبل السلام ١٨٥/٢) .

ومنها : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام ، لما قتل النضر بن الحارث من أسرى بدر ، جاءته أخته قتيلة بنت الحارث ، فأنشدته قصيدة طويلة جاء فيها :

أحمد يا خير ضء^(١) كريمة في قومها ، والفحل فحل مُعرق
ما كان ضرك لو مننت وربما منّ الفتي ، وهو المغيظ المُخنيق

فقال عليه الصلاة والسلام - والله أعلم - : « لو بلغني هذا قبل قتله لمننت عليه »^(٢) ، فلو كان قتله بأمر الله لما خالفه ، مما يدل على أنه كان مفوضاً في أمر القتل .

ورد على الاستدلال بهذه الوقائع بما سبق القول في قصة إسرائيل : وهو أنها ليست في محل النزاع ؛ لأنها تفويض لنبي معصوم من الخطأ بطريق الوحي ، فيجوز أن يكون استثناء « الإذخر » بوحى سابق ، أو باجتهاد ، وحكم « السواك » من الأمور المخير فيها بين الأمر به وعدم الأمر به ، وكذلك الحكم في « أسرى بدر » يجوز أن يكون مخيراً بين القتل والمن على الأسير ، وقوله للأقرع بن حابس : « نعم » في الحج ، لا يكون إلا بأمر من الله سبحانه وتعالى .

واستدل المعتزلة : بأن أحكام الله جل وعلا تابعة لمصالح العباد ، فلو فوض الحكم إلى اختيار العبد لتخلف الحكم عن المصلحة ؛ لأن العبد يجهل ما في أحكام الله جل شأنه من المصالح ، فقد يختار ما ليس بمصلحة ، فتتقلب الحقائق ، وهو لا يجوز ، لأنه مخالف لما وضعت له الشريعة .

واستدل الآمدي على الجواز : بأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال لذاته ، ولا لغيره ، فكان جائزاً ، وهو شأن الجواز العقلي .

(١) الضء : بكسر الضاد وفتحها : الولد الذي يبخل به لعظم قدره .

(٢) هكذا ذكره ابن هشام في سيرته ، فقال : يقال ، والله أعلم : « إن رسول الله ﷺ لما بلغه هذا

الشعر ، قال لو بلغني هذا قبل قتله لمننت عليه » (سيرة ابن هشام ٤٣/٢) .

واستدل على عدم الوقوع بالاستقراء والتتبع لموارد الشرع ، وهو أنه لم يوجد ما يدل على وقوع حادثة حصل الحكم فيها بالتفويض للنبي أو للمجتهد ، والحوادث التي ذكرها موسى بن عمران ، عرفنا أن الحكم فيها قد حصل إما بالوحي أو بالاجتهاد .

وأميل إلى القول بأنه لا ينبغي لمسلم أن يقول بجواز التفويض للعبد ليحكم بما شاء وما أراد ، دون نظر واجتهاد ، ولا علم للعبد بما يريد الله عز وجل منها ، ولا يدري بما في أحكام الله جل جلاله من المصالح^(١) .

☆ ☆ ☆

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣٣

المبحث التاسع

طريقة الاجتهاد

إذا وقعت حادثة جديدة ، أو أراد إنسان استخلاص رأي راجح من بين آراء الأئمة ، استجمع العالم المجتهد كل ما يتصل بنواحي الموضوع من لغة وآيات قرآنية وأحاديث نبوية وأقاويل السلف وأوجه القياس الممكنة ، ثم ينظر في الواقعة بدون تعصب لمذهب معين ، على النحو التالي :

ينظر أولاً في نصوص كتاب الله تعالى ، فإن وجد فيه نصاً أو ظاهراً تمسك به وحكم في الحادثة على مقتضاه ، فإن لم يجد فيه ذلك ، نظر في السنة ، فإن وجد فيها خبراً أو سنة عملية أو تقريرية ، أخذ بها ثم ينظر في إجماع العلماء ، ثم في القياس ، فيفعل في استنباط العلة بحسب ما يقتضيه اجتهاده من العمل بمسالك العلة^(١) ، وهذه هي أركان الاجتهاد ، وهي : الكتاب ، السنة ، الإجماع ، القياس^(٢) . وهذا ما اقتصر عليه الشافعي ، وأضاف غيره العمل بموجب الرأي المتفق مع روح التشريع الإسلامي .

قال الشافعي : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد : الكتاب والسنة والإجماع والآثار ، وما وصفت من القياس عليها^(٣) .

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ٢٢٧

(٢) الملل والنحل للشهرستاني ١٩٨/٢

(٣) الرسالة ٥٠٨

وقال الشافعي أيضاً : إذا وقعت الواقعة للمجتهد فليعرضها على نصوص الكتاب ، فإن أعوزه عرضها على الخبر المتواتر ، ثم الآحاد ، فإن أعوزه لم يخض في القياس ، بل يلتفت إلى ظواهر الكتاب ، فإن وجد ظاهراً نظراً في التخصيصات من قياس وخبر ، فإن لم يجد مخصصاً حكم به ، وإن لم يعثر على ظاهر من كتاب ولا سنة نظر إلى المذاهب ، فإن وجدها مجعاً عليها اتبع الإجماع ، وإن لم يجد إجماعاً خاض في القياس ، ويلاحظ القواعد الكلية أولاً ويقدمها على الجزئيات ، كما في القتل بالمثل ، فتقدم قاعدة الردع على مراعاة الاسم ، فإن عدم قاعدة كلية نظر في المنصوص ومواقع الإجماع ، فإن وجدها في معنى واحد ألحق به ، وإلا انحدر إلى القياس^(١) .

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ٢٢٧

المبحث العاشر

نقض الاجتهاد

قبل الكلام عن نقض الاجتهاد ، يجدر معرفة حكم تعدد قول المجتهد ، وتغير الاجتهاد ، وبعبارة أخرى : هل يجوز لمجتهد في مسألة أن يكون له قولان ، ثم هل يجوز تغير الاجتهاد ؟

المطلب الأول - تعدد قول المجتهد :

قرر العلماء أنه لا يجوز أن يكون لمجتهد في مسألة قولان متناقضان في وقت واحد بالنسبة إلى شخص واحد ؛ لأنه يؤدي إلى التناقض ، ولأنه لو افترض أن دليلي القولين متعادلان في القوة من كل وجه ، ولم يمكن الجمع بينهما ولا الترجيح ، فيجب على المجتهد حينئذ التوقف عن الفتوى لتعارض الأدلة وتعادلهما في نظره ، فإن أمكنه الجمع بين مقتضى الدليلين ، وجب عليه الجمع بينهما ، وإن ترجح أحدهما على الآخر ، تعين عليه الأخذ به بأن يقول مثلاً : « وهذا القول أولى » أو يفرع عنه دون الآخر ^(١) .

وقد اعترض على هذا بما نقل عن الإمام الشافعي أنه قال في سبع عشرة مسألة بقولين مختلفين . وأجيب عنه بأن ما ذكر : إما أن يكون بطريق الحكاية لأقوال العلماء الذين تقدموا الإمام الشافعي للدلالة على عدم وجود الإجماع في

(١) راجع هذا التفصيل في المستصفى للغزالي ١٢٠/٢ ، الإحكام للآمدي ١٥٧/٣ ، مسلم الثبوت

٣٤٤/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣٢

تلك المسألة ، وحينئذ فلا تكون أقوالاً له ، وهذا احتمال بعيد في رأيي ، وإما أن يكون وجود القولين لبيان التخيير بين الحكمين في بعض المواضع ، أو لوقوع التردد والشك في المسألة في بعض المواضع الأخرى كتردد الشافعي في أن البسلة : هل هي آية من أول كل سورة ؟ وحينئذ فلا يصح نسبة القولين إليه ، كما قال الأمدي .

وحيث لم يقبل الاحتمالان السابقان ، فيصار إلى التصحيح ، بأن يحمل قول الشافعي : « في المسألة قولان » على أنه قد وجد فيها دليلان متعارضان ، ولا يوجد غيرهما ، ولا مجال للترجيح بينهما ، كأن يوجد نصان ، أو أصان مختلفان ، والمسألة مشابهة لكل واحد من الأصلين على السوية ، فإذا قال قائل بكل واحد منهما لم يخطئ ، ويكون قول الشافعي السابق : « في المسألة قولان » معناه احتمالان .

هذا بالنسبة لتعدد قول المجتهد في وقت واحد . أما إذا كان له قولان في وقتين فالأمر سهل : فإن كان تاريخ القولين معلوماً ، فالقول الثاني ناسخ للأول ، وهو الذي يجب إسناده إلى المجتهد دون الأول ، لكونه مرجوعاً عنه ، لجواز تغير الاجتهاد ، كما سنعلم ، وظهور ما هو أولى بالأخذ به .

وإن لم يكن تاريخ القولين معلوماً ، فينبغي نسبة أحد القولين إلى المجتهد ، واعتبار القول الآخر مرجوعاً عنه ، ولكنه في هذه الحال ، لا يصح العمل بأحد القولين قبل تبين الأمر ، لاحتمال أن يكون ما عمل به هو المرجوع عنه ^(١) .

المطلب الثاني - تغير الاجتهاد :

يجوز للمجتهد تغير اجتهاده ، فيرجع عن قول قاله سابقاً ؛ لأن مناط الاجتهاد هو الدليل ، فمتى ظفر المجتهد به وجب عليه الأخذ بموجبه لظهور ما هو

(١) المراجع السابقة .

أولى بالأخذ به مما كان قد أخذ به ، ولأنه أقرب إلى الحق والصواب^(١) .

جاء في كتاب عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري قاضيه على الكوفة :
« ولا يمنعنك قضاء قضيته اليوم ، فراجعت فيه نفسك ، وهديت فيه لرشدك أن
ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التادي في الباطل »^(٢) .

المطلب الثالث - نقض الاجتهاد :

هذا حكم تغير الاجتهاد من حيث المبدأ ، أما في مجال الحياة العملية والإفتاء
وفض المنازعات والخصومات بين الناس ، فقد يختلف الحكم الذي تقرر وهو القول
بالجواز ، فإذا أفتى مجتهد في حادثة ما ، أو حكم حاكم في نزاع بين متخاصمين ، ثم
تغير اجتهاد كل منهما ، فرأى المجتهد أو الحاكم حكماً بخلاف ما رآه أولاً ، فما الذي
يجب العمل به من الاجتهادين : السابق أم اللاحق ، وهل ينقض الاجتهاد
السابق ؟

فرق العلماء بين المجتهد والحاكم^(٣) ، فالمجتهد لنفسه إذا رأى حكماً معيناً ثم تغير
ظنه ، لزمه أن ينقض اجتهاده وما ترتب عليه ، مثاله : إذا رأى أحد المجتهدين
أن الخلع فسخ ، فنكح امرأة كان قد خالعه ثلاثاً ، ثم رأى بعدئذ أن الخلع
طلاق ، لزمه أن يفارق المرأة ، ولا يجوز له إمساكها ، عملاً بمقتضى الاجتهاد
الثاني ؛ لأنه تبين أن الاجتهاد الأول خطأ ، والثاني صواب ، والعمل بالظن
واجب .

(١) إرشاد الفحول ٢٣٢

(٢) سبق تخريجه .

(٣) المستصفى ١٢٠/٢ ، الأمدي ١٥٨/٣ ، مسلم الثبوت ٣٤٥/٢ ، فواتح الرحموت ٣٩٥/٢ ، التقرير
والتحجير ٣٣٥/٣ ، شرح المحلى على جمع الجوامع ٣٢٠/٢ ، شرح الإسنوي ٢٥٥/٣ ، المدخل إلى
مذهب أحد ١٩٠ ، إرشاد الفحول ٢٣٢ ، أصول الفقه الإسلامي لزمكي الدين شعبان ٢٣٣

ومثاله أيضاً : أن المجتهد لو رأى أن الولي ليس شرطاً في صحة عقد الزواج بالنسبة للمرأة الرشيدة ، فتزوج امرأة من غير ولي ، ثم رأى بعدئذ أن الولي شرط في صحة الزواج ، لزمه مفارقة تلك المرأة ، ولا يحل له البقاء على الزواج بها ... هذا ما لم يكن الحاكم قد حكم بصحة النكاح في الحالتين ؛ لأن حكم الحاكم لا ينقض كما سألين ، ولأن حكمه في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم .

وإذا كان المجتهد حاكماً ، ففرض في واقعة بما اجتهد ، ثم تغير اجتهاده في واقعة مماثلة ، فإن كان حكمه مخالفاً لدليل قاطع ، من نص أو إجماع أو قياس جلي (وهو ما كانت العلة فيه منصوصة ، أو كان قد قطع بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع) فينقض بالاتفاق بين العلماء ، سواء من قبل الحاكم أو من أي مجتهد آخر ، لمخالفته الدليل .

أما إذا كان حكمه في مجال الاجتهادات ، أو الأدلة الظنية ، فإنه لا ينقض الحكم السابق ؛ لأن نقضه يؤدي إلى اضطراب الأحكام الشرعية وعدم استقرارها وعدم الوثوق بحكم الحاكم ، وهو مخالف للمصلحة التي نصب الحاكم لها ، وهو الفصل في المنازعات . فلو أجاز نقض حكم الحاكم ، لما استقرت للأحكام قاعدة ، ولبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم ، مما يستتبع دوام التشاجر والتنازع وانتشار الفساد ودوام العناد ، وهو منافي للحكمة التي لأجلها نصب الحكام ، كما قال القرافي^(١) .

وما يؤيد القول بعدم نقض حكم الحاكم ، ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في المسألة الحجرية^(٢) بجرمان الإخوة الأشقاء من الميراث ؛ لأن

(١) الفروق ١٠٤/٢

(٢) نسبة إلى قول أحد الإخوة الأشقاء لعمر : « هب أبانا حجراً في اليم ، أليست أمنا واحدة » ؟

الفروض استوعبت جميع التركة ، كما إذا مات شخص وترك زوجاً وأماً وإخوة لأم ، وإخوة أشقاء ، ثم قضى بالمقاسمة في الثلث بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء ، فلما سئل عن سبب التفرقة بين الحكيم ؟ قال : « تلك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي » فهو لم ينقض اجتهاده السابق ، وإنما أقره في وقته .

ومثل هذه الحادثة : ما كتب به عمر إلى أبي موسى : « لا يمنعك قضاء قضيته اليوم ، فراجعت فيه نفسك » إلى آخر ما سبق ذكره قريباً .. فينبغي فهم الحادثتين على هذا النحو ، وهو عدم جواز النقض في الأحكام الاجتهادية ؛ لأن عبارة الكتاب لأبي موسى ليست نصاً في نقض الحكم في الحادثة السابقة ، بل فيما يستقبل من أمثالها^(١) .

المطلب الرابع - تغير الأحكام بتغير الأزمان أو تغير الفتوى بتغير الزمان :

كل ما ذكر يتعلق بتغير الاجتهاد بالنسبة لنفس المجتهد ، أما بالنسبة لتغير الزمن فذلك أمر آخر ، إذ أن الأحكام قد تتغير بسبب تغير العرف أو تغير مصالح الناس^(٢) ، أو لمراعاة الضرورة ، أو لفساد الأخلاق وضعف الوازع الديني أو لتطور الزمن ونظميته المستحدثة ، فيجب تغير الحكم الشرعي لتحقيق المصلحة ودفع المفسدة وإحقاق الحق والخير ، وهذا يجعل مبدأ تغير الأحكام أقرب إلى نظرية المصالح المرسله منها إلى نظرية العرف .

وذلك كائن بالنسبة للأحكام الاجتهادية - القياسية أو المصلحية - المتعلقة بالمعاملات أو الأحوال المدنية من كل ما له صلة بشؤون الدنيا وحاجات التجارة

(١) أصول الفقه للخضري ٣٦٨ . علم أصول الفقه لخلاف ٢٦٣

(٢) قال الشاطبي في الموافقات (٣٠٦/٢) مشيراً إلى احتمال تغير وجه المصلحة في الشؤون الدينية بتغير الظروف المحيطة بالمجتمع : « إنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار . فترى الشيء الواحد ينع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز » .

والاقتصاد . وتغير الأحكام فيها في حدود المبدأ الشرعي وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفسد . أما الأحكام التعبدية والمقدرات الشرعية وأصول الشريعة الدائمة ، فلا تقبل التبديل مطلقاً ، مهما تبدل المكان وتغير الزمان ، كحرمة المحارم ، ووجوب التراضي في العقود ، وضمان الضرر الذي يلحقه الإنسان بغيره ، وسريان إقراره على نفسه ، وعدم مؤاخذه بريء بذنب غيره .

ومن أمثله :

١ - الإفتاء بجواز أخذ الأجرة أو الراتب على تعليم القرآن والقيام بأعماله الدينية كالإمامة والخطابة يوم الجمعة ونحوها ، نظراً لتغير العرف بسبب انقطاع المكافآت والعطايا عن أولئك المشتغلين بهذه الوظائف .

٢ - الحكم بتضمين الصناع لأموال الناس التي تهلك في أيديهم محافظة على الأموال من الضياع وتحقيقاً لمصلحة المجتمع . ومثله القول بجواز تسعير السلع دفعاً للضرر العام لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) .

٣ - الحكم بطهارة سؤر سباع الطير كالصقر والنسر مراعاة للضرورة ، إذ لا يمكن الاحتراز منها بالنسبة لسكان الصحارى والأعراب .

٤ - إفتاء الصاحبين بضرورة تزكية الشهود نظراً لتغير حال الناس وفشو الكذب وضعف الذمة والضيم ، مع أن أبا حنيفة كان يرى الاكتفاء بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص . ومثله إفتاء فقهاء الحنفية المتأخرين بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الخاص في الحوادث .

هـ - الإفتاء بصحة بيع العقار إذ ذكر رقم المحضر في السجلات العقارية ، مع

(١) قال النووي : حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً ، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ ، وله طرق يقوي بعضها بعضاً .

أنه وفقاً لقواعد الفقهاء القدامى ، كان لا بد من ذكر الحدود ، نظراً لأن التنظيمات الحديثة سهلت على الناس وأغنتهم عن ذكر الحدود . ومثله اعتبار تسليم العقار حاصلاً بمجرد تسجيل العقار في السجل العقاري مع أنه كان لا بد من التسليم الفعلي لإتمام البيع^(١) .

(١) راجع أعلام الموقعين ١٤/٣ - ٧٠ ، الفروق للقرافي ١٧١/١ ، رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء ٩١٣/٢ وما بعدها ، أصول الفقه لشعبان ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٢٤ ، مدخل الفقه الإسلامي لسلام مذكور ١٠٢

الفصل الثاني

التقليد

التقليد والتلفيق ، الإفتاء والاستفتاء

تمهيد :

التفرغ للعلم والنبوغ فيه لا يتأتى لجميع أفراد الناس ، وإنما الموجود في كل أمة نوابغ في ناحية معينة ، يتبعهم الناس في ترديد نظرياتهم ، والعمل بأقوالهم وثمرات جهودهم . وهكذا الشأن في فهم شريعة الإسلام ، هناك مجتهدون يمثلون الطليعة العلمية في الأمة ، كما أن هنالك أغلبية كثيرة من الأفراد يعتبرون مقلدين لأولئك الأعلام الأفذاذ . وبما أنه سبق توضيح الكلام فيما يتعلق بالاجتهاد ، فيلزم المضي في بيان التقليد . وسأتكلم عن التقليد والإفتاء في المباحث الآتية :

- المبحث الأول - تعريف التقليد وتاريخه والفرق بينه وبين الاتباع .
- المبحث الثاني - مجال التقليد وحكمه وأقسامه وبيان المقلد .
- المبحث الثالث - التزام المقلد مذهباً معيناً .
- المبحث الرابع - التلفيق وتتبع الرخص .
- المبحث الخامس - ما بين الإفتاء والاستفتاء أو شروط المجتهد المقلد .

☆☆☆

المبحث الأول

تعريف التقليد وتاريخه والفرق بينه وبين الاتباع

تعريف التقليد :

التقليد لغة : جعل القلادة في العنق ، ومنه تقليد الهدي في الحج ، أي جعل القلادة في عنق ما يهدى إلى الحرم من النعم .

وفي اصطلاح الأصوليين : هو أخذ قول الغير من غير معرفة دليله ^(١) : أي محاكاة الغير في العمل أو الترك ، كمسح بعض الرأس تقليداً للشافعي ، وترك المقتدي قراءة الفاتحة في الصلاة أخذاً بقول أبي حنيفة ، ونحو ذلك .

تاريخه :

حدثت ظاهرة التقليد في أوائل القرن الرابع الهجري ، قال الشوكاني : « إن التقليد لم يحدث إلا بعد انقراض خير القرون ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم . وإن حدوث التذهب بمذاهب الأئمة الأربعة ، إنما كان بعد انقراض عصر الأئمة الأربعة ، وإنيهم كانوا على نمط من تقدمهم من السلف في هجر التقليد ،

(١) راجع شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٣٢٢ ، المستصفى ٢/١٢٣ ، الأمدي ٣/١٦٦ وما بعدها ، التقرير والتحجير ٣/٣٤٠ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢/٤٠٠ ، روضة الناظر ٢/٤٥٠ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٣ ، إرشاد الفحول ٢٣٤ . شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/٣٠٦ ، العناوين في المسائل الأصولية ٢/٩١ ، أصول الاستنباط ٢٤٩

وعدم الاعتداد به ، وإن هذه المذاهب إنما أحدثها عوام المقلدة لأنفسهم من دون أن يأذن بها إمام من الأئمة المجتهدين «^(١) .

الفرق بين التقليد والاتباع :

التقليد عند جماعة من العلماء غير الاتباع ؛ لأن التقليد هو الأخذ بقول الغير بغير حجة كما بينا ، وأما الاتباع فهو سلوك التابع طريق المتبوع ، وأخذ الحكم من الدليل بالطريق التي أخذ بها متبوعه ، فهو اتباع للقائل على أساس ما اتضح له من دليل على صحة قوله ، وهذا بخلاف التقليد الذي يحاكي فيه الشخص قول غيره ، دون معرفة دليله ومعنى قوله^(٢) .

والله تعالى ذم التقليد في آيات كثيرة ، منها قوله تعالى : ﴿ اتخذوا أبحارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله ﴾ ، فيجب القول باتباع الحجة والانقياد للدليل ، دون تقليد شخص بعينه ؛ لأن التقليد ممنوع في الشريعة .

لكني سأوضح أن منع التقليد إنما هو بالنسبة للمجتهد ، أما العامي فيجب عليه التقليد . والآية المذكورة ونحوها محمولة على ذم التقليد في العقائد .



(١) راجع القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد له ١٠٨

(٢) انظر الرد على من أدخل إلى الأرض للسيوطي ٤٤ ، تحفة الرأي السديد ٤٠ ، أعلام الموقعين

١٢٤/٤ ، ٢٢٢ ، ١٧٨/٢

المبحث الثاني

مجال التقليد وحكمه وأقسامه وبيان المقلد

الأحكام الشرعية منها ما يتعلق بالعقائد أو الأصول ، ومنها ما يتعلق بالأعمال أو الفروع .

التقليد في العقائد أو في الأصول العامة :

مسائل العقائد أو الأصول كمعرفة الله تعالى وصفاته والتوحيد ودلائل النبوة وما يلحق بها كالأخلاق ، وكل ما علم من الدين بالضرورة من جميع التكليف الشرعية ، عبادات أو معاملات أو عقوبات أو محرمات كأركان الإسلام الخمسة ، وحرمة الربا والزنى ، وحل البيع والنكاح ونحوها ، مما هو ثابت قطعاً ، لا يجوز فيها التقليد عند جمهور العلماء ، وإنما يجب تكوينها بالاعتماد على النظر والفكر ، لا على مجرد المحاكاة والتشبه بالآخرين .

وقال عبيد الله بن الحسن العنبري والحشوية والتعليمية^(١) : يجوز التقليد

(١) الحشوية - بسكون الشين وفتحها : قوم تمسكوا بظواهر آيات الله ، فذهبوا إلى التجسيم وغيره ، وهم من الفرق الضالة ، سموها بذلك ؛ لأنهم كانوا في حلقة الحسن البصري فوجدوا يتكلمون كلاماً ، فقال : ردوا هؤلاء إلى حشاء الحلقة ، فنسبوا إلى حشاء ، فهم حشوية (بفتح الشين) . وقيل : سموها بذلك ، لأنهم من المجسة لقولهم : الجسم حشو ، فهم حشوية (بسكون الشين) .

والتعليمية : قوم من الباطنية ، قالوا : في كل عصر إمام معصوم يعلم غيره ما بلغه من العلم . (راجع عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٥١ ، المنقذ من الضلال للغزالي ١٨ وما بعدها) .

فيها . وقال بعضهم : إن التقليد هو الواجب على المكلف ، وإن النظر والاجتهاد فيها حرام^(١) .

استدل الجمهور بأدلة منها :

أولاً - إن النظر واجب ، وفي التقليد ترك الواجب ، فلا يجوز ، ودليل وجوب النظر أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ إِن فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴾ الآية ... قال عليه الصلاة والسلام : « ويل لمن قرأها ، ولم يتفكر فيها »^(٢) ، فالرسول توعده على ترك النظر والتفكر في آيات الله ، فدل على وجوب النظر .

ثانياً - أجمعت الأمة على وجوب معرفة الله تعالى ، وما يجوز عليه ، وما لا يجوز ، وذلك لا يحصل بالتقليد ؛ لأن المقلد ليس معه إلا الأخذ بقول من يقلده ، ولا يدري أهو الصواب أم الخطأ ، وقد يكذب المقلد ، فيضل مقلده .

واستدل المجوزون للتقليد بأدلة أخرى منها :

أولاً - لو كان النظر واجباً ، لفعله الصحابة وأمروا به ، ولكنهم لم يفعلوا ، ولو فعلوه لنقل عنهم ، كما نقل النظر في المسائل الفقهية الفرعية .

وأجيب عنه بمنع القول بأنهم لم ينظروا ، فقد كانت معرفتهم بالعقائد مبنية على الدليل ، وكل ما في الأمر أنه لم توجد لديهم حلقات للبحث لاكتفائهم بصفاء أذهانهم ، واعتمادهم على السليقة في الفهم ، ومشاهدتهم الوحي .

وأيضاً لا يسلم الباحث أنهم لم يكونوا مأمورين بالنظر ، إذ ليس المراد من

(١) راجع مسلم الثبوت ٣٥٠/٢ ، المستصفى ١٢٣/٢ ، الأمدي ١٦٧/٣ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٣ ، إرشاد الفحول ٢٣٦ ، أصول الفقه للخضري ٣٦٩ ، عدة التحقيق في التقليد والتلفيق للبانى ٤٩ ، شرح الإسنوي ٢٦٤/٣

(٢) رواه ابن مردويه وعبد بن حميد وابن أبي حاتم وابن حبان في صحيحه عن عطاء (تفسير ابن كثير ٤٤٠/١ وما بعدها) .

النظر تحرير المسائل على قواعد المنطق من الأقيسة والأشكال المعروفة ، بل يكفي ما يفيد الطمأنينة ، ومن أصغى إلى عامة الناس يجد أدلة كافية منهم على صحة عقيدتهم يستمدونها من الوقائع والمشاهدات ، حتى إنه لا يكاد يوجد مقلد في الإيمان ؛ لأن محسوسات الكون وتلبات الطبيعة تعطي دليلاً سريعاً على وجود الخالق المبدع ، لدرجة أن كثيراً من العوام يكون الإيمان في صدره كالجبال الراسيات .

ثانياً - لو كان النظر في معرفة الله تعالى واجباً ، لأدى إلى الدور^(١) ؛ لأن وجوب النظر للأمور به من الله تعالى متوقف على معرفة الله ، ومعرفة الله متوقفة على النظر .

والجواب : أنه لا وجود للدور ؛ لأن وجوب النظر الشرعي متوقف على معرفة الله بوجه ما ، ومعرفة الله المتوقفة على النظر بوجه أكمل (أي بما يجب له وما يمتنع عليه) ، فتكون المعرفة التي يتوقف عليها وجوب النظر غير المعرفة التي تنتج من النظر .

والخلاصة : إن التقليد في العقائد ليس طريقاً للعلم بلا شبهة ؛ لأن المراد بالعلم في باب الاعتقاديات : الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل ، والتقليد لا يفيد فيه ؛ لأنه قبول قول الغير بلا حجة ، كما قال الغزالي^(٢) .

أما الذين أوجبوا التقليد ، وحرّموا النظر فاحتجوا بدليلين :

أولهما - إن النظر مظنة الوقوع في الشبهات والتردي في الضلالات

(١) الدور : هو توقف وجود الشيء على ذاته هو ، دون اعتداد على شيء آخر . وهذا أمر باطل عقلاً . وهذا معنى قول المناطقة : بطلان توقف وجود الشيء على ذاته ، أي بطلان كون الشيء سبباً في إيجاد ذاته .

(٢) المستصفى ١٢٣/٢ . فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : ٤٠١/٢ . تحفة الرأي السيد ٣٧ . شرح الإنسوي ٢٦٤/٢

واضطراب الآراء ، بخلاف التقليد ، فإنه طريق آمن من الأوهام والضلالات ، فكان سلوك ما هو أقرب إلى السلامة أولى ، فيجب المصير إليه ، أي إلى التقليد .

والجواب : إن المحذور اللازم من النظر لازم في التقليد ، فكان هذا الدليل معارضاً بمثله ، بدليل أن الله نعى على قوم تقليدهم آباءهم حيث ذمهم بما قالوا : ﴿ إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون ﴾ ، وأيضاً إن النظر الموجب للشكوك والشبهات هو النظر الفاسد ، والمطلوب هنا النظر الصحيح ، والنظر الصحيح مأمون العاقبة^(١) .

ثانيهما - إن النظر منهى عنه بالكتاب والسنة ، قال الله تعالى : ﴿ ما يجادل في آيات الله إلا الذين كفروا ﴾ والنظر يفضي إلى فتح باب الجدل ، فكان منهياً عنه ، والنبي ﷺ نهى الصحابة لما رأهم يتكلمون في مسألة القدر ، وقال : « إنما هلك من كان قبلكم لخوضهم في هذا »^(٢) .

وأجيب عن الآية بأن النهي فيها عن الجدل بالباطل ، بدليل قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وجادلوا بالباطل ليدحضوا به الحق ﴾ ، وأما الجدل بالحق فهو جائز ، لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وجادلهم بالتي هي أحسن ﴾ ، فلو كان الجدل بالحق منهياً عنه ، لما كان مأمور به ، وقد أثبت الله على الناظرين بقوله تعالى : ﴿ ويتفكرون في خلق السموات والأرض ﴾ ، وأما نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن الخوض في القدر ، فلأنه كان قد وقفهم على النص ، فمنعهم عن الممارسة فيه^(٣) ، فكان جدالهم في القدر ليس من الحق .

(١) المستصفى ١٢٤/٢

(٢) أخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ « إنما هلك من كان قبلكم حين تنازعوا في هذا الأمر » (جامع الأصول ٥٢٨/١٠) .

(٣) المستصفى ١٢٤/٢

التقليد في المسائل الفرعية :

أحكام القضايا العملية التي ثبتت بطريق ظني هي المجال الذي يصح فيه الاجتهاد والتقليد ، وقد اختلف العلماء في حكم التقليد في الفروع على أقوال أختار منها ما يأتي :

أولها - قول الظاهرية ومعتزلة بغداد وجماعة من الإمامية : وهو أن الاجتهاد لازم ، وأن التقليد غير جائز ، فعلى كل مكلف أن يجتهد لنفسه في أمور دينه ، ويعمل بما أداه إليه اجتهاده^(١) .

قال ابن حزم في كتابه (النبد الكافية في علم الأصول) : التقليد حرام ولا يحل لأحد أن يأخذ قول أحد غير رسول الله ﷺ بلا برهان ، لقوله تعالى : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء ﴾^(٢) .

وقال في الأحكام : « التقليد كله حرام في جميع الشرائع ، أولها عن آخرها ، من التوحيد والنبوة والقدر والإيمان والوعيد والإمامة والمفاضلة وجميع العبادات والأحكام^(٣) . إلخ .. » .

وقال ابن عربي : « التقليد في دين الله لا يجوز عندنا ، لا تقليد حي ولا ميت ، ويتعين على السائل إذا سأل العالم أن يقول له : أريد حكم الله أو حكم رسوله في هذه المسألة إلخ^(٤) .

ثانيها - قول الحشوية والتعليلية ، وهو كما أشرت آنفاً : إن النظر والاجتهاد

(١) راجع الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٧٩٢/٦ ، ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل ٥٢ ، الأمدي ١٧٠/٣ ، شرح الإسنوي ٢٦١/٣

(٢) الرد على من أخلد إلى الأرض ٥٢

(٣) الأحكام في أصول الأحكام ٨٦١/٦

(٤) رسالة في أصول الظاهرية ٢١

غير جائز ، وإن التقليد واجب بعد زمن الأئمة المجتهدين ^(١) .

ثالثها - مذهب التفصيل ، وهو قول كثير من أتباع الأئمة الأربعة ، ومقتضاه أن الاجتهاد ليس ممنوعاً ، وأن التقليد يحرم على المجتهد ، ويجب على العامي ، أي الذي لم تتوافر لديه أهلية الاجتهاد ولو كان عالماً ^(٢) .

واختار هذا المذهب كثير من المحققين ، مستدلين عليه بما يأتي ^(٣) :

١ - الكتاب : وهو قوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ ، فهذا النص عام لكل المخاطبين ، وفي كل أمر لا يعلم ؛ لأن الأمر المقيد بسبب (وهو عدم العلم) يتكرر بتكرره ، فكلمة وجد عدم العلم ، أمر الشخص بالسؤال ، وأدنى درجات قوله تعالى ﴿ فاسألوا ﴾ الجواز ، كما قال الآمدي .

٢ - إجماع الصحابة والتابعين : فإنهم كانوا يفتون العوام الذين يسألونهم عن حكم حادثة من الحوادث ، دون نكير منهم على ذلك ، ولا نهى لهم عن السؤال ، ولا أمر لهم بتحصيل رتبة الاجتهاد ، وهو أمر معلوم بالضرورة والتواتر من العلماء والعوام .

٣ - المعقول : وهو أن الاجتهاد ملكة لا تحصل إلا لنفر قليل من الناس ، فإذا كلف بها جميع الناس ، كان تكليفاً بما لا يطاق ، وهو ممنوع شرعاً لقوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ .

(١) المستصفى ١٢٣/٢

(٢) راجع مسلم الثبوت ٣٥١/٢ وما بعدها ، الآمدي ١٧٠/٣ ، المستصفى ١٢٤/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣٦ ، فتاوى الشيخ عlish ٦٠/١

(٣) المراجع السابقة ، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني ٣ - ٤ ، أعلام الموقعين

ومن جهة أخرى هي أن العامي مكلف بالأحكام الشرعية ، وتكليفه تحصيل رتبة الاجتهاد فيه حرج ومشقة : لأنه يؤدي إلى الاشتغال عن القيام بالمعاش الدنيوية ، وتعطيل الصناعات والحرف ، ومختلف المصالح الضرورية التي يقوم عليها نظام الحياة ، والله تعالى قال : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ، وقال عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) .

وعورضت هذه الأدلة : بأدلة أخرى من الكتاب والسنة والمعقول ، تصلح في جملتها حججاً لأرباب المذهب الأول الذين يمنعون التقليد^(٢) .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون ﴾ . والقول بالتقليد قول بما ليس بمعلوم ، فكان منهيّاً عنه ، وأيضاً فقد ذمّ الله التقليد حكاية عن قوم قالوا : ﴿ إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مقتدون ﴾ والمذموم لا يكون جائزاً .

أجيب عن الآية الأولى : بأنها تشمل أيضاً النظر والاجتهاد في المسائل الاجتهادية ، إذ من المعلوم أن القول في الاجتهاديات عمل بالظن ، والآية تطلب العمل بما هو معلوم يقيناً ، فكانت شاملة في النهي للاجتهاد مطلقاً ، وأجيب عن الآية الثانية : بأنه يجب حملها على ذم التقليد فيما يطلب فيه العلم ، وهي العقائد ، جمعاً بينها وبين الأدلة السابقة التي ذكرت .

(١) سبق تخريجه بدون كلمة « في الإسلام » : رواه مالك مرسلًا والشافعي عنه ، وأحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبراني عن ابن عباس بسند فيه جابر الجعفي وهو ضعيف . وأخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني عنه بسند آخر ، وله طرق ، فهو حسن . فقد روي عن أبي سعيد وأبي هريرة وجابر وعائشة وغيرهم (كشف الخفا ، أسنى المطالب ، المقاصد الحسنة) .

(٢) راجع الأمدى ١٧٠/٣

وأما السنة : فقوله عليه الصلاة والسلام : « طلب العلم فريضة على كل مسلم »^(١) ، وقوله ﷺ : « اجتهدوا فكل ميسر لما خلق له »^(٢) ، والنصان عامان في الأشخاص ، وفي كل علم وهما يدلان على وجوب النظر .

وأجيب عن الحديث الأول : بأنه ليس في محل النزاع بالاتفاق ؛ لأن العلم (أي اليقين) غير مطلوب ، لا في الاجتهاد ولا في التقليد إجماعاً .

وعن الحديث الثاني : بأنه يجب حمله على من توافرت فيه أهلية الاجتهاد ، جمعاً بينه وبين الأدلة التي ذكرت سابقاً .

وأما المعقول : فهو أن العامي لو كان مأموراً بالتقليد ، فلا يؤمن أن يكون من قلده مخطئاً في اجتهاده ، أو كاذباً فيما أخبره به ، فيكون العامي مأموراً باتباع الخطأ والكذب ، وهذا على الشارع ممتنع .

وأجيب عنه : بأن العامي إذا اجتهد ، فلا نأمن من وقوع الخطأ منه ، بل هو أقرب إلى الخطأ ، لعدم أهليته ، فيكون المحذور مشتركاً .

أقسام التقليد :

قد ترتب على القول بالتفصيل في حكم التقليد أن التقليد قسمان : مذموم

ومحمود :

فالتقليد الحمود : هو تقليد العاجز عن الاجتهاد ؛ لأنه لم يقدر على التوصل إلى الحكم الشرعي بنفسه ، فلم يبق أمامه إلا اتباع من يرشده من أهل النظر والاجتهاد إلى ما يجب عليه من التكليف .

(١) رواه البيهقي في شعب الإيمان وابن ماجه وابن عبد البر عن أنس ، وهو حديث صحيح ، كما قال السيوطي .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه بلفظ « اعملوا ، فكل ميسر لما خلق له » (جامع الأصول ٥١٥/١٠) .

وأما التقليد المذموم أو المحرم ، فهو ثلاثة أنواع :

الأول - ما تضمن الإعراض عما أنزل الله ، وعدم الالتفات إليه ، كتقليد الآباء والرؤساء .

الثاني - تقليد من لا يعلم المقلد أنه أهل لأن يؤخذ بقوله .

الثالث - التقليد بعد ظهور الحجة ، وقيام الدليل عند شخص على خلاف قول المقلد .

وهذه الأنواع الثلاثة هي التي يحمل عليها ما ورد من آيات وأحاديث في ذم التقليد ، كما يحمل عليها كل ما نقل عن العلماء في ذم التقليد^(١) ، فقد نهى الأئمة الأربعة عن تقليدهم ، وذموا من أخذ أقوالهم بغير حجة .

قال الشافعي : مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيه أفعى تلدغه وهو لا يدري .

وقال أحمد : لا تقلدني ولا تقلد مالكاً ولا الثوري ولا الأوزاعي ، وخذ من حيث أخذوا ، وقال : من قلة فقه الرجل أن يقلد دينه الرجال .

وقال أبو يوسف : لا يحل لأحد أن يقول مقالتنا حتى يعلم من أين قلناه .

قال السيوطي : ما زال السلف والخلف يأمررون بالاجتهاد ويحضون عليه ، وينهون عن التقليد ويذمون ويكرهونه ، وقد صنف جماعة في ذم التقليد كالملزني ، وابن حزم ، وابن عبد البر ، وأبي شامة ، وابن القيم الجوزية ، وصاحب القاموس المحيط^(٢) .

(١) راجع أعلام الموقعين ١٦٨/٢ ، تحفة الرأي السديد ٣٩ .

(٢) راجع الرد على من أخلد إلى الأرض ٤٢ ، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني ١٧ ، أعلام الموقعين ١٨١/٢ ، الرسالة للشافعي ٤٢ .

قال القرافي : « مذهب مالك وجمهور العلماء وجوب الاجتهاد وإبطال التقليد »^(١) .

المقلد :

ويترتب أيضاً على تفصيل حكم التقليد ضرورة تحديد من له الحق في التقليد ، وهذا يفهم مما سبق ، وهو أن جمهور الأصوليين يقولون : إن المقلد يشمل العامي المحض ، فإنه يجب عليه التقليد في فروع الشريعة الثابتة بطريق ظني ، ويشمل أيضاً العالم الذي تعلم بعض العلوم المعتمدة في الاجتهاد ، ولكنه لم يبلغ رتبة الاجتهاد ، فيجب على هذين اتباع قول المجتهدين وسؤالهم عما يعترضهم من أمور ؛ إذ أن العامي ليس عنده شيء من العلوم التي تؤدي به إلى الاجتهاد ، وأما العالم فإنه عاجز عن الاجتهاد ، فلكل منهما التقليد^(٢) .

وقال بعض معتزلة بغداد : لا يجوز للعامي ، ولا للعالم الذي ليس أهلاً للاجتهاد أن يقلد أحداً من المجتهدين ، بل يتعين على كل منهما معرفة الحكم بدليله .

وقال أبو علي الجبائي : يجوز التقليد في المسائل الاجتهادية ، كإزالة النجاسة وطهارة الماء ، دون المسائل المنصوصة كوجوب الصلاة والزكاة والحج والصوم ونحوها .

والإشارة سبقت لهذه الأقوال ، مع أدلتها في حكم التقليد في الفروع .

هل للمجتهد أن يقلد ؟

المجتهد : هو الذي توافرت لديه ملكة الاجتهاد والاستنباط ، وقد عرف أن

(١) إرشاد الفحول ٢٣٦

(٢) الآمدي ١٧٠/٣ ، مسلم الثبوت ٣٥١/٢ ، المستصفى ١٢١/٢ ، ١٢٤ ، شرح الإسنوي ٢٩١/٣

الجمهور يرمون على المجتهد تقليد غيره ، وحملوا كلام الأئمة في النهي عن تقليدهم على المجتهدين لا المقلدين ، فالمجتهد : هو الذي يحرم عليه التقصير لتهاونه في دينه^(١) .

وربما يتساءل بعضهم عن مدى حاجة المجتهد إلى التقليد بعد توافر أسباب الاجتهاد لديه .

والجواب عنه يتبين من التفصيل الآتي^(٢) : إن المجتهد إما أن يكون قد اجتهد ، أم لا ، فإذا اجتهد في مسألة من المسائل ، وأداه اجتهاده إلى حكم من الأحكام كالوجوب مثلاً ، فلا يجوز له باتفاق العلماء تقليد غيره من المجتهدين فيما يخالف نظره ويترك نظره نفسه .

فإن لم يكن قد اجتهد في المسألة ، فالعلماء اختلفوا فيه على ثمانية مذاهب :

١ - لا يجوز التقليد مطلقاً ، وهو ما اختاره الغزالي والآمدي والبيضاوي وأكثر الفقهاء .

٢ - يجوز مطلقاً ، وهو رأي أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وسفيان الثوري .

٣ - يجوز فيما يخص المجتهد من الأحكام في حق العمل بنفسه ، ولا يجوز فيما يفتي به غيره ، وهو قول بعض أهل العراق .

٤ - يجوز فيما إذا خاف فوات وقته لو اشتغل بالاجتهاد ، ولا يجوز فيما لم يخف فواته ، أو فيما يخصه أيضاً ، كما نبه عليه الآمدي ، وهو قول بعض آخر من العراقيين .

(١) إرشاد الفحول ٢٣٦ ، عدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٥٣

(٢) راجع المستصفى ١٢١/٢ ، الإحكام للآمدي ١٥٨/٣ ، شرح الإنسوي ٢٦١/٣ وما بعدها ،

مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ٢٥١ ، مختصر ابن الحاجب ، أعلام الموقعين ١٨٥/٢

٥ - يجوز تقليد غيره إذا كان أعلم منه ، لا من هو مثله أو دونه ، وهو مذهب محمد بن الحسن ، واختاره ابن الحاجب .

٦ - يجوز تقليد الصحابي ، بشرط أن يكون أرجح في نظره من غيره ، ولا يجوز تقليد غيره ، ونقل ذلك عن الشافعي .

٧ - يجوز تقليد الصحابة والتابعين دون من عداهم .

٨ - يجوز تقليد الأعم ، بشرط تعذر الاجتهاد ، وهو رأي ابن سريج . وأختار الرأي الأول ، وهو عدم جواز تقليد المجتهد لغيره مطلقاً ؛ لأن القول بتقليد من يجوز عليه الخطأ حكم شرعي لا يثبت إلا بدليل من نص أو قياس ، والأصل عدم الدليل ، فمن ادعاه يحتاج إلى بيانه ، ولا يلزم من جواز التقليد بالنسبة للعامي ، لعجزه عن التوصل إلى تحصيل مطلوبه من الحكم : جوازه بالنسبة لمن له أهلية الاجتهاد والتوصل إلى الحكم بنفسه ؛ لأنه قادر على الاجتهاد ، ووثوقه به أتم من وثوقه بما يقلد فيه غيره .

ثم إن المجتهد مأمور بالنظر بقوله تعالى : ﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾ فلو جاز له تقليد غيره ، لكان تاركاً لما وجب عليه ، وترك الواجب حرام^(١) .

وأما المجوز للتقليد مطلقاً ، فاستدل بأدلة ضعيفة منها^(٢) :

أولاً - قوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ فالمجتهد غير عالم بما سأل عنه غيره ، فكان مأموراً بسؤال من يعلم ، وأقل مراتب الأمر : هو الإباحة ، فكان سؤاله للغير مباحاً .

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

وأجيب عنه : بأن الآية محمولة على العامي ؛ لأنه هو الذي يصدق عليه أنه ليس من أهل العلم ، فيسأل من هو أهل له ، أما من هو من أهل العلم ، فليس داخلاً تحت الآية ، إذ ليس السائل أحوج للسؤال من المسؤول .

ثانياً - الإجماع : وهو أن عمر كان يرجع إلى قول علي ، وإلى قول معاذ ، وأن عبد الرحمن بن عوف بايع عثمان على اتباع سنة الشيخين : أبي بكر وعمر رضي الله عنهم أجمعين ، ولم ينكر عليهم أحد من الصحابة ، مع أن المقلد كان أهلاً للاجتهاد ، فصار إجماعاً .

وأجيب عنه : بأن عمر لم يكن مقلداً لعلي ولمعاذ فيما ذهبوا إليه ، بل لأنه اطلع من قوليهما على دليل أوجب رجوعه إليه .

وأما المقصود من سنة الشيخين في مبايعة عبد الرحمن لعثمان ، فهو التزام العدل والإنصاف بين الناس ، والبعد عن حب الدنيا ، وليس المراد هو اتباع الشيخين في الأخذ بالأحكام الاجتهادية .

هذا وقد ذكر ابن القيم قولين في قضية (هل للمجتهد في مذهب إمام أن يفتي بقول ذلك الإمام ؟) ، وهما وجهان لأصحاب الشافعي وأحمد :

أحدهما : الجواز . والثاني : لا يجوز له أن يفتي .

ثم قال ابن القيم : والتحقيق أن هذا فيه تفصيل ، فإن قال له السائل (أريد حكم الله تعالى في هذه المسألة ، وأريد الحق فيما يخلصني) ونحو ذلك لم يسعه إلا أن يجتهد له في الحق ، ولا يسعه أن يفتيه بمجرد تقليد غيره من غير معرفة بأنه حق أو باطل .

وإن قال له (أريد أن أعرف في هذه النازلة قول الإمام ومذهبه) ساغ له الإخبار به ، ويكون ناقلاً له ، ويبقى الدرك على السائل ، فالدرك في الوجه

الأول على المفتي ، وفي الثاني على المستفتي^(١) .

رأيي في التقليد :

لا يمكن لأحد أن يتجاهل تلك الحملة الهجومية العنيفة التي لاقاها التقليد من كثير من العلماء ، كابن حزم الذي خصص القسم الأكبر من الجزء السادس في كتابه (الإحكام) لإبطال التقليد ٧٩٣ ، وكابن القيم في أعلام الموقعين ١٨٧/٢ - ٢٦٠ الذي ذكر واحداً وثمانين وجهاً للرد على أنصار التقليد ، هذا مع ملاحظة ما ذكرته من ذم الأئمة الأربعة للتقليد ، وإزاء كل ما ذكر ينبغي الوقوف موقف التريث والبصيرة في شأن التقليد ، فلا يحكم بجوازه مطلقاً ، كما لا يصح تناسي مقتضيات الواقع ، فإن العامي المحض لا يسعه إلا تقليد العالم ، لعجزه عن النظر والاجتهاد فيجب عليه التقليد ، أما العلماء ولو لم يكونوا أهلاً للاجتهاد فلا يلزمون بجميع ما جاءت به المذاهب ، وعليهم أن ينظروا في كل حكم من أحكام الفقه على حدة ، فيقبلون ما يؤيده الدليل الصحيح ، ويرفضون ما عداه ، دون أسف على شيء أو تعصب لمذهب من المذاهب ، وليكن رائدهم طلب الحق ، فإن الحق واحد قديم ، ودين الله واحد لا يتعدد كما ذكر ابن القيم^(٢) ، وأن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثرت الخلاف ، كما أنها في أصولها كذلك ، كما بين الشاطبي في الموافقات^(٣) .

وما أحسن ما قاله شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام في هذا الشأن في (القواعد الكبرى)^(٤) : « ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه ، بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً ، وهو مع ذلك يقلد فيه ،

(١) أعلام الموقعين ٢١٥/٤

(٢) أعلام الموقعين ٢١١/٢

(٣) الموافقات ١١٨/٤

(٤) ط الاستقامة . ١٣٥/٢

ويترك من شهد له الكتاب والسنة والأقيسة الصحيحة لمذهبهم ، جوداً على تقليد إمامه ، بل يتحایل لدفع ظواهر الكتاب والسنة ، ويتأولها بالتأويلات البعيدة الباطلة ، نضالاً عن مقلّده » .

ويؤكد ما قاله الإمام أبو شامة في خطبة : (الكتاب المؤمل في الرد إلى الأمر الأول) .

« ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب إمام معين ، بل يرفع نفسه عن هذا المقام ، وينظر في مذهب كل إمام ، ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب إلى دلالة الكتاب والسنة المحكمة ، وذلك سهل عليه ، إذا كان قد أتقن معظم العلوم المتقدمة (أي علوم الاجتهاد) ، وليجنب التعصب والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة ، فإنها مضیعة للزمان ، ولصفوه مكدره » ^(١) .

(١) راجع الرد على من أخذ إلى الأرض ٦١ ، وانظر في هذا المعنى أعلام الموقعين ٢١٤/٤

المبحث الثالث

التزام المقلد بمذهب معين

إذا كان طريق العامي وغير المتأهل للاجتهد ، هو التقليد لمعرفة الأحكام الشرعية ، كما قرر جمهور العلماء ، فهل يجب حينئذ على المقلد التزام مذهب معين في كل واقعة ؟

اختلف هؤلاء الجمهور المتفقون على وجوب التقليد على العامي ، ومن ليس أهلاً للاجتهد على مذاهب^(١) ، ومحل الخلاف في رأي بعضهم : هو فيما إذا لم يعمل العامي برأي مجتهد في حكم حادثة من الحوادث ، فإن كان قد عمل ، فليس له الرجوع عن تقليده ، واتباع غيره بالاتفاق في رأي الأمدي وابن الحاجب . وفي رأي غيرهما : إن الخلاف يجري بعد العمل أيضاً .

فقال بعضهم : يجب التزام مذهب إمام معين ؛ لأنه اعتقد أنه حق ، فيجب عليه العمل بمقتضى اعتقاده .

وقال آخرون : لا يجب تقليد إمام معين في كل المسائل والحوادث التي تعرض ، بل يجوز أن يقلد أي مجتهد شاء ، فلو التزم مذهباً معيناً ، كذهب أبي حنيفة أو الشافعي أو غيرهما ، لا يلزمه الاستمرار عليه ، بل يجوز له الانتقال

(١) الأمدي ١٧٤/٣ ، مسلم الثبوت ٣٥٥/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٠ ، شرح الإسنوي ٢٦٦/٣ ، شرح الحلي على جمع الجوامع ٣٢٨/٢ ، التقرير والتحبير ٣٤٤/٣ ، فواتح الرحموت ٤٠٢/٢ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٩٣ ، العناوين في المسائل الأصولية ٩٢/٢ ، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٨١ ، أصول الفقه لشعبان ٣٣٧ ، مجرمي الخطيب ٥١/١

كلياً منه إلى مذهب آخر ولو بعد العمل ، إذ أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ، وقد انترم بشيء لم يلزمه به الله ولا رسوله ، فإن الله تعالى لم يوجب عليه اتباع مذهب معين ، وليس التزامه للمذهب نذراً عليه حتى يجب الوفاء به ، وإنما أوجب الله اتباع العلماء من غير تخصيص بعالم دون آخر ، فقال سبحانه وتعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ .

ولأن المستفتين في عصر الصحابة والتابعين ، لم يكونوا ملتزمين بمذهب معين ، بل كانوا يسألون من تهيأ لهم دون تقييد بواحد دون آخر ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان هذا إجماعاً منهم على عدم وجوب تقليد إمام ، أو اتباع مذهب معين في كل المسائل .

وأيضاً فإن القول بالتزام مذهب يؤدي إلى الحرج والضيق ، مع أن المذاهب نعمة وفضيلة ورحمة للأمة .

وهذا القول هو الراجح عند العلماء^(١) .

وفصل بعضهم كالأمدي والكمال بن الهمام فقال : إن عمل بما التزمه في بعض المسائل بمذهب معين ، فلا يجوز له تقليد الغير فيها ، وإن لم يعمل في بعضها الآخر جاز له اتباع غيره فيها ، إذ أنه لم يوجد في الشرع ما يوجب عليه اتباع ما التزمه ، وإنما أوجب الشرع عليه اتباع العلماء دون تخصيص عالم دون آخر ، على ما سبق بيانه .

هل يجوز للملتزم المذهب مخالفة إمامه جزئياً ؟

إذا التزم العامي مذهباً معيناً ، فللعلماء فيه خلاف آخر ، وهو أنه هل يجوز

(١) وبناء عليه فهناك شخصان لا يلزمان بمذهب : وهما العامي الصرف ، فلا يصح له مذهب ولو تمذهب به ، وإنما مذهبه في كل واقعة هو مذهب من أفتاه بها . وكذلك من له نوع بصر بالمذاهب ، وتأهل للنظر والاستدلال ، فلا يلزمه مذهب معين .

له أن يخالف إمامه في بعض المسائل ، ويأخذ بقوله غيره ؟ وبعبارة أخرى : هل يلزمه الاستمرار على ذلك المذهب ، فلا يعدل عنه إلى غيره في مسألة من المسائل ؟

قيل : لا يجوز مطلقاً ، وقيل : يجوز مطلقاً ، وقيل بالتفصيل بين أن يكون قد عمل بالمسألة ، فلا يجوز له الانتقال ، أو لا يكون فيجوز له ذلك ، وقيل : بتفصيل آخر بين أن يكون بعد حدوث الحادثة فلا يجوز ، وإلا جاز ، وقيل بغيره^(١) .

والأصح هو القول بجواز مخالفة إمام المذهب جزئياً ، والأخذ بقول غيره ؛ لأن التزام المذهب غير ملزم ، إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ، ولم يوجب الله ورسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأئمة ، مما يدل على أن إيجاب التقليد تشريع شرع جديد ، كما قال شارح مسلم الثبوت .

تقليد غير الأئمة الأربعة :

إذا كنت قد رجحت عدم الالتزام بمذهب معين ، فهل ينحصر الأمر في دائرة المذاهب الأربعة ، أو يجوز تقليد غيرهم ، كمذاهب أعيان الصحابة أو مذهب الظاهرية أو مذهب الليث أو الأوزاعي أو ابن جرير الطبري أو غيرهم ؟

اختلف العلماء فيه^(٢) :

١ - فقال أكثر المتأخرين : لا يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة من المجتهدين ؛ لأن مذاهبهم غير مدونة ولا مضبوطة ، مما يجعل المقلد المقتدي بها عرضة للخطأ

(١) فتاوى الشيخ عليش (فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك) ٥٩/١ وما بعدها ، المراجع السابقة في البحث السابق ٥٧٨

(٢) انظر مسلم الثبوت ٢٥٦/٢ ، شرح الإسنوي ٢٦٦/٢ ، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٨٥ وما بعدها ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ٢٦٠ وما بعدها ، بجريمي الخطيب ٥١/١

والتأويل فيها ، بخلاف مذاهب الأئمة الأربعة ، فإنها منقحة معروفة مضبوطة ، بسبب تدوينها وعناية تلاميذهم بتوضيح الحفي منها ، وتخصيص عامها وتقييد مطلقها ، وهذا يوجب اطمئنان النفس إلى الأخذ بها ، لقربها من الحق ، وبعدها عن الخطأ .

قال إمام الحرمين : أجمع المحققون على أن العوام ليس لهم أن يتعلقوا بمذاهب أعيان الصحابة رضي الله عنهم ، بل عليهم أن يتبعوا مذاهب الأئمة الذين سبروا ، فنظروا ، وبوبوا الأبواب ، وذكروا أوضاع المسائل ؛ لأنهم أوضحوا طرق النظر ، وهذبوا المسائل وبيينوها وجمعوها .

وقال ابن الصلاح : يتعين تقليد الأئمة الأربعة دون غيرهم ؛ لأن مذاهب الأربعة قد انتشرت وعلم تقييد مطلقها وتخصيص عامها ، ونشرت فروعها ، بخلاف مذاهب غيرهم .

٢- وأجاز بعض العلماء تقليد غير الأئمة الأربعة في غير الإفتاء ، فقال :

وجائز تقليد غير الأربعة في غير إفتاء وفي هذا سعة

قال الشيخ سليمان البجيرمي الشافعي : لا يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة في إفتاء أو قضاء .

٣- وقال العز بن عبد السلام : إن المدار على ثبوت المذهب عند المقلد ، وغلبة الظن على صحته عنده ، فحيث ثبت عنده مذهب من المذاهب صح له أن يقلده ، ولو كان صاحب المذهب من غير الأئمة الأربعة .

وفي الواقع إذا نظرت إلى مستند الرأي الأول ، رأيت أنه يعتمد في رفض جواز التقليد على مجرد التدوين وثبوت الرأي ، وحينئذ يصح تقليد غير الأربعة إذا صحت نسبته لصاحبه ، وبهذا يكون رأي العز بن عبد السلام هو أصح الآراء ،

إذ لا دليل على إلزام الناس بمذاهب الأئمة الأربعة رضي الله عنهم ، كما عرفنا ، فهم وغيرهم سواء .

قال العراقي : انعقد الإجماع على أن من أسلم فله أن يقلد من شاء من العلماء من غير حرج ، وأجمع الصحابة رضي الله عنهم على أن من استفتى أبا بكر وعمر وقلدهما ، فله أن يستفتي أبا هريرة ومعاذ بن جبل وغيرها ، ويعمل بقولهم من غير نكير ، فمن ادعى رفع هذين الإجماعين فعليه الدليل^(١) .

٤- وهناك رأي وجيه لبعض المُحدثين ، ملخصه : أن العامي لا مجال له في قضية تقليد غير الأربعة ؛ لأن مذهبه مذهب مفتيه . وإنما المجال لمن كان من أهل الترجيح والنظر ، فهؤلاء إذا ظفروا بقول لأحد الأئمة غير الأربعة عرضوه على أدلة الشريعة ، فإذا وجدوا دليله من الكتاب والسنة الصحيحة أقوى من دليل غيره ينبغي أن يذهبوا إليه ، ويرجحوه بتحكيم قواعد الاستنباط والمعارضة والترجيح المعتبرة في علم الأصول^(٢) .

☆ ☆ ☆

(١) انظر مسلم الثبوت ٣٥٧/٢ حاشية .

(٢) راجع عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق للمرحوم محمد سعيد الباني ٨٦ وما بعدها .

المبحث الرابع

التلفيق وتتبع الرخص

كان من أثر انتشار فكرة التقليد لدى المسلمين أن أكثر المتأخرين من العلماء بعد انتهاء القرن العاشر ، شرطوا لجواز تقليد مذهب الغير ، ألا يؤدي إلى التلفيق بين المذاهب ، فحكموا ببطلان العبادة المركبة ، بالاعتماد على أحكام متغايرة بين الأئمة ، حتى إن بعض الحنفية حكى فيه إجماع المسلمين ، والتزمه الشافعية حكماً مقررأ في مسائل الفقه . ولم يتكلم في التلفيق قبل القرن السابع الهجري .

وقال ابن حجر وغيره : القول بجواز التلفيق خلاف الإجماع ، غير أنهم في تقديره تنقصهم جميعاً الحجة والدليل على ما زعموا .

كما أنهم شرطوا في تجويز التقليد : عدم تتبع الرخص المؤدية إلى الانحراف الواضح في خطوط الإسلام الكبرى ، فكان لا بد من الكلام عن التلفيق وتتبع الرخص .

التلفيق : هو الإتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد . ومعناه أن يترتب على العمل بتقليد المذاهب ، والأخذ في قضية واحدة ذات أركان أو جزئيات بقولين أو أكثر - الوصول إلى حقيقة مركبة لا يقرها أحد^(١) ، سواء الإمام الذي كان على مذهبه ، والإمام الذي انتقل إليه ، فكل واحد منهم يقرر بطلان تلك الحقيقة المملقة في العبادة ، مثل أن يقلد شخص مذهب الشافعي في الاكتفاء بمسح بعض

(١) ويتحقق هذا إذا عمل في واقعة بالقولين معاً أو بأحدهما مع بقاء أثر الثاني .

الرأس في الوضوء ، ثم يقلد أبا حنيفة أو مالكاً في عدم تقض الوضوء بلمس المرأة ، ثم يصلي ، فإن هذا الوضوء الذي صلى به على هذا النحو لم يقل به هؤلاء الأئمة ، فالشافعي يعتبره باطلاً لنقضه باللمس ، وأبو حنيفة لا يجيزه لعدم مسح ربع الرأس ، ومالك لا يقره لعدم مسح جميع الرأس ، أو لعدم ذلك أعضاء الوضوء ، ونحوه^(١) .

ومن أمثلة التلفيق في الأحوال الشخصية : أن يتزوج رجل امرأة بلا ولي ولا صداق ولا شهود ، مقلداً كل مذهب فيما لا يقول به الآخر ، لكنه من التلفيق المؤدي إلى محذور ، فلا يجوز كما سيأتي ؛ لأنه يخالف الإجماع ، وهذه الصورة لم يقل بها أحد^(٢) .

ومثله : أن يطلق شخص زوجته ثلاثاً ، ثم تتزوج بآخرين تسع سنين بقصد التحليل مقلداً زوجها في صحة النكاح للشافعي ، فأصاها ، ثم طلقها مقلداً في صحة الطلاق وعدم العدة للإمام أحمد ، فيجوز لزوجها الأول العقد عليها^(٣) .

ويلاحظ أن مثل هذا - كما قال الشيخ علي الأجهوري الشافعي - ممنوع في زماننا ، وأنه لا يجوز ولا يصح العمل بهذه المسألة ؛ لأنه يشترط عند الشافعي أن يكون المزوج للصبي أباً له أو جداً ، وأن يكون عدلاً ، وأن يكون في تزويجه مصلحة للصبي ، وأن يكون المزوج للمرأة وليها العدل بحضرة عدلين ، فإذا اختلف شرط لم يصح التحليل لفساد النكاح .

ومن أمثلته أيضاً : لو استأجر شخص مكاناً موقوفاً تسعين سنة فأكثر ، من

(١) راجع شرح الإسنوي ٢٦٦/٣ ، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق للباني ٩١ ، تحفة الرأي

السديد للحسيني ٥ ، ٧٩

(٢) شرح التنقيح للقرافي ٣٨٦

(٣) عمدة التحقيق ، المرجع السابق ١٠١

غير أن يراه ، مقلداً في المدة للشافعي وأحمد ، وفي عدم الرؤية لأبي حنيفة ، فيجوز .

مجاله : إن قضية التلفيق مثل التقليد مجالهما - كما نبهت سابقاً - في المسائل الاجتهادية الظنية ، أما كل ما علم من الدين بالضرورة من متعلقات الحكم الشرعي ، وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده ، فلا يصح فيه التقليد فضلاً عن القول بالتلفيق . وعليه فلا يجوز التلفيق المؤدي إلى إباحة المحرم كالنيبذ والزنى مثلاً .

مشروعيته : إن دليل القائلين بمنع التلفيق : هو التخريج على ما قاله علماء الأصول في الإجماع من منع إحداث قول ثالث إذا افترق العلماء فرقتين في حكم مسألة ، فعند الأكثرين : لا يجوز إحداث قول ثالث ينقض ما كان محل اتفاق ، كعدة الحامل المتوفى عنها زوجها ، فيها رأيان : وضع الحمل ، وأبعد الأجلين ، فلا يجوز إحداث قول يقول : إن عدتها بالأشهر فقط^(١) .

وتناقش دعوى بطلان التلفيق بطريقتين : طريقة المنع أو النفي ، وطريقة إثبات العكس^(٢) .

(١) هناك في الواقع فرق بين الحالتين : أولاً - لأن موضوع إحداث القول الثالث مفروض في حال اتحاد المسألة ، بينما في التلفيق تكون المسألة متعددة .

ثانياً - بناء على الرأي المختار لم يكن في مسألة التلفيق ناحية متفق عليها ، فالدلك في الوضوء مسألة كانت موضع اختلاف بين الأئمة ، والنقض باللمس مسألة أخرى ، وكلا المسألتين موضع خلاف ، فالتلفيق فيها لا يؤدي إلى خرق مجمع عليه ، فالقياس مع الفارق (راجع أبحاث المؤتمر الأول لمجمع البحوث ٩٥) .

(٢) قد اعتدت في هذا على كتاب عدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٩٢ - ١١٠ بتصرف .

أما من ناحية المنع^(١) فالأمر واضح ، إذ أن التلفيق مبني على فكرة التقليد التي وضعها المتأخرون في عهود الانحطاط ، فهو أي التلفيق لم يعرف عند السلف ، لا في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وصحابته ، ولا عهد الأئمة وتلامذتهم . أما في عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، فلا مجال للتلفيق قطعاً ؛ لأنه عهد تبليغ الوحي الذي لا يتأتى فيه الاجتهاد . وأما في عصر الصحابة والتابعين فكذلك لم يعرف بينهم ، وإنما كان السائل يسأل من شاء منهم ، فيفتيه دون أن يلزمه بقوله ، أو يحجر عليه العمل بفتوى غيره ، مع علمه بكثرة تباين أقوالهم .

وكذلك الأئمة الأربعة وغيرهم من أصحاب الاجتهاد : لم ينقل عن أحدهم منع العمل بمذهب غيره ، بل كان كل منهم يقتدي خلف الآخر مع اطلاعه على مخالفته له في الاجتهاد الظني ، فدل هذا على أن المستفتي كان يأخذ بأقوال العلماء في مسألتين أو أكثر ، ولا يقال : إنه لفق أو وصل إلى حقيقة لم يقل بها المفتون ، وإنما يعد ذلك من قبيل تداخل أقوال المفتين بعضها في بعض بالنسبة إلى هذا المستفتي تداخلاً غير مقصود ، كتداخل اللغات بعضها ببعض في لسان العرب .

وأكثر من هذا ، فإن القول بمنع التلفيق يؤدي إلى عدم جواز التقليد الذي أوجبوه على العوام من ناحية المبدأ ، وإن كان التقليد غالباً ليس تلفيقاً ، ويناقض المبدأ القائل بأن اختلاف الأئمة رحمة للأمة ، ويعارض الأساس الذي قامت عليه الشريعة من اليسر والسماحة ، ورفع الحرج ودفع المشقة .

(١) قال ابن حجر : يتمتع التلفيق في مسألة ، كأن قلد مالكا في طهارة الكلب ، والشافعي في مسح بعض الرأس في صلاة واحدة ، وأما في مسألة بتمامها بجميع معتبراتها ، فيجوز ، ولو بعد العمل ، كأن أدى عبادته صحيحة عند بعض الأربعة ، دون غيره ، فله تقليده فيها ، حتى لا يلزمه قضاؤها ، ويجوز الانتقال من مذهب لغيره ولو بعد العمل (مجرمي الخطيب ٥١/١) .

وأما الاستدلال بطريقة إثبات العكس بعد افتراض صحة قولهم بمنع التلفيق والتسليم لما قالوا : فيظهر مما قرره أولئك العلماء ، وهو أنه لا يجب التزام مذهب معين في جميع المسائل ، كما سبق بيانه ، ومن لم يكن ملتزماً مذهباً معيناً جازله التلفيق ، وإلا أدى الأمر إلى بطلان عبادات العوام ، إذ لا يكاد أحدنا أن يجد عامياً يفعل عبادة موافقة لمذهب معين . وأما اشتراطهم ضرورة مراعاة الخلاف بين المذاهب إذا قلد أحدهم مذهباً أو ترك مذهبه في مسألة ، فهو أمر عسير ، سواء في العبادات أو المعاملات ، وهو يتنافى مع ساحة الشريعة ويسرها ومسايرتها لمصالح الناس .

فن توضأ مثلاً ومسح رأسه مقلداً للشافعي ، فوضوءه صحيح ، فإذا مس عضوه بعدئذ مقلداً أبا حنيفة جازله الصلاة ؛ لأن وضوء هذا المقلد صحيح بالاتفاق ؛ لأن لمس الفرج غير ناقض عند أبي حنيفة ، فإذا قلده شخص في عدم تقض ما هو صحيح عند الشافعي ، استمر الوضوء على حاله بتقليده لأبي حنيفة . وحينئذ لا يقال : إن الوضوء غير صحيح لبطلانه في كلا المذهبين ؛ لأن المسألتين قضيتان منفصلتان ؛ لأن الوضوء قد تم صحيحاً بتقليد الشافعي ، ويستمر بعد المس بتقليد أبي حنيفة ، فالتقليد لأبي حنيفة إنما هو في استمرار الصحة ، لا في ابتدائها .

وأما ما ادعاه بعض الحنفية^(١) من قيام الإجماع على منع التلفيق ، فهو إما باعتبار اتفاق أهل المذهب ، أو باعتبار الأكثر والغالب ، أو باعتبار السماع ، أو بالنسبة للظن ، إذ لو كانت المسألة مجمعة عليها لنص فقهاء المذاهب الأخرى على الإجماع ، إذ المجمع عليه لا بد من أن يكون بين أهله مشهوراً ظاهراً منصوباً

(١) رسم المفتي في حاشية ابن عابدين ٦٩/١ وما بعدها ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ٢٥٠ وما بعدها .

عليه ، فلا يكفي السكوت والاحتمال . ولا أدل على عدم الإجماع من مخالفة كثير من العلماء المتأخرين صراحة^(١) .

قال الكمال بن الهمام في التحرير وتابعه تلميذه ابن أمير الحاج^(٢) : إن المقلد له أن يقلد من شاء ، وإن أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد أخف عليه ، لا أدري ما يمنعه من النقل أو العقل ، وكون الإنسان يتتبع ما هو الأخف عليه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ، ما علمت من الشرائع ذمه عليه ، وكان ﷺ يجب ما خفف عن أمته .

وأما أن الإمامين اتفقا على بطلان عمل الملق ، فهذا قول لا تنهض به حجة ، فإن المقلد لم يقلد كلاً منهما في مجموع عمله ، وإنما قلد كلاً منهما في مسألة معينة غير التي قلد فيها غيره ، ولا حرج في هذا ، ومجموع العمل لم يوجب أحد النظر إليه ، لا في اجتهاد ولا في تقليد ، وإنما هو اختراع لحكم شرعي ممن ليس أهلاً للقول به ، والله سبحانه خطابه ، ولكل خطاب أثره .

وجاء في تنقيح الحامدية لابن عابدين : ما يفيد أن في منية المفتي ما يفيد جواز الحكم المركب ، وأن الشيخ الطرسوسي مشى على الجواز ، كذلك أفق العلامة أبو السعود في فتاويه بالجواز ، وجزم العلامة ابن نجيم في رسالته (في بيع الوقف بغبن فاحش) بأن المذهب جواز التلقيق ، ونقل الجواز عن الفتاوى البزازية . وصحح الجواز ابن عرفة المالكي في حاشيته على الشرح الكبير ، وأفقى العلامة العدوي وغيره بالجواز لأنه فسحة^(٣) . وذهب الجمهور ومنهم بعض الشافعية إلى أن الإجماع المنقول بالأحاد - كهذا الإجماع المدعى هنا - لا يوجب العمل ، كما سبق بيانه في مبحث الإجماع .

(١) انظر المرجع السابق (عدة التحقيق) ١٠٦ وما بعدها .

(٢) التحرير وشرحه ٣٥٠/٣ وما بعدها .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٠/١

هذا فضلاً عن أن دعوى الإجماع ممنوعة ، فقد حكى الثقات الخلاف كالفهامة الأمير والفاضل البيجوري . وقال الشفشاووني في تركيب مسألة من مذهبين أو أكثر : « إن الأصوليين اختلفوا في هذه المسألة ، والصحيح من وجهة النظر جوازه » .

والخلاصة : إن دين الله يسر لا عسر ، وإن القول بجواز التلفيق من باب التيسير على الناس .

قال الله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ، وقال عز وجل : ﴿ يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً ﴾ ، وقال سبحانه : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ، وقال ﷺ : « بعثت بالحنيفية السمحة » ^(١) .

التلفيق الممنوع :

ليس القول بجواز التلفيق مطلقاً ، وإنما هو مقيد في دائرة معينة ، فنه ما هو باطل لذاته ، كما إذا أدى إلى إحلال المحرمات كالخمر والزنى ونحوهما ، ومنه ما هو محظور لا لذاته ، بل لما يعرض له من العوارض ، وهو ثلاثة أنواع ^(٢) .

أولها - تتبع الرخص عمداً ، بأن يأخذ الإنسان من كل مذهب ما هو الأخف عليه بدون ضرورة ولا عذر ، وهذا محظور سداً لذرائع الفساد بالانحلال من التكاليف الشرعية .

قال الغزالي : « ليس لأحد أن يأخذ بمذهب المخالف بالتشهي ، وليس للعامي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده فيتوسع

(١) سيأتي قريباً تخريجه .

(٢) راجع عمدة التحقيق ، المرجع السابق ١٢١ ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ٧٩ ،

فتاوى الشيخ عليش ٦٨/١ ، ٧١ ، رسم المفتي لابن عابدين ٦٩/١

إلخ ... »^(١). ويندرج تحت هذا النوع بالأولى تتبع الرخص للتلهي والأخذ بالأقوال الضعيفة من كل مذهب اتباعاً للملاذ والأهواء .

الثاني - التلفيق الذي يستلزم نقض حكم الحاكم ؛ لأن حكمه يرفع الخلاف درءاً للفوضى .

الثالث : التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً ، أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده .

مثال الحالة الأولى : ما نقل عن الفتاوى الهندية : لو أن فقيهاً قال لامرأته : (أنت طالق ألبتة) ، وهو يرى أن الطلاق يقع ثلاثاً ، فأمضى رأييه فيما بينه وبينها ، وعزم على أنها حرمت عليه ، ثم رأى بعدئذ أنها تطليقة رجعية ، أمضى رأييه الأول الذي كان عزم عليه ، ولا يردها إلى أن تكون زوجته برأى حدث من بعد .

وكذلك لو كان في الابتداء يراها تطليقة رجعية ، فعزم على أنها امرأته ثم رأى بعد أنها ثلاث لم تحرم عليه . ولكن ينبغي الانتباه إلى أن الرجوع بعد العمل لا يجوز إذا كان في حادثة واحدة ، لا في مثلها ، بدليل ما ذكر في الفتاوى الهندية : أنه لو كان يرى في قوله لامرأته : (أنت طالق ألبتة) أنها تطليقة رجعية فله مراجعتها ، ثم قال لامرأة أخرى : (أنت طالق ألبتة) وهو يرى يوم قال ذلك أنها ثلاث ، حرمت عليه المرأة الأخرى بهذا القول . وهذا ما صرح به الإمام السبكي وتبعه عليه جماعة . ويلاحظ أن الرجوع عن التقليد بعد العمل باطل - كما صرح الأصوليون - مقيد فيما إذا بقي من آثار الفعل السابق أثر يؤدي إلى تلفيق العمل بشيء لا يقول به كل من المذهبين .

(١) المستصفى ١٢٥/٢

ومثال الحالة الثانية : لو قلد رجل أبا حنيفة في النكاح بلا ولي ، فيستلزم العقد صحة إيقاع الطلاق ؛ لأنها أمر لازم لصحة النكاح إجماعاً ، فلو طلقها ثلاثاً ، ثم أراد تقليد الشافعي في عدم وقوع الطلاق لكون النكاح بلا ولي^(١) ، فليس له ذلك لكونه رجوعاً عن التقليد في أمر لازم إجماعاً^(٢) .

وأرى أن القول بهذا أمر محتم ؛ لأنه محتاط في قضايا الأنساب أكثر مما محتاط في غيرها ، وإلا ترتب عليه أن تكون العلاقة السابقة علاقة محرمة ، وأن الأولاد أولاد زنى . وينبغي سد كل باب يؤدي إلى مثل هذا التحايل في كل أمر خطير كالنكاح مثلاً ، أو في كل ما يتوصل به إلى العبث بالدين ، أو الإضرار بالبشر ، أو الفساد في الأرض .

وأما في مجال العبادات والتكاليف التي لم يجعل الله بها حرجاً على عباده ، فلا يكون التلفيق ممنوعاً ، ولو استلزم الرجوع عما عمل به ، أو عن أمر لازم لآخر إجماعاً ، ما لم يفرض إلى الانحلال من ربقة التكاليف أو إلى الذهاب بالحكمة الشرعية باتباع الحيل التي تغاير الشريعة أو تضعيف مقاصدها .

حكم التلفيق في التكاليف الشرعية :

بان سابقاً أن مجال التلفيق هو في الفروع الاجتهادية الشرعية الظنية ، أي المختلف فيها ، أما في العقائد والإيمان والأخلاق وكل ما علم من الدين بالضرورة ، فليس داخلاً في التلفيق ؛ لأنه لا يجوز فيها التقليد اتفاقاً ، بل وليست مجالاً للاجتهاد ، حتى تكون محلاً للخلاف الذي يبنى عليه التقليد والتلفيق .

(١) إذ أن الطلاق لم يصادف محلاً ، وأراد أن يعقد عليها عقداً جديداً .

(٢) أي أن القول بعدم جواز هذا ليس من أجل التلفيق وحده ، بل بسبب الرجوع عما قلده فيه بعد العمل به مع بقاء أثره .

وحيث إن التلفيق يتأتى في المسائل الفرعية ، فيلزم تفصيل الحكم فيها .

تنقسم الفروع الشرعية إلى ثلاثة أنواع^(١) :

الأول - ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلافه باختلاف أحوال المكلفين .

الثاني - ما بني على الورع والاحتياط .

الثالث - ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم .

أما النوع الأول : فهو العبادات المحضة ، وهذه يجوز فيها التلفيق للحاجة ؛ لأن مناطها امتثال أمر الله تعالى والخضوع له مع عدم الحرج ، فينبغي عدم الغلو بها ؛ لأن التنطع يؤدي إلى الهلاك . أما العبادات المالية ، فإنها مما يجب التشدد بها احتياطاً ، خشية ضياع حقوق الفقراء ، فينبغي على المزي ألا يأخذ بالقول الضعيف ، أو يلفق من كل مذهب ما هو أقرب لإضاعة حق الفقير . وعلى المفتي أن يفتي في هذا النوع بما هو الأحوط والأنسب ، مع مراعاة حال المستفتي ، وكونه من أصحاب الغرائم أم لا .

وأما النوع الثاني فهو المحظورات ، وهي مبنية على الاحتياط والأخذ بالورع^(٢) مهما أمكن ، لأن الله تعالى لا ينهى عن شيء إلا لمضرته ، فلا يجوز فيها التسامح أو التلفيق إلا عند الضرورات الشرعية ، لأن الضرورات تبيح المحظورات ، وورد في الحديث : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »^(٣) ، فالأمر قيده بالاستطاعة ، والنهي أطلقه ، لدفع ضرر المنهي عنه .

(١) عمدة التحقيق ١٢٧ وما بعدها .

(٢) الورع : الكف عن الشبهات تحرجاً وتخوفاً من الله تعالى ثم استعير للكف عن الحلال أيضاً .

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (شرح صحيح مسلم

١٠١/٩ ، رياض الصالحين ٨٣) .

وكون المحظورات لا يسوغ فيها التلفيق ، لأنها مبنية على الورع والاحتياط مستند إلى حديث ابن مسعود : « ما اجتمع الحرام والحلال ، إلا غلب الحرام الحلال »^(١) ، وحديث « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »^(٢) .

وأما أن المحظورات المتعلقة بحقوق العباد لا يجوز فيها التلفيق ، فلأنها قائمة على أساس صيانة الحق ومنع الإيذاء أو العدوان ، فلا يباح التلفيق فيها ؛ لأنه نوع من الاحتياط للاعتداء على الحق وإضرار العباد .

وأما النوع الثالث : فهو المعاملات ، والحدود ، وأداء الأموال من عشر وخراج وخمس المعادن ، والمناكحات . فالمناكحات وما يتعلق بها من المفارقات مبنياها سعادة الزوجين وأولادهما ، ويتحقق المبنى بالحفاظ على الرابطة الزوجية ، وتحقق الحياة الطيبة فيها ، كما قرر القرآن الكريم : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ، فكل ما يؤيد هذا الأصل يعمل به ، ولو أدى في بعض الوقائع إلى التلفيق ، إلا أنه ينبغي ألا يتخذ التلفيق ذريعة لتلاعب الناس بأقضية النكاح والطلاق مراعاة للقاعدة الشرعية ، وهي (أن الأصل في الأبضاع التحريم)^(٣) ، صيانة لحقوق النساء والأنساب ، وحينئذ يكون التلفيق ممنوعاً .

وأما المعاملات ، وأداء الأموال ، والحدود المقررة وصيانة الدماء ونحوها من التكاليف المراعى فيها مصالح البشرية والمرافق الحيوية ، فيجب الأخذ فيها من

(١) رواه البيهقي من حديث ابن مسعود ، وفيه ضعف وانقطاع ، وقال الزين العراقي : إنه لا أصل له (المقاصد الحسنة ٣٦٢) .

(٢) رواه الترمذي والنسائي عن الحسن بن علي بن أبي طالب ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٨/١ وما بعدها ، الأشباه للسيوطي ٦٧ وما بعدها ، والمراد بالقاعدة : أن المرأة المقصودة للزواج الأصل فيها تحريمها على الرجل . ويدخل فيها كل نواحي الاستمتاع بالمرأة .

كل مذهب : ما هو أقرب إلى مصلحة العباد وسعادتهم ولو لزم منه التلفيق ، لما فيه من السعي وراء تأييد المصلحة التي يقصدها الشرع ، ولأن مصالح الناس تتغير بتغير الزمان ، والعرف وتطور الحضارة والعمران ، ومعيار المصلحة كما عرفنا في الأدلة المختلف فيها : هو كل ما يضمن صيانة الأصول الكلية الخمسة : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، وصيانة كل مصلحة مقصودة شرعاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، وهي المصالح المرسلّة المقبولة .

والخلاصة : إن ضابط جواز التلفيق ، وعدم جوازه : هو أن كل ما أفضى إلى تفويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محظور وخصوصاً الحيل ، وأن كل ما يؤيد دعائم الشريعة ، وما ترمي إليه حكمتها وسياستها لإسعاد الناس في الدارين بتيسير العبادات عليهم وصيانة مصالحهم في المعاملات ، فهو جائز مطلوب .

والتلفيق الجائز في تقديري : هو عند الحاجة أو الضرورة ، وليس من أجل العبث أو تتبع الأسر والأسهل عمداً بدون مصلحة شرعية . وهو مقصور على بعض أحكام العبادات والمعاملات الاجتهادية ، لا القطعية .

تتبع الرخص :

تتبع الرخص : يعني أن يأخذ الشخص من كل مذهب ما هو أهون عليه وأيسر فيما يطرأ عليه من المسائل .

وقد سبق البيان في التلفيق الممنوع : أنه لا يجوز قصد تتبع الرخص عمداً ؛ لأن من تتبعها فسق في رأي بعضهم ، وفي رأي آخرين : لا يفسق ، لهذا ينبغي توضيح خلاف العلماء في هذا الموضوع ^(١) .

(١) راجع شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٢٢٨ ، مسلم الثبوت ٢/٣٥٦ ، الموافقات للشاطبي ٤/١٣٣ ، ١٤٤ وما بعدها ، إرشاد الفحول ٢٤٠ ، المستصفى ٢/١٢٥ ، شرح الإسنوي ٣/٢٦٦ ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ٢٦٠ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٥ ، فتاوى الشيخ عليش ١/٥٨ ، ٧٧ ، تبصرة الحكام ١/٥٩١

فقال قوم وهم الغزالي وهو الأصح عند المالكية والحنابلة : يتمتع تتبع الرخص في المذاهب ؛ لأنه ميل مع أهواء الناس ، والشرع جاء بالنهاي عن اتباع الهوى ، قال تعالى : ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ فلا يصح رد المتنازع فيه إلى أهواء النفوس ، وإنما يرد إلى الشريعة .

نقل عن ابن عبد البر وابن حزم : أنه لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعاً . والسبب أنه مؤدٍ إلى إسقاط التكليف في كل مسألة مختلف فيها .

وقال آخرون وهم بعض المالكية كالقرافي وأكثر أصحاب الشافعي والراجح عند الحنفية : يجوز تتبع رخص المذاهب ؛ لأنه لم يوجد في الشرع ما يمنع منه ، إذ للإنسان أن يسلك الأخف عليه ، إذ كان له إليه سبيل بأن لم يكن عمل بآخر ، بل إن سنة الرسول ﷺ العملية والقولية تقتضي جوازه ، فإنه عليه الصلاة والسلام « ما خَيْرُ بين شيئين إلا اختار أيسرهما ^(١) » ، « وكان يحب ما خفف على أمته ^(٢) » ، وقال : « بعثت بالحنيفية السمحة ^(٣) » ، وقال أيضاً : « إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه ^(٤) » ، وقال الشعبي : « ما خَيْرُ رجل بين أمرين فاختر أيسرهما إلا كان ذلك أحبها إلى الله تعالى » وقد أخذ بهذا الرأي الكمال بن الهمام في التحرير ، وصاحب مسلم الثبوت .

وقال القرافي : يجوز تتبع الرخص بشرط ألا يترتب عليه العمل بما هو

(١) أخرجه الترمذي وفي آخره « ما لم يكن مأثماً » والبخاري « بين أمرين قط » ومالك « في أمرين » .

(٢) رواه البخاري وعائشة .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله ، ومن حديث أبي أمامة ، وأخرجه الخطيب ، ورواه الديلمي في مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها (المقاصد ١٠٩) .

(٤) أخرجه البخاري والنسائي عن أبي هريرة (جامع الأصول ٢١٤/١) .

باطل عند جميع من قلدہم ، كما إذا قلد الإمام مالك في عدم نقض الوضوء بلمس المرأة بغير شهوة ، وقلد الإمام الشافعي في عدم وجوب ذلك الأعضاء في الوضوء ، أو عدم وجوب مسح جميع الرأس ، فإن صلاته تكون باطلة عند الإمامين ، لعدم صحة الوضوء عند كل منهما ، كما سبق بيانه .

والحقيقة أن القيد الذي ذكره القرافي وهو : « ألا يترتب على تتبع الرخص العمل بما هو باطل لدى جميع من قلدہم » لا دليل عليه من نص أو إجماع ، وإنما هو قيد متأخر كما قرر ابن الهمام في تحريره ، فإذا جاز للشخص مخالفة بعض المجتهدين في كل ما ذهب إليه ، جازت مخالفته في بعض ما ذهب إليه من باب أولى ، كما قال صاحب تيسير التحرير .

وأما ما نقل عن ابن عبد البر ، أنه لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعاً ، فلا يسلم صحة النقل عنه ، ولو سلم فلا يسلم صحة الإجماع ، إذ في تفسير متبوع الرخص عن أحمد روايتان ، وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد ، قال ابن أمير الحاج في التقرير على التحرير : وذكر بعض الحنابلة : أنه إن قوي الدليل أو كان عامياً لا يفسق ، وفي روضة النووي حكاية عن ابن أبي هريرة : لا يفسق .

وقال العز بن عبد السلام : وللعامي أن يعمل برخص المذاهب ، وإنكار ذلك جهل من أنكره ؛ لأن الأخذ بالرخص محبوب ، ودين الله يسر ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ^(١) .

☆☆☆

(١) فتاوى الشيخ عليش ٧٨/١

المبحث الخامس

ما بين الإفتاء والاستفتاء أو شروط المقلد (المفتي)

المفتي : هو المجتهد أو الفقيه^(١) ، وقد أوضحت سابقاً شروط الاجتهاد التي ينبغي توافرها في العالم حتى يكون أهلاً للفتوى ، ويشمل كل من كان من أهل الاستدلال والاستنباط ، ومن يلحق بهم من أهل الترجيح أو التخيير . والفارق بين الاجتهاد والإفتاء : هو أن الإفتاء أخص من الاجتهاد ، فإن الاجتهاد استنباط الأحكام ، سواء أكان سؤال في موضوعها أم لم يكن . أما الإفتاء فإنه لا يكون إلا إذا كانت واقعة وقعت ويتعرف الفقيه حكمها . والفتوى السلية تتطلب عدا توافر شروط الاجتهاد شروطاً أخرى ، وهي معرفة واقعة الاستفتاء ، ودراسة نفسية المستفتي ، والجماعة التي يعيش فيها ليعرف مدى أثر الفتوى سلباً وإيجاباً^(٢) .

إلا أنه أصبح لفظ (المفتي) أخيراً يطلق على متفهمة المذاهب ، الذين يقتصر عملهم على مجرد نقل نصوص كتب الفقه ، وهذا الإطلاق من باب المجاز ، والحقيقة العرفية الموافقة لعرف العوام واصطلاح الحكومات^(٣) .

والمستفتي (أي الذي يجوز له التقليد) : هو من ليس أهلاً للاجتهاد ، سواء أكان عامياً صرفاً لم يحصل شيئاً من العلوم التي يرتقي بها إلى مرتبة

(١) الإحكام للآمدي ١٦٧/٣ ، إرشاد الفحول ٢٣٤

(٢) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ٢٨٧

(٣) عمدة التحقيق للباني ١٢٤

الاجتهاد ، او علماً ببعض العلوم المعتمدة في رتبة الاجتهاد ، كما بان سابقاً^(١) .

والمستفتى فيه : هي المسائل الظنية الاجتهادية ، فهي التي يجوز الاستفتاء عنها ، ويجب اتباع قول المفتي فيها ، لا القضايا العلمية^(٢) ، كما سبق بيانه .

والعلماء اشتروا شروطاً كثيرة في المفتي الذي يجوز تقليده ، كالعقل والبلوغ والحرية والعدالة والعلم والحياة ، ويقتصر الكلام هنا على الشرائط التالية : الحياة ، الأعلمية ، العدالة ، لما فيها من خلاف ، ولما لها من أهمية . هذا مع العلم بأن الشافعية صرحوا بأهلية المرأة للاجتهاد .

وقبل ذكر التفصيل يحسن بيان رأي العلماء بإيجاز فيما يتعلق بفتوى غير المجتهد بمذهب مجتهد تخريجاً على قوله .

فتوى غير المجتهد تخريجاً على مذهب إمام :

اتفق العلماء على أن للمقلد أن يفتي غيره بما علم أنه مذهب مجتهد ، فهو مجرد ناقل للمذهب يسمى مفتياً تساهلاً ، أما الإفتاء تخريجاً على مذهب إمام ، ففيه تفرقة بين ما إذا كان المجتهد حياً أو ميتاً .

اختلف العلماء فيما إذا كان المجتهد حياً على آراء أربعة^(٣) :

١ - قال أبو الحسين البصري وجماعة من الأصوليين : لا يجوز مطلقاً ؛ لأنه إنما يسأل عما عنده ، ولا يسأل عما عند إمامه ، والحال أنه غير عالم بما سئل لعدم قدرته على الاجتهاد ، فلو أفتى تكون فتواه بغير علم ، فلا تقبل ، ولأنه لو جازت

(١) الآمدي ، وإرشاد الفحول : المرجعان السابقان .

(٢) الآمدي : نفس المرجع .

(٣) راجع الآمدي ١٧٢/٣ ، مسلم الثبوت ٣٥٣/٢ ، إرشاد الفحول ٢٣٨ ، فواتح الرحموت ٤٠٤/٢ ،

التقرير والتجريب ٣٤٦/٣ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣٠٨/٢ ، شرح المحلى على جمع

الجامع ٣٢٦/٢ ، شرح الإسنوي ٢٥٦/٣ ، أصول الفقه للخضري ٣٧٢

الفتوى بطريق الحكاية عن مذهب الغير ، لجاز ذلك للعامي ، وهو مخالف للإجماع .

ورد عليه : بأن المقلد إذا كان أهلاً للنظر ، عالماً بمدارك إمامه ، يصدق عليه أنه عالم بمذهب إمامه ، وحينئذ تقبل فتواه لعلمه بما استند إليه إمامه ؛ أما غير العالم فترفض فتواه .

٢ - وقال بعضهم ، واختاره الرازي والبيضاوي : يجوز له الإفتاء مطلقاً لقوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ ، وهذا المقلد عالم بمذهب إمامه .

ويُردُّ عليه بأن الآية لا تنطبق على من أفق بتخريج المسألة على مذهب إمامه ؛ لأنه ليس عالماً بأن ما أفق به مذهب إمامه ، فلا يقبل قوله .

٣ - وقال بعض آخر : يجوز له الإفتاء عند عدم وجود المجتهد للضرورة ، ولا يجوز له عند وجوده لعدم قيام الضرورة .

وأجيب عنه : بأن قبول قول المقلد مرجعه كونه أهلاً للنظر ، فإذا كان أهلاً للنظر قبل قوله ، وإلا فلا ، أما وجود المجتهد أو عدم وجوده فلا تأثير له .

٤ - وقال كثير من العلماء : يجوز له الإفتاء إن كان مطلعاً على مأخذ إمامه ، أهلاً للنظر في مبنى الحكم ، قادراً على التفريع على قواعده وأقواله ، يعني أن يكون عند المفتي ملكة يستطيع بها استنباط أحكام الفروع التي لا تقل فيها عن إمام المذهب من الأصول التي وضعها ذلك الإمام ، وهو المسمى بمجتهد المذهب .

والدليل على الجواز : هو الإجماع من أهل كل عصر على قبول مثل هذا النوع من الفتوى ، فإن الناس ما زالوا يقبلون في كل عصر قول المتبحرين في مذاهب

الأئمة ، العلمين بمداركهم ، أمثال ابن القاسم وأشهب من المالكية ، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية ، والمزني والبويطي من الشافعية ، ولم ينكر الناس عليهم فتاويهم ، مع إنكارهم على غيرهم ، فكان هذا إجماعاً على اعتبار تولمهم . وكان فقهاء مدرسة الكوفة يخرجون جواب المسائل على أقوال أصحابهم ، لما توافر لديهم من الفطنة والحدس وسرعة انتقال الذهن من شيء إلى شيء .

أما إذا كان المجتهد ميتاً ، فيظهر الخلاف ، مما سيذكر في شروط المقلد .
شروط المقلد : اشترط العلماء شروطاً كثيرة في المقلد ، كالعقل والحرية والبلوغ ، وسأبحث بعض هذه الشروط مستقلة ، وهي الحياة والأهلية والعدالة .

١ - اشتراط الحياة في المجتهد المقلد :

اختلف العلماء في جواز تقليد الميت ، والعمل برأيه والإفتاء به على أقوال أربعة^(١) :

١ - جواز تقليد الميت مطلقاً لبقاء قوله ، قال الإمام الشافعي : المذاهب لا تموت بموت أربابها ، أي لأن حياة المذاهب بقيام الدليل الذي دل عليها ، وهو قول الأكثرين ، ولكن بداهة يشترط صحة النقل عنهم .

٢ - عدم الجواز مطلقاً ، وبه قال الرازي واعتمده الشيعة^(٢) .

٣ - جواز تقليد الميت عند فقدان الحي للحاجة ، بخلاف ما إذا لم يفقد ، وهو قول بعضهم .

(١) راجع مسلم الثبوت ٣٥٦/٢ ، فواتح الرحموت ٤٠٧/٢ ، أعلام الموقعين ٢١٥/٤ ، شرح الإسنوي ٢٥٧/٣ ، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق ٨٠ وما بعدها ، تحفة الرأي السديد ٥٤ وما بعدها ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣١/١

(٢) أصول الاستنباط ٢٥٦ ، العناوين في المسألة الأصولية ٩٤/٢ ، الأصول العامة للفقهاء المقارن ٦٤٩

٤ - الجواز فيما نقل عنه ، إن نقله عنه مجتهد في مذهبه ؛ لأنه لمعرفته مداركه يميز بين ما استمر عليه ، وما لم يستمر عليه ، فلا ينقل لمن يقلده إلا ما استمر عليه .

الأدلة :

سأذكر أدلة المانعين والمجوزين فقط^(١) ، وأما أدلة المفصلين فقد أشرت لها بإيجاز .

أدلة المانعين :

استدل المانع أولاً - بأن المجتهد يجوز له تغيير اجتهاده لو كان حياً ، فإذا جدد النظر فربما يرجع عن قوله الأول .

وثانياً - بأن الميت لا بقاء لقوله ، بدليل انعقاد الإجماع بعد موت المخالف ، فلو كان للميت قول بعد موته ، لما انعقد الإجماع ، لأن قوله لا يزال باقياً ، والمخالفة لا تزال قائمة ، وإذا لم يكن للميت قول ، فلا يجوز تقليده ، ولا الإفتاء بما كان ينسب إليه .

قالوا : وأما فائدة تصنيف الكتب في المذاهب بعد موت أربابها ، فلاستفادة طريق الاجتهاد من تصرفهم في الحوادث ، وكيفية بناء بعضها على بعض ، ولمعرفة المتفق عليه من المختلف فيه .

ونوقش هذا الدليل : بأنه لا يسلم انعقاد الإجماع بموت المخالف اتفاقاً ، فإن بعض العلماء يرى أن قول المخالف لا يزال باقياً ، ولا إجماع مع المخالفة ، ثم إن هذا الدليل الذي استدلوا به منقوض ومعارض بحجية الإجماع بعد موت المجمعين

(١) راجع المراجع السابقة .

جميعاً ، فلو كان القول يموت بموت صاحبه ، لما كان الإجماع حجة ؛ لأن المجمعين قد ماتوا ، فلا قول لهم .

واستدل المجوز بأنه لو لم يجز تقليد الميت ، لأدى إلى فساد أحوال الناس وتضررهم ووقوعهم في الحرج ، إذا لم يوجد مجتهد يفتيهم في أمور دينهم ، ولو بطل قول المجتهد بموته ، لما اعتبر شيء من أقواله ، كروايته وشهادته ووصاياه ، فإذا كانت الأخبار لا تموت بموت رواتها وناقليها ، فكذلك الأقوال لا تموت بموت قائلها^(١) .

هذا ... وقد لاحظ الأستاذ الحكيم^(٢) أن في تجويز الرجوع إلى الأموات في التقليد إمارة للحركة الفكرية التشريعية ، وتحميداً للعقول المبدعة عن الانطلاق في آفاقها الرحبة .

وإني لا أرى أن السبب في جمود العلماء هو ذاك ، وإنما لتأثرهم بفكرة القائلين بإقفال باب الاجتهاد التي اقتضتها ظروف تاريخية مؤقتة ، دون أن يقدرُوا في رأيي ما سيؤول إليه أمر التطور في المستقبل ، ودليلي هو أن الأقوال التي سردتها في مسألة تقليد الميت على تباينها تناقض قول المتأخرين بإقفال باب الاجتهاد^(٣) ؛ لأن كل ما في الأمر أنه يجوز تقليد الميت ، ولا يجب .

وإني أؤيد في موضوع تقليد الميت رأي القائلين بالجواز ، ولكن بشرط صحة النقل عنه ، ومعرفة دليله الذي اعتمد عليه في بيان الحكم ، فإذا لوحظ ما يوجب

(١) أعلام الموقعين ٢١٦/٤ . هذا وقد ذكر ابن القيم في هذه المسألة وجهين لأصحاب الشافعي وأحمد . أحدهما - لا يجوز ، لأنه يحتمل تغيير اجتهاده لو كان حياً . والثاني - الجواز ، وعليه عمل جميع المقلدين في أقطار الأرض .

(٢) الأصول العامة ٦٥٦

(٣) عمدة التحقيق ٨١

تغير الحكم لمصلحة أو مراعاة عرف مثلاً ، كان المجال أماناً متسعاً للتغيير ، لوجود دليل المجتهد بين أيدينا .

٢ - الأعلية في المقلد :

ذكرت فيما سبق - في المقلد - أنه عند المحققين من الأصوليين يجب على العامي ومن ليس أهلاً للاجتهاد أن يسأل أهل العلم عما يعرض له من المسائل ليعرف حكم الشرع فيها . واتفق هؤلاء القائلون بوجوب الاستفتاء على العامي على جواز استفتائه^(١) لمن عرف بالعلم وأهلية الاجتهاد ، والدين والورع والعدالة ، بأن يراه منتصباً للفتوى ، والناس متفقون على سؤاله ، والاستفتاء منه ، والاعتقاد به . ولا يجوز للعامي أن يسأل من يظنه غير عالم ، أو غير متدين ، أو من يعرف بأضداد الصفات السابقة ، كما لا يجوز له أن يستفتي من هو مجهول الحال في العلم وغيره ، إذ قد يكون حال المسؤول كحال السائل في العامية ، بل إن احتمال العامية أرجح من احتمال صفة العلم والاجتهاد ؛ لأن الأصل في الإنسان عدم العلم^(٢) .

وبناء عليه : إذا لم يوجد في بلد إلا مفت واحد ، فعلى العامي سؤاله والرجوع إليه ، فإن كان هناك جماعة من المفتين والعلماء ، فمن الذي يستفتي منهم ؟

اختلف الأصوليون في هذا الأمر^(٣) :

(١) المقصود بالاستفتاء : هو السؤال عن الحكم عند المجتهد لأجل العمل بقوله ، سواء أكان المسؤول

هو نفس المجتهد ، أم من نقل عنه نقلاً صحيحاً ولو بواسطة (راجع تحفة الرأي السديد ٦٣)

(٢) راجع الإحكام للآمدي ١٧١/٣ ، المستصفى للغزالي ١٢٥/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣٩ ، التبصرة لابن فرحون ٥٧/١

(٣) راجع المراجع السابقة ، الآمدي ١٧٣/٣ ، وانظر أيضاً مسلم الثبوت ٣٥٤/٢ ، فواتح الرحموت

٤٠٣/٢ وما بعدها ، التقرير والتحجير ٣٤٥/٣ وما بعدها ، روضة الناظر ٤٥٢/٢ ، المع

للشيرازي ٦٨ ، رسالة في أصول الظاهرية لابن عربي ٣٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٧٢ ،

المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٤ ، التبصرة ٥٧/١ ، فتاوى الشيخ عlish ٦١/١

١ - فقال جماعة : يجب على العامي استفتاء الأفضل في العلم والورع والدين ، فإن استؤوا تخير بينهم ، وهو مذهب أحمد وابن سريج والقفال من الشافعية وأبي إسحاق الإسفراييني وأبي الحسن الطبري المعروف بـ الكيّا الهراسي ، واختاره الغزالي مقررأ أن أحد المفتين إذا كان أفضل وأعلم في اعتقاده ، فإنه يجب عليه اتباع الأفضل ، قال في المستصفي : « والأولى عندي أنه يلزمه اتباع الأفضل ، فمن اعتقد أن الشافعي رحمه الله أعلم ، والصواب على مذهبه أغلب ، فليس له أن يأخذ بمذهب مخالفه بالتشهي » ^(١) وهو المذهب المشهور عند الشيعة ، بل زعموا الإجماع عليه ^(٢) .

والاعتقاد بأن مذهب المقلد صواب يحتمل الخطأ مبني على أنه لا يجوز تقليد المفضول ، وأنه يلزمه التزام مذهبه .

٢ - وقال الأكثرون من الأصوليين والفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة والشافعية : يخير العامي في سؤال من شاء من العلماء ، سواء أتساؤوا أم تفاضلوا ، وعبارتهم المشهورة في ذلك : « يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل في العلم » ^(٣) .

الأدلة :

استدل الفريق الأول بأن أقوال المجتهدين بالنسبة للناس ، كالأدلة والأمارات المتعارضة بالنسبة للمجتهد ، فيجب على العامي الترجيح ، ولا ترجيح

(١) المستصفي : المرجع السابق .

(٢) الأصول العامة للفقه المقارن ٦٥٩

(٣) قال ابن بدران الحنبلي في المدخل (١٩٤) : الحق أن المقلد لا يلزمه استفتاء أفضل المجتهدين مطلقاً ، فإن هذا يسد باب التقليد ، إما إذا قيدنا ذلك بمجتهد البلد ، فإنه يلزمه حينئذ تحري الأفضل ، لأن الأفضل في كل بلد معروف مشهور . فإن سأل المستفتي مجتهدين فأكثر ، فاختلفوا عليه في الجواب فقولان : أظهرهما وجوب متابعة الأفضل . وقال الشيخ عlish في فتاويه (٧٢/١) : « والحق الأخذ بقول الأعم ؛ لأنه أغلب على الظن » .

إلا بالفضل والعلم ؛ لأن الأعم أقوى ، وطريق معرفة الأعم إما بالاختبار والتجربة ، أو بالشهرة والتسامع ورجوع الناس إليه .

ونوقش هذا القياس بأنه لا يقاوم إجماع الصحابة على عدم إنكار العمل بقول المفضول مع وجود الأفضل .

ونوقش أيضاً بالفرق بين العامي والمجتهد ، فإن المجتهد يسهل عليه الترجيح بين المتعارضين بخلاف العامي ، فإنه وإن تمكن من تفضيل بعض العلماء أحياناً ، فربما في أحيان أخرى لا يتيسر له ، وربما يدق الأمر عليه .

ورد هذا النقاش بأن الترجيح قد يكون بالتحري ، وهذا أمر ممكن ، والطاعة على قدر الاستطاعة .

واستدل الفريق الثاني بالكتاب وإجماع الصحابة والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ هذه آية مطلقة ، لم تفرق بين الأعم وغيره من العلماء ، مع تفاوتهم في تحصيل العلم والمعرفة عادة .

ونوقش الاستدلال بهذه الآية : بأنها لا تشمل العلماء المختلفين في الفتوى ، إذ يمتنع أن يصدر التعبد من الشارع بالأموار المتناقضة ، وإنما هي محمولة على حالة الاتفاق بالفتوى ، وهذا ليس بنادر كما يدعى^(١) .

وأما إجماع الصحابة ، فهو أنهم متفقون على جواز الإفتاء من كل صحابي ، الفاضل منهم والمفضول من المجتهدين ، دون إنكار من أحد على العمل بقول المفضول مع وجود الأفضل ، فكان ذلك إجماعاً .

(١) الأصول العامة للفقهاء المقارن ٦٦٠

قال الآمدي : « إن الصحابة كان فيهم الفاضل والمفضول من المجتهدين ، فإن الخلفاء الأربعة كانوا أعرف بطريق الاجتهاد من غيرهم ، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين ، تمسكوا بها ، وعضوا عليها بالنواجذ » ^(١) ، وقال ﷺ : « أقضاكم علي ، وأفرضكم زيد ، وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل » ^(٢) ، وكان فيهم العوام ، ومن فرضه الاتباع للمجتهدين والأخذ بقولهم لا غير . ومع ذلك لم ينقل عن أحد من الصحابة والسلف تكليف العوام الاجتهاد في أعيان المجتهدين ولا أنكر أحد منهم اتباع المفضول ، والاستفتاء له ، مع وجود الأفضل . ولو كان ذلك غير جائز ، لما جاز من الصحابة التطابق على عدم إنكاره والمنع منه » ^(٣) .

ومن ثم قال الإمام الرازي والآمدي : « لولا إجماع الصحابة لكان مذهب الخصم أولى » .

ونوقش هذا الإجماع بأنه لا دليل على قيامه ، إذ لا يدل عدم نقل تكليف العوام الاجتهاد في أعيان المجتهدين على عدم وجوده ، بل لا بد له من نص على عدم الخلاف في معاصريهم ، ولو سلم بوجود الإجماع ، فلا يدل قطعاً على صورة المختلفين في الحكم ؛ بل يشك في أن العوام كانوا لا يفرقون بين علي من جهة ،

(١) رواه أبو داود والترمذي عن عبد الرحمن بن عمرو السلمي وحجر بن حجر (جامع الأصول) ١٨٧/١ وما بعدها .

(٢) ذكر الملا في سيرة علي عن ابن عباس في حديث مرفوع أوله : « أرحم أمتي بأمتي أبو بكر » ورواه عبد الرزاق عن قتادة رفعه مرسلأ ، ورواه الترمذي عن أنس مرفوعاً ، وقال : إنه حسن صحيح ، وهو المشهور . ونص الحديث : « أرحم أمتي بأمتي أبو بكر ، وأشدهم في أمر الله عمر ، وأصدقهم حياء عثمان ، وأعلمهم بالحلال والحرام معاذ بن جبل ، وأفرضهم زيد بن ثابت ، وأقرؤهم أبي ، ولكل أمة أمين ، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة » (المقاصد الحسنة للسخاوي ٤٧ ، ٧٢ ، الفتح الكبير ١٧٢/١) .

(٣) الإحكام في الأصول الأحكام ١٧٣/٣ - ١٧٤

وبين أبي سفيان وبسر بن أرطاة ومروان بن الحكم من جهة أخرى مثلاً .

وأما المعقول : فهو أن الترجيح بين العلماء يتعذر للعامي .

وأجيب : بأنه يتمكن من ذلك بالتسامع ومشاهدة رجوع العلماء إليه ، وتوفر أهل الخبرة في تعيينه .

وأرى أن اتباع الأعم أهدى إلى أسرار الشرع ، كما قال الفريق الأول ، ولكن مع هذا لا يمكن تجاهل حالة العوام الذين لا يفرقون - كما هو مشاهد - بين شخص متضلع في العلم ، وشخص أقل منه علماً ، وحينئذ يجب في عصرنا قسمة غير المجتهدين إلى مثقفين وعوام صرف^(١) : فالأولون يلزمهم الرجوع إلى الأعم والأدين والأورع ، ويتوصلون إليه بطرق مختلفة ، وخاصة عن طريق المجالسة والمناقشة ووزن فتاويه . والآخرين يرخص لهم باتباع من يثقون بدينه مع إمامه بالعلم . وهذا ما ينبغي افتراضه في حالة الصحابة ، فإن المتمدن منهم كان في الواقع يسأل كبار الصحابة المشهورين بالفتوى . وأما الأعراي في البادية ، فلم يكلفه أحد بالرجوع إلى المجتهدين ، وهذا أمر ثابت تاريخياً ، ولو كان هناك خلافه ، لنقل إلينا لانتشار الفتوى واشتغال حوادث الرجوع إلى المفتين ، وحيث لم ينقل ، دل على جواز اتباع الصحابة في الترخيص للعوام بسؤال من يتهيأ لهم من العلماء . ولا حاجة للنص على عدم وجود المخالف ؛ لأن سيرة الصحابة كانت مبسطة لا تتطلب مثل هذا التعقيد في الدين ، أو تلك النظريات التي افترضها المجتهدون بما يتلاءم مع حالة عصرهم حيث اختلطت المثل العليا بالأغراض والمصالح ، وتشعبت الأمة الإسلامية إلى فرق وأحزاب .

(١) راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ٥٩/١ . قال : إن المكلفين قسمان : مجتهد وغير مجتهد . وغير المجتهد : أوجب الشرع عليه الرجوع إلى قول المجتهدين العدول . فنزل الشرع ظن المجتهد في حقه كظنه لو كان مجتهداً لضرورة العمل . وهذا أمر مجمع عليه .

٣ - عدالة المفتي (المقلد) :

العدالة في اللغة : عبارة عن التوسط في الأمور من غير إفراط في الزيادة والنقصان .

والعدل : هو المتوسط في الأمر ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وكذلك جعلناكم أمة وسطاً ﴾ أي عدولاً . وقد تطلق العدالة على ما يقابل الجور ، وقد تطلق على الأفعال الحسنة التي يقوم بها الشخص لغيره ، فيقال للملك المحسن لرعيته : عادل .

وفي لسان المشرعة : تطلق العدالة ويراد بها أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبي ﷺ . وعرف الغزالي هذه الأهلية فقال : « العدالة عبارة عن استقامة السيرة والدين ، وحاصلها يرجع إلى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً ، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه . وذلك إنما يتحقق باجتناب الكبائر وبعض الصفات وبعض المباحات^(١) » .

والإفتاء في الدين من أهم المجالات التي يطلب فيها العدالة ، لذلك قل الخلاف في شأنها ، وتطلب جواهر العلماء من السنة والشيعة وجود العدالة في المفتي ، وقالوا : لا يستفتي العامة إلا من عرف بالاجتهاد والعدالة ، فإذا جهل اجتهاده فلا يستفتيه ، كما أشرت سابقاً ؛ لأن الاجتهاد شرط لقبول الفتوى ، فلا بد من ثبوته عند السائل . وكذلك مجهول العدالة لا يستفتى إلا بعد البحث والسؤال عن عدالته بما يغلب على الظن من قول عدل أو عدلين ، أو بالاستفاضة والشهرة بين الناس^(٢) ؛ لأن العدل يكون غالباً موفقاً إلى اختيار الصواب ،

(١) انظر المستصفى ١٠٠/١ ، الإحكام للآمدي ١٨٠/١

(٢) راجع المستصفى ١٢٥/٢ ، الإحكام للآمدي ١٧١/٢ ، مسلم الثبوت ٣٥٢/٢ ، أصول الفقه

للخضري ٣٧١ ، الأصول العامة للفقه المقارن ٦٦٩ وما بعدها .

وليطمئن الناس إليه ، بخلاف الفاسق فإنه مذموم ، ويتطرق الشك إلى أقواله كثيراً ، فلا يصلح قدوة حسنة لمحاكاة المجتمع له وتقليدهم إياه فيما يصدر عنه من فتاوى ، ومن هنا قالوا : « زلة العالم زلة العالم »^(١) ؛ لأنه في مركز الصدارة والقيادة ، والناس تبع لقوادهم .

وهذا المعنى يعول عليه علماء التربية الحديثة ، فيشترطون في المعلم أن يكون قدوة صالحة ، حتى يتأثر التلاميذ بسلوكه ، فما أرخص القول إذا لم يسانده العمل : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولوا ما لا تفعلون ، كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ .

ومقتضى العدالة أن يلاحظ المفتي الأمور الثلاثة الآتية إذا اختار رأياً من بين المذاهب :

أولها - أن يتبع القول لدليله ، فلا يختار من المذاهب أضعفها دليلاً ، بل يختار أقواها دليلاً .

ثانيها - أن يجتهد ما أمكن الاجتهاد في ألا يترك الأمر المجمع عليه إلى المختلف فيه .

ثالثها - ألا يتبع أهواء الناس ، بل يتبع المصلحة والدليل ، والمصلحة المعتبرة هي مصلحة الكافة^(٢) .

(١) روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إني لأخاف على أمتي من بعدي من أعمال ثلاثة . قالوا : وما هي يا رسول الله ؟ قال : أخاف عليهم من زلة العالم ، ومن حكم جائر ، ومن هوى متبع » وعن عمر : « ثلاث يهدمن الدين . زلة العالم ، وجدال مناقق بالقرآن ، وأئمة مضلون » (الموافقات ١٦٨/٤) .

(٢) راجع أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ٣٩٠

الباب الثامن

المعارضة والترجيح بين الأدلة

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول - تعارض الأدلة .

الفصل الثاني - الترجيح بين الأدلة .

تمهيد

ذكر بعض الأصوليين ، كجمهور الحنفية والخضري والبيضاوي من الشافعية هذا المبحث قبل الكلام عن الاجتهاد والتقليد وبعد مباحث الأدلة ؛ لأنه وثيق الصلة بالأدلة ، إذ لا يمكن إثبات الأحكام بالأدلة الظنية إلا بالترجيح .

وأخرون ، كجمهور الشافعية والمالكية والحنابلة ، ذكروه بعد الاجتهاد ؛ لأن الذي يدرك التعارض بين الأدلة ويرجح أحدها إنما هو المجتهد . وأؤيد المسلك الثاني ؛ لأن التعارض يظهر من وجهة نظر المجتهد ، لا في الواقع ونفس الأمر ، إذ لا تناقض في الشريعة كما سيعرف ، وباعتبار أن الأدلة الشرعية متفاوتة في مراتب القوة ، فيحتاج المجتهد إلى معرفة ما يقدم منها وما يؤخر ، لئلا يأخذ بالأضعف منها مع وجود الأقوى ، فيكون كالتيمم مع وجود الماء . ثم إنه قد يعرض للأدلة التعارض والتكافؤ ، فتصير بذلك كالمعدومة ، فيحتاج المجتهد إلى إظهار بعضها بالترجيح ، وإلا تعطلت الأدلة والأحكام ، فهذا الموضوع مما يتوقف عليه الاجتهاد توقف الشيء على جزئه أو شرطه ، كما قال ابن بدران^(١) .

وقد اصطبغ مبدأ الترجيح بصبغة أخرى هي الصبغة المذهبية المتعصبة ، حينما عزف الفقهاء منذ منتصف القرن الخامس الهجري عن الاجتهاد ، ورغبوا في التقليد والجدل ، واتجهوا إلى الترجيح المذهبي الداخلي والخارجي ، وإلى تعليل الأحكام . ويقصد بالترجيح الداخلي : ما كان بين تلاميذ الإمام وأنصاره من

(١) انظر المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٦

جدل حول ترجيح قول على آخر . وأما الترجيح الخارجي : فهو ما يقع بين أنصار مذهبين^(١) .

وأريد من علماء اليوم أن ينظروا في الأدلة نظرة مجردة خالية عن التأثير بذهب دون آخر ، حتى يتوصلوا إلى أرجح الآراء ، بالاستعانة بتلك الأصول التي وضعها أولئك المجتهدون للتعارض والترجيح ، كما يظهر مما سيعرض هنا من صور نموذجية لهذه الأصول ، مع ملاحظة أنني تركت استقصاءها لكتب الأصول المعروفة .

☆☆☆

(١) انظر (فصول في أصول التشريع الإسلامي) لجاد المولى سليمان ٧٢

الفصل الأول

تعارض الأدلة

سأبحث هنا في بيان حقيقة التعارض ومحلّه وحكمه عند الحنفية وجمهور العلماء .

حقيقة التعارض ومحلّه :

التعارض في اللغة : هو اعتراض كل واحد من الأمرين الآخر ، مأخوذ من أن كل أمر أصبح في عرض الآخر دون طوله .

وفي اصطلاح الأصوليين : هو أن يقتضي أحد الدليلين حكماً في واقعة خلاف ما يقنضيه الدليل الآخر فيها^(١) .

وعرفه القدامى بقولهم : هو عبارة عن تنافي الدليلين أو الأدلة بحسب الدلالة على وجه التناقض أو التضاد بينهما ، فيمتنع اجتماعهما^(٢) كأن يقتضي أحد الدليلين الإيجاب والآخر التحريم ، ونحوه^(٣) .

(١) راجع إرشاد الفحول ٢٤١ ، أصول الفقه للخضري ٣٤٨ ، خلاف ٢٧٣ ، شعبان ٣٠٢ ، شاكر الحنبلي ٣٢٧ .

(٢) التقرير والتحجير ٢/٣ ، فواتح الرحموت ١٨٩/٢ ، العناوين في المسائل الأصولية ٧٦/٢ ، أصول الاستنباط ٢٣٥ ، التلويح على التوضيح ١٠٢/٢ .

(٣) يفرق الأصوليون بين التعارض والتناقض ، فالتناقض يوجب بطلان نفس الدليل ، والتعارض يمنع ثبوت الحكم من غير تعرض للدليل . لكن كل واحد منهما في النصوص مستلزم للآخر .

مثلاً : هناك آيتان في القرآن : إحداها تجعل عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء أكانت المرأة حاملاً أم غير حامل ، والثانية تحدد أجل انتهاء عدة الحامل بوضع الحمل ، سواء أكانت المرأة متوفى عنها زوجها أم مطلقة ، فيكون النصفان متعارضين في نظر المجتهد .

وهناك حديثان في الربا : أحدهما قوله ﷺ : « إنما الربا في النسيئة »^(١) والثاني قوله عليه الصلاة والسلام : « لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء »^(٢) فالحديث الأول يحصر الربا المحرم في ربا النسيئة ، ومقتضاه إباحة ربا الفضل ، والحديث الثاني يدل على تحريم ربا الفضل ، فيكون الحديثان متعارضين في ربا الفضل ، أحدهما يدل على إباحته ، والثاني يدل على تحريمه .

والتعارض الذي يلاحظ إنما هو فقط فيما يظهر للمجتهد بحسب إدراكه وقوة فهمه ، لا في الواقع ونفس الأمر كما أثرت قريباً ، إذ لا تعارض في الشريعة ؛ لأن التعارض معناه التناقض ، ومن المستحيل أن يصدر عن الشارع دليلان متناقضان في وقت واحد وفي موضوع واحد ؛ لأنه أمانة العجز ، وهو محال على الله سبحانه وتعالى^(٣) .

والشاطبي أبان أن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها ، وإن كثرت الخلاف ، كما أنها في أصولها كذلك ، ولا يصلح فيها غير هذا ، وأقام الأدلة الواضحة على ما قال^(٤) .

(١) رواه الشيخان : البخاري ومسلم وغيرهما من حديث أسامة بهذا اللفظ ، ولفظ رواية البخاري « لا ربا إلا في النسيئة » (نيل الأوطار ١٩١/٥ ، سبل السلام ٣٧/٣) .

(٢) نص الحديث : « البر بالبر ... مثلاً بمثل ، يبدأ بيد » رواه أحمد والبخاري . ولفظ مسلم « سواء بسواء » (نيل الأوطار ١٩٠/٥ ، سبل السلام ٣٧/٣) .

(٣) راجع الموافقات ٢٩٤/٤ ، شرح الإسنوي ١٨٢/٣ ، مسلم الثبوت ١٥٢/٢ ، التلويح على التوضيح ١٠٤/٢ ، التقرير والتحرير ١١٨/٤

(٤) الموافقات ١١٨/٤

محل التعارض :

وبما أن التعارض أمر صوري لا حقيقي كما أبت ، فإنه يصح أن يجري في الأدلة القطعية والظنية من مرتبة واحدة على السواء ، وحينئذ يحمل أحدهما على غير ما يحمل عليه الآخر ، أو يحكم بنسخ أحدهما الآخر إذا عرف تاريخ المتأخر منها ، كما سأفصل الكلام^(١) .

ولا يصح جريان التعارض بين قطعي وظني ، ولا بين نص وإجماع أو قياس ، ولا بين إجماع وقياس ؛ لأنه لا يتحقق معنى التعارض حينئذ ، لأن الأضعف ينتفي بالأقوى ، والظن ينتفي بالقطع بالنقيض ، ولأن شرط تحقق التعارض بين الدليلين الشرعيين أن يكونا في قوة واحدة^(٢) .

ورأى جماعة من الأصوليين أن التعارض لا يجري بين الدليلين القطعيين ، وإلا لزم منها اجتماع المتناقضين وثبوتها وهما تقيضان بالنسبة للشخص المكلف ؛ لأن القطعيين محققان يقينيان ، ولا يعقل الترجيح بين علم وعلم^(٣) .

وفي رأيي أن اقتصار محل التعارض على الأدلة الظنية تحكماً ، لأن التعارض يحدث في الظاهر فقط ، وكما يصح أن يطرأ التعارض على الأدلة الظنية يطرأ على الأدلة القطعية .

وبما يلاحظ أن التعارض لا يتصور بين الفعلين إذا لم يقم هناك دليل على تكراره بالنسبة إلينا ، كأن يصوم الشارع يوم سبت مثلاً ، ثم يفطر يوم سبت آخر ، فلا يحكم بتعارض هذين الفعلين ؛ لأنه لا عموم للأفعال ، كما سأوضح .

(١) مسلم الثبوت ١٥٢/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٤٨

(٢) أصول الفقه لخلاف ٢٧٤ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢٤٢ ، التلويح على التوضيح ١٠٣/٢

(٣) المستصفى ١٢٦/٢ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١٠/٢ ، المدخل إلى مذهب

أحمد ١٩٧ ، شرح الإسنوي ١٨٢/٣ ، ١٨٨

حكم التعارض أو طرق دفع التعارض :

إذا ظهر تعارض بين الأدلة في نظر المجتهد ، وجب عليه البحث في دفع التعارض ، وله في الوصول إلى هذا الهدف طريقتان :
طريق الحنفية وطريق الشافعية :

أولاً- طريقة الحنفية : يقول الحنفية : إما أن يكون التعارض بين النصوص الشرعية أو بين غيرها من الأدلة .

فإن كان التعارض بين نصين ، فيسلك المجتهد هذه المراحل الأربع على الترتيب^(١) :

١ - النسخ : وهو أن يبحث المجتهد عن تاريخ النصين ، فإذا علم تقدم أحدهما وتأخر الآخر ، حكم بأن المتأخر ينسخ المتقدم ، إذا كانا متساويين في القوة ، بحيث يصح أن ينسخ أحدهما الآخر كآيتين ، أو آية وسنة متواترة أو مشهورة ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، مثل آيتي عدة الوفاة وعدة الحامل ، فالآية الأولى هي : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ فإنها تقتضي بعمومها أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء أكانت حاملاً أم غير حامل ، والآية الثانية هي : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ومقتضاها أن المرأة الحامل تنقضي عدتها بوضع الحمل ، سواء أكانت متوفى عنها زوجها أم مطلقة .

فهاتان الآيتان متعارضتان في الظاهر ، روي عن ابن مسعود أن الآية

(١) مسلم الثبوت ١٥٢/٢ وما بعدها ، فواتح الرحموت ١٨٩/٢ ، مرآة الأصول ٣٧٢/٢ ، التقرير والتحبير ٣/٣ ، التلويح على التوضيح ١٠٣/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٤٩ ، شعبان ٢٠٣

الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى^(١) ، فتكون ناسخة لها في القدر الذي تعارض فيه ، وهي الحامل المتوفى عنها زوجها ، فتصبح عدتها منتهية بوضع الحمل ، كما هو رأي الجمهور .

٢ - الترجيح : إذا لم يعلم المجتهد تاريخ النصين المتعارضين رجح أحدهما على الآخر إن أمكن ، بطريق من طرق الترجيح الآتي تفصيلها ، كترجيح المحكم على المفسر ، وترجيح العبارة على الإشارة ، وترجيح المحرم على المباح ، وترجيح أحد خبري الآحاد بضبط الراوي أو عدالته أو فقهه ، ونحوه .

وقدم الحنفية الترجيح على الجمع ؛ لأن تقديم الراجح على المرجوح هو المعقول ، مثاله أن أبا حنيفة قدم حديث : « استنزهوا من البول »^(٢) على ما ورد من شرب العرنين أبوال الإبل^(٣) لمرجح التحريم مع إمكان حمل العام على ما لا يؤكل أو في غير حالة التداوي^(٤) ؛ لأن دفع الضرر أولى من جلب المصلحة .

٣ - الجمع والتوفيق : إذا تعذر الترجيح لجأ المجتهد إلى الجمع والتوفيق بين النصين ؛ لأن إعمال الدليلين أولى من إهمالهما ، وطرق الجمع كما في مسلم الثبوت

(١) أخرجه البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن ابن مسعود من قوله ، فعند البخاري : « من شاء باهله : أن سورة النساء القصرى (أي سورة الطلاق) نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة » وعند غيره « من شاء لاعنته : لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشراً » وأخرجه البزار : « من شاء حالفته أن ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ نزلت بعد آية المتوفى ، فإذا وضعت المتوفى عنها حملها ، فقد حلت ، وقرأ ﴿ والذين يتوفون نكحهم ويذرون أزواجاً ﴾ الآية (نصب الراية ٢٥٦/٣) .

(٢) رواه الدارقطني عن أبي هريرة (نصب الراية ١٢٨/١) .

(٣) روى الترمذي عن أنس بن مالك « أن أناساً من عرينة قدموا المدينة فاجتووها ، فبعثهم رسول الله ﷺ في إبل الصدقة ، وقال : اشربوا من ألبانها وأبوالها » واجتويت المكان : إذا استوخته ولم يوافق طبعك (جامع الأصول ٣٣٢/٨) .

(٤) مسلم الثبوت ١٥٣/٢ ، التقرير والتحبير ٥/٣

وغيره^(١) بحسب طبيعة النصين ، فيجمع بين العامين بالتنويع ، وفي المطلقين بالتقييد ، وفي الخاصين بالتبعض ، وفي العام والخاص بتخصيص العام به .

فمثال الأول : أن يقول شخص : (أعطوا الفقراء) ، ويقول في مرة أخرى : (لا تعطوا الفقراء) ، ولم يعرف المتقدم أو المتأخر منهما ، فيحمل كل منهما على نوع ، فالأمر يحمل على الفقراء المتعطفين ، والنهي يحمل^(٢) على الفقراء الذين يسألون الناس إلحافاً . ومثاله من السنة قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها »^(٣) وقوله ﷺ : « إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يكون قوم يشهدون ، ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون .. الحديث »^(٤) .

الحديث الأول يجيز قبول الشهادة قبل أن يطلبها صاحب الحق ، سواء في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد ، والحديث الثاني لا يجيزها أصلاً ، فيحمل الحديث الأول على نوع من الحقوق ، وهي حقوق الله تعالى ، وتكون الشهادة شهادة حسبة ، ويحمل الحديث الثاني على نوع آخر وهي حقوق العباد .

ومثال الثاني : أن يقول شخص : أعط فقيراً ، ويقول مرة أخرى : لا تعط فقيراً ، فيقيد الأمر بالمتعفف والنهي بالمتسول .

ومثال الثالث : أن يقول شخص : أعط خالداً ، ويقول مرة أخرى :

(١) مسلم الثبوت : المرجع السابق ، فواتح الرحموت ١٩٤/٢ ، التقرير والتحرير ٤/٣

(٢) وهذا معنى قولهم بانفكاك الجهة أي أن جهة الإثبات غير جهة النفي ، مثل قوله تعالى : ﴿ وما رميت إذ رميت ولكن الله رمى ﴾ فالأول ينفي الرمي ، والثاني يثبت ، فيحمل الأول على معنى أنه لم يحقق أثر الرمي وإصابة كل الجيش بحفنة التراب ، ويحمل الثاني على معنى إثبات حقيقة فعل الرمي بإلقاء حفنة التراب .

(٣) رواه مسلم عن زيد بن خالد بن الجهني (سبل السلام ١٢٦/٤) .

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن عمران بن حصين (المرجع السابق) .

لا تعط خالداً ، فيحمل الأمر على إعطائه حال الاستقامة ، والنهي على منع الإعطاء حال الانحراف .

ومثال الرابع : قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه نص عام يدل على وجوب العدة على كل مطلقة قبل الدخول بها وبعده ، إلا أنه خصص بالمطلقات بعد الدخول بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فلا لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ فالعام عمل به فيما وراء الخاص .

فإن كان أحد النصين مطلقاً والآخر مقيداً ، حمل المطلق على المقيد ، على ما هو معروف في هذا الموضوع ، مثل آية : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ... ﴾ ، وآية ﴿ إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً ﴾ فاللفظ المطلق في الآية الأولى (الدم) محمول على المقيد في الآية الثانية ، ويكون الدم المحرم هو الدم المسفوح .

٤ - تساقط الدليلين والاستدلال بما دونهما في الرتبة : إذا تعارض الدليلان ، وتعذرت الطرق السابقة ، فإنه يحكم بتساقط الدليلين نظراً لتعارضهما ، وحينئذ يلجأ المجتهد إلى الاستدلال بما دونهما في الرتبة ، فإذا تعارضت آيتان ترك الاستدلال بهما إلى السنة ؛ وإذا تعارض حديثان ، عدل عنهما إلى الاستدلال بقول الصحابي عند من يحتج به ، أو إلى القياس عند من لا يحتج به .

وإنما يلجأ المجتهد إلى الأدنى لتعذر العمل بالأرقى بسبب تعارضه مع غيره ، ولأن العمل بأحد المتعارضين ترجيح من غير مرجح ، فكأن الواقعة لم يرد فيها حكم من فئة الدليل الأرقى .

فإن لم يكن هناك دليل أدنى دون المتعارضين ، وجب العمل بالأصل العام في ذلك الشيء ، كأنه لم يرد فيه دليل أصلاً على الحكم .

مثال العمل بالأدنى : ما ورد في السنة من حديثين متعارضين في صلاة الكسوف ، أحدهما عن النعمان بن بشير رضي الله عنه ، وهو أن النبي ﷺ « صلى صلاة الكسوف كما تصلون : ركعة وسجدة »^(١) ، والثاني : عن عائشة رضي الله عنها ، وهو « أن الرسول صلاها ركعتين بأربعة ركوعات وأربع سجعات »^(٢) .

الحديث الأول يدل على كيفية صلاة الكسوف بركوع واحد وقيام واحد كبقية الصلوات ، والحديث الثاني يدل على أن كيفية الصلاة المذكورة تكون بركوعين مع قيامين في كل ركعة ، ولا مرجح لأحد الحديثين على الآخر ، فترك الحنفية العمل بهما ، وأخذوا بالقياس ، وهو قياس صلاة الكسوف على بقية الصلوات^(٣) .

ومثال العمل بالأصل : ما ورد من الآثار في حكم سور الحمار ، فعن ابن عمر : أنه نجس ، وعن ابن عباس : أنه طاهر ، فترك الحنفية العمل بالآثار إلى مقتضى الأصل في الماء ، وهو أنه طاهر^(٤) .

وأما إذا كان التعارض بين دليلين غير نصين كقياسين ، فإنه يجب على المجتهد أن يرجح بينهما بأحد مرجحات القياس ، كالترجيح بالعلة المنصوصة على العلة المستنبطة بطريق المناسبة مثلاً .

فإن لم يكن هناك مرجح لأحد القياسين على الآخر ، لزم المجتهد أن يتحرى ، فأَي القياسين شهد له قلبه ، واطمأننت إليه نفسه ، عمل به ، ولا يجوز

(١) أخرجه أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، وبه أخذ الحنفية (نصب الراية ٢٢٧/٢ ، سبل السلام ٧٦/٢) .

(٢) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عائشة ، وبه أخذ جمهور الفقهاء (نصب الراية ٢٢٥/٢ ، سبل السلام ٧٣/٢ ، ٧٥) .

(٣) أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ زكي الدين شعبان ٣٠٦ ، التلويح على التوضيح ١٠٤/٢

(٤) مسلم الثبوت ١٥٢/٢ .

له العدول عنه إلا إذا نظر ثانياً ، فتغير اجتهاده .

وسبب مطالبتهم المجتهد بالتحري هو تنازع جهتين في هذين القياسين :
جهة توجب العمل بأحد القياسين من غير تحر ، كما في ثبوت الخيار في
الكفارات ؛ لأن الشارع وضع القياس دليلاً شرعياً يجب على المجتهد العمل به ،
وجهة توجب إسقاطها لتعارضها ، كما في حالة تعارض النصين ، فقالوا : يحكم
المجتهد رأيه ويعمل بشهادة قلبه ^(١) .

وقال الشافعي : يتخير المجتهد ويفتي بأي القولين ، إذا لم يوجد مرجح
لأحد القياسين ؛ لأنه لا معنى لإهدارهما ، إذ يترتب عليه خلو الحادثة من
الحكم ، ولا معنى للعمل بأحدهما معيناً ؛ لأنه ترجيح من غير مرجح ، فلم يبق إلا
التخير ^(٢) .

قال الخضري : « ولا يظهر لنا معنى لهذا التحري الذي جعله الحنفية مقدمة
للاختيار ؛ لأن التحري مقدمة الاجتهاد حتى يصل إلى الأخرى ، والفرض أن
القياسين لا مرجح لأحدهما على الآخر ، فلم يبق إلا أن يقال : إنه يختار أحد
الحكمين ، ويكون الفرق بين الشافعية والحنفية في النتيجة ، فالحنفية قالوا :
لا يجوز العدول عما اختار إلا إذا ظهرت له حجة تكون سبب العدول ،
والشافعية يقولون : له العدول ، ولا نفهم معنى لمنعه عن العدول عما اختاره
أولاً ، إلا أن يراد منع المجتهد أن يتبع هواه في تشريع الحكم ، فتن وافق أحد
القياسين هواه عمل به ، ومتى وافقه الآخر عدل ، ولا نظن أن أحداً يميز
ذلك ^(٣) .

(١) راجع مسلم الثبوت ١٥٢/٢ ، فواتح الرحموت ١٩٢/٢ ، التقرير والتجوير ٢/٣ ، أصول الفقه

للخضري ٣٤٩

(٢) المستصفى ١٢٦/٢

(٣) أصول الفقه له ٣٥٠ .

طريقة الشافعية في دفع التعارض :

بينت مذهب الشافعية فيما إذا تعارض قياسان ، فيرجح المجتهد أحدهما بأحد الترجيحات التي سيأتي تفصيلها ، أما إذا تعارض نضان بحسب الظاهر للمجتهد ، فمذاهب الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية توجب على المجتهد البحث والاجتهاد وفق المراحل الآتية على الترتيب^(١) :

١ - الجمع والتوفيق بين المتعارضين بوجه مقبول ، لأنه إذا أمكن ذلك ولو من بعض الوجوه ، كان العمل بهما متعيناً ، ولا يجوز الترجيح بينهما ؛ لأن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما بالكلية ، بترجيح الآخر عليه ، لكون الأصل في الدليل إعماله لا إهماله .

ويمكن العمل بالدليلين معاً ، في حالات ثلاث^(٢) :

١ - أن يكون حكم كل من الدليلين المتعارضين قابلاً للتبعض ، كأن يدعي كل واحد من شخصين حائزين لدار أن هذه الدار ملك له ، فالعمل بالدليلين معاً متعذر ؛ لأن مقتضى وضع اليد من كل منهما أن تكون الدار كلها ملكاً له ،

(١) شرح المحلى وحاشية البناني على جمع الجوامع ٢/٢٩٥ ، رسالة في أصول الظاهرية ٢٢ من مجموع رسائل ، رسالة في أصول الفقه للسيوطي ٧٧ من مجموع رسائل ، المستصفى ٢/١٢٧ وما بعدها ، شرح العنبر على مختصر ابن الحاجب ٢/٣١٠ ، شرح الإسنوي ٣/١٩٢ ، إرشاد الفحول ٢٢٧ ، ٢٤٤ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٧ ، روضة الناظر ٢/٤٥٧ . قال ابن بدران في المدخل إلى مذهب أحمد : إذا تعارض نضان ، فإما أن يجهل تاريخهما أو يعلم ، فإن جهل قدمنا الأرجح منها ببعض وجوه الترجيح . وإن علم تاريخهما فإما أن يمكن الجمع بينهما بوجه من وجوه الجمع أو لا ، فإن أمكن جمع بينهما من حيث يصح الجمع ، إذ الواجب اعتبار أدلة الشرع جميعها ما أمكن ، وإن لم يمكن الجمع فالثاني ناسخ إن صح سندها ، أو أحدها كذب إن لم يصح سنده ، إذ لا تناقض بين دليلين شرعيين ؛ لأن الشارع حكيم ، والتناقض ينافي الحكمة .

(٢) انظر شرح الإسنوي : المرجع السابق ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ١٩٩

وملكيتها لواحد منها يقضي بعدم ملكية الآخر لها ، فلا يمكن الجمع بين الدليلين ، ولكن العمل بهما من بعض الوجوه ممكن ، من طريق القسمة ؛ لأن الملك مما يتبعض ، فتقسم الدار بينهما نصفين ؛ لأن يد كل منهما دليل ظاهر على ثبوت الملك ، وثبوت الملك قابل للتبعيض ، فتبعض ، جمعاً بين الدليلين من وجه من الوجوه .

٢ - أن يكون حكم كل واحد من الدليلين متعدداً ، أي يحتمل أحكاماً كثيرة ، وحينئذ يمكن العمل بالدليلين ، فيثبت بكل واحد منهما بعض الأحكام ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »^(١) ، فإنه معارض لتقريره ﷺ لمن صلى في غير المسجد مع كونه جاراً^(٢) ، هذان الدليلان يشتركان على أحكام متعددة بحسب مقتضى كل واحد منهما ، فإن الحديث يحتمل نفي الصحة ونفي الكمال ونفي الفضيلة ، وكذا التقرير يحتمل نفيها أيضاً ، فيحمل الخبر على نفي الكمال ، ويحمل التقرير على الصحة .

٣ - أن يكون حكم كل واحد من الدليلين عاماً ، أي متعلقاً بأفراد كثيرة ، فيمكن العمل حينئذ بكلا الدليلين بتوزيعهما على الأفراد ، فيتعلق حكم أحدهما ببعض ، ويتعلق حكم الآخر ببعض الآخر ، ومثاله : حديث « خير الشهود » السابق ذكره مع معارضه ، ومثاله أيضاً قوله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ الآية الأولى تقضي بعمومها أن

(١) هذا الحديث حكم ابن الجوزي بوضعه ، وقال ابن حجر : حديث مشهور وليس له إسناد ثابت ، وقال عبد الحق : حديث ضعيف ، وقد صح من قول علي (راجع : أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب للحوت البيروقي ٢٥٧) .

(٢) وهو « أن النبي ﷺ قال لرجلين لم يصليا معه - فيما يرويه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه عن يزيد بن الأسود - : « إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة ، فصليا معهم ، فإنها لكما نافلة » (نيل الأوطار ١٢٨/٣ ، سبل السلام ٢١/٢) .

عدة المرأة المتوفى عنها زوجها تنتهي بعد أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء أكانت المرأة حاملاً أم غير حامل ، والآية الثانية تقتضي بعمومها أن عدة المرأة الحامل تنتهي بوضع الحمل ، سواء أكانت متوفى عنها زوجها أم مطلقة ، فيجمع بين الآيتين بمحمل كل واحدة منهما على بعض الأفراد دون البعض الآخر ، عملاً بالدليلين من بعض الوجوه ، كما سبق بيانه .

٢ - الترجيح بين الدليلين بأحد المرجحات التي سيأتي تفصيلها ، وأشير إلى بعضها في الطريقة السابقة ، فيعمل المجتهد بعد البحث بما اقتضاه الدليل الأرجح .

٣ - النسخ لأحد الدليلين والعمل بالآخر إذا كان مدلولها قابلاً للنسخ ، وعلم تقدم أحدهما وتأخر الآخر ، فيجعل المتأخر ناسخاً للمتقدم .

٤ - تساقط الدليلين إذا تعذرت الوجوه السابقة ، فيترك العمل بهما معاً ، ويعمل بغيرهما من الأدلة ، كأن الواقعة حينئذ لا نص فيها ، وهذه صورة فرضية لا وجود لها^(١) .



(١) علم أصول الفقه للرحوم خلاف ٢٧٦

الفصل الثاني

الترجيح بين الأدلة

أبحث هنا أمرين مهمين : أولهما - تعريف الترجيح وبيان الأدلة على وجوب العمل بالراجح ، ثانيهما - طرق الترجيح .

تعريف الترجيح والأدلة على العمل بالراجح :

الترجيح في اللغة : هو التميل والتغليب ، ومنه قولهم : رجح الميزان : إذا مال ، وفي اصطلاح الأصوليين له تعاريف .

عرفه ابن الحاجب : بأنه اقتران الأمانة (أي الدليل الظني) بما تقوى به على ما يعارضها ، وذكر الآمدي نحوه أيضاً^(١) ، وهو منتقد ؛ لأن هذا تعريف للرجحان ؛ لأن الاقتران يكون في الرجحان في الواقع ، ولا يصلح ذلك للترجيح ؛ لأن الترجيح من أفعال الشخص المجتهد بخلاف الاقتران .

وعرفه أكثر الحنفية : بأنه إظهار زيادة لأحد المتماثلين على الآخر بما لا يستقل^(٢) . يفهم منه أن التعارض لا يكون إلا بين متماثلين في القوة ، فلا يقال : القرآن راجح على خبر الواحد ، ولا خبر الواحد راجح على القياس ، وإن كان يقال : عارض القياس خبر الواحد ، فقدم الخبر عليه ، وقولهم : بما لا يستقل :

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣٠٩/٢ ، الإحكام للآمدي ١٧٤/٣

(٢) مسلم الثبوت ١٦١/٢ ، ١٦٥ ، التلويح على التوضيح ١٠٣/٢ وما بعدها ، كشف الأسرار

١١٩٨/٢ ، أصول الفقه للخضري ٣٥٥ ، شرح الإسنوي ١٩٨/٢

يفهم منه عدم جواز الترجيح بما يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً ، فقال الحنفية : لا ترجيح بكثرة الأدلة ، مثل أن يكون في أحد الجانبين حديث واحد أو قياس واحد وفي الآخر حديثان أو قياسان ؛ لأن كل دليل يستقل بثبوت المطلوب به ، فلا ينضم إلى الآخر ؛ لأن الشيء إنما يتقوى بصفة توجد في ذاته ، لا بانضمام مثله إليه ، أي أن العبرة بقوة الدليل بنفسه ، ولأنه لو جاز الترجيح بكثرة الأدلة لقدم القياس على الخبر عند معارضته له ووجود قياس آخر يوافقه ، لكن الخبر يقدم دائماً على القياس اتفاقاً ، ولو عضد بقياس مثله .

وخالفهم جمهور العلماء في رأيهم ، وقالوا : يرجح بكثرة الأدلة ؛ لأن المقصود من الترجيح قوة الظن الصادرة عن إحدى الأمارتين المتعارضتين ، وقد حصلت قوة الظن في الدليل الذي عاضده دليل آخر مثله في إثبات الحكم ، فيترجح على الآخر .

وعرفه محققو الشافعية بأنه تقوية إحدى الأمارتين (أي الدليلين الظنيين) على الأخرى ليعمل بها^(١) ، وإنما خص الترجيح بالدليلين الظنيين ؛ لأن الترجيح لا يجري بين الأمور القطعية ، ولا بين القطعي والظني عندهم .

وسبق في بحث محل التعارض مناقشة الخلاف ، ورجحت أن التعارض يجري بين الأدلة القطعية والظنية على السواء ، ما دام التعارض في الظاهر للمجتهد فحسب .

واستدل الجمهور على وجوب العمل بالدليل الراجح .

أولاً - بإجماع الصحابة ومن بعدهم من السلف على تقديم بعض الأدلة الظنية على البعض في وقائع مختلفة ، إذا اقترن به ما يقوى به على معارضة ، مثل تقديم

(١) شرح الإسنوي ١٨٩/٣

« خبر عائشة رضي الله عنها في التقاء الختانين » ^(١) على خبر أبي هريرة في قوله : « إنما الماء من الماء » ^(٢) ، وتقديم ما روت « عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كان يصبح جنباً ، وهو صائم » ^(٣) ، على ما رواه أبو هريرة من قوله عليه الصلاة والسلام : « من أصبح جنباً ، فلا صوم له » ^(٤) ، لأنها أعرف بحال النبي عليه الصلاة والسلام . وقوى علي كرم الله وجهه خبر أبي بكر رضي الله عنه ، فلم يحلفه وحلف غيره . وقوى أبو بكر خبر المغيرة في ميراث الجدة لما روى معه محمد بن مسلمة الأنصاري ^(٥) ، وقوى عمر خبر أبي موسى الأشعري في الاستئذان بموافقة أبي سعيد الخدري في الرواية ^(٦) ، إلى آخر ما هنالك مما يكثر تتبعه .

وهكذا كان الصحابة في اجتهاداتهم يوجبون العمل بالراجح من الظنين دون أضعفها .

ثانياً - بالمعقول : إن العقلاء يوجبون بعقولهم العمل بالراجح في الحوادث ، والأصل تنزيل التصرفات الشرعية منزلة التصرفات العرفية ^(٧) ، ورد في الأثر عن ابن مسعود أنه قال : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

(١) روى أحمد ومسلم والترمذي وصححه عن عائشة ولفظه : « إذا جاوز الختان الختان وجب الغسل » وفي لفظ آخر : « إذا قعد بين شعبها الأربع ، ثم مس الختان الختان فقد وجب الغسل » .

(٢) رواه مسلم وأصله في البخاري عن أبي سعيد الخدري (سبل السلام ٨٥/١) .

(٣) روى البخاري ومسلم عن عائشة وأم سلمة « أن النبي ﷺ كان يصبح جنباً من جماع ، ثم يغتسل ويصوم » (سبل السلام ١٦٥/٢) .

(٤) أخرجه أحمد وابن حبان من حديث أبي هريرة (سبل السلام ، المرجع السابق) .

(٥) روى القصة أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن قبيصة بن ذؤيب (نيل الأوطار ٥٩/٦) .

(٦) وهو حديث « إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع » رواه مالك وأحمد والبخاري ومسلم وأبو داود عن أبي موسى وأبي سعيد معاً .

(٧) انظر الإحكام للآمدي ١٧٤/٣ ، المستصفى ١٢٧/٢ ، كشف الأسرار ١١٩٦/٢ ، مسلم الثبوت

طرق الترجيح :

لا يمكن الإحاطة بجميع حالات التعارض ؛ لأنها تابعة لبحث المجتهد ، وإنما سائين أهم حالاته ، فهو إما أن يكون بين (النصوص) أو بين (الأقيسة) ، وسأذكر طرق الترجيح بين النصوص أولاً ، ثم أتبعها بطرق ترجيح القياس ، مجملًا الكلام في الموضوع ، مع إحالة من يريد التوسع إلى مطبوعات الكتب الأصولية ، وأخصها كتاب الأحكام للآمدي^(١) الذي عرض الترجيحات في أتم نظام وأحسنه .

الترجيح بين النصوص

للترجيح بين النصوص حالات أربع :

- أولها - من جهة السند .
- ثانيها - من جهة المتن .
- ثالثها - من جهة الحكم أو المدلول .
- رابعها - باعتبار أمر خارج .

أولاً - الترجيح من جهة السند : المراد به طريق الإخبار عن المتن . ذكر الشوكاني^(٢) اثنين وأربعين نوعاً من وجوه الترجيح بين النصوص من جهة السند ، وقال بعد ذكرها : اعلم أن وجوه الترجيح كثيرة ، وحاصلها أن ما كان أكثر إفادة للظن فهو الراجح .

ويمكن حصر هذه الوجوه في أربعة أنواع تقريباً وهي :

أ - الترجيح باعتبار الراوي : يرجح السند بكثرة الرواة ، بأن تكون رواية أحدها أكثر من رواية الآخر ، فيرجح ما رواه أكثر على ما رواه أقل ، لقوة

(١) ١٧٦/٣ وما بعدها .

(٢) إرشاد الفحول ٢٤٤ وما بعدها .

الظن به ؛ لأن احتمال الغلط أو الكذب على الأكثر أبعد من احتلالها على الأقل ، فيكون الظن الحاصل من الخبر الذي رواه جماعة أكثر من الخبر الآخر ، والعمل بالأقوى واجب ، وهذا مذهب جمهور العلماء ^(١) .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والكرخي : لا ترجيح بكثرة الرواة أو الأدلة ما لم تبلغ حد الشهرة ^(٢) قياساً على الشهادة ، فإنه إذا تعارضت شهادتان فلا ترجح إحداها على الأخرى بكثرة الشهود ، بعد أن تكون الأخرى قد تم نصابها .

ونوقش هذا بأن الكثرة تزيد الظن قوة ، فيترجح الحكم ، ولا يشك أحد في أن الكثرة تفيد قوة الثبوت ، ولا يقصد من الترجيح إلا ذاك ، ولهذا اختار الكمال بن الهمام الترجيح بكثرة الرواة .

واستدل الحنفية بأدلة أخرى ، إلا أنها جميعها مناقشة ، حتى قال صاحب مسلم الثبوت : « ولا يخفى على الفطن ضعف هذه الوجوه » ^(٣) ، أي التي اعتمد عليها عند الحنفية .

ويرجح السند أيضاً ، بأن يكون أحد الراويين أعلم وأضبط من الآخر ، أو أروع وأتقى ، أو أعدل وأوثق ، أو أفقه في الدين أو اللغة العربية ، فترجح روايته ؛ لأنها أغلب على الظن . كما يرجح السند الذي يعتمد راويه على الحفظ ، على السند الذي يعتمد راويه على الكتابة ؛ لأن الأول يكون أكثر ضبطاً . كذلك

(١) الآمدي ١٧٦/٣ ، المستصفى ١٢٩/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٤ ، مسلم الثبوت ١٦٢/٢ ، شرح الإسنوي ٢٠٢/٣ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١١/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٠٧ ، روضة الناظر ٤٥٨/٢ ، تخريج الفروع على الأصول ٢٠٣

(٢) كشف الأسرار ١١٩٨/٢ ، التقرير والتحرير ٣٣/٣ ، التلويح على التوضيح ١١٥/٢ وما بعدها ، فواتح الرحموت ٢١٠/٢ ، مسلم الثبوت ١٦٥/٢ . قالوا إن الكثرة إن أدت إلى حصول هيئة اجتماعية هي وصف واحد قوى الأثر كانت صالحة للترجيح ؛ لأن المرجح هو القوة لا الكثرة .

(٣) مسلم الثبوت ١٦٥/٢

يرجح سند الراوي المشهور برواية الحديث على سند غير المشهور بالرواية

وهناك مرجحات أخرى كثيرة ، كالعمل بالرواية عند بعضهم ، أو شهرة النسب أو الذكورة ، أو الحرية أو السماع مشافهة ، أو قلة الوسائط وهو علو الإسناد ، أو حسن الاعتقاد ، أو معرفة القضية ، أو مجالسة المحدثين ، أو كثرة المزكين ، أو نحوه مما يرجح الظن بصحة الرواية^(١) .

٢- الترجيح باعتبار نفس الرواية أي طبيعة الرواية : يرجح الحديث المتواتر على الحديث المشهور ، والمشهور على خبر الواحد ؛ لأن المتواتر متيقن ، والمشهور قريب من اليقين ، وأما الآحاد فهو مظنون .

ويرجح الحديث المسند على المرسل لتحقيق المعرفة برواة الأول ، وجهالة بعض رواة الثاني .

ويرجح مرسل التابعي على مرسل تابع التابعي ؛ لأن الظاهر من التابسي أنه لا يروي عن غير الصحابي ، والصحابة كلهم عدول ، بما ثبت من ثناء النبي عليه الصلاة والسلام ، وتركته لهم في ظواهر الكتاب والسنة ، فقال عليه الصلاة والسلام : « خير القرون القرن الذي أنا فيه »^(٢) .

ويرجح الحديث المسند إلى كتب المحدثين ، على الثابت بطريق الشهرة ، مما هو غير منسوب إليهم ؛ لأن احتمال تطرق الكذب إلى الأول أقل منه في الثاني ، بسبب ضوابط المحدثين .

كما يرجح المسند إلى كتاب موثوق بصحته كسلم والبخاري ، على ما هو

(١) راجع الأحكام للآمدي ١٧٦/٣ وما بعدها ، شرح الإسنوي ٢٠٢/٣ وما بعدها ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١١/٢ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ١٩٧ ، روضة الناظر ٤٥٨/٢ ، التلويح على التوضيح ١١٠/٢ ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ٣٣٢

(٢) سبق تخريجه .

مسند إلى كتاب غير مشهور بالصحة كمسند الفردوس للدليمي ونحوه .

وهناك مرجحات أخرى ، كترجيح الرواية بالقراءة على الرواية بالإجازة أو المناولة ، وترجيح الرواية باللفظ على الرواية بالمعنى ، والرواية بالسماع من غير حجاب على السماع مع الحجاب ، والرواية التي لا اختلاف فيها لبعدها عن الاضطراب على الرواية المختلف فيها ، ونحوه^(١) .

٣- الترجيح باعتبار المروي : يرجح الحديث المسموع من النبي صلى الله عليه وآله وسلم على المنقول من كتاب ، لبعد رواية السماع عن تطرق التصحيف والغلط .

ويرجح المسموع من النبي عليه الصلاة والسلام على المروي مما جرى في مجلسه أو زمانه وسكت عنه ؛ لأن رواية السماع أبعد عن غفلة النبي عليه الصلاة والسلام ، وذهوله ، بخلاف الجاري في مجلسه وسكت عنه .

ويرجح المروي بالصيغة عن النبي عليه الصلاة والسلام على المروي بالفعل ؛ لأن رواية الصيغة أقوى في الدلالة من رواية الفعل ، كأن يقول الراوي : أمر أو نهى أو أذن ، فهو مقدم على حكاية الفعل في عهد النبي عليه الصلاة والسلام .

وكذلك يرجح خبر الواحد فيما لا تعم به البلوى على الخبر الوارد فيما تعم به البلوى ؛ لأن تفرد الواحد بنقل ما تعم به البلوى مع توافر الدواعي على نقله قريب من الكذب ، ونحوه من الاعتبارات التي ترجح جانب الأقوى على غيره^(٢) .

٤- الترجيح باعتبار المروي عنه : يرجح الحديث الذي لم يقع فيه إنكار رواية المروي عنه على الحديث الذي وقع فيه إنكار رواية المروي عنه ، كحديث الزهري ؛ لأن الأول أغلب على الظن .

(١) المراجع السابقة ، الأمدي ١٧٨/٣

(٢) المراجع السابقة ، الأمدي ١٧٩/٣

ويرجح أيضاً الحديث الذي فيه إنكار من الأصل على الفرع - إنكار نسيان ، على ما فيه إنكار تكذيب وجود ؛ لأن غلبة الظن بالرواية عنه في الحالة الأولى أكثر من غلبة الظن في الحالة الثانية^(١) .

ثانياً - الترجيح من جهة المتن : المراد بالمتن : ما يتضمنه الكتاب والسنة والإجماع ، من الأمر والنهي والعام والخاص ونحوها .

ذكر الآمدي واحداً وخمسين وجهاً من وجوه الترجيح العائدة إلى المتن^(٢) . منها : أن النهي يقدم على الأمر ؛ لأن دفع المفسد مقدم على جلب المصالح .

ومنها : أن الأمر مرجح على المبيح من باب الاحتياط ؛ لأن العامل بالأول عامل بالثاني ضمناً .

ومنها : أن الحقيقة تقدم على المجاز ، لعدم افتقار الحقيقة إلى القرينة ، فتقدم لتبادرها إلى الذهن .

ومنها : أن الخاص مقدم على العام ، أي في القدر الذي يتفقان فيه ؛ لأن الخاص أقوى في الدلالة وأخص بالمطلوب .

هذا إذا كان العموم والخصوص مطلقاً ، أما إذا كان العموم والخصوص وجهياً^(٣) ، فإن وجد ما يرجح أحدهما على الآخر بأمر خارج عنهما ، عمل به

(١) الإحكام للآمدي ١٨٠/٣

(٢) الآمدي ، نفس المرجع .

(٣) العموم والخصوص المطلق : هو أن يجتمع العام والخاص في شيء ، ثم ينفرد العام عن الخاص في شيء آخر ، مثل : حيوان وإنسان ، فإنها يجتمعان في زيد ، وينفرد الحيوان في الفرس . وأما العموم والخصوص الوجهي : فهو أن يجتمع العام والخاص معاً في شيء ، وينفرد كل منهما عن الآخر في شيء آخر ، مثل إنسان وأبيض ، فإنها يجتمعان معاً في الإنسان الأبيض ، وينفرد الإنسان في الإنسان الأسود ، وينفرد الأبيض في الحجر الأبيض .

بخصوصه ، وإن لم يوجد مرجح كان المجتهد مخيراً في العمل بأيهما شاء عند الشافعية ، أو بما تطمئن إليه نفسه عند الحنفية كما بينت سابقاً . وإنما لم يعمل بالخاص منهما ؛ لأن الخصوص ثابت لكل منهما ؛ لأن كلاً منهما عام من وجه ، وخاص من وجه آخر ، فلا يتأتى العمل بأحدهما معيناً من غير مرجح لما في ذلك من التحكم .

مثاله : قوله عليه الصلاة والسلام : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها »^(١) مع نهيه عن الصلاة في الأوقات المكروهة^(٢) . فالحديث الأول عام في الأوقات ، خاص من جهة الصلاة في الصلاة المقضية . والحديث الثاني عام في الصلاة ، خاص من جهة الأوقات في الأوقات المكروهة المعروفة .

قال أبو حنيفة رضي الله عنه : يقدم الخبر الذي فيه ذكر الوقت ، أي فلا يجوز القضاء في الأوقات المكروهة عنده .

قال الشوكاني : ولا وجه لذلك ؛ وقال الشافعي رضي الله عنه : لما دخل التخصيص على أحاديث النهي عن الصلاة في الأوقات المكروهة ، بالإجماع في صلاة الجنائز ، ضعفت دلالتها ، فتقدم عليها أحاديث الصلاة المقضية وتحية المسجد ونحوها^(٣) .

ومنها : أن العام الذي لم يخص مقدم على العام الذي قد خصص ؛ لأن دخول التخصيص يضعف اللفظ ويصير به مجازاً ، فيكون العام الذي لم يخص أولى لعدم تطرق الضعف إليه .

(١) سبق تخريجه .

(٢) وهي الأوقات الخمسة : بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر حتى تغيب الشمس (رواه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري) ، وحين طلوع الشمس حتى ترتفع ، وحين زوال الشمس وقت الظهيرة ، وحين تميل الشمس للغروب (رواه مسلم عن عقبة بن عامر) (سبل السلام ١١١/١ - ١١٢) .

(٣) راجع شرح الإسنوي ١٩٥/٣ ، إرشاد الفحول ٢٤٧ ، مذكرات في أصول الفقه للشيخ زهير ٢٠٢

ومنها عند الحنفية : أن المحكم يرجح على المفسر ، والمفسر يرجح على النص ، والنص يرجح على الظاهر ، والصريح يرجح على الكناية ، والمجاز يرجح على المشترك ، والعبارة ترجح على الإشارة ، والإشارة ترجح على الدلالة ، والدلالة ترجح على الاقتضاء .

ومنها : أن الجمع المعرف يقدم على الجمع المنكر ؛ لأن الأول لا يدخله الإبهام بخلاف الثاني .

ومنها : أن القول مقدم على الفعل ؛ لأنه أبلغ في البيان من الفعل . ونحوه من المرجحات^(١) .

ثالثاً - الترجيح من جهة الحكم أو المدلول :

ذكر الشوكاني^(٢) تسعة أنواع للمرجحات باعتبار المدلول ، والآمدي جعلها أحد عشر نوعاً^(٣) .

منها - أن يكون حكم أحد النصين الحظر ، والآخر الإباحة ، وهذا محل خلاف .

فقال الجمهور : يقدم الحاضر على المبيح .

وقال أبو هاشم وعيسى بن أبان والغزالي : الدليلان متساويان في القوة ، فيتساقطان ويترك العمل بهما معاً . والمراد من الإباحة هنا جواز الفعل والترك ،

(١) الآمدي : المرجع السابق ، إرشاد الفحول ٢٤٥ وما بعدها ، مسلم الثبوت ١٦١/٢ وما بعدها ، التلويح على التوضيح ١٠٠/٢ ، شرح الإسنوي ٢١٢/٣ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٣١٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ١٩٧

(٢) إرشاد الفحول ٢٤٦

(٣) الإحكام ١٨٥/٣

فيدخل فيه المكروه والمندوب والمباح المصطلح عليه ؛ لأن التحريم مرجح على الكل ، كما نبه ابن الحاجب .

وقال فريق من العلماء : يقدم المبيح على المحرم^(١) .

احتج الجمهور بأمرين :

أحدهما - قوله عليه الصلاة والسلام : « ما اجتمع الحلال والحرام ، إلا غلب الحرام الحلال »^(٢) ، وقوله أيضاً : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »^(٣) ، فيدل هذا على ترجيح الحرام على الحلال .

ثانيهما - إن الاحتياط يقتضي الأخذ بالتحريم ؛ لأن التحريم يوجب ترك الفعل ، فإن كان الفعل حراماً في الواقع ، ففي ارتكابه ضرر ، وإن لم يكن حراماً في الواقع بأن كان مباحاً ، فلا ضرر عليه في تركه ؛ لأنه لا عقاب في ترك المباح .

وأمثلته : أنه لو اجتمع في العين الواحدة حظر وإباحة ، كالتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل ، قدم التحريم على الإباحة ، وكذلك إذا طلق بعض نسائه بعينها ، ثم أنسيها ، حرم وطء الجميع ، تقدماً للحرمة على الإباحة .

واستدل الغزالي ومن معه : بأن النص المبيح يقويه الأصل في الأشياء وهو

(١) المرجع السابق ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١٥/٢ ، التلويح على التوضيح ١٠٨/٢ ،

شرح الإسنوي ٢١٦/٣ ، مسلم الثبوت ١٦٢/٢ ، المستصفى ٤٦/١ ، ١٢٩/٢ ، مذكرات في أصول

الفقه للشيخ زهير ٢١٣

(٢) ضعفه البيهقي ، وأخرجه عبد الرزاق موقوفاً على ابن مسعود ، وذكره الزيلعي مرفوعاً ،

وقال العراقي : لا أصل له ، أي لا سند له (راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٤٤/١ ، نصب

الراية ٣١٤/٤) .

(٣) سبق تخريجه ، ويدل هذا الحديث أيضاً على ترجيح القاطع على الظني .

الإباحة ، والنص المحرم يرجحه الاحتياط ، فهما متساويان ، وعند التساوي يتساقط الدليلان ، وإلا لزم التحكم إن عمل بأحدهما دون الآخر ، أو الجمع بين النقيضين إن عمل بهما معاً .

وأجيب عنه : بأن الحديث الذي ذكر في أدلة الجمهور فيه ترجيح للمحرم على المبيح ، فلا تساوي بينهما ، فالمحرّم هو المقدم .

واستدل الذين يقدمون المبيح على المحرم : بأن النص المبيح قد تقوى بالأصل وهو الإباحة ، فيرجح على المحرّم .

ورد عليه : بأن الحديث السابق نص في المطلوب ، وأيضاً فإن العمل بالمحرّم أحوط ، وذلك يعارض الأصل وهو الإباحة .

ومنها - أن يكون مدلول أحد النصين الحظر ، والآخر الوجوب .

فقال الرازي وأتباعه : يتساقطان ولا يقدم أحدهما على الآخر لتساويهما ؛ لأن النص المحرّم يتضمن استحقاق العقاب على الفعل ، والنص الموجب يتضمن استحقاق العقاب على الترك ، فيتساويان ؛ لأن الإثم متحقق في كل منهما .

وقال الآمدي وابن الحاجب : يقدم المحرّم على الموجب ؛ لأن اهتمام الشرع والعقلاء بدفع المفسد أكد من اهتمامهم بجلب المصالح ^(١) .

ومنها - أن يكون حكم أحد النصين إثباتاً ، والآخر نفياً ، كخبر بلال « بأن النبي عليه الصلاة والسلام دخل البيت الحرام وصلى ^(٢) » ، وخبر أسامة « أنه دخل ولم يصل ^(٣) » ، وكخبر ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم تزوج ميمونة

(١) شرح الإسنوي ٢١٧/٣ ، الإحكام للآمدي ١٨٥/٣ ، شرح العبد مختصر المنتهى ٣١٥/٢

(٢) رواه البخاري في (صحيحه ٢٩٣/٢) .

(٣) رواه أحمد ومسلم والنسائي (جمع الفوائد ٤٨٥/١ ، نيل الأوطار ٨٥/٥) .

وهو محرم^(١) ، وفي رواية أخرى « أنه تزوجها وهو حلال^(٢) » ، وهذا محل خلاف^(٣) .

فقال جمهور العلماء : يقدم المثبت على النافي ؛ لأن المثبت يشتمل على زيادة علم ، كما في تعارض الجرح والتعديل ، يجعل الجرح أولى .

وقال الشافعية : النافي مقدم على المثبت ؛ لأن المثبت وإن كان مترجحاً على النافي ، لاشتماله على زيادة علم ، غير أن النافي لو قدرنا تقدمه على المثبت (أي أنه تقرر قبله) كانت فائدته التأكيد ، أي لحكم الأصل وهو عدم حدوث الشيء ، ولو قدرنا تأخره (أي أنه تقرر بعده) ، كانت فائدته التأسيس (أي تقرير حكم جديد) ، وفائدة التأسيس أولى ، فكان القضاء بتأخيرها أولى .

وقال عيسى بن أبان والغزالي والقاضي عبد الجبار : النافي كال مثبت ، فلا يرجح أحدهما على الآخر ، وإنما يطلب الترجيح من وجه آخر ، لأنه يحتمل وقوعهما في حالين ، فلا يكون بينهما تعارض .

والخضري رجح هذا المذهب في حالة تعارض خبري زواج النبي ﷺ بميمونة بنت الحارث الهلالية ؛ لأنه إذا كان الرواة عن ميمونة نفسها يطبقون على أن الرسول ﷺ تزوجها وهو حلال ، وابن عباس يقول : إنه تزوجها وهو محرم ،

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس (سبل السلام ١٢٤/٣ ، نيل الأوطار ١٤/٥) .

(٢) وروى مالك في الموطأ « حديث زواجه بميمونة وهو بالمدينة قبل أن يخرج » عن سليمان بن يسار ، قال ابن تيمية : وهو دليل على أن تزوجه بها قد سبق إحرامه وأنه خفي على ابن عباس ، قال سعيد بن المسيب : وهما ابن عباس في « قوله تزوج ميمونة وهو محرم » (نيل الأوطار ١٤/٥ ، ٢٦٩) .

وروى مسلم عن ميمونة « أن النبي ﷺ تزوجها وهو حلال » (سبل السلام ١٢٤/٣) .

(٣) مسلم الثبوت ١٦٢/٢ ، التلويح على التوضيح ١٠٩/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٦ ، المستصفى ١٢٩/٢ ، الأمدي ١٨٦/٣ ، أصول الفقه للخضري ٣٥٣

فالعقل يقضي بأن أحد الراويين لا بد أن يكون قد أخطأ ؛ لأن ما يرويانه ليس من الأمور الاجتهادية ، بل من الأمور التي تعرف بالحس ، فإن للإحرام شكلاً خاصاً يختلف عن شكل الحل ، ومتى تحققنا من خطأ إحدى الراويتين ، فلا بد من البحث فيهما من غير الطريق الذي ذكره الحنفية (الذين يقولون : إن نكاح المحرم جائز) حتى يستقر في النفس غلبة الظن برجحانه^(١) .

ومنها - أنه يرجح داريء الحد أو العقوبة على الموجب لها ؛ لأن العقاب ضرر ، والضرر في الإسلام منفي^(٢) ، قال عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(٣) ، ولأن الداريء للحد يوجب شبهة فيه ، والرسول ﷺ يقول : « ادروؤا الحدود بالشبهات »^(٤) .

وقال الغزالي : الذي يدرأ الحد لا يقدم على الموجب ، وإن كان الحد يسقط بالشبهة^(٥) .

ومنها - أن حكم النص إذا كان وضعياً ، يقدم على حكم النص التكليفي ؛ لأن الحكم الوضعي لا يتوقف على ما يتوقف عليه الحكم التكليفي من أهلية المكلف .

وقال الحنفية وأكثر الشافعية : يقدم الحكم التكليفي على الحكم الوضعي ؛ لأن التكليفي أكثر مثوبة ، وهي مقصودة للشارع^(٦) .

(١) أصول الفقه للخضري ٣٥٢

(٢) انظر الأمدي ١٨٧/٣ ، شرح الإسنوي ٢١٧/٣ ، مسلم الثبوت ٢١٦/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٦

(٣) سبق تخريجه .

(٤) موقوف على ابن مسعود وعمر ، وذكر في مسند أبي حنيفة مرفوعاً عن ابن عباس ، وروي بإسناد ضعيف بلفظ آخر عن عائشة : « ادروؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » (راجع نصب الراية ٣٠٩/٣ ، ٢٣٣ ، نيل الأوطار ١٠٤/٧) .

(٥) المستصفى ١٢٩/٢

(٦) الأمدي ١٨٧/٣ ، شرح الإسنوي ٢١٩/٣ ، مسلم الثبوت ١٦٢/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٧

ومنها - أن حكم الأخف يرجح على ما هو حكمه أثقل ؛ لأن الشريعة مبناها على التخفيف ، لقوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر ﴾ ، وقوله سبحانه : ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ .

وقيل : إن الأثقل أولى ؛ لأن المقصود من التكليف تحقيق مصالح المكلفين ، والمصلحة في الفعل الأشق أعظم منها في الفعل الأخف^(١) ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ثوابك على قدر نصبك »^(٢) .

رابعاً - الترجيح بأمر خارج :

ذكر الشوكاني عشرة أنواع من المرجحات بحسب الأمور الخارجة^(٣) وجعلها الآمدي خمسة عشر نوعاً^(٤) ، أختار نموذجاً منها :

أ - يقدم أحد الدليلين على الآخر ، إذا عاضده دليل آخر من كتاب أو سنة ، أو إجماع ، أو قياس ، أو عقل ، أو حس ، لتأكد غلبته بقصد الشارع مدلوله .

٢ - يقدم الدليل الذي عمل به أهل المدينة أو الخلفاء الراشدون أو بعض الأمة ؛ لأن أهل المدينة أعرف بالتنزيل وأخبر بمواقع الوحي والتأويل ، ولأن الرسول عليه الصلاة والسلام حث على متابعة الخلفاء الراشدين والاقتداء بهم ، ولأن ما عمل بمقتضاه بعض الأمة يكون أغلب على الظن ، فكان أولى .

(١) الآمدي ١٨٧/٣ ، شرح الإنسوي ٢١٩/٣ ، مسلم الثبوت ١٦٢/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٧
(٢) رواه البخاري ومسلم ، ولفظ الأول « أجر العمرة على قدر النصب » ولفظ الثاني « ولكنها على قدر نصبك أو نفقتك » .

(٣) إرشاد الفحول ٢٤٧

(٤) الإحكام في أصول الأحكام ١٨٨/٣ وما بعدها ، وراجع شرح الإنسوي ٢١٨/٣ ، مسلم الثبوت

٣ - يرجح النص الذي ذكر فيه الحكم الشرعي معللاً بعله على الحكم المذكور بدون علة ، لسهولة الاتقياد إليه وسرعة قبوله ، كما يرجح الحكم المذكور فيه سبب ورود النص على الحكم الخالي عن السبب ؛ لأنه يدل على زيادة اهتمام الراوي بما رواه .

٤ - يقدم ما يكون من الدليلين أقرب إلى الاحتياط وبراءة الذمة ؛ لأنه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرة .

٥ - يرجح ما يقترن بتفسير الراوي بفعله أو قوله ، على ما ليس كذلك ؛ لأن الراوي للخبر يكون أعرف وأعلم بما رواه .

٦ - يرجح ما قصد به بيان الحكم المختلف فيه على الآخر ؛ لأن الذي قصد به بيان الحكم يكون أمس بالمقصود ، فمثلاً قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ إلا ما قد سلف ، قصد به بيان تحريم الجمع بين الأختين في الوطاء بملك اليمين أو بعقد النكاح فيقدم على قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ، الذي يفهم منه العموم في الأختين وغيرهما ؛ لأنه لم يقصد به بيان الجمع بين الأخنتين .

الترجيح بين الأقيسة

ذكر الشوكاني سبعة أنواع للترجيح بين الأقيسة ، ولكن يمكن جمعها في أربعة أنواع :

الترجيح من جهة الأصل ، الترجيح من جهة الفرع ، الترجيح بحسب العلة ، الترجيح من جهة أمر خارج .

أولاً - الترجيح من جهة الأصل :

ذكر الآمدي ستة عشر نوعاً من المرجحات التي تعود إلى حكم الأصل^(١) ، وجعلها البيضاوي والشوكاني وغيرهما قسمين : قسماً بحسب دليل الحكم ، وقسماً بحسب كيفية الحكم^(٢) ، وسأختار نموذجاً مما يتعلق بدليل الحكم^(٣) . أما ما يتعلق بكيفية الحكم فيفهم مما ذكر في الترجيح بين النصوص من جهة الحكم ، كتقديم ما يقتضي الحظر على ما يقتضي الإباحة ، وتقديم ما كانت علقته مثبتة على ما كانت علقته نافية .

أولاً - يرجح القياس الذي يكون حكم أصله قطعياً ، على ما كان حكمه ظنياً ؛ لأنه أغلب على الظن ، إذ لا يتطرق إليه الخلل أصلاً .

ثانياً - يقدم ما كان دليل أصله الإجماع ، على ما كان دليل أصله النص ؛ لأن النص يقبل التخصيص والتأويل والنسخ ، والإجماع لا يقبلها ، وقال إمام الحرمين : يحتمل تقدم الثابت بالنص كتاباً كان أو سنة على الإجماع ؛ لأن الإجماع فرع عن النص ، لكونه المثبت له ، ولا شك أن الأصل مقدم على الفرع ؛ وبه جزم البيضاوي صاحب المنهاج .

ثالثاً - يرجح ما كان على سنن القياس ، على ما كان معدولاً به عن سنن القياس ، لكونه أبعد عن التعبد ، وأقرب إلى المعقول .

رابعاً - يقدم ما دل دليل خاص على تعليله وجواز القياس عليه ، دون ما لم يكن كذلك ؛ لأنه أبعد في الاحتمال عن وروده بمعنى التعبد ، واقتصراره على الأصل الذي ورد فيه .

(١) راجع الإحكام للآمدي ١٩٠/٣ وما بعدها .

(٢) شرح الإسنوي ٢٣٠/٣ ، إرشاد الفحول ٢٤٩

(٣) انظر المستصفى ١٣٠/٢ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١٥/٢

خامساً - يقدم ما لم يدخله النسخ بالاتفاق على ما هو مختلف في نسخه ؛
لأن الأصل عدم النسخ ، فيرجح احتمال عدم النسخ .

سادساً - يقدم القياس الخاص بالمسألة على القياس العام الذي يشهد له
القواعد .

والخلاصة : أنه يقدم ما كان دليل أصله أقوى بوجه من الوجوه المعتمدة .

ثانياً - الترجيح من جهة الفرع :

يرجح أحد القياسين على الآخر بحسب الفرع بأربعة أنواع^(١) :

١ - يرجح القياس الذي شارك فرعه الأصل في عين الحكم وعين العلة على
القياس الذي شارك فرعه لأصله في جنس الحكم وجنس العلة ، أو جنس الحكم
وعين العلة ، أو بالعكس ؛ لأن تعدية حكم الأصل للفرع باعتبار الاشتراك في
المعنى الأخص والأعم أغلب على الظن من الاشتراك في المعنى الأعم فقط .

وبناء عليه يقدم القياس المشارك فرعه لأصله في عين العلة وجنس الحكم أو
بالعكس ، على المشارك في جنس الحكم وجنس العلة ، كما يقدم القياس المشارك في
عين العلة وجنس الحكم على المشارك في عين الحكم وجنس العلة ؛ لأن العلة هي
العمدة في التعدية ، كما عرفنا في مبحث القياس .

٢ - يقدم القياس الذي يكون فرعه متأخراً عن أصله على القياس الذي
يكون فرعه متقدماً ، لسلامة الأول عن الاضطراب ، وبعده عن الخلاف .

٣ - يقدم القياس المقطوع بوجود العلة في فرعه على المظنون وجوده فيه ؛
لأنه أغلب على الظن ، وأبعد عن احتمال القادح فيه .

(١) الإحكام للآمدي ١٩٧/٣ ، إرشاد الفحول ٢٥٠ ، مسلم الثبوت ٢٨٢/٢ ، التلويح على التوضيح

١١١/٢ ، مختصر ابن الحاجب ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ٣٢٤ ، أصول الفقه للخضري ٣٢٧

٤ - يقدم ما كان حكم الفرع ثابتاً فيه بالنص جملة لا تفصيلاً على ما لم يكن كذلك ؛ لأنه أغلب على الظن ، وأبعد عن الخلاف .

ثالثاً - الترجيح بحسب العلة :

الترجيحات العائدة إلى علة القياس قسمان :

الأول : الترجيح بالمسلك الذي يثبت العلة ، أي بطريق إثبات العلة .

الثاني - الترجيح بصفة العلة .

أما القسم الأول : وهو الترجيح بالمسلك الذي يثبت العلة ، فله أنواع أختار منها ما يلي^(١) :

١ - يرجح ما كانت علته قطعية كالعلة المنصوصة والمجمع عليها على ما كانت علته ظنية ؛ لأنها أغلب على الظن .

٢ - يرجح ما كانت علته مستنبطة بطريق السبر والتقسيم على المستنبطة بطريق المناسبة أو الدوران ؛ لأن الحكم في الفرع كما يتوقف على تحقق مقتضيه في الأصل ، يتوقف على انتفاء معارضه في الأصل . والسبر والتقسيم يتعرض فيه لبيان المقتضي ونفي المعارض في الأصل ، بخلاف إثبات العلة بالمناسبة ، فإنه لا يتعرض فيه لنفي المعارض في الأصل ، ولا يخفى أن ما يدل على مناسبة العلة وعلى انتفاء معارضها أولى مما يدل على مناسبتها فقط .

وبخلاف الدوران أو الطرد والعكس ؛ لأن السبر والتقسيم دليل ظاهر على

(١) راجع الإحكام للآمدي ١٩٢/٣ ، المستصفى للغزالي ١٣٠/٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٩ ، مسلم الثبوت ٢٨٢/٢ وما بعدها ، شرح السنوي ٢٢٦/٣ وما بعدها ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣١٧/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد ٢٠٠ ، أصول الفقه للخضري ٣٢٧ ، أصول الفقه لشاكر الحنبلي ٣٣٤

كون الوصف علة ، وما دار الحكم معه وجوداً وعدمًا غير ظاهر العلية ؛ لأن الحكم قد يدور مع الأوصاف الطردية التي لا تصلح للعية ، مثل الرائحة الفائحة الملازمة للشدة المطربة في الخمر ، فإنها ليست علة ، مع أنها دائرة مع تحريم شرب الخمر وجوداً وعدمًا .

فيقدم القياس الذي يكون طريق إثبات العلية فيه المناسبة ، على ما كان طريق إثبات العلية فيه هو الدوران .

وقيل في كل ما سبق بالعكس ، فيقدم ما ثبت بالمناسبة على ما ثبت بالسبر والتقسيم ، ويقدم ما ثبت بالدوران على ما ثبت بالسبر والتقسيم أو المناسبة .

٣ - يرجح ما ثبت بالإيماء على ما ثبت بطريق المناسبة ؛ لأن العلة ثابتة فيه بطريق النص ، وما ثبت بالنص يقدم على ما ثبت بالاستنباط ، كما هو واضح .

٤ - يرجح مما ثبت بالمناسبة ما كان معتبراً نوعه في نوع الحكم ، على ما كان منها معتبراً نوعه في جنس الحكم ، أو العكس ، أو ما كان منها معتبراً جنسه في جنس الحكم .

ثم يقدم المعتبر نوعه في جنس الحكم ، كما يقدم المعتبر جنسه في نوع الحكم على المعتبر جنسه في جنس الحكم ، والأمثلة تعرف مما سبق ذكره في القياس .

وأما القسم الثاني : وهو الترجيح بصفة العلة ، فله أنواع أيضاً ، حصرها الآمدي في تسع وعشرين ، وجعلها بعضهم كالشوكاني أربعة عشر ، أختار منها ما يأتي^(١) :

١ - يرجح القياس المعلن بالوصف الحقيقي الذي هو مظنة الحكمة على

(١) المرجع السابق ، الآمدي ١٩٣/٣ ، إرشاد الفحول ٢٤٨

القياس المعلل بوصف إقناعي اعتباري ، للاتفاق بين علماء الأصول على صحة التعليل بالوصف الذي هو مظنة الحكمة ، وأما التعليل بالحكمة فهو أمر مختلف فيه ، وبناء عليه : يرجح التعليل بالسفر الذي هو مظنة المشقة على التعليل بنفس المشقة .

٢ - يرجح ذو الوصف الثبوتي (أي الوجودي) على ذي الوصف العدمي ، للاتفاق على التعليل به ، ووفوع الخلاف في مقابله .

٣ - يرجح القياس الذي تكون علته وصفاً ظاهراً منضبطاً على القياس ذي العلة المضطربة ، لأنه أغلب على الظن لظهوره ، ولبعده عن الخلاف .

٤ - يقدم ذو الوصف البسيط أي المتحد على ذي الوصف المركب من جزأين ؛ لأن العلة ذات الوصف الواحد أقرب إلى الضبط وأكثر فائدة وفروعاً وأبعد عن الخلاف ، أما العلة المركبة فيحتمل أن تكون العلة بعض الأجزاء لا كلها ، ويكثر فيها الاجتهاد ، وقد خالف بعضهم في جواز التعليل بها .

هذا هو مذهب الأكثرين ، وعند الحنفية هما سواء^(١) . وقال جماعة : المركبة أرجح^(٢) .

٥ - يرجح المعلل بالعلة المتعدية على المعلل بالعلة القاصرة ؛ لأنه أكثر فائدة ، وهذا هو المشهور كما قال إمام الحرمين ، وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : إنها ترجح القاصرة لأنها معتضة بالنص ، ورجحه الغزالي في المستصفى^(٣) .

٦ - ترجح العلة المؤثرة الباعثة على تشريع الحكم على العلة بمعنى الأمانة .

(١) مسلم الثبوت ٢٨٣/٢

(٢) إرشاد الفحول ٢٤٨

(٣) المستصفى ١٣٢/٢

٧- يقدم الوصف الذي هو مظنة لمصلحة ضرورية ، أو من مكملات المصالح الضرورية على ما كان مظنة لمصلحة حاجية أو مكملها ، لزيادة تحقق المصلحة في المقاصد الضرورية التي لم تحل شريعة عن مراعاتها والمبالغة في حفظها .

وتقدم العلة التي يقصد بها تحقيق مصلحة حاجية ، على ما يقصد بها تحقيق مصلحة تحسينية تزيينية أو مكملها ؛ لأن المصالح الحاجية تتعلق الحاجة بها دون مقابلها .

وبه يلاحظ أن المكمل للضروري مقدم على الحاجي ، والمكمل للحاجي مقدم على التحسيني ، فيجب في قليل الخمر ما وجب في الكثير المسكر .

وإذا تعارضت المصالح الضرورية قدم ما يحفظ أصل الدين نظراً لأهميته وتحقيق السعادة الأبدية به ، ثم ما يحفظ النفس ، ثم العقل ، ثم النسب ، ثم المال .

وبعضهم يقدم هذه المقاصد على حفظ الدين ؛ لأنها حق الآدمي ، وحقوق الآدميين مبنية على المشاخة ، فيقدم القصاص على قتل الردة ، فيسلم الجاني إلى الولي لا إلى الإمام . ورد عليه بأن القصاص فيه حق الله ، وإن كان الغالب فيه حق العبد ، فتسلم الجاني إلى الولي يحصل به تحقيق الحقين ، بتحقيق المقصدين : مقصد الشارع بتطهير الأرض من المفسدين ، ومقصد الولي بالتشفي باستيفاء القصاص^(١) .

رابعاً - الترجيح من جهة أمر خارج :

المرجحات من جهة أمر خارج عن القياس : هي نفس المرجحات التي ذكرت في ترجيح النص بالنسبة للأمر الخارج ، منها ما يأتي^(٢) :

(١) مسلم الثبوت ٢٨٣/٢ ، شرح الإسنوي ٢٢٧/٣

(٢) مسلم الثبوت ٢٨٦/٢ ، التلويح على التوضيح ٢١١/٢ ، كشف الأسرار ١٢١٥/٢ ، شرح الإسنوي ٢٣١/٣ ، إرشاد الفحول ٢٥٠ ، الأمدي ١٩٧/٣ ، المستصفى ١٣٠/٢ ، ١٣٢ ، مذكرة في أصول

الفقه للشيخ زهير ٢٢٠

١ - يقدم القياس الموافق للأصول في العلة على ما كان موافقاً لأصل واحد ، بأن كانت علة أحد القياسين يشهد لها أصول كثيرة ، وعلة القياس الآخر لا يشهد لها مثل تلك الأصول ، فيرجح القياس الأول ؛ لأن وجود العلة في الأصول الكثيرة دليل على قوة اعتبارها في نظر الشرع ، وكثرة الأدلة من المرجحات كما عرف سابقاً .

٢ - يقدم القياس الموافق للأصول في الحكم على ما ليس كذلك ، فإذا كان حكم أحد القياسين دلت عليه أدلة كثيرة ، أو كان جنس الحكم ثابتاً في أصول متعددة ، والحكم في القياس الآخر لم يوجد فيه شيء مما ذكر ، فيرجح القياس الأول ؛ لأن شهادة الأصول دليل على اعتبار الحكم ، وكثرة الأدلة من المرجحات كما عرفنا .

٣ - يرجح ما كان مطرداً في الفروع على ما لم يكن كذلك ، فإذا كانت علة أحد القياسين يثبت الحكم بها في جميع الفروع ، وعلة القياس الآخر يثبت الحكم بها في البعض دون البعض ، فيقدم القياس ذو العلة المطردة على القياس الآخر ؛ لأن العلة المطردة متفق على صحة التعليل بها . أما العلة المنقوضة ففي جواز التعليل بها خلاف .

٤ - يرجح ما انضمت إلى علة أخرى ، على ما لم ينضم إلى علة أخرى ؛ لأن الانضمام يزيده قوة .

٥ - يقدم ما انضم إليه فتوى صحابي عند القائلين بحجية مذهب الصحابي ، على ما لم يكن كذلك .

خاتمة

بعد هذه الجولة المتواضعة الهادئة في رياض الأصول التي اقتطفت منها أزاهير الربيع ورياحين الورد وأضاميم الزهر ... وضعت القلم بعد إعياء أثلجت به صدري حيث وفقت بحمد الله تعالى إلى استيفاء البحث في موضوعات الأصول المختلفة .

سلكت في الكتابة مسلك الجمع بين مزايا القديم والحديث ، فإن قديم المکتوب في أصول الفقه وعر المسالك متشعب الطرق ، معقد اللفظ أحياناً ، إلا أنه يمتاز أحياناً كثيرة بروعة الأسلوب ، ودقة العبارات ، واختصار المعلومات مع استيفاء نواحي البحث ، لذا كنت أتعمد الاستشهاد بقول جهابذة الأصوليين ليتعود القارئ فهم عبارات العلماء القدامى ، ويتمرس على اصطلاحاتهم العلمية أو الفنية ، فلا يكون بينه وبين هذه الكتب الجليلة القيمة ، الغزيرة الثروة ، الصفراء الطباعة - كما يسمونها - أي جفوة أو قطيعة أو وحشة واستغراب ، وبه نتمكن من حفظ ثروتنا العلمية ، ونقلها بكل أمانة وإخلاص إلى الأجيال الصاعدة ، والأزمان المتلاحقة ، لا سيما وإن أصول الفقه هو أساس الشريعة وقطبها العتيد ، كما أوضحت في أوائل هذا الكتاب .

وأما حديث المکتوب في الأصول فيمتاز بعباراته البسيطة ، وبيانه المشرق ، وأمثلته المألوفة ، إلا أنه أحياناً قد بجانب الدقة العلمية ، نزولاً تحت وطأة الرغبة في تبسيط الكلام ، وقد يوقع صاحبه في أزمة أخرى هي تمييع المفاهيم ، وتشيتت المدارك ، وتوزع المعلومات ، مما جعلني لا أتعمد الرجوع كثيراً إلى مثل

هذه الكتب ، وإنما أكر راجعاً إلى أمهات كتب الأصول المتبحرة في النقاش والبحث ، المستقصية جوانب الموضوعات ، ولكنني لا أنكر أنني استفدت من طرائق المحدثين في التأليف ، وجهدت اقتفاء آثارهم في بسط المعلومات ، دون إخلال بجواهر القواعد ، وأسس الأدلة ومقتضيات التعاريف المذكورة في الكتب القديمة .

ولعل أهم ظاهرة يلاحظها القارئ الكريم في هذا المؤلف هو عدم التزام مذهب معين ، وإنما يحد القارئ عرضاً مفصلاً في الغالب لمذاهب العلماء ، مع تحقيق لمواطن الخلاف ، وترجيح لبعض الآراء أحياناً ، بالاعتداد على الكتب الخاصة بكل مذهب ، دون تعويل على ما يحكيه أصحاب كتب المذاهب من آراء غيرهم ؛ لأنهم قد يتعثرون في نقل الرأي الأصوب .

وركزت الجهود فيما أوضحته أو نظمته أو انتقيته على ما له صلة ماسية بالحياة العملية ، ودراسة الفقه والشريعة عامة ، ولم أتعرض لبعض المباحث النظرية البحتة إلا بمقدار .

وفي نهاية المطاف أسجل بعض الخواطر أو النتائج التي توصلت إليها :

١ - إن علم أصول الفقه هو حديقة العلوم التي جمعت من كل فن أحسنه وأبدعه ، ففيه بحوث بديعة تتعلق بعلوم اللغة والنحو والمنطق والجدل والبلاغة والكلام أو التوحيد والحديث ، وفي رحابه يقف الباحث على دقائق الفروق بين علماء المذاهب ، ويتوضح لديه كثير مما يستشكل لديه من الأدلة الشرعية وأصول المعقول ، مما جعلني أقرر أن الناضج في علم أصول الفقه لا يقل في عمق التفكير وسداد الرأي عن الفيلسوف الحاذق والرياضي الحيسوب الماهر .

٢ - إن الفقيه في أشد الحاجة إلى دراسة علم الأصول والتعمق فيه ، إذ لا يدرك الحكم الشرعي على الوجه الصحيح ما لم يفهم سببه وأساس استنباطه ،

فضلاً -١٠- يقع فيه دارس الفقه من العثار والزلل حينما يلاحظ تعارضاً بين حكمين شرعيين .

٣ - إن هناك حاجة ماسة في عصرنا لإعارة الكتابة في أصول الفقه بحيث يجعل منه علماً حيويّاً ممتد الأعصاب والجذور إلى جميع شؤون الحياة ، ومفاهيم العصر ، ومجالات التشريع والقضاء .

٤ - إن أدلة الأحكام الشرعية المتفق عليها بين جمهور العلماء هي التي قام عليها الهيكل العام للبناء التشريعي في الإسلام ، وهي ما زالت الأساس الذي يرجع إليه في مستحدثات العصر ووقائع الناس .

٥ - إن الإجماع ممكن في الماضي والحاضر ، وهو طريق لملاءمة الأحكام الشرعية مع تغير الأزمنة والأمكنة .

والقياس مصدر لا غنى عنه في كل تشريع ، وتقضيّه بدائه العقول ، ولا يستغني عنه إنسان كما قال أحمد بن حنبل . أما إنكار الظاهرية للقياس فرجعه التعصب للمبدأ أو الجنوح إلى تكليف النصوص مالا تتحمل .

وكذلك إنكار الشيعة للإجماع والقياس المستنبط العلة وبعض الأدلة المختلف فيها كالاستحسان ، والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي .. مرده إلى التزام بعض الطرق الخاصة في إثبات الأحكام الشرعية ، أو المغالاة في التعصب لبعض المبادئ عندهم كبداً عصمة الأئمة والنظر إلى الأمور بمحض النظرة السياسية ورفض أخذ الحديث عن غير آل البيت .

٦ - الأدلة المختلف فيها : هي التي سببت خصوبة التشريع الإسلامي وحافظت على مرونته وحيويته وصلاحيته لكل زمان ومكان . والاختلاف في بعض هذه الأدلة كالاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب وسد الذرائع ليس اختلافاً حقيقياً ، وإنما هو اختلاف في الظاهر غالباً ، فهي لدى التحقيق

وباستقراء التفريعات المذهبية معمول بها في الواقع ومتفق على الأخذ بها بين أرباب المذاهب .

٧ - الاجتهاد حياة التشريع ، فلا بد من ممارسته في كل زمان لمعرفة حكم ما يستجد من الحوادث والوقائع ومراعاة مقتضيات التطور ، وظروف الحياة الحديثة ، وحاجات الاقتصاد ، وإلا كنا آثمين شرعاً ، ومقصرين في واجب الفقه والعلم . وهذا ما قرره الظاهرية والإمام أحمد وأتباعه وعلماء الشيعة .

٨ - التقليد مجال العوام ، وأما العلماء فينبغي عليهم تعرف الحكم الأصوب ، ومتابعة الجهود لتصفية الفقه مما يضمنه أحياناً من أحكام لا صلة لها بالحياة . ويجوز تتبع الرخص في المذاهب ؛ لأنه أخف وأسهل على الناس ، ولا مانع في الشرع من الأخذ بالأسير ، كما يجوز التلقيق إذا لم يؤد إلى محذور شرعاً ، أو إلى تقويض دعائم الشريعة ، والقضاء على سياستها وحكمتها .

٩ - إن معرفة طرق دفع التعارض والترجيح بين الأدلة أمر ضروري للمجتهد ؛ والتعارض بين الأدلة يبدو في الظاهر فحسب بالنسبة للمجتهد ، وليس أمراً حقيقياً ؛ إذ لا تعارض في الشريعة ، وسبب التعارض عائد إما إلى طبيعة اللغة العربية وتنوع مدلولاتها ، أو إلى طريقة نقل الحكم الشرعي وروايته .

١٠ - إن الشذوذ في بعض الآراء التي مرت معنا ليس منشؤه سوء الظن أو سوء العقيدة ، وإنما سببه في الغالب إما الأخذ بالاحتياط ودرء الشبهة أو مراعاة الواقع ، أو التأثير ببعض النظريات الكلامية كذهب المعتزلة ونحوه ، أو التعصب لمذهب معين كما عرفنا بالنسبة للظاهرية والشيعة .

١١ - حققت الأحاديث النبوية وخرجتها وأوضحت درجتها صحة وضعفاً ؛ لأن ذلك واجب ديانة ، ليطمئن القارئ إلى رتبة الحديث ودرجته ، وليتمكن من بناء الأحكام والقواعد عليها ، وقد لوحظ أن المؤلفين في الأصول قد يعتمدون

على أحاديث غريبة أو ضعيفة أو موضوعة ، فكان لا بد من التنبيه إليها .

١٢ - أثرت أحياناً إيراد مصادر في الحاشية للتنويه بها ، والاطمئنان لصحة ما نقل عنها مجمعة ، والإدلال على ما اتفقت عليه ، ولتنسيق ما قد يكون بينها من تضارب العبارات ، وتحديد بعض المفاهيم والمصطلحات وإزالة بعض الملابس .

ومما يجب التنبيه له أنني بسبب ما لمست من ضعف في مستوى تحصيل علم الأصول ، اضطررت إلى الإفاضة في الكلام أحياناً ، تلبية لرغبات أولئك المتنبهين لضعفهم ، الحريصين على استعادة المجد العلمي لهذه البلاد .

لهذا فإنني استنهض هم الناشئة ونشاط الشباب إلى العودة لدراسة هذا العلم ومتابعة البحث فيه ، لتنضج دراساتهم وعلومهم ، وهم ذوو ملكات فقهية محكمة ، ومدارك ناضجة ، فإن علم الأصول هو النابض الذي يتحرك به الفقه الإسلامي ، وشعلة الانطلاق التي ينطلق منها الفقه نحو تحقيق مكانته العالمية التي يجب أن يتبوأ بها .

ولن نصل إلى هذا الغرض إلا إذا تجردنا عن الغايات الشخصية وقصدنا بالعلم - أي علم كان - وجه الله وخدمة المصلحة العامة والأهداف البعيدة المدى ، قال أبو حنيفة رضي الله عنه : « من تعلم العلم للدنيا حرم بركته ، ولم يرسخ في قلبه ، ومن تعلمه للدين بورك له في علمه ، ورسخ في قلبه ، وانتفع المقتبسون منه بعلمه » ، وقال لأبي يوسف مرة : « وإن بقيت عشرين من غير قوت ولا كسب ، فلا تعرض عن العلم ، فإنك إذا أعرضت كانت معيشتك ضنكاً ، على ما قال الله تعالى : ﴿ ومن أعرض عن ذكري فإن له معيشة ضنكاً ﴾ » ، وقال أيضاً مخاطباً تلاميذه : « إن لم تريدوا بهذا العلم الخير لم توفقوا » .

وعلم الشريعة بالذات يحتاج إلى دأب وسهر وإتعا ب نفس وتفرغ ، قال

أبو يوسف رحمه الله تعالى : « العلم شيء لا يعطيك بعضه حتى تعطيه كلك ، وأنت إذ تعطيه كلك من إعطائه البعض على غر على غرر » .

وأملّي أن يضع كل عالم نصب عينيه ما أقول ، وأن يتابع دراسة الفقه والأصول أثناء وظيفته وفي ميدان حياته الأكبر ، حتى إنه ليعاهد الله على أن يحقق في كل يوم ولو مسألة علمية .

والله أسأل أن يوفق الجميع لخدمة شرعه الحنيف ، وأن ينفع بهذا العمل المتواضع إخواني من رواد العلم ومهاجرة الوفود من مختلف البلاد الإسلامية إلى الجامعات والكليات ذات المنهج الإسلامي .

والحمد لله رب العالمين ، وسلام على عباده الذين اصطفى ، والعاقبة للمتقين .

الدكتور وهبة الزحيلي

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله

بجامعة دمشق

أهم المصادر والمراجع

سأقتصر على ذكر أهم المصادر والمراجع التي كثر الرجوع إليها ، كما يبدو واضحاً في حواشي الكتاب .

١ - المصادر القديمة

- الإمام الشافعي
الشاشي : (الرسالة) مطبعة الحلبي ، الطبعة الأولى .
(أصول الشاشي مع عمدة الحواشي) مطبوع في
دلهي ١٢٠٣ هـ .
- أبو الحسين البصري
أبو سهل السرخسي : (كتاب المعتمد في أصول الفقه) منشورات المعهد العلمي
الفرنسي بدمشق .
- أبو سهل السرخسي : (أصول السرخسي) دار المعرفة - بيروت ، بتحقيق أبي الوفا
الأفغاني .
- ابن حزم : ١ - (الإحكام في أصول الأحكام) ٨ أجزاء ، مطبعة الإمام
بالقاهرة .
- ٢ - (مراتب الإجماع) ومعه (نقد مراتب الإجماع)
لابن تيبة ، مطبوعات مكتبة القدسي ، ١٣٥٧ هـ .
- ٣ - (ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد
والتعليل) مطبعة جامعة دمشق ، ١٣٧٩ هـ
و ١٩٦٠ م .
- الشيرازي : (اللع في أصول الفقه) ، مطبعة البايع الحلبي بمصر
١٣٥٨ هـ / ١٩٣٩ م .
- البزدوي : (أصول الفقه) انظر البخاري - كشف الأسرار .

الغزالي : (المستصفى من علم الأصول) جزآن ، الطبعة الأولى ،
مطبعة مصطفى محمد ، ١٣٥٦ هـ .

ابن قدامة المقدسي : « روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه » انظر
ابن بدران ، المطبعة السلفية ، ١٣٤٢ هـ .

الشهرستاني : « الملل والنحل » جزآن ، مطبعة الباي الحلبي : ١٣٨١ هـ /
١٩٦١ م .

الآمدي : (الإحكام في أصول الأحكام) ٣ أجزاء ، مطبعة
صبيح ١٣٤٧ هـ .

ابن الحاجب القرافي : (مختصر المنتهى) مطبعة العالم في إسلامبول .
: (أنوار البروق في أنواء الفروق) وبهامشه (تهذيب الفروق
والقواعد السنية في الأسرار الفقهية) للشيخ محمد علي
ابن الشيخ حسين ، ٤ أجزاء ، الطبعة الأولى ١٣٤٥ هـ .

عز الدين بن عبد السلام : (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) مطبعة الاستقامة
بالقاهرة .

ابن تيمية : (القياس في الشرع الإسلامي) ومعه تلميذه ابن القيم ،
المطبعة السلفية .

ابن فورك وابن عربي : مجموعة رسائل في أصول الفقه
: الأولى من أصول الشافعية للإمام ابن فورك
الأصبهاني .

الثانية من أصول الظاهرية للشيخ محي الدين بن عربي
الأندلسي .

الثالثة من أصول المالكية لنجم الدين الطوفي .
الرابعة للجلال السيوطي .

الطبعة الأولى ، المطبعة الأهلية في بيروت ، ١٣٢٤ هـ .
: (كشف الأسرار على أصول الفقه للبزدوي) طبع في مكتب

الصنايع ، ١٣٠٧ هـ .
- ١٢٤٤ -

- ابن قيم الجوزية : (أعلام الموقعين عن رب العالمين) ٤ أجزاء ، تحقيق محيي الدين عبد الحميد .
- عضد الملة والدين : (شرح على مختصر المنتهى لابن الحاجب ، مع حواشي التفਤازاني ، والسيد الشريف الجرجاني ، والشيخ حسن الهروي) جزآن ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية .
- التامسافي المالكي : (مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول) المطبعة الأهلية بتونس ، ١٢٤٦ هـ .
- السبكي وابنه : (الإبهاج في شرح المنهاج الأصولي للقاضي البيضاوي) تأليف تقي الدين وتاج الدين السبكي ، مطبعة التوفيق الأدبية .
- الإسنوي : (نهاية السؤل شرح منهاج الوصول إلى الأصول) ومعه شرح البدخشي (مناهج العقول) ٢ أجزاء ، مطبعة صبيح .
- الشاطبي : (الموافقات في أصول الفقه) ٤ أجزاء ، مطبعة المكتبة التجارية بمصر .
- التفتازاني : (شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه) صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري ، مطبعة صبيح ، ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٧ م .
- ابن ملك : (شرح المنار في الأصول) مطبعة عثمانية ، ١٣١٤ هـ .
- ابن اللحام الحنبلي : (القواعد والفوائد الأصولية) ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٥ هـ .
- ابن أمير الحاج : (التقرير والتحبير على تحرير ابن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية) ، المطبعة الأميرية بيولاك ، ١٣١٦ هـ .
- منلا خسرو : (مرآة الأصول في شرح مرعاة الوصول) انظر الأزميري .
- السيوطي : ١ - (الأشباه والنظائر في الفروع) المكتبة التجارية ، مطبعة مصطفى محمد .

- ٢ - (كتاب الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن
الاجتهاد في كل عصر فرض) طبع الجزائر ، ١٣٢٥ هـ .
- زكريا الأنصاري : (غاية الوصول شرح لب الأصول) الطبعة الثانية ، مطبعة
الباي الحلبي ، ١٣٥٤ هـ / ١٩٣٦ م .
- ابن قاسم العبادي : (شرح على شرح الجلال المحلي على الورقات في الأصول لإمام
الحرمين الجويني) مطبوع بهامش إرشاد الفحول للشوكاني .
- الأزميري : (حاشية على شرح مختصر العلامة منلا خسرو والمسمى مرآة
الأصول في شرح مرآة الوصول) مجلدان ، مطبعة الحاج محرم
أفندي البوسنوي ، ١٣٠٢ هـ .
- ابن عبد الشكور : (مسلم الثبوت مع منهواته) جزآن ، المطبعة الحسينية
المصرية .
- اللكنوي الأنصاري : (فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه) مطبوع
بهامش (المستصفى) للغزالي ، المطبعة الأميرية
بيولاق ١٣٢٢ هـ .
- البناني : (حاشية على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للإمام
ابن السبكي) جزآن ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية .
- ابن عابدين : (حاشية نبات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن
أصول المنار للعلامة محمد علاي الدين الحصني المقي بدمشق)
طبع الآستانة ، ١٣٠٠ هـ .
- الشوكاني : ١ - (إرشاد الفحول) مطبعة صبيح ، ١٣٤٩ هـ .
٢ - (القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد) مطبعة المعاهد
بمصر ، ١٣٤٠ هـ .
- الجيلاني : (القوانين المحكة في الأصول) (أبو الحسن الجيلاني) دار
الطباعة في تركيا ، ١٢٩٩ هـ ، انتهى من تأليفه
سنة ١٢٠٥ هـ .

ب - المؤلفات الحديثة

- أحمد الحسيني : (تحفة الرأي السديد الأحمد لضيا التقليد والمجتهد)
 مطبعة كردستان العلمية بمصر ، ١٣٢٦ هـ .
- محمد سعيد الباني : (عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق) مطبعة حكومة دمشق ،
 ١٣٤١ هـ ، ١٩٢٣ م .
- محمد مهدي الكاظمي : (العناوين في المسائل الأصولية والأدلة الاجتهادية والأصول
 العلمية وبعض المبادئ اللغوية) جزآن أتم تأليفه ١٣٤١ هـ .
- محمد الحضري : ١ - (أصول الفقه) الطبعة الثالثة ، مطبعة الاستقامة
 بالقاهرة .
- ٢ - (تاريخ التشريع الإسلامي) الطبعة السادسة ، مطبعة
 السعادة ، ١٣٧٣ هـ / ١٩٥٤ م .
- ابن بدران : (عبد القادر بن أحمد)
- ١ - (نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر في
 أصول الفقه لابن قدامة المقدسي) المطبعة السلفية ، ١٣٤٢ هـ .
- ٢ - « المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل » إدارة الطباعة
 المنيرية بمصر .
- محمد نجيت المطيعي : (سلم الوصول لشرح نهاية السؤل للإسنوي) المطبعة السلفية ،
 ١٣٤٥ هـ .
- علي تقي الحيدري : (أصول الاستنباط) الطبعة الثانية ، مطبعة الرابطة ،
 بغداد ، ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م .
- هاشم معروف الحسيني : (المبادئ العامة للفقه الجعفري) دار النشر للجامعيين ،
 مكتبة النهضة ، بغداد .
- عبد الوهاب خلاف : (علم أصول الفقه ، وتاريخ التشريع الإسلامي) الطبعة
 السابعة ، ١٣٧٦ هـ ، ١٩٥٦ م .
- شاكر الحنبلي : (أصول الفقه الإسلامي) - مطبعة الجامعة السورية .

- محمد يوسف موسى : (تاريخ الفقه الإسلامي) ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي بمصر ، ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م .
- علي الخفيف : (أسباب اختلاف الفقهاء) ١٩٥٦ م .
- محمد أبو زهرة : ١ - (أصول الفقه) دار الفكر العربي .
٢ - (أبو حنيفة) ، (مالك) ، (الشافعي) ،
(ابن حنبل) ، (ابن حزم) دار الفكر العربي .
٣ - (محاضرات في مصادر الفقه الإسلامي - الكتاب والسنة)
١٣٧٥ هـ / ١٩٥٦ م .
- محمد علي السائس وجماعة : (تاريخ الفقه الإسلامي) مطبعة وادي الملوك .
زكي الدين شعبان : (أصول الفقه الإسلامي) ، مطبعة دار التأليف ، الطبعة الأولى .
- علي حسن عبد القادر : (نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي) ، مكتبة القاهرة الحديثة .
- معروف الدواليبي : (المدخل إلى علم أصول الفقه) الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م .
- محمد تقي الحكيم : (الأصول العامة للفقه المقارن) بيروت .
محمد البنا : (محاضرات في أصول الفقه) للدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٥٨ م .
- محمد الزفزاف : (محاضرات في أصول الفقه) للدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ١٩٥٩ م .
- محمد سلام مدكور : (مباحث الحكم عند الأصوليين) ، مطبعة دار النهضة العربية .
- محمد أبو النور زهير : (مذكرتان في أصول الفقه) للسنتين الثالثة والرابعة في كلية الشريعة بالأزهر ، مطبعة دار التأليف .
- جاد المولى سليمان : (فصول في أصول التشريع الإسلامي) ، مطبعة البابي الحلبي .

أحمد فهمي أبوسنة : ١ - (مذكرات في أصول الفقه) بكلية الشريعة - جامعة دمشق .

٢ - (العرف والعادة) طبع القاهرة .

علاء الفاسي : (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها) مكتبة الوحدة العربية - الدار البيضاء .

محمد الطاهر بن عاشور : (مقاصد الشريعة الإسلامية) الشركة التونسية للتوزيع .

محمد مصطفى شلبي : (تعليل الأحكام) مطبعة الأزهر ، ١٩٤٧ م .

فهرس الجزء الثاني

٧٣٣	الفصل الثاني- المصادر التبعية للأحكام أو الأدلة المختلف فيها
٧٣٥	المبحث الأول- الاستحسان
٧٣٦	المطلب الأول- حقيقة الاستحسان
٧٤٠	الفرق بين القياس والاستحسان والمصالح المرسله
٧٤١	المطلب الثاني- أنواع الاستحسان
٧٤٨	المطلب الثالث- حجية الاستحسان وآراء العلماء فيه
٧٥٢	المبحث الثاني- المصالح المرسله أو الاستصلاح
٧٥٢	أنواع المناسب
٧٥٢	١- المناسب المعتبر
٧٥٣	٢- المناسب الملغى
٧٥٤	٣- المناسب المرسل
٧٥٤	المطلب الأول- أنواع المصالح
٧٥٦	المطلب الثاني- تعريف المصالح المرسله
٧٥٧	المطلب الثالث- حجية المصالح المرسله
٧٦٥	مناقشة وترجيح
٧٦٧	أدلة اعتبار الشافعي المصالح المرسله
٧٦٩	نظرية المصلحة عند الغزالي
٧٧٠	التقسيم الأول- أقسام المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع
٧٧١	التقسيم الثاني- أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها
٧٧٣	التقسيم الثالث- أقسام المصلحة من حيث الملاءمة والعموم أو الشمول
٧٧٥	نظرية المصلحة عند الحنفية ومؤيداتها

٧٧٥	الأول- ملائم المرسل
٧٨٠	الثاني- الاستحسان الحنفي
٧٨١	الثالث- اعتبار المناسبة أو الإخالة
٧٨٣	نظرية المصلحة عند الحنبلية وأدلتها
٧٨٣	الأول- تصريح بعض الأصوليين وأكثر الحنابلة بالاعتداد على المصالح
٧٨٥	الثاني- الفتاوى المنسوبة للإمام أحمد
٧٩٧	الثالث- الأخذ بمبدأ سد الذرائع
٧٩٩	المطلب الرابع- شروط العمل بالمصالح المرسلة
٨٠١	المطلب الخامس- تعارض المصالح مع النصوص
٨٠٢	أولاً- رأي المالكية
٨٠٣	ثانياً- رأي الطوفي
٨٠٧	تحقيق مذهب المالكية في تعارض المصالح مع النصوص
٨٠٧	أولاً- تخصيص النص بالمصلحة
٨١٢	ثانياً- الفتاوى المنسوبة للإمام مالك
٨١٧	تفصيل رأي الطوفي في المصلحة
٨١٧	أولاً- أسس نظرية الطوفي
٨١٩	ثانياً- شبهات الطوفي في تقديم المصلحة على النص والإجماع
٨٢٨	المبحث الثالث - العرف والعادة
٨٢٨	تمهيد
٨٢٩	المحور الأول - حقيقة العرف والعادة وأقسامها
٨٢٩	١ - تعريف العرف
٨٣٠	٢ - تعريف العادة
٨٣٠	٣ - هل هناك فرق بين العرف والعادة ، وما هو ؟
٨٣٢	منشأ العادة والعرف

- ٨٣٢ ٤ - الفرق بين العرف والإجماع
- ٨٣٢ ٥ - العرف باعتبار الموضوع
- ٨٣٣ التقسيم الأول - بحسب موضوعه
- ٨٣٤ ٦ - العرف باعتبار إطاره
- ٨٣٤ ٧ - العرف بحسب إقرار الشرع واعتباره أو عدم إقراره
- ٨٣٥ المحور الثاني - مدى اعتبار العرف وأقسامه
- ٨٣٥ ١ - مدى حجية العرف أو سلطانه عند الفقهاء
- ٨٣٦ - أدلة اعتبار العرف
- ٨٣٩ ٢ - هل يؤثر العرف اللفظي في الأحكام الشرعية
- ٨٤١ ٣ - هل يعتبر العرف العملي في الأحكام الشرعية ؟
- ٨٤٣ ٤ - هل يعتبر العرف الخاص والعام كلاهما أو العرف العام فقط
- ٨٤٥ ٥ - مدى عدم اعتبار العرف الخاص عند جمهور العلماء
- المحور الثالث - شروط اعتبار العرف والعادة وطريق الترجيح عند تعارضهما مع
- ٨٤٦ النصوص الشرعية
- ٨٤٦ ١ - ما شروط اعتبار العرف ؟
- ٨٤٦ الشرط الأول - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً
- ٨٤٧ الشرط الثاني - أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه
- ٨٤٨ الشرط الثالث - ألا يعارض العرف تصريح بخلافه
- ٨٤٩ الشرط الرابع - ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة
- ٢ - ما حكم العرف عند تعارضه مع النص العام بحيث يستلزم العمل بالعرف
- ٨٥٠ تخصيص ذلك النص ؟
- ٨٥٠ أولاً - تعارض العرف القائم مع نص عام
- ٨٥١ ثانياً - تعارض العرف الحادث مع نص عام
- ٨٥٢ ٣ - تعارض العرف مع النص الخاص
- ٨٥٣ ٤ - ما أثر تغير الأعراف على النصوص الشرعية

- ٥ - إذا تعارض العرف مع القياس ، فأيهما يرجح ؟ ٨٥٦
- ٦ - هل يعتبر العرف إذا تعارض مع قواعد الشريعة العامة ٨٥٨
- المحور الرابع - القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة ٨٥٨
- ١ - العادة محكمة ٨٥٩
- ٢ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها ٨٥٩
- ٣ - إنفا تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت ٨٥٩
- ٤ - العبرة للغالب الشائع لا النادر ٨٥٩
- ٥ - الحقيقة تترك بدلالة العادة ٨٦٠
- ٦ - الكتاب كالخطاب ٨٦٠
- ٧ - الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان ٨٦٠
- ٨ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ٨٦٠
- ٩ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ٨٦١
- ١٠ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٨٦١
- ١١ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ٨٦١
- أمثلة تطبيقية للعرف ٨٦١
- المحور الخامس - تعارض العرف مع أقوال الفقهاء ٨٦٣
- ١ - هل يترك ظاهر الرواية عند الحنفية لعرف معارض له ؟ ٨٦٣
- ٢ - هل يؤخذ في مذهب برأي في مذهب آخر يوافق العرف ، وهل يعد ذلك عدولاً عن المذهب أو من قبيل تغير الحكم بتغير العرف ؟ ٨٦٥
- ٣ - هل يكون تغير الحكم بناء على تغير العرف واجباً أو جائزاً أو يفقي بأراء الفقهاء القديمة ؟ ٨٦٦
- المبحث الرابع - شرع من قبلنا ٨٦٧
- أولاً- هل كان الرسول عليه الصلاة والسلام قبل البعثة متعبداً بشريعة سابقة ؟ ٨٦٨

٨٧١	ثانياً- هل كان الرسول عليه الصلاة والسلام وأمته بعد البعثة متعبدين بشرع سابق؟
٨٧٩	المبحث الخامس- مذهب الصحابي
٨٧٩	تعريف الصحابي
٨٨٠	تحقيق آراء العلماء في مذهب الصحابي
٨٨٣	أدلة العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي
٨٨٦	ترجيح
٨٨٨	المبحث السادس- الاستصحاب
٨٨٨	تعريف الاستصحاب
٨٨٩	صور الاستصحاب
٩٠٠	المبادئ المبنية على الاستصحاب
٩٠٢	المبحث السابع- الذرائع
٩٠٢	تعريف الذرائع
٩٠٣	درجة التكليف بالذرائع
٩٠٤	الفرق بين الذريعة والمقدمة
٩٠٥	عدم تلازم الذريعة والمقدمة
٩٠٦	أساس الحكم القضائي على الذرائع
٩٠٨	كيفية النظر إلى الذرائع بنحو أعم
٩١١	المنع من الضرر العام في نطاق الحكم الديني في الذرائع
٩١٢	أنواع الذرائع
٩١٣	١- تقسيم ابن القيم للذرائع بحسب نوع النتيجة
٩١٤	٢- تقسيم الشاطبي للذرائع بحسب قوة النتيجة
٩١٧	حجية الذرائع وآراء العلماء فيها
٩٢١	تحقيق موضع الخلاف بين العلماء في الذرائع

٩٢٤	الأدلة على تحريم البيوع الربوية
٩٢٨	منشأ الخلاف بين العلماء
٩٣٠	انتصار ابن القيم لمبدأ الباعث أو القصد في العقد
٩٣٢	ابن حزم والذرائع
٩٣٣	مناقشة آراء ابن حزم
٩٣٦	توافق ابن حزم والشافعي
٩٣٧	الملاحظات على رأي ابن حزم
٩٣٩	دوافع ابن حزم لإنكاره الذرائع
٩٤٠	الحيل الشرعية
٩٤٤	المبحث الثامن - أدلة أخرى في الفقه مختلف فيها
٩٤٤	٨- الأصل في الأشياء
٩٤٥	٩- الاستقراء
٩٤٦	١٠- الأخذ بأقل ما قيل عند الشافعي
٩٥٠	المبحث التاسع - مصادر فقهية غير شرعية
٩٥٠	١- التشريع أو العقل
٩٥٣	٢- التفويض أو العصمة
٩٥٤	٣- الإحالة
٩٥٦	٤- القانون الروماني
٩٥٧	الباب الرابع - النسخ
٩٥٩	مقدمات عن النسخ
٩٦١	المطلب الأول - تعريف النسخ وأركانه وحكمته ، والفرق بينه وبين البداء والتقيد
	والتخصيص
٩٦٣	أركان النسخ
٩٦٤	حكمة النسخ

٩٦٦	الأمثلة التشريعية على تطبيق حكمة النسخ
٩٦٨	الفرق بين النسخ والبداء
٩٧٠	الفرق بين النسخ والتخصيص
٩٧٣	الفرق بين النسخ والتقيد
٩٧٣	المطلب الثاني- آراء العلماء في النسخ
٩٧٤	أولاً- النسخ عند أهل الكتاب
٩٧٥	ثانياً- النسخ في الإسلام
٩٧٥	أدلة الجمهور على النسخ
٩٨٠	أدلة أبي مسلم الأصفهاني
٩٨١	المطلب الثالث- محل النسخ وشروطه
٩٨٥	النسخ قبل التمكن من الفعل
٩٨٨	النسخ إلى بدل
٩٨٩	نوع البديل في الدليل الناسخ
٩٩١	المطلب الرابع- أنواع النسخ في الأدلة الشرعية
٩٩٢	أولاً- نسخ القرآن بالقرآن
٩٩٥	ثانياً- نسخ السنة بالسنة
٩٩٧	ثالثاً- نسخ السنة بالقرآن
٩٩٩	رابعاً- نسخ القرآن بالسنة
١٠٠١	خامساً- النسخ في الأدلة غير النصية
١٠٠١	١- نسخ الإجماع
١٠٠٢	نسخ الإجماع المبني على مصلحة
١٠٠٤	٢- نسخ القياس
١٠٠٦	المطلب الخامس- وجوه النسخ أو أحواله
١٠٠٧	أولاً- نسخ التلاوة والحكم معاً
١٠٠٧	ثانياً- نسخ الحكم دون التلاوة

١٠٠٧	ثالثاً- نسخ التلاوة دون الحكم
١٠٠٩	رابعاً- النسخ بطريق الزيادة على النص
١٠١٣	خامساً- طرء النقصان على عبادة
١٠١٥	سادساً- نسخ المنطوق والمفهوم
١٠١٨	سابعاً- نسخ الأخبار
١٠٢١	ثامناً- نسخ الفعل والقول في السنة النبوية
١٠٢٢	تاسعاً- نسخ حكم الأصل المقيس عليه يستلزم نسخ حكم الفرع المقيس
١٠٢٣	المطلب السادس- طريق معرفة النسخ
١٠٢٥	المطلب السابع- زمن النسخ أو تاريخه
١٠٢٦	لا يثبت حكم الناسخ إلا بعد تبليغه للأمة
١٠٢٧	الباب الخامس- تعليل النصوص
١٠٢٩	أولاً- مذاهب المتكلمين في تعليل أفعال الله ومنها أحكامه
١٠٣٠	ثانياً- مذاهب الأصوليين في تعليل النصوص
١٠٣٤	منهج التعليل في القرآن والسنة
١٠٤٠	استثناءات من الأحكام العامة رعاية للمصالح
١٠٤٣	الباب السادس- مقاصد الشريعة العامة
١٠٤٥	أولاً- تعريف مقاصد الشريعة وبيان أهميتها وإبنتاء الشريعة على المصلحة
١٠٤٧	ثانياً- شروط اعتبار المقاصد
١٠٤٨	ثالثاً- أنواع المصالح باعتبار آثارها في المجتمع
١٠٤٨	١- الضروريات
١٠٥٠	٢- الحاجيات
١٠٥١	٣- التحسينات أو الكاليات
١٠٥٢	٤- مكملات المصالح السابقة
١٠٥٤	٥- ترتيب المقاصد

- ١٠٥٦ رابعاً- أنواع المقاصد (أو المصالح) بحسب تعلقها بالجماعة أو الفرد
- ١٠٥٧ خامساً- أنواع المقاصد (أو المصالح) بحسب الحاجة إليها
- ١٠٥٩ الباب السابع- الاجتهاد والتقليد
- ١٠٦١ تمهيد
- ١٠٦٤ الفصل الأول- الاجتهاد
- ١٠٦٥ المبحث الأول- تعريف الاجتهاد وبيان مشروعيته وأقسامه
- ١٠٧١ المبحث الثاني- شروط الاجتهاد
- ١٠٨٠ المبحث الثالث- مجال الاجتهاد
- ١٠٨٣ المبحث الرابع- حكم الاجتهاد
- ١٠٨٤ مسائل تتعلق بهذا المبحث
- ١٠٨٤ ١- اجتهاد النبي ﷺ
- ١٠٩٠ هل يخطئ الرسول ﷺ في اجتهاده؟
- ١٠٩٣ ٢- اجتهاد الصحابة في عصره ﷺ
- ١٠٩٨ ٣- فكرة خلو العصر عن المجتهدين
- ١١٠٣ المبحث الخامس- تجزؤ الاجتهاد
- ١١٠٧ المبحث السادس- مراتب المجتهدين
- ١١٠٧ ١- المجتهد المستقل
- ١١٠٨ ٢- المجتهد المطلق غير المستقل
- ١١٠٨ ٣- المجتهد المقيد أو مجتهد التخريج
- ١١٠٨ ٤- مجتهد الترجيح
- ١١٠٩ ٥- مجتهد الفتيا
- ١١١٠ أقسام المفتين عند ابن القيم الجوزية
- ١١١٣ المبحث السابع- فتح الاجتهاد وإغلاقه
- ١١١٥ إمكان الاجتهاد وأهميته في عصرنا

١١١٧	الوظائف التي يشترط فيها الاجتهاد
١١١٩	المبحث الثامن - الإصابة والخطأ في الاجتهاد
١١١٩	أولاً - الاجتهاد في العقليات والأصول
١١٢٣	ثانياً - الاجتهاد في المسائل الفقهية الفرعية
١١٢٤	رأي المصوبة ورأي المخطئة
١١٢٧	رأي المصوبة وأدلتهم
١١٣٠	أدلة المخطئة
١١٣٤	مسألة التفويض للمجتهد
١١٣٨	المبحث التاسع - طريقة الاجتهاد
١١٤٠	المبحث العاشر - نقض الاجتهاد
١١٤٠	المطلب الأول - تعدد قول المجتهد
١١٤١	المطلب الثاني - تغير الاجتهاد
١١٤٢	المطلب الثالث - نقض الاجتهاد
١١٤٤	المطلب الرابع - تغير الأحكام بتغير الأزمان
١١٤٧	الفصل الثاني - التقليد
١١٤٧	تمهيد
١١٤٨	المبحث الأول - تعريف التقليد وتاريخه والفرق بينه وبين الاتباع
١١٥٠	المبحث الثاني - مجال التقليد وحكمه وأقسامه وبيان المقلد
١١٥٠	التقليد في العقائد أو في الأصول العامة
١١٥٤	التقليد في المسائل الفرعية
١١٥٩	المقلد
١١٥٩	هل للمجتهد أن يقلد ؟
١١٦٣	رأيي في التقليد
١١٦٥	المبحث الثالث - التزام المقلد بمذهب معين
١١٦٦	هل يجوز للملتزم المذهب مخالفة إمامه جزئياً ؟

١١٦٧	تقليد غير الأئمة الأربعة
١١٧٠	المبحث الرابع- التلقيق وتتبع الرخص
١١٧٠	تعريف التلقيق
١١٧٢	مشروعية التلقيق
١١٧٦	التلقيق الممنوع
١١٧٨	حكم التلقيق في التكاليف الشرعية
١١٨١	تتبع الرخص
١١٨٤	المبحث الخامس- ما بين الإفتاء والاستفتاء أو شروط المفتي
١١٨٤	المفتي
١١٨٤	المستفتي
١١٨٥	المستفتي فيه
١١٨٥	فتوى غير المجتهد تخريجاً على مذهب إمام
١١٨٧	شروط المفتي المقلد
١١٨٧	١- اشتراط الحياة في المجتهد المقلد
١١٩٠	٢- الأعلية في المقلد
١١٩٥	٣- عدالة المفتي المقلد
١١٩٧	الباب الثامن- المعارضة والترجيح بين الأدلة
١١٩٩	تمهيد
١٢٠١	الفصل الأول- تعارض الأدلة
١٢٠١	حقيقة التعارض ومحل
١٢٠٣	محل التعارض
١٢٠٤	حكم التعارض أو طرق دفع التعارض
١٢٠٤	أولاً- طريقة الحنفية
١٢١٠	ثانياً- طريقة الشافعية في دفع التعارض

١٢١٣	الفصل الثاني- الترجيح بين الأدلة
١٢١٣	تعريف الترجيح والأدلة على العمل بالراجح
١٢١٦	الترجيح بين النصوص
١٢١٦	أولاً- الترجيح من جهة السند
١٢١٦	١- الترجيح باعتبار الراوي
١٢١٨	٢- الترجيح باعتبار نفس الرواية
١٢١٩	٣- الترجيح باعتبار المروي
١٢١٩	٤- الترجيح باعتبار المروي عنه
١٢٢٠	ثانياً- الترجيح من جهة المتن
١٢٢٢	ثالثاً- الترجيح من جهة الحكم أو المدلول
١٢٢٧	رابعاً- الترجيح بأمر خارج
١٢٢٨	الترجيح بين الأقيسة
١٢٢٩	أولاً- الترجيح من جهة الأصل
١٢٣٠	ثانياً- الترجيح من جهة الفرع
١٢٣١	ثالثاً- الترجيح بحسب العلة
١٢٣٤	رابعاً- الترجيح من جهة أمر خارج
١٢٣٦	خاتمة
١٢٤٣	أهم المصادر والمراجع
١٢٥١	فهرس الجزء الثاني

