

الدكتور: بن غريب رابح

الدكتورة: حايد فريدة

محاضرات في مادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية

السنة الأولى حقوق (مج1+2)

محاضرات مشتركة

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة جيجل

أولاً: تعريفه الفقه الإسلامي.

- اصطلاحاً: "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية"¹.

والمقصود بـ "العلم" في هذا التعريف: الإدراك الذي يتناول العلم والظن، لأن الأحكام الشرعية تثبت بالأدلة القطعية كما تثبت بالأدلة الظنية، فليس المراد بـ "العلم" الإدراك الجازم على سبيل اليقين.
الأحكام الشرعية العملية: الأحكام جمع حكم وهو: "إسناد أمر لآخر أو نفيه عنه"، وهو ينقسم بحسب التقسيم العقلي إلى ثلاثة أقسام:

- أ- حكم عقلي: وهو ما عرفت فيه النسبة عن طريق العقل، كأحكام الحساب مثلاً.
- ب- حكم عادي: وهو ما عرفت فيه النسبة عن طريق العادة، كالشمس مشرقة مثلاً.
- ج- حكم شرعي: وهو ما عرفت فيه النسبة عن طريق الشرع، وعرفه الأصوليون بقولهم: "هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً"²، فنفس الخطاب هو الحكم عند الأصوليين، وأثره هو الحكم عند الفقهاء.

فقولنا: "الأحكام الشرعية" للاحتراز من الأحكام غير الشرعية، كالعقلية والعادية.
وقولنا: "العملية" احترازاً من الأحكام الشرعية العلمية، كالأحكام في أصول الفقه وأصول الدين، فإنها شرعية، "لأن الله تعالى أوجب علينا تعلم أصول الفقه لنبني عليها الفقه، وتعلم ما يجب لله تعالى وما يستحيل عليه وما يجوز، وغير ذلك من أحكام الدين"³.
من أدلتها التفصيلية: "احترازاً عن المقلد، وعن شعائر الإسلام؛ كوجوب الصلاة والصيام والزكاة وغير ذلك؛ مما هو معلوم بالضرورة من غير استدلال، فالعلم بها لا يسمى فقها اصطلاحاً، لحصوله للعوام والنساء والبله"⁴.

مقارنة بين الشريعة والفقه. الشريعة⁵ على ما قاله الشيخ محمود شلتوت: "هي النظم التي شرعها الله، أو شرع أصولها، ليأخذ بها الإنسان نفسه في علاقته بربه"⁶، وعلاقته بأخيه المسلم⁷، وعلاقته بأخيه الإنسان⁸، وعلاقته بالكون⁹، وعلاقته بالحياة¹⁰ "11".

ويقول في موضع آخر: "وهي على كثرتها ترجع إلى ناحيتين رئيسيتين:
ناحية العمل الذي يتقرب به المسلمون إلى ربهم، ويستحضرون عظمتهم، ويكون عنواناً على صدقهم في الإيمان به ومراقبته والتوجه إليه، وهذه الناحية هي المعروفة في الإسلام باسم "العبادات".
وناحية العمل الذي يتخذه المسلمون سبيلاً لحفظ مصالحهم ودفع مضارهم، فيما بينهم وبين أنفسهم، وفيما بينهم وبين الناس، على الوجه الذي يمنع المظالم، وبه يسود الأمن والاطمئنان، وهذه الناحية هي المعروفة في الإسلام باسم "المعاملات"، وتشمل ما يتعلق بشؤون الأسرة والميراث، وما يتعلق بالأموال والمبادلات، وما يتعلق بالعقوبات، وما يتعلق بالجماعة الإسلامية وعلاقتها بغيرها"¹².
ومن هذا يتبين لنا أن: "الشريعة، هي ما أنزل الله تعالى على نبيه صلى الله عليه وسلم وحياً، من كتاب أو سنة، فهي النصوص المقدسة التي تضمنها الكتاب العزيز والسنة الثابتة المطهرة.

أما الفقه: فهو الفهم العميق لهذه النصوص، والاجتهاد في إدراك معانيها وعللها ومراميتها، أو هو الأحكام المستنبطة من هذه النصوص اجتهاداً، أو من معقول النصوص الجزئية¹³، فيما لا نص فيه، أو من معقول جملة نصوص تنهض بمعنى عام، فتبنى عليه الأحكام فيما لا نص فيه أيضاً¹⁴»¹⁵.

وانطلاقاً من كل هذا، يمكن لنا أن نحدد الفرق بين الفقه بمعناه الاصطلاحي عند المتأخرين، وبين الشريعة بمعناها العام في النقاط التالية:

- 1- الفقه يتناول الأحكام العملية فقط، أما الشريعة فشاملة لكل ما يتعلق بالناحية العملية والاعتقادية والأخلاقية، وبمقاص الأمم الماضية.
- 2- الشريعة كاملة بخلاف الفقه، فالشريعة تتناول القواعد والأصول العامة، ومن هذه القواعد والأصول نستمد الأحكام التي لم ينص على حكمها في جميع أمور حياتنا، أما الفقه فهو آراء المجتهدين من علماء الأمة.
- 3- الشريعة الإسلامية ملزمة للبشر كافة، فكل إنسان إذا توافرت فيه شروط التكليف ملزم بكل ما جاءت به، عقيدة وعبادة وخلقا وسلوكا، بخلاف الفقه الإسلامي الناتج عن آراء المجتهدين، فرأي أي مجتهد لا يلزم مجتهداً آخر مثلاً، لأن الفقه الذي هو استنباط مجتهد قد يعالج مشكلات المجتمع في زمان أو مكان بعلاج يمكن أن لا يصلح لمشكلات زمان آخر، بخلاف الشريعة الشاملة زماناً ومكاناً.
- 4- أحكام الشريعة صواب لا خطأ فيها، وفهم الفقهاء قد يخطئ أحياناً.
- 5- أحكام الشريعة خالدة لا يطرأ عليها تغيير أو تعديل مهما تطور المجتمع، ومهما اختلفت البيئات، أما أحكام الفقهاء فقد يعترضها التبديل تبعاً لتبدل الأحوال والأزمات والأماكن¹⁶.

مقارنة عامة بين الشريعة والقانون:

تتميز الشريعة عن القانون بما يأتي:

- أ- الشريعة أدعى إلى الامتثال؛ لأنها من عند الله تعالى الذي يعلم ما يصلح لنا، أما القانون فهو من وضع بشر مثلنا قد يخطئون، مما يقلل من التحمس لطاعته.
- ب- الشريعة أوسع مجالاً، إذ أنها تشمل العقائد والأخلاق والعبادات والمعاملات، أما القانون فلا يختص إلا بالمعاملات، و ليس للأخلاق فيه إلا مجال ضيق، حيث يضطر إليها¹⁷، و مزج المعاملات بالعبادات وبالعقائد والأخلاق يساعد على إيجاد الإنسان الصالح، الذي يتحلى بالأخلاق الكريمة، لذلك نجد، وفي ظل الشريعة الإسلامية، خلو المحاكم من كتبان القضايا و انكماش القانون.
- ج- المصلحة و إن كانت هدف الشريعة والقانون؛ إلا أنهما يختلفان في المدى المراد الوصول إليه، فنجد أن هناك بعض الأحكام حرمتها الشريعة مراعاة لمصلحة العقل أو النسل مثلاً، في حين القانون أباحها فلا يعاقب عليها.

د- الجزء في القانون دنيوي، أما في الشريعة فدينيوي وأخروي، فإذا استطاع الإنسان أن ينجو من عقاب القانون لسبب ما، فإنه لن ينجو من عقاب الله في الآخرة¹⁸.

الفصل الثاني: الأحكام الشرعية:

تعريفه الحكم:

1 - لغة: المنع، ومنه سمي القضاء حكماً لأنه يمنع الظلم، ومنه قول جرير:

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم إني أخاف عليكم أن أغضب

هذا الحكم في اللغة، وهذا مداره على المنع.

2 - اصطلاحاً: الحكم إسناد أمر لآخر إيجاباً أو سلباً، وقيل إثبات أمر أو نفيه عنه، نحو زيد قائم، وعمر ليس بقائم، وهو ينقسم بحسب جهة الإيجاب والسلب إلى أقسام ثلاثة:

أ - حكم عقلي: هو ما يعرف فيه العقل النسبة إيجاباً أو سلباً مثل: الصنعة تدل على الصانع. والكل أكبر من جزئه (إيجاباً)، والجزء ليس أكبر من الكل (سلباً).

ب - حكم عادي: هو ما عرفت فيه النسبة عن طريق العادة مثل: الحديد يصدأ، والدواء نافع.

ج - حكم شرعي: وهو ما كان الإيجاب والسلب فيه عن طريق الشرع، كإيجاب الصلاة والزكاة، وتحريم الخمر والربا، ومنه فالحكم الشرعي: إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه عن طريق الشرع، وعرفه الأصوليون بقولهم: (هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً (اقتضاء) أو تحييراً أو وضعاً).

شرح التعريف:

- **خطابه الله:** الخطاب هو الكلام الموجه إلى الغير من أجل الإفهام، بحيث يسمعه ليستفيد منه،

وخطاب الله تعالى المقصود به كلامه سبحانه وتعالى مباشرة وهو القرآن أو بواسطة وهو ما يرجع إلى كلامه من سنة أو إجماع وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه ليعمل العباد بها.

- **المتعلق بأفعال المكلفين:** أي ارتباطه بهذه الأفعال على وجه يبين صفتها بناء على طلب الشارع

فعلها أو تركها أو التحيير، فقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)¹⁹ خطاب من الله تعالى ارتبط بفعل المكلف الذي هو الوفاء على وجه يبين صفته وهو أن الوفاء مطلوب الفعل.

وقوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى)²⁰ حكم لأنه خطاب من الله تعالى ارتبط بفعل من أفعال المكلف وهو الزنا

على وجه يبين صفته وهو أن الزنا مطلوب الترك.

وخرج بقولنا: "المتعلق بأفعال المكلفين" ما تعلق بذات الله تعالى وصفاته مثل لا إله إلا الله، وما

تعلق بفعله تعالى نحو قوله: (خَلَقْتُ كُلَّ شَيْءٍ)²¹ وما يتعلق بذات المكلفين نحو قوله تعالى: (وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ

صَوَّرْنَاكُمْ)²²، وما تعلق بالجمادات مثل: (وَيَوْمَ نُسَيِّرُ الْجِبَالَ وَتَرَى الْأَرْضَ بَارِزَةً)²³ وكذلك خرج خطابه تعالى

المتعلق بأفعال المكلفين لا على سبيل الطلب أو التحيير أو الوضع، مثل قوله تعالى: (يَعْلَمُونَ مَا تَفْعَلُونَ)²⁴، فإنه

وإن كان خطاب من الله وقد تعلق بفعل المكلف، ولكنه من جهة أن الحفظة يعلمونه لا من حيث أنه مكلف به.

- اقتضاء: أي الطلب سواء كان طلب فعل أو طلب ترك وسواء كان على سبيل الإلزام أم الترجيح.

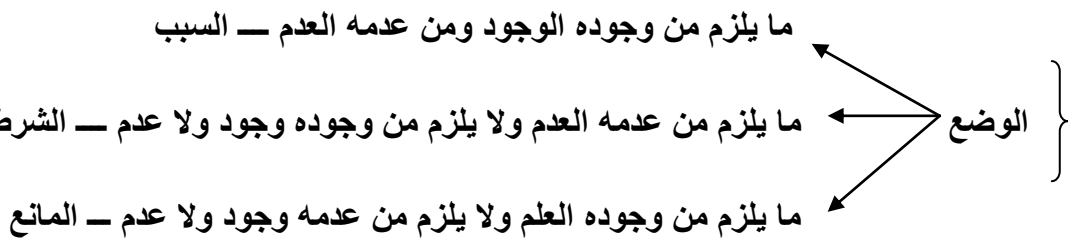
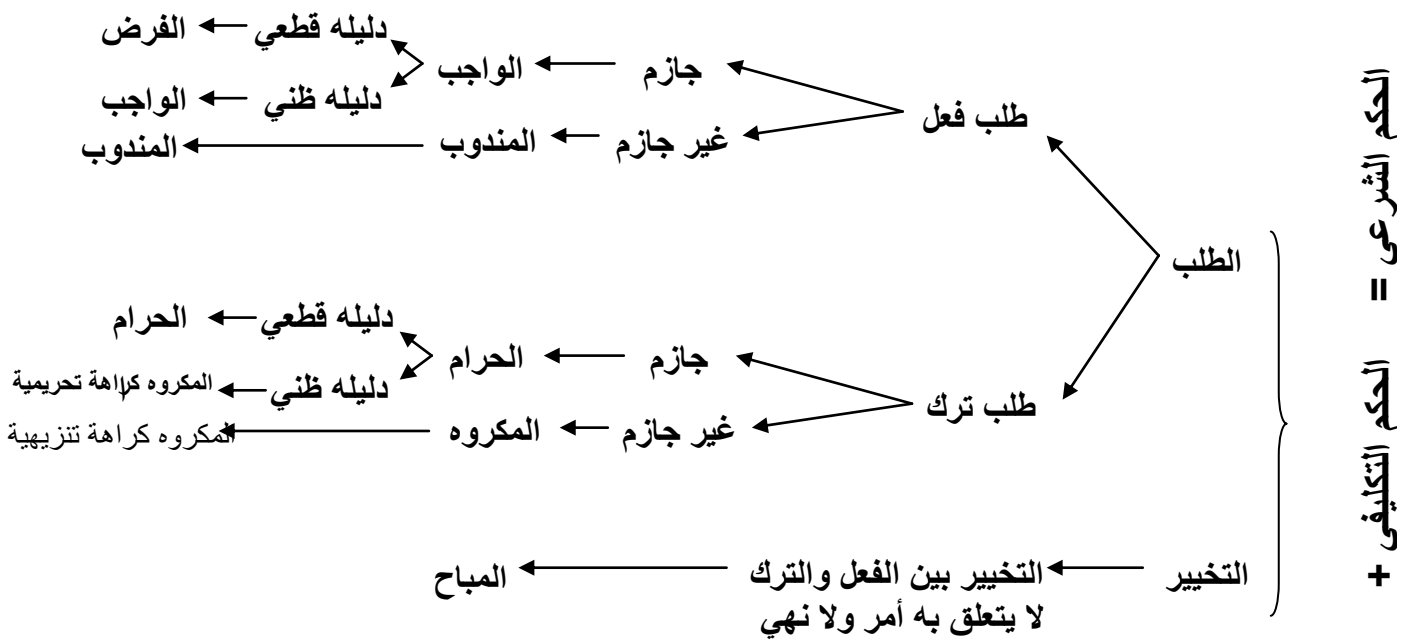
- تخييراً: أي التسوية بين فعل الشيء وتركه بدون ترجيح أحدهما على الآخر، وهو ما استوى فيه

الطرفان في نظر الشارع بحيث لا حرج في فعله ولا تركه.

- وضعاً: هو ما وضعه الشارع من علامات كالأسباب والشروط والموانع وما يلحق بها من وصف

للأشياء بأنها صحيحة أو فاسدة أو باطلة، فهذه العلامات تعرف عند وجودها أحكام الشرع إثباتاً أو نفيًا كقوله

تعالى: (أَقِمِ الصَّلَاةَ لِلذِّكْرِ الشَّمْسِ)²⁵.



الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي : يؤخذ الفرق بينهما من وجهين:

1 - أن الحكم التكليفي مقصود به طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين فعل الشيء والكف عنه، وأما الحكم الوضعي فليس مقصودا به تكليف أو تخيير، إنما المقصود به بيان هذا الشيء سبب لهذا المسبب، أو أن هذا شرط لهذا المشروط، أو أن هذا مانع من هذا الحكم.

2 - أن ما طلب فعله أو الكف عنه أو خير بين فعله وتركه، بمقتضى الحكم التكليفي لا بد أن يكون مقدورا للمكلف، وفي استطاعته أن يفعله أو أن يكف عنه، لأنه لا تكليف إلا بمقدور، ولا تخيير إلا بين مقدور ومقدور.

أما ما وضع شرطا أو سببا أو مانعا، فقد يكون أمرا في مقدور المكلف بحيث إذا باشره ترتب عليه أثره، وقد يكون أمرا ليس في مقدور المكلف بحيث إذا وجد ترتب عليه أثره.

فمما جعل سببا وهو مقدور للمكلف إحضار شاهدين في عقد الزواج لصحة العقد مثلا، ومما جعل شرطا وهو غير مقدور للمكلف بلوغ الحلم لانتهاؤ الولاية النفسية، وبلوغ الرشد لنفاذ عقود المعاوضات المالية. - وكذلك المانع منه ما هو مقدور للمكلف كقتل الوارث مورثه، ومنه ما هو غير مقدور ككون الموصى له وارثا.

الحكم الشرعي والقاعدة القانونية :

وإذا كان الفقه يتكون من أحكام شرعية، فإن القانون يتكون من قواعد قانونية، فالقانون هو مجموعة القواعد أو الأحكام القانونية التي ترسم للناس سلوكا معينا، وتفرض جزاء يطبق على من يخالف هذا السلوك، وهذا الجزاء دينوي دائما تطبقه السلطة القائمة على حماية القانون في الدولة.

ولقد عرف رجال القانون القاعدة القانونية بما يقرب معناها من معنى الحكم الشرعي، فالقاعدة القانونية خطاب موجه من السلطة العامة في الدولة للأفراد يطلب منهم أن يأتوا فعلا معينا أو يتركوا هذا الفعل. ويفرض جزاء يوقع على المخالف، هذا الجزاء قد يكون عقوبة جنائية، وقد يكون اعتبار التصرف المخالف باطلا أو غير ذلك، وفي هذا تقترب القاعدة القانونية من الحكم الشرعي.

على أن هناك من جهة أخرى فروقا بين القاعدة القانونية والحكم الشرعي ترجع إلى الأمور الآتية :

أولا : من حيث المصدر المنشئ للحكم :

فمصدر الحكم الشرعي دائما هو الله تعالى. قال سبحانه وتعالى: **(إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ)**²⁶، والرسول عليه الصلاة والسلام مبلغ عن أحكامه، وليس له سلطة التشريع. قال الله تعالى: **(يَتَأْتِيهَا الرُّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ)**²⁷، وقال: **(وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ)**²⁸، فالمرجع للحكم ومنشؤه هو الله تعالى، وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم هو تبليغ هذا الحكم عن الله لخلقه. وعمل المجتهدين من بعده بيان هذا الحكم واستنباطه من نصوص الشرع. فالحكم الشرعي موجود بوجود مصادره، وعلى الفقهاء والمجتهدين اكتشافه واستنباطه من هذه المصادر بطرق الاجتهاد ووسائل الاستنباط التي وضعها علماء الأصول لذلك.

أما القاعدة القانونية أو الحكم القانوني فإنه من وضع البشر وإنشائهم، وهؤلاء يقصر علمهم على معرفة ما يحقق المصلحة ويلبي الحاجة، ولذلك وجدنا القوانين الوضعية كثيرا ما تلغى وتغير وتبدل، لأنها تصبح بعد وضعها بمدة معينة غير محققة لمصالح الأمة التي كانت هدف التشريع عند وضعه، وقد يتغير التشريع لأنه قد أصبح في نظر من وكل إليهم أمر التشريع بعد وضعه غير محقق لغاياته. أما أحكام الله تعالى فإنها لا تتغير ولا تبدل بعد انقطاع الوحي وانتقال الرسول صلى الله عليه وسلم إلى جوار ربه لأنها أحكام تحقق مصالح الأمم وتلبي حاجات الشعوب في كل زمان ومكان، فهي من صنع الحكيم الخبير الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء، وهو الذي خلق الإنسان ويعلم ما يصلحه وما يفسده.

وإذا كانت الأحكام ثابتة فإن تطبيقها على الواقع والنوازل المتجددة والقضايا المتغيرة قد يتغير فتتغير بذلك الفتوى وتختلف من فقيه لفقيه، ومن زمن لزمان، ومن بلد لبلد، مع وحدة حكم الشرع وثباته، فحكم الله سبحانه وتعالى ثابت، وفتاوى وأحكام من يطبقون هذا الحكم على بعض النوازل والقضايا قد يختلف لتوفر مناط أو علة تطبيقه في زمن أو في نظر فقيه معين، وانعدام هذا المنط أو عدم توافر هذه العلة في زمن لاحق أو عند فقيه آخر.

وإذا قلنا بأن الكتاب والسنة والإجماع والقياس مصادر للحكم الشرعي فمعنى هذا أنها علامات وإمارات يمكن الرجوع إليها للتعرف على حكم الشرع، كما يقال تماما بالنسبة للقانون الوضعي أن مصادره النصوص والعرف وقواعد العدالة، فالمصدر هنا ليس بمعنى المنشئ للقاعدة القانونية أو الحكم القانوني ولكن بمعنى المظهر والمبين له، إذ المصدر المنشئ هو إرادة واضع القانون، كما أن المصدر المنشئ هو إرادة الله سبحانه وتعالى.

ثانيا: من حيث موضوع الحكم أو القاعدة

فحكم الشرع قد يكون موضوعه أفعال وأقوال تطلب تعبدا وخضوعا لله عز وجل، كالصلاة والصوم، فإن الشارع قد أوجبه على المسلم قياما بحق العبودية لله تعالى، وقد يكون موضوع الحكم الشرعي تنظيم علاقات بين البشر فيطلب من المكلف أعمالا أو يمنعه من أعمال محافظة على حقوق غيره من المكلفين. أما القانون الوضعي فإنه لا يهتم إلا بتنظيم العلاقة بين الناس، ولا شأن له بتنظيم العلاقة بين الناس وربه، لأن تنظيم هذه العلاقة الأخيرة مما يختص به الدين في البلاد التي تفصل بين الدين والقانون. والشرعية الإسامة لا تفعل ذلك لأن القانون جزء من الدين، فالفقه الإسلامي ينظم علاقة المرء بربه بجانب تنظيمه لعلاقته بغيره من الناس، في حين أن القانون لا يهتم إلا بالجانب الأخير فقط.

ثالثا: من حيث الجزاء الذي يوقع على المخالفين: فالجزاء على مخالفة الحكم الشرعي قد يكون أخرويا فقط

كعقوبة الحقد والحسد، وقد يكون دنيويا وأخرويا كعقوبة القتل والسرقعة، أما الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية فإنه دنيوي فقط في جميع الحالات.

وفوق ذلك فإن الفقه الإسلامي لا يجمي أحكامه ويحث الناس على التزامها بفرض جزاء على المخالف فقط، بل إنه يمنح الثواب للطائع أيضا، في حين أن القانون الوضعي يعاقب المخالف ولا يثيب الطائع.

وفوق ما يحمل الحكم الشرعي في طياته من حوافر لطاعته وذلك بفرض الثواب على هذه الطاعة فإن فرض عقوبة أخروية توقع على المخالف تجعل هذه القاعدة لأن الذي يراقب تنفيذ أحكام النوع لا يغفل ولا ينام، فإذا أفلت المخالف من عقوبة الدنيا لعدم الإطلاع عليه فلن ينجو من عذاب الآخرة لأن الله سبحانه وتعالى لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء، أما القانون الوضعي الذي يقتصر على فرض جزاء دنيوي على المخالف فليس هناك ضمانات لاحترامه والتزام قواعده إلا رقابة رجال السلطة، وهؤلاء إن اطلعوا على شيء غفلوا عن أشياء، فإذا تأكد المخالف أن أعين رجال الأمن لا تطلع عليه اعتدى على القانون فتضيع بذلك حقوق الناس، وما أكثر الحوادث التي تهدر فيها الدماء وتفوت الأموال دون عقاب لأنها تقيد ضد مجهول، ولو كانت القاعدة القانونية تستند إلى الدين وتحمي به لخاف الجزاء كل مخالف لأنه إذا أفلت من جزاء الدنيا بقي جزاء الآخرة، ذلك الجزاء الذي لا يتوقف على ضبط المخالف ومحاكمته أمام القضاء.

أنواع الأحكام الشرعية:

تنقسم الأحكام الشرعية التي يتكون منها الفقه الإسلامي إلى قسمين كبيرين يضم كل قسم منهما طائفة كبيرة من الأحكام الشرعية المتشابهة من حيث نوع العلاقة التي تحكمها، ثم يتفرع كل قسم من هذه الأقسام إلى فروع كثيرة حسب أطراف هذه العلاقة، وهذا التقسيم قريب من التقسيمات التي ذكرها فقهاء القانون الوضعي، والقصد من هذه التقسيمات تسهيل البحث والدراسة.

فالفقه الإسلامي ينقسم أولاً إلى عبادات ومعاملات:

أما العبادات : فهي الأحكام الشرعية التي تنظم علاقة المرء بربه، فتبين ما يجب عليه نحو خالقه من فعل الطاعات وترك المحرمات، كإقامة الصلاة والصوم، وترك تناول المحرمات كالميتة ولحم الخنزير. وغاية العبادات التقرب على الله تعالى طلباً لمرضاته، وخوفاً من عقابه. ولذلك يقال أن العبادات شرعت لحماية حقوق الله تعالى على عباده، إذ حق الخالق على الخلق أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً، وأن يلتزموا بأوامره، ويجتنبوا نواهيه.

وأما المعاملات: وتسمى العادات أيضاً فإنها تشمل الأحكام الشرعية التي تحكم العلاقة بين الناس، فهذه الأحكام تنظم علاقة الفرد بالفرد، أو علاقته بالدولة الإسلامية، أو علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول، وهذه الأحكام مقصود بها المحافظة على حقوق الناس وتحقيق مصالحهم ودفع الفساد والضرر الواقع أو المتوقع عليهم، فهي أحكام مشروعة لحفظ الأمن والنظام داخل الدولة الإسلامية أو المجتمع الدولي وتحقيق قواعد العدل والمساواة بين أفراد هذه الجماعة أو ذلك المجتمع، وذلك بالموازنة بين الحقوق المتعارضة وحماية الحق الأولى بالحماية والرعاية. وهذا لا يمنع أن امثال هذه الأحكام طاعة لله ورعاية لحقه، وأن الخروج عليها معصية لله وتفويت لحقه، غير أن المقصود الأساسي في أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس وحماية حقوقهم ودفع الفساد عن الجماعة، وإن جاءت رعاية حقوق الله تعالى لذلك تبعاً على خلاف العبادات التي قصد منها قصداً أولياً التقرب إلى الله ورعاية حقه، وإن تحققت للناس مصالح ودفعت عنهم مفسدات نتيجة قيامهم بما فرض عليهم من عبادات تبعاً.

الفصل الثالث: الأدلة الشرعية:

تعريف الدليل:

لغة: الأدلة جمع دليل، وهو فعل بمعنى فاعل، من الدلالة، وهي فهم أمر من أمر، فالدليل هو الهادي إلى أي شيء، حسي أو معنوي، خير أو شر.

اصطلاحاً: هو ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري.

حصر الأدلة الشرعية: يقول الإمام الشاطبي: "والأدلة الشرعية ضربان:

أحدهما: ما يرجع إلى النقل المحض.

والثاني: ما يرجع إلى الرأي المحض، وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر، كما أن الرأي لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل.

فأما الضرب الأول: فالكتاب والسنة.

وأما الثاني: فالقياس والاستدلال.

ويلحق بكل واحد منهما وجوه. إما باتفاق وإما باختلاف، فيلحق بالضرب الأول الإجماع على أي وجه قيل به، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، لأن ذلك كله وما في معناه راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف لا نظر فيه لأحد، ويلحق بالضرب الثاني الاستحسان والمصالح المرسله إن قلنا أنها راجعة إلى العمومات المعنوية. والأدلة الشرعية في أصلها محصورة في الضرب الأول لأننا لم نثبت الضرب الثاني بالعقل، وإنما أثبتناه بالأول. إذ منه قامت أدلة صحة الاعتماد عليه، وإذا كان كذلك فالأول هو العمدة. وقد صار إذ ذاك الضرب الأول مستند للأحكام التكليفية من جهتين، إحداهما من جهة دلالاته على الأحكام الجزئية الفرعية، والأخرى: جهة دلالاته على القواعد التي تستند إليها الأحكام الجزئية الفرعية، فالأولى كدلالاته على أحكام الطهارة، والصلاة، والزكاة، والحج، والجهاد، والصيد، والذبائح، والبيع، والحدود، وأشباه ذلك. والثانية كدلالاته على أن الإجماع حجة، وعلى أن القياس حجة، وأن قول الصحابي حجة، وشرع من قبلنا حجة، وما كان نحو ذلك. وقد بين الإمام الغزالي أن الأدلة الشرعية كلها ترجع إلى أصل واحد هو القرآن الكريم، وأن المظهر إلى لأحكام الشرعية هو قول الرسول فقط، إذ قال: "واعلم أنا إذا حققنا النظر بأن أصل الأحكام واحد، وهو قول الله تعالى. إذ قول الرسول صلى الله عليه وسلم ليس بحكم ولا ملزم، بل هو مخير عن الله تعالى أنه حكم بكذا وكذا، فالحكم لله تعالى وحده، والإجماع يدل على السنة، والسنة على حكم الله تعالى، وأما العقل فلا يدل على الأحكام الشرعية، بل على نفي الأحكام عند انتفاء السمع.

فتسمية العقل أصلاً من أصول الأدلة تجوز، إلا أننا إذا نظرنا إلى ظهور الحكم في حقنا فلا يظهر إلا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لأننا لا نسمع الكلام من الله تعالى ولا من جبريل، فالكتاب يظهر لنا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم، فإذا إن اعتبرنا المظهر لهذه الأحكام فهو قول الرسول فقط إذ الإجماع يدل على أنهم استندوا إلى قوله. وإن اعتبرنا السبب الملزم فهو واحد، وهو حكم الله تعالى"²⁹

الأدلة الشرعية إجمالاً والبرهان عليها:

ثبت بالاستقراء أن الأدلة الشرعية التي تستفاد منها الأحكام العملية ترجع إلى أربعة: القرآن والسنة والإجماع والقياس، وهذه الأدلة الأربعة اتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها، واتفقوا أيضا على أنها مرتبة في الاستدلال بها هذا الترتيب: القرآن، فالسنة، فالإجماع، فالقياس، أي أنه إذا عرضت واقعة نظر أولا في القرآن، فإن وجد فيه حكمها أمضي، وإن لم يوجد فيه حكمها نظر في السنة، فإن وجد فيه حكمها أمضي، وإن لم يوجد فيه حكمها نظر هل أجمع المجتهدون في عصر من العصور على حكم فيها، فإن وجد أمضي، وإن لم يوجد اجتهد في الوصول إلى حكمها بقياسها على ما ورد النص بحكمه.

فهذه الأدلة الأربعة اتفق جمهور الفقهاء على الاستدلال بها، فهي واجبة الإتباع، واتفقوا أيضا على أنها مرتبة في الاستدلال بها على هذا الترتيب.

أما البرهان على الاستدلال بها فهو قوله تعالى في سورة النساء: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)³⁰.

فالأمر بإطاعة الله وإطاعة رسوله أمر بإتباع القرآن والسنة، والأمر بإطاعة أولي الأمر من المسلمين أمر بإتباع ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الأحكام لأنهم أولو الأمر التشريعي من المسلمين، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها إلى الله والرسول أمر بإتباع القياس حيث لا نص ولا إجماع، لأن القياس فيه رد المتنازع فيه إلى الله وإلى الرسول لأنه إلحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة الحكم، فالآية تدل على إتباع هذه الأربعة.

وأما الدليل على ترتيبها في الاستدلال بها هذا الترتيب، فهو ما رواه البغوي عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله. قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا ألو (أي لا أقصر في اجتهادي) قال: فضرب رسول الله على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله³¹، وما رواه البغوي عن ميمون بن مهران قال: "كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه أن يجد في سنة رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به، وكذلك كان يفعل عمر"، وأقرهما على هذا كبار الصحابة ورؤوس المسلمين ولم يعرف بينهم مخالف في هذا الترتيب.

وتوجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاعتداد بها بل منهم من استدل بها على الحكم الشرعي، ومنهم من أنكر الاستدلال بها. وأشهر هذه الأدلة المختلف في الاعتداد بها ستة: الاستحسان والمصلحة المرسله والاستصحاب والعرف ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا، فجملة الأدلة الشرعية عشرة، أربعة متفق من جمهور المسلمين على الاستدلال بها، وستة مختلف في الاستدلال بها³².

الأصل الأول: الكتاب أو القرآن الكريم

الكتاب في اللغة: اسم للمكتوب، غلب في عرف أهل الشرع على كتاب الله تعالى المثبت في المصاحف، كما غلب في عرف أهل العربية على كتاب سيبويه.

وهو أيضا مصدر بمعنى القراءة، غلب في العرف العام على المجموع المعين من كلام الله تعالى المقروء على ألسنة العباد، وهو في هذا المعنى أشهر من لفظ الكتاب وأظهر³³

أما اصطلاحاً: ف"الكتاب هو القرآن المنزل على الرسول المكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلاً متواتراً بلا شبهة"³⁴.

وشرح علاء الدين البخاري هذا التعريف بقوله: "فالقرآن وهو مصدر كالقراءة. قال تعالى: (فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ)³⁵، أي قراءته، وأنه بمعنى المقروء ههنا، فيتناول جميع ما يقرأ من الكتب السماوية وغيرها، فاحترز بقوله: "المنزل" عن غير الكتب السماوية، ومن الوحي الذي ليس بمتلو لم ينزل إلا معناه وبقوله: "على رسول الله" عما أنزل على غيره من الأنبياء عليهم السلام من التوراة والإنجيل والزبور ونحوها، وبقوله "المكتوب في المصاحف": عما نسخت تلاوته وبقيت أحكامه مثل: (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله)، وبقوله: "المنقول عنه نقلاً متواتراً" عما اختص بمثل مصحف أبي وغيره مما نقل بطريق الآحاد نحو قوله: (فعدة من أيام أخر متتابعات)، وبقوله: "بلا شبهة" عما اختص بمثل مصحف ابن مسعود رضي الله عنه مما نقل بطريق الشهرة"³⁶.

خصائص الكتاب:

1 - لفظ القرآن ومعناه من عند الله، وليس للرسول صلى الله عليه وسلم فيه سوى التبليغ، ولفظه بلسان عربي، قال تعالى: (إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا)³⁷، وقال تعالى عن القرآن الكريم: (وَإِنَّهُ لَتَنْزِيلُ رَبِّ الْعَالَمِينَ نَزَلَ بِهِ الرُّوحُ الْأَمِينُ عَلَى قَلْبِكَ لِتَكُونَ مِنَ الْمُنذِرِينَ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ)³⁸ وعلى هذا لا تعتبر أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم من القرآن، لأن ألفاظها ليست من الله وإن كانت معانيها موحى بها إليه من الله تعالى، وكذلك الأحاديث القدسية، وهي الأحاديث التي قالها الرسول فيما يرويه عن ربه، ولا تعد من القرآن. ولا تثبت لها أحكام القرآن، فلا تكون في مرتبته في الحجية، ولا تصح الصلاة بها، ولا يتعبد بتلاوتها. كما أن ترجمة القرآن إلى غير اللغة العربية لا يعتبر قرآناً، لأن القرآن هو اللفظ والمعنى.

2 - إنه نقل إلينا نقلاً متواتراً، ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي صلى الله عليه وسلم من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطؤهم على الكذب لكثرة عددهم وتباين أماكنهم، وهكذا حتى وصل إلينا، فالتواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن، والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي.

وبهذا تخرج القراءات الشاذة، وهي في عرف الأصوليين ما لم يتواتر نقلها، كقراءة عبد الله بن مسعود: (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام "متتابعات")، بزيادة لفظ متتابعات، فإنها لم تتواتر بل نقلت بطريق الآحاد ولم

تكتب في مصحف عثمان الذي أجمع عليه الصحابة، وكذلك قراءته: (وعلى الوارث "ذي الرحم" مثل ذلك)،
بزيادة لفظ "ذي الرحم"، وهذه القراءات كانت على سبيل التفسير والبيان فقط.

3 - أنه وصل إلينا دون زيادة أو نقصان، لأن الله سبحانه وتعالى تكفل بحفظه. قال عز وجل: **(إِنَّا نَحْنُ
نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ)**³⁹.

4 - أنه معجز: بمعنى أن البشر جميعا عاجزون عن الإتيان بمثله، وقد أثبت الإعجاز بتحدي القرآن
للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله. قال تعالى: **(قُلْ
لِّئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْأَجْنُ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا⁴⁰)**، **(وَإِنْ كُنْتُمْ
فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا وَلَنْ
تَفْعَلُوا فَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ)**⁴¹، وقد سكت المخالفون عن المعارضة مع حرصهم
الشديد على إبطال دعوة النبي صلى الله عليه وسلم وتكذيبه، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة، فهم أهل
البلاغة والفصاحة وأصحاب اللسان، فلولا عجزهم لما سكتوا، وإذا عجز العرب فغيرهم أعجز. وإذا ثبت العجز
من الجميع - ولا يزال ثابتا إلى يومنا هذا - ثبت أن القرآن من عند الله، وإذا ثبت أنه من عند رب الناس وجب
على الناس إتباعه، وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع، والمصدر الأول للتشريع بالدليل القاطع.

القراءة الشاذة (خبر المتواترة):

إذا كان القرآن لا يثبت إلا بالتواتر، وهو أن ينقله قوم لا يتوهم اجتماعهم وتواطؤهم على الكذب لكثرة
عددهم وتباين أمكنتهم، عن قوم مثلهم على أن يتصل برسول الله، فيكون أول النقل كآخره وأوسطه كطرفيه، فما
نقل بدون التواتر لا يكون قرآنا فلا يأخذ أحكامه من صحة الصلاة به والتعبد بتلاوته وحرمة مسه لغير الطاهر،
كالقراءة الشاذة المنقولة عن بعض القراء كابن مسعود وأبي بن كعب، وهذا قدر متفق عليه بين الأئمة، وإنما
الخلاف بينهم في أمر وراء هذا، وهو: هل تكون حجة يستدل بها أو لا؟ فذهب الحنفية إلى أنها حجة يجب
العمل بها، لأن راويها أثبتها أو نقلها في مصحفه فلا بد أن يكون سمعها من رسول الله، وإلا لما ساغ له - وهو
عدل - نقلها وإثباتها في مصحفه، وإذا صح نقلها ولم تثبت قرآنيته لعدم تواترها فلا أقل من أن تكون حديثا
صدر عن الرسول في معرض البيان والتفسير للآية التي وردت فيها، وحديث الآحاد مما يحتج به إذا صح نقله.
وذهب غيرهم من أصحاب المذاهب الثلاثة إلى أنه لا يصح الاحتجاج بها لأنها ليست قرآنا بالاتفاق
لعدم تواترها، وليست سنة لأن الراوي لم ينقلها على أنها سنة، وإذا انتفى عنها الأمران لا تكون حجة.
ثم قالوا: إن ما نقل من ذلك يحتمل أن يكون مذهبا للصحابي واحتمل أن يكون خيرا عن الرسول، ومع
هذا التردد لا يصح العمل به، لأن السنة التي يجب العمل بها ما خلت من هذا الاحتمال.

وجوه إعجاز القرآن:

اتفقت كلمة العلماء على أن القرآن لم يعجز الناس عن أن يأتوا بمثله من ناحية واحدة معينة، وإنما
أعجزهم من نواح متعددة، لفظية ومعنوية وروحية، تساندت وتجمعت فأعجزت الناس أن يعارضوه. واتفقت
كلمتهم أيضا على أن العقول لم تصل حتى الآن إلى إدراك نواحي الإعجاز كلها وحصرتها في وجوه معدودات،

وأنه كلما زاد التدبر في آيات القرآن وكشف البحث العلمي عن أسرار الكون وسننه، وأظهر كسر السنين عجائب الكائنات الحية وغير الحية تجلّت نواح من نواحي إعجازه، وقام البرهان على أنه من عند الله. وهذا ذكر بعض ما وصلت إليه العقول من نواحي الإعجاز.

1 - بلاغة القرآن وارتفاعها إلى درجة لم تعرف في كلام العرب قط. وقد أدرك ذلك الذين كانوا يذوقون البيان العربي وينقدونه. وقد وازنوا بينه وبين ما كانوا يعرفون من شعر وكلام بليغ فوجدوه ليس من طبقتها. بل ليس من نوعها.

رأوا فيه جزالة في الألفاظ ليس لها نظير في كلامهم، وأسلوب رائع يشتد أحيانا، فيكون في قوته كالقارعة العنيفة تهمز المشاعر والحواس، مثل قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ يَوْمَ تَرَوُنَّهَا تُذْهِلُ كُلُّ مَرْصِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ وَتَضَعُ كُلُّ ذَاتِ حَمَلٍ حَمْلَهَا وَتَرَى النَّاسَ سُكَرَىٰ وَمَا هُمْ بِسُكَرَىٰ وَلَٰكِنَّ عَذَابَ اللَّهِ شَدِيدٌ⁴²، ويرق الأسلوب في مواضع الرفق حتى كأنه النمير العذب ينساب في النفس انسيابا.

ومع هذا لا تجد في عباراته اختلافا بين بعضها وبعض، فليس أسلوب هذه الآية بليغا وأسلوب الأخرى غير بليغ، وليس هذا اللفظ فصيحاً وذلك اللفظ غير فصيح، ولا تجد عبارة أرقى مستوى في بلاغتها من عبارة، بل كل عبارة مطابقة لمقتضى الحال الذي وردت من أجله، وكل لفظ في موضعه الذي ينبغي أن يكون فيه. كما لا نجد معنى من معانيه يعارض معنى، أو حكما يناقض حكما، أو مبدأ يهدم مبدأ، ولو كان صادرا من عند غير الله أفرادا أو جماعات ما سلم من اختلاف بعض عباراته وبعض، أو اختلاف بعض مبادئه وبعض. وما يوجد من اختلاف في الأسلوب بين بعض الآيات وبعض، فليس منشؤه اختلاف أسلوب الآيات في مستوى البلاغة، وإنما منشؤه اختلاف موضوع الآيات، فلكل مقام مقال.

وما يوجد من تعارض ظاهري بين ما دلت عليه بعض الآيات وما دلت عليه أخرى فقد بين المفسرون أنه ليس تعارضا إلا فيما يظهر لغير المتأمل، وعند التأمل يتبين أنه لا تعارض.

2 - انطباق آياته على ما يكشفه العلم من نظريات علمية، فالقرآن أنزله الله على رسوله ليكون حجة له ودستورا للناس، ليس من مقاصده الأصلية أن يقرر نظريات علمية في خلق السماوات والأرض وخلق الإنسان وحركات الكواكب وغيرها من الكائنات.

ولكنه في مقام الاستدلال على وجود الله ووحدانيته وتذكير الناس بآلائه ونعمه. ونحو هذا من الأغراض جاء بآيات تفهم منها سنن كونية ونواميس طبيعية كشف العلم الحديث في كل عصر براهينها. ودل على أن الآيات التي لفتت إليها من عند الله لأن الناس ما كان لهم بها من علم، فكلما كشف البحث العلمي سنة كونية وظهر أن آية في القرآن أشارت إلى هذه السنة قام برهان جديد على أن القرآن من عند الله. وإلى هذا الوجه من وجوه الإعجاز أورد الله سبحانه بقوله في سورة فصلت: (قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كَانَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ ثُمَّ كَفَرْتُمْ بِهِ مَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ هُوَ فِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ سَتَرْنَاهُمْ عَائِلْتَنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوْ لَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ⁴³).

3 - إخباره بوقائع لا يعلمها إلا علام الغيوب: فقد أخبر القرآن عن وقوع حوادث في المستقبل لا علم لأحد من الناس بها كقوله تعالى: (الَّذِينَ عَلِمُوا أَنَّمَا أُُنزِلَ عَلَيْهِمْ مِنْ رَبِّهِمْ قَوْلًا كَقَوْلِ رَبِّهِمْ أَتَمُرُّ بِكُمْ مِنَ الْمَغْرِبِ وَمِنَ الْمَسْجِدِ وَإِنَّ لَكُمْ فِي يَوْمَيْكُمْ إِلَهًا خَيْرٌ مِنْهُ يَخْتَارُ) وقوله سبحانه: لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَامِينَ⁴⁵.
وقص القرآن قصص أمم بائدة ليست لها من آثار ومعالم تدل على أخبارها. وهذا دليل على أنه من عند الله تعالى الذي لا تخفى عليه خافية في الحاضر والماضي والمستقبل. وإلى هذا الوجه من الإعجاز أرشد الله سبحانه وتعالى بقوله: (تِلْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهَا إِلَيْكَ مَا كُنْتَ تَعْلَمُهَا أَنْتَ وَلَا قَوْمُكَ مِنْ قَبْلِ هَذَا فَاصْبِرْ إِنَّ الْعَقِيبَةَ لِلْمُتَّقِينَ)⁴⁶.

4 - شريعة القرآن التي اشتمل عليها، فمحمد صلى الله عليه وسلم جاء إلى قوم لم يكن فيهم قانون ولا تنظيم، ولا نظام للأسرة أو للتعامل قائم، بل كان السائد هو نظام العشائر المبني على التقاليد والعادات الجاهلية، فجاء محمد بقانون منظم للعلاقات بين الدول، وللعلاقات بين الأسرة، وينظم العلاقة بين الآباء والأبناء، ويحدد حقوق كل طائفة أمام الأخرى.

أنواع أحكام القرآن:

أنواع الأحكام التي جاء بها القرآن ثلاثة:

- 1 - **أحكام تتعلق بالعقيدة:** كالإيمان بالله ورسله واليوم الآخر، وهذه هي الأحكام الاعتقادية.
- 2 - **أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتمييزها:** وبيان الأخلاق القويمة الواجب التحلي بها، والأخلاق الرديئة الواجب التخلي عنها، وهذه هي الأحكام الأخلاقية.
- 3 - **أحكام تتعلق بما يصدر عن المكلف من أفعال وأقوال وأعمال وعقود وتصرفات:** وهي الأحكام العملية، وهي فقه القرآن، وهي المقصود الوصول إليه بعلم أصول الفقه، وهي قسمان:

القسم الأول: عبادات من صلاة وزكاة وصوم وحج ونحوها من العبادات التي تنظم علاقة الإنسان بربه.

القسم الثاني: معاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنایات وغيرها مما يقصد به تنظيم علاقة

المكلفين ببعضهم ببعض، وهي تشمل جميع مسائل القانون العام والخاص، وقد تنوعت أحكام المعاملات في العصر الحديث بحسب ما تتعلق به وما يقصد بها إلى: أحكام الأحوال الشخصية، والأحوال المدنية، والأحكام الجنائية، وأحكام المرافعات، والأحكام الدولية والأحكام الاقتصادية.

"ومن استقرأ آيات الأحكام في القرآن يتبين أن أحكامه تفصيلية في العبادات وما يلحق بها من الأحكام

الشخصية والموارث لأن أكثر أحكام هذا النوع تعبدية ولا مجال للعقل فيه ولا يتطور بتطور البيئات، وأما فيما عدا العبادات والأحوال الشخصية من الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والدولية والاقتصادية فأحكامه فيها قواعد عامة ومبادئ أساسية، ولم يتعرض فيها لتفصيلات جزئية إلا في النادر، لأن هذه الأحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح، فاقصر القرآن فيها على القواعد العامة والمبادئ الأساسية ليكون لولا الأمر في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي فيه"⁴⁷.

دلالة آياته إما قطعية وإما ظنية:

نصوص القرآن كلها قطعية من جهة ورودها ونقلها عن الرسول إلينا. أي نجزم ونقطع بأن كل نص نتلوه من نصوص القرآن هو نفسه النص الذي أنزله الله على رسوله، وبلغه الرسول المعصوم إلى الأمة من غير تحريف ولا تبديل.

وأما نصوص القرآن من جهة دلالتها على ما تضمنته من الأحكام فتتنقسم إلى قسمين: نص قطعي الدلالة على حكمه، ونص ظني الدلالة على حكمه.

فالنص القطعي الدلالة هو ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلا ولا مجال لفهم معنى غيره منه، مثل قوله تعالى: **(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَوَلَّهُ)**⁴⁸، فهذا قطعي الدلالة على أن فرض الزوج في هذه الحال النصف لا غير، ومثل قوله تعالى في شأن الزاني والزانية: **(فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)**⁴⁹، فهذا قطعي الدلالة على أن حد الزنا مائة جلدة لا أكثر ولا أقل، وكذا كل نص دل على فرض في الإرث مقدر أو حد في العقوبة معين أو نصاب محدد.

وأما النص الظني الدلالة فهو ما دل على معنى ولكن يحتمل أن يؤول ويصرف عن هذا المعنى ويراد منه معنى غيره، مثل قوله تعالى: **(وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)**⁵⁰، فلفظ القرء في اللغة العربية مشترك بين معنيين، يطلق لغة على الطهر، ويطلق لغة على الحيض، والنص دل على أن المطلقات يتربصن ثلاثة قروء، فيحتمل أن يراد ثلاثة أطهار ويحتمل أن يراد ثلاثة حيضات، فهو ليس قطعي الدلالة على معنى واحد من المعنيين، ولهذا اختلف المجتهدون في أن عدة المطلقة ثلاثة حيضات أو ثلاثة أطهار، فالنص الذي فيه معنى مشترك أو لفظ عام أو نحو هذا يكون ظني الدلالة لأنه يدل على معنى ويحتمل الدلالة على غيره.

مرونة النصوص التشريعية في القرآن الكريم:

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

الأولى: أن هذه النصوص لم ترد على نمط واحد في كل فروع التقنين، ففي تشريع أحكام العبادات وما ألحق بها من أحكام الأحوال الشخصية تعرضت لبعض التفصيلات والتفريعات لأن العبادات وما في حكمها لا مجال فيها للعقل ولا تتطور أحكامها بتطور البيئات، وأما في تشريع الأحكام العملية غير المتعلقة بالعبادات وما في حكمها مثل الأحكام المدنية والدستورية والجنائية والاقتصادية مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح فلم تتعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع بل اقتصر على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة التي لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العدالة في كل أمة ليكون أولو الأمر في سعة من أن يفرعوا ويفصلوا حسبما يلائم حالهم وتقتضيه مصالحهم من غير أن يصطدموا بحكم تفصيلي شرعه القرآن.

ولذلك قال ابن العربي في تفسيره لقوله تعالى **(وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحَاكِمِ لَتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)**⁵¹: هذه الآية من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات التي تبنى عليها، وهي أربعة: هذه الآية، وقوله تعالى: **(وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)**، وأحاديث الغرر، واعتبار المقاصد والمصالح⁵².

وتلك مقالة حق، لأن الآية نُهت أن يأكل الناس أموال بعضهم بغير حق، فيدخل في هذا النهي القمار، والخداع، والغصب، ووجد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة، كمهر البغي، وحلوان الكاهن، وأثمان الخمر والحنازير، والرشوة، وما قضى به بغير وجه حق، والخيانة وما يأخذه المنجمون وغير ذلك مما ينفقه الإنسان من ماله فيما حرمه الشرع، كالملاهي والقيان والشرب⁵³.

وهذا هو مسلك الإسلام في تشريعه، قرر المبادئ العامة، ووضع القواعد ولم يوغل في طريق التفصيل كي يترك للفقهاء والقضاة فرصة الاجتهاد، وتقدير الأمور حسبما تقضي به مصالحهم، وهو يعتبر في نظر القانونيين من محاسن القانون، بل يعد أمانة عندهم على مرونته وقبوله للتطور.

فتراهم عند المقارنة والموازنة بين القوانين يجعلون هذه الناحية من أبرز نواحي المقارنة والمفاضلة، فالقانون المقرر للمبادئ قانون مرن متطور، وعلى العكس منه القانون المغرق في التفاصيل.

جاء في مقال للدكتور السنهوري بصدد الكلام على التشريع السويسري وتعديله: عن كثيرا من غير السويسريين معجبون بهذا القانون، ومنهم الأستاذ جوسران حيث يقول: "إن التقنين السويسري قد فاق التقنين الألماني من وجوه كثيرة، فهو أكثر مرونة وأقل صبغة فقهية، وأكثر قبولا الأفكار الحديثة في المساواة والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض، بل ترك للقاضي ولفقيه حرية واسعة في التقدير وفي الاجتهاد، واكتفى بتقدير المبادئ العامة، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون"⁵⁴.

الثانية: أن معظم النصوص التي تعرضت للأحكام الجزئية والتفصيلية، صاغها الشارع الحكيم صياغة تتسع لأكثر من فهم، وأكثر من تفسير، وهذا ساعد على وجود المدارس المتنوعة، والمشارب المتعددة في الفقه الإسلامي.

ومن جهة أخرى فإن النصوص التشريعية التي وردت في القرآن ليست دلالتها مقصورة على الأحكام التي تفهم من ألفاظها وعباراتها، بل هي تدل أيضا على أحكام تفهم من روحها ومعقولها، وبهذه الطرق المتعددة من طرق دلالة النصوص توصل المجتهدون من النص الواحد إلى عدة أحكام، وكثيرا ما قرروا أن عبارة النص يؤخذ منها كذا، وإشارته يؤخذ منها كذا... وجميع هذه الأحكام ينبوعها النص وهو دال عليها وحجة فيها، وهذا مثال واحد تتبين منه خصوبة النص بتنوع طرق دلالاته، قال الله تعالى في سورة البقرة في بيان من تجب عليه نفقة والودات المرضعات: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)، استدل بعبارة هذه الآية على حكم وهو ان نفقة والودات المرضعات تجب على أبي أولادهن، واستدل بإشارتها على حكم ثان وهو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أمهم ولا غيرها، وهذا الحكم يشير إليه تعبير الآية بأنهم مولودون له أي هو مختص بهم، واستل بمفهوم موافقتها على حكم ثالث وهو أن أجر علاج والودات وثمن أدويتهم على أبي أولادهن، لأن حاجة والدة إلى العلاج والأدوية اشد من حاجتها إلى طعامها وكسوتها، وهو إنما وجب عليه طعامها وكسوتها سدا لحاجتها، وهكذا وجد المجتهدون في تنوع طرق دلالة النصوص نوافذ إلى التشريع في كثير من الوقائع، وهذه بلا ريب ناحية من نواحي خصوبة النصوص.

الثالثة: أن هذه النصوص عللت الكثير من الأحكام التي جاءت بها، والتعليل بين لما يترتب على الفعال المأمور بها من مصالح تعود على الناس ثمرة امتثالهم، وعلى المنهيات من مفسدات نتيجة اقترافها، وهذا الأسلوب ينادي في صراحة، بأن الأحكام لم تكن محض أوامر ونواه تعبدية قصد بها مجرد إخضاع المكلفين لها، ولكنها جاءت لتحقيق مصالحهم، فتحلب لهم المنافع وتدفع عنهم المضار، وفيه إشارة إلى أنها تدور مع المصالح فحيثما توجد المصلحة فثم شرع الله.

ويرشدنا من وراء ذلك على أن نسلك عند التطبيق هذا الطريق، فلا نبعد عنه، وأن الحكم مهما تغيرت مصلحته أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع منه يجب تغييره، وإلا كنا مناقضين لمقصود الشارع، ومن هنا صرح الفقهاء بأن الفعل إذا لم يوصل على مقصود الشارع كان لاغيا⁵⁵.

وفي هذا "أرشاد إلى أن يقيس المجتهدون ما لا نص فيه على ما فيه نص إذا تحققت فيع علة الحكم الذي ورد به النص، فنصوص الشريعة بتبيين علل بعض الأحكام فتحت باب القياس وإلحاق الأشباه بالأشباه ودلت على ربط الأحكام بالمصالح، ومن هذا الباب وصل المجتهدون إلى مجموعات عديدة من أحكام الوقائع التي لا نص على حكمها، وأظهروا خصوبة النصوص وصلاحياتها أسسا للتشريع في كل زمن، وكانت عدة لتسابق العقول في ميدان التشريع لأنهم اجتهدوا في تعرف علة كل حكم شرع بالنص، وعلى ضوء هذه العلة فهموا الروح التشريعية الإسلامية، وعلى ضوء هذه الروح صاغوا مبادئ عامة وكونوا ثروة تشريعية أغنت الدولة الإسلامية تشريعا على اختلاف بلادها وأجناس شعوبها وتباين عاداتهم ومعاملاتهم"⁵⁶.

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

ومن هذه النصوص، النصوص التي دلت على أن الأصل في الأشياء الإباحة مثل قوله تعالى: (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا)، وقوله: (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق).

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

ومنها النصوص التي دلت على إيجاب الوفاء بالالتزام مثل قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، وقوله سبحانه: (وأوفوا بالعهد)، وقوله: (وليوفوا نذورهم)، وقوله: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)⁵⁷.

فمن هذه النواح الأربع يتبين ما في نصوص القرآن الكريم من سعة ومرونة وأنها مجموعة تشريعية مكونة من أسس ومبادئ عامة، تعين المشرع على تحقيق العدل والمصلحة في أي زمن، وأنها تستطيع أن تفي بحاجات القانون في الوقت الحاضر والمستقبل.

الدليل الثاني: السنة النبوية.

السنة لغة: عبارة عن الطريقة، وفي اللسان: "والسنة السيرة حسنة كانت أو قبيحة"، ومن ذلك قول خالد بن عقبة الهذلي:

58

فلا تجزعن عن سيرة أنت سرتها فأول راض سنة من يسيرها

اصطلاحاً: يختلف معنى السنة في اصطلاح العلماء حسب اختلافهم في النظرة لها واختصاصهم، وعلى ذلك فهي عند الأصوليين غيرها عند الفقهاء والمحدثين، فالأصوليون يدرسون السنة من جانب أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو المشرع الذي يقعد القواعد للمجتهدين من بعده، ويبين للناس دستور الحياة، ومن هنا نراهم يبحثون في السنة بأنواعها القولية والفعلية والتقريرية التي تثبت الأحكام وتقرر قواعدها عامة⁵⁹، أما الفقهاء فهم يبحثون عن السنة من حيث الأحكام الشرعية ومن ثم فهم يبحثون عن سيدنا محمد عليه السلام الذي لا تخرج أفعاله وأقواله وتقريراته عن الدلالة على حكم شرعي، من ثم فهم يبحثون في تصرفات الناس ويربطونها بالسنة من حيث ما يعترى هذه التصرفات من أحكام شرعية بأقسامها وأنواعها، أما المحدثين فهم يبحثون عن السنة من حيث ما يتصل بالني صلى الله عليه وسلم من سيرة وخلق وأخبار وشمائل وأقوال وأفعال سواء أثبت ذلك حكماً شرعياً أو لم يثبت، فهم ينظرون إليه على أنه الإمام الهادي الذي أخبر الله عنه أنه أسوة لنا، فنقلوا كل ما يتصل به للناس، هدفهم في ذلك الإحاطة بكل شيء يتعلق به صلى الله عليه وسلم، حتى خصوصياته وجميع شؤون حياته، وعلى ذلك اختلفت تعريفاتهم:

عند الأصوليين: أما عند الأصوليين فلها عدة إطلاقات اصطلاحية منها السنة، الخبر، الحديث، وقد بين بعض الأصوليين أن لفظ السنة أولى من لفظ الحديث والخبر لأن الحديث والخبر يختصان بالقول دون غيره أما السنة فهي شاملة للأقوال والأفعال والتقارير.

قال صاحب كشف الأسرار: "اخترت لفظ السنة على لفظ الخبر لأن السنة شامل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله"⁶⁰.

وعرفها الفتوحي فقال: "لأنها في اصطلاح علماء الأصول قول النبي صلى الله عليه وسلم غير الوحي، ولو بكتابة، وفعله ولو بإشارة، وإقراره".

قوله: "قول النبي غير الوحي": قيد واحتراز من دخول غير السنة وخروج القرآن لأنه وحي، وهذا يوافق قول الآمدي: "مما ليس بمتلو"، لأن السنة تعد وحيًا غير متلو.

قوله: "ولو بكتابة"، أي ولو كان أمرًا منه بكتابة كأمره عليه الصلاة والسلام علياً رضي الله عنه بالكتابة يوم الحديبية، وقوله: "أكتبوا لأبي شاه" يعني الخطبة التي خطبها صلى الله عليه وسلم وأمره بالكتابة إلى الملوك ونحو ذلك.

قوله: "وفعله"، الفعل غير القول، كأفعاله التي نقلها إلينا الصحابة في شؤون العبادات مما يترتب عليه حكم شرعي، مثل أدائه صلى الله عليه وسلم الصلوات الخمس بميقاتها وأركانها، وكذلك فعله في مناسك الحج...، وقد يكون الفعل بالإشارة كما في حديث كعب بن مالك لما تقاضى ابن حدرد دينا له عليه في مسجد النبي وارتفعت أصواتها حتى سمع النبي وهو في بيته فخرج إليها حتى كشف حجرته فنادى: "يا كعب قال: لبيك يا

رسول الله - أشار إليه بيده - أن ضع الشطر من دينك فقال كعب: قد فعلت يا رسول الله، فقال رسول الله: قم فاقضه"، رواه البخاري ومسلم، ومنه إشارته عليه الصلاة والسلام لأبي بكر أن يتقدم في الصلاة، والمراد من أقواله وأفعاله صلى الله عليه وسلم ما لم يكن على وجه الإعجاز، كما ذكر ذلك الأمدى في تعريفه. وقوله: " وإقراره"، يعني أن السنة شرعا هي قوله وفعله وإقراره، فما أقره النبي صلى الله عليه وسلم فهو سنة قطعا.

وأقوال النبي عليه السلام ما لم تكن على وجه الإعجاز كتكليفه للضب... ونبع الماء بين أصابعه، فهذه وغيرها لا تعد سنة لخروجها عن المؤلف وإنما جاءت كمعجزة لنبوته إضافة إلى معجزة القرآن التي هي أعظم معجزة.

أقسام السنة من حيث ذاتها: السنة في حد ذاتها تنوع إلى ثلاثة أنواع: قولية وفعلية وتقريرية، وذلك لأن الله أرسل رسوله وأنزل عليه كتابه ليبلغه للناس ويبينه لهم، فكان بيانه تارة بكلام يخاطبهم به، وأخرى بفعله أمامهم يوضح به ما نزل مجملا، وتارة بتقريره بأن يسكت عما يقع من أصحابه بعد علمه به.

السنة القولية: وهي الأحاديث التي قالها رسول الله في مختلف الأغراض والمناسبات فترتب على ذلك حكم شرعي، وهي كثيرة جدا ذكرها أصحاب السنن في مصنفاتهم منها قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"⁶¹، وقوله: "إنما الأعمال بالنيات"⁶²، وقوله: " لا وصية لوارث"⁶³.

السنة الفعلية: وهي أفعاله صلى الله عليه وسلم التي نقلها إلينا الصحابة في شؤون العبادات وغيرها، مما يترتب عليه حكم شرعي مثل أدائه مناسك الحج والعمرة، والصلاة وقضائه بالشاهد واليمين...⁶⁴.

السنة التقريرية: " وصورتها أن يسكت النبي صلى الله عليه وسلم عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره بعد علمه به، أو يسكت عن فعل فعل بعد علمه به، فإن ذلك يدل على الجواز، سواء كان سكوتا مجردا أو مع ما يدل على الاستحسان كإظهار السرور"⁶⁵، فهي كل أمر أقره رسول الله صدر من الصحابة، فحيث سكت ولم يذكره أو حصل بموافقته أو أظهر استحسانه وتأييده ورضاه يعتبر كل ذلك سنة تقريرية.

من ذلك أن رسول الله قال لأصحابه وهم خارجون إلى غزوة بني قريظة: " لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة"، ففهم بعضهم أن الغرض من النهي هو الإسراع وعدم التواني في الطريق فصلوها في وقتها بحيث لم تفوت الغرض المقصود من النهي، وفهم آخرون أن النهي مقصود لذاته فلم يصلوا العصر إلا بعد وصولهم، ولما علم رسول الله ذلك لم ينكر على من لم يعمل بمقتضى نهي.

ومنه ما رواه أحمد وأبو داود عن عمرو بن العاص أنه لما بعث في غزوة ذات السلاسل قال: احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد، فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيمنت ثم صليت بأصحابي صلاة الصبح، فلما قدمنا على رسول الله ذكروا ذلك له، فقال: "يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب؟ فقلت ذكرت قول الله تعالى: (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما) فتيمنت ثم صليت، فضحك رسول الله ولم يقل شيئا.

فضحك رسول الله وعدم إنكاره عليه بعدما بين له أساس اجتهاده من كتاب الله دليل على جواز التيمم للجنابة مع وجود الماء، بل إن ذلك أقوى في الدلالة على الجواز من مجرد السكوت، والرسول لا يقر على باطل، فصلاته صحيحة، والإقتداء به صحيح ولا إعادة عليه، لأنه لم يأمره بالإعادة⁶⁶.

ومما يندرج تحت السنة التقريرية قول الصحابي: كنا نفعل كذا، أو كانوا يفعلون كذا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وكان مما لا يخفى فعله عليه، فيكون ذلك تقريرا منه عليه السلام.

من ذلك ما روي أن عبد الله بن عمر كان يأمر النساء بنفض ضفائرهن عند الغسل، فلما بلغ ذلك عائشة رضي الله عنها قالت: واعجبا لابن عمر، كنت أعتسل أنا ورسول الله من إناء واحد فما كنت أزيد على أن أفرغ على رأسي ثلاث إ فراغات.

ما يدخل في السنة وما لا يدخل:

السنة هي ما نقل عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير، ولكن هل هذا يعني أن كل أقواله وأفعاله وتقريراته تعتبر حجة يجب العمل بها أم لا؟ الجواب على ذلك يحتاج إلى تفصيل وضابطه: أن ما صدر عنه عليه الصلاة والسلام وكان مقصودا به التشريع فهو حجة، وما صدر عنه بصفته البشرية ففيه تفصيل.

أما الأول: أي ما كان القصد فيه التشريع فليس فيه خلاف بين أهل العلم في أنه حجة يجب القول بها، والمصير إليه بدليل قوله تعالى: (وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) ، فكل ما كان سبيله تبليغ الرسالة فهو مقصود بذاته، ومن أمثلة ذلك ما ذكرناه سابقا من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية، ويلحق بهذا السكوت لأنه يدل على إباحة الشيء وهذا يعد بالطبع حكما شرعيا.

أما الثاني: وهو ما صدر عنه من قول أو فعل أو تقرير لا باعتباره نبيا مبلغا عن الله، ولكن باعتباره إنسانا أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية، فهذا النوع لا يعتبر تشريعا للأمة ويلحق به خصوصياته عليه الصلاة والسلام، ولقد ثبت عنه أنه قال: "إنما أنا بشر، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر" وقوله في قصة تأبير النخل: "فإني إنما ظننت ظنا، ولا تؤاخذوني بالظن، ولكن إذا حدثتكم عن الله شيئا فخذوا به فإنني لم أكذب على اله"، ومن ذلك قوله: "عليكم بالأدھم الأقرع"، ومستنده التجربة، ومنه ما فعله عليه الصلاة والسلام على سبيل العادة دون العبادة كقول زيد ابن ثابت حيث دخل عليه نفر فقالوا له حدثنا أحاديث رسول الله قال: "كنت جاره فكان إذا نزل عليه الوحي بعث إلي فكتبت له، فكان إذا ذكرنا الدنيا ذكرها معنا وإذا ذكرت الآخرة ذكرها معنا، وإذا ذكرنا الطعام ذكره معنا، فكل هذا أحدثكم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم"، ومنه ما قصد به مصلحة جزئية يومئذ وليس من الأمور اللازمة لجميع الأمة، وذلك مثل ما يأمر به الخليفة من تعبئة الجيوش وتعيين الشعار وهو قول عمر رضي الله عنه مالنا والرمل؟ كنا نترأى به قوما قد أهلكتهم الله.

هذا النوع وما يتبعه من فروع لا يدل على حكم شرعي وهو ليس من باب التبليغ.

أنواع السنة من حيث ورودها إلينا:

تنقسم السنة من حيث ورودها إلينا - أي من حيث سندها⁶⁷ - على قسمين: متصلة وغير متصلة.

السنة المتصلة : هي التي رويت بالسند إلى رسول الله ولم يسقط من السند أي راو.

السنة غير المتصلة : هي التي رويت عن النبي وسقط من سندها راو فأكثر، ويدخل في ذلك: المرسل، المنقطع، المعلق وغير ذلك، هذا عند المحدثين، أما فالأصوليون فإنهم يطلقون على كل ذلك اسم المرسل، فالمرسل عندهم يشمل المنقطع والمعضل والمعلق.

أقسام السنة المتصلة:

يقسم الجمهور السنة من حيث عدد رواها⁶⁸ إلى:

أ - سنة متواترة.

ب - سنة آحادية.

وقد درج على هذا التقسيم من الحنفية الجصاص وأبو منصور البغدادي وغيرهم⁶⁹ ، أما باقي الحنفية فهم

يرون أن السنة ثلاثة أقسام:

أ - متواترة.

ب - مشهورة.

ج - آحادية.

فالخلاف بين الجمهور والحنفية يتعلق بالسنة المشهورة، فالجمهور يرون أنها من السنة الآحادية، فهي تفيد الظن غير أن الجصاص وغيره من الحنفية الذين يوافقون الجمهور في تقسيمهم فيرون أن المشهور من السنة المتواترة، فهي قسم منها، وليست قسيما لها، وهي تفيد علم اليقين⁷⁰ نظرا، أما عند كافة الحنفية عدا الجصاص ومن معه فإن السنة المشهورة وسط بين المتواترة والآحادية فهي دون المتواترة وفوق الآحادية وهي تفيد علم طمأنينة.

أولا : السنة المتواترة:

التواتر لغة : التتابع ومنه قوله تعالى: (ثم أرسلنا رسلنا تترى)، أي واحدا بعد واحد بفترة بينهما، والمتواتر لغة التتابع على التراخي.

اصطلاحا: هي "ما رواها جمع كثير تحيل العادة استحالة تواطؤهم على الكذب"⁷¹.

قال البزدوي: "الخبر المتواتر الذي اتصل بك عن رسول الله اتصالا بلا شبهة حتى صار كالمعائن المسموع منه ذلك بأن يرويّه قوم لا يحصى عددهم ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب لكثرتهم وعدالتهم وتباين أمكنتهم، وبدون هذا الحد فيكون أوله كآخره وأوسطه كطرفيه، وذلك مثل نقل القرآن والصلوات الخمس وأعداد الركعات والزكوات وما أشبه ذلك"⁷².

وعليه فالسنة المتواترة هي ما رواها جمع كثير يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة أو وقوعه منهم من غير قصد التواطؤ عن جمع مثلهم حتى يصل المنقول إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ويكون مستند عملهم بالأمر المنقول المشاهدة أو السماع⁷³.

ويتضح من هذا التعريف أن شروط التواتر هي:

1 - أن يكون الرواة للسنة جمعا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب أو وقوعه منهم من دون قصد حسب العادة، أما بالنسبة للعدد المشترك في تحقيق التواتر:

فالمتبع لأقوال العلماء يجدهم مختلفين في العدد فمنهم من زاد فقال سبعة⁷⁴، ومنهم من قال عشرة لقوله تعالى: (... تلك عشرة كاملة) ، ومنهم من قال إثنا عشر، وهو عدد نقباء بني إسرائيل، ومنهم من قال أقل العدد أربعون، واستدلوا بقوله تعالى: (يا أيها النبي حسبك الله ومن اتبعك من المؤمنين) وكانوا يومئذ أربعين، إلى غير ذلك. وبالجملة نقول: لا يشترط للتواتر عدد معين محصور، إنما يعتبر ما يفيد العلم على حسب العادة في اطمئنان النفس إليهم - أي إلى الرواة - وعدم تأتي التواطؤ على الكذب منهم، إما لفرط كثرتهم وإما لصلاحهم ولدينهم ولنحو ذلك.

كما لا يشترط لتحقيق التواتر أن يجمع الناس كلهم على التصديق به، بل ضابطه حصول العلم الضروري به، فإذا حصل ذلك علمنا أنه متواتر وإلا فلا.

2 - أن يكون الرواة في كل طبقة من طبقات الرواية بهذا الوصف الذي ذكرناه في الشرط الأول.

3 - أن يكون مستند علم الرواة مستفادا عن طريق المشاهدة أو السماع.

فإذا تحققت شروط التواتر أفاد الخبر اليقين والعلم الضروري وهو الذي يضطر إليه الإنسان بحيث لا يمكن دفعه لأن الثابت بالتواتر كالثابت بالمعينة، وعلى هذا فالسنة المتواترة مقطوع بصحة نسبتها إلى النبي صلى الله عليه وسلم دون أي شك وبناء على ذلك فهي حجة كاملة باتفاق العلماء وهي دليل من أدلة الشرع ومصدر من مصادره بلا خلاف بين المسلمين، ينطبق عليها ما ينطبق على السنة عموما، وهي تفيد العلم اليقيني القطعي، ويكفر جاحد الحديث المتواتر والاحتجاج به في قوة الاحتجاج بالقرآن الكريم، وهما بمرتبة واحدة في الثبوت، ولذا فإن الحديث المتواتر يخصص العام في القرآن ويقيد المطلق ويبين المشترك وينسخ القرآن عند الجمهور.

ثانيا : السنة المشهورة:

هي التي رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم واحد أو اثنان - أي عدد لم يبلغ حد التواتر - ثم تواترت في عصر التابعين وعصر تابعي التابعين، بأن كان رواها جموعا لا يتوهم تواطؤهم على الكذب، فالسنة المشهورة هي التي كانت في الأصل من سنن الآحاد، أي ما نقلها عن النبي عدد دون عدد التواتر، ثم اشتهرت وتواترت في القرن الثاني والثالث وهما عصر التابعين وتابعيهم⁷⁵.

ومن هذا يتبين أن السنة المشهورة غير مقطوع بصحة نسبتها إلى الراوي لها عن الرسول، ولهذا قال الحنفية عنها: أنها تفيد ظنا قويا كأنه اليقين، وهو ما يسمى بعلم الطمأنينة بصورة نسبتها إلى رسول الله، وهي عندهم بمنزلة السنة المتواترة من جهة لزوم العمل بها وجعلها مصدرا تشريعا ودليلا من أدلة الأحكام، ومن أمثلتها: "إنما الأعمال بالنيات... رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه ثم اشتهر، وحديث تحريم نكاح المرأة على عمته أو خالتها"⁷⁶.

حكم منكر الخبر المشهور:

الجمهور من العلماء وغيرهم من جمهور الخنفيه عدم تكفير جاحد الخبر المشهور، وضابطهم أن المشهور فيه شبهة الاتصال بالنبي من أقسام الآحاد وهذا يفيد الظن فلا يحكم بتكفير من أنكروه وقد فصل بعض العلماء في ذلك فقال: إن هذا النوع من الأخبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

- 1 - قسم يضلل جاحده ولا يكفر، وذلك نحو خبر الرجم.
- 2 - قسم لا يضلل جاحده ولكن يخطأ ويخشى عليه المأثم نحو خبر المسح على الخف.
- 3 - قسم لا يخشى على جاحده المأثم ولكن يخطأ في ذلك، وهو الأخبار التي اختلف فيها الفقهاء في باب الأحكام. ومعنى ما قاله:

إن خبر الرجم اتفق عليه العلماء في الصدر الأول والثاني وإنما خالف فيه الخوارج، وخلافهم لا يعتد به ولا يكون قدحا للإجماع، ولهذا قال يضلل جاحده.

وأما خبر المسح ففيه شبهة الاختلاف في الصدر الأول: فإن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما كانا يقولان: سلوا هؤلاء الذين يرون المسح هل مسح رسول الله بعد سورة المائدة، والله ما مسح رسول الله بعد سورة المائدة. وقد نقل رجوعها عن ذلك أيضا.

فالشبهة الاختلاف في الصدر الأول قال: لا يضلل جاحده ولكن يخشى عليه المأثم.

وأما الثالث فقد ظهر فيه الاختلاف في كل قرن، وبنى كل منهم عمله على الاجتهاد لذلك لم يترتب عليه المأثم. ومن العلماء من يرى تكفير جاحد الخبر المشهور كالجصاص.

الثالث: سنة الآحاد:

السنة الآحادية: هي ما رواها عن رسول الله عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر. رواها عنهم في عصر التابعين وتابعي التابعين عدد لا يبلغ حد التواتر أيضا.

ملاحظة: المتواتر: عدد عن عدد عن عدد عن عدد .

في القرون الثلاثة الأولى

المشهور: فرد عن عدد عن عدد عن عدد.

الآحاد: جمع لا يلحق التواتر عن قبله.

اعلم أن: المتواتر لا شبهة في اتصاله صورة ولا معنى، والمشهور في اتصاله شبهة صورة لا معنى، والآحاد في اتصاله شبهة صورة.

ومعنى لا شبهة فيه صورة أي الاتصال برسول الله ثبت قطعا.

ومعنى لا شبهة فيه معنى: أي تلقته الأمة بالقبول.

فجبر الواحد إذن: ما لم ينته بنفسه إلى حد التواتر قل رواه أو كثروا بالاتفاق.

هل يكفر جاحده؟ فيه خلاف بين العلماء:

قال الغزالي: "عن أصحابنا في ذلك وجهان: ما يفيد العلم يكفر، وما عداه فلا".

والتكفير منقول عن إسحاق بن راهوية كذا الشاطبي أبي يعلى.

مما ذكرنا سابقا ثبت اختلاف العلماء في خبر الواحد فمنهم من يشترط عدالة الراوي، ومنهم من يقول أنه يفيد العلم ومنهم من يقول يفيد الظن (العلم الظاهر). ولذا جاء أن خبر الواحد لا يفيد اليقين، بل يفيد الظن وهو لجمهور العلماء منهم الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعي كما ذكره صاحب التلويح، وبعضهم يفيد العلم بالقرائن كالنظام والجويني والغزالي والآمدي.

وقال من لا يعتد بقولهم أنه ليس بحجة.

وخلاصة القول فإن خبر الواحد ابتداء يفيد الظن، بل حتى الإمام أحمد الذي ثبت في روايته أنه يفيد العلم، وقال ابن قدام وهو حنبلي - أدرى بمذهبه من غيره - : "اختلفت الروايات عن إمامنا أحمد في حصول العلم بخبر الواحد، فروي عنه أنه لا يحصل به العلم وهو قول الأكثرين والمتأخرين من أصحابنا، وعلى هذا اعتبرنا أن مذهب أحمد في الخبر الواحد لا يفيد العلم بل يفيد الظن".

شروط قبول الأحاد: ويشترط لقبول خبر الأحاد العدالة والضبط، وأن يكون الراوي قد سمع الحديث عن يرويه عنه بأن يكون اللقاء بينهما ثابتا، وأن لا يكون في متن الحديث شذوذ بأن لا يكون مخالفا للمقرر الثابت عند أهل الحديث، أو ما علم من الدين بالضرورة، أو مخالفا للقطعي من القرآن.

وإن العدالة معناها ألا يكون معروفا بالكذب، وأن يكون مؤديا للفرائض منتهيا عن النواهي في الدين، فلا يقبل في الرواية في الدين من لا يتخرج من مخالفة أوامر الدين ونواهيها، ومن العدالة ألا يكون صاحب بدعة في الدين يدعو إليها.

وأما الضبط فقد فسره فخر الإسلام البردوي بقوله: "أنا الضبط فإن تفسيره هو سماع الكلام كما يحق سماعه، ثم فهمه بمعناه الذي أريد به، ثم حفظه ببذل المجهود له، ثم الثبات عليه بمحافظته حدوده ومراقبته بمذاكرته على إساءة الظن بنفسه إلى حين أدائه، وهو نوعان: ضبط المتن بصيغته ومعناه، والثاني: أن يضم إلى هذه الجملة ضبط معناه فقها وشرعا وهذا أكملها، والمطلق من الضبط يتناول الكامل، ولهذا لم يكن خبر من اشتدت غفلته خلقة أو مسامحة ومجازفة حجة لعدم القسم الأول من الضبط، ولهذا قصرت رواية من لم يعرف بالفقه في باب الترجيح"⁷⁷.

شروط قبول الأحاد عند الصحابة:

1 - وجود الشاهد: ميراث الجدة، الاستئذان.

2 - الحلف من الراوي: قول علي.

شروط العمل بالأحاد عند أئمة المذاهب: أجمع العلماء على أن سنة الأحاد حجة على الجميع يلزم إتباعها وأنها مصدر ودليل من أدلة التشريع إلا أنهم اختلفوا في الشروط اللازمة لذلك:

القول الأول: للحنابلة والشافعية والظاهرية والجعفرية وبعض فقهاء المذاهب الأخرى قالوا:

إذا اتصل السند برسول الله وجب العمل، أما إذا لم يتصل السند بأن سقط من الرواية الصحابي الذي

روى الخبر عن رسول الله (المرسل) فاختلف أصحاب هذا القول في وجوب العمل به:

الظاهرة: الأخذ به بشروط منها، أن يكون من مراسيل كبار التابعين مثل سعيد بن المسيب وأن يسند من جهة أخرى أو يوافقه قول الصحابي أو يفتي بمقتضاه أكثر العلماء.

ومذهب أحمد: الأخذ بالمرسل والعمل به إذا لم يكن في الباب حديث متصل بالسند.

القول الثاني: المالكية والحنفية، فلم يكتفوا بالفعل والثقة وإنما اشترطوا شروطاً لا تتعلق بسند الرواية.

فاشترط المالكية للعمل بخبر الواحد أن لا يكون مخالفاً لعمل أهل المدينة، وحجتهم في ذلك أن أهل المدينة عاشوا مع رسول الله وشاهدوا أفعاله وتابعوه فيها، ونقله عنهم من جاء بعدهم طبقة بعد طبقة، فإذا جاء خبر الواحد مخالفاً لهذا العمل المتوارث كان ذلك دليلاً على عدم صحته، لأن عملهم بمنزلة مرويههم فيكون خبر جماعة عن جماعة وهو أقوى في الاعتبار من خبر واحد عن واحد أو اثنين عن مثلهما، وعلى هذا الأساس لم يأخذ الإمام مالك بحديث: (المتبايعان بالخيار حتى يتفرقا)، فقد قال الإمام مالك عن هذا الحديث: "ليس عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به".

كما اشترطوا: أن لا يخالف خبر الآحاد الأصول الثابتة والقواعد المرعية في الشريعة، وعلى هذا الأساس لم يأخذوا بخبر المصرة، وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا تصروا الإبل والغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)، لأن هذا الخبر - في ظنهم - قد خالف أصل: "الخراج بالضمان"، وأصل: "أن متلف الشيء إنما تغرم مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً"، فلا يضمن في إتلاف المثلي جنساً غيره من طعام أو عروض.

والصحيح أن خبر الواحد يقبل فيما يخالف القياس، وأن مالكاً حكى عنه تقديم القياس على خبر الآحاد، وأن أبا حنيفة لا يقبل خبر الواحد إذا خالف الأصول أو معنى الأصول⁷⁸، والدليل لقبوله بحديث معاذ، فإنه قدم الكتاب والسنة على الاجتهاد وصوبه النبي صلى الله عليه وسلم⁷⁹، والصحابة كانوا لا يستعملون القياس إلا عند عدم النص، ومن ذلك رجوع عمر إلى حديث حمل بن مالك بن النابغة في غرة الجنين، وكان يفاضل بين ديات الأصابع ويقسمها على منافعها، فرجع عن ذلك لحديث: "في كل أصبع عشر من الإبل" وهو آحاد، ولأن الحديث من كلام المعصوم والقياس استنباط، وكلام المعصوم أولى من الاستنباط لأنه أبلغ منه، وأحتج على أصحاب الإمام أبي حنيفة رحمه الله بأنهم أوجبوا الوضوء بالنيذ في السفر دون الحضر، وأبطلوا الوضوء بالتحققة داخل الصلاة دون خارجها، وحكموا في الأمة بخلاف القياس، وهو مخالف للأصول.

والمقرر في أصول الفقه المالكي أن القياس يقدم على خبر الآحاد، لكن فروع مذهبه تقتضي خلاف هذا،

وأنه يقدم خبر الواحد على القياس، كتقديمه خبر صاع التمر في المصرة على القياس الذي هو رد مثل اللبن المحلوب من المصرة، لأن القياس ضمان المثلي بمثله، وهذا هو الذي يدل عليه استقراء مذهبه، مع أن المقرر في أصوله أيضاً أن كل قياس مخالف نصاً من كتاب أو سنة فهو باطل بالقادح المسمى في اصطلاح أهل الأصول فساد الاعتبار، وهذا القول هو الحق الذي لا شك فيه، لأن القياس لا يجوز مع وجود النص من النبي صلى الله عليه وسلم، وقد قدم مالك وغيره من العلماء الخبر على نوع القياس المسمى عند الشافعي بالقياس في معنى الأصل، وهو المعروف بتفويض المناط، وهو مفهوم الموافقة، في صورة لا يكاد العقل السليم يستسيغ فيها تقديم الخبر

على القياس المذكور، وذلك هو ما رواه مالك في الموطأ والبيهقي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن : "أنه قال لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة؟ قال: عشر من الإبل، قلت: فكم في إصبعين؟ قال: عشرون من الإبل، قلت: فكم في ثلاثة أصابع؟ قال: ثلاثون من الإبل، قلت: فكم في أربعة أصابع؟ قال: عشرون من الإبل، قلت: حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها؟ قال سعيد: أعراقي أنت؟ قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم، قال: هي السنة يا ابن أخي"، فكون عقل ثلاثة أصابع من أصابع المرأة ثلاثين من الإبل وعقل أربعة أصابع من أصابعها عشرين من الإبل ينافي ما علم من حكمة الشرع الكريم ووضعه الأمور في مواضعها وإيقاعها في مواقعها، فلزوم ثلاثين من الإبل في ثلاثة أصابع يقتضي بقياس التنقيح الأخروي المعروف بالقياس في معنى الأصل، أن أربعة أصابع لا يمكن أن تقل ديتها عن ذلك، لأنها مشتملة على الثلاثة وزيادة أصبح، وأولى من ذلك، رجوع عمر في دية الجنين إلى قول المغيرة بن شعبة ومحمد ابن مسلمة، لأن رجوعه لحديثهما في ذلك متفق عليها.

أما الحنفية فاشتروا للعمل بخبر الواحد شروطا ثلاثة هي:

أولها: ألا يعمل الراوي بخلاف ما رواه عن رسول الله، فإن خالف الراوي ما رواه بعمله أو فتواه فلا اعتبار لروايته بل المعول عليه ما نقل عنه من عمل أو فتوى، ووجهها هذا الاشتراط، بأن المفروض أن الراوي من الصحابة عدل، ولا يعقل أن يترك العدل ما رواه عن رسول الله إلا وقد صح عنده حديث آخر ناسخ له، وإلا كان ذلك طعنا في عدالته، ويمثلون لذلك بحديث: (إذا ولغ الكلب في إناء أحكم فاغسلوه سبعا، إحداهن بالتراب)، فإنهم لم يأخذوا به لأن راوي الحديث كان يغسل الإناء - إذا ولغ فيه الكلب - ثلاثا.

ثانيها: ألا يكون الحديث وارد في أمر واجب تعم به البلوى أو في أمر يكثر وقوعه بين الناس ويحتاج الكثير منهم إلى معرفة حكمه، وعللوا ذلك بأن مثل هذا الأمر مما تتوافر الدواعي على نقله فيكثر روايته حتى يبلغ حد الشهرة، فروايته بطريق الأحاد يورث الشك في صحة صدوره عن رسول الله، إذ لو كان صحيحا لكثرت نقلته، ومثال ذلك "رفع اليدين في الصلاة"، فإنه جاء عن طريق الأحاد، مع عموم الحاجة إليه لتكرار الصلاة في كل يوم، فلا يقبل⁸⁰.

ثالثها: ألا يكون الحديث مخالفا للقياس والأصول الشرعية إذا كان راويه غير فقيه، وعللوا هذا الاشتراط بأن رواية الحديث بالمعنى كانت شائعة بينهم، فإذا لم يكن الراوي فقيها وروى الحديث بالمعنى حسب فهمه فلا يبعد أن يذهب شيء من المعنى الذي ينبنى عليه الحكم حين تعبيره فيخطئ في مراد الرسول، فإذا جاء ما رواه مخالفا للقياس والأصول ترك العمل به، وعلى هذا لم يأخذوا بحديث المصرة، كما فعل الإمام مالك، لأن راوي الحديث، وهو أبو هريرة، غير فقيه عندهم، كما أن الحديث خالف الأصول والقواعد المقررة كقاعدة: "الخارج بالضمنان"، التي جاءت بها السنة، وهذه القاعدة تقضي: بأن غلة العين، تكون ملكا لمن يكون عليه الضمان عند هلاك العين، وعلى هذا يجب أن يكون اللبن للمشتري، لأن العين في ضمانه، كما أن الحديث خالف قاعدة "الضمنان" القاضية بأن الضمان يكون بالمثل إذا كان المتلف مثليا.

السنة خير المتصلة (المرسلة):

الأحاديث المرسلة وحكمها:

1- تعريف الحديث المرسل: اعلم أن المرسل في اصطلاح أهل الأصول غير المرسل في الاصطلاح

المشهور عند المحدثين ، فضابط المرسل في الاصطلاح الأصولي هو ما عرف أنه سقطت من سنده طبقة من طبقات السند، فالمرسل في اصطلاح أهل الأصول يشمل أنواع الانقطاع فيدخل فيه المنقطع والمعضل ، فمن قال من أهل الأصول بقبول المرسل فإنه يقبل المنقطع والمعضل ، والمرسل في الاصطلاح المشهور عند المحدثين هو قول التابعي مطلقاً، أو التابعي الكبير خاصة، قال صلى الله عليه وسلم، وبعض أهل الحديث يطلق الإرسال على كمال انقطاع كاصطلاح أهل الأصول.

2- حكم المرسل عند علماء الأصول: في المرسل لعلماء الأصول ثلاثة مذاهب:

الأول: أنه مردود للجهل بالساقط فيه وعلى هذا جماهير أهل الحديث.

الثاني: أنه مقبول كما تقدم، وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأحمد، ولكنه يقدم عليه عند التعارض المسند لأنه أرجح منه.

الثالث: قول جماعة أن المرسل يرجح على المسند عند التعارض، لأن الراوي ما حذف الوسطة في المرسل إلا لأنه جازم بعدالتها، بخلاف المسند فقد يحيل فيه الناظر على تعديل الراوي ، ولا يخفى عدم اتجاه هذا القول ، لأن من كانت عدالته معروفة لا شك أنه أولى ممن لم تعرف عدالته ولا عينه إلا بحسن الظن بمن روى عنه أنه عالم بأنه عدل وإلا لم اجزم بالخبر. والتحقق في ذلك أن:

مراسيل الصحابة لها حكم الوصل، لأن الصحابي لا يروي غالباً إلا عن صحابي، ولأن الأمة اتفقت على قبول رواية ابن عباس ونظرائه من صغار الصحابة مع إكثارهم من الحديث عنه صلى الله عليه وسلم ، وكثير من روايتهم عن مراسيل، وشذ قوم فخالفوا في ذلك غلاً إذا عرف عن الصحابي أنه لا يروي غالباً إلا عن صحابي. وقبول مرسل الصحابي هو الصواب ، والذي يظهر لي أن الصحابي لو علم أن أكثر روايته عن التابعين كان مرسله كمرسل غيره، والله تعالى أعلم.

فأما مراسيل غير الصحابة، وهو أن يقول قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يعاصره، أو يقول قال أبو هريرة ولم يدركه ، ففيها روايتان ، إحداهما تقبل ، اختارها القاضي وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجماعة من المتكلمين، والأخرى لا تقبل، وهو قول الشافعي وبعض أهل الحديث وأهل الظاهر، وحجة من قال بقبوله هي أن العدل لا يحذف الوسطة مع الجزم بالخبر إلا وهو عالم بأن الوسطة التي حذف ثقة ، فحذفه لها مع الجزم بالخبر بمثابة قوله أخبرني فلان ، وهو ثقة ، لأن أخباره عنه صلى الله عليه وسلم بالجزم مع عدم عدالة الناقل الذي لم يذكره ينافي عدالته، لما في ذلك من إحلال الحرام وتحريم الحلال وإلزام الناس بالعبادات بأمر مشكوك فيه ، وحجة من قال بعدم قبوله أن الوسطة المحذوفة في المرسل لا تعرف عينها ، ومن لا تعرف عينه لم تعرف عدالته ، ورواية مجهول العدالة مردودة، ولأن شهادة الفرع لا تقبل على شاهد الأصل فكذلك الرواية، وافتراق الشهادة والرواية في

بعض الأحكام كما تقدم لا يستلزم افتراقهما في هذا المعنى ، كما أنهما لا فرق بينهما في عدم قبول رواية المجروح والمجهول.

منزلة السنة من الكتاب:

السنة بالنسبة إلى الكتاب ثلاثة أنواع:

النوع الأول: سنة مؤكدة لما جاء في القرآن، بأن تجيء على وفقه مطابقة له، من ذلك حديث: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)، فإنه موافق لقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف)⁸¹ ، وحديث: (لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه)، فإنه موافق لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁸²

النوع الثاني: سنة شارحة ومبينة لما جاء بنصوص القرآن محتاجا إلى البيان، وهذه:

أ- قد تبين مجملا ورد فيه، كالسنة المبينة لأوقات الصلاة، وعدد ركعاتها وكيفية شروطها، وأعمال الحج، والأحاديث المبينة لمقادير الزكاة وأنصبتها والأموال التي تؤخذ منها، فإنها فسرت الإجمال الوارد في القرآن من الأمر بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وإتمام الحج والعمرة.

ب- وقد تخصص عاما ورد فيه، كحديث: (لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها)، فإنه مخصص لقوله تعالى بعد عد المحرمات من النساء: (وأحل لكم ما وراء ذلكم)⁸³ ، والأحاديث التي بينت مقدار ما يوجب قطع اليد في السرقة، فإنها مخصصة لعموم السارق والسارقة في قوله تعالى: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)⁸⁴ .

ج- وقد تقيد مطلقا ورد فيه، كالسنة التي بينت أن الذي يقطع في السرقة هي اليد اليمنى من الرسغ "وهو المفصل الذي بين الكف والساعد"، والآية مطلقة فيهما: (فاقطعوا أيديهما)، فإن اليد مطلق يحتمل اليمين والشمال، كما وأن القطع مطلق يحتمل أنه من الرسغ أو الكوع أو من أي موضع، وكذلك الحديث المبين لمقدار الوصية: (الثالث والثالث كثير)، فإنه مقيد لإطلاق قوله تعالى: (من بعد وصية يوصون بها أو دين)⁸⁵.

النوع الثالث: سنة جاءت بأحكام سكت عنها القرآن، مثل الأحاديث المبينة لميراث الجدة، وميراث بنت الابن مع البنت، والأخوات مع البنات، وصدقة الفطر، والمحرمات من الرضاع بعد أن اقتصر القرآن على النص على تحريم الأمهات والأخوات من الرضاعة، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج، وثبوت حق الشفعة لمن وجد عنده سببها، ووجوب الدية على العاقلة، ومنع القتال من الميراث، ومنع التوارث بين المسلم والكافر، وغير ذلك من الأحكام.

دلالة السنة على الأحكام: قلنا عن السنة من حيث ورودها قد تكون قطعية، كما في السنة المتواترة، وقد تكون ظنية كما في السنة غير المتواترة، أي سنة الآحاد والسنة المشهورة، وأما من جهة دلالتها على الأحكام فقد تكون ظنية أو قطعية، فهي كالقرآن من هذه الجهة.

وتكون الدلالة ظنية: إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى، أي يحتمل التأويل، فمن القطعية قوله عليه السلام: (في خمس من الإبل شاة)، فلفظ "خمس" يدل دلالة قطعية على معناه، ولا يحتمل غيره، فيثبت الحكم

لمدلول هذا اللفظ، وهو وجوب إخراج شاة زكاة عن هذا المال، ومن الظنية قوله عليه السلام: (لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب)، فهذا الحديث يحتمل التأويل، فيحوز أن يحمل على أن الصلاة لا تكون صحيحة مجزية إلا بفاتحة الكتاب، ويحتمل أن يكون المراد: أن الصلاة الكاملة لا تكون إلا بفاتحة الكتاب، وبالتأويل الأول أخذ الجمهور، وبالتأويل الثاني أخذ الحنفية.

تنوع التصرفات النبوية:

يمكن أن نقسم التصرفات النبوية إلى نوعين، تصرفات تشريعية، وهي التي يطلق عليها اصطلاحاً لفظ السنة، وتصرفات غير تشريعية لا تدخل في مسمى السنة.

أولاً : تصرفات تشريعية : وهي ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من تصرفات يقصد بها الإتيان والإقتداء، وهذه التصرفات التشريعية تنقسم بدورها إلى قسمين:

1- تصرفات بالتشريع العام : وهي تتوجه إلى الأمة كافة إلى يوم القيامة ، وهي نوعان :

أ- تصرفات بالتبليغ : وتتضمن التوجيهات والأحكام التي يبلغها الرسول عليه الصلاة والسلام عن الله تعالى، ودوره فيها إنما هو تبليغ ونقل محض، وهي في منزلة الوحي من كل وجه، وليس له صلى الله عليه وسلم فيها من الأمر شيء، كما أنه صلى الله عليه وسلم فيها معصوم عن الخطأ في التبليغ، لأن ذلك ينافي وظيفته الأساس ، وأوضح مثال على هذه التصرفات هو تبليغ الصلوات الخمس وأحكامها وسائر الشعائر التعبدية .

ب- تصرفات بالفتيا : وهي تشريع عام للأمة كلها، لأنها بيان للشرع، فهي إما وحي، أو اجتهاد على أساس الوحي مما لا يقر فيه الرسول صلى الله عليه وسلم على خطأ .

2- تصرفات بالتشريع الخاص : وهي مرتبطة بزمان أو مكان أو أحوال أو أفراد معينين، وليست عامة للأمة كلها، وهي ملزمة لمن توجهت إليهم فقط، وليس لغيرهم، يسميها بعض العلماء بالتصرفات الجزئية أو التشريعات الجزئية أو الخطاب الجزئي، ويدخل ضمنها تصرفان هما:

أ- التصرفات بالقضاء : وهو ما يحكم به صلى الله عليه وسلم بوصفه قاضياً حين الفصل بين المتخاصمين، وفق ما ظهر له من البيّنات والحجج والقرائن التي يدلي بها الخصوم في قضية من القضايا ، فهي بذلك أحكام خاصة، غير ملزمة لغيره صلى الله عليه وسلم، بل لأي قاض آخر أن يحكم في القضايا المشابهة باجتهاده بعد النظر في حجج الخصوم وملابسات الحادث. والدليل على أن النوع من التصرفات ليس تشريعاً عاماً ما روته أم سلمة رضي

الله عنها أن رسول الله قال: "إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار" ، فهذا الحديث دليل على أن تصرفه صلى الله عليه وسلم بالقضاء ليس وحياً، وإنما هو اجتهاد معرض للخطأ والصواب.

ب- التصرفات بالإمامة : وهي تصرفاته صلى الله عليه وسلم بوصفه إماماً للمسلمين ورئيساً للدولة يدير شؤونها بما يحقق المصالح ويدرك المفسد ويتخذ الإجراءات والقرارات الضرورية لتحقيق المقاصد الشرعية في المجتمع.

ج- التصرفات الخاصة : وهي التصرفات التشريعية التي تصدر عنه صلى الله عليه وسلم والتي هي خاصة بأشخاص معينين، ويخالف حكمها حكم عامها، وهي مشهورة لدى الفقهاء بقضايا الأعيان.

ثانياً: تصرفاته خير تشريعية : وهي تصرفات لا يقصد بها الإقتداء والإلتباع، لا من عموم الأمة ولا من خصوص من توجهت إليهم، وقد أحصينا منها عدة أنواع هي:

1 - ما صدر عنه صلى الله عليه وسلم بصفته البشرية فليس بسنة ولا حجة ويدخل في ذلك أقواله وأفعاله وتقريراته قبل البعثة لأنه لا تشريع فيها.

2 - ما صدر عنه باعتبار إنسانيته من قيام وقعود ونوم وأكل وشرب وغير ذلك من الأفعال فلا تعتبر تشريعاً، لكون هذه الأعمال صدرت عنه بصفته الإنسانية وليس بصفته التشريعية⁸⁶، ويطلق عليها العلماء الأفعال الجبلية⁸⁷، فهذه لا تدخل في باب التشريع إلا على اعتبار إباحتها في حق المكلفين، فلا تجب متابعتها الرسول في طريقة مباشرته لها.

إن مثل هذه الأعمال الجبلية إذا قام الدليل على أن المقصود من فعله الإقتداء فتكون تشريعاً بهذا الدليل وليس بمجرد صدوره عنه⁸⁸، كالأكل باليد اليمنى الذي ورد في الحديث: "يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك"⁸⁹.

3 - ما صدر عنه بمقتضى خبرته الإنسانية في الأمور الدنيوية والتي استقاها من تجاربه الخاصة في الحياة : كالتجارة، الزراعة، قيادة الجيش، وصف الدواء وغيره، فهذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً للأمة، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يلزم المسلمين.

وكان هذا واضحاً في ذهن الصحابة فكانوا يسألون هل هي من الوحي أم هي التجربة والحرب والمكيدة فقال صلى الله عليه وسلم : "بل هو الرأي والحرب والمكيدة".

قال الخباب: ليس هذا بمنزل، وأشار بإنزال الجند في مكان آخر قريب من الماء ليقطع على العدو الشرب⁹⁰، فأخذ الرسول بقوله.

4 - الخصوصيات: كل ما ثبت من خواصه وقام الدليل على ذلك فهو له وحده ولا تشاركه الأمة فيه، كاختصاصه بالزيادة في الزواج على أربع، وإباحة الوصال في الصيام واكتفائه في إثبات الدعوى بشهادة خزيمه وحده في مجال إثبات الواقعة - أما الحكم فهو تشريع⁹¹.

فالتصرفات التي خصه الله تعالى بها لا يشاركه فيها أحد من أمته، ولا يقتدى به فيها.

وهذا التقسيم للتصرفات النبوية له فوائد عديدة في فقه الدين وفي التعامل مع الأحاديث النبوية.

كما يظهر التقسيم الذي عرضناه وتفرعات العلماء والأصوليين حوله، أن تصرفات الرسول صلى الله عليه وسلم ليست كلها سنة للإلتباع والإقتداء، بل منها ما ليس إلا تعبيراً عن بشرية الرسول صلى الله عليه وسلم، ومنها ما هو اجتهاد محض في أمور السياسة أو في أمور الحياة اليومية، لكل هذا اعتبر شهاب الدين القرافي قاعدة الفرق بين التصرفات النبوية من الأصول الشرعية الجديرة بالمعرفة والاهتمام، فبعد أن سرد أنواع تصرفاته صلى الله عليه وسلم والفرق بينها قال: "وعلى هذا القانون وهذه الفروق يتخرج ما يرد عليك من هذا الباب من تصرفاته صلى الله عليه وسلم فتأمل ذلك فهو من الأصول الشرعية".

الأصل الثالث: الإجماع

مقدمة :

إن الحاجة الماسة إلى الحكم على القضايا الجديدة في عصر الصحابة، بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، هي التي كانت سببا في ولادة أو نشوء فكرة الإجماع عن طريق الاجتهاد الجماعي، احتياطا في الدين، وتوزيعا للمسؤولية على جماعة المجتهدين خشية تعثر الاجتهاد الفردي، أو وقوع المجتهد من الصحابة في الخطأ بالرغم من رفع الحرج والإثم عن الخطأ في الاجتهاد، وتشجيعا على التصدي للفتوى، بعد التثبت والتحري المطلوب.

وسبب هذا واضح وهو أنه كان طريق معرفة الأحكام الشرعية في حياة الرسول عليه السلام مأمون العاقبة، لتلقيها من مصدر النبوة ومعين الوحي الإلهي، فلم يكن من السهل إذن أمام الصحابي الفقيه أن يتصدر للاجتهاد مع أنه كان يخشى أيضا رواية الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم، وكان أبو بكر وعمر وبقية الخلفاء الراشدين يتشددون في قبول الحديث النبوي كما هو معروف، خوف الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأدى كل هذا الخوف إلى أن يجمع الخليفة الراشدي كبار الصحابة للتشاور فيما لم يجد فيه حكما للحادثة في القرآن أو في السنة النبوية، ومن هذه الاجتماعات نبتت فكرة الإجماع، وأصبح الحكم المجمع عليه متصفا بصفة الإلزام بالنسبة لبقية المسلمين، واحتاج العلماء بعدئذ إلى تأصيل كون الإجماع مصدرا تشريعا يلي في الدرجة القرآن والسنة.

إلا أن هذا المصدر الثالث ما يزال مفتقرا إلى غيره عند تكوينه، فهو يعتمد ويستند إلى المصدرين المتقدمين عنه، ويحتاج إلى دليل صريح أو إجمالي في القرآن أو في السنة لأن مصدر التشريع الوحيد في الإسلام هو الله سبحانه وتعالى، أو الوحي المعبر عنه في متلو القرآن، أو في بيان السنة النبوية، فلا يملك مجتهدو الأمة الإسلامية قديما وحديثا الاستقلال بالرأي والتشريع المستند إلى العقل المحض، كما يفعل واضعو القانون، وإنما مهمتهم الكشف عن حكم اله في القضية بواسطة الاجتهاد، والاجتهاد إن كان جماعيا فهو الإجماع، وإن كان فرديا فهو القياس ونحوه من الأدلة.

تعريف الإجماع:

أ - لغة: الإجماع في اللغة العزم والاتفاق.

فمن الأول قوله تعالى: "فأجمعوا أمركم"، وقوله عليه السلام: "لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل"، أي يعزم ويصمم عليه.

ومن الثاني (الاتفاق) قولهم: أجمع القوم على كذا، بمعنى اتفقوا عليه.

والفرق بين المعنيين: أن العزم يطلق على عزم الواحد، أما الاتفاق فلا بد فيه من متعدد.

ب - اصطلاحا: عرفه جمهور العلماء بأنه: "اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي".

فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية وقت حدوثها، وانفقوا على حكم فيها سمي اتفاقهم إجماعاً، واعتبر إجماعهم على حكم واحد فيها دليلاً على أن هذا الحكم هو الحكم الشرعي في الواقعة.

والمراد بالمجتهدين كل من بلغ درجة الاجتهاد، وهي الملكة التي يستطيع بها الشخص استنباط الأحكام من أدلتها، فيخرج بهذا القيد اتفاق العوام وكل من لم يبلغ درجة الاجتهاد، لأن هؤلاء إما لا رأي لهم كالعوام، وإما أن رأيهم غير معتبر كغيرهم، فلو انفرد مجتهد واحد في عصر لم ينعقد بقوله الإجماع، ولا يكون قوله ملزماً لغيره لأنه ليس دليلاً بل مجرد رأي يحتمل الصواب والخطأ وإن كان يلزمه العمل به في خاصة نفسه. والإضافة إلى أمة محمد يخرج اتفاق الأمم السابقة، لأنه ليس حجة في شريعتنا سواء قلنا إن اتفاقهم ليس إجماعاً أو أنه إجماع قبل نسخ شرائعهم.

وإنما قيل في التعريف بعد وفاة الرسول لأنه في حياة الرسول هو المرجع التشريعي وحده، فلا يتصور اختلاف في حكم شرعي ولا اتفاق، لأن رسول الله إن وافق الصحابة على ما اتفقوا عليه كان الحكم ثابتاً بموافقتهم لا بالإجماع، وإن خالفهم فلا اعتبار لاتفاقهم، لأن مصدر التشريع في عصره هو الوحي ولذلك لم يذكر الإجماع في حديث معاذ.

وفي عصر قيد لا بد منه، لأنه لو لم يقيد بذلك لأريد بالإجماع اتفاق المجتهدين في جميع العصور، وهو يؤدي إلى عدم تحقق الإجماع حتى تقوم الساعة، فلا يمكن جعله دليلاً وهو خلاف المتفق عليه من أنه دليل من الأدلة الشرعية.

وعلى حكم شرعي، وهو ما لا يدرك لولا خطاب الشارع، ليخرج الاتفاق على أمر لغوي أو عقلي أو عادي، لأن مثل هذه الاتفاقات ليست من الإجماع الذي هو دليل شرعي يحتج به، وقيدنا الحكم الشرعي بالاجتهادي لأن الإجماع لا يكون دليلاً معتبراً إلا في المسائل الاجتهادية، وهي التي فيها نص ظني أو ليس فيها نص أصلاً، أما ما فيه دليل قطعي من النصوص فهو ثابت به ولا حاجة إلى الإجماع في الكشف عنه.

أركان الإجماع:

يتبين من تعريف الإجماع أن أركانه التي لا ينعقد شرعاً إلا بتحققها أربعة :

الركن الأول: أن يوجد في عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين لأن الاتفاق لا يتصور إلا في عدة آراء يوافق كل رأي منها سائرهما، فلو لم يكن في العصر إلا مجتهد واحد رأى في أمر رأياً لم يكن قوله إجماعاً لأن الاتفاق لا يتحقق مفهومه، وليس بحجة أيضاً لأنه متى انتفت عنه صفة الإجماع صار رأياً فردياً لمجتهد، وليس ببعيد أن يخطئ، فلم يكن قوله حجة، ومن هذا لا إجماع في عصر الرسول لأنه المجتهد وحده.

الركن الثاني: " أن يتفق على الحكم الشرعي في الواقعة جميع المجتهدين من المسلمين وقت وقوعها، بصرف النظر عن بلدهم أو جنسيتهم أو طائفتهم، فلو اتفق على الحكم الشرعي في الواقعة مجتهدو الحرمين فقط أو مجتهدو العراق فقط أو مجتهدو آل البيت لا ينعقد شرعاً بهذا الاتفاق الخاص إجماع، لأن الإجماع لا ينعقد إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدي العالم الإسلامي في عهد الحادثة⁹²، وينتج عن ذلك مسائل:

1 - لا يعتبر اتفاق مجتهدى بلد واحد ولا صنف واحد من الأمة إجماعاً، إذ ليسوا مجتهدى الأمة، فلا

يصح ما نسب إلى مالك من اعتبار اتفاق أهل المدينة إجماعاً، ولا ما قاله بعضهم من أن اتفاق أهل الحرمين (مكة والمدينة)، أو أهل المصرين (الكوفة والبصرة) إجماع، ولا ما قيل من اتفاق الشيخين، أو الخلفاء الأربعة إجماع، ولا ما قاله الشيعة من أن اتفاق أهل البيت إجماع.

أما ما نسب إلى مالك فهو الاحتجاج بالعمل المشهور بالمدينة لأنه عمل قد توارثوه كابراً عن كابر، وقد أورد بعض الأحاديث الثابتة، وقد نازعه الجمهور في ذلك، وقالوا: عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار، فمن كانت السنة معهم فعملهم هو المتبع، وإذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض، ومن المعلوم أن الصحابة انتقل أكثرهم عن المدينة وتفرقوا في الأمصار، فكيف يكون عمل هؤلاء المتنقلين معتبراً متى كانوا في المدينة ويلغى اعتباره متى انتقلوا عنها؟ ولا امتياز لمن بقي في المدينة على من فارقتها فلم يبق إلا الدليل فهو المعتمد دون سواه.

ولا ريب أنه قد يجوز أن يخفى على أهل المدينة بعد مفارقة جمهور الصحابة لها - سنة من سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد حصل ذلك فعلاً، فإن كثيراً من الأحاديث التي رويت عن ابن مسعود وعلي ومعاذ وأبي موسى وغيرهم لم يروها أهل المدينة، فكيف تترك سنة لعمل من قد تخفى عليهم السنة⁹³.

"والصحيح عن مالك أن إجماع أهل المدينة المعتمد له شرطان:

أحدهما: أن يكون فيما لا مجال للرأي فيه.

الثاني: أن يكون من الصحابة أو التابعين لا غير ذلك، لأن قول الصحابي فيما لا مجال للرأي فيه من حكم المرفوع، فألحق بهم مالك التابعين من أهل المدينة فيما ليس فيه اجتهاد لتعلمهم ذلك من الصحابة، أما في مسائل الاجتهاد فأهل المدينة عند مالك فالصحيح عنه كغيرهم من الأمة، وحكي عنه الإطلاق وعلى القول بالإطلاق يتوجه الاعتراض السابق⁹⁴.

أما اتفاق الخلفاء الأربعة فليس بإجماع عند الجمهور، لأن الإجماع لا يكون إلا من الجميع، فالإجماع إنما يكون من الكل. وقيل إجماع وقيل حجة لا إجماع وهو أظهرها، وما نقل عن أحمد رحمه الله أنه لا يخرج عن قولهم إلا قول غيرهم لا يدل على أن قولهم إجماع. لأن الدليل قد يكون حجة وليس إجماعاً⁹⁵.

2- الإجماع من الأمة معتبر في كل عصر فالماضي لا يعتبر والمستقبل لا ينتظر، وكلية الأمة حاصلة

بالموجودين في كل عصر، وخالف الظاهرية في إجماع غير الصحابة وأوماً إليه أحمد، ويعتبر في الإجماع الغائب لا الميت.

الركن الثالث: أن يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه صريحاً في الواقعة سواء أكان إبداء الواحد منهم

رأيه قولاً بأن أفتى في الواقعة بفتوى، أو فعلاً بأن قضى فيها بقضاء، وسواء أبدى كل واحد منهم رأيه على انفراد وبعد جمع الآراء تبين اتفاقها، أم ابدوا آراءهم مجتمعين بأن جمع مجتدو العالم الإسلامي في عصر حدوث الواقعة وعرضت عليهم. وبعد تبادلهم وجهات النظر اتفقوا جميعاً على حكم و احد فيها. ويتفرع عن ذلك مسائل:

أولاً: إذا افترق أهل العصر فرقتين: إحداهما أيدت رأياً والثانية رأياً آخر في حكم، فهل يعتبر هذا إجماعاً منهم على أنه ليس في المسألة إلا أحد هذين الرأيين، فلا يجوز لمن بعدهم إحداث رأي ثالث. أو لا يعتبر إجماعاً؟ قال الجمهور⁹⁶: لا يجوز إحداث قول ثالث، لأن اختلافهم إلى القولين في قوة الإجماع على بطلان ما سواهما، فيكون إحداث القول الثالث حرق للإجماع. فهو ممنوع مطلقاً.

ثانياً: بمجرد صدور الفتوى من المجتهدين ينعقد الإجماع ولا يشترط لتحققه انقراض عصر المجمعين عند المحققين، فبذلك يخرج الحكم عن دائرة النزاع، فليس لأحدهم أن يرجع عنه، وإذا حدث مجتهدون في نفس العصر الذي انعقد فيه الإجماع لزمهم القول بذلك الحكم.

وقال أحمد بن حنبل وابن فورك: لا ينعقد الإجماع المستند إلى قياس إلا إذا انقضى عصر المجمعين، بخلاف المستند إلى دليل قاطع، واشترط بعضهم الانقراض في الإجماع السكوتي.

الركن الرابع: أن يتحقق الاتفاق من جميع المجتهدين على الحكم فلو اتفق أكثرهم لا ينعقد باتفاق الأكثر إجماعاً مهما قل عدد المخالفين وكثر عدد المتفقين، لأنه ما دام قد وجد اختلاف وجد احتمال الصواب في جانب والخطأ في جانب، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة ويترتب عليه:

- 1 - لا يعتبر العوام في انعقاد الإجماع، لأن العامي ليس أهلاً لطلب الصواب، إذ ليس له أدوات هذا الشأن، فهو إذا قال قولاً فإنما يقول بلا علم، ومثل هذا لا يعتبر وفاقه ولا خلافه، ومن العوام بالنسبة للأحكام الشرعية العلماء الذين علمهم في غير استنباط الأحكام من أدلتها، كالحسابيين والمهندسين والمتكلمين والنحويين (إلا إن كانت المسألة الموضوعية على بساط البحث مما لهذه العلوم دخل فيها).
- 2 - لا يعتبر في تحقيق الإجماع صدور الفتوى المتفوقة من عدد التواتر لأن الدليل السمعي على حجية الإجماع لا يوجب، وإنما يوجب أن كل مجتهد الأمة لا يتفقون على خطأ، ومجتهدو العصر مهما كان عددهم هم كل الأمة المعتبرة في الاستنباط.

حجية الإجماع:

إذا تحققت أركان الإجماع السابق ذكرها كان الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً إتباعه ولا يجوز مخالفته، وليس للمجتهدين في عصر تال أن يجعلوا هذه الواقعة موضع اجتهاد، لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه.

ولقد استدلل الجمهور الذي قال: إن الإجماع حجة بدليلين:

أولهما: الآثار الواردة بأن الأمة لا تجتمع على ضلالة، وبأن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، ولقد كان عمل الصحابة على أن ما يجمعون عليه حجة. ولقد روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: اجتمع رأيي ورأي عمر على عدم جواز بيع أمهات الأولاد والآن أرى بيعهن، فقليل له: رأيك مع عمر أولى من انفرادك، وأمهات الأولاد هن الإماء اللاتي ولدن أولادهن لمالكي رقبتهن فإنهن يعتقن بموت مالكنهن.

ولقد روى الشافعي في هذا أن عمر بن الخطاب خطب بالجابية من الشام فقال: "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فينا كمقامي فيكم، فقال: أكرموا أصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم يظهر الكذب حتى أن الرجل

ليحلف ولا يستحلف، ويشهد ولا يستشهد، ألا فمن سره بجمحة الجنة فليلزم الجماعة، فإن الشيطان مع الغد، وهو من الإثنين أبعد، ولا يخلون رجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهما، ومن سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن". وإن لزوم الجماعة هو إتباع ما اتفقت عليه.

الدليل الثاني: قوله تعالى: (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا).

إن هذا النص الكريم أثبت أن إتباع غير سبيل المؤمنين حرام، لأن من يفعل ذلك يشاقق الله ورسوله، ويصليه الله تعالى جهنم وساءت مصيرا. وإذا كان إتباع غير سبيل المؤمنين حراما فإن إتباع سبيلهم واجب ومن يخالفهم ويقرر نقيض رأيهم لا يكون متبعا سبيلهم، فإذا قالت الجماعة المؤمنة هذا حلال يكون غير متبع سبيلها من يقول هذا حرام، وإن ذلك هو إتباع ما يقضي به الإجماع، فالإجماع على هذا حجة يجب الأخذ بها في الاستنباط من نصوص الشرع.

مراتب الإجماع:

الإجماع من حيث كيفية حصوله نوعان:

أحدهما: الإجماع الصريح: وهو الذي اتفق جمهور الفقهاء على حجيته، وهو أن يصرح كل واحد من المجتهدين بقبول ذلك الرأي المنعقد عليه، أي أن كل مجتهد يصدر منه قول أو فعل يعبر صراحة عن رأيه.

وثانيهما: الإجماع السكوتي: وهو أن يبدي بعض مجتهدي العصر رأيهم صراحة في الواقعة بفتوى أو قضاء، ويسكت باقيهم عن إبداء رأيهم فيها بموافقة ما أبدى فيها أو مخالفته، وهو إجماع اعتباري لأن الساكت لا جزم بأنه موافق فلا جزم بتحقيق الاتفاق وانعقاد الإجماع، ولهذا اختلف الفقهاء في حجيته، وذهب علماء الحنفية إلى أنه حجة، ولكن دون الإجماع الصريح في القوة.

وحجة من لا يعتبره حجة شرعية:

1 - أنه لا ينسب لساكت قول: فلا يحمل مجتهد تبعة رأي لم يقله، وإذا اعتبرنا السكوت إجماعا، فقد حملنا ساكتا كلاما ونسبناه إليه وربما لا يرضى به.

2 - أنه لا يصح أن يعتبر السكوت موافقة لأن السكوت يحتمل أنه سكوت للموافقة، ويحتمل أنه سكت لأنه لم يجتهد في الموافقة، ويحتمل أنه اجتهد ولم يؤده اجتهاده إلى الجزم بشيء، ويحتمل أنه وصل إلى شيء ولكنه فضل التروي أمدا آخر حتى يطمئن كل الاطمئنان، ويحتمل أنه قطع بشيء ولكنه لم يرد أن يصادم المجتهد الآخر برأي مخالف للرأي المعلن خشية ومهابة.

ومع كل هذه الاحتمالات لا يمكن أن يعتبر السكوت حجة على اعتناق الرأي، وإذا لم يعتبر السكوت حجة على اعتناق الرأي الذي أعلن وأشهر فلا يكون حينئذ الإجماع السكوتي حجة. ودليل من قال أنه إجماع:

1 - إن السكوت في ذاته لا يعد حجة إلا بعد التروي أو التفكير، ومضي فترة لهذا التروي وذلك التفكير وتقلب الأمر من كل نواحيه، فإذا سكت بعد ذلك فهو سكوت في موضع البيان ووقته، والسكوت في موضع البيان بيان.

2 - أن النطق من كل أهل الفتوى متعذر غير معتاد، بل المعتاد في كل عصر أن يتولى الكبار الفتوى ويسلم الباقيون.

3 - أن السكوت بعد العرض مع التروي والتفكير يعد من المجتهد حراما إذا كان يخالف ذلك، وفرض الخير يجعلنا نعتبر سكوته رضا، وإلا كان آثما إذا لم ينطق بالحق الذي يراه، واحتمال المخالفة مع السكوت احتمال غير ناشئ عن دليل فلا يلتفت إليه، ولا يسقط القطعية، وإنما الاحتمال الذي يسقط الاستدلال هو الاحتمال الناشئ عن دليل.

سند الإجماع:

لا بد للإجماع من سند، لأن الفتوى بدون المستند خطأ لكونه قولاً في الدين بغير علم، والأمة معصومة عن الخطأ، "ولأن حق إنشاء الشرع لله تعالى، وللنبي الذي يوحي إليه تعالى، وعلى ذلك لا بد أن يكون للإجماع من مستند يعتمد عليه من الأصول العامة للفقهاء الإسلامي، ولقد كان الصحابة في المسائل التي أجمعوا عليها يبحثون عن سند يبنون عليه آراءهم التي اجمعوا عليها، ففي مسألة ميراث الجدة اعتمدوا على خبر المغيرة بن شعبة، وفي الإجماع على تحريم الجمع بين المحارم اعتمدوا على ما رواه أبو هريرة، وفي إجماعهم على اعتبار الإخوة لأب إذا لم يكن إخوة أشقاء اعتمدوا على تفسير النبي صلى الله عليه وسلم ودخولهم في عموم الإخوة"⁹⁷. وإذا ثبت الإجماع على حكم في مسألة فإنه يكون حكماً قطعياً، وقد يكون السند الذي قام عليه الإجماع ظنياً، فمثلاً أجمع الفقهاء على أن الجمع بين المحارم حرام، وذلك حكم قطعي لا مجال للاحتمال فيه، ولكن سند الإجماع ظني، وهو الحديث النبوي: "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"، وكذلك ثبت ميراث الجدة بالإجماع وهو قطعي، وإن كان سند الإجماع خبراً أحادياً، وهو ما قرره المغيرة بن شعبة أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس، فعمل الإجماع رفع السند من مرتبة الظنية إلى مرتبة القطعية إذا تبين من الإجماع أنه لا خبر عن النبي يخالف ما أجمعوا عليه، وبهذا يدفع اعتراض من يقول: إذا كان الإجماع لا بد أن يبنى على سند من نص أو قياس فالحجج في السند لا في الإجماع نفسه، فنقول: إن الإجماع قوى الحجج في السند فرفعه من مرتبة الظني إلى مرتبة القطعي، فإذا كان السند حديثاً أحادياً لا يثبت إلا ظناً، فقد صار الإجماع على معناه والاستدلال به منتجاً قطعياً"⁹⁸.

مرونة الإجماع:

من حقق النظر في منشأ فكرة الإجماع في التشريع الإسلامي، وفي كيفية الإجماع الذي انعقد في أول مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول، وفي تقدير الجمع بين ما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع أحصب مصدر تشريعي يكفل تجدد التشريع، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل ما يقع فيها من حوادث وما يحدث لها من وقائع، وأن تسير به الأزمان، ومختلف المصالح في مختلف البيئات، ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه

في تدبير شؤون المسلمين الشورى وأن لا يستبد أولو الأمر منهم بتدبير شؤونهم سواء أكانت تشريعية أم سياسية أم اقتصادية أم إدارية أم غيرها من الشؤون، وكانت من الحكمة والمصلحة أن يستمر هذا النظام، وأن يكون إلى جانب كل خليفة أو ولي من خلفاء المسلمين وولاية أمورهم جماعة تشريعية مكونة من رؤوس المسلمين وخيارهم يرجع إليهم في حكم ما يجد من الحوادث مما ليس فيه قرآن ولا سنة ويعمل بما اتفقوا عليه، وأن يتطور هذا النظام بوضع نظام لاختيار أعضاء هذه الجماعة ممن يوثق بعلمهم بالدين وبصرهم بشؤون الحياة، ونظام لكيفية اجتماعهم وتشاورهم وقانونية الحكم الذي اتفقوا عليه، وقد تنبه لهذا بعض ملوك الدولة الأموية بالأندلس في القرن الهجري الثاني، فقد كونوا جمعية من العلماء لاستشارتهم في التشريع، وكثيرا ما أخذت هذه الجمعية برأي مخالف المذهب السائد في بلادهم وهو مذهب الإمام مالك، وكون بعض سلاطين الحكومة العثمانية في أواخر القرن الهجري الثالث عشر جمعية من كبار العلماء كلفوا بوضع قانون في المعاملات المدنية تكون مأخذ الفقه الإسلامي ولو من غير المذاهب المعروفة متى كان الحكم يتماشى وروح العصر وقد سن هؤلاء القانون المسمى "مجلة الأحكام العدلية" وابتدأ العمل به في سنة 1293هـ.

ولكن الحكومات الإسلامية في العصر الحالي ما سارت على هذا النظام ولا عملت به، وبهذا جمد التشريع الإسلامي ووقف عن مماشاة الزمن وعن التطور بتطور المسلمين، وزاد هذا الجمود تحجرا أن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل إلى أن تتحقق في الوجود، فكأنهم أرادوا إجماعا عالميا قطعيا في الحكم الذي ينعقد، لا ما أراده الرسول حين قال لعلي: "اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد"، فهو إنما أراد أن يستشير أهل العلم ليكون الرأي للجماعة لا للفرد، وأبو بكر لما جمع رؤوس المسلمين وخيارهم جمع من أمكن جمعهم من الموجودين منهم بالمدينة وبالقرب منه، وما روي أنه بعد أن جمع من المدينة من رؤوس المسلمين وخيارهم أرجأ الفصل فيما عرض عليه حتى يأخذ رأي رؤوس الصحابة الذين كانوا بمكة واليمن والشام وفي ميادين الجيوش وولاية الأمصار، وكذلك عمر، فالإجماع الذي رسموا سورته إجماع فرضي وهو غير الإجماع الذي انعقد غب عهد الصحابة، ولذا قال فريق من العلماء أنه غير ممكن انعقاده وما انعقد فعلا، حتى بالغ بعضهم وقال إنه غير ممكن عقلا، أي لا يتصور في العقل وجوده، ولعل هذه الصورة غير الحقيقية للإجماع هي التي رأها من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامي⁹⁹.

الأصل الرابع: القياس

تعريفه:

أ- لغة: القياس معناه في اللغة العربية التقدير للشيء بما يماثله، يقال: قاس الثوب بالمتري أي قدر أجزائه به. ويطلق القياس على التسوية لأن تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما، ومنه فلان لا يقاس بفلان أي لا يسوى به. ب- اصطلاحاً: هو "تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة دل على حكمها نص في الحكم الذي دل عليه النص لتساوي الواقعتين في علته"¹⁰⁰.

وتوضيح هذا أن جمهور المسلمين متفقون على أن أحكام الشرع التي وردت بها النصوص لم تشرع عبثاً، وإنما شرعت لتحقيق مصالح العباد، فإذا كانت هذه الأحكام مما لا سبيل للعقل إلى إدراك المصالح التفصيلية التي شرعت لتحقيقها كأحكام العبادات فهذه أحكام تعبدية، وعلى المكلف أن ينفذها كما وردت بها النصوص، ولا يتجاوز بها وقائع نصوصها، وإذا كانت هذه الأحكام مما للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التي شرعت لتحقيقها والعلل التي بنيت عليها لأنها مظان تلك المصالح، فعلى المكلفين أن ينفذوها في وقائع نصوصها، وعلى المجتهدين أن يتعرفوا المصلحة التي قصدتها الشارع من الحكم والعلة الظاهرة التي ربط الشارع الحكم بها، لأن في هذا الربط تحقيق تلك المصلحة، حتى إذا عرضت لهم واقعة غير واقعة النص وتبين لهم أن تلك العلة متحققة فيها حكموا فيها بحكم واقعة النص لتحقيق المصلحة التي قصدتها الشارع، مثلاً ورد في الحديث: "لا يرث القاتل"، دل هذا الحديث على حكم وهو المنع من الإرث في واقعة وهي الوارث القاتل لمورثه، فإذا وصل المجتهد باجتهاده إلى أن المصلحة التي قصدتها الشارع بهذا الحكم هي منع الإنسان من أن يتعجل الشيء قبل أوانه، وحرمان الجرم من أن يستفيد من إجرامه، ووصل إلى أن العلة الظاهرة التي ربط الشارع بها الحكم هي القتل، لأن في ربط المنع بالقتل تحقيق تلك المصلحة، ثم عرضت له واقعة الموصى له: القاتل للموصى، والموقوف عليه القاتل للواقف، ورأى أن الحكم فيهما بما حكم به في الوارث القاتل يحقق مصلحة الشارع، سوى الموصى له القاتل للموصى، والموقوف عليه القاتل للواقف بالوارث القاتل للمورث في الحكم لتساويهم في علته، ومنع الموقوف عليه القاتل للواقف من الاستحقاق في الوقف بالقياس.

ومن هذا تبين أن عملية القياس تبتدئ باستخراج علة حكم الواقعة التي ورد النص بحكمها، وهذا يسمى تخريج المناط¹⁰¹، ثم يليه البحث في تحقيق هذه العلة في الواقعة التي لم يرد نص بحكمها، وهذا يسمى تحقيق المناط، ثم يلي هذا الحكم بأن الواقعتين متساويتان في العلة، ويبني على هذا تسوية الواقعتين في الحكم، وهذا هو المقصود من القياس.

فالواقعتان أمران معلومان لأنهما حادثتان إحداهما منصوص على حكمها والأخرى غير منصوص على حكمها، والحكم الذي ورد به النص معلوم، والذي استكشفه المجتهد باجتهاده هو علة حكم النص وتحقيقها في الواقعة العارضة، والذي وصل إليه هو التسوية بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علته"¹⁰². والقياس كما هو في الشريعة الإسلامية معمول به في القوانين الوضعية، ومن أمثلته فيهما:

1 - أن شرب الخمر واقعة ثبت بالنص حكمها، وهو التحريم الذي دل عليه قوله تعالى: (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) لعلة هي الإسكار، فكا نببذ توجد فيه هذه العلة يسوى بالخمر في تحريمه ويحرم شربه.

2 - قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص حكمها، وهو منع القاتل من الإرث الذي دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث القاتل" لعلة هي أن قتله فيه استعجال الشيء قبل أوانه، فيرد عليه قصده ويعاقب بجرمانه. وقتل الموصى له للموصي توجد فيه هذه العلة فتقاس بقتل الوارث مورثه، ويمنع القاتل للموصي من استحقاق الموصى به له.

3 - البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة واقعة ثبت بالنص حكمها وهو الكراهة التي دل عليها قوله سبحانه وتعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع) لعلة هي شغله عن الصلاة، والإجارة أو الرهن أو أية معاملة وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة توجد فيه هذه العلة وهي شغلها عن الصلاة، فتقاس بالبيع في حكمه وتكره وقت النداء للصلاة.

4- الورقة الموقع عليها بالإمضاء واقعة ثبت حكمها بالنص، وهو أنها حجة على الموقع الذي دل عليه نص القانون المدني، لعلة هي أن توقيع الموقع دال على شخصه، والورقة المبصومة بالأصبع توجد فيها هذه العلة فتقاس بالورقة الموقع عليها في حكمها، وتكون حجة على باصمها.

"هذا وإن الملاحظ في القوانين الحاضرة أن نصوصها كلها معللة، وأن القياس يجري فيها، والأصل فيها أن تكون معللة، لأنها من عمل الناس، فلا بد من باعث على شرعيتها وتعرف العلة فيها، وهذا الكلام على إطلاقه بالنسبة للقوانين المدنية.

أما بالنسبة لقوانين العقوبات فإن القياس فيها ليس متسع الآفاق، كالقانون المدني لأن القاعدة عندهم أنه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص"، ولكن في دائرة ضيقة يقاس في العقوبات، إذا كانت العلة واضحة بينة كعقوبة خيانة الأمانة في العقود التي تثبت فيها الخيانة، ولكن لا يقاس في الجرائم، فليس لقاض أن يحكم باعتبار شرب الخمر جريمة لأنها تشترك في العلة مع الحشيش في التأثير على العقل، ولا يصح عندهم أن تقاس جريمة الزنى بذات الرحم المحرم على الزنا بالزوجة"¹⁰³.

حجة القياس:

ذهب جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعية على الأحكام العملية، وأنه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية، بحيث إذا لم يوجد في الواقعة حكم بنص أو إجماع وثبت أنها تساوي واقعة نص على حكمها في علة هذا الحكم فإنها تقاس بها ويحكم فيها بحكمها، ويكون هذا حكما شرعيا، ويسع المكلف إتباعه والعمل به، وهؤلاء يطلق عليهم: مثبتو القياس.

ومذهب النظامية والظاهرية وبعض فرق الشيعة أن القياس ليس حجة شرعية على الأحكام، وهؤلاء يطلق عليهم: نفاة القياس.

مثبتي القياس الذين يحتجون به :

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

1 - أما القرآن فأظمر ما استدلوا به من آياته ثلاث آياته:

الآية الأولى: قوله تعالى في سورة النساء: (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم، فإن

تنازعتم في شيء فردوه إلى الله وإلى الرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً).

الآية الثانية: قوله تعالى في سورة الحشر: (هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر،

ما ظننتم أن يخرجوا، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا، وقذف في قلوبهم الرعب، يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين، فاعتبروا يا أولي الأبصار)، وموضع الاستدلال قوله سبحانه (فاعتبروا).

ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وما حاق بهم من

حيث لم يحتسبوا، قال فاعتبروا يا أولي الأبصار أي فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم

الآية الثالثة: قوله تعالى في سورة يس: (قل يحییها الذي أنشأها أول مرة) جواباً لمن قال: (من يحي العظام وهي

رميم)، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدل بالقياس على ما أنكره منكمو البعث، فإن الله سبحانه

قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق

الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده، بل هذا أهون عليه، فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجية القياس

وصحة الاستدلال به، وهو قياس في الحسيات ولكنه يدل على أن النظر ونظيره يتساويان.

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها في دلالتها أن الله سبحانه في عدة آيات من آيات

الأحكام قرن الحكم بعلته.

2 - أما السنّة فأظمر ما استدلوا به منها دليلان:

الأول: حديث معاذ بن جبل الذي رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن

قال له : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم

أجد أجتهد رأيي ولا ألو. فضرب رسول الله صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول

الله. ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذاً على أنه يجتهد رأيه إذا لم يجد نصاً يقضي به في

الكتاب والسنّة، والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس لأنه نوع من

الاجتهاد والاستدلال، والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع.

والثاني: ما ثبت في صحاح السنّة من أن رسول الله في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوح إليه

بحكمها، استدل على حكمها بطريق القياس، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريعاً لأئمة، ولم يقم دليل على

اختصاصه به، فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول، ولأئمة فيه أسوة. فالقائسون يقتدون برسول الله.

وورد أن جارية خثعمية قالت: يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يحج، إن

حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم، قال

فدين الله أحق بالقضاء.

وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال، فقال له الرسول : أرأيت لو تميمضت من الماء وأنت صائم؟ قال عمر : قلت لا بأس بذلك، قال فَمَهْ¹⁰⁴.

وورد أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود، فقال له الرسول هل لك من إبل؟ قال : نعم، قال : ما ألوانها؟ قال : حمر، قال : هل فيها أورك¹⁰⁵؟ قال : نعم، قال : فمن أين؟ قال : لعله نزعة عرق، قال : وهذا لعله نزعة عرق. وفي الجزء الأول من إعلام الموقعين أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول.

3- وأما أفعال الصحابة وأقوالهم: فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية. فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها، ويقىسون بعض الأحكام على بعض، ويعتبرون النظر بنظيره، قاسوا الخلاف على إمامة الصلاة، وبايعوا أبا بكر بها، وبينوا أساس القياس بقولهم: رضيه رسول الله لدينا، أفلا نرضاه لدينانا؟ وقاسوا خليفة الرسول على الرسول فحاربوا مانعي الزكاة الذين منعوها استنادا إلى أنها كان يأخذها الرسول، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه: (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) وقال عمر بن الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري: "ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس بين الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق"، وقال علي بن أبي طالب: "ويعرف الحق بالمقايسة عند ذوي الألباب"، ولما سمع ابن عباس نهي الرسول عن بيع الطعام قبل أن يقبض، قال لا أحسب كل شيء إلا مثله، وقد نقل ابن القيم في الجزء الثاني من أعلام الموقعين عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفتوا فيها باجتهادهم وكان مدار اجتهادهم على القياس، وما أنكر الرسول في حياته على من اجتهد من صحابته، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاده بالرأي وقياس الأشياء بالأشياء، فإنكار حجية القياس تخطئة لما سار عليه الصحابة في اجتهادهم، وقرروه بأفعالهم وأقوالهم.

4 - وأما المعقول فأظمر أحكامهم منه ثلاثة.

أولها: أن الله سبحانه وتعالى ما شرع حكما إلا لمصلحة، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من

تشريع الأحكام، فإذا ساوت الواقعة المسكوت عنها الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم، التي هي مظنة المصلحة، قضت الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقا للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يجرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده، ويبيح نبيذا آخر فيه خاصية الخمر، وهي الإسكار، لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر.

وثانيها: أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية، فلا

يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها مصادر تشريعية لما لا يتناهى، والقياس هو المصدر التشريعي الذي يسائر الوقائع المتجددة، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث، ويوفق بين التشريع والمصالح.

وثالثها: أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح، ويبنى عليه العقلاء أحكامهم، فمن

نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل سام، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلما لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره، ولا يعرف بين الناس اختلاف في أن ما جرى على أحد المثلين يجري على الآخر. وأن التفريق في الحكم بين المتساويين في أساسه ظلم.

أركان القياس:

كل قياس يتكون من أركان أربعة :

- 1 - **الأصل**: وهو ما ورد بحكمه نص ويسمى المقيس عليه، والمحمول عليه، والشبه به.
- 2 - **الفرع**: وهو ما لم يرد بحكمه نص، ويراد تسويته بالأصل في حكمه، ويسمى المقيس والمحمول عليه والمشبه.
- 3 - **حكم الأصل**: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد أن يكون حكما للفرع.
- 4 - **العلة**: وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل، وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه. فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه، وهو قوله تعالى: (فاجتنبوه) الدال على تحريم شربه لعله هي الإسكار، ونبذ التمر فرع لأنه لم يرد نص بحكمه، وقد ساوى الخمر في أن كلا منهما مسكر فسوي به في أن يجرم.

ولكل من هذه الأركان شروط لا يتم القياس بدونها.

1 - شروط الأصل:

إن الأصل الذي يبنى عليه القياس يجب أن يكون عند الأكثرين من الفقهاء نصا أو إجماعا فلا يقاس على حكم ثبت بالقياس.

والسبب في هذا القصر أن النصوص هي الأصل الذي يرجع إليه، وغيره مهما يكن يعتمد على النصوص في حجته، ولذلك يجب أن تكون هي وحدها أساس القياس الذي بني عليه. ومن جهة أخرى فإن النصوص هي التي تومئ باشتقاقها ومناسبتها وما نزلت فيه إلى الوصف الذي اعتبر علة الحكم، فمن إشاراتها تتبين العلة، ومن جهة ثالثة فإن القياس طبيعته رد إلى الكتاب والسنة، فهو ليس إلا إعمالا للنصوص في أوسع مدى، وإن ذلك يقتضي أن لا يعتمد في القياس إلا على النصوص حتى لا يكون لنفاة القياس مورد لاعتراض.

2 - شروط الفرع:

الفرع كما ذكرنا هو الواقعة التي يراد معرفة حكمها بالقياس على الأصل، ويشترط فيها :

- أ - أن يكون الفرع غير منصوص على حكمه، إذ لا قياس في موضع النص، إذ القياس طبيعته إلحاق غير منصوص عليه بمنصوص عليه، فيكون من غير المعقول أن يثبت القياس مع وجود النص.
- ب - أن تتحقق العلة في الفرع بأن تكون متساوية في تحققها بين الفرع والأصل، فإذا كانت العلة في تحريم الخمر هي الإسكار، فكل شراب أو طعام يثبت أن من شأنه الإسكار كالخمر يكون حراما، فإذا لم يكن من شأنه الإسكار ولكن عرض لبعض الناس أن نالته غيبوبة أو ما يشبه الغيبوبة بسبب تناوله لحال نفسية في الشخص أو لحال عارضة لذلك النوع من الشراب أو الطعام فإنه لا يجرم كالخمر لعدم المساواة في العلة، إذ أن الخمر والأنبذة من شأنها الإسكار، وهذا النوع من الشراب أو الطعام ليس من شأنه الإسكار.

شروط حكم الأصل:

ليس كل حكم شرعي ثبت بالنص في واقعة يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى، بل يشترط

في الحكم الذي يعدى إلى الفرع بالقياس شروط :

أ - أن يكون حكماً شرعياً عملياً، فالقياس الفقهي لا يكون إلى في الأحكام العملية، لأن هذه هي موضوع الفقه بشكل عام.

ب - أن يكون حكم الأصل مما للعقل سبيل إلى إدراك علته، لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علته لا يمكن أن يعدى بواسطة القياس لأن أساس القياس إدراك علة الأصل، وإدراك تحققها في الفرع. وتوضيح هذا الشرط : أن الأحكام الشرعية العملية جميعها إنما شرعت لمصالح الناس ولعلل بنيت عليها، وما شرع حكم منها عبثاً لغير علة، غير أن الأحكام نوعان: أحكام استأثر الله بعلم علقها ولم يمهّد السبيل لإدراك هذه العلق ليلو عباده ويختبرهم، هل يمتثلون وينفذون ولو لم يدركوا ما بني عليه الحكم من علة، وتسمى هذه الأحكام : التعبدية أو غير معقولة المعنى، ومثالها : تحديد عدد الركعات في الصلوات الخمس، وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة، ومقادير ما يجب فيه. وهناك أحكام لم يستأثر الله بعلم علقها بل أرشد العقول إلى علقها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاعتداء بها، وهذه تسمى الأحكام المعقولة المعنى، وهذه هي التي يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس.

وعلى هذا لا قياس في العبادات والحدود وفروض الإرث وأعداد الركعات.

ج - أن يكون حكم الأصل غير مختص به وأما إذا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدى بالقياس إلى غيره.

ولا يكون حكم الأصل مختصاً به إلا في حالتين:

الأولى: إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها في غير الأصل كقصر الصلاة للمسافر، فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع المشقة، ولكن علته السفر، والسفر لا يتصور وجوده في غير المسافة، وكذلك إباحة المسح على الخفين حكم معقول المعنى لأن فيه تيسير ورفع الحرج، ولكن علته لبس الخفين، ولا يتصور وجودها في غير لبسهما.

والثانية: إذا دل دليل على تخصيص حكم الأصل به مثل الأحكام التي دل الدليل على أنها مختصة بالرسول كتزوجه بأكثر من أربع زوجات، وتحريم الزواج بإحدى زوجاته بعد موته، ومثل الاكتفاء في القضاء بشهادة خزيمة بن ثابت وحده بقول الرسول: "من شهد له خزيمة فهو حسبه"، فإن النصوص التي وردت في القرآن والسنة دالة على أنه لا يباح التزوج بأكثر من أربع، وعلى أن المتوفى عنها زوجها بعد انقضاء عدتها يحل لها أن تتزوج، وعلى أنه لا بد في الشهادة من رجلين أو رجل وامرأتان، وهي أدلة على تخصيص الحكم بالرسول وخزيمة.

4 - العلة: وهي أهم الأركان لأن علة القياس هي أساسه، وبحوثها أهم البحوث في القياس.

أ - تعريف العلة: هي وصف في الأصل بني عليه حكمه، ويعرف به وجود هذا الحكم في الفرع، فالإسكار وصف في الخمر بني عليه تحريمه، ويعرف به وجود التحريم في كل نبذ مسكر¹⁰⁶، والاعتداء وصف في ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه بني عليه تحريمه، ويعرف به وجود التحريم في استئجار الإنسان على استئجار أخيه، وهذا هو مراد الأصوليين بقولهم: العلة هي المعرف للحكم، وتسمى العلة: مناط الحكم، وسببه وأمارته.

بج - الفرق بين العلة والحكمة:

من المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله سبحانه ما شرع حكما إلا لمصلحة عباده، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم وإما دفع ضرر عنهم، فالباعث على تشريع أي حكم شرعي هو جلب منفعة للناس أو دفع ضرر عنهم، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه وهو حكمة الحكم، فإباحة الفطر للمريض في رمضان حكمته دفع الضرر عنه، وإيجاب القصاص من القاتل عمدا عدوانا حكمته حفظ حياة الناس، وإيجاب قطع يد السارق حكمته حفظ أموال الناس، وإباحة المعاوضات حكمته دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، فحكمة كل حكم شرعي تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة.

وكان المتبادر أن يبنى كل حكم على حكمته، وأن يربط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها، لأنها هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه، ولكن رأي بالاستقراء أن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمرا خفيا غير ظاهر، أي لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه، مثل إباحة المعاوضات التي حكمته دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم، فالحاجة أمر خفي، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة لحاجة أو لغير حاجة، ومثل ثبوت النسب بالزوجية الذي حكمته هو الاتصال الجنسي المفضي إلى حمل الزوجة من زوجها، وهذا أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه، وقد تكون الحكمة أمرا تقديريا أي أمرا غير منضبط فلا ينضبط بناء الحكم عليه ولا ربطه به وجودا وعدمه، ومثال هذا: إباحة الفطر في رمضان للمريض، حكمته دفع المشقة، وهذا أمر تقديري يختلف باختلاف الناس وأحوالهم، فلو بني الحكم عليه لا ينضبط التكليف ولا يستقيم، وكذلك استحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكمته دفع الضرر وهو أمر تقديري غير منضبط، فلأجل خفاء حكمة التشريع في بعض الأحكام، وعدم انضباطها في بعضها، لزم اعتبار أمر آخر يكون ظاهرا منضبطا يبنى عليه الحكم ويربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ويكون مناسبا لحكمته، بمعنى لأنه مظنة لها وإن كان بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها، وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه لأنه مظنة لحكمته، ولأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها، هو المراد بالعلة في اصطلاح الأصوليين، فالفرق بين علة الحكم وحكمته هو أن حكمة الحكم هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه، وهي المصلحة التي قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها، أما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بني الحكم عليه ويربط به وجودا وعدمه، لأن الشأن في بنائه عليه ويربطه به أن يحقق حكمة التشريع الحكم، فقصر الصلاة الرباعية للمسافر حكمته التخفيف ودفع المشقة، وهذه الحكمة أمر تقديري غير منضبط لا يمكن بناء الحكم عليه وجودا وعدمه، فاعتبر الشارع السفر مناطا للحكم وهو أمر ظاهر منضبط وفي جعله مناطا للحكم مظنة تحقيق حكمته، لأن الشأن في السفر أنه توجد فيه بعض المشقات، فحكمة قصر الصلاة الرباعية للمسافر دفع المشقة عنه، وعلته السفر.

وما دام الحكم الشرعي يبنى على علة لا على حكمته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوي الأصل والفرع في العلة لا في الحكمة، وعلى القاضي أن يقضي بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن

الحكمة، فإذا قضى بالشفعة لغير شريك ولا جار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشتري فهو خاطئ، وإذا رفض الحكم باستحقاق الشفعة لشريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشتري فهو خاطئ

ج - شروط العلة:

الأصل الذي ورد النص بحكمه قد يكون مشتملا على عدة أوصاف وخواص، وليس كل وصف في الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه، بل لا بد في الوصف الذي يعلل به حكم الأصل من أن تتوفر فيه جملة شروط، وهذه الشروط استمدها الأصوليون من استقراء العلل المنصوص عليها، ومن مراعاة تعريف العلة ومن الغرض المقصود من التعليل، ومن تعدية الحكم إلى الفرع، وبعض هذه الشروط اتفقت على اشتراطها كلمة الأصوليين، وبعضها لم تتفق عليها كلمتهم، وجملة الشروط هي:

أولها: أن تكون وصفا ظاهرا، "ومعنى ظهوره أن يكون محسا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة، لأن العلة هي التي يعرف وجود الحكم في الفرع بوجودها، فلا بد أن تكون أمرا ظاهرا يدرك بالحس في الأصل، ويتحقق بالحس من وجوده في الفرع، كالإسكار الذي يدرك بالحس في الخمر، ويتحقق بالحس من وجوده في نبيذ آخر مسكر.

فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فلا يعلل ثبوت النسب بمحصول نطفة الزوج في رحم زوجته بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح، ولا يعلل نقل الملكية في البدلين بتراضي المتبايعين بل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول"¹⁰⁷، وهكذا كلما كانت العلة أمرا باطنيا نفسيا أقام الشارع أمرا ظاهرا يدل عليه.

وثانيها: أن تكون وصفا منضبطا، "أي لا يختلف باختلاف الأشخاص ولا باختلاف الأحوال ولا باختلاف البيئات بحيث يكون محدود المعنى في كل ما يتحقق فيه، فالسكر علة تحريم الخمر باعتبارها من شأنها أن تسكر عادة، وذلك أمر ثابت في ذاتها، وإن لم تسكر في بعض الأحيان فليس ذلك إلا لحال خاصة بالشخص لا ينافي أن من شأنها الإسكار، وكذلك الشركة سبب لطلب الشفعة، ولا يناط طلب الشفعة بالضرر من المشتري الجديد لأن ذلك غير منضبط"¹⁰⁸، وكذلك جميع الأوصاف المرنة غير المضبوطة التي تختلف اختلافا بينا باختلاف الظروف والأفراد والأحوال لا يصح التعليل بها. وهذا هو الفارق بين العلة والحكمة، فإن الحكمة غير منضبطة، فينيط الشارع الحكم بأمر منضبط هو مظنة تحقق الحكمة.

ثالثها: أن تكون أمرا مناسبا، ومعنى مناسبه أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم، أي أن ربط الحكم به وجودا وعدمه من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع بتشريع الحكم من جلب نفع أو درء ضرر لأن الباعث الحقيقي على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه هو حكمته، ولو كانت الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هي علة الأحكام، لأنها هي الباعثة على تشريعها، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام وعدم انضباطها في بعضها، أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها، وما ساع اعتبار هذه الأوصاف عللا للأحكام ولا أقيمت مقام حكمها إلا لأنها مظنة لهذه الحكم. فإذا لم تكن مناسبة ولا ملائمة لم تصلح علة للحكم، فالإسكار مناسب لتحريم الخمر لأن في بناء التحريم عليه حفظ العقول، والقتل العمد العدوان مناسب

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

لهذا لا يصح التعليل بالأوصاف غير المناسبة وتسمى بالأوصاف الطردية أو الاتفاقية التي لا تعقل علاقة لها بالحكم ولا بحكمته كلون الخمر، أو كون السارق أسمر اللون مثلا، أو كون المفطر عمدا في رمضان أعرابيا، ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها إذا طرأ عليها في بعض الجزئيات ما ذهب بمناسبتها، وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع، فصيغة البيع من المكروه لا تصلح علة لنقل الملكية، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا تصلح علة لثبوت النسب، وبلوغ من بلغ مجنوناً لا يصلح علة لزوال الولاية النفسية عنه لأن البيع والزواج والبلوغ في هذه الجزئيات ليس مظنة ولا مناسبة¹⁰⁹.

رابعها: أن لا تكون وصفا قاصرا على الأصل، ومعنى هذا أن تكون وصفا يمكن أن يتحقق في عدة أفراد ويوجد في غير الأصل، لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع، فلو علل بعله لا توجد في غير الأصل لا يمكن أن تكون أساسا للقياس، ولهذا لما عللت الأحكام التي هي من خصائص الرسول بأنها لذات الرسول لم يصح فيها قياس، ولذلك قرر فقهاء الحنفية أن العلة لا تكون إلا متعدية حتى يمكن أن يتكون منها قياس، بينما الشافعية قرروا جواز أن تكون قاصرة، وحثتهم في ذلك أن الحكم يتبع العلة في محل النص كما هو في الأصل، وقد يكون التعليل لإفادة تعلق الحكم بالوصف، ولو لم يكن ذلك الوصف متعديا ووجه قول الحنفية أن الحكم في موضع النص ثابت بالنص لا بالعلة، لأن إضافة الحكم في موضع النص إلى العلة في معنى الإبطال للنص، وفائدة تعرف العلة هو التعدية إلى موضع لا نص فيه¹¹⁰، فإذا كانت غير متعدية بل خاصة بالأصل ولا يمكن وجودها في غيره لم تكن أساسا للقياس، ونحن نتحدث عن العلة التي هي ركن القياس وأساسه.

خامسها: أن لا يكون الوصف قد قام الدليل على عدم اعتباره وذلك إذا كان مخالفا لنص ديني. فإن المخالفة تجعل الوصف غير صالح لأن يتعدى، كتلك المصلحة التي رآها القاضي الأندلسي الذي اعتبر الكفارة من الملك صيام ستين يوما دون العتق أو الإطعام باعتبار الملك يزجره الصيام فقط لأن تلك المصلحة ملغاة بحكم النص.

وهكذا كل مصلحة تخالف النصوص المقطوع بدلالاتها تكون غير صالحة لأن تكون علة لإثبات حكم، فأولئك الذين يعتبرون المصالح التي استحدثتها أهواؤهم عللا شرعية تحمل لأجلها النصوص قوم سدى لا يلتفت إليهم.

وإذا ثبتت العلة كانت عامة مطردة في كل موضع تتحقق فيه، إلا أن يقوم دليل على وجوب عدم العمل، فيقال أنه ثبت على خلاف القياس¹¹¹.

د- مسائل العلة

الطريق الأول: النص على العلة في الكتاب أو السنة:

ثانياً: الإجماع: الطريق الثاني من طرق إثبات العلة الإجماع، وهو أن يذكر ما يدل على إجماع الأمة في عصر من الأعصار على كون الوصف الجامع علة لحكم الأصل، إما قطعاً أو ظناً، فإنه كاف في المقصود¹¹².

الطريق الثاني: إثبات العلة عن طريق الاستنباط

أولاً: السير والتقسيم.

1

فالسبر والتقسيم هو: جمع الأوصاف التي يظن كونها علة في الأصل، ثم اختبارها بإبطال ما لا يصلح منها للعلية، فيتعين الباقي للتعليل¹¹³.

ثانياً: المناسبة:

وهي من الطرق المعقولة، ويعبر عنها بالإخالة وبالمصلحة وبالاستدلال وبرعاية المصالح، ويسمى استخراجها تخريج المناط، لأنه إبداء مناط الحكم، وهي عمدة كتاب القياس وغمرته ومحل غموضه ووضوحه.

ثالثاً: تنقيح المناط: اعتبر بعض الأصوليين تنقيح المناط من مسالك العلة، والتنقيح في اللغة التهذيب والتخليص

والتمييز، يقال كلام منقح أي لا حشو فيه، والمناط اسم مكان الإناطة والتعليق، وتسمى العلة مناطاً لربط الحكم بها وتعليقه عليها، فتنقيح المناط تهذيب ما نيط به الحكم وبني عليه وهو علته، لذا عرفه الآمدي بأنه: "بذل الجهد في تعيين العلة من بين الأوصاف التي أناط الشارع الحكم بها إذا ثبت ذلك بنص أو إجماع، عن طريق حذف ما لا دخل له في التأثير والاعتبار مما اقترن به من الأوصاف"¹¹⁴، كأن يثبت الشارح حكماً في محل، ويدل النص على العلية من غير تعيين وصف بعينه علة، واقترن به أوصاف، بعضها لا دخل لها في العلية، فيجتهد المجتهد في تعيين العلة بحذف بعض الأوصاف غير المناسبة.

الفرق بين تنقيح المناط، وتحقيق المناط، وتخريج المناط: هذه الأمور الثلاثة من طرق الاجتهاد في العلة.

أما تنقيح المناط فقد سبق تعريفه، وهو كما ذكرنا تهذيب وتخليص علة الحكم مما اقترن بها من اقترن بها من الأوصاف التي لا مدخل لها في العلية.

أما تحقيق المناط، فهو النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور الفرعية التي يراد قياسها على أصل، سواء أكانت علة الأصل منصوبة أم مستنبطة، أي أن تحقيق المناط هو النظر في تحقيق العلة الثابتة بنص أو إجماع أو بأي مسلك، في جزئية أو واقعة غير التي ورد فيها النص، بإقامة الدليل على أن تلك العلة موجودة غي الفرع كما هي موجودة في الأصل يعتبر تحقيقاً للمناط مثاله تحقق الإسكار الذي هو علة في تحريم الخمر في أي نبيذ آخر مصنوع من تمر أو شعير.

وأما تخريج المناط: فهو النظر والاجتهاد في استنباط الوصف المناسب للحكم الذي ورد به النص أو الإجماع ليجعل علة للحكم، وذلك بأي طريق من طرق مسالك العلة كالمناسبة أو السير والتقسيم، فتخريج المناط خاص بالعلل المستنبطة، والتخريج هو الاستخراج أو الاستنباط، ومثاله: استخراج الطعم أو القوت أو الكيل بالنسبة إلى تحريم الربا بواسطة السير والتقسيم¹¹⁵.

والخلاصة أن "تنقيح المناط هو تهذيب العلة وتعيينها وتخليصها مما لابسها، وتخريج المناط هو استخراج العلة والتوصل إلى معرفتها، وتحقيق المناط هو البحث في تحقق العلة في أي واقعة غير واقعة النص"¹¹⁶.

الأدلة المختلف فيها:

أولاً: المصالح المرسل:

تعريفه المصلحة:

عرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "ويظهر لي أن نعرفها بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح أي النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحاد"¹¹⁷.

شرح التعريف:

دائماً: إشارة إلى المصلحة الخالصة التي لم يشبهها أي جهد أو ضرر، مثل انتفاع الإنسان بما لا يعود عليه بأدنى ضرر كاستنشاق الهواء.

غالباً: إشارة إلى المصلحة الراجحة، وهي التي وقع الحصول عليها في مقابلة ضرر أقل منها مثل ما يتقاضاه الأجير عن عمله.

الجمهور أو الأحاد: إشارة إلى المصلحة العامة والخاصة.

فالمصلحة العامة: هي كل ما فيه صلاح لعموم الأمة أو الجمهور، ولا إلتفات فيها إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة، مثل حفظ الممتلكات والأشجار والحيوان من الإحراق والإغراق وغير ذلك من المعادن والوسائل والبضائع والعقارات، فإن بقاء تلك الممتلكات ومنافع ومصالح ينتفع بها كل من يستطيع التمكن منها بالوجوه المعروفة شرعاً أي بالشراء أو الكراء أو غيرهما، فإفسادها يفوت ما بها من المصالح المجموع.

والمصلحة الخاصة: وهي كل ما فيه نفع للأحاد باعتبار صدور الأفعال منهم فرادى يحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع المركب منهم، فالإلتفات في هذا ابتداءً إلى الأفراد وأما نفع العموم فحاصل تبعاً، وذلك لتجنب الخصومات، وإزالة الأحقاد والضغائن من القلوب ليحصل العيش في كنف الوئام، ومن أمثلة ما جاء منها في القرآن الأمر بكتابة الدين التي تحفظ حقوق الدائن وتمنع الخصومة والحجر على السفينة وذلك نفع له باعتباره فرداً، وذلك بحفظ أمواله ليجدها عند رشده، ونفع للمجتمع بالتبع يتمثل في الانتفاع بتداول تلك الأموال¹¹⁸.

تقسيمات المصلحة.

قسم العلماء المصلحة عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فتقسيم باعتبار الشارع لها وعدمه، وآخر باعتبار مقدار حاجة العالم وصلاحه إليها، وهناك تقسيمات أخرى.

1- تقسيمها باعتبار الشارع لما ومقدمه:

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: معتبرة وملغاة ومرسلة.

أ- المصلحة المعتبرة: وهي المصالح التي اعتبرها الشارع وقام الدليل منه على رعايتها، فهذه المصالح حجة ولا إشكال في صحتها ولا خلاف في إعمالها ويرجع حاصلها إلى القياس؛ فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ودل على المصلحة التي قصدتها بهذا الحكم، وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه، لما في هذا الربط من تحقيق مصلحة، فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة يحكم فيها بحكم الشارع بواقعة النص، وهذا حكم القياس¹¹⁹.

ب- المصلحة الملغاة: قال الشاطبي: "ما شهد الشرع برده فلا سبيل إلى قبوله إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها، وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في اقتضاء الأحكام فحينئذ نقبله، فإن المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل برده، كان مردودا باتفاق المسلمين"¹²⁰.

ومن أمثلة هذا القسم ما روي أن عبد الرحمن بن الحكم أظطر بالوطف عامدا في نهار رمضان، فسأل الفقهاء عن توبته من ذلك وكفارته، فقال يحيى بن يحيى -تلميذ الإمام مالك-: يكفر ذلك صيام شهرين متتابعين. فلما برز ذلك من يحيى سكت سائر الفقهاء حتى خرجوا من عنده، فقالوا ليحيى: مالك لم تفتنه بمذهبننا عن مالك من أنه مخير بين العتق والطعام والصيام؟ فقال لهم: لو فتحنا له هذا الباب سهل عليه أن يطأ كل يوم ويعتق رقبة، ولكن حملته على أصعب الأمور لئلا يعود¹²¹. فهذا المعنى مناسب لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر، والملك لا يزجره الإعتاق ويزجره الصيام، وهذه الفتيا باطلة، لأن العلماء بين قائلين: قائل بالتخيير، وقائل بالترتيب، فيقدم العتق على الصيام، فتقديم الصيام بالنسبة للغني لا قائل به، فإن صح هذا عن يحيى بن يحيى -رحمه الله- وكان كلامه على ظاهره كان مخالفا للإجماع¹²².

ج- المصالح المرسلة: وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، فإن حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكما ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم -أي تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعاً- فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى: المصلحة المرسلة، فوجه أنه مصلحة هو أن بناء الحكم عليه هو مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة لأن الشارع أطلقها فلم يقيدتها باعتبار ولا إلغاء¹²³، وسيأتي بحثها مفصلا، إن شاء الله.

2- تقسيمها باعتبار مقدار حاجة بقائه للعالم وصلاحه إليهما : وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ضرورية وحاجية وتحسينية.

أ- فالضرورية: هي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

وأحصى العلماء هذه الضروريات في خمس: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة.

فلو اختل واحد من هذه الأمور لاختلت لأجله الحياة، فإذا فقد المال ما عاش إنسان ولا كانت حياة، ولو فقد النسل لبقيت الدنيا إلى أجل محدود حتى ينتهي الجيل الذي عليها أو لأختلط الناس وبعد العطف وكان كل واحد همه نفسه، ولو اختل العقل لاختلت الدنيا وكانت دنيا حيوان أعجم لا دنيا إنسان مفكر، ولو اختلت النفس وأهدرت لما هدأت الحياة ولا بقيت، ولو ذهب الدين لعادت فوضى الجاهلية وعاش الناس في قلق واضطراب، من أجل ذلك جعل العلماء هذا القسم مما تدعو ضرورة الحياة إلى حفظه، وهذا القسم يجري في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات، شرع الله لحفظ هذه الضروريات أحكاما لوجودها، وأخرى للمحافظة عليها حتى لا تنعدم بعد الوجود.

فالإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج شرعت لحفظ دين الله وجودا، وجهاد الكفار وقتل المرتدين وقتل مانعي الزكاة وجاحدي شيئا من ذلك لحفظه من العدم، والعادات كالأكل والشرب واللباس وما شاكل ذلك لحفظ النفس والعقل وجودا، والقصاص والديات وحد الشرب لحفظهما من العدم، والمعاملات وهي ما كانت راجعة إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الألبضاع مثل البيع والشراء والإجارة والهبة والعارية¹²⁴ والنكاح شرعها الله لحفظ النسل والمال وجودا، وحد السرقة والزنا والتضمين للأموال وغيرها لحفظهما من العدم.

ب- الحابية: ومعناها أنه مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب بحيث لو فقدت لما اختل النظام ولما وقع جميع الناس في الحرج والمشقة بل البعض فقط، فعدم مراعاتها يدخل الحرج على الناس في الجملة، وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات كذلك.

ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر، فلو لم يشرع ذلك لم يلحق الناس كلهم الحرج، بل يلحق بمن قامت بهم أسباب هذه الرخص فقط، كالمريض والمسافر مثلا. وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال، فلو لم يشرع إباحة الصيد مثلا لم يلحق الحرج إلا بمن هو في حاجة إليه.

وفي المعاملات كسائر المعاملات التي لا يتوقف عليها حفظ النفس وغيرها من الضروريات كالقراض والسلم والمساقاة والعاريا¹²⁵، فإن هذه الأشياء لو لم تشرع لم يلحق الضرر إلا بمن هو في حاجة إليها فقط. وفي الجنايات كالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناعات وما أشبه ذلك.

ج- التحسينية: ومعناها "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"¹²⁶، وهي جارية فيما جرت فيه الأوليان:

ففي العبادات كإزالة النجاسة -وبالجملة الطهارات كلها- وستر العورة وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات وما أشبه ذلك.

وفي العادات كآداب الأكل والشرب، ومجانبة المآكل النجسات والمشارب المستخبثات، والإسراف والإقتار في المتناولات.

وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات وفضل الماء والكأ، وسلب المرأة منصب الإمامة وإنكاح نفسها.

وفي الجنايات كالمنع من قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد.

وإن كل مرتبة من هذه المراتب الثلاث ينضم إليها ما هو كاللتممة والتكملة، وشرط كون هذه تكملة، أنه إذا فقد لم يخل بحكمة المكمل الأصلية.

ففي الضروري كالتماثل في القصاص فإنه لا تدعو إليه ضرورة ولا تظهر فيه شدة حاجة ولكنه مكمل لحكمة القصاص، وكذلك نفقة المثل وأجرة المثل وقراض المثل والمنع من النظر إلى الأجنبية وشرب قليل المسكر وإظهار شعائر الدين كصلاة الجماعة.

وفي الحاجي كاعتبار الكفاء ومهر المثل والجمع بين الصلاتين في السفر الذي تصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله: فهذا وأمثاله كالمكمل لهذه المرتبة بحيث لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف.

وفي التحسيني كآداب الأحداث، ومندوبات الطهارة، وترك إبطال الأعمال المدخول فيها وإن كانت غير واجبة، والإنفاق من طيبات المكاسب.

ومن ذلك أن الحاجيات كاللتممة للضروريات، وكذلك التحسينيات كاللتممة للحاجيات، وشرط اعتبار هذه التكملة أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، لأن إبطال الأصل إبطال للتكملة، لأنها كالصفة مع الموصوف، فاعتبارها حينئذ مؤد إلى عدم اعتبارها. وكذلك لو قدرنا تقديراً أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت.

وبيان ذلك أن حفظ النفس ضروري، وحفظ المروءات مستحسن، فحرمت النجاسات حفظاً للمروءات، فإذا دعت ضرورة إلى حفظ النفس بتناول النجس كالميتة مثلاً، قدم ذلك على حفظ المروءة، لأن حفظ المروءة إذا أدى إلى ضياع حفظ النفس الذي هو ضروري، ضاع الأصل، وضاع حفظ المروءة بضياعه¹²⁷.

حجية المصلحة: دل الكتاب والسنة إجمالاً على أن المصلحة واجب اعتبارها، وطلب من المكلفين تحصيلها، كما انعقد الإجماع الصحيح على ذلك، والمعقول يؤيد ذلك كله.

1- الكتاب: فيه آيات كثيرة بين المولى فيها سبحانه وتعالى ما يترتب على المشروعات من مصالح وعلى المنهيات من مفساد، مشيراً بهذا جل علاه إلى اعتبار الأولى وترك الثانية، وأن المصالح يجب تحصيلها لأن الأحكام شرعت لذلك، وأن المفساد يجب درؤها لأن الحدود والعقوبات والزواجر ما شرعت إلا لإخلاء العالم منها، وفي الكتاب آيات دلت على اعتبار المصالح مطلقاً منها.

أ- قال تعالى: (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين)¹²⁸، وإنما يكون إرسال الرسول رحمة لهم إذا كانت الشريعة التي بعث بها إليهم وافية بمصالحهم متكفلة بإسعادهم، وإلا لم تكن بعثته رحمة لهم بل نقمة عليهم، فكأنه عز وجل يقول لنبيه:

إن ما بعثت به سبب لسعادة الدارين ومنشأ لانتظام مصالحهم، فمن قبل هذه الرحمة وشكر النعمة سعد في الدنيا والآخرة، ومن ردها وجحدها خسر الدنيا والآخرة، قال ابن الحاجب: "وظاهر الآية التعميم، أي يفهم منها مراعاة مصالحهم فيما شرع لهم من الأحكام كلها، إذ لو أرسل بحكم لا مصلحة لهم فيه لكان إرسالاً لغير الرحمة لأنه تكليف بما لا فائدة فخالف ظاهر العموم"¹²⁹.

ب- قوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون) قال العز بن عبد السلام: "أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها قوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون) فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله: (إن الله يأمر بالعدل) ، ولا يبقى من دق الإحسان وجله شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان، والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغى عامة مستغرقة لأنواع الفواحش ولما يذكر من الأقوال والأفعال، وأفرد البغى وهو ظلم الناس بالذكر مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، فإن العرب إذا اهتموا أتوا بمسميات العام، ولهذا أفرد البغى وهو الظلم مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، كما أفرد إيتاء ذي القربى بالذكر مع اندراجه في العدل والإحسان"¹³⁰.

وهاتان الآيتان وما في معنهما إضافة إلى الآيات الأخرى الواردة في مصالح جزئية تدل على اعتبار الشارع للمصلحة.

2- السنة: الأحاديث الدالة على اعتبار المصالح كثيرة منها ما روي عن عائشة -رضي الله عنها-: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً"، والحديث الذي أخرجه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمر بن يحيى عن أبيه وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط مسلم والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري وابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) فهذا يقتضي رعاية المصالح إثباتًا والمفاسد نفيًا، إذ الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة، لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما، ولأن دفع المفسدة نوع من المصلحة، كما صرح بذلك الغزالي.

كما امتنع الرسول صلى الله عليه وسلم عن فعل الشيء لما يترتب على فعله من مفسدة أعظم من مصلحته، فهو بهذا يشرع تشريعاً عاماً لجلب المصالح ودفع المفاسد ويضع قاعدة عامة لذلك ليطبقها أولو الأمر من العلماء فيما بعد، وهو الموازنة فيما يعقب الأمر من مصلحة ومفسدة ويعملوا بالراجح منهما، وذلك كحديث: (لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لأست البيت على قواعد إبراهيم)، وكحديث: (لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة).

3- الإجماع: أفتى بالمصلحة كثير من الصحابة والتابعين وتابعيهم عصراً بعد عصر، ولم ينكر عليهم أحد في ذلك، وإلا لنقل إلينا ولم ينقل، ومن أنكر ظناً منه أن هذا يخالف شريعة الله رجع عن إنكاره بعدما بين له ما في هذه الفتيا من مصلحة راجحة كما حصل في مسألة الغنيمة في عهد عمر رضي الله عنه وغيرها.

4-المعقول:

أ- أنه مما لا يشك فيه عاقل أن الله تعالى راعي مصلحة خلقه في مبدئهم ومعاشهم، ومن المحال أن يراعي هذا ثم يهمل مصلحتهم في الأحكام الشرعية، إذ هي أهم، فكانت بالمراعاة أولى، ولأنها أيضا من مصلحة معاشهم لأنها صيانة أموالهم ودماءهم وأعراضهم ولا معاش لهم بدونها، فوجب القول بأنه راعاها لهم، وإذا ثبت رعايتها لم يجز إهمالها بوجه من الوجوه.

ب- "من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن المصلحة لا يجوز إهمالها وأن المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك، ومثل ذلك كمن عاشر إنسانا من الفضلاء الحكماء العقلاء، وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها، فإنه يعرف بمجموع ما عهدته من طريقته وألفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة"¹³¹.

المصالح المرسلة:

تعريفها: هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع الإسلامي، ولا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار ولا بالإلغاء. فوجه أنها مصلحة هو أن بناء الحكم عليها هو مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة لأن الشارع أطلقها ولم يقيدتها باعتبار ولا إلغاء.

مذاهب العلماء: الذي يذكره الأصوليون أن العلماء اختلفوا في الأخذ بها، وانقسموا إلى أربعة مذاهب. الأول: ذهب طائفة من أهل الأصول إلى ردها وأن المعنى لا يعتبر ما لم يشهد له أصل.

الثاني: ذهب مالك إلى اعتبار ذلك وبنى الأحكام عليه على الإطلاق.

الثالث: ذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح لكن بشرط قرينه من معاني الأصول الثابتة¹³².

الرابع: ذهب الغزالي إلى أن المصلحة إذا كانت ضرورية قطعية كلية كانت معتبرة، فإذا فقد أحد هؤلاء الثلاثة لم تعتبر¹³³.

ونشير هنا فقط إلى أن العلماء يذكرون أن الإمام مالك اشترط للأخذ بالمصالح المرسلة شروطا ثلاثة هي:

1- الملاءمة بين المصلحة التي تعتبر أصلا قائما بذاته وبين مقاصد الشارع، فلا تنافي أصلا من أصوله ولا تعارض دليلا من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التي يقصد الشارع إلى تحصيلها، بل تكون من جنسها ليست غريبة عنها وإن لم يشهد لها دليل خاص.

2- أن تكون معقولة في ذاتها جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي إذا عرضت على العقول السليمة تلقتها بالقبول.

3- أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم بحيث لو لم يؤخذ بالمصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج والله تعالى يقول: (وما جعل عليكم في الدين من حرج).

الاستدلال على حجية المصالح المرسلة:

المصالح المرسلة في الحقيقة ليست مصالح مهملة مسكوتاً عنها، أي أنها ليست مرسلة مطلقاً، بل هي مرسلة فقط من حيث عدم التنقيص الجزئي الخاص بها، أما من حيث جنسها ومن باب أولى من حيث كونها مصلحة خيراً ونفعاً... فهذا الاعتبار ليست هناك مصلحة مرسلة أبداً، فأبي مصلحة تبقى مرسلة بعد قول الله تعالى: (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون)، وقوله عز وجل: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان)، وبعد أن بين الله سبحانه أنه أرسل رسوله إلى الناس: (...يأمرهم بالمعروف)، وبعد أن جعل شعار المؤمنين بعد إيمانهم هو (وعملوا الصالحات)، وبعد أن أمر سبحانه بالتعاون على ذلك: (وتعاونوا على البر والتقوى).

فالناس مأمورون - في هذه الآيات وغيرها - بفعل الخير وبالعدل والإحسان وبفعل المعروف وبفعل الصالحات وبفعل البر، ومأمورون بالتعاون على ذلك كله، وعلى ذلك كله يتوقف فلاحهم: (لعلكم تفلحون)، ولا فلاح لهم في دنيا ولا آخرة إلا بهذا: (والعصر إن الإنسان لفي خسر إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر).

والحق أن أي نص من هذه النصوص كاف وحده للدلالة على أنه ليست هناك مصلحة أو منفعة إلا وهي مطلوبة ومشمولة بعناية الشريعة ورعايتها.

وأيضاً فقد أجمع المسلمون على كون الشريعة تضمنت حفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وكل ما يتضمن حفظ الضروريات الخمس فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعها مصلحة.

فهل يمكن بعد هذا أن نتصور مصلحة خارجة عن خدمة هذه الضروريات وبمراتبها الثلاث؟ وقد قال الغزالي: "والصحيح أن الاستدلال المرسل في الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه بنفي أو إثبات..."¹³⁴.

كيفية الاستدلال بالمصلحة المرسلة:

الاستدلال بالمصلحة المرسلة هو طريق من طرف الاستدلال بالنصوص، مضمونها أن الفرع أو الواقعة وإن لم يدل على حكمها نص معين، فإنها تدخل تحت أصل كلي دلت عليه عدة نصوص شرعية. وللاستدلال بالمصلحة يجب أولاً بيان الأصل الشرعي، وإثبات أن هذا الأصل وإن لم يشهد له نص معين فقد شهدت له جملة نصوص شرعية، ثم بيان الفرع الذي يراد معرفة حكمه بناء على المصلحة المرسلة، ووجه دخوله تحت الأصل الكلي.

ويوضح ابن عاشور كيفية الاستدلال بالمصالح المرسلة فيقول: "أن يكون وصف مناسب للتعليل لكنه لا يستند إلى أصل معين بل إلى المصلحة العامة في نظر العقل، وإذا كان الإلحاق في القياس المعروف عند الفقهاء والأصوليين هو إلحاق جزئي بآخر مثله ثابت في الشرع لتمامهما في العلة المستنبطة كمصلحة جزئية ظنية، فإن الإلحاق في المصلحة المرسلة هو إلحاق جزئية لا يعرف لها حكم شرعي على كلية مستقرأة من أدلة الشريعة سواء أكان استقرأة قطعياً أو ظنياً قريباً من القطع، ويظهر من هذا الإلحاق أنه أشد حجياً من الإلحاق في القياس، لأن الإلحاق الأول إلحاق جزئي بكلي، أو تنزل كلي على جزئي، أما الإلحاق القياسي فهو إلحاق جزئي بجزئي أو تنزيل جزئي على مثله على علة مستنبطة غالباً ما تكون ظنية"¹³⁵.

مثال ذلك:

تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة:

هذا أصل شرعي عام مأخوذ بطريق الاستقراء من نصوص الشريعة بطريق يفيد القطع، ومن الأدلة عليه نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي¹³⁶، وقوله: (دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض) فإن فيه تقديمًا لمصلحة عامة، هي مصلحة أهل الحضر، وإن كان فيه تفويت مصلحة للبادي بتقديم النصح له، وللحاضر إذا كان البيع بطريق الوكالة بالأجر، ومنها منعه من تلقي الركبان¹³⁷، فإن فيه تقديمًا لمصلحة عامة، هي مصلحة أهل السوق، على مصلحة خاصة هي مصلحة المتلقي في أن يحصل على السلعة، ويعيد بيعها بربح يعود عليه، ومنها لنهي عن الاحتكار، واستنباط المجتهدين من هذا النهي جواز إخراج الطعام من يد محتكره قهراً، فإن فيه تقديمًا لمصلحة عامة، هي مصلحة الجماعة في توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم على مصلحة خاصة، هي مصلحة المحتكر في الحصول على الربح.

وقد اتفق الصحابة على منع أبي بكر حينما ولي الخلافة من التجارة والتحرف، على أن تكون نفقته من بيت المال، تقديمًا لمصلحة عامة، هي النظر في مصالح المسلمين، على مصلحة خاصة، هي قيامه بالتجارة التي يريدتها والحرفة التي يختارها، ومما يدل على هذا الأصل أيضا قصة أبي طلحة في تتريسه على الرسول يوم أحد، وقوله له: (نحري دون نحرِك) حتى شلت يده، ولم ينكر عليه الرسول ولا أحد من أصحابه هذا، وذلك تقدم لمصلحة عامة، هي حفظ حياة الرسول لحفظ الدين، إذ في فقدته فوات مصالح الإسلام والمسلمين، على مصلحة خاصة، هي سلامة أبي طلحة رضي الله عنه.

وحواز الحجر على السفية من هذا الباب أيضا، إذ فيه تقديم لمصلحة عامة، على حفظ مال الجماعة، على مصلحة خاصة للسفيه، وذلك على أساس أن للجماعة حقا في ماله، وحقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته دون سرف ولا تبذير، فإن فعل كان مفوتا لمصلحة الجماعة.

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد مجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل بانفراده، ولكن يؤخذ هذا المقصود من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام.

ثانياً: الذرائع:

مقدمة حول نظرية المآلات:

أولاً: أصل النظر في مآلات الأفعال:

"إذا ثبت أن المصالح معتبرة في الأحكام، و أنها شرعت لتحقيق غايات أساسية قد قصدها الشارع، ومن هنا كان الحكم منظورا إليه على أنه وسيلة غايته المصلحة.

ومنه فكل فعل له مقدمة أو نتيجة أو وسيلة أو غاية يفضي قطعاً أو ظناً أو في الكثير الغالب إلى غير غايته التي رسمها الشارع، أو إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها، أو راجحة عليها، لم يبق مشروعاً، لأن العبرة بهذه النتيجة، وهي كما رأينا مناقضة لمقصد الشرع¹³⁸.

فيلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي -توقياً لهذه المناقضة- أن ينظر في مآلات الأفعال، فيمنع أو يأذن فيه على ضوء منها جرياً على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام، أو المسببات في الأسباب دون نظر إلى الباعث أو القصد في آحاد الصور¹³⁹.

وفي السنة النبوية تطبيقات هادية في هذا الباب:

فقد امتنع صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين مع علمه بهم، و مع علمه باستحقاقهم القتل، وقال: (أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه)¹⁴⁰، وتخلّى عن إعادة بناء البيت الحرام على قواعد إبراهيم حتى لا يثير بلبلة بين العرب، و كثير منهم حديثو عهد بالإسلام، وقال مخاطباً عائشة: (ألم تري أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصرنا على قواعد إبراهيم؟ قالت: فقلت يا رسول الله، أفلا تردها على قواعد إبراهيم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لو لا حدثان قومك لفعلت)¹⁴¹، وعندما بال أعرابي في المسجد، وقام الصحابة لجزره ومنعه، قال عليه الصلاة والسلام: (لا تزرموه، دعوه...)¹⁴².

فلو لا مراعاة المآلات والنتائج لوجب قتل المنافقين، وإعادة بناء البيت على قواعد إبراهيم، ومنع الأعرابي من إتمام عمله المنكر الشنيع، ولكن الأول كان سيفضي إلى نفور الناس من الإسلام خشية أن يقتلوا بتهمة النفاق... والثاني يؤدي إلى اعتقاد العرب أن النبي يهدم المقدسات، ويغير معالمها، والثالث ليس فيه إلا أن ينحس البائل جسمه و ثوبه، وربما نجس مواضع أخرى من المسجد.

ومن فتاوى هذا الباب ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- حين جاءه رجل يسأله: ألمن قتل مؤمناً توبة، وهو متعمد؟ قال: لا! إلا النار، فلما ذهب السائل، قيل لابن عباس: أهكذا كنت تفتيننا؟ كنت تفتيننا أن لمن قتل مؤمناً توبة مقبولة، قال إني لأحسبه رجلاً مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً، فلما تبعوه وحققوا في الأمر وجدوه كذلك.

ثانياً: حلة نظرية المآلات بالسبب المصلي:

إن هذا الأصل لا ينظر إلى الباعث على أنه أمر جوهري، بل هو أمر ثانوي، وهذه نظرة ذاتية، تعنى بالبواعث و العوامل النفسية التي تحرك إرادة المتصرف فعلاً أو قولاً.

فالتصرفات المأذون فيها -قولية كانت أم فعلية- بمقتضى حق أو إباحة، إذا أفضت بذاتها إلى مآل ممنوع، منعت ولم تشرع، لأن هذه التصرفات وسائل لتحقيق مصالح لا مفسد، فالمناقضة ظاهرة، وكذلك إذا كان الباعث على التصرف الذي ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع، لم يشرع بالنظر إلى هذا الباعث، ولا يصح الفعل الذي ظاهره الجواز معتصما لمشروعيته مع هذا الباعث أو المآل-الواقع أو المتوقع- غير المشروع¹⁴³.

ومما يترتب على هذا الأصل: قاعدة الذرائع، وقاعدة الحيل.

الذرائع

تعريفها: لغة:

الذرائع جمع ذريعة: وهي الوسيلة الموصلة إلى الشيء أو المؤدية إليه ومن ثم فإن التذرع بالذريعة هو التوسل بالوسيلة¹⁴⁴.

اصطلاحاً:

عرفها الشيخ أبو زهرة: "والذرائع في لغة الشرعيين ما يكون طريقاً لمحرم أو لحلال"¹⁴⁵.

وهي بهذا المعنى: يتصور فيها الفتح كما يتصور فيها السد، ومن هنا يظهر أن ما اعتاده أكثر الأصوليين من تخصيص اسم على ذرائع الممنوع -أي الوسيلة المؤدية إلى الفساد- ولقبوها بقاعدة سد الذرائع، مجرد اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح، وإلا فإن الشارع كما أمر بسد ذرائع الفساد، عمد إلى ذرائع المصالح ففتحها، فإن استقراء الشريعة دل على أن الأفعال الموصلة إلى المفسدة ينهى عنها، والأفعال الموصلة إلى المصالح يطلبها الشارع و يأذن فيها، وذلك أن موارد الأحكام في الشريعة ضربان:

أحدهما: مقاصد، وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها، أي التي هي ذاتها مصالح أو مفسد.

وثانيهما: وسائل، وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم، فالطريق إلى

الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح وما لا يؤدي الواجب إلا به فهو واجب¹⁴⁶، فالزنا حرام، والنظر إلى عورة المرأة الذي يفضي إليه حرام أيضاً، والجمعة فرض فترك البيع لأجل آدائها واجب لأنه ذريعة إليها، والحج فرض والسعي إليه فرض مثله عند المقدرة عليه.

يقول القراني: "واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، ويكره ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة،

فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج.

غير أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد، وهي أيضاً تختلف مراتبها باختلاف مراتب المقاصد التي تؤدي إليها،

فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة"¹⁴⁷.

أقسام الذرائع عند الأصوليين وتحريم محل النزاع:

أولاً: أقسام الذرائع:

عند الإمام القراني: يقول الإمام القراني رحمه الله: "وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من

المالكية بل الذرائع ثلاثة أقسام:

أ- قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها.

ب- وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى.

ج- وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا كبيع الآجال عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول أنه أخرج من يده خمسة دراهم وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك، والشافعي يقول ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره، فيجوز ذلك، وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك وخالفه فيها الشافعي، ولذلك اختلف في النظر إلى النساء، أيحرم لأنه يؤدي إلى باطل الزنا، أم لا يحرم، وحكم القاضي بعلمه أيحرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من قضاة السوء أم لا يحرم، كذلك اختلف في تضمين الصناع لأنهم يؤثرون في السلع بصناعتهم فتغير السلع فلا يعرفها أربابها فيضمنون سدا لذريعة الأخذ، أم لا يضمنون لأنهم أجراء، وأصل الإجارة على الأمانة، وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه، وهو كثير في هذه المسائل، فنحن قلنا بسد الذرائع، ولم يقل بها الشافعي، وليس سد الذرائع خاصا بمالك، بل قال به هو أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه¹⁴⁸.

ثانياً : تحرير محل النزاع:

ما أجمع على سده هو ما كانت المفسدة فيه راجحة على المصلحة وكانت مع ذلك مقطوعة أو غالبية الوقوع، كحفر بئر في طريق عامة للناس، وكالأمثلة التي ذكرناها فيما سبق.

وما كان مجمعا على عدم منعه، هو ما كانت المفسدة فيه على العكس من ذلك، بأن كانت دون المصلحة في الأهمية أو كانت موهومة الوقوع، وذلك كمصلحة زراعة العنب مع إمكان اتخاذ بعض الناس له سكرًا، فلو منع الناس من زراعة العنب لفاتت عليهم بذلك مصلحة أهم من المفسدة المتوقعة بزراعته، على أنه لا توجد في العادة مصلحة عارية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة بدليل القضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم فيها.

وما اختلف فيه، وهو ما كانت مفسدته غير مضمونة الوقوع، ولكن يكثر في الناس التذرع إليها، كمثال بيع الأجل الذي ذكره القراني¹⁴⁹، وهذا القسم موضع اختلاف العلماء، أيؤخذ به فيبطل التصرف ويحرم الفعل ترجيحاً لجانب الفساد، أم لا يؤخذ به فلا يفسد العقد، ولا يحرم الفعل أخذاً بالأصل، وهو الإذن بالفعل.

لقد رجح أبو حنيفة والشافعي جانب الإذن ولم يجرما الفعل، ولم يفسدا التصرف، وذلك لأن الفساد ليس غالباً، فلا يرجح جانبه، ولأن أساس التحريم أو البطلان هو أنه ذريعة إلى باطل فاسد حرام، ومع عدم الغالبية والقطعية لا يكون العقد أو الفعل ذريعة للبطلان، فلا موجب للتحريم، ولأن الأصل هو الإذن، ولا يعدل عنه إلا بقيام دليل على الضرر فيه، ومادام الأمر ليس غلبة ظن فإن أصل الإذن باق.

وأما مالك وأحمد فقد قررا أن الفعل يحرم، والعقد يبطل للاحتياط، ولأنه بكثرة الضرر مع أصل الإذن فقد وجد

أصلان:

1- الإذن الأصلي

2- والأصل الثاني ما في الفعل أو العقد من كثرة الإضرار بغيره وإيلامه.

ويرجح جانب الضرر لكثرة المفساد، إذ دفع المضار مقدم على جلب المصالح، ولقد وردت الآثار الصحاح بتحريم أمور كانت في الأصل مآذونا فيها لأنها تؤدي في كثير من الأحيان إلى مفساد، وإن لم تكن غالبية ولا مقطوعا بها، كالنهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية، وكالسفر للمرأة من غير مصاحبة زوجها أو ذي رحم محرم منها، وكان التحريم لما يترتب على ذلك من مفساد، وهي وإن كانت كثيرة ليست غالبية ولا مقطوعة، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والسلف حتى لا يكون ربا.

ووجهة نظر المالكية تحدث عنها الشاطبي قائلا: "إلا أن مالكا اعتبره -أي هذا النوع- في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد، ولهذا أصل وهو حديث أم ولد زيد بن الأرقم" ¹⁵⁰.

قال الدريني: "على أن هذا القسم ليس محلا للنزاع أيضا بين العلماء عند التحقيق، إذ سبق أن قررنا أن مبدأ سد الذرائع جاء توثيقا للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، من جلب المصالح ودرء المفساد، ولا ريب أن هذا القسم من المباح الذي قصد به التوصل أمر محرم، لا نظن أحدا من العلماء يجيزه، لأنه يناقض أصل الشريعة، فالإمام الشافعي مثلا لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا إذا ظهر القصد إلى هذا المال الممنوع، وليس أحدا من العلماء يجيز هذا التحايل على قواعد الشريعة وهدمها، وإنما الخلاف في أمر آخر، هو المنهج الذي سلكه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع أو بعبارة أخرى، فيما يتحقق فيه التذرع.

فالإمام مالك - رحمه الله - يحتاط في درء المفساد، فيمنع ما أدى إلى الممنوع، بكثرة قصده من قبل المتبايعين ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة، فيكتفي بكثرة الوقوع، ولو لم تصل إلى غلبة الظن أو غلبة كثرة الوقوع، فضلا عن العلم، ويعتبرها مظنة هذا القصد، فالكثرة هي الضابط والمظنة كما في بيع العينة، ويتهم بسبب ظهور فعل اللغو ¹⁵¹، وهو دال على القصد الممنوع فيبطله به، اكتفاء بكثرة الوقوع في الخارج فالمعيار كما ترى مادي ولا ذاتي. أما الإمام الشافعي فلا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى المال الممنوع، لأنه يعتمد العبارة الظاهرة، يقيم الحكم عليها، ولا يتحرى البواعث الخفية ¹⁵².

الاحتجاج بسد الذرائع:

المشهور أن مالكا وأحمد -رحمهما الله- هما اللذان يقولان بسد الذرائع، بينما يخالفهما في ذلك أبو حنيفة والشافعي - رحمهما الله -.

ومما لا شك فيه أن مالكا -رحمه الله- يقول بسد الذرائع، بل إنه أكثر من العمل به وتلاه في ذلك الإمام أحمد - رحمه الله -.

يقول الشاطبي وهو يقرر أن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعا: "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد، منها قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه" ¹⁵³.

وقد ذكرنا -فيما سبق- نصوصا من أقوال علماء المالكية في هذا الأصل.
وذكر ابن القيم -وهو حنبلي المذهب- أن سد الذرائع ربع الدين، حيث قال: "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر ونهي والأمر نوعان: أحدهما مقصود لنفسه والثاني وسيلة إلى المقصود.
والنهي نوعان: أحدهما، ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين" ¹⁵⁴.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "والذرائع حرمة الشارع وإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم".
يقول أبو زهرة: "هذا أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الإمام مالك-رضي الله عنه- وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل-رضي الله عنه-.

وأما أبو حنيفة والشافعي-رحمهما الله- فلم تذكر كتب أصول مذهبهما شيئا عن رأيهما في هذا، وإنما الذي تعرض له بالبحث والتفصيل والاحتجاج لاعتباره مدركا لبناء الأحكام كتب أصول المالكية والحنابلة، وخاصة الشاطبي والقرافي وابن القيم، ولعل هذا هو سبب اشتها مذهب المالكية والحنابلة بالقول بسد الذرائع" ¹⁵⁵.

وذكر ابن القيم في "إعلام الموقعين" تسعة وتسعين وجها للدلالة على اعتبارها، وأهمها:
1- قال تعالى: (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) ¹⁵⁶.

وجه الدلالة: منع الله سبحانه وتعالى من سب آلهة المشركين، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب، بالنظر إلى ما يتوقع -في غالب الظن- من مقابلة المؤمنين بمثل ذلك، من سب رب العالمين سبحانه، فمنعت هذه الذريعة نظرا إلى هذا المآل لا إلى الباعث، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لأهنتهم، وهي هنا تصريح بالمنع من الجائز أو الواجب، لئلا يكون سببا في فعل ما لا يجوز ¹⁵⁷.

2- قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرونا واسمعوا...) ¹⁵⁸.

وجه الدلالة: نهى الله سبحانه وتعالى أن يقولوا هذه الكلمة "راعنا" مع قصدهم بها الخير لئلا يكون قولهم ذريعة إلى التشبه باليهود في أقوالهم وخطابهم، فإنهم كانوا يخاطبون بها النبي صلى الله عليه وسلم ويقصدون بها السب، يقصدون فاعلا من الرعونة، فنهى المسلمين عن قولها سدا لذريعة المشابهة، ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي صلى الله عليه وسلم تشبها بالمسلمين، يقصدون بها غير ما يقصده المسلمون، ولئلا يخاطب بلفظ يحتمل معنى فاسدا ¹⁵⁹.

3- كلف النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين مع ظهورهم ووضعهم الفتن خلال المسلمين في الشدائد، لأن قتلهم ذريعة لأن يقال إن محمدا يقتل أصحابه، وذلك يطعم الكافرين في المؤمنين، ويجعلهم يصرون على الجحود والفساد رجاء أن يجدوا ضعفا.

4- ومنها النهي عن قطع أيدي المنافقين في الغزو حتى لا يلتحقوا بالمشركين، ولأجل ذلك يمنع أمير الجند من إقامة الحدود ¹⁶⁰.

5- ما رواه حميد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من الكبائر شتم الرجل والديه، قالوا يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه ؟ قال: نعم ، يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه "161 ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل سابا لآبويه بتسببه إلى ذلك.

الذريعة تأخذ حكم ما أفضت إليه

والثمرة التي تترتب على العمل بمبدأ الذرائع، أن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد، أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أفضت إليه، ولو كان تكييفها الشرعي في الأصل غير ذلك. وعلى هذا فالمحظور مثلا إذا أدى إلى مصلحة مؤكدة، وكانت المصلحة أربى من الضرر الناشئ عن المحظور، أو بعبارة أدق، وكان الضرر الذي يدفع بتحقيق هذه المصلحة أكبر من الذي ينشأ من ارتكاب المحظور، صار ذلك المحظور في أصله في مرتبة المأذون به لتحقيق تلك المصلحة، أو لتحقيق دفع الضرر الأكبر. ومن أمثلة ذلك :

1- دفع مال للمحاربين فداء للأسرى المسلمين.

2- دفع شخص مالا لآخر على سبيل الرشوة أو نحوه ليتقي به معصية يريد الظالم أن يوقعها وضررها أشد من ضرر دفع المال¹⁶².

3- الرشوة لدفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بها، فإن كثيرين من الحنابلة والمالكية أجازوها إذا كان الذي يطلبه حقا خالصا، وتعينت الرشوة سبيلا لدفعه، أما إذا كان ينازعه من هو أولى منه أو من يساويه، فإنه لا يصح دفع الرشوة، وكذلك إذا كان يمكن الوصول إلى الحق من غير هذا الطريق، ولو بتعب.

3- أقسام الذرائع بحسب ما ألتما عند الشاطبي:

الواقع أن الإمام الشاطبي -رحمه الله- في تقسيمه للذرائع هنا يرسى قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق، حيث يقول: " جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه... "163 ، والمأذون فيه أعم من أن يكون ناشئا بمقتضى حق أو إباحة، لأن غير المأذون فيه ليس مشروعاً، وما ليس مشروعاً لا يكون حقا ولا مباحا. ثم يشرع في تقسيم أوجه استعمال الحق، بالنظر إلى لوازمه وما يؤول إليه من أضرار¹⁶⁴ ، يقول الشاطبي: " جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه على ضربين:

القسم الأول: أن لا يلزم عنه إضرار بالغير، أي لا يلزم من الذريعة المتوسل بها أي ضرر، فيكون الحكم باقيا على الإذن والمشروعية، لعدم وجود ضرر يحول الحكم عن أصله، إذ الأصل في الأمور الشرعية الإباحة.

القسم الثاني: أن يلزم عن تلك الذريعة إضرارا بالغير، ويقسمه الإمام الشاطبي إلى سبعة أوجه:

الوجه الأول: أن يقصد الجالب أو الدافع -أي صاحب الحق أو الإباحة- ذلك الإضرار، كالمريض في سلعته قصدا لطلب معاشه، وصحبه الإضرار بالغير¹⁶⁵.

أما حكمه ففيه تفصيل، فإذا كان ذو الحق لو انتقل إلى وجه آخر لجلب المصلحة أو درء المفسدة حصل له ما أراد أولا؟ فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لقيام القرينة على قصد الإضرار، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار، وإن لم يكن له محيص عن تلك

الجهة التي يستتضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم، قال الدريني: "ونضيف هنا قيذا، وهو أنه يجب -ليقدم حق الجالب أو الدافع- أن يكون الضرر اللاحق بالغير مساويا لضرر صاحب الحق من جراء منعه أو أقل، أما إذا كان فاحشا أو راجحا منع صاحب الحق من ممارسة حقه، على ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية"¹⁶⁶.

الوجه الثاني: "أن لا يقصد الإضرار بأحد، ولزم عنه ضرر عام كتلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع عن بيع داره أو فدائه وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره"¹⁶⁷.

فحكم هذا الوجه أن تقدم المصلحة العامة على الخاصة، ولو لم يوجد قصد الإضرار، لأن ضرره ينجبر بتعويض عادل، أما تلقي الركبان، وبيع حاضر لباد، وهو ما يسمى بالسمسرة، فإن حكمه هو المنع، لأن المصلحة العامة تقضي منعهم، ولو لم يكن هناك قصد الإضرار من طرفهم"¹⁶⁸.

الوجه الثالث: أن لا يقصد الإضرار بأحد ولزم عنه ضرر خاص، وإذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه لحقه ضرر من ذلك، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب أو ماء أو غيره، عالما أنه إذا أحازه استتضر غيره بعدمه، ولو أخذ من يده استتضر. وحكمه الجواز، لأن حق السابق في دفع الأذى والمشقة جائز، وهو مقدم وإن تضرر غيره، فمن أجل ذلك أبيع أكل الميتة للحاجة الماسة.

الوجه الرابع: أن لا يقصد الإضرار بأحد، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر، ويكون آداؤه إلى المفسدة قطعيا، كحفر البئر خلف باب الدار في طريق مظلم، بحيث يقع فيه الداخل بلا شك.

وحكمه: ينظر فيه إن كان الفعل غير مأذون به، كمن حفر بئرا في الطريق العام، فإن ذلك يكون ممنوعا بإجماع فقهاء المسلمين، وإن كان أصل الفعل مأذونا فيه، كمن يحفر بالوعة في بيته يترتب عليها هدم جدار جاره، وهذا له نظران:

أحدهما: أصل الإذن، وقد لوحظ فيه نفع ذاتي للمأذون.

وثانيهما: الضرر المذكور الذي يلحق الناس معه، وهنا يرجح جانب الضرر على جانب النفع، لأن دفع المضار مقدم على جلب المنافع، ولو أن الفاعل أقدم على ذلك، فوقعته منه الأضرار، يكون ضامنا لما يترتب عليه من ضرر، وهذا ما قاله بعض الفقهاء، وبعضهم نظر إلى أصل الإذن فلم يضمن، لأنه لا يجمع بين الإذن والضمان"¹⁶⁹.

الوجه الخامس: أن لا يقصد إضرارا بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضرة، ويكون آداؤه إلى المفسدة نادرا، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وكبيع الأغذية التي لا تضر غالبا، كزراعة العنب ولو اتخذ العنب بعد ذلك للخمر، لأن ما يترتب على الفعل من منافع أكثر مما يترتب عليه من مضار، إذ أن المضار نادرة بالنسبة للمنافع.

قال الشاطبي: "فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بالندور في انحرافها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية من المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود، ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو درء المفسدة مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيرا في النظر ولا قصدا في وقوع الضرر، فالعمل إذا باق على أصل المشروعية، والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها، كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب

والوهم والغلط، وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالمملك المترف، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك إعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف مع إمكان إخلافها وخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة¹⁷⁰.

الوجه السادس: أن لا يقصد إضراراً بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضرة، ويكوم آداؤه إلى المفسدة غالباً، كبيع السلاح من أهل الحرب، والعنب من الخمار، ونحو ذلك.

قال فيه الشاطبي: "اعتبار الظن [الغالب] هو الأرجح لأمر:

أحدها: أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا.

والثاني: أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم.

والثالث: أنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه¹⁷¹ ثم قال -رحمه الله-: "والحاصل من هذا القسم أن

الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية، إلا إذا كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الخيل أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل¹⁷¹.

فحكمة المنع ما قال الشاطبي، وظاهر كلامه أن ذلك موضع إجماع الفقهاء، ولكن الحقيقة أنه مذهب مالك وأحمد فقط.

الوجه السابع: أن لا يقصد المكلف ضرراً، ولا يلحقه بالمنع ضرر، ويكون حصول المفسدة منه كثيراً لا غالباً، كبيع الآجال، وبيع العينة.

فالأصل فيه هو الصحة والجواز كما ذهب إلى ذلك الشافعي وأبو حنيفة، لأن الظن بحصول المفسدة منتف، واحتمال القصد إلى الإضرار والمفسدة لا يقوم مقام القصد إلى ذلك، فالفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيراً لكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب، ولا يغلب الظن على ذلك، لا يبطل لضرر متوقع، ولأن ذلك البيع قد يكون مظنة لقصد الحصول على الربا وقد لا يكون، إلا إذا أظهر أحد المتبايعين صراحة عن الباعث غير المشروع.

وخالف في ذلك مالك وأحمد، فذهبوا إلى أن إقامة الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن يستوجب الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع، وكثرة وقوع المفسدة كافية في المنع، وإذا كان الأصل المنع، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة، وهو عصمة الإنسان غيره من فرد أو جماعة عن الإضرار وإيلامه لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)¹⁷²، فترجح هذا الأصل¹⁷³، وهذا محل النزاع.

ما يستفاد من هذا التقسيم:

1- الباعث غير المشروع: "قد رأينا الإمام مالك يمنع الفعل المأذون فيه إذا كثرت القصد فيه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وذلك بالتحايل على قواعد الشرع، بتقديم أمر ظاهر الجواز، لتحليل محرم، كما في بيع العينة الذي يقصد به الحصول على الربا.

ولا خلاف بين الفقهاء في منع الفعل، وإبطال التصرف، إذا ظهر من الفرد قصد إلى المال الممنوع، والخلاف فيما إذا لم يظهر عن طريق العبارة، فالإمام مالك -رحمه الله- يكتفي بالقرائن، فبيع العينة -مثلاً- ينطوي على قرينة تدل على الباعث إلى تحقيق المصلحة غير المشروعة، وهو فعل اللغو، فهو باطل عنده لذلك، خلافاً للشافعية¹⁷⁴.

3- تمحض قصد الإضرار: "يمنع استعمال الحق إذا لم يكن لصاحبه قصد سوى الإضرار بالغير، يقول الإمام الشاطبي: "كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار"¹⁷⁵، هذا ولعسر الكشف عن هذه النية، لأنها أمر نفسي خفي، اكتفوا بمظنة هذا القصد إذا دل على ذلك القرائن وظروف الأحوال، فمن ذلك مثلاً ما ورد في حكم الوجهين الأول والرابع، وهو ما إذا لم يتمحض القصد إلى الإضرار، بل اختلط بقصد نفع النفس، ومظنة القصد إلى الإضرار يدل عليها اصراره على استعمال حقه على وجه يلحق بغيره الضرر، في حين أنه في إمكانه أن يحصل مصلحته من وجه آخر لا يستتبر منها غيره، فيمنع من التعسف في استعمال حقه على الوجه الضار، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا للإضرار والتعسف، والفرض أنه لا ضرر عليه في هذا الانتقال إلى وجه آخر لا يلزم عنه مضرة، فيمنع من التعسف في هذه الحالة، كما يمنع إذا لم يقصد غير الإضرار، فالحالتان - كما ترى - سواء في المنع.

ونضيف إلى ذلك، أن هذه القرينة في الدلالة على قصد الإضرار مجرد مثال، وهناك قرائن كثيرة يمكن الاعتماد عليها في الكشف عن قصد الإضرار، كتفاهة المصلحة التي يريد تحقيقها ذو الحق بالقياس إلى ما يترتب على فعله من أضرار فاحشة، فهذه التفاهة مظنة لقصد الإضرار بغيره"¹⁷⁶.

ثالثاً: الاستحسان.

تعريفه:

لغة: من الحسن، وهو عد الشيء حسناً، قال الرازي: "يستحسنه أي يعده حسناً"¹⁷⁷.

اصطلاحاً:

أما تعريف أبو الحسن الكرخي بأنه "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول"، فقد قال عنه الشيخ أبو زهرة: "وهذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان عند الحنفية، لأنه يشمل كل أنواعه، ويشير إلى أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس، وهذا التعريف يصور لنا أن الاستحسان كيفما كانت صورته وأقسامه يكون في مسألة جزئية ولو نسبياً في مقابل قاعدة كلية، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية لكيلا يؤدي الإغراق في الأخذ بالقاعدة التي هي القياس إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه"¹⁷⁸.

ومن أمثلة العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص من القرآن مثل قوله: مالي صدقة أو لله علي أن أتصدق بمالي، فالقياس لزوم التصديق بكل ما يسمى مالا، لكن استحسن أبو حنيفة التخصيص بمال الزكاة لقوله تعالى: (خذ من أموالهم صدقة)، ولم يرد إلا مال الزكاة، ومنها أن يعدل بها عن نظائرها بدليل من السنة كالفرق في سبق الحدث والبناء على الصلاة بين السابق والتعمد على خلاف قياس الأحداث"¹⁷⁹.

أنواع الاستحسان:

إن كتب أصول الحنفية تحصر الاستحسان في أنواع أربعة هي: النص، الإجماع، القياس والضرورة، حتى أن بعضهم أرجع المستحسن بالضرورة إلى قياس خفي أو إجماع سنده الضرورة، مخافة أن يقال أن الضرورة ليست من الأدلة المشهورة المعترف بها"¹⁸⁰.

1 - الاستحسان بالنص:

ويدخل تحته جميع الصور التي استثناها الشارع من عموم نظائرها، ومن ذلك السلم، فإنه بيع ما ليس عند الإنسان والأصل فيه عدم الجواز للنهي: "لا تبع ما ليس عندك" وهو عام، ولكن استثنى هذا لحاجة الناس وهو بيع المفاليس كما يقول الفقهاء، لأن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على البيع بسهولة فتدفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فهذه المصالح شرع السلم¹⁸¹.

ومنه أيضا الحديث الوارد في صحة صوم من أكل أو شرب ناسيا، فإن القياس، بمعنى القاعدة العامة، يوجب الإفطار بكل ما وصل إلى الجوف، ولكن أبا حنيفة يقول فيمن أكل ناسيا: "لولا الرواية لقلت بالقياس"، يعني بذلك الحديث.

والواقع أن جميع الأئمة يأخذون بالنص الجزئي إذا كان على خلاف الأصول والقواعد، والخلاف بين غيرهم أنهم لا يسمون ذلك استحسانا، بل يكتفون بالقول بأن النص الوارد على خلاف القواعد أو على خلاف القياس يؤخذ به، ولكنه لا يقاس عليه.

2- استحسان بالإجماع:

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ومن أمثلته: عقد الإستصناع، جاء في شرح المنار: "والإستصناع فيما فيه تعامل الناس، مثل أن يأمر إنسانا أن يخز له خفا بكذا، ويبين صنعته ومقداره، ولم يذكر له أجلا، والقياس يقتضي أن لا يجوز لأنه بيع معدوم لكنهم استحسنا تركه بالإجماع لتعامل الناس به"¹⁸².

3- الاستحسان بالضرورة:

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضاها سدا للحاجة ودفعاً للحرج. ومن أمثلته: عدم الفطر مما يعسر الاحتراز عنه.

جاء في الشرح الصغير: "ولا قضاء بخروج قيء غلبة إذا لم يزدرد منه شيئا ولو أكثر، بخلاف خروجه باختياره فيقضي كما تقدم، أو غالب ذباب أو غبار طريق أو غالب كدقيق نحو جبس لصانعه، أو غبار كيل لصانعه"¹⁸³، قال العلامة الصاوي: "واغتفر للصانع للضرورة"¹⁸⁴. وقال صاحب الهداية من الحنفية: "ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاك لصومه لم يفطر، وفي القياس يفسد صومه لو وصل المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة، وجه الاستحسان: أنه لا يستطاع الاحتراز عنه، فأشبه الغبار والدخان"¹⁸⁵.

ومن أمثلته أيضا طهارة الآبار فإنها تطهر، إذا وقعت فيها نجاسة، بإلقاء قدر من الدلاء فيها، رغم أن كل ماء يلقي فيها لتطهيرها يتنجس بما فيها، إلا أن الحنفية قالوا بطهارتها استحسانا لحاجة الناس إليها.

4- الاستحسان المستند إلى العرف:

لو قال قائل: مالي صدقة، فظاهر لفظه يعم كل مال، ولكننا نحمله على مال الزكاة لكونه ثبت الحمل عليه في الكتاب¹⁸⁶، قال العلماء: "وكأن هذا يرجع إلى تخصيص العموم بعادة فهم الخطاب وهذا المثال أورده الكرخي تمثيلا لما قاله في الاستحسان"¹⁸⁷.

ومن أمثلته أيضا ما روي عن مالك أن الشخص لو حلف لا يدخل بيتا فإنه لا يحنث بدخول المسجد، لأنه وإن سمي بيتا لغة، فيشملة عموم اللفظ، إلا أنه لا يطلق عليه لفظ البيت في عرف التخاطب، فهذا ترك للعموم من حيث اللغة بعرف التخاطب على سبيل الترخص والتوسعة. وكقول الرجل: كل حل علي حرام، فالقياس فيه أن يحنث بمجرد النطق، لأنه باشر فعلا حلالا مباحا وهو التنفس، والاستحسان يقيده بالطعام والشراب للعرف.

5- الاستحسان بالقياس الخفي:

وفيه يكون الفرد مترددا بين أصلين في كل منهما حكم ثابت شرعا، وقد أخذ شبها من كل منهما، فيلحق بأقربهما شبها له وهذا لا يدرك إلا بعد التأمل.

ومن أمثلته قول الحنفية في مسألة سؤر سباع الطير، أي ما يتبقى من الماء بعد شربها، فقالوا: إن القياس يوجب نجاسة سؤر سباع الطير، وذلك بقياسها على سباع البهائم، والعلة الجامعة، أن لحم كل منهما نجس لا يؤكل، هذا هو الظاهر، ولكن الفقيه إذا أمعن النظر وجد أن كون اللحم نجسا لا يؤكل ليس وصفا مؤثرا في النجاسة وحده، بل بضميمة شيء آخر إليه، وهو نزول اللعاب المتصل باللحم النجس في الماء، فهذا هو الوصف المؤثر، وليس فقط كون لحم سباع البهائم نجسا، ما دامت نجاسة اللحم لا تتصل بالماء عن طريق اللعاب المتصل باللحم النجس، وهذه العلة غير موجودة في سباع الطير، لأنها وإن كانت نجسة، إلا أن النجاسة لا تتصل بالماء، لأنها تشرب بمناقيرها التي لا لعاب فيها، فلم يمكن قياسها عليها، فرجعنا إلى أصل الحل.

ومنه قول الرجل لامرأته: إذا حضت فأنت طالق، فقالت: حضت، وكذبها زوجها، فالقياس لا تصدق حتى يعلم وجود الحيض أو يصدقها الزوج، قياسا على أمثاله من قوله لها: إذا دخلت الدار أو كلمت فلانا فأنت طالق، وهذا هو الذي يتبادر لظهور الشبه، لكنها تصدق استحسانا، قياسا على قولها للزوج إذا أراد شيئا: إني حائضة الآن، وقولها إن العدة انقضت إذا كانت بالحيض، وقولها: إني حامل، وذلك كله لأنها أمينة على ما في رحمها بدلالة قوله تعالى: (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن).

وهذا هو القياس الخفي الذي لا يقف عليه إلا المجتهد¹⁸⁸.

6- الاستحسان احتياطيا مراعاة للخلاف:

مراعاة الخلاف: "هو إعمال المجتهد لدليل خصمه في لازم مدلوله الذي أعمل في عكسه دليلا آخر"¹⁸⁹، ومثاله: إعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ الشغار، في لازم مدلوله، ومدلوله عدم فسخه، ولازمه ثبوت الإرث بين الزوجين، وهذا المدلول وهو عدم الفسخ أعمل في نقيضه وهو الفسخ دليلا آخر، وهو دليل فسخه. "فمعناه أن الفعل المعين من أفعال المكلف إذا كان مختلفا في حكمه بين منع وإباحة مثلا لتعارض دليلين، ترجح أحدهما لدى بعض المجتهدين، وترجح الآخر لدى البعض الآخر، تم الفعل على أحد الحكمين ولو كان المرجوح، فإنه بعد وقوعه إذا طبق عليه في آثاره الحكم الراجح الذي كان ينبغي أن يجري عليه فرمما حصلت بذلك مفسدة أكبر من المصلحة المتوقعة من تصحيحه بالحكم الراجح، فينظر إذا في المال الذي يؤول إليه تطبيق الحكم الراجح بعد

وقوعه بما يتضمنه من مضرة، فيصرف عنه ذلك الحكم ويطبق عليه الحكم المرجوح، استثمارا للخلاف في معالجة المفسدة¹⁹⁰.

ومن أمثله أن كل نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث ويفتقر في فسخه إلى الطلاق، وإذا دخل مع الإمام نراعي قول من قال إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام، وكذلك من قام إلى الثالثة في النافلة وعقدتها يضيف إليها رابعة، مراعاة لقول من يجيز التنفل بأربع¹⁹¹، بخلاف المسائل المتفق عليها فإنه لا يراعي فيها غير دلائلها.

قال الشاطبي: "إنهم قالوا إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة اختلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك يبنى عليه مسائل كثيرة، منها: إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة ولم تغير أحد أوصافه أنه لا يتوضأ ويتركه، فإن توضأ به وصلى أعاد مادام في الوقت، ولم يعد بعد الوقت، وإنما قال يعيد في الوقت مراعاة لقول من يقول: إنه طاهر مطهر، ويرى جواز الوضوء به ابتداء، وكان قياس هذا القول أن يعيد أبدا إذا لم يتوضأ إلا بماء، يصح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم.

ومنها: قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه إن لم يتفق على فساده فيفسخ بطلاق ويكون فيه الميراث، ويلزم فيه الطلاق كما في النكاح الصحيح، فإن اتفق العلماء على فساده فسخ بغير طلاق، ولا يكون فيه ميراث، ولا يلزم فيه طلاق.

ومنها مسألة من نسي تكبيرة الإحرام وكبر للركوع وكان مع الإمام وجب أن يتمادى لقول من قال إن ذلك يجزئه، فإذا سلم الإمام أعاد هذا المأموم¹⁹².

7- الاستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة:

وقد مثلوا له بترك مقتضى الدليل في التافه اليسير، وذلك رفعا للمشقة وتوسيعا على الخلق، فقد استحسنت المالكية جواز دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل، والأصل في هذا المنع، إلا أنهم أجازوا ذلك لأن نفي الغرر في العقود جملة لا يقدر عليه، وفيه تضيق على الناس، فوجب التسامح في الغرر اليسير رفعا للمشقة وتوسعة على الناس، فإن كانت قاعدة الغرر تمنع هذه المعاملة فإن قاعدة رفع الحرج، وهي قاعدة قطعية تخص الأمثلة بمثلها، تجيزها.

وكما قالوا في إهدار الوصف في الربا مع أن الدليل يقتضي التسوية فيه، لأن في اعتباره سد باب البيعات. وقولهم إن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا، لأن مبنى التوكيل على التوسعة¹⁹³.

8- الاستحسان بالمصلحة: وله أمثلة كثيرة:

منها تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع التي تسلموها للعمل فيها بالأجر، فإن القاعدة العامة تقضي بعدم ضماغم لأن الأصل فيهم الأمانة، والأمين لا يضمن، فكأن القول بالتضمين استثناء من هذه القواعد بالمصلحة، ووجه المصلحة أن في التضمين حفظا لأموال أصحاب السلع، وذلك بعد أن ضعف سلطان الدين على النفوس وتفشت الخيانة بين طائفة الصناع، فلو لم نحكم بالضمان لأتخذ الصناع ذلك ذريعة إلى دعوى التلف والهلاك، ولعجز أرباب

السلع عن إثبات تعديهم أو تقصيرهم فتضيع الأموال، ولذلك قال مالك بأنهم ضامنون حتى يثبتوا أن التلف أو الهلاك لم يكن بتعد ولا تقصير منهم، بل إن البعض يضمنهم ولو أثبتوا ذلك سدا للذريعة.

ومن أمثله أيضا تضمين الأجير المشترك، وإن لم يكن صانعا، فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين، كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين وكذلك حمل الطعام، على قول مالك فإنه ضامن ولاحق عنده بالصناع، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع¹⁹⁴.

ومثاله أيضا: قول مالك فيمن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أو خص امرأة إن تزوجها بالطلاق، حيث قال: إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه، وإن خصص لزمه، مثل أن يقول: كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق، وكذا في وقت كذا، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن، وهو استحسان مبني على المصلحة، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عننا به حرجا، وكأنه من باب نذر المعصية، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق¹⁹⁵.

مذاهب العلماء في حجة الاستحسان:

رغم ما ذكرناه في تحرير محل النزاع أنه لا يوجد استحسان مختلف فيه فقد تباعد في حجيته العلماء فمن قائل: "أنه تسعة أعشار العلم"، ومن قائل: "ومن استحسنت فقد شرع"، لذلك رأينا ذكر آرائهم وحججهم.

1- مذهب الحنفية والمالكية:

قال الشيخ أبو زهرة: "أكثر أبو حنيفة من الاستحسان وكان فيه لا يجارى، حتى لقد قال فيه محمد -رحمه الله- أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال استحسنت لم يلحق به أحد، ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح، فإذا قبح القياس استحسنت ولاحظ تعامل الناس"¹⁹⁶.

2- مذهب الحنابلة:

تذكر بعض كتب الأصول أن الحنابلة يقولون بالاستحسان وينكر ذلك البعض الآخر. يقول ابن الحاجب: "الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة وأنكره غيرهم". وقال الجلال المحلي: "الاستحسان قال به أبو حنيفة وأنكره الباقر من العلماء منهم الحنابلة خلاف قول ابن الحاجب: قال به الحنفية والحنابلة"¹⁹⁷.

وذكر ابن قدامة المقدسي عن القاضي يعقوب أنه قال: القول بالاستحسان مذهب أحمد -رحمه الله-، وتعريفه عندهم على ما اختاره ابن قدامة: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة¹⁹⁸، وهو الصحيح نظرا لأن ابن قدامة حنبلي، ولأن مذاهب العلماء لا يؤخذ فيها قول المخالف.

3- مذهب الشافعية:

يقول الشافعي -رحمه الله-: "وكل ما وصفت مع ما أنا ذاكر وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر من حكم الله، ثم حكم رسوله صلى الله عليه وسلم، ثم حكم المسلمين، دليل على أنه لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون

فيه، أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني¹⁹⁹.

وقال في الرسالة: "لا يجوز لأحد أن يقول بالاستحسان، ولو جاز تعدي القياس وتعطيله إلى الاستحسان، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضهم من الاستحسان والاستحسان تلذذ"²⁰⁰.
وقال أيضا إن من قال الاستحسان فقد قال قولاً عظيماً ووضع نفسه في رأيه واستحسانه على غير كتاب ولا سنة موضعها في أن يتبع رأيه.

ونقل عنه الغزالي في المستصفى أنه قال: "من استحسنت فقد شرع"²⁰¹، واشتهرت هذه المقالة عنه على ألسنة العلماء وفي كتبهم، وإنكار ابن السبكي في كتابه الأشباه والنظائر وجودها في كلام الشافعي لا يردّها، لأن مبلغ علمه أنه لم يقف عليها، وليس في هذا حجة على من وجدها أو سمعها، على أن كلمة الأم السابقة تفيد معناها، بل هي أصرح في إنكار الاستحسان والقول به من تلك العبارة²⁰².

رابعاً: العرف في الفقه الإسلامي:

معنى العرف:

أ- لغة: العرف، بضم العين، هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة، ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المؤلف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول، وعليه قوله تعالى: (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين)²⁰³.

ب- اصطلاحاً: هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل²⁰⁴، ومن ثم يسمى أيضاً: عادة وتعاملاً.

"ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان مطرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، أو غالباً بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يراعاه ويجري على وفقه... فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور، وخذا لا يكون إلا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل، وإلا كان تصرفاً فردياً لا عرفاً"²⁰⁵.

من الموازنة بين مركز العرف في الفقه الإسلامي ومركزه في القوانين الوضعية نرى أن كفة الفقه الإسلامي فيه راجحة على الأخرى، وأن العرف فيه ظل محتفظاً بمكانته الأولى طوال حياته، وأنه لم يجد فيه جديد يطغى عليه أو يجد من سلطانه، بينما نجده في القوانين الأخرى انحدر من مكانته العالية، وضعف سلطانه حتى كاد يفقد تأثيره في نظر بعض رجال القانون.

العرف في الشرائع الوضعية:

إن جولة من تاريخ العرف في القوانين الوضعية ترينا بوضوح أن العرف كان هو المصدر الرئيسي لكل القوانين القديمة، فلما سنت القوانين وصدرت بها التشريعات ظل العرف محتفظاً بمكانته الأولى فترة من الزمان، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة، ولذا كان من المقرر في القانون الروماني، والقوانين الأوروبية المشتقة منه، أن القاعدة المتأخرة تجب ما قبلها بصرف النظر عن مصدر كل منهما عرفاً كان أو تشريعاً.

ولما تقدم الزمن وتطورت القوانين بنشاط التشريع بدأ مركز العرف يضعف، فنحى عن مكانته الأولى لما قيدوا قبوله بشروط حتى ذهب كثير من الفقهاء الغربيين إلى أنه فقد أهميته، لانتقال سلطة التشريع من الشعب إلى ممثليه الذين

يتكون منهم البرلمان، وذهب آخرون إلى أنه لم يفقد منزلته كمصدر من مصادر القانون، ولكن مدى نشاطه تحدد، لأن اشتراط الشروط لصحته جاء للتقليل من شأنه، وكلما تطور النظام القانوني ضاق نشاط العرف، كما يقول الدكتور محمد عرفه²⁰⁶، لأسباب عديدة.

وبيان ذلك أن الشرائع الوضعية، أو القوانين، في المجتمعات البشرية البدائية، تتكون تدريجياً في صورة عادات وأعراف، ثم إذا ارتقت حياة الأمة ومداركها ومعارفها وأصبحت لها سلطة حاکمة وسيادة، تلجأ إلى تقنين (Codification) تلك العادات، وتجعل منها نظاماً آمراً في أعمال الناس ومعاملاتهم وعلاقاتهم، فيحل القانون محل تلك العادات وينسخ اعتبارها، فيلغي منها ما يرى غير صالح، ويثبت ما يرى صالحاً، وتصبح العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه.

ثم يرتقي التشريع فيضع الأسس الحقوقية والقواعد القانونية العامة تاركا للأعراف والعادات تخطيط الحدود الفاصلة للحقوق والالتزامات المتقابلة في التفاصيل الجزئية التي يعسر على الشارع استقصاؤها بالنصوص، وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء.

وهكذا بارتقاء التشريع ودخوله في طور تعديد القواعد العامة، يعود للعرف والعادات اعتبار في نطاق تقوم فيه بوظيفة المساعد للقانون، غير ميدانها الأول التي كانت فيه هي القانون.

وأهم مراحل الرقي التشريعي هي المرحلة التي تجسد فيها الإيرادات الحقوقية المسماة بالعقود، وتنظم وتحمي نتائجها، وتطلق فيها حرية التعاقد والمشاركات في كل ما لا يخل بالنظام العام والآداب، ومقاصد الشارع الأساسية. ثم في الأمم ذات التراث التشريعي الراقي يوجد على جانب نصوص القوانين فقه العلماء المتشرعين (أي نظريات حقوقية وشروح) واجتهاد للقضاة في فهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها بصورة توسع استيعاب النصوص المحدودة في آفاق غير محدودة، بمراعاة العلل التي راعاها الشارع، وتحكيم دلائل نصوصه.

فالشرع بوجه عام في أمة من الأمم ليس إلا صورة صحيحة لحياة اجتماعية واقعية، وهدفه العام فيها إقامة العدل وحفظ التوازن في الحقوق والالتزامات، وصيانة حقوق الناس الفردية، ومصالح المجتمع بقواعد قانونية، وهذه القواعد تكون وقتية غير صالحة للخلود إذا كانت تعبر أوضاع خاصة عرفية إقليمية، وتكون صالحة للخلود إذا كانت تعبر عن مفاهيم وحقائق مسلمة ثابتة عالمية، كقاعدة منع الضرر وإيجاب التعويض عنه، وقاعدة عدم سرعان حكم العقد على غير عاقبيه، وعدم تأثيره في حقوق الغير.

فالتشريع دائماً في الأمة هو كالأدب فيها كلاهما يعطي صورة عن واقع اجتماعي واقتصادي في الأمة، ويعبر عما وصلت إليه الحياة فيها من التطور والإدراك الاجتماعي، ويقدر ما فيه من قواعد ذات مفاهيم تشريعية عامة عالمية الاعتبار، ويقدر ما فيه من توجيه للأمة نحو الإصلاح المستمر، تكون درجة رقي ذلك الشرع وصلاحيته مبادئه للخلود. وليس اختلاف الشرائع بين الأمم إلا تعبيراً عن الاختلاف في الحياة الاجتماعية والاقتصادية فيما بينها، وفي الأهداف التي تتجه نحوها هذه الحياة، وفي المثل العليا (Idéals) التي تستلهما الأمة وتستوحىها من عقيدتها، فعندما تبلغ الأمة ذروة الرقي الفكري تبلغ تلك القواعد التشريعية لديها منتهاها من الرقي والقوة وتمتع بالخلود، فالأمة الرومانية مثلاً لما كانت تعيش حياة منعزلة عن العالم، منكمشة على عادات خاصة بها كانت قوانينها مجرد عادات، ثم شرعاً مؤقتاً

لحياة محدودة، ولما خرجت من موطنها الأصلي واندفعت نحو الشرق، وحكمت عناصر أخرى من الناس، اضطرت للخروج من نطاق شرعها الضيق، فتطور وتوسع ولكنه بقي موقوتا غير صالح للخلود، إذ كان لهم شرعان: أحدهما يتمتع به الرومان الأصليون، والآخر الأجانب، حتى إذا بلغوا مستوى عاليا من الرقي المدني والفكري بعد القرن الثالث للميلاد، وثبتوا قدمهم الثانية في الشرق الأوسط مهد الحضارات القديمة والشرائع والأديان، بعد أن هذبتهم المبادئ الإنسانية العامة التي خلفتها تعاليم السيد المسيح عليه السلام، بلغ عندهم تفكيرهم التشريعي منتهى رقيه، فقام الإمبراطور جوستينيان في القرن الخامس الميلادي بتقنين الشرع الروماني وتحريره من جديد، فأصبح أساسا لمعظم الشرائع الأوروبية إلى هذا اليوم.

العرف والتشريع في القانون الوضعي:

1- تداخل العرف مع التشريع في المرتبة:

رأينا فيما مضى أن العرف أسبق من الناحية التاريخية من التشريع، ومع ذلك فإن التشريع تفوق عليه نظرا لكون العرف بطيئا في إنتاج القواعد القانونية، مما لا يسعف المجتمع الحديث في الاستجابة لحاجات أفرادها الدائمة المتجددة بالسرعة الواجبة، ونظرا لمزايا التشريع الواضحة من حيث سرعة وضع قواعده ووضوح مضمونه وسهولة إثباته والعلم به، مما يجعله كفيلا باستقرار المعاملات وحسن التناسق بين قواعده.

ولكن العرف، رغم أنه لم يعد يحتل المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون، فإنه لم يفقد أهميته كمصدر احتياطي إلى جانب التشريع، بل إن وجوده إلى جانبه أمر حتمي نظرا لأن التشريع - وهو عمل إنساني لا يمكن أن يتصف بالكمال - لا يمكن تجنب النقص فيه، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة المشرع بكل شيء أمرا متعذرا، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدي إلى خلق صور من العلاقات لم تخطر على بال المشرع وهو يصوغ قواعد التشريع، لذا فإن العرف يقف إلى جانب التشريع [والشريعة الإسلامية] إذ يليه في المرتبة... ويترب على ذلك أن العرف لا يملك إلغاء التشريع، كما ينبغي على ذلك أيضا أن العرف - بحسب الأصل - لا يملك مخالفة نص تشريعي أمر وإن كان يملك مخالفة نص تشريعي مكمل²⁰⁷.

2- العرف المخالف للتشريع:

إن العرف مصدر احتياطي للقانون، فهو مصدر يتأخر في المرتبة عن التشريع، ويترب على ذلك، ووفقا لمبدأ تدرج مصادر القاعدة القانونية، أن العرف لا يلي إلغاء التشريع أو مخالفته، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري أن "النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف آخر"، ويتضح من ذلك عدم قدرة العرف على إلغاء التشريع، سواء كان النص التشريعي أمرا أم مكملا، فالتشريع أيا كان لا يلغى إلا بتشريع آخر، لكن يبقى التساؤل حول إمكان مخالفة العرف للتشريع، ونفرق في هذا الشأن بين القواعد المكتملة والقواعد الآمرة.

أ- بالنسبة للقواعد المكتملة:

لقد وجدت النصوص التشريعية المكتملة لتكملة ما نقص من شروط العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط، وهي - على خلاف القواعد الآمرة - نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها ومخالفة حكمها، فإذا كان إرادة المتعاقدين ذلك، فإنه من باب أولى يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها، فالمشرع في حالات معينة يضع حكما

لمسألة معينة ولكنه يقرر أنه إذا وجد عرف في هذه المسألة فإنه يجب العمل بما يضعه المشرع من قواعد تشريعية، والمشرع يقدر هنا أن ما يعتاد الناس على إتباعه في مثل هذه المسألة تعتبر أكثر اتفاقاً مع حاجات التعامل، وهذا يعني أن العرف يملك مخالفة القواعد التشريعية المكتملة.

"ويرى البعض أن العرف لا يملك مخالفة القاعدة التشريعية المكتملة إلا في الأحوال التي ترخص فيها القاعدة التشريعية نفسها بذلك، وهذا الترخيص هو الذي يسمح للعرف بمخالفة التشريع، ومؤدى ذلك أن مخالفة العرف للقاعدة التشريعية المكتملة لا يجوز إلا بإرادة المشرع .

ومع ذلك فإننا نؤيد الرأي القائل أن العرف قد يقدم أيضاً على حكم القاعدة المكتملة في غير الحالات التي ترخص فيها القاعدة التشريعية المكتملة بذلك، فالقواعد المكتملة كما هو معروف يجوز استبعاد حكمها باتفاق الأفراد على ما يخالفها فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة هذا ويراعى دائماً أن تقدم العرف على القاعدة التشريعية في الحالات السابقة لا يترتب عليه إلغاء القاعدة التشريعية، بل تظل قائمة وتنطبق في الحالات التي لا يوجد فيها عرف مخالف، فقد توجد قاعدة عرفية بالنسبة لمهنة معينة أو في جهة من الجهات، ففي هذه الحالة تطبق القاعدة العرفية، لكن إذا لم توجد قاعدة مهنية بالنسبة لمهنة من المهن أو في جهة من الجهات تبقى القاعدة التشريعية قائمة تنطبق في هذه الحالات ما لم يتفق الأفراد على ما يخالف حكمها"²⁰⁸.

ب- بالنسبة للقواعد الآمرة:

فبالنسبة للقواعد التشريعية الآمرة، وهي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فلا يمكن أن ينشأ عرف مخالف لها. غير أن هذا يقتضي أن تنتمي كل من القاعدة التشريعية الآمرة والقاعدة العرفية التي قد تخالف القاعدة الأولى إلى فرع واحد من فروع القانون، كما لو كان كلا من القاعدتين تنتميان إلى القانون المدني مثلاً، فلا يجوز في هذه الحالة أن يخالف عرف مدني نصاً تشريعياً آمراً من نصوص القانون المدني. أما إذا كان العرف ينتمي إلى فرع من فروع القانون مغاير للفرع الذي ينتمي إليه النص التشريعي، فالغلبة تكون للعرف المخالف للنص التشريعي الآمر، مثال ذلك أن تنتمي القاعدة العرفية على مجال القانون التجاري بينما ينتمي النص التشريعي الآمر إلى قواعد القانون المدني.

ولا يعتبر ذلك تغليباً للعرف على التشريع، ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني، والقاعدة في هذا الشأن أن القانون المدني يكمل القانون التجاري عند نقصه، لأنه هو الأصل العام، والقانون التجاري هو الحكم الخاص، فحيث لا توجد قواعد خاصة في المسائل التجارية لا يبقى مناص من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة في المعاملات الخاصة للأفراد، ووجود عرف تجاري معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أو قاعدة خاصة، فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية وهي قواعد عامة في هذا الشأن، وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجاري وبين نصوص القانون المدني إذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده في مجاله التجاري الخاص دون النصوص المدنية العامة"²⁰⁹.

لكن ذلك لا يحمل معنى غلبة العرف التجاري على نصوص التشريع الآمرة بصفة عامة، "آية ذلك أنه إذا وجد نص تشريعي أمر في التقنين التجاري، فلا يمكن لقاعدة تجارية عرفية أن تخالفه، أي أن العرف التجاري يبقى مقتصرًا على الدور الاحتياطي كلما تعلق الأمر بالنطاق الذي يطبق فيه القانون التجاري، وتبني على ما سبق أن العرف التجاري يملك مخالفة نص مدني أمر، إذ الاختصاص حينئذ ينعقد للعرف التجاري وحده في حكم المسألة التجارية دون النص المدني ولو كان أمرًا، إعمالًا لقاعدة أن الخاص يقيد العام"²¹⁰.

شروط العرف: شروط لقبوله:

(أولاً): السداد: وفسره بكون العرف متوافقًا مع العدالة والنفع العام، وبتعبير آخر أن يكون موافقًا للنظام العام والآداب.

شروط يذكره أغلب الشراح، وإن صرفه البعض²¹¹ إلى العرف الخاص "المحلي أو المهني أو الطائفي" مستبعدًا أن يكون شرطًا في العرف العام الشامل، لأن هذا النوع من العرف يسهم إلى حد كبير في تحديد مضمون النظام العام باعتبار صدوره من الجماعة كلها.

(وثانياً) أن يكون عامًا، وليس معنى عمومته شموله جميع البلدان بما فيها من طوائف وأشخاص، بل يريدون عمومته في المكان الذي يقع فيه أو الأشخاص الذين صدر عنهم العمل بصفاتهم كالعرف الطائفي أو المهني. (وثالثاً) ألا يكون متعارضًا مع التشريع القائم، فلا قيمة للعرف مع التشريع لأنه لا يلغيه، فالمبدأ العام والقاعدة المقررة في العرف أنه يعمل به ما لم يتعارض مع نصوص التشريع، فإذا كان مناقضًا له فلا يعمل به²¹². وعلى ذلك لا يقوى العرف عندهم على نسخ التشريع أو إلغاء نصوصه الآمرة²¹³.

هذا هو أصل وضع العرف بالنسبة إلى نصوص التشريع - في نظر رجال القانون - لا يقوى على إلغاء النص التشريعي، ولم يخرج عن هذا الأصل إلا العرف التجاري فإنه يجوز أن يلغي نصوص القانون عند التعارض، ويرجع ذلك على أن القانون التجاري في الحقيقة عبارة عن تقنين للعادات التي اصطلاح عليها التجار فيما بينهم، وقد استثنوا من هذا الاستثناء العرف التجاري المعارض لنص متعلق بالنظام العام، فإنه لا يقوى على إغائه.

إذًا يكون استثناء إلغاء النص بالعرف التجاري مقيدًا بعدم كون النص المعارض متعلقًا بالنظام العام²¹⁴. هذا هو الاستثناء الوحيد الذي أقامه شراح القانون، وهو يصور لنا قداسة النصوص التشريعية - في نظرهم - التي لا يرقى إليها سلطان العرف إلا من هذه النافذة الضيقة.

ومع ذلك نجد من شراح القانون من يرفض هذا الاستثناء، ويوجه المسألة توجيهًا آخر لتبقى القاعدة على عمومها من غير استثناء.

يقول الدكتور مصطفى كمال طه²¹⁵: "وقد يتضمن العرف التجاري خروجًا على بعض نصوص التشريع المدني ولو كانت أمرة، وبعد ذكره لأمثله ذلك قال: ويراعى أن مخالفة العرف التجاري لنصوص القانون المدني الآمرة ليس فيها تغليب للعرف على التشريع. ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون تحديدًا لنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني، والقاعدة في هذا الشأن أن القانون المدني لا يطبق إلا إذا لم يوجد حكم خاص في القانون التجاري، ووجود عرف

تجاري معناه وجود قاعدة قانونية تجارية خاصة، فلا حاجة مع وجودها على تطبيق القواعد المدنية العامة، ولهذا لا يجوز للعرف التجاري أن يخالف نصوص التشريع التجاري الآمرة ولكنه يملك مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة. وإلى مثل هذا يذهب الدكتور كبيره²¹⁶ فيقول بعد الشرح الطويل والرد على من جوز مخالفة العرف التجاري للنصوص التشريعية الآمرة: فإذا العرف يبقى على أصله من عدم جواز مخالفته لنصوص التشريع دون استثناء. هذا هو مركز العرف مع النصوص الآمرة، لا يقوى على مخالفتها، أما موقفه من النصوص المفسرة للتشريع أو المكملة فيبقى على مخالفتها²¹⁷ لأن النص المفسر يجيء عند الاختلاف في النص - غالباً - فإذا وجد عرف يخالفه فلا يكون له محل، ولهذا ترى المشرع ينه في بعض النصوص المفسرة إلى أنها لا تسري إذا وجد عرف مخالف لها، على معنى أنه يستبعد تطبيق النص في حالة وجود العرف المخالف، ولا يلغى النص بذلك العرف، بل يظل قائماً يطبق في المواضع التي لا يوجد فيها عرف يخالفه.

والنص المكمل جاء لتكملة إرادة العاقدين، فيطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على عكسه، أو سكتنا عن الإشارة إلى موضوعه، ولذلك يقتزن كثيراً بالعبارات الآتية: "إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك"، أو "في حالة عدم وجود شرط صريح في العقد"، أو "إذا لم يحصل الاتفاق على كذا".

فهي نصوص أريد بها تنظيم التعاقد بين المتعاقدين إذا لم يريدوا إفراغه في قالب آخر، أو لتكملة إرادتها في حالة سكوتها، فإذا جاز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها جاز من باب أولى نشوء عرف مخالف لها، وذلك أن العرف له مرتبة الشرط عند عدمه للقاعدة الفقهية: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

وقد قرروا أن العرف مصدر في جميع فروع القانون عدا القانون الجزائي فإن العرف لا مجال له فيه، ولا يعمل به إلا في تفسير نص من نصوصه للقاعدة المشهورة "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص"، وإن كان سلطانه في القانون التجاري أوسع من بقية الفروع الأخرى" ويرجع ذلك إلى أن العمليات التجارية تتم بسرعة فلا يتوفر للمتعاقدين الوقت الكافي لذكر كل الشروط التي تحكم العلاقات الناشئة عنها، فتكون نيتها متجهة إلى الأخذ بالعادات المنظمة لهذه العلاقات، ولأن هذه العمليات تتم بينهم وهم على علم بعادات التجارة مما لا يستدعي معه إدراج كل الشروط المطلوبة في عقودهم²¹⁸.

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نلخص موقف القوانين من العرف في النقاط الآتية:

- 1 - إن العرف المقبول هو المتوافق مع العدالة والنفع العام، أو بتعبير آخر: الموافق للنظام العام والآداب، وبمعنى أوضح، هو الذي يتفق مع العدالة ويحقق نفعاً عاماً، ولا يخالف المصالح الأساسية التي يقوم عليها بناء الجماعة ولا أصول الأخلاق، ولا يتعارض مع نصوص التشريع الآمرة بعد أن يكون عاماً، سواء كان عمومه شاملاً لجميع البلدان وما فيها من أشخاص وطوائف أو خاصاً ببلد أو بطائفة أو أرياب مهنة.
- 2 - إن عمل العرف يظهر في أمرين: في الإنشاء والتفسير. إنشاء القواعد القانونية في فروع القانون عدا القانون الجنائي، وهو في ذلك مكمل للتشريع، لأنه يقرر أحكاماً لمسائل فات على التشريع أن ينظمها، أو استعصى عليه تنظيمها لتشعبها، وتفسير النصوص التشريعية في جميع الفروع حتى الجنائي منها.
- 3 - إن العرف المرفوض هو المخالف للنظام العام أو الآداب، أو المعارض لنصوص التشريع الآمرة.

4 - إن مخالفة العرف للنصوص المفسرة أو المكملة لا يمنع قبوله.

5 - إن سلطان العرف في القانون التجاري أوسع دائرة من بقية فروع القوانين.

العرف في الفقه الإسلامي:

موقفه الإسلام من الأعراف المساعدة قبل مجيئه:

جاء الإسلام وللعرب عادات وتقاليد ساروا عليها، واحتكموا إليها مئات السنين، عادات اختلطت فيها بقية من الشرائع السابقة بقواعد أحكامها تجارهم وما نزع إليهم من عادات الأمم المجاورة، عادات فيها الصالح والفاسد، تنازعتها العقول والأهواء، فكانت الغلبة للعقل مرة وللهوى مرة بل مرات، والإسلام دين إصلاح نزل ليخرج الناس من الظلمات إلى النور، فليس من المعقول أن يهدم كل ما كان عندهم من نظم، ويقضي على ما كان لهم من عادات، لأنه لم يأت ليهدم المدنيات ليؤسس على أنقاضها مدنيات جديدة. والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق.

يحدثنا بأن رسول الله وقف من تلك العادات مواقف مختلفة، فأقر طائفة منها على ما كانت عليه، وألغى طائفة أخرى، وحذر من قربانها، كما عمد إلى طائفة ثالثة أبقى أصلها وعدل رسمها، وأخيرا أتى لهم بنظم مبتكرة لم يسبق لهم عهد بها، فقد أقر من البيوع ما كان مبنيا على التراضي خاليا مما يثير النزاع أو يوصل إلى أكل أموال الناس بالباطل، وألغى ما عدا ذلك بيوع المخاطرة والغرر. كبيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحصاة، وكضربة القانص والغائص وما ليس عند الإنسان، وكبيع الحمل واللبن في الضرع وغيرها.

وأقر من الزواج صنفا كانت تخطب فيه المرأة إلى وليها، ويقدم لها خاطبها صداقا، ثم يعقد العقد أمام شهود بعد إعلانه، وألغى ما عدا ذلك من أنكحتهم الفاسدة التي تعتبر زنى أو قريبة منه²¹⁹. وأقر أصل الطلاق ونظم طريقته.

وأبقى نظام القصاص في القتل العمد بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية، وقرر وجوب الدية في القتل الخطأ

وجعلها على العاقلة كما كانت، كما أبقى نظام القسامة على ما كان عندهم.

وأقر المشاورة التي تعودوها في أمورهم مع نزول الوحي عليه لما فيها من منافع ومصالح²²⁰.

وما موقفه من الرق إلا إقرار لعادة فاشية بعد تنظيمها. فقد بعث رسول الله وعادة الاسترقاق شائعة ذائعة عند

العرب وما جاورهم من الأمم، الاسترقاق بنوعيه. استرقاق الأمم والشعوب. بأن تغير أمة على أخرى فتحضعها لها وتستغل ثرواتها.

واسترقاق الأفراد، بأن يستولي الشخص على غيره بطرق عديدة. حتى كان الناس يعدون الرقيق نوعا من المال،

بل من أئمنها، فعلى الرقيق تقوم فلاحه الأرض وأعمال التجارة والخدمة في البيوت وخارجها.

فقرر حرية الشعوب والمساواة بين الأمم: (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل

لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم)²²¹، بل إن الله بين أنه ناصر المستضعفين المستعبدين: (ونريد أن نمن على الذين

استضعفوا ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين)²²²، والرسول يقول: (كلكم لآدم وآدم من تراب)، وبهذا ألغى استرقاق

الشعوب.

وأما استرقاق الأفراد فقد أقره وحدد له سببا واحدا، وهو الحرب المشروعة، بعد أن كان قبله يأتي من أسباب عديدة، ولم يكن من المعقول أن يلغى الرق في الدولة الإسلامية بينما تتمسك به الأمم حولها ، فأبقاه معاملة بالمثل، وهو مبدأ مقرر في كل القوانين.

وبعد هذا الإبقاء والتضييق في أسبابه فتح له نوافذ الحرية من كل جانب يجعل فكك الرقيق كفارة لما يقع فيه المرء من أخطاء، كاعتدائه على حرمة الصوم، أو الحنث في اليمين، أو القتل خطأ أو الظهار.

ثم بين أن إعتاق الرقيق عمل من أعمال البر التي تنجي صاحبها في الآخرة من العذاب (فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة)²²³ ، وأحاديث الرسول في الترغيب في العتق والحث عليه كثيرة لا تحصى²²⁴ .

ومع هذا كله حث على حسن معاملة الرقيق. وبذلك ندرك أن الإسلام ألغى الرق -في الحقيقة- من طريق غير مباشر.

ومن هنا يتبين أن الرسول اعتبر العرف القائم عند بعثته، بيد أنه لم يعتبره لأنه مجرد أمر متعارف معمول به من قديم الزمن، وإلا لأعتبر كل ما تعارفوه، فلا بد أن يكون الإقرار أو الإلغاء لأمر وراء كونه عرفا، وليس هنا ما يصلح أن يكون سببا لذلك إلا ما في هذا الأمر المتعارف من مصلحة راجحة، أو مفسدة غالبة، فأقر ما يحقق لهم المصالح ويدفع عنهم المفاسد، ولو لم يكن فيه عرف بخصوصه لأتى به تشريعا مبتدأ وألغى ما يجلب عليهم الشر، ويشير العداوة والبغضاء بينهم.

ويوضح ذلك أنا وجدناه في المعاملة التي ألفوا فيها أكثر من عادة يقر واحدة منها ويلغى باقيها. فالبيع الذي هو مبادلة المال بالمال اعتادوا فيه طرائق عدة ، أقر إحداها ونهى عما عداها. والزواج كذلك كما سبقت الإشارة إليه.

وبهذا يكون رسول الله قد وضع المبدأ الواضح لاعتبار العرف، وقرر فيه قاعدة سليمة اعتبرها الأئمة والفقهاء من بعده، ويمكن اعتبارها في كل حين.

وهي أن ما تعارفه الناس وساروا عليه ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيدا عن الأهواء والشهوات، بمقدار ما فيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع.

فإذا كان ما تعارفوه يحقق لهم مصلحة راجحة، أو يدفع عنهم مفسدة كبيرة، ولا يخل بالمجتمع، قبل وأقر العمل به، وصار شريعة واجبة الإلتباع ما دام يحقق ذلك، ويجب على القضاة والمفتين ملاحظته، وإن كان غير ذلك ألغى وأهدر. لا فرق في هذا بين العرف العام والشامل لكل البلدان، والعرف الخاص ببلد أو بطائفة.

وفي قول الله تعالى: (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) ما يقرب إلى الفهم ما يراد بالمصلحة والمفسدة،

ولعلك توافقني على أن معيار العرف هنا أوضح بكثير مما جعله رجال القانون معياراً في شرطهم الأول، وهو السداد المفسر بتوافقه مع العدالة والنفع العام، وبكونه موافقا للنظام العام الذي لم يظفر-إلى الآن- بتعريف سليم يكشف عن حقيقته، وكل ما جاء بشأنه -كما يقول الدكتور محمد عرفه-²²⁵ إما غامض أو ناقص، حتى قيل: "إن النظام العام

يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به. فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه".

هذا هو موقف رسول الإسلام من أعراف العرب، إقرار وتنظيم ووحى السماء ينزل عليه بقرآن وسنة، وما أقره لم يبق على ما كان عليه عادة وعرفاً، بل أصبح تشريعاً إسلامياً واجب الإلتباع، وديننا يتعبد به. ونظير ذلك في القانون أن ما يقره المشرع من العادات ينتقل من قاعدة عرفية إلى قاعدة قانونية، ومن سنة عملية متبعة إلى قانون مكتوب له الصدارة والتقدم على ما للناس من عادات.

العرف ومخالفة النصوص:

وإذا كان للعرف نوعان، نوع لا يخالف نصاً من النصوص التشريعية وآخر يخالفها ويعارض حكمها، ورجال القانون قبلوا الأول متى توفرت له شروطه التي شرطوها، ورفضوا الثاني إذا كان النص المعارض من النصوص الآمرة أياً كانت المخالفة، جزئية أو كلية، وهذا يدعو إلى التساؤل عن نوع العرف الذي أقره الرسول، هل كان كله من النوع الأول، أم أنه أقر شيئاً من النوع الثاني المعارض للنصوص لتتم المقارنة في وضوح؟ وجوابنا عن هذا التساؤل: إننا وجدنا لرسول الله بعض أحاديث نهي فيها عن أشياء نهيها عاماً، ولما وجد لقومه عادات تخالفها في بعض أفرادها استثنى موضع العادة وخص فيه، وهذا - كما ترى - عرف خالف نصاً من النصوص مخالفة جزئية ومع ذلك أقره الرسول دفعاً للحرص عنهم، وتحقيقاً لليسر الذي جاءت به هذه الشريعة السمحة. وإليك بعض هذه الوقائع:

- 1- روي أن رسول الله نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، فقال: "يا حكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك" ولما قدم المدينة ووجدهم يتعاملون بالسلم، وهو نوع من بيع ما ليس عند الإنسان أقرهم عليه بعد أن نظمهم. يحدثنا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"²²⁶
- 2- أخرج البخاري وأحمد أن رسول الله "نهي عن المزابنة - بيع الثمر بالتمر - إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم"، وفي رواية متفق عليها "نهي عن بيع الثمر بالتمر، وقال ذلك الربا. تلك المزابنة، إلا أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذهما أهل البيت بخرصها تمرأً يأكلونه رطباً"²²⁷.

فقد نهي عن المزابنة. وهي بيع الثمر على النخل بخرصها أي بقدر ما فيه إذا صار تمرأً، لأنه ربا حيث لا يتحقق التساوي بين البدلين، ومع ذلك رخص في العرايا²²⁸ لما وجدهم تعارفوها دفعاً للحرص عنهم. فهذه أمثلة ثلاثة اعتبر فيها الرسول العرف وأقره في مقابلة النص مع تخصيصه إياه به، وسواء اعتبرنا الحكم فيها مستندا إلى الوحي ابتداء من رأي من يقول: إن السنة التشريعية كلها وحي مبتدأ، أو اعتبرنا هذا النوع اجتهادا من الرسول، لأن الله فوض له ليستثني منه ما يراه صالحا، كما يقول ابن قتيبة²²⁹ فهو صريح في أن العرف لا يبطله الشارع بمجرد معارضته للنص.

فرسول الله بعد ما نهي عن الشيء في تلك المواضع نهيها عاما وجد لهم عادة اعتادوها في بعض صور النهي، وأن من العسير عليهم ترك ما اعتادوه فرخص لهم في موضع العادة، وخصص النص به دفعاً للحرص عنهم. وفي هذا الأسلوب من التشريع ما يحرص السنة المرجفين الذين يرمون شريعة الإسلام بأنها غير واقعية، فلا تساير ركب الحضارة، وألا فأى مسايرة للواقع بعد ذلك؟.

تغيير الأحكام بتغير العرف:

وإذا كان العرف في الأدلة التي تبني عليها الأحكام ، ويترك به القياس ويخص به النصوص عند جمهرة الفقهاء فيتبع ذلك لا محالة تغير الأحكام التي بنيت عليها إذا ما تغير العرف ، والباحث في كتب الفقه يجد كثيراً من تلك الفروع. من ذلك ما روي عن أبي حنيفة أنه كان يقول: إذا غضب إنسان ثوباً وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمه نقصانه، وخالفه صاحبه فقالوا: إن المالك مخير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب، فأبو حنيفة يرى أن صبغه بالسواد ينقص قيمته، وصاحبه ذهباً إلى أنه يزيد ما كصبغه بأي لون آخر، فهذا الاختلاف أرجعه الفقهاء إلى اختلاف العرف، فقد كان الصبغ بالسواد في عهد أبي حنيفة ينقص قيمة الثوب لأن بني أمية ما كانوا يلبسون السواد، فكان مذموماً، والعباسيون كانوا يلبسون السواد فكان ممدوحاً في عصرهم، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الأسود. ولقد كان المقرر بالنصوص عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان وتعليم القرآن لما كان الناس يفعلون ذلك حسبة لله تعالى، ولما تغير الزمن وشحت النفوس بفعل الخير أفتى الفقهاء المتأخرون بجواز الأجر على ذلك وعلى تعليم العلم والإمامة وغيرها من الشعائر، ولأن أرباب هذه الوظائف كانوا يرزقون من بيت المال، فلم يكن ثمة حاجة إلى أخذهم الأجر.

فلما تغيرت العادات وقطع رزق هؤلاء من بيت المال، وجب لهم الأجر نظير هذا العمل و إلا ماتوا جوعاً،

أوضاع القرآن والعلم بترك الناس التعليم²³⁰.

ومن ذلك قول صاحبين: إنه لا يكفي بظاهر العدالة في تعديل الشهود، بل يأتي شخص يثق فيه القاضي، وله معرفة بأحوال الشاهد، ويعلن أمام القاضي عدلته، قالوا ذلك لظهور الفساد في زمنهما بعد أن كان الإمام يكتفي بظاهر عدالتهم فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح في زمنه.

فقد اتفقوا على أن العدالة شرط ليضمن القاضي إلى شهادتهم، وقد كان ظاهر العدالة كافياً في زمنه لغلبة

الصلاح، فلما شاع الفساد أصبح هذا الظاهر غير محقق للمقصود، فكان لا بد من البحث عن العدالة وإثباتها.

ومنه أيضاً تضمين الساعي مع مخالفته للقواعد من أن الضمان على المباشر دون المتسبب لفساد الزمان أيضاً.

وهكذا نجد كثيراً من الأحكام وبخاصة الأحكام الاجتهادية التي استنبطها الأئمة تغيرت تبعاً لتغير العادات

وفساد الزمان، ولم يكن ذلك بدعاً من هؤلاء بل هو أصل مقرر من صدر الإسلام.

العرف المخالفة للنص من كل وجه:

أما العرف الذي يخالف النصوص الشرعية من كل وجه فإنه يكون عرفاً فاسداً، ولذلك نجد هذه الأعراف كلها

منكرات، كتعارفهم على شرب الخمر، والتعامل بالربا، وما يجري في المآتم والأفراح والموالد من مفاسد. وما اعتادوه في

أزيائهم مما كان مبعثه مجرد التقليد الأعمى أو تحقيق شهوة.

النصوص التي يقوى العرف على تخصيصها:

ومما ينبغي ملاحظته هنا هو أن العرف لا يخصص إلا النصوص الظنية، أما القطعية فلا يقوى على تخصيصها،

لأن التخصيص فرع التعارض، والتعارض يستلزم التساوي، والعرف على أي صورة وقع لا يرقى إلى مرتبة النصوص القطعية

حتى يعارضها فيخصصها²³¹.

وأنت إذا استقرت النصوص التي خصصت بالعرف في عهد الرسول أو بعده وجدتها كلها نصوص ظنية، لأنها أحاديث ثبتت بطريق الظن لا بطريق القطع فوق أن دلالتها قد تكون ظنية لاحتمالها لأكثر من معنى.

والآية التي روى عن الإمام مالك انه خصصها بالعرف، وهي آية: (والوالدات يرضعن أولادهن)، إن كانت قطعية الثبوت إلا أنها ظنية الدلالة، لأنها تحتمل معنيين يقول القرطبي²³²: "واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأُم أو هو حق عليها، واللفظ محتمل، لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال "وعلى الوالدات رضاع أولادهن" كما قال تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن)، ولكن هو عليها في حال الزوجية، وهو عرف يلزم، إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط".

مدى سلطان العرف:

هذا وعمل العرف باعتبار موضعه يتبع قلة النصوص وكثرتها، فكلما كثرت النصوص ضاقت دائرة العرف، فإذا قلت اتسعت دائرته ولذلك نجد الفقهاء يجعلون عمله في المعاملات التجارية التي تتحدد وتنوع على مر الزمن أكثر من غيرها.

فإذا كان رجال القانون صرحوا بأن سلطان العرف في القانون التجاري أوسع من بقية الفروع فهو كذلك في فقه الإسلام، حتى صار من قواعدهم المشهورة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" يريدون بها أن ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة²³³.

وخلاصة القول أن العرف في القانون الوضعي لا يقوى على تخصيص النصوص ولا على إلغائها إن كانت أمرة، فلا قيمة للعرف معها، بينما إذا كان مخالفاً للنصوص المفسرة أو المكملة فيعمل به في مقابلها، لكن لا يلغى النص بذلك العرف، بل يظل قائماً يطبق في المواضع التي لا يوجد فيها عرف يخالفه، أما في الشريعة الإسلامية فلا يقوى العرف على إلغاء النصوص، قطعية كانت أم ظنية، فلا عبرة للعرف المخالف للنصوص من كل وجه، بينما النصوص الظنية فيقوى على تخصيصها، دون للقطعية.

العرف وتطبيق الأحكام:

وللعرف عمل آخر لا يقل في أهميته عن بناء الأحكام عليه ابتداءً، وهو تحكيمه في تطبيق الأحكام المطلقة التي تختلف باختلاف البيئات والأزمان فهذه الأحكام يفسرها العرف.

من ذلك أن الله أوجب نفقة الزوجات بقوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته)، فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع، ولم تبين مقدارها، فقدرها بعض الفقهاء، وتركها آخرون للعرف. يقول ابن قدامة الحنبلي²³⁴ في شأن نفقة الزوجة: "ولأن الشرع ورد بالإفناق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير، فوجب أن يرد إلى العرف كما في القبض والإحراز".

ونستطيع أن نقول: إن اللذين قدروها لم يجاوزوا العرف، لأنهم راعوا عرف زمانهم في تقديرها. ومنه التعزير على المنكرات المتروكة لولاة الأمر تقديره، فإنه يختلف باختلاف البيئات والأزمان، فرب فعل يعتبر تعزيراً في مكان دون آخر، أو عند بعض الناس دون غيرهم، فالكلمة الشديدة تؤلم الكريم ولا أثر لها في نفس اللئيم.

ولما أوجب الشارع قطع اليد في سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز بل وكله إلى عرف الناس، لأنه يختلف باختلاف الأموال، فحرز النقود غير حرز الثياب، وهما غير حرز الحيوان والحبوب، ومثله في ذلك الحرز الذي تحفظ فيه الوديعة، حتى لو وضعها في غير حرزها المتعارف، وضاعت ضمنها لإهماله في حفظها.

ومن ذلك أيضاً أن الشارع أثبت الخيار للمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم، كما يختلف باختلاف أثره في الشيء وقيمته وكله جمهور الفقهاء إلى العرف، حتى عرفوه بأنه نقيصة موجبة لنقص قيمة الشيء في عرف أهله اللذين لهم خبرة فيه سواء أكانوا تجاراً أم صناعاً.

فالعيب في الشيء الذي يتاجر فيه يرجع إلى تجار هذا الصنف لمعرفة عيوبه، والعيب في الصنعة يرجع فيه إلى أهل الخبرة في هذه الصنعة، فلا يرجع إلى النجارين في عيب الصياغة مثلاً ولا العكس. فابن الهمام في فتح القدير²³⁵ يقول: والمرجع في كونه عيباً أولاً لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات. وبهذا قالت الأئمة الثلاثة²³⁶.

ومما يلاحظ هنا أن هذا النوع من العرف لا ينكره أحد من الفقهاء، فهم متفقون عليه كمبدأ، واختلافهم في بعض الجزئيات يرجع إلى الاختلاف فيها فهي مطلقاً لم تبين فيرجع إلى العرف في بيانها، أم ورد فيها بيان فليست من الإطلاق في شيء؟

وأما النوع الأول فهو موضع خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اعترف به، ومنهم من أنكره، أو على الأقل أنكر منه ما يعارض النصوص على الوجه الذي بيناه من قبل، وبخاصة بعد أن رجعت دلالة العرف إلى المصلحة التي نشأ عنها، والمصلحة لم يتفق الفقهاء على العمل بها، أو على مدى دلالتها.

العرف وتفسير النصوص

وبعد هذا وذاك نجد للعرف أثراً كبيراً في تفسير النصوص، سواء أكانت من الشارع أم من غيره، فالأعراف

الموجودة حين نزول الوحي تحمل عليها الألفاظ التي لم يرد عن الشارع تفسير صريح لها.

ومن هنا قالوا: "إن الإيمان يبني على العرف". فلو حلف لا يدخل بيتاً لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد مع أن الله سمى الكعبة بيتاً في قوله تعالى: (إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركاً)²³⁷، والمساجد بيوتاً في قوله: (في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه)²³⁸.

ولو حلف لا يؤكل خبزاً وكان معتاد بلده أكل خبز القمح فلا يحنث بأكل خبز غيره من الذرة والشعير والأرز، ولو حلف لا يجلس تحت سقف لا يحنث بجلوسه في العراء تحت السماء وإن سماها الله سقفاً: (وجعلنا السماء سقفاً محفوظاً)²³⁹، ولو حلف لا يجلس على بساط وجلس على الأرض لا يحنث مع قوله تعالى: (والله جعل لكم الأرض بساطاً)²⁴⁰ ولو حلف لا يأكل لحماً لا يحنث بأكل السمك وإن سماه الله في القرآن لحماً: (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً)²⁴¹. ومثل ذلك كثير في كتب الفقه.

العرف والتراجع

والعرف من وراء ذلك كله يعتبر قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق. فإذا اختلف الزوج وزوجته في متاع البيت، ولا بينة لواحد منهما حكم العرف، فما يقضي بكونه من اختصاص الرجل يحكم له به بعد يمينه، وما يقضي بكونه من اختصاص المرأة يحكم لها به مع اليمين إلا إذا كان أحدهما له تجارة أو صناعة فيما يصلح للآخر. وإذا اختلف الأب وابنته فيما ساقه من متاع إلى بيت زوجها، فقال الأب هو عارية وطالب برده، وقالت: هو هبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما، فإذا اعتاد الناس الهبة قبل قولها، وإن اعتادوا الإعارة حكم للأب بالرد. كما قرر الفقهاء أن العرف يقضي على الدعوى من أساسها فلا تسمع إذا كانت مخالفة له. فلو ادعى فقير محتاج بئس على رجل من أهل اليسار أنه اقترض منه مبلغا كبيرا من المال لا تسمع هذه الدعوى لمخالفتها للعرف.

وعلى هذا منعوا سماع الدعوى إذا تركها صاحبها مدة طويلة بدون عذر، لأن العرف يكذبه، إذ العادة جرت بأن الإنسان لا يسكت عن المطالبة بحقه مدة طويلة مع تمكنه منها²⁴².

هذا هو عمل العرف في الإسلام. إنشاء وتفسير، وتطبيق وترجيح، لم يقف وراء أسوار النصوص، بل دخلها أو أدخلها ليعمل معها بقدر ما أعطى من سلطان، فهو يعتبر -بحق- نافذة من نوافذ الفقه الإسلامي التي يطل منها على حياة الناس الواقعية، فيسلط عليها الأضواء لتنير الطريق للسائرين كيلا تلتوي بهم السبل، وليميز الخبيث من الطيب، فإذا ما انكشفت الحقائق أقر منها الصالح النافع وألغى الفاسد الضار.

خامسا: الاستصحاب

مقدمة:

لم تتفق كلمة الأصوليين والفقهاء على مفهوم موحد "للاستصحاب" ولا على أنواعه التي يتحقق فيها مناطه. ولا على مدى حجيته في الاستدلال الأصولي. من حيث كونه خطة منهجية علمية ينبغي أن يلتزمها المجتهد، ويعمل بما تؤدي إليه من أحكام، حيث لا يظفر المجتهد بدليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس - بعد البحث والتحري - ليغطي به الحالة أو الحادثة المعروضة التي ثبت لها حكم سابق في الماضي ولا يدري طروء دليل مغير لها في الحاضر، على الرغم من مرور الزمن، حتى إذا أعجب المجتهد البحث عن الدليل المغير فلم يجده، لجأ إلى الاستصحاب على أنه آخر الأدلة أو على حد تعبير الأصوليين "آخر مدار الفتوى".

وعلى هذا فقد تبين أن شرط اللجوء إلى الاستدلال بالاستصحاب أصوليا عند القائلين بحجيته هو البحث عن الدليل المغير لحكم الحادثة المعروضة الذي ثبت لها في الماضي، وعدم العثور عليه أو وجدانه، فيحصل لدى المجتهد بعد البحث والاستقصاء في المصادر التشريعية الأربعة المعروفة من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، ولم يظفر بأي دليل مغير فيحصل لديه عندئذ ظن بعدم الدليل، والظن بعدم الدليل المغير أو المزيل يستلزم النقيض وهو الظن بالبقاء والاستمرار للحكم السابق، وهذا الملحوظ هو الذي ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار إبان الاستدلال على مدى حجية الاستصحاب عند الأصوليين²⁴³.

تعريف الاستصحاب:

عرفه ابن القيم بقوله: "الاستصحاب استدامة ما كان ثابتا، ونفي ما كان منفيًا"²⁴⁴، ومثال ذلك إذا ثبتت الملكية في عين بدليل يدل على حدوثها كإشراء أو ميراث أو هبة أو وصية فإنها تستمر حتى يوجد دليل على نقل الملكية أو غيره، ولا يكفي احتمال البيع، وكمن علمت حياته في زمن معين، فإنه يحكم باستمرار حياته حتى يوجد دليل على وفاته.

وإن ذلك مبني على غلبة الظن باستمرار الحال موجبة لاستمرار حكمها، ولذلك لا يعتبر دليلا قويا للاستنباط، وإذا عارضه دليل آخر قدم عليه، ولقد قال فيه الخوارزمي: "هو آخر مدار الفتوى، فإن المفتي 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"²⁴⁵.
ومن ذلك فالتردد أو الشك لا يقوى على تغيير ما كان ثابتا في الماضي - نفيًا أو إثباتًا - فيبقى الحكم على ما كان عليه، لسبب بسيط هو أن احتمال التغيير - في إدراك المجتهد - مساو لاحتمال عدم التغيير، وليس ثمة من دليل يرجح أحد هذين الاحتمالين، ومتى استوى الاحتمالان في إدراك المجتهد - وهذا هو معنى التردد أو الشك المشار إليه - كان ترجيح أحدهما على الآخر تحكما، وهو لا يجوز المصير إليه بحال لبطلانه في الشرع.
فالتردد أو الشك لا يقوى على تغيير ما كان ثابتا في الماضي، بخلاف "الظن" فإن مبلغ إدراك المجتهد لأحد الطرفين فيه أرجح من الآخر بالدليل، وإلا ما كان ظنا"²⁴⁶.

أقسام الاستصحاب: الاستصحاب أقسام أربعة هي:

أولها: استصحاب البراءة الأصلية، ويسميتها ابن القيم براءة العدم الأصلية، كبراءة الذمة من التكاليف الشرعية، حتى يقوم الدليل على ذلك التكليف، فإن كان صغيرا فبلوغه، وعدم ثبوت الحقوق بين الرجل والمرأة حتى توجد عقدة الزواج التي تثبت هذه الحقوق²⁴⁷.

القسم الثاني: استصحاب ما دل الشرع أو العقل على وجوده، كاستصحاب مشغل الذمة بالدين، فهو يثبت حتى يقوم الدليل على أداء الدين أو الإبراء منه. وكالتزام المشتري بأداء الثمن بمقتضى عقد البيع فإنه يكون ملتزما حتى يقوم الدليل على أنه أداه، وكالتزام الزوج بأداء المهر حتى يقوم الدليل على أدائه أو إسقاط حقها في المطالبة به، فإن هذه كلها مقررات بحكم الشرع، وهي بحكم العقل ثابتة حتى يقوم الدليل على زوالها، فبحكم الاستصحاب تبقى حتى يوجد الدليل المغير.

والقسم الثالث: استصحاب الحكم، وذلك إذا كان في الموضوع حكم بالإباحة أو الحظر، فإنه يستمر حتى يقوم دليل محرم في حال الإباحة، ودليل يبيح في حال الحظر، والأصل في الأشياء كلها الإباحة ما عدا الأبخاض، وتلك الإباحة تثبت بمقتضى قوله تعالى: (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا)، وقوله تعالى: (وسخر لكم ما في السماوات والأرض جميعا)، فقد امتن الله بهذه الأمور، ولا يمتن بمحرم، فلو كانت حراما ما امتن الله عز وجل بها.

والقسم الرابع: استصحاب الوصف، كالحياة بالنسبة للمفقود، فإنها تستمر ثابتة حتى يقوم الدليل على موته، والكفالة وصف شرعي يستمر ثابتا للكفيل حتى يؤدي الدين أو يؤديه الأصيل أو يرثه المدين من الكفالة وهكذا. وثبوت الزوجية للمرأة تثبت وتمنع الزواج منها حتى يثبت الطلاق، ولا يزول ذلك بشك ونحوه.

وقد اتفق الفقهاء على الأخذ بالاستصحاب في الأقسام الثلاثة الأولى والخلاف بينهم في انطباقه على جزئيات معينة، وإن كان الأصل في هذه الأقسام الثلاثة مسلماً به.

أما القسم الرابع: وهو الاستصحاب الخاص بالوصف، فسواء أكان الوصف حادثاً أم غير حادث، فهو موضع خلاف بين الفقهاء على مدى الأخذ به، فالشافعية والحنابلة أخذوا به بإطلاق، ففي مسألة المفقود مثلاً يحكمون بحياته مدة فقده حتى يحكم بموته، وفي مدة الفقد أمواله على ملكه ويؤول إليه كل مال يثبت له بميراث أو وصية في مدة الفقد²⁴⁸.

أما الحنفية والمالكية فقد أثبتوا الاستصحاب بالنسبة لاستصحاب الوصف، وجعلوه صالحاً للدفع، وغير صالح للإثبات، "مرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذي يخالفه، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت. ويوضح هذا ما قرره في المفقود وهو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، فهذا المفقود يحكم بأنه حي باستصحاب الحال التي عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته، وهذا الاستصحاب الذي دل على حياته حجة تدفع بها دعوى وفاته والإرث منه وفسخ إجارته وطلاق زوجته، ولكنه ليس حجة لإثبات إرثه من غيره لأن حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية"²⁴⁹.

وعلى الاستصحاب بنيت القواعد الشرعية الآتية :

1. الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

2. الأصل في الأشياء الإباحة.

3. ما ثبت باليقين لا يزول بالشك.

4. الأصل في الإنسان البراءة، وغيرها²⁵⁰.

الاستصحاب في القانون :

إن الاستصحاب يؤخذ به في قانون العقوبات، وهو أصل فيه لأن الأمور على الإباحة حتى يقوم نص مثبت للتحريم والعقوبة، وإن قضية المتهم بريء حتى يقوم دليل على ثبوت التهمة، أو حتى يصدر نص بالعقوبة، هي مبنية على الاستصحاب، وهو استصحاب البراءة الأصلية التي قرنها أنفاً.

وإن كثيراً من أحكام القانون المدني تبنى على أصل الإباحة، فقضية العقد شريعة المتعاقدين مبنية على أصل

الإباحة الأصلية في العقود، وقد قرره مع القوانين الوضعية مذهب الحنابلة، فذلك المذهب يقرر أن الأصل في العقود الإباحة والالتزام بمقتضاها حتى يقوم نص مانع²⁵¹.

سادسا: شرع من قبلنا

1 - مقدمة:

إن الشرائع السماوية واحدة في أصلها، فقد قال تعالى: (شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين، ولا تتفرقوا فيه، كبر على المشركين ما تدعوهم إليه، الله يجتبي إليه من يشاء، ويهدي إليه من ينيب، وما تفرقوا فيه إلا من بعد ما جاءهم العلم بغيا بينهم، ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي بينهم، وإن الذين أورثوا الكتاب من بعد لفي شك منه مريب)²⁵².

فإذا كان منزل الشرائع السماوية واحدا وهو الله سبحانه وتعالى، فهي في لبها واحدة، وإن ذلك النص لصريح في ذلك، وعليه أجمع العلماء، ولكن الله سبحانه وتعالى قد يجرم بعض أمور على بعض الأقسام، لأن ذلك التحريم قد يكون فيه فطم لهم عن شهوات انغمسوا فيها، كما قال الله تعالى بالنسبة لليهود: (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر، ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورها أو الحوايا أو ما اختلط بعظم، ذلك جزيناهم ببغيهم وإننا لصادقون)²⁵³.

وفوق ذلك فإن أشكال العبادات قد تختلف في الشرائع السماوية وإن كان لبها واحدا، وهو عبادة الديان وحده لا شريك له، وتفصيل بعض الجزئيات تختلف كنظم الزكاة ونحو ذلك.

ومن أجل هذا وجد نسخ بعض أحكام الشرائع بشريعة محمد صلى الله عليه وسلم، وبقاء بعضها، فشريعة القصاص باقية في الإسلام، كما كانت في التوراة، وبعض الحدود باق في الإسلام كما كان في التوراة²⁵⁴.

تحرير محل النزاع:

لقد اختلف الفقهاء في شرع من قبلنا من الشرائع السماوية وهو معمول به في الإسلام إذا لم يقد دليل على نسخه، أم أنه لا يؤخذ به كأصل قائم بذاته.

والحقيقة أن شرع من قبلنا ثلاثة أقسام

أولاً: إذا قص القرآن أو السنة الصحيحة حكما من الأحكام الشرعية التي شرعها الله لمن سبقنا من الأمم وعلى السنة رسلهم، ونص على أنها مكتوبة علينا كما كان مكتوبة عليهم، فلا خلاف في أنها شرع لنا وقانون واجب إتباعه، بتقرير شرعنا لها، كقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون)²⁵⁵.

ثانياً: وإذا قص القرآن أو السنة الصحيحة حكما من هذه الأحكام وقام الدليل الشرعي على نسخه ورفعنا، فلا خلاف في أنه ليس شرعا لنا بالدليل الناسخ من شرعنا، مثل ما كان في شريعة موسى من أن العصي لا يكفر ذنبه إلا أن يقتل نفسه، ومن أن الثوب إذا أصابته نجاسة لا يطهره إلا قطع ما أصيب منه، وغير ذلك من الأحكام التي كانت إصرا حمله الذين من قبلنا ورفعنا الله عنا، وكذلك ليس شرعا لنا ما لم يثبت بشرعنا أصلا كالمأخوذ من الإسرائيليات.

ثالثاً: وموضع الخلاف هو ما قصه الله علينا أو رسوله من أحكام الشرائع السابقة، ولم يرد في شرعنا ما يدل على أنه مكتوب علينا كما كتب عليهم. أو أنه مرفوع عنا ومنسوخ، كقوله تعالى: (من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)²⁵⁶ وقوله: (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)²⁵⁷.

فقد نقل عن بعض الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة أنه يكون شرعا لنا، ويكون أصلا قائما بذاته، وذلك لأن الأصل هو وحدة الشرائع السماوية، كما قال تعالى: (شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك، وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تفرقوا فيه) ²⁵⁸، وإذا كانت الشرائع في الأصل واحدة فهي ثابتة على الجميع إلا ما قام الدليل فيه على أنه شريعة وقتية لأمة من الأمم، أو على نسخه في شريعتنا، فإن لم يقم هذا الدليل فإن حكم الأصل ثابت.

وقد دلت آيات كثيرة على أنه شرع لنا، كتوبيخه تعالى لمن لم يعقل وقائع الأمم الماضية كما في قوله تعالى: (وإنكم لتمرون عليهم مصبحين وبالليل أفلا تعقلون).

وقد صرح الله تعالى بأن الحكمة في قص أخبارهم إنما هي الاعتبار بأحوالهم في قوله تعالى: (لقد كان في قصصهم عبرة لأولي الألباب)، وقال تعالى: (أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده)، وقال: (ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا وما كان من المشركين).

ولذلك استدل الحنفية على قتل المسلم بغير المسلم بقوله تعالى: (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس). هذا، ورأى فريق آخر من الجمهور أنه لا يكون شرعا لنا لأن الأصل في التفصيلات الشرعية للشرائع السابقة أنها لم تكن أحكاما عامة صالحة لكل زمان ومكان كالشريعة التي جاء بها خاتم النبيين محمد صلى الله عليه وسلم . كما استدلوا بقوله تعالى: (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا)، وحملوا الهدي في قوله تعالى: (فبهداهم اقتده)، والدين في قوله تعالى: (شرع لكم من الدين)، على خصوص التوحيد دون فروع العملية، وقالوا: إن الخطاب الخاص به صلى الله عليه وسلم لا يشمل حكمه الأمة إلا بدليل منفصل، لأنه لا يشملها في الوضع اللغوي، فإدخالها فيه صرف للفظ اللغوي عن ظاهره فيحتاج إلى دليل.

الفصل الرابع: القواعد الفقهية.

تعريف القواعد الفقهية:

القاعدة في الاصطلاح العام - فقهية وغير فقهية- هي كما عرفها الفيومي: "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"²⁵⁹، وعرفها الشريف الجرجاني بأنها: "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"²⁶⁰.

وهذين التعريفين - وما شابههما- عامين لا يختصان بالقاعدة الفقهية، كما أن القاعدة الفقهية كغيرها من القواعد الأخرى لا تنطبق على جميع الجزئيات، وإنما هي حكم أعلي، إذ أن كثيرا من القواعد تشذ عنها بعض المسائل فتعد مستثناة منها، ولا بقدر ذلك في كونها قاعدة.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقاء بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"²⁶¹.

ومن هنا تتضح لنا معالم القاعدة الفقهية:

فهي من حيث المعنى: مجموعة فروع وجزئيات تحتكم إلى أصل واحد، وتنضبط بأساس واحد يشملها جميعا أو يشمل أغلبها.

وهي من حيث المبنى والصيغة، تصاغ في أوجز العبارات مع "عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو بوضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم"²⁶².

وهي من حيث الرتبة والمنزلة: القسم الثاني لأصول الشريعة - بعد أصول الفقه- من جهة، وهي تأتي بعد مرتبة الأصول وقواعد الشرع العامة من جهة ثانية²⁶³.

وهذه القواعد الفقهية هي، كما سبق أن قلنا: أحكام أغلبية غير مطردة، لأنها تصور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها. والقياس كثيرا ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح ودرء المفاسد، ودفع الحرج.

ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاما استحسانية خاصة.

الفرق بين القاعدة والخاص:

إن دائرة القاعدة الفقهية تتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات التي هي من أبواب متعددة وجهات مختلفة، من العبادات والعادات والمعاملات، كقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، و"الضرر يزال"، و"الأمر بمقاصدها"، وغيرها، أما الضابط الفقهي فدائرته لا تتسع أكثر من الجزئيات والفروع التي تندرج في باب واحد، أو في جزء من باب، كقول الفقهاء مثلا: "الطهارة الصغرى داخلة في الطهارة الكبرى"، ومن ثم كانت القاعدة الفقهية أعلى مرتبة من الضابط الفقهي²⁶⁴، والضابط أخص من القاعدة.

الفرق بين القاعدة والنظرية:

يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: "النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي... وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجها، وفكرة الأهلية وأنواعها، ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف الإنسان أثر سلطاتها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية"²⁶⁵.

فالنظريات الأساسية تؤلف كل منها نظاما موضوعيا في الفقه والتشريع، بينما القاعدة الفقهية قد تأتي ضابطة خاصا بناحية من نواحي تلك النظريات، أي أنها تراعي في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى. فقاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" مثلا، ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد²⁶⁶.

فالنظرية تشترك مع القاعدة الفقهية في أن كلا منهما يشتمل على مسائل عدة في أبواب متفرقة، وتختلفان في أن القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيا في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع التي تندرج تحتها، أما النظرية الفقهية لا تتضمن حكما فقهيا كنظرية الملك والفسخ والبطالان. وزيادة في الإيضاح نقول أن: "الأمر بمقاصدها" قاعدة فقهية لأنها تتضمن حكما وهذا باعتبار المقاصد، بخلاف نظرية المقاصد، وكقاعدة: "العادة محكمة" ونظرية العرف.

القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

لعل الإمام القرابي هو أول من فرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية إذ يقول: "فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا - اشتملت على أصول وفروع .

وأصولها قسمان: أحدهما المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه"²⁶⁷.

ومنه، فالقواعد الأصولية هي تلك المبادئ والمباحث اللغوية التي تكون منهاجا يعتمد عليه الفقيه في تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها، "فهي تبين المنهاج الذي يلتزمه الفقيه، فهي القانون الذي يلتزمه الفقيه ليعتصم به من الخطأ في الاستنباط، أما القواعد الفقهية فهي مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس يجمعها، أو إلى ضبط فقه يربطها... فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة، يجتهد فقيه مستوعب للمسائل، فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو القاعدة التي يحكمها.

وعلى ذلك نقول: إن القواعد دراستها من قبيل دراسة الفقه، لا من قبيل دراسة أصول الفقه، وهي مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية، ولهذا نستطيع أن نرتب تلك المراتب الثلاث التي يبنى بعضها على

بعض، فأصول الفقه يبني عليه استنباط الفروع الفقهية، حتى إذا تكونت المجموعات الفقهية المختلفة أمكن الربط بين فروعها وجمع أشتاتها في قواعد عامة جامعة لهذه الأشتات²⁶⁸، وتلك هي القواعد الفقهية.

ومن هنا يمكن إبراز أهم الفروق بين القواعد الفقهية والأصولية فيما يأتي:

1 - القواعد الأصولية هي المعايير والمناهج التي يسير عليها الفقيه في استخراج الأحكام الشرعية من الأدلة

الإجمالية، ومن شأن هذه المناهج أن تعصم المجتهد من الوقوع في الخطأ عند الاستنباط.

بينما القواعد الفقهية هي مجموعة من الأحكام الشرعية المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، فهي مبنية

على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية.

والغرض من هذه القواعد تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها.

بينما القواعد الأصولية هي بالنسبة للفقيه تعتبر ميزانا ضابطا للاستنباط الصحيح من غير الصحيح، وهي وسط

بين الأدلة والأحكام.

2 - القواعد الأصولية هي قواعد إجمالية عامة تجريدية، أما القواعد الفقهية فهي قواعد محددة، مرتبطة بجزئياتها

ارتباطا مباشرا، وهي متفاوتة تفاوتاً شديداً من حيث عمومها وخصوصها.

3 - إن القواعد الأصولية هي قواعد سابقة للجزئيات من حيث الترتيب المنطقي لها، إلا ما كان يصاحب وقت

صدور النصوص التشريعية من هذه الجزئيات والقضايا التي تعتبر في كثير من الأحيان أسبابا لسياق هذه النصوص

وصدورها، فالفقيه ينطلق من هذه القواعد الأصولية لمباشرة القضايا، أما القواعد الفقهية فهي متأخرة عن الجزئيات، لأنها إنما نشأت من خلالها²⁶⁹.

4 - إن القواعد الأصولية يرجع إليها الفقيه للاستنباط والتخريج والتفريع، بحثا عن الأحكام الشرعية لما يستجد

من الوقائع والأحداث، أما القواعد الفقهية فإنما يرجع إليها الفقيه لاستحضار المسائل الفقهية المتشعبة، المبتوثة في أبواب

الفقه الإسلامي، فهي توفر له الوقت، وتعينه عن البحث الطويل في بطون الكتب²⁷⁰.

5 - القواعد الأصولية قواعد كلية مطردة، حيث تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها فلا تشذ عنها جزئية، في

حين نجد أن القاعدة الفقهية أغلبية، فيكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات، وتكون لها مستثنيات ووجود هذه

المستثنيات لا يقدر في كلية هذه القواعد، قال الإمام الشاطبي: "الأمر الكلي إذا ثبت كليا: فتخلف بعض الجزئيات عن

مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا... هذا شأن الكليات الاستقرائية"²⁷¹، وما تخلف عن القاعدة أو شذ عنها فإنه

يندرج تحت قاعدة أخرى هو ألصق بها.

أهمية القواعد الفقهية:

عرفنا فيما سبق أن دراسة القواعد الفقهية من قبيل الفقه لا من قبيل أصول الفقه، فهي وسط بين الفروع

والأصول.

وإن أبرز ما يصور لنا أهمية القواعد الفقهية هو كونها تجمع شتات المسائل الفقهية، وتربط بين المتناثر من فروع

الفقه، فيسهل استحضاره على الفقيه أي وقت شاء، وهو أمر ييسر عملية الإفتاء ويقربها، ولولا هذه القواعد لبقيت

الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، فهي التي تربط الفروع المتعددة

بقانون كلي يوحدتها... فبواسطة هذه القواعد تتكشف حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، وبواسطتها تلحق المسائل بأشباهها أو نظائرها مما لم يرد نص بخصوصها من الوقائع والحوادث التي لا حد لها ولا حصر على مر الزمان، لذا كان الفقيه والمفتي بدونها لا شيء وبها كل شيء²⁷².

وإلى جانب هذه المعالم من الأهمية والمكانة التي تحتلها القواعد الفقهية، فإنها تمثل - من جانب آخر - فلسفة الفقه الإسلامي وقيمه وعصارتها، وهي تبلور العقلية الفقهية القادرة على التجميع والتأصيل، كما تكشف أيضا عن الملكة العلمية، والطاقة الذكائية والحفظية التي استطاع - ويستطيع - بها الفقهاء المسلمون أن يصوغوا مسائل الفقه وفروعه المتكاثرة في قوالب وأطر جامعة حافظة، كما استطاعوا بها أن يمعنوا الملاحظة، ويدققوا النظر بين ما اشبه منها واختلط، وكل ذلك حفاظا على هذه الشريعة الإسلامية، وحرصا على أن يخضع لها كل ما تعج به الدنيا من الأحداث والنوازل الصغيرة والكبيرة، الفردية والجماعية.

وأسلوب التقنين والدراسات القانونية بمختلف شعبها التي بلغ فيها اليوم فقهاء الغرب وعلماء القانون إلى مرحلة بعيدة المدى، لا يستغني عن هذا الفكر التقييدي التأصيلي، بل به يكتمل وينضج.

والأمة الإسلامية اليوم تستطيع بهذا الفكر التقييدي والمنهاج التأصيلي العام، وبما لديها من تراث فقهي زاخر بالأقوال الاجتهادية والقواعد الفقهية الكلية أن تستوعب كل هذه التطورات الحياتية، والمستجدات العصرية التي حل عنها الوصف والحصر²⁷³.

ومن هنا نستطيع حصر فوائد القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

1 - تكوين الملكة الفقهية لدى الباحث، وهذه من شأنها المساعدة في استحضار الحكم الشرعي في كثير من المسائل الفقهية.

2 - جمع الفروع والجزئيات المتناثرة في مسلك واحد، أو تحت علة جامعة، فلا يحتاج في الرجوع إليها كل مرة إلى بذل جهد ووقت، ولأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكنة إذ أنها لا تستحضر.

3 - إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، لأن معرفة القاعدة العامة تعطي تصورا واضحا عن مقصد الشريعة في تلك القاعدة، فقاعدة: "الضرر يزال" مثلا يفهم منها أن رفع الضرر والحرص من مقاصد الشريعة، وهكذا.

4 - وفي الجملة، فإن القواعد الفقهية مهمة في الفقيه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وبواسطتها تظهر مناهج الفتوى وتتضح أصولها.

صياغة القاعدة الفقهية:

تتميز القاعدة من حيث الأسلوب المعبر به عنها بالإيجاز في اللفظ وشمولية في المعنى، وعادة ما تكون في كلمات قليلة، كقاعدة: "العادة محكمة"، و "الخراج بالضمان"، فهاتان القاعدتان، رغم كلماتهما الموجزة القليلة، إلا أنهما تتسعان لكثير من الأحكام والفروع، وهذا لأن من أغراض القاعدة سرعة استحضارها، وثبوتها في الذهن، وهذا يناسب الاختصار والإيجاز في الألفاظ، والإيجاز نوع من الإعجاز البلاغي يحتاج إلى مقدرة فقهية عالية وامتلاك لخاصية البيان.

ولما كان صلى الله عليه وسلم قد أوتي جوامع الكلم، فإننا نجد كثيرا من القواعد في صياغتها مطابقة لنص من نصوص السنة المطهرة كالقواعد الآتية: "لا ضرر ولا ضرار"، "الخراج بالضمان"، فهذه النصوص استخدمها الفقهاء في كتبهم قواعد فقهية، وهي في الأصل نصوص لأحاديث نبوية.

وقد تكون القاعدة في صياغتها مطابقة لحكمة معروفة أو مثل مشهور، كما في القواعد الآتية: "الخليل مجالس لخليله"، "من لان حصل"، "من اجتهد نال".

وقد تأخذ القاعدة صياغة طويلة وبعض التفصيل إذا كانت من قواعد الخلاف، كما في القاعدة الآتية: "التفاسخ في العقود الجائرة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه".

أقسام القواعد الفقهية:

قسم الفقهاء القواعد الفقهية بحسب الموضوع الذي تناوله، وأهميتها، ومدى شمولها للمسائل الفقهية إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد الفقهية الكلية:

هي قواعد كبرى أساسية في كافة المذاهب، بل تعتبر بمثابة الأركان للفقه الإسلامي، حيث تندرج تحتها فروع فقهية كثيرة جدا، ومن مميزاتا أنها لا ترد بصيغة الاستفهام، بل تأتي مقرررة للأحكام ومنها:

1- الأمور بمقاصدها.

2- الضر يزال، أو لا ضرر ولا ضرار.

3- اليقين لا يزول بالشك.

4- المشقة تجلب التيسير.

6- والمادة محكمة.

فهذه القواعد معتبرة في جميع المذاهب، وإنما الخلاف في إدخال بعض المسائل تحتها، أما أصل القاعدة فمتفق

عليه، وإن كانت بعض منها أقل اتساعا من بعض.

وهذا القسم أطلق عليه السيوطي: "القواعد الكلية"، وأورد منها خمسة وأربعين قاعدة، ومن اعتنى بهذا النوع الإمام

الكرخي، وابن عبد الهادي في مغني ذوي الإفهام.

القسم الثاني: قواعد الخلاف:

هي التي وردت بصيغة الخلاف، ولم يتفق على الاعتداد بها أصحاب المذاهب الفقهية، ونتج عن ذلك خلافهم في

مسائل فرعية حتى بين فقهاء المذهب الواحد، ومن أمثلة هذه القواعد:

1- هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟

2- هل العبرة بالحال أو بالمآل؟

3- النادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟

4- البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء.

وهذا القسم يكثر وجوده في كتب الفقه، خاصة عند التعرض لسبب الخلاف في المسائل أو المسألة، كابن رشد في بداية المجتهد، وابن الحاجب في المختصر الفقهي، ومن العلماء من اعتنى بجمع هذه القواعد، كابي زيد الدبوسي في تأسيس النظر، والونشريسي اقتصر على قواعد الخلاف داخل المذهب المالكي فقط.

حجية القاعدة الفقهية:

هل القواعد حاكمة على الفروع أم مقررة لها؟

القواعد نوعان:

1- فبعضها مستمد مباشرة من نصوص الكتاب والسنة، كقاعدة "الأمر بمقاصدها"، فإنها مستمدة من الحديث المصحح (إنما الأعمال بالنيات)، وكذا قاعدة "المشقة تجلب التيسير" فإنها مستمدة من قوله تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)، وكذا قوله تعالى: (ما جعل عليكم في الدين من حرج)، وقاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، فهي مستمدة من قوله تعالى: (ولا تبطلوا أعمالكم)، وقوله تعالى: (ولا تكونوا كالتي نكثت غزلها من بعد قوة أنكاثا)، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، و "الخراج بالضمنان" - الغرم بالغنم-.
فهذه القواعد تعتبر دليلا يحتج به، ويمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم وإصدار الفتوى وإلزام القضاء بناء عليها.

2 - وبعضها مؤسس: استنبطت من استقراء الأحكام الفرعية، فإنها لا يمكن الاعتماد عليها في استخراج حكم فقهي، بل تعتبر شاهدا يستأنس به.

مصادر القواعد الفقهية:

قد يكون مصدر القاعدة الفقهية نصا من كتاب الله، كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" فمصدرها قوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، وقد يكون مصدرها حديثا نبويا، كقاعدة "الأمر بمقاصدها" فإن مصدرها الحديث المرفوع، (إنما الأعمال بالنيات)، وهناك أحاديث تعتبر من جوامع الكلم قد أجراها الفقهاء مجرى القواعد الفقهية، لأنها تندرج تحتها مسائل عديدة، كقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) رواه مالك وابن ماجه، وقوله صلى الله عليه وسلم: (العجماء جرحها جبار) أخذ منها قاعدة "جناية العجماء جبار"، وتعني نفي الضمان أو الضرر عن الإتلاف الذي تسببه البهيمة من تلقاء نفسها، وقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) رواه مالك والترمذي، وقوله صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمنان) رواه ابن ماجه وأبو داود، وقد تكون القاعدة مستنبطة من نص شرعي، كقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" فإنها مستنبطة من الحديث الشريف: (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيء أو لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا)، والحديث رواه مسلم.
