

المحاضرة الاولى الاستحسان

تعريف الاستحسان :

الاستحسان في اللغة :

عد الشيء حسناً ، ويطلق أيضاً على ما يهواه الإنسان ، ويميل إليه وإن كان مستقبلاً عند غيره .

الاستحسان في الاصطلاح :

عرف بتعاريف كثيرة ، منها :

- ما قاله البردوي : ((الاستحسان: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه))

- وقال الفقيه الحلواني الحنفي : ((الاستحسان : ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع)) .

- وعرفه الإمام الكرخي الحنفي بقوله : ((الاستحسان : هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه ، لوجه يقتضي العدول عن الأول)) .

- وعرفه ابن العربي المالكي : الاستحسان : ((هو إثارة مقتضى الدليل عن طريق الإستثناء والترخص لمعارضه ما يعارضه في بعض مقتضياته)) .

- وعرفه بعض الحنابلة بقوله : ((الاستحسان : هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص)) .

ويستفاد من مجموع هذه التعاريف أن المقصود بالاستحسان هو رد العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي ، أو استثناء مسألة جزئية من أصلي كلي ، لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدل

توضيح :

فإذا عرضت للمجتهد مسألة يتنازعها قياسان :

الأول ظاهر جلي يقتضي حكماً معيناً والثاني قياس خفي يقتضي حكماً آخر

وقام في نفس المجتهد دليل يقتضي ترجيح القياس الثاني على القياس الأول ، أو العدول عن مقتضى القياس الجلي إلى مقتضى القياس الخفي ،

، فهذا العدول أو ذلك الترجيح هو الاستحسان ؛ والدليل الذي اقتضى هذا العدول يسمى بوجه (الاستحسان) ، أي سنده .

والحكم الثابت بالاستحسان هو الحكم المستحسن ، أي الثابت على خلاف القياس الجلي .

وكذلك إذا عرضت للمجتهد مسألة تندرج تحت قاعدة عامة أو يتناولها أصل كلي ،

ووجد المجتهد دليلاً خاصاً يقتضي استثناء هذه الجزئية من الأصل الكلي والعدول بها عن الحكم الثابت لنظائرها إلى حكم آخر ،

للدليل الخاص الذي قام في نفسه ، فهذا العدول الاستثنائي هو الاستحسان والدليل الذي اقتضاه هو وجه (الاستحسان) ، أي سنده

والحكم الثابت به هو الحكم المستحسن ، أي الثابت على خلاف القياس ، والقياس هنا هو الأصل الكلي أو القاعدة العامة .

الأمثلة :

أ- الحكم المقرر في الفقه الحنفي أن الحقوق الارتفاقية :

- كحق الشرب

- والمسيل

- والمرور للأرض الزراعية

لا تدخل في عقد البيع دون النص عليها ،

فهل يتثبت هذا الحكم نفسه عند وقفها دون نص عليها في العقد ، أم لا ؟

قال الحنفية : القياس عدم دخولها والاستحسان دخولها .

وتوضيح ذلك : أن وقف الأرض الزراعية يتجاذبها قياسان :

الأول : قياسها على البيع والثاني : قياسها على الإجارة .

والأول هو الأظهر المتبادر إلى الذهن ، بجامع ما في البيع والوقف من إخراج الملك من مالكه ومقتضى هذا القياس الجلي عدم دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً بدون ذكرها والنص عليها كما هو الحكم في البيع .

والقياس الثاني ، أي قياسها بالإجارة مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف يفيد ملك الإنتفاع بالعين ولا يفيد تملك رقبتهما ، وهذا القياس خفي لا يتبادر إلى الذهن

بل يحتاج إلى شيء من التأمل ، ومقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً بلا حاجة للنص عليها ، كما هو الحكم في الإجارة .

فترجيح المجهتد للقياس الخفي على القياس الجلي هو الاستحسان ؛ ووجهه أي سنده :

أن القياس الخفي أقوى تأثيراً من القياس الجلي

لأن المقصود بالوقف الانتفاع من الموقوف لا تملك رقبته كما قلنا ، وحيث أن الانتفاع لا يأتي بدون حقوقها الارتفاقية، فيلزم دخولها في الوقف تبعاً كما هو الحكم في الإجارة .

ب - ومن الأمثلة على استثناء مسألة جزئية من أصل كلي ،

جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه الخير ،

فقد جازت هذه الوصية (استحساناً)، والقياس عدم الجواز؛ وكذلك وقفه على نفسه جاز استحساناً ، والقياس عدم الجواز

وتوضيح هذا الاستحسان في هاتين المسألتين ، أن القاعدة العامة تقتضي بعدم صحة تبرعات المحجور عليه لسفه حفظاً

لماله ، ولكن استثنيت وصيته في وجوه البر من هذه القاعدة العامة ، لأن الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة الموصي .

والوقف كالوصية ، يحفظ المال على السفيه ، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة .

أنواع الاستحسان :

الاستحسان قد يكون استثناء جزئياً من أصل كلي أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي ، كما مثلنا ، وهذه قسمة الاستحسان وأنواعه بالنظر إلى ما عدل عنه ، وما عدل إليه .

وقد ينظر إلى الاستحسان من جهة مستندة ، أي دليله ، أو ما يعبر عنه في الكتب الفقهية بوجه الاستحسان ،

فينوع إلى الأنواع التالية :

١-الاستحسان بالنص ٢-الاستحسان بالإجماع ٣-استحسان سنده العرف

٤-استحسان بالضرورة ٥-استحسان بالمصلحة ٦- استحسان بالقياس الخفي

أولاً: الاستحسان بالنص – أي ما كان مستنده النص :

وهو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية يقتضي حكماً لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة .

فالنص يستثني هذه الجزئية من الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى الأصل الكلي .

فالقاعدة العامة، والأصل الكلي ، يقضيان بطلان بيع المعدم ، ولكن استثنى السلم : وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت

العقد ، بنص خاص وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن

معلوم إلى أجل معلوم)) . ومثله أيضاً خيار الشرط ، فقد جاز استحساناً لورود النص في السنة بجوازه إلى ثلاث أيام ، استثناء من الأصل الكلي في العقود القاضي بلزومها .

ثانياً : الاستحسان بالإجماع :

مثاله : - عقد الاستصناع :

فهو جائز استحساناً ، والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة ،

وجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعاً

- ودخول الحمامات بأجر معلوم :

فالقاعدة العامة تقضي بفساده لجهالة ما يستهلكه الداخل من الماء ، وجهالة المدة التي يمكنها في الحمام ، ولكن جاز استثناء

من القاعدة العامة استحساناً لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعاً للحرج عن الناس فكان إجماعاً .

ثالثاً: استحسان سنده العرف :

مثاله : كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه : كالكتب ، والأواني ونحوها .

على رأي بعض الفقهاء ، استثناء من الأصل العام في الوقف وهو أن يكون الوقف مؤبداً ، فلا يصح إلا في العقار لا في المنقول

، وإنما جاز وقف ما ذكرنا من المنقول لجريان العرف به .

المحاضرة الثانية

تابع .. لأنواع الاستحسان

رابعاً: استحسان بالضرورة :

امثلته : - العفو عن رشاش البول ، والغبن اليسير في المعاملات لعدم إمكان التحرز منه .

-ومنه أيضاً تطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزح قدر معين من الماء منها ،

استحساناً للضرورة ، ودفعاً للحرج عن الناس .

خامساً : استحسان بالمصلحة :

امثلته : تضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة الناس إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة لا يمكن دفعها أو التحرز منها ،

مع أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي أو بالتقصير لأنه أمين . ولكن أفتى كثير من الفقهاء بوجوب الضمان

عليه استحساناً ، رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم نظراً لخراب الذمم وشيوع الخيانة وضعف الوازع الديني .

سادساً : استحسان بالقياس الخفي:

مثاله : - مثلنا له بوقف الأرض الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية .

- الحكم بطهارة سؤر سباع الطير . فالقياس الجلي - وهو قياسه على سؤر سباع الهائم - يقضي بنجاسته ، ولكن

قالوا بطهارته اعتباراً بقياسه على سؤر آدمي، لأنها تشرب بمناقيرها وهي عظام طاهرة .

وهذا قياس خفي ، فكان الحكم به استحساناً .

حجية الاستحسان :

-أخذ كثير من العلماء بالاستحسان واعتبروه دليلاً من أدلة الأحكام .

- وأنكره بعضهم كالشافعية ، حتى نقل عن الإمام الشافعي أنه قال : ((الاستحسان تلذذ وقول بالهوى)) ، وقال : ((من

استحسن فقد شرع)) .

والظاهر أن إطلاق لفظ الاستحسان أثار عند بعض العلماء معنى (التشريع بالهوى) فأنكروه ولم يتبينوا حقيقته عند القائلين به ، ولم يدركوا مرادهم منه ، فظنوه من التشريع بلا دليل فشنوا عليه الغارة وقالوا فيه ما قالوا .. فالاستحسان بالهوى وبلا دليل ليس بدليل بلا خلاف بين العلماء .. وعلى هذا النوع من الاستحسان – إذا أمكن تسميته استحساناً – يحمل إنكار المنكرين ، لأن الاستحسان عند القائلين به لا يعدو -كما عرفنا حقيقته – أن يكون ترجيحاً لدليل على دليل ، ومثل هذا لا ينبغي أن يكون محل خلاف بين العلماء (فلا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع) . ومع هذا فنحن نؤثر أن نسي الحكم الثابت استحساناً بالنص حكماً ثابتاً بالنص لا بالاستحسان، ولكن الحنفية اصطالحوا على تسميته استحساناً ولا مشاحة في الاصطلاح ..

تعريف المصلحة المرسله :

المصلحة : هي جلب المنفعة ودفع المضرة ، أي المفسدة فلها جانب إيجابي هو ايجاد المنفعة ، وجانب سلبي هو دفع المفسدة . وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط فيقرن معها درء المفسدة ، كما في قول الفقهاء : ((دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة))
والمصالح ..

- منها ما شهد الشارع له بالاعتبار ،
- ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء ،
- ومنها ما سكت عنه .

توضيح ..

ماسكت عنه	ما شهد له الشارع بالإلغاء	ما شهد الشارع له بالاعتبار
المصالح المرسله	المصلحة الملغاة	المصلحة المعتبرة

المصالح المعتبرة :

هي ما اعتبرها الشارع بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها

حفظ الدين	حفظ النفس	حفظ العقل	حفظ العرض	حفظ المال
شرع الجهاد	شرع القصاص	شرع حد الشرب	شرع حد الزنا	شرع حد السرقة

وعلى أساس هذه المصالح المعتبرة وربطها بعلمها وجوداً وهدماً جاء دليل القياس .

فكل واقعة لم ينص الشارع على حكمها وهي تساوي واقعة اخرى ، نص الشارع على حكمها ، في علة هذا الحكم ، فإنها تأخذ نفس الحكم المنصوص عليه .

المصالح الملغاة :

- وبجانب المصالح المعتبرة توجد مصالح متوهمة غير حقيقية أو مرجوحة ، أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرع من أحكام تدل على عدم اعتبارها ، وهذه هي (المصالح الملغاة) .

الامثلة: - مصلحة الأنثى في مساواتها لأخيها بالميراث ، فقد ألغاه الشارع بدليل قوله تعالى : {يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين} [النساء : ١١] .

- ومثل مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا ، فقد ألغاه الشارع بما نص عليه من حرمة الربا ، قال تعالى : {وأحل الله البيع وحرم الربا} ، فلا يصح الربا طريقاً لإستثمار المال وزيادته .

- ومثل مصلحة الجبناء القاعدين عن الجهاد في حفظ نفوسهم من العطب والهلاك ، فقد ألغى الشارع هذه المصلحة المرجوحة بما شرعه من أحكام الجهاد .. وهكذا .

ولا خلاف بين العلماء في أن المصالح الملقاة لا يصح بناء الأحكام عليها .

المصالح المرسله: وبجانب المصالح المعتبرة والمصالح الملقاة توجد مصالح لم ينص الشارع على إلغائها ولا على اعتبارها .. وهذه هي (المصالح المرسله) عند الأصوليين .الأمثلة : مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن ، وتدوين الدواوين ، وتضمين الصناع ، وقتل الجماعة بالواحد .

فهي مصلحة : لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً.

وهي مرسله : لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه ..

فهي إذن ، تكون في الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه ، وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة ، أو يدفع مفسدة ..

المحاضرة الثالثة

تابع ..المصلحة المرسله

حجية المصالح:

في العبادات:

لا خلاف بين العلماء في أن العبادات لا يجري فيها العمل بالمصالح المرسله ، لأن أمور العبادة سبيلها التوقيف ، فلا مجال فيها للاجتهاد والرأي والزيادة عليها ابتداء في الدين والابتداء مذموم ، فكل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة وصاحبها في النار .

في المعاملات:

أما في المعاملات فقد اختلف العلماء في حجيتها وجعلها دليلاً من أدلة الأحكام . وهذا الخلاف يحكى في كتب الأصول على نحو واسع ، ولكننا لا نجد آثاره بهذه السعة والكثرة في كتب الفقه : فالفقهاء المنسوب إليهم عدم الأخذ بالمصالح المرسله .وجدت لهم اجتهادات قامت على اساس المصلحة المرسله .. كما نجده في فقه الشافعية والحنفية .

وعلى أية حال فمما لا شك فيه أن فريقاً من العلماء أنكر حجية (المصالح المرسله) ، ومن هؤلاء : الظاهرية ، فهم ينكرون القياس فمن الأولى أن ينكروا المصالح المرسله .. وقد نسب إلى الشافعية والحنفية القول بإنكار المصلحة المرسله ، ولكننا نجد في فقههم اجتهادات قامت على اساس المصلحة كما سنذكره .وفريق آخر أخذ (بالمصالح المرسله) ، واعتبرها حجة شرعية ومصدراً من مصادر التشريع . وأشهر من عرف عنه هذا الاتجاه الإمام مالك ، ثم أحمد بن حنبل .. وبين هذين الفريقين من قال بالمصلحة بشروط تجعلها من قبيل الضروريات التي لا يختلف العلماء بالأخذ بها ، كالغزالي فقد أخذ بالمصلحة بشرط أن تكون ضرورية ، قطعية ، كلية .

ونذكر فيما يلي أدلة المنكرين لحجية المصالح وأدلة الأخذين بها ، ثم نبين الرأي الراجح من هذين الرأيين ، ثم نذكر بعض المسائل التي قال بها الفقهاء على أساس المصلحة .

أدلة المنكرين ومناقشتها :

١- إن الشارع الحكيم ، شرع لعباده ما يحقق لهم مصالحهم ، فما غفل عن مصلحة ولا تركها بدون تشريع ، فالقول بالمصلحة ، يعني : أن الشارع ترك بعض مصالح العباد ، فلم يشرع لها من الأحكام ما يحققها .وهذا لا يجوز لمناقضته لقوله تعالى : { أحيسب الإنسان أن يترك سدى }

مناقشته :

والواقع أن هذه الحجة قوية في ظاهرها ، ولكنها ضعيفة عند التأمل و التمهين ..
فالشريعة ، حقاً ، قد راعت مصالح العباد ، وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها .
ولكنها لم تنص على جميع جزئيات المصالح إلى يوم الدين .

وإنما نصت على بعضها ، ودلت بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هي مقصود الشارع .
وغرضه من وضع الأحكام . وهذا المسلك من الشريعة - وهو عدم النص على جميع المصالح - من محاسنها ، لا من مثاليها ،
وإن كان أصل رعايتها قائماً ثابتاً لا يتغير . فليس من المستطاع ولا من الضروري ، إذن ، عد جزئيات المصالح مقدماً وتشريع
حكم خاص لكل واحدة منها على حدة .

٢. المصالح المرسله متردده بين المصالح المعتره وبين المصالح الملغاه ، فليس إلحاقها في المصالح المعتره أولى من إلحاقها
بالمصالح الملغاه ، فيمتنع الاحتجاج بها دون شاهد بالاعتبار يدل على أنها من قبيل المعتره دون الملغاه .

مناقشته :

هذه الحجة ضعيفة أيضاً ، لأن الأصل الذي ابتنت عليه الشريعة هو رعاية المصلحة ، والإلغاء - أي إلغاء المصلحة - هو
الاستثناء . فإلحاق المصالح المسكوت عنها ، الظاهر صلاحها ، بالمصالح المعتره أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاه .
٣. الأخذ بالمصالح يجري الجبال على تشريع الأحكام ، فيقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة ، ويفتح الباب لذوي الأهواء
من الحكام والقضاة ونحوهم من ذوي السلطان إلى ما يريدون ، فيبنون الأحكام على أهوائهم بعد أن يلبسوها ثوب
المصلحة ، ويصبغوها بصبغة الدين ، وفي هذا طعن في الدين واتهام له بإسناد الظالمين والمفسدين .

مناقشته :

ويمكن الرد على هذا الاعتراض ، بأن الأخذ بالمصالح المرسله يستلزم الوقوف على دلائل الشريعة للتأكد من اعتبارها أو إلغائها
، وهذا غير ميسور لغير ذوي العلم يكشفون جهالتهم فيأمن شرهم الناس .. أما الحكام المفسدون ، فإن ردعهم لا يكون بسد
باب المصلحة ، وإنما يكون بقيام الأمة بواجبها الشرعي نحوهم بتقويمهم أو إقالتهم .

أدلة القائلين بالمصالح المرسله :

١. إن الشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد ، دلت على ذلك نصوص الشريعة وأحكامها المختلفة ، فالأخذ بالمصلحة
المرسله يتفق وطبيعة الشريعة ، والأساس الذي قامت عليه ، والغرض الذي جاءت من أجله ..
وهذا قول الحق ، صرح به غير واحد من العلماء

- فالشاطبي يقول : (.. والشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ، ودرء الفاسد عنهم) .

- العزّ بن عبد السلام الفقيه الشجاع يقول : (الشريعة كلها مصالح : إما درء مفسد أو جلب مصالح) .

- وابن القيم يقول : ((إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، هي عدل كلها ، ومصالح
كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى جور ، وعن الحكمة إلى العبث ، فلبست من الشريعة وإن أدخلت فيها
بالتأويل ؛ فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه)) .

واستقرار نصوص الشريعة يدل على صدق ما نطق به هؤلاء العلماء ..

٢. إن مصالح الناس ووسائلهم إلى هذه المصالح تتغير باختلاف الظروف والأحوال والأزمان ، ولا يمكن حصرها مقدماً ، ولا
لزوم لهذا الحصر ما دام الشارع قد دل على رعايته للمصلحة .

فإذا لم نعتبر منها إلا ما جاء الدليل الخاص باعتباره نكون ضيقنا واسعاً ، وفوتنا على الخلق مصالح كثيرة ،
وهذا لا يتفق مع عموم الشريعة وبقائها ، فيكون المصير إليه غير صحيح .

٣. إن المجتهدين من الصحابة ومن جاء بعدهم ، جروا في اجتهادهم على رعاية المصلحة ، وبناء الأحكام عليها من غير إنكار على واحد منهم ، مما يدل على صحة هذا الأصل وصواب هذا الاتجاه فيكون إجماعاً .

مسائل قامت على أساس المصالح :

- جمع صحف القرآن في مصحف واحد وجمع المسلمين على مصحف واحد .
- وتوريث مطلقة الفار منه .
- تضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس ، إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة ، مع أن أيديهم أيدي أمانة ، ولكن اقتضت المصلحة هذا الحكم لئلا يتهاونوا في حفظ أموال الناس .
- وفي هذا يقول الإمام علي : (لا يصلح الناس إلا ذلك).
- وقتل الجماعة بالواحد .
- وأمر عمر ابن الخطاب حرق بيت سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية .
- وحلقه رأس النصر ابن الحجاج ونفيه من المدينة خشية فتنة النساء به .
- ومصادرته شطر أموال عماله التي اكتسبها بجاه السلطة واستغلال النفوذ .
- وغير هذا كثيراً جداً ، يطول عدده وذكره .

القول الراجح :

ومن عرض أدلة الطرفين يترجح عندنا القول بحجية المصالح المرسلة ، وابتناء الأحكام عليها ، وعددها من أدلة الأحكام . وهذا المصدر التشريعي – في نظرنا – مصدر خصب ، يسعفنا بالأحكام اللازمة لمواجهة ظروف الحياة المتغيرة دون خروج على مبادئ الشريعة ، وأحكامها القطعية ، ولكننا نؤثر اللجوء إليه عن طريق جمعي لا فردي ، كلما أمكن اجتماع المجتهدين .

المحاضرة الرابعة

تابع .. المصلحة المرسلة

شروط العمل بالمصلحة المرسلة:

ذكر المالكية – وهم أكثر الفقهاء أخذاً بالمصالح المرسلة – شروطاً لا بد من توافرها في المصلحة المرسلة ، لإمكان الاستناد إليها والاعتماد عليها ، وهذه الشروط هي :

أولاً : الملائمة : أي تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع ، فلا تخالف أصلاً من أصوله ، ولا تنافي دليلاً من أدلة أحكامه ، بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها ، أو قربة منها ليست غريبة عنها .

ثانياً : أن تكون معقولة بذاتها

بحيث لو عرضت على العقول السليمة لتلقمها بالقبول .

ثالثاً : أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري أو لرفع حرج

لأن الله تعالى يقول : { وما جعل عليكم في الدين من حرج } .

وهذه الشروط ، في الواقع ، ضوابط للمصلحة المرسلة تبعدها عن مزالق الهوى ونزوات النفوس ، ولكن ينبغي أن يضاف إليها شرطان آخران هما :

- أن تكون المصلحة حقيقة لا وهمية .

- وأن تكون المصلحة عامة لا خاصة ، أي يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة .

بعض الاجتهادات على أساس المصلحة :

في المذاهب الإسلامية اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة ، من ذلك :
أفتى المالكية :

- بجواز تنصيب الأئمة من غير المجتهدين إماماً إذا لم يوجد المجتهد .
- وجواز بيعة المفضول مع الفاضل .
- وجواز فرض الضرائب على الأغنياء إذا خلا بيت المال - أي الخزانة العامة - من المال اللازم لمواجهة النفقات الضرورية للدولة كسد حاجات الجند ، إلى أن يظهر مال في بيت المال ، أو يكون فيه ما يكفي .
- وأجازوا شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات ، للمصلحة ، لأنه لا يشهد لعبيهم - عادة - غيرهم ، وإن لم يتوافر فيهم شرط البلوغ ، وهو من شروط العدالة في الشاهد .

أفتى الشافعية :

بجواز إتلاف الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء ، وإتلاف شجرهم ، إذا كانت حاجة القتال والظفر بالأعداء والغلبة عليهم تستدعي ذلك .

أفتى الحنفية :

بجواز حرق ما يغنمه المسلمون من متاع وضأن إذا عجزوا عن حمله ، فيذبحون الضأن ، ويحرقون اللحم ، وكذا يحرقون المتاع لئلا ينتفع به الأعداء .

ومن ضروب الاستحسان عندهم : الاستحسان بالمصلحة ، وقد مر الكلام عليه .

أفتى أحمد بن حنبل : بنفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه من شرهم . وأفتى بجواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمصلحة معينة ، كأن يكون مريضاً أو محتاجاً أو صاحب عيال أو طالب علم .

سد الذرائع

تعريف سد الذرائع :

الذرائع : هي الوسائل ؛ والذريعة : هي الوسيلة والطريق إلى الشيء .
سواء أكان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة ، قولاً أو فعلاً .

ولكن غلب إطلاق اسم (الذرائع) على الوسائل المفضية إلى المفساد .

فإذا قيل : هذا من باب سد الذرائع فمعنى ذلك : أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفساد

الأفعال المؤدية إلى المفساد :

فاسدة محرمة مباحة جائزة

فاسدة محرمة :

بطبيعتها تؤدي إلى الشر والضرر والفساد : كشرب المسكر المفسد للعقول ، والقذف الملوث للأعراض ، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه .

ولا خلاف بين العلماء في منع هذه الأفعال ، وهي في الحقيقة لا تدخل في دائرة سد الذرائع التي نتكلم عنها ، لأنها محرمة لذاتها .

مباحة جائزة :

أما الأفعال المباحة الجائزة المفضية إلى المفساد ، فهي على أنواع :

النوع الأول : ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً وقليلاً

فتكون مصلحته هي الراجحة ، ومفسدته هي المرجوحة .

مثل : كالنظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها ، وزراعة العنب .
 فلا تمنع هذه الأفعال بحجة ما قد يترتب عليها من مفسد ، لأن مفسدتها مغمورة في مصلحتها الراجحة .
 وعلى هذا دل اتجاه تشريع الأحكام ، ولا خلاف فيه بين العلماء .
 - فالشارع قبل خبر المرأة في انقضاء عدتها أو عدم انقضائها ، مع احتمال عدم صدقها .
 - وشرع القضاء بالشهادة مع احتمال كذب الشهود .
 - وقبل خبر الواحد العدل مع احتمال عدم ضبطه .
 ، ولكن لما كانت هذه الاحتمالات مرجوحة لم يلتفت الشارع إليها ولم يعتد بها .
 النوع الثاني : ما كان إفضاؤه إلى المفسدة كثيراً
 فمفسدته أرجح من مصلحته
 مثل : - بيع السلاح في أوقات الفتن .
 - وإجارة العقار لمن يستعمله استعمالاً محرماً كاتخاذة محلاً للقمار . - وسب آلهة المشركين في حضرة من يعرف عنه
 سب الله عز وجل إذا سمع هذا السب .
 - وبيع العنب لمن عرف عنه الاعتراف بعصره خمراً .
 النوع الثالث : ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع لغير ما وضع له
 فتحصل المفسدة

مثل : - من يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها
 - ومن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا كأن يبيع خرقة بألف نسيئة ، ويشترها من مشتريها بتسع مئة نقداً .
 والمفسدة هنا لا تكون إلا راجحة .

اختلاف العلماء في الأخذ بسد الذرائع :

الأفعال من النوعين الثاني والثالث ، وهي التي وقع الخلاف فيها ، أتمنع لإفضائها إلى المفسدة أم لا ؟
 - الحنابلة والمالكية قالوا : تمنع
ووجية هؤلاء :: أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع قائم بذاته ، ودليل معتبر من أدلة الأحكام تبني عليه الأحكام .. فما
 دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة ، والشريعة جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ومنافذه ، فلا بد من منع هذا الفعل .
 فهؤلاء نظروا إلى مقاصد الأفعال وغاياتها ومآلاتها ، فقالوا بالمنع ولم يعتبروا بإباحته .
 - الشافعية والظاهرية ، قالوا : لا تمنع
ووجية هؤلاء :: أن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال إفضائها إلى المفسدة .
 فقد نظروا إلى إباحته بغض النظر عن نتيجته ، فقالوا بعدم منعه ترجيحاً للإذن الشرعي العام الوارد فيه على الضرر
 المحتمل المتأتي منه .
 ورأي الأولين المانعين هو الأسد ، فالوسائل معتبرة بمقاصدها .
 وفي هذا يقول ابن القيم : لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها
 معتبرة بها . فالوسائل المحرمات والمعاصي في كراهيتها ، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها ، ووسائل الطاعات
 والقربات في محبتها ، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه
 مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل ..))

المحاضرة الخامسة

تابع .. سد الذرائع

القول الراجح :

- الذين لم يعتبروا (سد الذرائع) دليلاً مستقلاً من أدلة الأحكام ، يحتجون بأن الفعل ما دام مباحاً فلا يجوز منعه باحتمالات الإفضاء إلى المفسدة فهذه الاحتمالات قد تحصل وقد لا تحصل ، فهي من قبيل الظن ، والظن لا يغني من الحق شيئاً .

- والحق أن هذه الحجة ضعيفة ، فقد قلنا : إن احتمال المفسدة إن كان نادراً أو قليلاً أو مرجوحاً لا يمنع الفعل .

- وكلامنا فيما يفضي إلى المفسدة إفضاء كثيراً ، بحيث يدعوا إلى غلبة الظن بوقوع المفسدة .

والظن الراجح معتبر في أحكام الشريعة العلمية فلا يشترط لثبوتها اليقين .

وقد مثلنا بما شرعه الشارع من أحكام بناء على الظن الغالب كما في قبول خير الواحد ، والشهادة ، وخير المرأة عن انقضاء عدتها .

وهذه أحكام شرعت لتحقيق (مصالح راجحة) ، وإن كانت فيها مفسد مرجوحة ، نظراً لاحتمال كذب المخبر أو الشهود أو المرأة ، وسنذكر ما شرعه الشارع من أحكام لدرء المفسدة الراجحة المحتملة الوقوع عند ذكر أدلة القول الآخر .

ثم من غير المقبول أن يحرم الشارع شيئاً ، ثم يسمح لأسبابه ووسائله فيجعلها مباحة ، أو يتركها على إباحتها الأصلية .. فكون الشيء مباحاً ، إذن ، مشروط فيه أن لا يؤدي إلى مفسدة راجحة ، فإذا أدى إلى هذه المفسدة ، نظراً لظروف خاصة ، أو أحوال معينة ، فإنه يمنع ويصير محظوراً .

- فالبيع مباح ، لكنه في وقت النداء لصلاة الجمعة محظور .

- وسب آلهة المشركين مباح ، لكنه ممنوع إذا أفضى إلى مفسدة سب الله عز وجل .

- وقطع الأيدي في السرقة فرض ، ولكن يجب تأجيله في الحرب والجهاد قال صلى الله عليه وسلم: ((لا تقطع الأيدي في الغزو)) ، لئلا يكون ذريعة لفرار المحذور إلى العدو .

- والهدية مباحة بل مستحبة للأثر: ((تهادوا تحابوا)) ، ولكن هدية المدين لدائنه ممنوعة إن لم تكن بينهما عادة التهادي من قبل ، لئلا تكون ذريعة إلى مفسدة الربا .

- والنهي عن المنكر واجب ، ولكن إذا أدى إلى منكر أعظم منه جاز تركه .

من هذا كله يترجح القول بأصل سد الذرائع وجعله من أدلة الأحكام ، لأنه أصل يشهد له الكتاب والسنة بالاعتبار ، فمن ذلك :

١- قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا } نهى الله عز وجل المؤمنين أن يقولوا : ((راعنا)) مع

قصدهم الحسن ، منعاً لذريعة التشبه باليهود الذين كانوا يريدون بها شتم النبي صلى الله عليه وسلم .

٢- تحريم القطرة من الخمر ، لئلا تتخذ ذريعة إلى الحسوة ، والحسوة ذريعة إلى شرب ما يسكر فيقع المحذور . ولهذا جاء في الحديث : (ما أسكر كثيره فقليله حرام) ، والعلة هي ما قلناه .

٣- تحريم الخلوة بالأجنبية ، لئلا تفضي إلى المحذور .

٤- تحريم عقد النكاح في حال العدة وإن تأخر الوطاء ، منعاً لذريعة الدخول قبل انقضائها .

٥- نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين سلف وبيع ، لئلا يكون اقترانهما ذريعة إلى الربا .

٦- منع الشارع ولي الأمر أو القاضي من قبول الهدية ممن لم تجر عاداته بمهادته ، لئلا يكون الإهداء ذريعة إلى محاباته بالباطل

٧- توريث مطلقة الفار منه ، لئلا يكون الطلاق ذريعة إلى حرمانها من الميراث . وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وأساسه ما أفتى به بعض مجتهدى الصحابة . وما ذهب إليه هؤلاء يعتمد على أصل سد الذرائع المشهود له بالصحة بنصوص القرآن والسنة

٨- أمر النبي صلى الله عليه وسلم الملتقط أن يشهد على اللقطة مع أنه أمين سداً لذريعة كتمانها بدافع الطمع .
٩- نهى الشارع أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، أو يستام على سوم أخيه ، أو يبيع على بيع أخيه ، سداً لذريعة التباغض والتباعد .

١٠ - نهى الشارع عن الاحتكار وقال عن صاحبه : ((لا يحتكر إلا خاطئ)) لأنه ذريعة إلى مفسدة التضييق على الناس في أقواتهم .

١١- منع الشارع المتصدق من شراء صدقته ((أي زكاته)) ولو وجدها تباع في السوق سداً لذريعة استردادها من الفقير بثمن بخس .

١٢- نهى الشارع الدائن عن قبول الهدية من مدينه ، حتى يحسبها من دينه . فهذه الأدلة وغيرها تنهض حجة كافية لاعتبار (سد الذرائع) دليلاً من أدلة الأحكام . والذين لم يعتبروه أصلاً من أصول التشريع أخذوا بمقتضاه في بعض اجتهاداتهم ، باعتبارها داخلاً في أصل آخر أو قاعدة أخرى .

- من ذلك ما ذهب إليه الظاهرية من بطلان بيع السلاح لمن يتيقن عدوانه به على الأمنين ، وبطلان بيع العنب لمن يوقن أنه يعصره خمراً ، لأن هذا الصنيع من التعاون على الإثم ، وهذا لا يجوز لقوله تعالى : { وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان } .

- والحنفية أخذوا بتوريث مطلقة الفار منه باعتباره مذهباً لصحابي لم يعرف له مخالف وهكذا .
وعلى هذا فالمالكية لم ينفردوا بالأخذ بسد الذرائع كما قبل عنهم ، وإنما أخذوا بهذا الأصل أكثر من غيرهم .
وفي هذا يقول الفقيه القرافي المالكي : ((وأما الذرائع ، فقد أجمع العلماء على أنها ثلاثة أقسام :

أحدها: معتبر إجماعاً :

- كحفر الآبار في طرق المسلمين .

- وإلقاء السم في أطعمتهم .

- وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى .

ثانيها : ملغى إجماعاً : كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر .

ثالثها : مختلف فيه : كبيع الآجال ، اعتبرنا نحن الذريعة فيها ، وخالفنا غيرنا . فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لا أنها خاصة بنا .

ولكن مع هذا يبقى المالكية والحنابلة منفردين في اعتبار سد الذرائع أصلاً مستقلاً من أصول الأحكام ، وبالتالي يكونون أكثر من غيرهم أخذاً بها ، وبناء الأحكام القائمة على هذا الأصل .

سد الذرائع ، والمصالح المرسلة :

- أصل سد الذرائع يؤكد أصل المصالح ، ويوثقه ويشد أزره ، لأنه يمنع الأسباب والوسائل المفضية إلى المفساد ، وهذا وجه أكيد من وجوه المصلحة ، فهو إذن متمم لأصل المصلحة ومكمل له ، بل وقد تعتبر بعض صور سد الذرائع من صور المصالح المرسلة

- ولهذا نرى من أخذ بمبدأ المصلحة ، وحمل لواءه ، وهم المالكية ومن تابعهم ، أخذوا أيضاً بالذرائع فقالوا بسدها إذا أدت إلى مفسدة ، وبفتحها إذا أدت إلى مصلحة راجحة ، ولو كانت الوسيلة بذاتها محرمة .

- ولذلك أجازوا للدولة الإسلامية أن تدفع مالاً لدولة العدو اتقاء لشرها إذا كانت الدولة الإسلامية ضعيفة .

- وقالوا بجواز دفع المال على سبيل الرشوة إذا تعينت طريقاً لدفع ظلم أو معصية ، ضررها أشد من ضرر دفع المال .

- وقالوا بجواز دفع المال للدولة المحاربة فداء للأسرى من المسلمين ، مع أن دفع المال للدولة المحاربة لا يجوز ، ولكنه جاز هنا لدفع ضرر أكبر أو لجلب مصلحة أكبر .

المحاضرة السادسة

العرف

تعريفه :

◀ العرف : هو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل . وهو العادة بمعنى واحد عند الفقهاء ؛ **فقولهم** : هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة عندهم غير العرف ، وإنما هي نفسه ، وإنما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس .
والعرف ، كما يتضح من تعريفه :
قد يكون قولياً أو عملياً . وقد يكون عاماً أو خاصاً .
وهو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحاً أو فاسداً .

العرف

العرف القولي

العرف العملي

العرف العملي : هو ما اعتاده الناس من أعمال .

كالبيع بالتعاطي ، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل ، ودخول الحمامات العامة بدون تعيين مدة المكث فيها ، ولا مقدار الماء المستهلك ، واستصناع الأواني البيتية والأحذية ، واعتبار تقديم الطعام للضيف إذناً له بالتناول منه ، ونحو ذلك .

العرف القولي : هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم .

بأن يريدوا بها معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها .

- كتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكردون الأنثى .

- وإطلاق اسم اللحم على غير السمك .

- وإطلاق اسم الدابة على ذوات الأربع من الحيوانات ، مع أن هذا اللفظ في أصل وضعه اسم لما يدب على الأرض .

أمثلة:

◀ والعرف بنوعيه العملي والقولي :

- قد يكون عاماً ، إذا شاع وفشا في جميع البلاد الإسلامية ، وسار عليه جميع الناس في هذه البلاد .

- والخاص ما شاع في قُطر دون قُطر ، أو بين أرباب حرفة معينة أو صنعة معينة .

◀ فمن العرف العملي الخاص في العراق :

- تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل .

- وإعطاء علاوة على المبيع إلى المشتري عند شرائه البرتقال في بعض مناطق محافظة ديالى .

◀ ومن العرف القولي العام :

- إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع ، ولا يطلقونها على الإنسان .

- وتعارفهم على استعمال لفظ الطلاق على إزالة الرابطة الزوجية .

◀ ومن العرف القولي الخاص :

الألفاظ التي اصطلح عليها أهل العلوم وأصحاب الحرف والصناعات التي يريدون بها عند إطلاقها المعاني الاصطلاحية ، دون معانيها اللغوية .

العرف

فاسد

صحيح

العرف الصحيح: ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ، ولا يفوت مصلحة معتبرة ، ولا يجلب مفسدة راجحة .

- كتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر .

- وكتعارفهم عند عقد المهر على دعوة جمهور من الناس وتقديم الحلوى إليهم .

- وكتعارف أهل بغداد قبل خمسين سنة على قيام أصحاب البيوت بتقديم الغداء والعشاء إلى صناعتهم .

- وكتعارف الناس في العراق على أن المهر المؤجل لا يستحق ، ولا يطالب به ، إلا بعد الفرقة بالطلاق أو الموت .

العرف الفاسد: ما كان مخالفاً لنص الشارع ، أو يجلب ضرراً ، أو يدفع مصلحة .

- كتعارف الناس استعمال العقود الباطلة كالاستقراض بالربا ، من المصارف ، أو من الأفراد ، ومثل اعتيادهم الميسر ((

كاليانصيب ، وسباق الخيل ، والورق ، والنرد)) ونحو ذلك .

حجية العرف :- اعتبر العلماء العرف أصلاً من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكام . ومن أقوالهم الدالة على حجية العرف :

((العادة محكمة)) و ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)) .

- وأراد بعضهم الاستدلال بقوله تعالى : { خذ العفو وأمر بالعرف } ، على حجية العرف وكونه دليلاً معتبراً في الشرع .

ولكن هذه الحجة ضعيفة ، لأن العرف في الآية هو المعروف ، وهو ما عرف حسنه ، ووجب فعله ، وهو كل ما أمرت به

الشريعة .

واحتج البعض بالحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم : ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)) على حجية

العرف .

وهذا الاستدلال ضعيف ، فقد قال غير واحد من العلماء : أنه موقوف على ابن مسعود ، ودلالته تشير إلى حجية الإجماع لا

العرف .

إلا إذا كان مستند الإجماع عرفاً صحيحاً ، فتكون دلالة هذا الأثر قاصرة على نوع من أنواع العرف لا على مطلق العرف .

والحق ، أن العرف معتبر في الشرع ، ويصح ابتناء الأحكام عليه ، وهو في الحقيقة ليس بدليل مستقل ، ولكنه يرجع إلى أدلة

الشريعة المعتبرة ، والدليل على ما نقوله من وجوه عديدة منها :

◀ أولاً :

- وجدنا الشارع الحكيم يراعي أعراف العرف الصالحة ، من ذلك : إقراره أنواع المتاجرات والمشاركات الصحيحة عندهم

كالمضاربة ، والبيوع ، والإجازات الخالية من المفاسد .

- ووجدناه يستثني السلم ، لجريان عرف أهل المدينة به ، من عموم نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده .

- ونهى عن بيع التمر بالتمر .

- ورخص في العرايا ، وهي بيع الرطل على رؤوس النخل بمثله من التمر ، خرساً ، أي تخميناً لتعارفهم هذا النوع من البيع

وحاجتهم إليه .

فدلت هذه التصرفات من الشارع الحكيم على رعاية العرف الصالح الذي استقرت عليه معاملات الناس .

أما العرف الفاسد ، وهو من عادات الجاهلية ، كما فعل في عدم توريثهم النساء إذ ألغاه وجعل للنساء نصيباً مفروضاً من

الميراث .

◀ ثانياً :

- إن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة ، كالإجماع ، والمصلحة المرسله ، والذرائع .
 - فمن العرف الراجع إلى الإجماع : الاستصناع ، ودخول الحمامات ، فقد جرى العرف بهما بلا إنكار ، فيكون من قبيل الإجماع ، والإجماع معتبر .
 - ومن العرف ما يرجع إلى المصلحة المرسله ، لأن العرف له سلطان على النفوس فمراعاته ، من باب التسهيل عليهم ، ورفع الحرج عنهم ، ما دام العرف صالحاً لا فاسداً .
 كما أن في تحويلهم عن العرف مشقة وحرماً ، والحرج مرفوع لأنه مفسدة ، وقد أشار إلى هذا المعنى السرخسي في ((مبسوطه)) إذ يقول : ((... لأن الثابت في العرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرماً بيناً)) .

◀ ثالثاً :

احتجاج الفقهاء بالعرف ، في مختلف العصور ، واعتبارهم إياه في اجتهادهم ، دليل على صحة اعتباره ، لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي ، فضلاً عن تصريح بعضهم به ، وسكوت الآخرين عنه ، فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع .

المحاضرة السابعة

تابع .. للعرف

شروط اعتبار العرف لبناء الأحكام عليه :

يشترط في العرف لاعتباره ، وبناء الأحكام عليه ، ما يأتي :

◀ **أولاً :** أن لا يكون مخالفاً للنص ، بأن يكون عرفاً صحيحاً ، كما في الأمثلة التي ضربناها للعرف الصالح .
 ◀ **ومثله أيضاً :** تعارف الناس على أن الوديع مأذون بتسليم الوديعة إلى من جرت العادة بجواز التسليم إليه كزوجة المودع وأولاده وخدامه .

◀ **ومثله :** وقف المنقول ، والشروط المقترنة بالعقود التي يقضي بها العرف الصحيح .
 فإن كان مخالفاً للنص فلا عبرة به ، كالتعامل بالربا ، وإدارة الخمر في الولايم ، وكشف العورات ، فهذا ونحوه غير معتبر بلا خلاف .

◀ **والمقصود بالعرف المخالف للنص ،** ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية ، كما في الأمثلة التي ضربناها .

أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا يعد مخالفاً للنص ، فيعمل به في دائرته ، ويعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف ، كما في عقد الاستصناع ، فهو في الحقيقة بيع معدوم ، وبيع المعدوم في الشريعة لا يجوز ، ولكن جاز الاستصناع لتعامل الناس بدون إنكار ، فيعمل به للعرف ، ويمنع ما عداه أخذاً بقاعدة بيع المعدوم لا يجوز .

◀ **ثانياً :** أن يكون مطرداً أو غالباً .

ومعنى الاطراد : أن تكون العادة كلية ، بمعنى أنها لا تتخلف ، وقد يعبر عنها بالعموم ، أي يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين أهله ، معروفاً عندهم ، معمولاً به من قبلهم .

ومعنى الغلبة : أن تكون أكثرية ، بمعنى أنها لا تتخلف إلا قليلاً .

والغلبة أو الاطراد ، إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف ، لا في الكتب الفقهية لاحتمال تغيرها

◀ **ثالثاً :** أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه .

بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه .

وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج ، وما يرد فهما من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم ، لا على عرف حادث بعدهم .

توضيح

فلو وقف شخص غلة عقاره على العلماء أو على طلبة العلم ، وكان العرف القائم وقت الوقف يصرف معنى العلماء إلى من له خبرة في أمور الدين دون شرط آخر ، وأن المقصود بطلبة العلم ، طلبة العلم الديني ، فإن غلة الوقف تصرف إلى هؤلاء العلماء دون اشتراط حصول الشهادة ، إذا صار العرف الطارئ يستلزم الشهادة ، كما يصرف إلى طلبة العلم الديني دون غيرهم ، وإن كان العرف الطارئ يعينهم وغيرهم .

رابعاً : أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه :

كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء ، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري ، واتفقا على أن تكون على البائع ، أو كان العرف أن مصاريف تسجيل العقار في السجل العقاري على المشتري ، واتفق الطرفان على جعلها على البائع . والقاعدة هنا ((ما يثبت بالعرف بدون ذكر ، لا يثبت إذا نص على خلافه)) .

العرف مرجع لتطبيق الأحكام :

ويعتبر العرف أيضاً مرجعاً لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية ، من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً بقوله تعالى : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } ، والعدالة عند الفقهاء : ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة . فما يخل بالمروءة يعتبر قادحاً بالعدالة ، وما يخل بها يختلف باختلاف الزمان والمكان ، ومن ذلك ما ذكره الشاطبي إذ يقول : (مثل كشف الرأس ، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع ، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد الشرقية ، وغير قبيح في البلاد المغربية ، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح) . وكذلك عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } يرجع إلى العرف لتقدير النفقة ، لأن النص لم يبين مقدارها .

قال الإمام الجصاص في كتابه (أحكام القرآن) ما نصه : (فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها ، لم تعط . وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك ويجبر على نفقة مثلها) . وهكذا ما أوجبه الشارع ولم يحدد مقداره ، يصار إلى العرف لتقديره .

تغير الأحكام بتغير الأزمان :

الأحكام المبنية على العرف والعادة ، تتغير إذا تغيرت العادة .

وهذا هو المقصود من قول الفقهاء : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ، وفي هذا يقول الإمام شهاب الدين القرافي : (إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ، كالنقود في المعاملات ، والعيوب في الأعيان في البياعات ونحو ذلك ، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى ، لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها .

وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به البيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به .

وهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء .. وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام ، فمهما تجدد العرف فاعتبره . ومهما سقط فأسقطه) .

وعلى هذا الأساس اختلفت الأحكام ، من ذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة من الاكتفاء بالعدالة الظاهرة ، فلم يشترط تزكية الشهود فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح على الناس وتعاملهم بالصدق ، ولكن في زمان أبي يوسف ومحمد كثير الكذب ، فصار في الأخذ بظاهر العدالة مفسدة وضياح الحقوق ، فقلا بلزوم تزكية الشهود .

وقال الفقهاء عن هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه : إنه اختلاف عصور زمان ، لا اختلاف حجة وبرهان .
 ومثله أيضاً : سقوط خيار الرؤية برؤية ظاهر البيت وبعض حجره ، وهذا ما أفتى به أئمة الحنفية لأن الحجر كانت تبني على نمط واحد ، ولكن لما تغيرت عادة الناس في البناء أفتى متأخرون بعدم سقوط خيار الرؤية إلا برؤية جميع حجر البيت .
 ومثله أيضاً : أخذ الأجرة على تعليم القرآن على ما أفتى به متأخرو الفقهاء ، لأن العادة قد تبدلت ، إذ كان الأمر في السابق تخصيص العطاء لهؤلاء المعلمين من بيت المال ، فلما انقطع ، أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجرة لئلا يهجر القرآن ويندرس .
 ومثله : أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر صاعاً من تمر ، أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من زبيب ، أو صاعاً من أقط ، وهذه كانت غالب أقواتهم في المدينة ، فإذا تبدلت الأقوات أعطي الصاع من الأقوات الجديدة .
 وهذا التغيير في الأحكام لا يتناول إلا الأحكام المبنية على العرف كما قلنا ، فلا يتناول الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة .
 كما أن هذا التغيير لا يعد نسخاً للشريعة ، لأن الحكم باقٍ ، وإنما لم تتوافر له شروط التطبيق ، فطبق غيره .
 يوضحه أن العادة إذا تغيرت ، فمعنى ذلك : أن حالة جديدة قد طرأت تستلزم تطبيق حكم آخر ، أو أن الحكم الأصلي باقٍ ولكن تغيير العادة استلزم توافر شروط معينة لتطبيقه ، فالشرط في الشهود العدالة ، والعدالة الظاهرة كانت كافية لتحققها ، فلما كثر الكذب استلزم هذا الشرط التركيبي .
 وفي هذا يقول الشاطبي : (معنى الاختلاف : أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي ، يحكم به عليها) .

المحاضرة الثامنة

قول الصحابي

تمهيد :

◀ **الصحابي عند جمهور علماء الأصول :** من شاهد النبي صلى الله عليه وسلم وأمن به ، ولازمه مدة تكفي لإطلاق كلمة الصحاب عليه عرفاً .
 - مثل الخلفاء الراشدين ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن مسعود ، وغيرهم ممن آمن بالنبي صلى الله عليه وسلم ، ونصره وسمع منه ، واهتدى بهديه .
 وبعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم قام أصحابه الكرام - ممن عرفوا بالعلم والفقهاء بالإفتاء والقضاء بين الناس ، وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيبتهم .
 - فهل يصح أن نعتبر هذه الفتاوى والأقضية مصدرراً من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ، ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكماً ، لا في الكتاب ، ولا في السنة ، ولا في الإجماع ؟ هذا ما اختلف فيه العلماء .

محل الخلاف :

ومحل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي ليس على إطلاقه ، بل فيه تفصيل :
 ◀ **أولاً :** قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، حجة عند العلماء ، لأنه محمول على السماع من النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من قبيل السنة ، والسنة مصدر للتشريع .
 - وقد مثل الحنفية لهذا النوع ، بما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال : إن أقل الحيض ثلاثة أيام . وبما ثبت عندهم من قول بعض الصحابة في أن أقل المهر عشرة دراهم .
 ◀ **ثانياً :** قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق يعتبر حجة شرعية ، لأنه يكون إجماعاً . وكذلك قول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف يكون من قبيل الإجماع السكوتي ، وهو أيضاً حجة شرعية عند القائلين بالإجماع السكوتي .
 ◀ **ثالثاً :** قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله ، فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ، ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه .

◀ **رابعاً :** قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد . وهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، هل يكون حجة على من جاء بعدهم أم لا ؟

قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد . وهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، هل يكون حجة على من جاء بعدهم أم لا ؟

- ذهب بعض العلماء إلى أنه حجة شرعية ، وعلى المجتهد أن يأخذ بقول الصحابي إذا لم يجد الحكم في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع .

وإذا اختلف الصحابة ، فعليه أن يتخير من أقوالهم .

وحجتهم :

احتمال الصواب في اجتهاد الصحابي كثير جداً ، واحتمال الخطأ قليل جداً . لأن الصحابي شاهد التنزيل ووقف على حكمة التشريع وأسباب النزول ، ولازم النبي صلى الله عليه وسلم ملازمة طويلة أكسبته معرفة بالشرعية . وذوقاً لمعانها ، وكل هذا يجعل لأرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم ، ويجعل اجتهادهم أقرب إلى الصواب من اجتهاد غيرهم .

- وذهب البعض الآخر من العلماء إلى أنه ليس بحجة شرعية ، ولا يلزم المجتهد أن يأخذ بقول الصحابي ، بل عليه أن يأخذ بمقتضى الدليل الشرعي .

وحجتهم :

احتجوا : بأننا ملزمون بإتباع الكتاب والسنة ، وما أرشدت إليه نصوصهما من أدلة ، وليس قول الصحابي واحداً منها ، والاجتهاد بالرأي عرضة للخطأ والصواب ، لا فرق في هذا بين صحابي وغيره ، وإن كان احتمال الخطأ بالنسبة للصحابي أقل .

الراجح :

والذي نرجحه : أن قول الصحابي (ليس حجة ملزمة) ، ولكن نميل إلى الأخذ به حيث لا نص في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع ، ولا يوجد في المسألة دليل آخر معتبر ، ففي هذه الحالة نرى أن الأخذ بقول الصحابي أولى .

شرع من قبلنا

المقصود بشرع من قبلنا :

◀ **المقصود بشرع من قبلنا :** الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم ، وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم .

وقد اختلف العلماء في علاقتها بشريعتنا ومدى حجيتها بالنسبة إلينا .

- وقبل ذكر أقوالهم ، لا بد من بيان موضع الخلاف ، لأن شرع من قبلنا أنواع : منها المتفق على حجيتها بالنسبة إلينا ، ومنها المتفق على نسخه في حقنا ، ومنها ما هو مختلف فيه .

أنواع شرع من قبلنا :

◀ **النوع الأول :** أحكام جاءت في القرآن أو في السنة ، وقام الدليل في شريعتنا على أنها مفروضة علينا كما كانت مفروضة على من سبقنا من الأمم والأقوام .

وهذا النوع هو نفس نصوص شريعتنا ، من ذلك : فريضة الصيام ، قال تعالى : { يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون } .

◀ **النوع الثاني :** أحكام قصها الله في قرآنه ، أو بينها الرسول صلى الله عليه وسلم في سنته ، وقام الدليل من شريعتنا على نسخها في حقنا ، أي أنها خاصة بالأمم السابقة .

فهذا النوع لا خلاف في أنه غير مشروع في حقنا . من ذلك : ما جاء في قوله تعالى : { قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتةً أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به ، فمن اضطر غير باغ ولا

عاد فإن ربك غفور رحيم . وعلى الذين هادوا حرمانا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمانا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ، ذلك جزيناهم ببغيم وإننا لصادقون {
وقول النبي صلى الله عليه وسلم : (وأحلت لي الغنائم ، ولم تحل لأحد قبلي) . فالآية دلت على تحريم أشياء لم تحرم علينا بل أحلت لنا . والحديث دل على حل الغنائم للمسلمين ، وما كانت حلالاً للأمم السابقة .

◀ **النوع الثالث :** أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ، ولا في سنة نبينا صلى الله عليه وسلم ، وهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء .

◀ **النوع الرابع :** أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ، ولم يقدّم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا ، مثل قوله تعالى : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص } .

فهذا النوع هو الذي وقع الخلاف فيه ، واختلف في حجيته بالنسبة إلينا .

◀ **فذهب بعض العلماء** كالحنفية إلى حجيته ، وأنه يعتبر كجزء من شريعتنا .

◀ **وذهب الآخرون** إلى أنه ليس بشرع لنا . واستدل كل فريق بجملة أدلة تؤيداً لمذهبه .

والحق إن هذا الخلاف غير مهم ، لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل ،

فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة ، قصة الله تعالى علينا ، أو بينه الرسول صلى الله عليه وسلم لنا ، إلا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقائه في حقنا ، سواء جاء دليل الإبقاء أو النسخ في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة ، أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة .

- ونذكر هنا ، تأييداً لقولنا ، ثبتت أحكام الآية السابقة في حقنا { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... } الخ بدلائل من شريعتنا ،

لأن بعض الناس يدّعي أن القصاص في الجروح والأعضاء ، ليس شرعاً لنا ، وإنما هو شرع من قبلنا فلا يلزمنا ، وهذا وهم محض لا يقوم على حجة أو برهان .

- فلا خلاف بين العلماء في أن أحكام هذه الآية ثابتة في حقنا ، وأنها جزء من شريعتنا ، ومن يطالع على كتب الفقهاء من مختلف المدارس الفقهية يجد باباً خاصاً للقصاص في النفس وفي مادون النفس ، فهو حكم ثابت في حقنا بلا خلاف .

قال الشافعي في صدد هذه الآية : ((ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... } الخ الآية . ولم أعلم خلافاً في أن القصاص في هذه الأمة كما حكى الله عز وجل أنه حكم بين أهل التوراة . ولم أعلم خلافاً في أن القصاص بين الحرّين المسلمين في النفس وما دونها من الجراح التي يستطيع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستفاد منه من موضع القود)) .

وجاء في المغني لابن قدامة : ((وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن)) .

وحكى ابن كثير في تفسيره الإجماع أيضاً على العمل بموجب الآية .

فأحكام هذه الآية معمول بها في حقنا على رأي كلا الفريقين القائلين بشرع من قبلنا ، والمخالفين لهم في ذلك .

- الأولون يحتجون بها وفقاً لمذهبهم .

- والآخرين يحتجون بها .

لأن الدلائل من شريعتنا قامت على شرعيتها بالنسبة إلينا .

◀ **أولاً :** قوله تعالى : { كتب عليكم القصاص في القتلى } .

وفي السنة : ((والعمد قود إلا أن يعفو ولي القتل)) وفي الحديث الآخر : ((من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين : إما أن يفتردي ، وإما أن يقتل))

فهذه النصوص تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل العمد . والقصاص في القتل بعض ما جاءت به الآية التي نحن بصدد الكلام عنها .

◀ **ثانياً :** قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص في الجروح ، وفي السن ، ولكن المجني عليه عفا عن القصاص .

◀ **ثالثاً :** وعن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : ((من أصيب بدم أو خبل – أي جراح فهو بالخيار بين إحدى ثلاث : إما أن يقتص أو يأخذ العقل – أي الدية – أو يعفو)) .

◀ **رابعاً :** قال تعالى : { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } .

وقال العلماء: إن هذه الآية يندرج فيها القصاص في النفس وفيها دون النفس الواردة في الآية: {وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس} .

ومن هذا كله يتبين أن أحكام آية القصاص التي شرعت لمن كان قبلنا ، ثابتة في حقنا أيضاً بالدلائل التي جاءت في شريعتنا .

المحاضرة التاسعة

الاستصحاب

تعريفه :

الاستصحاب في اللغة : طلعت المصاحبة واستمرارها .

وفي الاصطلاح : استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أو نفي ما كان منفيّاً .

أو هو : بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره .

- فما علم وجوده في الماضي ثم حصل تردد في زواله ، حكمنا ببقائه استصحاباً لوجوده السابق .

- وما علم عدمه في الماضي ثم حصل تردد في وجوده ، حكمنا باستمرار عدمه استصحاباً لعدمه السابق .

- وعلى هذا ، من علمت حياته في وقت معين حكمنا باستمرار حياته حتى يقوم الدليل على وفاته . ومن تزوج امرأة على أنها

بكر ثم ادعى الثيوبية بعد الدخول فلا يقبل قوله بلا بينة ، استصحاباً لوجود البكارة ، لأنها هي الأصل منذ النشأة الأولى .

- ومن اشترى كلباً على أنه من ((كلاب البوليس)) التي تحسن تتبُّع الآثار ، وتساعد على كشف الجريمة ، أو اشتراه على أنه

كلب صيد ، فادعى فوات الوصف ، فالقول قوله إلا إذا ثبت خلافه ، استصحاباً لعدم السابق .

لأن الأصل عدم هذا الوصف ، وإنما يستفاد بالمران والتدريب .

أنواع الاستصحاب :

◀ **أولاً :** استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء .

الأشياء النافعة من طعام أو شراب أو حيوان أو نبات أو جماد ، ولا يوجد دليل على تحريمها ، هي مباحة ، لأن الإباحة هي

الحكم الأصلي لموجودات المكون ، وإنما يحرم منها بدليل من الشارع لمضرتها .

والدليل على أن الحكم الأصلي للأشياء النافعة هو الإباحة

- قوله تعالى : { وسخر لكم ما في السماوات وما في الأرض جميعاً منه } .

- وقوله تعالى : { وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً } .

ولا يتم الامتنان ولا يكون التسخير إلا إذا كان الانتفاع بهذه المخلوقات مباحاً . أما الأشياء الضارة فالأصل فيها التحريم لقوله

صلى الله عليه وسلم : ((لا ضرر ولا ضرار)) .

◀ **ثانياً :** استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي :

فدمة الإنسان غير مشغولة بحق ما إلا إذا قام الدليل على ذلك .

- فمن ادعى على آخر حقاً ، فعليه الإثبات ، لأن الأصل في المدعى عليه البراءة من المدعى به .

- وإذا ادعى المضارب عدم الريح فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الريح ، فيستصحب هذا العدم ، إلا إذا ثبت خلافه .

◀ **ثالثاً:** استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه :

فمن ثبتت ملكيته لعقار أو منقول ، تبقى هذه الملكية ونحكم بها إلا إذا قام الدليل على زوالها كأن يبيعه أو يقفه أو يهبه .. وشغل الذمة بدين عند وجود سببه من التزام بمال أو إتلاف المال ، يبقى قائماً ثابتاً ، إلا إذا وجد المغير ، إي إلا إذا قام الدليل على تفرغ الذمة منه بأداء أو إبراء ...

وثبوت الحل بين الزوجين بسبب عقد النكاح يبقى قائماً حتى يوجد الدليل على حصول الفرقة ... وهكذا .

حجة الاستصحاب: الاستصحاب عند الحنفية ومن وافقهم : حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، ودفع ما يخالفه ، وهذا هو معنى قولهم : الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات .

وعند غيرهم ، كالحنابلة والشافعية : حجة للدفع ، وللإثبات ، أي لثبوت الحكم السابق ، وتقديره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر . لأن الاستصحاب يستلزم الظن الراجح ببقاء الشيء على ما كان عليه ، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية العملية .

الأقوال في المفقود :

وتفرع على هذا الخلاف ، خلافهم في المفقود :

فهو عند الحنفية حي استصحاباً فيأخذ حكم الأحياء بالنسبة لأمواله وحقوقه القائمة وقت فقده ، فلا تورث عنه ، ولا تبين منه زوجته ، ولكن حياته هذه لا تصلح لاكتساب حق جديد أي لإثبات أمر لم يكن للمفقود وقت فقده ، فلا يرث من مورثه إذ مات قبله ، بمعنى لا يستحق قيمة المطالبة بتسليم نصيبه من الميراث ، وإنما يوقف هذا النصيب إلى أن تبين حاله ، فإما أن يظهر أنه حي فيستحق نصيبه على ورثة مورثه الذين كانوا أحياء في ذلك الوقت .

- أما القائلون بحجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً ، فعندهم المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماماً ، فلا نزول عنه أمواله ، ولا تبين منه زوجته ، ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله ، وكذا يستحق نصيبه من الموصى به . ومثل هذا الخلاف : خلافهم في الصلح عند الإنكار ، فعند الحنفية يصح هذا الصلح بين المدعى والمدعى عليه المنكر ، ولا يصح هذا الصلح عند غير الحنفية ، كالشافعية ، ووجهتهم ما قلناه من حجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً .

ما يلاحظ على الاستصحاب :

◀ **أولاً:** الاستصحاب ، في الحقيقة ، لا يثبت حكماً جديداً ، ولكن يستمر به الحكم السابق الثابت بدليله المعتبر .

فهو إذن ، ليس في ذاته دليلاً فقهياً ولا مصدراً تستقي منه الأحكام ، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبتته دليله .

◀ **ثانياً:** الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة ، بأن يبحث الفقيه ويبذل غاية

جهده في التحري عن الدليل فلا يجده ، فيرجع إلى الاستصحاب

ولهذا ، فهو ، كما قال بعضهم عنه ، أنه : ((آخر مدار الفتوى . فإن المفتي إذا سئل عن حادثة ، يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة .. إلخ . فإن لم يجده يأخذ حكمه من استصحاب الحال في النفي والإثبات ، فإذا كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه ، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته)) .

ما ابتني على الاستصحاب من قواعد ومبادئ :

وبالاستصحاب تقررت جملة قواعد ومبادئ ، قامت عليه وتفرعت منه ، ومنها :

أولاً : الأصل في الأشياء الإباحة :

وقد تفرع عن هذا الأصل بأن العقود والتصرفات وشتى المعاملات بين الناس ، حكمها الإباحة ، إلا إذا وجد النص بالتحريم . وهذا قول فريق من الفقهاء .

ثانياً : الأصل براءة الذمة ، أو الأصل في الذمة البراءة :

- وقد أخذ بهذا الأصل في القضايا المدنية والجزائية على حد سواء .
 - ادعى على غيره حقاً ، فالأصل عدمه ، إلا إذا أثبت المدعي ذلك .
 - والمتهم بريء حتى تثبت إدانته ، ومن هنا جاء القول : الشك يفسر لمصلحة المتهم . والخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء .

ثالثاً : اليقين لا يزول بالشك .

- فمن توضحاً ثم شك في الانتقاض بقي على وضوئه .
 - ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه إلا بيقين .
 - ومن تملك عيناً بسبب شرعي فلا تزول ملكيته إلا بتصرف ناقل للملكية .
والعلة في هذه القاعدة : أن اليقين صار أمراً موجوداً لا ارتياب فيه ، فيستصحب هذا اليقين ، إلا إذا قام الدليل على انتفائه ، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به .

المحاضرة العاشرة

النسخ

تعريف النسخ :

النسخ لغة : الإزالة والنقل .

وفي الاصطلاح : رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عنه . ويسمى هذا الدليل بالناسخ . ويسمى الحكم الأول بالمنسوخ .
 ويسمى هذا الرفع (بالنسخ) .

مثال للنسخ : وقد وقع النسخ في القرآن ، ومن أظهره الذي لا ينزع فيه أحد ، نسخ التوجه إلى بيت المقدس في الصلاة إلى التوجه إلى المسجد الحرام ، قال تعالى : { قد نرى قلبك وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره } .

النسخ

كلي جزئي

◀ **النسخ قد يكون كلياً :** أي برفع الحكم الأول كله ، كما في نسخ القبلة من بيت المقدس إلى المسجد الحرام .

◀ **قد يكون جزئياً :** أي برفع الحكم السابق عن بعض أفراد الذين كان الحكم ينطبق عليهم .

مثاله: قوله تعالى في القذف: {الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً}.

فقد نسخ حكم هذه الآية : عند الحنفية ، بالنسبة للأزواج إذا قذفوا زوجاتهم بقوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين .. } . إلخ .

فصار حكم الزوج إذا قذف زوجته ولم يكن عنده بينة أن يلاعن ، إي يحلف أمام القاضي أربع مرات بالله تعالى إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى ويحلف الخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، ثم تحلف الزوجة أربع مرات

بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، فإذا تم اللعان بين الزوجين فرق القاضي بينهما .

حكمة النسخ : النسخ وقع فعلاً في الشريعة كما قلنا .

◀ **والحكمة منه :** مراعاة مصالح العباد ، ذلك أن المقصد الأصلي من تشريع الأحكام : تحقيق مصالح العباد ، كما بينا سابقاً فإذا رئي أن المصلحة تقتضي في زمان ما تبديل هذا الحكم ، كان هذا التبديل يتفق والقصد من التشريع .

- كما إن النسخ يتفق والأصل المقرر في الشريعة وهو التدرج في تشريع الأحكام رعاية لمصالح العباد .
- فمن ذلك : الصلاة شرعت أولاً ركعتين في الغداة ، وركعتين في العشي ، ثم جعلت خمس صلوات في أوقاتها الحالية وبركعاتها المعروفة ، بعد أن تروضت النفوس عليها وأطمأنت بها .

النسخ والتخصيص : قد يلتبس النسخ الجزئي بالتخصيص ..

ذلك أن تخصيص العام يرفع حكمه عن بعض أفراده ويجعله قاصراً على ما عدا ما تناوله المخصص .

وكذلك النسخ الجزئي ، يرفع حكم العام عن بعض أفراده ويجعل الحكم قاصراً على بعض الآخر . ومع هذا فإن بينهما فرقاً ، هو أنه في حالة النسخ يكون الحكم قد تناول جميع الأفراد ابتداءً ، ثم رفع بالنسبة إلى بعضها بالدليل النسخ وبقي الحكم فيما عدا ذلك .

أما في حالة التخصيص ..

فإن حكم العام من أول الأمر لم يكن شمول جميع أفراد العام بالحكم بل بعضها ، ولهذا يشترط في المخصص أن يكون مقارناً للعام ، أو على الأقل وارداً قبل العمل به . وبخلاف النسخ الجزئي ، إذ يشترط أن يكون متراخياً عن وقت العمل به .

أنواع النسخ : ضمناً وصريحاً :

◀ **النسخ قد يكون صريحاً :** بأن ينص الشارع صراحة على النسخ .

ومثاله : قول النبي صلى الله عليه وسلم : (كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها فإنها تذكركم بالآخرة) .

◀ **وقد يكون النسخ ضمناً :** بمعنى : أن الشارع لا ينص صراحة على النسخ ، ولكن يشرع حكماً معارضاً لحكم سابق دون

نص صريح على نسخ الأول ولا يمكن الجمع بينهما ، فيكون تشريع الحكم اللاحق ناسخاً - ضمناً - للحكم السابق .

ومثاله : قوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصيةً لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج } فهذه الآية أفادت أن عدة المتوفى عنها زوجها سنة كاملة ، وقد كان هذا الحكم في أول الإسلام ، ثم ورد قوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً } فهذه الآية دلت على أن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرة أيام ، فتكون ناسخة - ضمناً - لحكم الآية الأولى ، لأنها نزلت بعدها .

وقت النسخ ، وما يجوز نسخه من الأحكام :

النسخ إنما يكون في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فقط ، فلا يجوز بعد وفاته .

لأن النسخ يكون بالوحي ولا وحي بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولأن النسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ ، كما سنذكر ..

ولا شيء في قوة الوحي إلا الوحي ، وقد انقطع بعد وفاة الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم . وعلى هذا لا يجوز بتاتاً نسخ شيء من أحكام الشريعة الإسلامية بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم .

أما الأحكام التي يجوز نسخها : فهي الأحكام الفرعية التي تقبل التبديل والتغيير .

أما الأحكام الأخرى فلا يجوز نسخها ، مثل الأحكام الأصلية : كأحكام العقائد ، مثل الإيمان بالله واليوم الآخر والحساب ، ومثل حرمة الشرك والظلم والزنى ، ومثل أمهات الفضائل والأخلاق كالعدل والصدق وبر الوالدين ، فهذه الأحكام لا يتصور

أن تكون في وقت أو حال أو ظرف على صفة تستدعي تبديلها أو تغييرها ، فهي ثابتة مهما تغيرت الظروف والأحوال والأزمان . وكذلك الأحكام الفرعية التي لحق بها ما جعلها مؤيدة لا يجوز نسخها مثل قوله صلى الله عليه وسلم: ((والجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة)) .

ما يجوز به النسخ :

القاعدة في النسخ : إن الدليل الناسخ يجب أن يكون في قوة الدليل المنسوخ ، أو أقوى منه ، وأن يرد بعده لا قبله . وعلى هذه القاعدة تفرعت عدة قواعد وترتبت عدة نتائج منها :

أولاً : نصوص القرآن يجوز نسخ بعضها ببعض ، لأنها في قوة واحدة .

ثانياً : يجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة وبالعكس ، لأن المتواتر من السنة كالقرآن في قطعية الثبوت ووحدة المصدر وهو الوحي .

ثالثاً : يجوز نسخ سنة الأحاد بمثلها ، أو بأقوى منها .

رابعاً : الإجماع لا يكون ناسخاً لنص من الكتاب أو السنة ، لأن النص إن كان قطعي الدلالة امتنع انعقاد الإجماع على خلافه ، وإن كان ظني الدلالة وانعقد الإجماع على خلافه ، كان معنى هذا وجود دليل آخر ترجح في نظر الفقهاء المجمعين على النص الظني الدلالة ، فيكون ذلك الدليل الذي ابتنى عليه الإجماع هو الناسخ لا الإجماع ذاته .

خامساً : لا يكون النص من الكتاب والسنة ناسخاً للإجماع ، لأن الناسخ يجب أن يكون متأخراً عن المنسوخ ، ونصوص الكتاب والسنة متقدمة على الإجماع ، إذ الإجماع كدليل شرعي لا يعتبر حجة إلا بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، كما قلنا من قبل .

سادساً : الإجماع المبني على نص من الكتاب أو السنة أو القياس لا يجوز نسخه بإجماع آخر . أما الإجماع المبني على المصلحة فإنه يجوز نسخه بإجماع آخر إذا تغيرت المصلحة ورئي أن تحقيق المصلحة يكون بالإجماع على حكم آخر .

سابعاً : لا يصلح القياس ناسخاً لنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، ولا منسوخاً بها ، لأن القياس لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الحكم في الكتاب أو السنة أو الإجماع ، كما إن من شروط القياس أن لا يخالف الثابت في واحد منها وإلا لم يصح اعتباره .

ثامناً : لا يصلح القياس ناسخاً لقياس آخر ، لأن القياس مبناه الرأي والاجتهاد ، وهو حجة بالنسبة إلى المجتهد الذي توصل إليه باجتهاده ، أما غيره من المجتهدين فلا يكون حجة بالنسبة إليهم .

لكن إذا كان القياسان صادراً عن مجتهد واحد، فإن التعارض بينهما يثبت إلا إنه لا يكون أحدهما ناسخاً للآخر، **لأن مبنى القياس:** الرأي والاجتهاد ، ولا مجال للرأي في نسخ الأحكام . وعلى المجتهد في هذه الحالة أن يبحث في ترجيح أحدهما على الآخر ، ويعمل بما يترجح في نظره ، كما في الاستحسان حيث يتجاذب المسألة قياسان فيرجح المجتهد أحدهما ، وغالباً ما يكون الراجح هو القياس الخفي لقوة علته وتأثيرها في الحكم ، وهذا ما يسمى بالاستحسان كما بينا من قبل .

المحاضرة الحادية عشر

التعارض والترجيح

التعارض والترجيح :

قلنا : إن الأدلة الشرعية لا تتعارض أبداً .

وإنما يقع التعارض بينهما في نظر المجتهد . ولهذا فهو تعارض ظاهري ، وبالنسبة للمجتهد ، وليس هو بتعارض حقيقي .

وهذا التعارض الظاهري يعني اقتضاء كل واحد من الدليلين المتعارضين في وقت واحد حكماً معيناً في الواقعة المعينة التي يبحث المجتهد في معرفة حكمها ، ويكون هذان لحكمان متعارضين إي مختلفين .

ويشترط لوقوع هذا التعارض الظاهري :

أن يكون الدليلان في قوة واحدة كآيتين من القرآن الكريم ، أو كحديثين من سنة الأحاد .
وهي هذه الحالة يبحث المجتهد عن تاريخ ورود النصين ، فإن علم تاريخها حكم بأن المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم .
مثال ذلك قوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصيةً لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج } وقوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً } .
أفادت الآية الأولى : أن عدة المرأة المتوفى زوجها سنة ، وكان هذا أول الإسلام .
وأفادت الآية الثانية : أن عدة المرأة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، وحيث أن هذه الآية متأخرة في النزول عن الأولى فتكون ناسخة لها ، ويكون حكمها هو الثابت .
ومثاله أيضاً : الآية : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً } .
وقوله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } .
- دلت الآية الأولى : على أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ، لا فرق بين حامل وغير حامل .
- ودلت الآية الثانية : على أن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها تنتهي بوضع الحمل .
وقد ذهب الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود ، إلى أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى ، فيكون ناسخاً لها بالنسبة للحامل ، فتعتد بوضع الحمل طالبت مدته أو قصرت .
وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، لجأ المجتهد إلى ترجيح أحد النصين على الآخر بطريق من طرق الترجيح الآتية :

أولاً: يرجح النص على الظاهر:

مثاله : قوله تعالى ، بعد أن بين المحرمات من النساء : { وأحل لكم ما وراء ذلكم } .
ظاهر الآية يدل على إباحة الزواج بأكثر من أربع زوجات من غير المحرمات من النساء .
ولكن هذا الظاهر عارضه قوله تعالى : { فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع }
فهذه الآية نص في التحريم نكاح ما زاد على الأربع ، فيرجح على ظاهر الآية الأولى ، ويحرم نكاح ما زاد على أربع زوجات .

ثانياً: يرجح المفسر على النص :

ومثاله : قول النبي صلى الله عليه وسلم : ((المستحاضة تتوضأ لكل صلاة)) نص في إيجاب الوضوء على المستحاضة لكل صلاة ولو في وقت واحد ، لأن هذا المعنى هو المتبادر فهمه ، والمقصود أصالة من سياق الحديث ولكنه يحتمل التأويل .
وقد عارضه قول النبي صلى الله عليه وسلم في الرواية الثانية لهذا الحديث وهي : ((المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة)) إي ليس عليها إلا وضوء واحد في وقت كل صلاة ولو وصلت في الوقت عدة صلوات . وهذا المعنى لا يحتمل التأويل فهو من المفسر فيرجح على الأول ويكون العمل بمقتضاه .

ثالثاً: يرجح المحكم على ما سواه من ظاهر أو نص أو مفسر :

ومن أمثلة ذلك : قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى } ، وقوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها } .

الآية الأولى : دلت بطريق العبارة على وجوب القصاص من القاتل .

والآية الثانية : دلت بطريق الإشارة على عدم الاقتصار من القاتل العمد .

لأنها جعلت جزاءه الخلود في جهنم ، وقصرت هذا الجزاء على القاتل العمد وهي تبين عقوبته ، وهذا يدل بطريق الإشارة على أنه لا تجب عليه عقوبة أخرى بناء على قاعدة معروفة هي : إن الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر. لكن رجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة ، ووجب القصاص من القاتل العمد.

خامساً: يرجح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته :

مثاله : قوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } .

وقوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها } .

يفهم من الآية الأولى بطريق العبارة : وجوب الكفارة على القتل الخطأ ، ويفهم منها أيضاً بطريق الدلالة : وجوب الكفارة على القاتل العمد أيضاً ، لأنه أولى من القاتل خطأ في وجوب الكفارة عليه لأن سبب الكفارة جنائية القتل وهي في العمد أشد وأفظع منها في الخطأ ، فكان وجوبها على العمد أولى من وجوبها على المخطئ .

وفهم من الآية الثانية بطريق الإشارة : على أن القاتل خطأ لا كفارة عليه في الدنيا ، لأن الآية قصرت جزاءه على الخلود في جهنم ، وهذا القصر في مقام البيان يفيد نفي أي جزاء آخر عليه .

وهذا المعنى يستفاد بالإشارة يتعارض مع المعنى المستفاد من الآية الأولى بطريق الدلالة ، فيكون بالإشارة أرجح من المفهوم بالدلالة ، ويكون الحكم عدم وجوب الكفارة على القاتل عمداً .

سادساً: ترجح دلالة المنطوق على دلالة المفهوم عند التعارض :

مثاله :

قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة } فإذا اعتبرنا فيها مفهوم المخالفة فإنه يعارض

قوله تعالى : { وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون } لأنه يفيد بمنطوقه حرمة الربا وإن قل فيقدم الأول .

الجمع والتوفيق :

وإذا تعددت معرفة الناسخ ، وانعدمت طرق الترجيح التي ذكرناها ، وكان النصان في قوة واحدة ، كما ذكرنا ، فإن المجتهد يلجأ إلى الجمع والتوفيق بين النصين . ومن الأمثلة على ذلك :

أ – قوله تعالى : { كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين } وقوله تعالى : { يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثاً ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين أباًؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله إن الله كان عليماً حكيماً } .

أوجبت الآية الأولى : الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف .

وأفادت الآية الثانية : أن الله سبحانه وتعالى عين نصيب الوالدين والأولاد والأقربين ولم يترك ذلك لمشيئة المورث .

فالآيتان متعارضتان ، لكن يمكن التوفيق بينهما بأن تحمل الآية الأولى على وجوب الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمنع كاختلاف الدين ، وتحمل الآية الثانية على الوارثين المذكورين فيها .

ب- قوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً } .

وقوله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الآية الثانية لم تنسخ الآية الأولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها ، وعلى هذا وفق هؤلاء الفقهاء بين الآتين وقالوا : تعتد الحامل المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين ، **بمعنى** : أنها إذا وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر وعشراً من حين وفاة زوجها أتمت العدة أربعة أشهر وعشراً وإن مضت هذه المدة ولم تلد استمرت في العدة إلى حين وضع الحمل .

- ومن طرق الجمع والتوفيق – إذا كان أحد النصين عاماً والآخر خاصاً ، أو كان إحداهما مطلقاً والثاني مقيداً - تخصيص العام بالخاص فيعمل الخاص فيما ورد فيه ويعمل بالعام فيما وراء ذلك .

ويحمل المطلق على المقيد ، أو يعمل بالمقيد في موضعه والمطلق فيما عداه على النحو الذي بيناه في أبحاث العام والخاص والمطلق والمقيد ، وقد ذكرنا هناك الأمثلة على ذلك .
- ومن طريق التوفيق تأويل أحد النصين على نحو لا يعارض النص الآخر .

الترجيح بقوة الدليل :

وإذا اختلفت في القوة ، فالترجيح يجري بناء على قوة الدليل ، وإن كان هذا الترجيح في الحقيقة لا يكون ترجيحاً بين متعارضين ، لأن التعارض لا يكون بين أدلة مختلفة في القوة بل بين متساوية في القوة ، كما أشرنا إلى هذا في أول هذا المبحث **فمن طرق هذا الترجيح :**

- أ - يرجح نص الكتاب أو السنة الصحيحة على القياس ، لأن القياس دليل ظني ولا يعمل به في موضع النص .
- ب - ويرجح الإجماع على مقتضى القياس ، لأن الإجماع قطعي والقياس ظني ، ولا يقوى الظني على معارضة القطعي .
- ج - يرجح الحديث المتواتر على الحديث الأحاد .
- د - يرجح حديث الأحاد الذي يرويه العدل الفقيه على حديث الأحاد الذي يرويه العدل غير الفقيه .
- ر - إذا تعارض قياسان عمل بالأقوى كأن تكون علة أحدهما منصوباً عليها ، وهذا هو الأقوى ، وعلة الآخر مستنبطة . أو تكون علة الأول أقوى تأثيراً أو أكثر مناسبة للحكم من علة الآخر فيرجح الأول .

العدول عن الدليلين المتعارضين :

وإذا انعدم كل طريق من طرق دفع التعارض أو الترجيح ، عدل المجتهد عن الاستدلال بأحد الدليلين وانتقل إلى البحث عن دليل آخر أقل منهما في المرتبة ، كما لو تعارض نصان ولم يمكن الترجيح ، انتقل المجتهد إلى القياس

المحاضرة الثانية عشر

الاجتهاد

تعريف الاجتهاد :

الاجتهاد في اللغة : بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال .
وفي اصطلاح الأصوليين : بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط . ومن هذا التعريف الاصطلاحي للاجتهاد يتبين ما يأتي :

- أولاً** ◀ أن يبذل المجتهد وسعه ، أي يستفرغ غاية جهده بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه .
- ثانياً** ◀ أن يكون الباذل جهده مجتهداً ، أما غيره فلا عبء بما يبذله من جهد ، لأنه ليس من أهل الاجتهاد ، والاجتهاد إنما يكون مقبولاً إذا صدر من أهله .
- ثالثاً** ◀ وأن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها ، فلا يكون الجهد المبذول للتعرف على الأحكام اللغوية أو العقلية أو الحسية من نوع الاجتهاد الاصطلاحي عند الأصوليين .
- رابعاً** ◀ يشترط في التعرف على الأحكام الشرعية أن يكون بطريق الاستنباط ، أي نيلها واستفادتها من أدلتها بالنظر والبحث فيها . فيخرج بهذا القيد حفظ المسائل ، أو استعلامها من المفتي ، أو بإدراكها من كتب العلم ، فلا يسمى شيء من ذلك اجتهاداً في الاصطلاح .

المجتهد :

- ومن تعريف الاجتهاد يعرف المقصود بالمجتهد : فهو من قامت فيه ملكة الاجتهاد ، أي القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، وهو الفقيه عند الأصوليين .

فلا يعتبر الشخص مجتهداً ولا فقيهاً إذا عرف الأحكام الشرعية بطريق الحفظ والتلقين ، أو بتلقيها من الكتب أو من أفواه العلماء بلا بحث ولا نظر ولا استنباط .

- والقدرة على الاجتهاد إنما تكون بتوافر شروط الاجتهاد التي بها يكون الشخص مجتهداً .

شروط الاجتهاد :

أولاً ◀ معرفة اللغة العربية :

على المجتهد أن يعرف اللغة العربية على وجه يتمكن به من فهم خطاب العرب ، ومعاني مفردات كلامهم وأساليبهم في التعبير ، وإما بالسليقة وإما بالتعلم بأن يتعلم علوم اللغة العربية من نحو وصرف وبلاغة وأدب ومعان وبيان ، وإنما كان تعلم اللغة العربية على هذا الوجه ضرورياً للمجتهد ، لأن نصوص الشريعة وردت بلسان العرب فلا يمكن فهمها واستفادة الأحكام منها إلا بمعرفة اللسان العربي على نحو جيد .

لا سيما وان نصوص الكتاب والسنة وردت في غاية البلاغة والفصاحة والبيان ، فلا يمكن فهمها حق الفهم وتذوق معانيها وإدراك ما تدل عليه إلا بمعرفة اللغة العربية والإحاطة بأساليبها في التعبير وأسرارها البلاغية والبيانية ، وما تومئ إليه كلماتها وعباراتها .. وبقدر تضلع المجتهد في معرفة اللسان العربي تكون قدرته على فهم النصوص وإدراك معانيها القريبة والبعيدة .. ولكن لا يشترط في المجتهد أن يعرف اللغة معرفة أئمتها والمشهورين فيها ، وإنما يكفيها منها القدر اللازم لفهم النصوص الشرعية فهماً سليماً ، ويمكنه من معرفة المراد منها .

ثانياً ◀ معرفة الكتاب :

ومن شروط الاجتهاد التي تلزم المجتهد معرفة الكتاب ، إذ هو أصل الأصول ومرجع كل دليل ، فلا بد للمجتهد أن يعرف آياته جميعاً معرفة إجمالية ، ويعرف آيات الأحكام فيه معرفة تفصيلية ، لأن من هذه الآيات تستنبط الأحكام الشرعية العملية ، وقد قدرها بعض العلماء بخمس مئة آية . والحق : إن آيات الأحكام غير محصورة بهذا العدد ، إذ يمكن بالنظر الدقيق والتأمل العميق والإدراك الجيد استنباط الأحكام من الآيات الأخرى حتى لو كانت في القصص والأمثال . وعلى كل حال فلا يلزم المجتهد حفظ آيات الأحكام بل يكفيها أن يعرف موضعها من الكتاب حتى يسهل عليه الرجوع إليها وقت الحاجة .

وقد اعتنى العلماء بجمع هذا الآيات وشرحها وبيان الأحكام التي تدل عليها وصنفوا في هذا الموضوع مصنفات كثيرة مثل كتاب

:

- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص المتوفى ٣٧٠ هـ .

- وكتاب أحكام القرآن الكريم لأبي بكر ابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ .

- كما ان بعض المفسرين للقرآن الكريم اعتنوا بتفسير آيات الأحكام عناية خاصة ، فوقفوا عندها وقفة طويلة ، وبينوا الأحكام التي تستفاد من هذه الآيات ، وأقوال الفقهاء فيها ، ومن هذه التفاسير تفسير القرطبي المتوفى سنة ٧٦١ هـ الذي سماه ((الجامع لأحكام القرآن)) وتفسير الطبرسي من فقهاء القرن السادس الهجري وقد سماه ((مجمع البيان في تفسير القرآن)) .

فهذه الكتب ونحوها تسهّل على المجتهد في الوقت الحاضر الرجوع إلى آيات الأحكام وإدراك ما تدل عليه من معان وأحكام .

- ومن معرفة الكتاب ، المعرفة بالناسخ والمنسوخ من آيات القرآن الكريم ، وهذا النوع وإن كان قليلاً إلا أن معرفته لازمة للمجتهد ، ومن الكتب المؤلفة في هذا الباب كتاب ((الناسخ والمنسوخ)) للإمام أبي جعفر محمد ابن أحمد المشهور بالنحاس ، والمتوفى سنة ٣٣٨ هـ .

وعلى المجتهد ، فضلاً عما ذكر ، أن يعرف أسباب نزول الآيات المتعلقة بالأحكام ، لأن هذه المعرفة تعينه كثيراً على فهم المراد من الآية .

ثالثاً ◀ معرفة السنة :

بأن يعرف المجتهد صحيحها من ضعيفها ، وحال روايتها ، ومدى عدالتهم وضبطهم وورعهم وفقههم ، ويعرف متواتر السنة من مشهورها وأحاديثها ، وأن يفهم معاني الأحاديث وأسباب ورودها ، ويعرف درجات الأحاديث في الصحة والقوة وقواعد الترجيح فيما بينها ، والناسخ والمنسوخ منها . ولا يشترط أن يعرف جميع الأحاديث بل يكفي أن يعرف منها أحاديث الأحكام . ولا يشترط في معرفة هذه الأحاديث أن يحفظها عن ظهر قلب ، بل يكفي أن تكون عنده كتب السنة الصحيحة ويعرف مواضع أحاديث الأحكام فيها ، كما يكفي أن تكون عنده كتب الجرح والتعديل لأئمة الحديث حتى يعرف حالة الرواة .

وإنما قلنا : يكفي ما ذكرنا ، لأن الوصول إلى معرفة السنة على الوجه الذي ذكرناه من قبل المجتهد نفيه أصبح من الأمور العسيرة في الوقت الحاضر ، فلا بد من الاعتماد والتعويل على علماء الحديث وأئمتهم . وقد اعتنى العلماء بجمع أحاديث الأحكام ، وصنفوا فيها المصنفات ، ورتبوها حسب أبواب الفقه ، وشرحوها الشروح المختصرة والمطولة ، وبينوا ما فيها من أحكام ومقارنتها بمذاهب فقهاء الأمصار ، وتكلموا عن أسانيدهم ، مما سهل على المجتهد الوصول إلى أحاديث الأحكام ، والتعرف على معانيها وأحكامها ، ومن هذه الكتب ((نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار)) للشيخ محمد بن علي الشوكاني فضلاً عن كتب السنة الصحيحة وشرحها التي لم تقتصر على أحاديث الأحكام .

رابعاً ◀ المعرفة بأصول الفقه :

علم أصول الفقه ضروري لكل مجتهد وفقهه ، كما ذكرنا في المقدمة ، إذ بهذا العلم يعرف المجتهد أدلة الشرع وترتيبها في الرجوع إليها وطرق استنباط الأحكام منها ، وأوجه دلالات الألفاظ على معانيها وقوة هذه الدلالات ، وما يقدم منها وما يؤخر ، وقواعد الترجيح بين الأدلة إلى غير ذلك مما يبحثه علم أصول الفقه . وقد ألف العلماء قديماً وحديثاً المصنفات الكثيرة في هذا العلم مما جعل من الميسور على العلماء الوقوف على أبحاثه وقواعده .

خامساً ◀ المعرفة بمواضع الإجماع :

وعلى المجتهد أن يعرف مواضع الإجماع حتى يكون على بينة منها ، فلا يخالفها في المسائل التي يتصدى لبحثها والاجتهاد فيها .

سادساً ◀ مقاصد الشريعة :

ومن شروط الاجتهاد معرفة مقاصد الشريعة وعلل الأحكام ومصالح الناس ، حتى يمكن استنباط الأحكام التي لم تنص عليها الشريعة ، بطريق القياس ، أو بناء على المصلحة وعادات الناس التي ألفوها في معاملاتهم وتحقق لم مصالحهم ، ولهذا كان من لوازم مراعاة مصالح الناس واستنباط الأحكام بناء عليها : الإحاطة بأعراف وعادات الناس ، لأن مراعاتها مراعاة لمصالحهم المشروعة .

سابعاً ◀ الاستعداد الفطري للاجتهاد :

وهناك شرط ، وهو في رأينا ، شرط ضروري وإن لم ينص عليه الأصوليون صراحة ، وهو أن يكون عند العالم استعداد فطري للاجتهاد ، بأن تكون له عقلية فقهية مع لطافة إدراك ، وصفاء ذهن ، ونفاذ بصيره ، وحسن فهم ، وحدة ذكاء . إذ بدون هذا الاستعداد الفطري لا يستطيع الشخص أن يكون مجتهداً وإن تعلم آلة الاجتهاد التي ذكرناها في شروطه ، لأنها إذا لم تصادف استعداداً فطرياً للاجتهاد لا تجعل الشخص مجتهداً .

وليس في قولنا هذا غرابة ، فإن تعلم الإنسان اللغة العربية وعلومها وأوزان الشعر لا تجعله شاعراً إذا لم يكن عنده استعداد فطري للشعر .

فكذلك الحال في الاجتهاد .. ونوابغ المجتهدين ما كانوا أكثر من غيرهم معرفة بعلوم الاجتهاد ووسائله وآلاته ، وإنما كانوا أكثر من غيرهم في القابلية على الاجتهاد وفي الاستعداد الفطري له .

المحاضرة الثالثة عشر

تابع .. الاجتهاد

ما يجوز الاجتهاد فيه ، وما لا يجوز : ليست الأحكام الشرعية كلها تصلح أن تكون محل اجتهاد ، ولهذا قال بعض علماء الأصول : (المجتهد فيه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي) ، أي إن الأحكام الشرعية التي فيها أدلة قطعية لا تحتل الاجتهاد والاختلاف ،

مثل : **وجوب الصلاة ، والصيام ، وحرمة الزنى** ، ونحو ذلك مما وردت فيه نصوص قطعية ، شاع أمرها ، وعرفها الجاهل والعالم على حد سواء ، ولم يعذر أحد بجهلها .

- أما الأحكام التي لم ترد فيها نصوص قطعية ، وإنما وردت فيها نصوص ظنية الثبوت أو الدلالة ، فهي التي يجري فيها الاجتهاد .

فإذا كانت نصوصاً ظنية الثبوت ، وهذه تكون في السنة ، بحث المجتهد عن مدى ثبوت النص ومقدار صحته سنده وقوته والوثوق برواته والركون إليهم ، ونحو ذلك مما يقضيه البحث والنظر . والمجتهدون يختلفون في هذه المسائل اختلافاً كبيراً ، فقد يثبت هذا الحديث عند مجتهد ولا يثبت عند مجتهد آخر فلا يعمل به .

أما الأحكام الظنية الدلالة ، فإن الاجتهاد فيها ينصب على كشف المعنى المراد منها ، بالتعرف على قوة دلالة اللفظ على المعنى وترجيح دلالة على أخرى ، والفقهاء يختلفون في هذه الأمور ، وإن كانوا يتفقون على الموازين العامة والقواعد الضابطة لدلالات الألفاظ وترجيح بعضها على بعض .

بل أنهم قد يختلفون في بعض هذه الموازين فيكون اختلافهم في الاستنباط واسعاً ، كما في اختلافهم في موجب الأمر والنهي ، وفي دلالة العام على أفراده أي قطعية أم ظنية ، والمطلق وعلاقته بالمقيد وغير ذلك مما أشرنا إلى بعضه في مواضعه .

- ويجري الاجتهاد أيضاً في المسائل التي لم يرد نص من الشارع بشأنها ، فيضطر المجتهد إلى اللجوء إلى دلائل الشريعة الأخرى من قياس وغيره ، ولا شك أن أنظار المجتهدين يختلف في مدى صحة هذه الأدلة وفي كيفية الاستنباط منها وفي الأحكام المستنبطة بناء عليها .

الاجتهاد لا يقيد بالزمان والمكان :

الاجتهاد لا يقيد بزمان ولا مكان ، بمعنى : أنه ليس مخصوصاً بوقت دون وقت ولا بمكان دون مكان ، لأن مبناه توافر شروطه في الشخص ، وهذا أمر ممكن في كل عصر ، فلا يجوز قصره على زمان دون زمان ، فإن فضل الله واسع غير محصور بالمتقدمين دون المتأخرين ، وقد نص أهل العلم على أنه لا يجوز أن يخلو زمان من مجتهد قائم يبين للناس ما نزل ربهم إليهم وبلغه سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .

وما أفتى به بعض العلماء من القول بسد باب الاجتهاد كان مبعثه الحرص على الشريعة من عبث الجهال أدياء الاجتهاد ، وينصرف قولهم إلى هؤلاء دون أهل العلم وأرباب الاجتهاد .

وعلى هذا فالاجتهاد باقٍ إلى يوم القيامة ، ومباح للجميع ، بشرط أن تكمل في الشخص أدوات الاجتهاد وشروطه ، فلا يرقى إلى هذه المرتبة وهذا المنصب الشريف إلا أهله وهم أهل الاجتهاد حقاً ، فليس الاجتهاد إذن ، حكراً على طائفة معينة ، أو سلالة معينة ، أو بلد معين ، أو عصر دون عصر ، وإنما هو مباح لجميع الخلق بشروطه ، لأن شرع الله لجميع البشر وعلمهم أن يتدبروا ويفهموا أحكامه ، قال تعالى : { أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها } [طه : ١١٤] .

حكم الاجتهاد :

الاجتهاد واجب على من كان أهلاً له بأن قامت فيه ملكة الاجتهاد وتهيأت له أسبابه ووسائله . وعلى المجتهد أن يصل إلى الحكم الشرعي بطريق النظر والبحث في الأدلة وما يؤدي إليه اجتهاده هو الحكم الشرعي في حقه ، الواجب اتباعه ، فلا يجوز له تركه تقليداً لغيره .

وهو إن أصاب في اجتهاده فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد ، وبهذا جاء الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم إذ يقول: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد) .

تغير الاجتهاد ونقضه :

الاجتهاد مبناه النظر واستفراغ الوسع والطاقة للوصول إلى الحكم الشرعي ، فإذا بحث المجتهد في مسألة ، وأمعن النظر فيها ، وبذل غاية جهده حتى توصل إلى حكم في المسألة ، وكان هذا الحكم هو الواجب في حقه ، وهو الذي يفتي به ، ولكن إذا تغير اجتهاده في هذه المسألة ذاتها فعليه أن يعمل بمقتضى اجتهاده الجديد ، ويفتي به ويترك قوله الأول .

وإذا كان المجتهد حاكماً وقضى في مسألة بحكم معين حسب اجتهاده ، فلا يجوز لحاكم آخر نقض هذا الاجتهاد .

لأن القاعدة : إن الاجتهاد لا ينقض بمثله ، ولكن لو عرضت مسألة أخرى مثل الأولى على الحاكم نفسه ، وبدا له رأي جديد في هذه المسألة ، فإن عليه أن يحكم باجتهاده الجديد ،

- أما ما حكم به أولاً فلا ينتقض بل يمضي ، وهذا يعني أن السوابق القضائية لا تفيد القاضي المسلم ، وعلى هذا دل عمل القضاة في الإسلام .

من ذلك : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المسألة الحجرية في الميراث بعدم توريث أولاد الأبوين مع الأولاد لأم ، فاعترض عليه أصحاب القضية الأولى ، فقال : ذلك ما قضينا وهذا على ما نقضي .

- أما إذا كان الاجتهاد مخالفاً للنص القطعي ، فإنه ينقض ولا عبرة به ، إذ ليس هو في الحقيقة اجتهاداً .

تجزؤ الاجتهاد :

معنى تجزؤ الاجتهاد : هو كون العالم مجتهداً في مسألة دون غيرها ، أي أن يكون قادراً على الاجتهاد في بعض المسائل دون البعض ، نظراً لتوافر وسائل الاجتهاد له في هذه المسائل .

كمن أحاط بجميع أدلة الميراث ونصوصه وما ورد فيه ، السنة ومن أقوال العلماء .

❖ فإن له أن يجتهد في هذه المسائل ، وإن كان غير قادراً على الاجتهاد في غيرها ، لعدم توافر وسائل الاجتهاد عنده فيها .

❖ ذهب بعض العلماء إلى منع تجزؤ الاجتهاد .

والقول الأول هو الراجح ، وتدلل عليه سير المجتهدين القدامى ، فقد كان أحدهم يسأل عن مسائل كثيرة فلا يجيب إلا عن بعضها ، ويتوقف عن الباقي ويقول : لا أدري .

المحاضرة الرابعة عشر

التقليد

تعريف التقليد :

التقليد في اللغة : مأخوذ من القلادة التي يقلد الإنسان غيره بها .

وفي الاصطلاح :

- **قال الغزالي :** ((هو قبول قول بلا حجة)) .

- **وقال غيره :** ((التقليد هو العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج بلا حجة))

- **وقال آخرون في معناه :** إنه ((قبول قول القائل وأنت لا تعلم من أين قاله)) .

ويخلص لنا من هذه التعاريف : إن التقليد يعني أخذ رأي الغير بلا معرفة دليله ولا قوته ، كمن يرى جواز فسخ النكاح للعييب ، لأن المجتهد الفلاني قال هذا القول دون أن يعرف دليله ، وقوة هذا الدليل .

حكم التقليد :

الأصل في الشريعة ذم التقليد ، لأنه إتباع بلا دليل ولا برهان ، فضلاً عما يؤدي إليه من تعصب ذميم بين جموع المقلدين .
وقد اختلف العلماء في جواز التقليد في الأحكام الشرعية العملية :
- فذهب جمع إلى عدم الجواز مطلقاً ، وأوجبوا على المكلف الاجتهاد وتعلم وسائله وأدواته .
- وقال آخرون بالجواز مطلقاً للقادر على الاجتهاد والعاجز عنه .
- وذهب البعض إلى التفصيل : الجواز في حق العاجز ، والتحریم في حق المجتهد القادر ، وهذا القول هو الراجح .
وقد أكثر الناس الكلام في مسألة التقليد دفاعاً عنه وهجوماً عليه ، واشتدت اللجاجة والخصومة بين الفريقين .
والذي أراه : أن المسألة واضحة هينة لا ينبغي أن تكون مثار جدل وكلام طويل ، ذلك أن المطلوب من كل مكلف هو طاعة الله ورسوله ، وعلى هذا دلت النصوص الكثيرة الصريحة . من ذلك :
قوله تعالى { وأطيعوا الله والرسول لعلكم ترحمون } [آل عمران : ١٣٢]
{ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا } [الحشر : ٧]
{ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً } [النساء : ٦٥]
{ واتبعوا ما انزل إليكم من ربكم } [الأعراف : ٣] .

فالواجب إذن ، على كل مكلف ، بلا استثناء ، طاعة الله ورسوله ، وهذا الواجب يستلزم حتماً معرفة ما شرعه الله جل جلاله في القرآن ، أو على لسان رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم .
ومعرفة ما شرعه الله إنما تكون بالرجوع إلى نصوص القرآن والسنة واستفادة الأحكام منها بعد فهمها ومعرفة المراد منها .
فإن لم يجد المكلف الحكم صريحاً في هذه النصوص يتحول إلى الاجتهاد كما أمر الشرع ، فيجتهد في نطاق الشريعة وفي ضوء مبادئها العامة وفي ظل مقاصدها ومعانيها . هذا هو السبيل القويم للتعرف على الأحكام
ولا شك أن سلوك هذا السبيل يستلزم قدراً معيناً من المعرفة والإدراك ، يقل ويكثر حسب حال الشخص وعلمه حتى يصل إلى الحد الذي يؤهله لمنصب الاجتهاد الرفيع ..

فإذا عجز المكلف عن معرفة الأحكام بهذا الطريق فإن عليه أن يعمل ، كما أمره الله ، فيسأل أهل العلم عن حكم الله في الواقعة التي يريد معرفة حكمها ، قال تعالى : { فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون } ولا يلزمه أن يسأل عالماً معيناً ، ولا يتقيد بواحد بعينه ، لأن الله لم يلزمه بهذا ، ولا التزام بلا إلزام شرعي ، والآية الكريمة أمرته بسؤال (أهل العلم) لا عالماً معيناً ، وإنما عليه أن يتخير الأعلام الأفضل الأعدل الأورع حسب ما يشيع ويشتهر وهذا هو الذي يقدر عليه و { لا يكلف الله نفساً إلا وسعها } .

هذا نراه في مسألة الاجتهاد والتقليد ، وهو ما تدل عليه نصوص القرآن ، وسار عليه السلف الصالح ، فقد كان المجتهد يتعرف على الأحكام بطريق الاستنباط والاجتهاد . وكان العامي يسأل المجتهدين عن أحكام الشرع ولا يتقيد بسؤال واحد بعينه لا يسأل غيره .

تقليد المذاهب :

المذاهب الإسلامية ، مدارس فقهية ، عرفت بأسماء مؤسسيها ، وهم مجتهدون عظام ، مشهود لهم بالعلم والاجتهاد والصلاح والتقوى . ومن هذه المذاهب ما اندرس وعفت آثاره بموت أصحابه ، ولم تبق من آرائه وأقواله إلا ما نجده في كتب الخلاف .
ومن هذه المذاهب المندرسه مذهب الأوزاعي وسفيان الثوري وغيرهما . ومن المذاهب ما بقي حتى الآن وله أتباع ومؤلفات تحكي أقوال فقهاءه .

فهل يسوغ تقليد هذه المذاهب أم لا ؟

قلنا : إن المجتهد عليه أن يتعرف على الأحكام من منابعها الأصلية عن طريق النظر والاجتهاد ولا يجوز له التقليد .
أما العاجز عن الاجتهاد ، فقد قلنا : إن عليه أن يسأل أهل العلم ، وسؤال أهل العلم قد يكون مشافهة ، وقد يكون بالرجوع إلى أقوالهم المدونة في الكتب الموثوق بها التي تحكي أقوالهم وتنقلها نقلاً صحيحاً .

وعلى هذا يسوغ للعالمي أن يتبع مذهباً معيناً من المذاهب المعروفة والقائمة حتى الآن والمنقولة إلينا نقلاً صحيحاً على أن نستحضر في أذهاننا ما يأتي :

أولاً : إن المذاهب الإسلامية مدارس فقهية لتفسير نصوص الشريعة واستنباط الأحكام منها ، فهي مناهج فقهية في الاستنباط والتعرف على الأحكام ، وليست هي شرعاً جديداً ، ولا شيئاً آخر غير الإسلام .

ثانياً : إن الشريعة الإسلامية – وهي نصوص القرآن والسنة فقط – أكبر وأوسع من أي مذهب ، وليس أي مذهب أكبر ولا أوسع منها .

ثالثاً : إن الشريعة الإسلامية حجة على كل المذاهب ، وليس أي مذهب حجة على الشريعة الإسلامية .

رابعاً : إن المسوغ لاتباع هذه المذاهب هو أنها مظنة تعريف متبعمها بأحكام التشريعية ، أي إنها مظنة تعريفنا بحكم الله المنزل في القرآن أو في السنة ، فإذا تبين أن المذهب الفلاني أخطأ في هذا المسألة وأن الصواب فيها عند غيره ، وظهر هذا الصواب ظهوراً كافياً فعلى متبع المذهب أن يتحول عن مذهبه في هذه المسألة إلى القول بالصواب .

خامساً : يجوز لمتبع مذهب معين أن يتبع غيره في بعض المسائل ، إذ لا إلزام عليه بالتقليد بجميع اجتهادات هذا المذهب . على أن يكون ذلك منه عن دليل دعاه إلى هذا التحول عن مذهبه إلى مذهب آخر في هذه المسائل . كما له أن يسأل أي فقيه من غير مذهبه عن حكم الشرع في مسألة من المسائل ، ويعمل بما يفتيه به .

سادساً : على المقلد أن يطهر نفسه من التعصب الذميمة للمذهب ، فليست المذاهب تجزئة للإسلام ، وليست هي أدياناً ناسخة للإسلام ، وإنما هي وجوه في تفسير الشريعة وفهمها ، ومنافذ تطل عليها ، ومناهج في البحث والدراسة والفهم ، وأساليب علمية في الاستنباط ، وكلها تريد الوصول إلى معرفة ما نزل الله وما شرّعه .

سابعاً : لا تضيق أبداً باختلاف المذاهب ، لأن الاختلاف في الفهم والاستنباط أمر طبيعي بديهي ، لأنه من لوازم العقل البشري ، فإن العقول والمدارك والأفهام مختلفة قطعاً ، فتختلف في الاستنباط والفهم حتماً ، بل إننا نعتز بهذا الاختلاف العلمي الفقهي الذي خلف لنا ثروة فقهية عظيمة ، ونعتبره من دلائل نمو الفقه وحياته ، ودلائل سعة تفكير فقهاءنا العظام وقيامهم بواجبهم نحو خدمة الشريعة الإسلامية الغراء .

ثامناً : وأخيراً فعلينا أن نعرف أقدار المجتهدين في هذه المذاهب المختلفة ونجلهم ونحترمهم ونتأدب معهم وندعو لهم ، ونعتقد أنهم مأجورون إذا أصابوا أو أخطأوا ،

ونقول كما علمنا الله جل جلاله : { والذين جاؤوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم } .

هذا الملخص وجدته ولم

يدون عليه أسم قمت بتنسيقه فقط فدعواتكم لنا