

الفصل الخامس

الدليل الخامس

الاستحسان

٢٠٦ - تعريف الاستحسان:

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

وفي الاصطلاح، عرف بتعاريف كثيرة^(١)، منها ما قاله البزدوي:
«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 إيثار ترك مقتضى الدليل عن

(١) «روضة الناظر وجنة المناظر» ج ١ ص ٤٠٧ وما بعدها، الأمدي ج ٤ ص ٢٠٩ وما بعدها، «كشف الأسرار» ج ٤ ص ١١٣٢، «السودة» ص ٤٥٥.

طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته» .

وعرفه بعض الحنابلة بقوله : «الاستحسان : هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص» .

٢٠٧ - ويستفاد من مجموع هذه التعاريف أن المقصود بالاستحسان هو رد العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي ، أو استثناء مسألة جزئية من أصلي كي ، لدليل تظمن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدل .
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 (١) ؛ 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 .

٢٠٨ - الأمثلة :

١ - الحكم المقرر في الفقه الحنفي أن الحقوق الارتفاقية ، كحق الشرب والمسيل والمرور للأرض الزراعية ، لا تدخل في عقد البيع دون النص عليها ، فهل يثبت

(١) ويسمى الخفية أيضاً القياس الخفي المقابل للقياس الجلي بالاستحسان ، ويعملون ذلك بأنه أقوى من القياس الظاهر ، فيكون الأخذ به مستحسناً . انظر «التوضيح» ج ٢ ص ٨٢ ، و«كشف الأسرار» ج ٤ ص ١١٢٣ .

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 يتجاوزها 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 للأرض بدون ذكرها والنص عليها ، كما هو الحكم في البيع . والقياس الثاني ، أي قياسها بالإجارة ، مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف ، يفيد ملك الانتفاع بالعين ولا يفيد تملك رقبتهما ، وهذا قياس 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 المجتهد 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 يتأتى 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 تقضي 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 السفه ، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة .

٢٠٩ - 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 مستنده ، أي دليله ، أو ما يعبر عنه في الكتب الفقهية بوجه الاستحسان ، فيتنوع إلى الأنواع التالية :

٢١٠ - 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 ببطلان بيع المعدوم ، ولكن استثني السلم : وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد ، بنص خاص وهو ما روي عن النبي ﷺ 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 ثلاثة أيام ، استثناء من الأصل الكلي في العقود القاضي بلزومها .

٢١١ - ثانياً : الاستحسان بالإجماع :

كعقد الاستصناع ، فهو جائز استحساناً ، والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم ، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة ، ووجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعاً . ومثله أيضاً : دخول الحمامات بأجر معلوم ، فالقاعدة العامة تقضي بفساده لجهالة ما يستهلكه الداخل من الماء ، وجهالة المدة التي يمكثها في الحمام ، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحساناً لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعاً للحرص عن الناس فكان إجماعاً .

٢١٢ - ثالثاً : استحسان سنده العرف :

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 .

٢١٣ - رابعاً : استحسان بالضرورة :

ومثاله 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 .

٢١٤ - خامساً : استحسان بالمصلحة :

ومثاله : 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 .

٢١٥ - سادساً : استحسان بالقياس الخفي :

وقد مثلنا له بوقف الأرض الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية . ومثاله أيضاً : الحكم بطهارة سؤر سباع الطير . فالقياس الجلي - وهو قياسه على سؤر سباع البهائم - يقضي بنجاسته ، ولكن قالوا بطهارته اعتباراً بقياسه على سؤر الأدمي ، لأنها تشرب بمناقيرها وهي عظام طاهرة ، وهذا قياس خفي ، فكان الحكم به استحساناً^(١) .

٢١٦ - 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 »^(٢) .

(١) البعض يجعل هذا المثال من أمثلة الاستحسان بالضرورة ، وله وجه قوي .

(٢) الأمدي ج ٤ ص ٢٠٩ .

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 للتزاع » (١) .
ومع هذا فنحن نؤثر أن نسمي الحكم الثابت استحساناً بالنص حكماً ثابتاً بالنص لا بالاستحسان ، ولكن الحنفية اصطلاحوا على تسميته استحساناً ولا مشاحة في الاصطلاح . .

(١) « التلويح على التوضيح » ج ٢ ص ٨١

الفصل السادس

الدليل السادس

المصلحة المرسله

٢١٧ - تعريف المصلحة المرسله :

المصلحة : هي جلب المنفعة ودفع المضره ، أي المفسده(١) . فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة ، وجانب سلبي هو دفع المفسده . وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط فيقرن معها درء المفسده ، كما في قول الفقهاء : «دفع المفسده مقدم على جلب المصلحة»(٢) .

٢١٨ - والمصالح منها ما شهد الشارع له بالاعتبار ، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء ، ومنها ما سكت عنه . فالأولى : هي المصالح المعتبرة ، والثانية : هي المصالح الملغاة ، والثالثة : هي المصالح المرسله .

٢١٩ - المصالح المعتبرة :

وهي ما اعتبرها الشارع بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها : كحفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والعرض ، والمال ؛ فقد شرع الشارع الجهاد لحفظ الدين ، والقصاص لحفظ النفس ، وحد الشرب لحفظ العقل ، وحد الزنى والقذف لحفظ العرض ، وحد السرقة لحفظ المال .

وعلى أساس هذه المصالح المعتبرة وربطها بعلمها وجوداً وعدمياً جاء دليل

(١) «المستصفى» ج ٢ ص ١٣٩ .

(٢) «المصلحة في التشريع الاسلامي» للاستاذ مصطفى زيد ص ٢٠ .

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

٢٢٠ - المصالح الملقاة :

وبجانب المصالح المعتبرة توجد مصالح متوهمة غير حقيقية أو مرجوحة ، أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرعه من أحكام تدل على عدم اعتبارها ، وهذه هي المصالح الملقاة .

ومن أمثلة هذا النوع من المصالح مصلحة الأنثى في مساواتها لأخيها في الميراث ، فقد ألغاهما الشارع بدليل قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ﴾ [النساء : ١١] . ومثل مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا ، فقد ألغاهما الشارع بما نص عليه من حرمة الربا ، قال تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فلا يصلح الربا طريقاً لاستثمار المال أو زيادته . 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 يضح بناء الأحكام عليها .

٢٢١ - المصالح المرسلة :

وبجانب المصالح المعتبرة والمصالح الملقاة توجد مصالح لم ينص الشارع على إلغائها ولا على اعتبارها . . وهذه هي المصالح المرسلة عند الأصوليين ؛ فهي مصلحة : لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً . . وهي مرسلة : 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 . . مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن ، وتدوين الدواوين ، وتضمين الصناعات ، وقتل الجماعة بالواحد .

٢٢٢ - حجية المصالح :

لا خلاف بين العلماء في أن العبادات لا يجرى فيها العمل بالمصالح المرسلة، لأن أمور العبادة سبيلها التوقيف، فلا مجال فيها للاجتهاد والرأي، والزيادة عليها ابتداع في الدين، والابتداع مذموم، فكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة وصاحبها في النار.

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 المرسلة، وجدت لهم اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة. . كما نجده في فقه الشافعية والحنفية. وعلى أية حال فما لا شك فيه أن فريقاً من العلماء أنكروا حجية المصالح المرسلة، ومن هؤلاء: الظاهرية، فهم ينكرون القياس فمن الأولى أن ينكروا المصالح المرسلة. . وقد نسب إلى الشافعية والحنفية القول بإنكار المصلحة المرسلة، ولكننا نجد في فقههم اجتهادات قامت على أساس المصلحة كما سنذكره.

وفريق آخر أخذ بالمصالح المرسلة، 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 الضرورات التي لا يختلف العلماء في الأخذ 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.

٢٢٣ - أدلة المنكرين ومناقشتها:

أ- إن الشارع الحكيم، شرع لعباده ما يحقق لهم مصالحهم، فما غفل عن مصلحة ولا تركها بدون تشريع، فالقول بالمصلحة المرسلة، يعني: أن الشارع ترك

بعض مصالح العباد، فلم يشرع لها من الأحكام ما يحققها، وهذا لا يجوز لمناقضته لقوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: ٣٦].

والواقع أن هذه الحجة قوية في ظاهرها، ولكنها ضعيفة عند التأمل والتمحيص... 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 مثالبها، ومن الدلائل على صلاحيتها للبقاء والعموم، لأن جزئيات المصالح تتغير وتبدل، 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.

وعلى هذا فإذا طرأت مصلحة لم يرد في الشرع حكم خاص بها، وكانت ملائمة لتصرفات الشارع واتجاهه في رعاية المصلحة، ولا تخالف حكماً من أحكامه، فمن السائغ إيجاد الحكم الذي يحقق هذه المصلحة، ولا يكون هذا افتتاقاً على حق الشارع في التشريع ولا يدل على ترك الخالق لخلقه سدىً، لأنه هو الذي أرشدنا إلى رعاية المصالح والأخذ بها.

ب - المصالح المرسله مترددة بين المصالح المعتبرة وبين المصالح الملغاة، فليس إلحاقها بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة، فيمتنع الاحتجاج بها دون شاهد بالاعتبار يدل على أنها من قبيل المعتبرة دون الملغية (١).

وهذه 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 المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة.

(١) ذكر الأمدى هذه الحجة في «أحكامه» ج ٤ ص ٢١٦.

جـ - الأخذ بالمصالح يجرىء الجهال على تشريع الأحكام ، فبقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة ، ويفتح الباب لذوي الأهواء من الحكام والقضاة ونحوهم من ذوي السلطان إلى ما يريدون ، فينون الأحكام على أهوائهم بعد أن يلبسوها ثوب المصلحة ، ويصبغوها بصبغة الدين ، وفي هذا طعن في الدين واتهام له بإسناد الظالمين والمفسدين .

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 والاجتهاد ، فإذا تجرأ الجهال فإن أولي 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 .

٢٢٤ - 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 حق ، صرح به غير واحد من العلماء ، فالشاطبي يقول : « . . والشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل ، ودرء الفاسد عنهم » (١) .

والفقيه الشجاع العز بن عبد السلام يقول : « الشريعة كلها مصالح : إما درء مفسد أو جلب مصالح » (٢) .

وابن القيم يقول : « إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة

(١) « الموافقات » للشاطبي ج ٢ ص ٦ ، ٣٧ .

(٢) « قواعد الأحكام » للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٩ .

خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى
المفسدة، وعن الحكمة إلى العيب، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها
بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه.

واستقراء 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 قد 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. فمن المسائل التي جرى
فيها المجتهدون من سلفنا الصالح على أساس المصالح: جمع صحف القرآن في
مصحف واحد، وجمع المسلمين على مصحف واحد، وتوريث مطلقة الفار
منه، وتضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس، إلا إذا كان
الهلاك بقوة قاهرة، مع أن أيديهم يد أمانه، ولكن اقتضت المصلحة هذا
الحكم لئلا يتهاونوا في حفظ أموال الناس، وفي هذا يقول الإمام علي: «لا
يصلح الناس إلا ذلك» (١)، وقتل الجماعة بالواحد، وأمر عمر بن الخطاب
بحرق بيت سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية، وحلقة رأس نصر
ابن حجاج ونفيه من المدينة لتثبيت النساء به، ومصادرته شطر أموال عماله التي
اكتسبها بجاه السلطة واستغلال النفوذ، وغير هذا كثيراً جداً، يطول عده
وذكره (٢).

(١) أستاذنا أبو زهرة في كتابه «مالك» ص ٤٠٠ .

(٢) انظر «الطرق الحكيمة» لابن قيم الجوزية ص ١٤ وما بعدها.

٢٢٥ - القول الراجع :

ومن عرض أدلة الطرفين يترجح عندنا القول بحجية المصالح المرسلة ، وإبتناء الأحكام عليها ، وعدّها 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 .

٢٢٦ - 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 أن 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 لتلقنها بالقبول .

ثالثاً : أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري ، أو لرفع حرج ، لأن الله تعالى يقول : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨] (١) .

وهذه الشروط ، في الواقع ، ضوابط للمصلحة المرسلة تبعتها عن مزائق الهوى ونزوات النفوس ، ولكن ينبغي أن يضاف إليها شرطان آخران هما : أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم مصلحة حقيقية لا وهمية . وأن تكون المصلحة عامة لا خاصة ، أي أن يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة .

(١) «الاعتصام» للشاطبي ج ٢ ص ٣٠٧-٣١٢ .

٢٢٧ - بعض الاجتهادات على أساس المصلحة :

في المذاهب الإسلامية اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسله ، من ذلك :

أفتى المالكية : بجواز تنصيب الأمل من غير المجتهدين إماماً إذا لم يوجد المجتهد . وجواز بيعه المفضول مع وجود 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 (١) . وأجازوا شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات ، للمصلحة ، لأنه لا يشهد لعبهم - عادة - غيرهم ، وإن لم يتوافر فيهم شرط البلوغ ، وهو من شروط العدالة في الشاهد (٢) . وقال الشافعية بجواز إتلاف الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء ، وإتلاف شجرهم ، إذا كانت حاجة القتال والظفر بالأعداء والغلبة عليهم تستدعي ذلك (٣) .

وعند الحنفية ، يجوز حرق ما يغنمه المسلمون من متاع وضأن إذا عجزوا عن حمله ، فيذبحون الضأن ، ويحرقون اللحم ، وكذا يحرقون المتاع لئلا ينتفع به الأعداء (٤) . ومن ضروب الاستحسان عندهم : الاستحسان بالمصلحة ، وقد مر الكلام عليه .

وأحمد بن حنبل ، أفتى بنفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه من شرهم (٥) . وأفتى بجواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمصلحة معينة ، كأن يكون مريضاً أو

(١) مالك « لأستاذنا محمد أبو زهرة ص ٤٠٢ .

(٢) « بداية المجتهد » ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٣) « الأشباه والنظائر » للسيوطي ص ٦٠ - ٦١ .

(٤) « الرد على سير الأوزاعي » للإمام أبي يوسف ص ٣ .

(٥) « الطرق الحكيمة » لابن القيم ص ١٤ .

محتاجاً أو صاحب عيال أو طالب علم (١) . وقال الفقهاء الخنابلة : إن لولي الأمر أن يجبر المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه ، وله أن يجبر أصحاب الحرف والصناعات التي يحتاجها الناس على العمل بأجر المثل إذا امتنعوا عن العمل في أعمالهم (٢) . ومن احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره من غير ضرر يصيب صاحب الأرض ، فله أن يمره ولو جبراً على صاحب الأرض ، وهذا هو المنقول عن عمر بن الخطاب ، وأخذ به أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، وأخذ به فريق من الخنابلة : وهو الصحيح الذي يجب المصير إليه ، لأن التعسف في استعمال الحق ممنوع في الشريعة ، وهذه المسألة بعض تطبيقات هذا الأصل . ومن فتاوى الخنابلة : أن من اضطر إلى السكنى في بيت إنسان لا يجد سواه ، وفيه متسع له ولصاحب البيت ، وجب عليه بذله للمحتاج بأجر المثل على رأي بعض الخنابلة ، وبالمجان على رأي البعض الآخر منهم (٣) .

(١) «المغني» ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) «الطرق الحكيمة» ص ٢٢٢ ، ٢٢٦ .

(٣) «الطرق الحكيمة» ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .

الفصل السابع

الدليل السابع

سد الذرائع

٢٢٨ - 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 المفسد ، فإذا قيل : هذا من باب سد الذرائع ، فمعنى ذلك : أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفسد . .

٢٢٩ - والأفعال المؤدية إلى المفسد إما أن تكون بذاتها فاسدة محرمة ، وإما أن تكون بذاتها مباحة جائزة . فالأولى بطبيعتها تؤدي إلى الشر والضرر والفساد : كسرب 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 . أما الأفعال المباحة الجائزة المفضية إلى المفسد ، فهي على أنواع :

النوع الأول :

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً وقليلًا ، فتكون مصلحته هي الراجحة ، ومفسدته هي المرجوحة : 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: كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكإجارة العقار لمن يستعمله استعمالاً محرماً كاتخاذه محلاً للقمار، وكسب آلهة المشركين في حضرة من يعرف عنه سب الله عز وجل إذا سمع هذا السب، وكبيع العنب لمن عرف عنه الاحتراف بعصره خراً.

النوع الثالث:

ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع لغير ما وضع له فتحصل المفسدة: كمن يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا كأن يبيع خرقة بألف نسيئة، ويشتريها من مشتريها بتسع مئة نقداً. والمفسدة هنا لا تكون إلا راجحة.

٢٣٠ - اختلاف العلماء في الأخذ بسد الذرائع:

الأفعال من النوعين الثاني والثالث، هي التي وقع الخلاف فيها، أتمنع لإفضائها إلى المفسدة أم لا؟

فالحنابلة والمالكية قالوا: تمنع. وغيرهم كالشافعية والظاهرية، قالوا: لا تمنع (١). ووجهة هؤلاء: أن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال إفضائها إلى المفسدة. ووجهة الأولين: أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع قائم بذاته،

(١) «الأم» للشافعي ج ٣ ص ٣، ٦٩ «بداية المجتهد» ج ٢ ص ١١٧-١١٩ «المغني» ج ٤ ص ١٧٤ وما بعدها. «المفتون الكبرى» ج ٢ ص ١٧١، وج ٣ ص ٣٩٩ و«مختصر الطحاوي» ص ٢٨٠.

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 إباحته . وأولئك 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 الأسدّ ، 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 . فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها ، 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 . . . (١) .

٢٣١ - 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 عن 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 يدعو إلى غلبة الظن بوقوع المفسدة . والظن الراجح معتبر في أحكام الشريعة العملية فلا يشترط لثبوتها اليقين ، وقد مثلنا بما شرعه الشارع من أحكام بناء على الظن الغالب كما في قبول خبر الواحد ، والشهادة ، وخبر 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

(١) «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ١١-١٢٠ .

الشارع من أحكام لدوره المفسدة الراجعة 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 ، ولكنه في وقت النداء لصلاة الجمعة محظور ، وسب آلهة المشركين مباح ، ولكنه ممنوع إذا أفضى إلى مفسدة سب الله عز وجل كما قلنا ، وقطع الأيدي في السرقة فرض ، ولكن يجب تأجيله في الحرب والجهاد ، قال ﷺ : « لا تُقَطَّع الأيدي في الغزو » ، لثلاثيكون ذريعة لفرار المحدثين إلى العدو . والهدية مباحة بل مستحبة للأثر : « تهادوا تحابوا » ، ولكن هدية المدين لدائنه ممنوعة إن لم تكن بينها عادة التهادي من قبل ، لثلاثيكون ذريعة إلى مفسدة الربا . والنهي عن المنكر واجب ، ولكن إذا أدى إلى منكر أعظم منه جاز تركه .

٢٣٢ - من هذا كله يترجح القول بأصل سد الذرائع وجعله من أدلة الأحكام ، لأنه أصل يشهد له الكتاب والسنة بالاعتبار ، فمن ذلك (١) :

١ - قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا ﴾ [البقرة : ١٠٤] نهي الله عز وجل المؤمنين أن يقولوا : « راعنا » مع قصدهم الحسن ، منعاً لذريعة التشبه باليهود الذين كانوا يريدون بها شتم النبي ﷺ .

٢ - تحريم القطرة من الخمر ، لثلاثيخذ 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 ، لثلاثي تفضي إلى المحذور .

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

(١) انظر «أعلام الموقعين» ج ٣ ص ١٢١-١٤٠ .

انقضائها .

- ٥ - نهى النبي ﷺ عن الجمع بين سلف وبيع ، لئلا يكون اقتراهما ذريعة إلى الربا .
- ٦ - منع الشارع ولي الأمر أو القاضي من قبول الهدية ممن لم يجز عاداته بمهاداته ، لئلا يكون الإهداء ذريعة إلى محاباته بالباطل .
- ٧ - توريث مطلقة الفاز 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 ﷺ الملتقط أن يشهد على اللقطة مع أنه أمين سداً لذريعة كتمانها بدافع الطمع .

- ٩ - نهى الشارع أن يخاطب 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 يُحتكر إلا خاطيء » لأنه ذريعة إلى مفسدة التضييق على الناس في أوقاتهم .

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 .

٢٣٣ - 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 ، باعتباره 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 : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى

الإثم وَالْعُدْوَانِ ﴿ [المائدة: ٢] (١) .

والحنفية أخذوا بتوريث مطلقة الفاز منه باعتباره مذهباً لصحابي لم يعرف له مخالف وهكذا .

وعلى هذا فالملكية لم ينفردوا بالأخذ بسد الذرائع كما قيل عنهم ، وإنما أخذوا بهذا الأصل أكثر من غيرهم ؛ وفي هذا يقول الفقيه القرافي المالكي : «وأما الذرائع ، فقد أجمع العلماء على أنها ثلاثة أقسام : أحدهما : معتبر إجماعاً ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، وإلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى . وثانيهما : ملغى إجماعاً ، كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر . وثالثهما : مختلف فيه ، كبيع الأجال . اعتبرنا نحن الذريعة فيها ، وخالفنا غيرنا . فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لا أنها خاصة بنا» (٢) ولكن مع هذا يبقى الملكية والحنابلة منفردين في اعتبار سد الذرائع أصلاً مستقلاً من أصول الأحكام ، وبالتالي يكونون أكثر من غيرهم أخذاً بها ، وبناء الأحكام القائمة على هذا الأصل .

٢٣٤ - سد الذرائع ، والمصالح المرسله :

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 المرسله . ولهذا نرى من أخذ بمبدأ المصلحة ، وحمل لواءه ، وهم الملكية 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 للدولة العدو اتقاء لشرها إذا كانت الدولة

(١) «الحل» ج ٩ ص ٣٤٨ .

(٢) «تنقيح الفصول» للقرافي ص ٢٠٠ ، من هامش ص ١١٦ من كتاب «مالك» لاستاذنا ابو زهرة .

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 (١) .

(١) «الفروق» للقرافي ج ٢ ص ٣٢-٣٣ .

الفصل الثامن

الدليل الثامن

العرف

٢٣٥ - تعريفه :

العرف : هو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل .
وهو والعادة 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 .

٢٣٦ - فالعرف 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 البيئية والأحذية ، واعتبار تقديم
الطعام للضيف إذناً له بالتناول منه ، ونحو ذلك .
والعرف القولي : هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم ، بأن يريدوا بها
معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها ، كتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون
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 .

والعرف بنوعيه العملي والقولي ، قد يكون عاماً ، إذا شاع وقشا في جميع البلاد الإسلامية ، وسار عليه جميع الناس في هذه البلاد . والخاص ما شاع في قطر دون قطر ، 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 إزاله 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 .

٢٣٧ - والعرف الصحيح ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ، ولا يفوت مصلحة معتبرة ، ولا يجلب مفسدة راجحة ، كتعارف الناس على ان ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر . وتعارفهم عند عقد المهر على دعوة جمهور من الناس وتقديم الحلوى إليهم . وتعارف أهل بغداد قبل خمسين سنة على قيام أصحاب البيوت بتقديم الغداء إلى من يشتغل عندهم من عمال البناء ، وكذلك تعارف أصحاب المقاهي على تقديم الغداء والعشاء إلى صناعتهم . وتعارف الناس في العراق على أن المهر المؤجل لا يستحق ، ولا يطالب به ، إلا بعد الفرقة بالطلاق أو الموت .

والعرف 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 .

٢٣٨ - 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 (١) الاستدلال بقوله تعالى : ﴿ تَخِذِ الْعَقْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [الأعراف : ١٩٩] على حجية العرف وكونه دليلاً معتبراً في الشرع ، ولكن هذه الحججة ضعيفة ، لأن العرف في الآية هو المعروف ، وهو ما عرف حسنه ، ووجب فعله ، وهو كل ما أمرت به الشريعة . واحتج البعض (٢) بالحديث المروي عن النبي ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ » على حجية العرف ، وهذا الاستدلال ضعيف ، فقد قال غير واحد من العلماء : أنه موقوف على ابن مسعود ، ودلالته تشير إلى حجية الإجماع لا العرف (٣) ، 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 العرب الصالحة ، من ذلك : إقراره أنواع المتاجرات والمشاركات الصحيحة عندهم كالمضاربة ، والبيوع ، والإجازات الخالية من المفاسد (٤) . ووجدناه يستثني السلم ، لجريان عرف

(١) « الفروق » للقرافي ج ٣ ص ١٤٩ .

(٢) الكاساني في « بدائع الصنائع » ج ٥ ص ٢٢٣ ، و « المبسوط » للسرخسي ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٣) الأمدى ج ٣ ص ١١٢ .

(٤) أنظر (شرح الكنز) للزيلعي إذ يقول في ج ٥ ص ٥٢ : فإن الناس في عهد النبي ﷺ كانوا يتعاملون المضاربة فتركهم عليها .

أهل المدينة به ، من عموم نبيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده. ونهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرايا، وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بمثله من التمر، خرساً، أي تخميناً، لتعارفهم هذا النوع من البيع وحاجتهم إليه. فدلّت هذه التصرفات من الشارع الحكيم على رعاية العرف الصالح الذي استقرت عليه معاملات الناس. أما العرف الفاسد، فقد رأيناه لا يرداه بل يأتي عليه بالإبطال والإلغاء، كما فعل في التبني، وهو من عادات الجاهلية، وكما 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 المرسلة، 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 المرسلة، 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، والخرج 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 بيتاً» (١).

ثالثاً: احتجاج الفقهاء بالعرف، في مختلف العصور، وإعتبارهم 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.

٢٣٩ - شروط اعتبار العرف لبناء الأحكام عليه :

(١) «المبسوط» ج ١٣ ص ١٤ .

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 وخادمه . ومثله: وقف المنقول، والشروط المقترنة بالعقود التي يقضي بها العرف الصحيح . فإن كان مخالفاً للنص فلا عبء به، كالتعامل بالربا، وإدارة الخمر في الولايات، وكشف العورات، فهذا ونحوه غير معتبر بلا خلاف^(١).

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 تغييرها .

ثالثاً: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقاً على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه .

(١) جاء في «المبسوط» ج ١٢ ص ١٩٦: وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر .

وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع ووثائق الزواج ، وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم ، لا على عرف حادث بعدهم . 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 الطاريء يستلزم الشهادة ، كما يصرف إلى طلبة العلم الديني دون غيرهم ، وإن كان العرف الطاريء 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 الطابو على المشتري ، واتفق الطرفان على جعلها على البائع . والقاعدة هنا « ما يثبت بالعرف بدون ذكر ، لا يثبت إذا نص على خلافه » (١) .

٢٤٠ - العرف مرجع لتطبيق الأحكام :

ويعتبر العرف أيضاً مرجعاً لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية ، من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً بقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق : ٢] ، 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 » .

(١) « القواعد » للعزيم عبد السلام ج ٢ ص ١٧٨ .

وكذلك عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] 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»^(١) .

وهكذا ما أوجبه الشارع ولم يحدد مقداره ، يصار إلى العرف لتقديره .

٢٤١ - 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 (٣) بهاب الدين القرافي : « إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ، كالنقود في المعاملات ، والعيوب في الأعراض 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 ردنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به . وبهذا 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»^(٢) .

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 كثر الكذب ، فصار في الأخذ بظاهر العدالة مفسدة وضياع الحقوق ، فقالا بلزوم تزكية الشهود . وقال الفقهاء عن هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه : إنه اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان . ومثله أيضاً : سقوط خيار الرؤية برؤية ظاهر

(١) الجصاص ج ١ ص ٤٧٨ .

(٢) القرافي ج ١ ص ١٧٦ ، وأعلام الموقعين ج ٣ ص ٩ .

البيت وبعض حجره ، وهذا ما أفتى به أئمة الحنفية لأن الحجر كانت تبنى على نمط واحد ، ولكن لما تغيرت عادة الناس في البناء أفتى متأخروهم 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 لثلاث يهجر القرآن ويندرس . ومثله : أن النبي ﷺ 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 (١) .

٢٤٢ - وهذا التغير في الأحكام لا يتناول إلا الأحكام المبنية على العرف كما قلنا ، فلا يتناول الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة . كما أن هذا التغير 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 تغير العادة استلزم توافر شروط معينة لتطبيقه ، فالشرط في الشهود العدالة ، والعدالة الظاهرة كانت كافية لتحقيقها ، فلما كثر الكذب استلزم هذا الشرط التزكية .

وفي هذا يقول الشاطبي : « معنى الاختلاف : أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي ، يحكم به عليها » (٢) .

(١) «إعلام الموقعين» ج ٣ ص ٩ .

(٢) «المواقف» ج ٢ ص ٢٨٦ .

الفصل التاسع

الدليل التاسع

قول الصحابي

٢٤٣ - تمهيد :

الصحابي عند جمهور علماء الأصول: من شاهد النبي ﷺ وآمن به، ولازمه مدة تكفي لإطلاق كلمة الصحابي عليه عرفاً، مثل الخلفاء الراشدين، وعبدالله بن عباس، وعبدالله بن مسعود، وغيرهم ممن آمن بالنبي ﷺ، ونصره، وسمع منه، واهتدى بهديه.

وبعد وفاة النبي ﷺ قام أصحابه الكرام - ممن عرفوا بالعلم والفقہ بالإفتاء والقضاء بين الناس، وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيتهم. فهل يصح أن نعتبر هذه الفتاوى والأقضية مصدراً 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.

٢٤٤ - 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 ﷺ فيكون من قبيل السنة، والسنة مصدر للتشريع. وقد مثل الحنفية لهذا النوع، بما روي عن عبدالله 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 ؟ (١) .

٢٤٥ - 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 .

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

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

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة ، وما أرشدت إليه نصوصها من أدلة ، وليس قول الصحابي واحداً منها ، والاجتهاد بالرأي عرضة للخطأ والصواب ، لا فرق في هذا بين صحابي وغيره ، وإن كان احتمال الخطأ

(١) شرح مسلم الثبوت، ج ٢ ص ١٨٥ وما بعدها .

بالنسبة للصحابي أقل .
والذي نرجحه : أن قول الصحابي ليس حجة ملزمة ، ولكن غييل 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 .

الفصل العاشر

الدليل العاشر

شرع من قبلنا

المقصود بشرع من قبلنا :

٢٤٦ - المقصود بشرع من قبلنا : الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم ، وأنزلها على أنبيائه ورسوله 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 حجيته بالنسبة إلينا ، ومنها المتفق على نسخه في حقنا ، ومنها ما هو مختلف فيه .

أنواع شرع من قبلنا :

٢٤٧ - 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 من الأحكام لا خلاف في أنه شرع لنا ، ومصدر شرعيته وحجيته بالنسبة إلينا هو نفس نصوص شريعتنا ، من ذلك : فريضة الصيام ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة: ١٨٣] .

٢٤٨ - النوع الثاني: أحكام قصها الله في قرآنه، أو بينها الرسول ﷺ 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: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَيْزُورٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَيْلٌ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ضُحُورُهُمَا أَوْ الْخَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ، ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَيْنِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [الأنعام: ١٤٥، ١٤٦] وقول النبي ﷺ:

«وأحلت لي الغنائم، ولم تحمل لأحد قبلي». فالآية دلت على تحريم أشياء لم تحرم علينا بل أحلت لنا. والحديث دل على حل الغنائم للمسلمين، وما كانت حلالاً للأمم السابقة.

٢٤٩ - النوع الثالث: أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا، ولا في سنة نبينا ﷺ. وهذا النوع لا يكون شرعاً لنا بلا خلاف بين العلماء.

٢٥٠ - النوع الرابع: أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة، ولم يبق دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا، مثل قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]. فهذا النوع هو الذي وقع الخلاف فيه، واختلف في حجتيه بالنسبة إلينا.

فذهب بعض العلماء كالحنفية إلى حجتيه، وأنه يعتبر كجزء من شريعتنا. وذهب الآخرون إلى أنه ليس بشرع لنا. واستدل كل فريق بجملته أدلة تأييداً لمذهبه (١).

(١) انظر «المستصفى» ص ١٣٢ وما بعدها. والأمدي ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها. وشرح مسلم الثبوت» ج ٢ ص ١٨٤-١٨٥ «السودة» ص ١٩٣، «الإحكام» لابن حزم ج ٥ ص ٧٢٤، «التلويح والتوضيح» ج ٢ ص ١٦.

٢٥١ - والحق إن هذا الخلاف غير مهم، لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل، فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة، قصه الله تعالى علينا، أو بينه الرسول ﷺ لنا، إلا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقاءه 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، ثبوت أحكام الآية السابقة في حقنا ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ . . .﴾ الخ بدلائل من شريعتنا، لأن بعض الناس يدعي 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 يطلع على كتب الفقهاء من مختلف المدارس الفقهية يجد باباً خاصاً للقصاص في النفس وفي ما دون النفس، فهو حكم ثابت في حقنا بلا خلاف.

قال الشافعي في صدد هذه الآية: «ذَكَرَ اللهُ تَعَالَى مَا فَرَضَ عَلَى أَهْلِ التَّوْرَةِ فَقَالَ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ 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 الحرين المسلمين في النفس وما دونها من الجراح التي يستطيع فيها القصاص بلا تلف يخاف على الاستفاد منه من موضع القود» (١).

وجاء في المغني لابن قدامة: «وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن» (٢).

وحكى ابن كثير في تفسيره الإجماع أيضاً على العمل بموجب الآية (٣).

(١) «أحكام القرآن» للشافعي ج ١ ص ٢٨٠-٢٨١.

(٢) «المغني» ج ٧ ص ٧٠٢-٧٠٣.

(٣) «تفسير» ابن كثير ج ٢ ص ٦٢.

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 . ومن هذه الدلائل :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ [البقرة: ١٧٨] . وفي السنة : «وَالْعَمْدُ قَوْدٌ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ لِی الْقَتِيلِ» ، وفي حديث آخر : «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِمَّا أَنْ يَفْتَدِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ يَقْتُلَهُ» 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 ﷺ بالقصاص في الجروح (١) ، وفي السنن ، ولكن المجني عليه عفا عن القصاص (٢) .

ثالثاً : وعن النبي ﷺ ، أنه قال : «من أصيب بدم أو خبل - أي جراح فهو بالخيارين إحدى ثلاث : إما أن يقتص أو يأخذ العقل - أي الدية - أو يعفو» (٣) .

رابعاً : قال تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] . وقال العلماء : إن هذه الآية يندرج فيها القصاص في النفس وفيما دون النفس الواردة في الآية : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (٤) .

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

(١) «أقضية الرسول ﷺ» للشيخ عبدالله بن محمد بن فرج ص ٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣ .

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني ج ٧ ص ٧ .

(٤) «الأمدي» ج ٤ ص ١١٩ ، «المصنف» للغزالي ج ١ ص ١٣٤ - ١٣٥ .

الفصل الحادي عشر

الدليل الحادي عشر

الاستصحاب

تعريفه :

٢٥٢- الاستصحاب في اللغة: طلب المصاحبة واستمرارها . وفي الاصطلاح : استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أو نفي ما كان منقياً(١) . أو هو: بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره(٢) . 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 الثبوت 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 تتبع 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 .

(١) «أعلام الموقعين» ج ١ ص ٢٩٤ .

(٢) الشوكاني ص ٢٠ .