الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة المسيلة كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

محاضرات في مقياس

أصول الفقه

(الأدلة المختلف فيها)

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية علوم إسلامية جذع مشترك شريعة

السداسي الرابع

إعداد أستاذة المادة

د: نجية رحماني

السنة الدراسية: 2018/2017م

1439/1438هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد الله الذي علم بالقلم علّم الإنسان ما لم يعلم، وصل اللهم وسلم على المبعوث رحمة للعالمين وهادي البشرية إلى الصراط المستقيم سيدنا محمد، وعلى آله ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن علم أصول الفقه على حد تعبير ابن خلدون –رحمه الله–: "من أعظم العلوم الشرعية، وأجلّها قدرا، وأكثرها فائدة"[1]، فهو العلم الذي يتوصل به إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، وينظم الاجتهاد ويحقق للشريعة الإسلامية صلاحيتها لكل زمان ومكان، ومع ذلك مازال كثير من الباحثين والأساتذة والطلبة يستصعبونه، وقد يُبتلى البعض بحمل هذه الأمانة الثقيلة تدريسا وشرحا وبيانا لطلبة العلم في الجامعة.

خلال إعداد هذه المحاضرات كنت حائرة بين أمرين الأول هو ما يقتضيه البحث العلمي من تحقيق وتمحيص والثاني مدى قدرة الطلبة على استيعاب هذه المادة العلمية، خصوصا وأن الأمر يرتبط بعلم الأصول الذي يشتكي كثير من الطلبة صعوبة فهمه. فانتهجت في عرض المحاضرات التيسير والتبسيط والإكثار من الأمثلة والشواهد الواقعية، مع إعطاء خلاصة عامة لكل محاضرة، ثم إحالتهم على المطبوعة البيداغوجية للاستزادة والتوسع لمن أراد ذلك. وبهذا أكون قد جمعت بين تقريب هذا العلم للطلاب من جهة وبين ما يقتضيه إعداد هذا المقرر من بحث وتدقيق يعد ضروي للأستاذ.

ومما ينبغي التنبيه إليه هنا طول المقياس وتشعب محاوره، فخلاف لما جرى عليه العمل في سنوات ماضية حيث كانت الأدلة المختلف فيها تدرس في سنة دراسية أي سداسيين أصبحت تدرس في سداسي واحد، ولم يكتف واضع المنهاج بهذا بل زاد مواضيع لم تكن موجودة في المقرر القديم، وهذا أيضا أوقعنا في حرج بين أن نختصر الدروس اختصارا مخلا كي نغطي كامل المقياس، أو نتجاوز بعض المواضيع ونغض الطرف عن بعض الأدلة، وحتى فكرة توزيع المقياس بين حصتي النظري

[1] – **مقدمة ابن خلدون** (ط2؛ بيروت: المكتبة العصرية، 1416هـ/1997م)، ص424.

والتطبيقي لا نراها حلا لأنها تنقص من حظوظ الطلبة في الفهم والاستيعاب، ونأمل أن يتدارك واضع المنهاج هذا الأمر مستقبلا بحول الله.

ومما نسجله أيضا أن موضوع الأدلة المختلف فيها لا زال لم ينضج في تقديرنا بالقدر الكافي من حيث تناول الأصوليين له قديما حديثا، فنلاحظ ترددا في نسبة الآراء للمذاهب والعلماء في القول بحجية هذا الدّليل أو ذاك، وقد يحكم على دليل أنه مختلف في حجيته لكنهم ربما يتفقون في الفروع الفقهية التي بناها بعضهم على هذا الدليل أو ذاك، مما يؤكد أن الخلاف في الغالب لم يكن في المفهوم وإنما في اللفظ والاصطلاح.

ونحب أن نسجل هنا تقديرنا للأستاذ حاتم باي من جامعة الأمير عبد القادر على ما قام به من تحقيقات وتحريرات في عزو الأقوال إلى أصحابها مناقشا القدامى ورادا عليهم، كما أنه أجاد أيما إجادة في ضبط المصطلحات الأصولية بطريقة لم أقف عليها عند غيره. كل ذلك في محاضراته لطلبة جامعة الأمير عبد القادر الإسلامية، وقد رجعت إليه في عدة مواضع.

توخيت في إعداد هذه الدروس تبسيط العبارة قدر الإمكان، فتحاشيت العبارات والألفاظ الغامضة التي عادة ما تُملأ بها كتب الأصول، وتعيق عن الفهم، كما انتهجت الاختصار غير المخل حتى لا أرهق كاهل الطلبة أثناء الحفظ والتحضير للامتحان، وحرصت على الأمثلة والشواهد الواقعية لتقريب علم الأصول وإنزاله إلى أرض الواقع. وقد ختمت كل درس بمجموعة من الأسئلة تعين الطلاب على المراجعة والاستذكار.

لقد كان دليلي في إعداد هذه المحاضرات ما أُلف من كتب الأصول قديما وحديثا، مما تيسر لي من مراجع ومصادر، ودراسات أكاديمية منشورة وغير منشورة، وقد حرصت على توظيف كتاب **الموافقات للإمام الشاطبي _رحمه الله_** لأن فيه ما لا يوجد في غيره من كتب الأصول، أعني بذلك ربطه بين أصول الفقه وأسرار التشريع وحكمه.

ولم ألتزم مدرسة أصولية دون غيرها، بل كنت أعرض مواضع الخلاف وأحيانا أعطي أمثلة لأثر اختلاف الأصوليين في القواعد الأصولية على اختلافهم في الفروع الفقهية، مسترشدة بكتاب

مصطفى الخن (**أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء**)، ونعتقد أنها إشارات ضرورية تساهم في إزالة اللبس الذي يجده كثير من الطلبة حول الخلافات الفقهية.

لا أزعم لهذا العمل التمام وأنا شاكرة لكل من نبهني لخطأ وقع مني سهوا أو نسيانا، والحمد الله الذي علم الإنسان ما لم يعلم.

د/ نجية رحماني

المسيلة في: 22رجب 1439هـ

الموافق لـ: 8 أفريل 2018م

تمهيد:

علمنا أن جمهور المسلمين اتفقوا على جملة من أصول وأدلة الأحكام، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس. لكن هناك أدلة أخرى تفاوت موقف العلماء وأصحاب المذاهب من الأخذ بها، حيث اختلفوا في مدى حجيتها وصلاحيتها لاستنباط الأحكام، أو أن تكون مصدرا للتشريع، هذه هي **الأدلة المختلف فيها**، ويسميها البعض (**مصادر التشريع التبعية**) لأنهم يرون أنه لا يوجد خلاف حقيقي بين الأئمة حولها، بل هو إما خلاف لفظي وقع النزاع في المسمى والاصطلاح وليس في المضمون، أو أن الخلاف في الشروط ومدى التضييق والتوسيع في استعمالها، فهم من حيث المبدأ متفقون حولها[1].

الأدلة المختلف فيها بعضها أدلة نقلية مثل: مذهب الصحابي وشرع من قبلنا، وبعضها أدلة عقلية مثل الاستصلاح والاستحسان ويطلق عليها أدلة الاجتهاد بالرأي. وهي كثيرة ومتعددة لكن منها ما اشتهر مما تناقلته كتب الأصول ومنها غير المشتهر

المبحث الأول:

[1] – انظر: نجية رحماني، اختلاف الفقهاء ضوابطه وأثره في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير المعهد الوطني للعلوم الإسلامية باتنة، السنة الجامعية 1998/ 1999م، ص153.

الدليل الأول: المصالح المرسلة (الاستصلاح)

لقد قرر كثير من علماء الإسلام، وهو أيضا ما يلحظه المتأمل في نصوص الشريعة وأحكامها التي شرعها الله لعباده أن هذه الشريعة مبناها وقوامها وغايتها تحقيق مصالح الناس في العاجل (الدنيا) والآجل (الآخرة)، ومصالح الناس إما ضرورية، أو حاجية أو تحسينية وكل حكم شرعه الله يهدف إلى حفظ واحدة من هذه المصالح.

لقد أطلق العلماء مصطلح المصالح المرسلة، أو الاستصلاح على مسلك من مسالك الاجتهاد، وهو مسلك تزيد الحاجة إليه عندما نكون أمام المشكلات والنوازل المستجدة التي لم ترد فيها نصوص صريحة ولا إجماعات لأهل العلم.

أولا: تعريف المصالح المرسلة:

المصلحة لغة: مفرد مصالح بمعنى الصلاح، يقال: رأى الإمام المصلحة في كذا؛ أي الصلاح.[1]

تعريف كلمة مرسلة: لغة مشتقة من أرسل يرسل إرسالا؛ أي أطلق يطلق إطلاقا، فيقال: الريح المرسلة أي الريح المطلقة، ويقال الكلام المرسل أي الكلام المطلق وغير المفيد، قال ابن منظور: "أرسل الشيء أطلقه وأهمله"[2].

والمصلحة اصطلاحا هي: المنفعة المجلوبة أو المفسدة المدفوعة أو تحصيل كليهما معا.

وقيل هي: "وصف للفعل يحصل به النفع الملائم للفطرة جلبا أو دفعا، دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد"[3].

---

[1] – لسان العرب، 215/2 وتاج العروس للزبيدي، 549/6.

[2] – لسان العرب، 285/11.

[3] – حاتم باي، الأدلة المختلف فيها، محاضرات موجهة للسنة الثالثة جامعة الأمير عبد القادر . كلية الشريعة والاقتصاد. 2014/ 2015، ص6.

فالمراد بالمصلحة في الشرع المنفعة التي تقرها الفطرة السليمة، وهي إما أن تحصل بجلب منفعة أو بدفع مضرة، والمصلحة إما أن تكون خالصة لا تشوبها أية مفسدة (ضرر)، وإما أن تكون راجحة في حالة ما إذا لزمتها مفسدة وهي إما أن تكون عامة لجميع الناس أو مصلحة فردية خاصة بالآحاد من الناس.

والمصلحة إما أن تكون منصوص عليها، وإما أن **تكون مسكوت عنها لم يرد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها وهذه هي المصالح المرسلة.**

تعريف المصلحة المرسلة: هي التي لم يشهد لها شاهد خاص بالاعتبار، ولا بالإلغاء، أي المصلحة التي لم ينص عليها بشكل خاص دليل من الكتاب والسنة، وإنما هي تتوافق مع الأدلة والقواعد الشرعية العامة والكلية.

وقيل: هي تلك المصلحة التي لم يشهد لها من الشرع دليل جزئي يدل على اعتبارها أو إلغائها بعينها أو نوعها، وإنما تدخل ضمن نص كلي عام.[1]

تعريف الاستصلاح: في اللغة معناه طلب الصلاح، مثل الاستفسار طلب التفسير.

واصطلاحا: هو تشريع الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسلة.[2]

ثانيا: أقسام المصلحة وأنواعها:

تقسم المصلحة باعتبارين، من حيث مراتبها أو قوتها في ذاتها، أو من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره.

[1] – محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص36.

[2] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص85.

أ/ تقسيم المصالح من حيث قوتها في ذاتها: تقسم بهذا الاعتبار إلى ضرورية وحاجية وتحسينية. هناك من يطلق على هذا التقسيم: تقسيم المصلحة باعتبار آثارها في قوام أمر الناس دينا ودنيا، أو باعتبار حفظ مقاصد الشريعة في الخلق كما يقول الإمام الشاطبي صاحب كتاب الموافقات.

1/ **الضروريات:** يقصد بها المصالح التي تتوقف عليها حياة الناس في الدنيا والآخرة، فلو افتقدت لاختلت الحياة، وهي التي اصطلحوا على تسميتها بالكليات وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ويكون حفظ الضروريات إما من جهة وجودها بما يدعم ويقيم أركانها أو من جهة العدم، وذلك بما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع.

وقد شرع لحفظ الدين الإيمان والنطق بالشهادتين والعبادات، كما شرع الجهاد وعقوبة الداعي إلى البدع، وشرع لحظ النفس الأكل والشرب واللبس والمسكن مما يتوقف عليه بقاء الحياة، وصون الأبدان كما شرعت عقوبة الدية والقصاص، وشرع لحفظ العقل ما شرع لحفظ النفس من تناول الغذاء الذي يتوقف عليه بقاء الحياة، وتحريم المسكرات والعقوبة عليها، وشرع لحفظ المال أصل المعاملات المختلفة بين الناس لصيانة الحقوق، وشرعت العقوبات (حد السرقة) والتضمينات زجرا عن العدوان وجبرا للحقوق، ولحفظ النسل فقد شرع النكاح وأحكام الحضانة والنفقات كما شرعت العقوبات على ارتكاب الزنا.[1]

2/ **الحاجيات:** هي الأمور التي يحتاجها الناس للتيسير عليهم، ورفع المشقة والعنت عنهم، وإذا فاتت فلا يختل نظام حياتهم كما في الضروريات. ومثالها الرخص لتخفيف المشقة بالنسبة للمريض والإفطار للمسافر وأيضا إباحة الصيد والتمتع بالطيبات فيما زاد على أصل الغذاء، وفي المعاملات أبيحت العقود المخففة لحاجيات الناس كالسلم والمساقات والقراض كما شرع الطلاق والمهور وشرط توفر الشهود على موجب الزنا. فالمصالح الحاجية ينتج عنها التوسعة ورفع الضيق والحرج، فهي مصالح تقوم بأصل السماحة واليسر وترفع متعلقات الضيق والحرج والعسر.[2]

[1] – الموافقات للشاطبي، 2/ 10-11 وأصول الفقه لمحمد الخضري، ص295. وانظر نجية رحماني، اختلاف الفقهاء ضوابطه وأثره في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، ص83.

[2] – ينظر المراجع السابقة.

3/ **التحسينيات:** هي الأمور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق ومحاسن العادات مما يجعل الأمة الإسلامية مرغوب في الانتساب إليها، وإذا فاتت تصبح حياتهم مستقبحة في تقدير العقلاء، ومن أمثلتها في العبادات أحكام الطهارة، وستر العورة وأخذ الزينة، وفي المعاملات المنع من بيع النجاسات وما فيه ضرر، وفي العادات أرشد الشارع إلى آداب الأكل والشرب وتحريم الخبائث من المطعومات. وعموما فإن جميع أبواب مكارم الأخلاق والمروءات كلها داخلة في هذه الرتبة من المصالح. والملاحظ أن التحسينات منها ما هو من المندوبات كآداب الطهارة ونحوها، ومنه ما هو من الفرائض المطلوبة شرعا على سبيل الحتم والإلزام مثل ستر العورة لأن الاعتبارات الأدبية والمعنوية تحتمه.[1]

ب/ أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها: تقسم المصالح من حيث قيام الدليل على اعتبارها أو عدم اعتبارها إلى ثلاثة أقسام:

1/ **مصالح شهد لها الشرع بالاعتبار:** هي المصالح التي اعتبرها الشرع وقام الدليل على رعايتها، وهي ثابتة بنص الكتاب أو السنة أو الإجماع الشرعي، أو الاجتهاد الصحيح الذي يستند إلى القواعد والمبادئ، والمقاصد الشرعية التي استخلصت من عدة أدلة[2]، وأمثلة المصالح المعتبرة كثيرة جدا تشمل كل الأحكام الشرعية التي ذكرت مصالحها أو منافعها بالنص أو بالإجماع أو بالاجتهاد الصحيح. ومثال ذلك مصلحة القيام بالصلاة التي تتمثل في ذكر الله وإصلاح المصلي ونهيه عن الفواحش والمنكرات وفي جلب مرضاة الله وجناته، وهي مصلحة معتبرة لأن الشارع نص عليها في القرآن والسنة، قال تعالى: ﴿**اتْلُ مَا أُوحِيَ إِلَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ**﴾ [العنكبوت: ٤٥].

وقد تثبت المصلحة بالدليل الشرعي الكلي وليس بالدليل الخاص؛ أي لا ينص عنها صراحة، مثل منع وتحريم الاستنساخ البشري، فهو ثابت بقواعد ومبادئ وأدلة شرعية كلية، وليس له دليل خاص صريح، وتتمثل تلك المبادئ والقواعد في حفظ النفس وصيانتها من القتل والتشويه والتعذيب والمحافظة على كرامتها، وعدم التلاعب بكيانها ومصيرها وصحتها.

---

[1] – الموافقات للشاطبي، 11/2.

[2] – الخادمي، تعليم علم الأصول، ص209.

وهناك مصالح راجعة إلى القياس مثل؛ الحكم بأن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم قياسا على الخمر، لأنها حرّمت لحفظ العقل وتحريم الشارع الخمر دليل على مراعاة هذه المصلحة[1].

2/ مصالح شهد الشرع بإلغائها وإبطالها: هي المصالح التي ليس لها شاهد من الشرع، بل عكس ذلك شهد الشرع بردها وإلغائها، وجاء في تعريفها: بأنها المصلحة التي أبطلها وردها النص أو الإجماع أو الاجتهاد الصحيح. ولا خلاف بين المسلمين في إهمال هذا النوع وعدم اعتباره، فلو أن الشارع نص على حكم شرعي ولم تظهر لنا المصلحة في ذلك، ثم توهم بعض الناس مصلحة في نقض هذا الحكم، وإبداله بحكم آخر فهو مرفوض، لأن مستنده مصلحة ملغاة من طرف الشارع، كما أنه معارض لمقاصد الشارع.

ومن أمثلته **التسوية بين الذكور والإناث في الميراث** فإنها مصلحة ملغاة بدليل قوله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ﴾ [النساء: 11]، ومثاله أيضا القول بأن تصنيع الخمور وبيعها فيه مصلحة للاقتصاد، فقد نص الله تعالى على إلغاء ما يتوهمه الناس في الخمر، **{يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا}** [سورة البقرة: آية 219]. ومثاله أيضا؛ دعاوى منع الطلاق وجعله بيد المرأة ومنع تعدد الزوجات، وكل مصلحة متوهمة خالفت النّص فهي مصلحة ملغاة.

3/ مصالح لم يشهد الشارع لها بالاعتبار ولا بالإلغاء (المصالح المرسلة): هي مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، يسمى هذا النوع: المصلحة المرسلة، أو المناسب المرسل، أو القياس المصلحي، أو قياس المصلحة، أو الاستصلاح. وهناك من فرق بين المصالح المرسلة وبقية الألقاب كالاستصحاب والاستدلال المرسل بأن المصالح المرسلة هي ذات المصالح، أما الاستصلاح والاستدلال المرسل والقياس المرسل فهو ربط الحكم بها وبناؤه على مقتضاها.

أمثلة معاصرة على المصالح المرسلة:

- تنظيم حركة المرور، ووضع الإشارات واللوحات وتقسيم الطرق وتسييجها، ومعاقبة المخالفين... لأنها تتلائم مع مقصد الشارع في حفظ الأنفس والأموال، وتحقيق الأمن والسلامة، ودفع الترويع والأذى.

[1] – المستصفى للغزالي، 415/1.

- تسجيل عقود الأنكحة، والبيوعات، والإجارات في الدوائر الحكومية، وفي المحاكم بقصد حفظ حقوق المتعاقدين، فمثلا قرار تسجيل عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل، الذي نص عليه قانون الأسرة الجزائري به يثبت الزواج ويكون حجة عند النزاع، وقد جاء هذا القرار بعدما لوحظ أن كثيرا من الأزواج يتنكرون لزوجاتهم، وينفون وجود رابطة زوجية، ولا حجة للمرأة تجعلها تطالب بحقوقها، وهناك أزواج طلقوا زوجاتهم وسجلوا أبناءهم منهن على زوجة أخرى، وفي هذا طمس للنسب من جهة الأم، وادعائه لغير أمه، وإدخال وارث وإخراج وارث بغير حق، ولهذا اعتبر تسجيل الزواج مدنيا في عصرنا من قبيل المصالح المرسلة. ومثل ذلك يقال عن تسجيل عقود نقل الملكية محافظة على الأموال من الضياع، ومنعا للناس من الخصام.[1]

ثالثا: حجية المصالح المرسلة:

يتفق جميع علماء الإسلام من الفقهاء والأصوليين أنه لا مجال للاجتهاد بالرأي سواء كان استصلاحا، أو قياسا، أو غيرهما في باب العبادات؛ لأن العقل لا يدرك عللها فضلا أن يدرك المصلحة الجزئية لكل حكم، وما قيل عن العبادات يقال عن الحدود، والكفّارات وفروض الإرث، وكل ما شرعه الله محددا مقدرا، حيث استأثر الله بعلم المصلحة في ذلك. وبالنسبة لسائر الأحكام الفقهية غير ما ذكر، من معاملات وغيرها فقد اختلفت كلمة الفقهاء في مشروعية وصحة اعتماد الاستصلاح كمسلك للاجتهاد فيها.

ويجدر التنبيه أننا وقفنا على اضطراب وغموض كبيرين في نسبة الآراء المختلفة للأصوليين في مسألة حجية المصالح المرسلة وفي نقل أقوالهم، لذلك حاولنا أن نجمع بين ما وصل إليه المحققون المعاصرون، وما ذكره القدامى في هذه المسألة، وقد انتهينا إلى أن آراء العلماء في حجية المصالح المرسلة يمكن حصرها في المذاهب التالية:

[1] – محمد محدة أصول الفقه، ص262.

أ/المذهب الأول: أكثر من ينسب لهم العمل بدليل المصالح المرسلة هم المالكية، فهي عندهم أصلا من أصول الأحكام، قال الإمام الشاطبي ـرحمه اللهـ: "إن القول بالمصالح المرسلة ليس بالمتفق عليه...وذهب الإمام مالك إلى اعتبار ذلك، وبنا الأحكام عليه على الإطلاق..."[1].

وهناك من زعم أن هذا الدليل مما تفرد به الإمام مالك ـ رحمه اللهـ دون غيره، أمثال الآمدي، والعضد وابن الحاجب، وابن قدامى، والغزالي، وهو منقول في كثير من كتب الأصول.[2]

وممن نُسب لهم العمل بالمصالح المرسلة الإمام أحمد بن حنبل ـرحمه اللهـ كما ذكر ذلك عبد الوهاب خلاف، ومحمد أبو زهرة[3]، قال أبو زهرة: "بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلا من أصول الاستنباط، وينسبون ذلك الأصل إلى إمامهم جميعا"، وحسب أبي زهرة؛ فإن اعتماد الحنابلة المصلحة المرسلة في الاجتهاد هو مسلك يتفق مع ما عرف عن الإمام أحمد من اتباع للسلف، وعدم الخروج عن طريقتهم...ذلك لأن الصحابة الذين اقتدى بهم، وتخرج عن فتاويهم قد كانوا يأخذون بالمصالح المرسلة[4].

ب/ المذهب الثاني: وهو الذي تنسبه بعض المصادر إلى الشافعية والحنفية، فقد ذكر الآمدي: أن الفقهاء من الحنفية والشافعية وغيرهم قد اتفقوا على امتناع الاحتجاج بالمصالح المرسلة، وقد رجح الآمدي هذا المذهب.[5]

كان هذا هو موقف الفقهاء من الاحتجاج بالمصالح المرسلة وقد جمعناها في مذهبين، على أن هناك من جعلها أربعة مذاهب:

الأول: المنع مطلقا وينسب لفقهاء الشافعية والحنفية، وقيل هو مذهب الجمهور.

الثاني: جواز الاحتجاج بها، وهو المروي عن مالك وأحمد، والقول القديم للشافعي كما حكاه الجويني.

---

[1] – الاعتصام، 111/2.

[2] – انظر: مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي دمشق: دار العلم، ص41 وما بعدها.

[3] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص89، وأبو زهرة أحمد بن حنبل، 267.

[4] – أبو زهرة، أحمد بن حنبل، ص268.

[5] – الأحكام في أصول الأحكام، 140/4.

الثالث: إن كانت ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع، أو لأصل جزئي جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا، وهو قول للشافعي.

الرابع: إن كانت تلك المصلحة ضرورية قطعية كلية جاز اعتبارها، وإن فقد واحد من الشروط الثلاثة لم يجز اعتبارها، وهو اختيار الغزالي.

والملاحظ أنه قد حصل تردد واضطراب كبيرين في نسبة دليل المصالح المرسلة لأئمة المذاهب وأصحابها، ونعتقد أن ذلك سببه حقيقة موقفهم من هذا الدليل، فقد ينسب لهذا العالم أو ذلك عدم أخذه بالمصالح المرسلة، إلا أنه عند الرجوع إلى الفروع الفقهية نجدهم جميعا يبنون الأحكام على المصلحة المرسلة، وإن اختلفت ألفاظهم في التعبير عن ذلك أو تفاوتت درجة أخذهم بها، قال الإمام القرافي المالكي _رحمه الله_: "وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا، أو جمعوا، أو فرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذي جمعوا أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب"[1]

يؤكد الإمام الشوكاني ما انتهى إليه القرافي، بأن جميع الأئمة يعملون بدليل المصالح المرسلة مهما اختلفت أقوالهم فيقول: "ما لا يعلم اعتباره ولا إلغاؤه وهو الذي لا يشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار، وهو المسمى بالمصالح المرسلة، والمشهور اختصاص المالكية به، وليس كذلك فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة إلا ذلك".

وقد نقل الدكتور البغا كثير من الفروع الفقهية لأصحاب المذاهب قد بنوها على المصلحة المرسلة بما فيهم منكري الاستصلاح كالحنفية والشافعية، والشواهد على ذلك كثيرة في كل مذهب كعقد الاستصناع، وتضمين الصناع وتغريب الزاني البكر.[2]

رابعا: أدلة المثبتين والمانعين للحتجاج بالمصالح المرسلة:

[1] – شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص171

[2] – ينظر: مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص47 وما بعدها.

أ/ أدلة المحتجين بالمصالح المرسلة: استدل هذا الفريق على صحة مذهبهم بعدة أدلة منها:

1-عمل الصحابة _رضي الله عنهم_، فقد كان من نهجهم تشريع ما رأوا أنه يحقق مصلحة، وذلك فيما يطرأ عليهم من حوادث، ولم يتوقفوا عن التشريع ما دام أنه لم يثبت عن الشارع إلغاؤه لتلك المصلحة، ومثال ذلك ما قام به أبو بكر الصديق _رضي الله عنه_ من جمع القرآن في مصحف واحد، ومحاربته مانعي الزكاة، كما أن عمر _رضي الله عنه_ أوقع طلاق الثلاثة في كلمة واحدة، وأوقف تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة، وحكم بقتل الجماعة بالواحد، وعثمان رضي الله عنه_ جعل آذانا ثانيا لصلاة الجمعة، وورث زوجة المطلق الفار من إرث زوجته، ودوّن مصحفا واحدا وجمع المسلمين عليه.

ومن الأمثلة أيضا ما قام به بعض الخلفاء الراشدين من تضمين الصناع رغم أن الأصل في الصانع أنه مؤتمن، ووجه المصلحة فيه: أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهؤلاء يغلب عليهم التفريط وعدم الحفظ، فلو لم يثبت تضمين الصناع لأدى ذلك إما إلى ترك الاستصناع بالكلية، وفيه مشقة ومفسدة تلحق بالناس، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا فتضيع الأموال، ويخون الناس بعضهم، فكانت المصلحة التضمين[1].

2/ محدودية النصوص وتجدد الحوادث: إن النصوص وما أتت به من أحكام وأقرته من مصالح محدودة، في حين أن الوقائع غير منتهية، فهي تتجدد مع تجدد الأيام، كما أن البيئات تتغير، وتتغير معها حاجات الناس، وقد يؤدي ذلك إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح لضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد، ولم تصلح لمسايرة الأزمنة والأمكنة، مما يؤدي إلى التشكيك في صلاحيتها.[2]

3/ الاستقراء: فقد دلّ استقراء أحكام الشريعة أن جميعها روعي في تشريعها مصلحة العباد، ودفع الضرر عنهم، وهو المعنى الذي أكدته آيات قرآنية وأحاديث نبوية صريحة، ومن ذلك قول الله تعالى: **{شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ**

[1] – الاعتصام، ص356.

[2] – عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، ص85.

الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ} [البقرة: 185]، ومن السنة حديث: "لا ضرر ولا ضرار" وهو حديث يقتضي رعاية المصالح إثباتا والمفاسد نفيا، لأن الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة، إذ هما نقيضان ولا واسطة بينهما.

وهكذا فقد ثبت بالاستقراء كما تظافرت الأدلة من القرآن والسنة على أن مقصد الشارع من وضع الشرائع والأحكام هو جلب المصالح ودرئ المفاسد عن الناس، يقول العز بن عبد السلام: "الشريعة كلها مصالح، إما درء مفاسد أو جلب مصالح"[1]، ويقول الإمام الشاطبي: "الشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، ودرء المفاسد عنهم"[2].

ب/ أدلة المنكرين للمصالح المرسلة:

وهم فريقان: فريق نفاة القياس، وهؤلاء لا يقولون بعلل أو تعليل، ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح، ويرون أن ما نص عليه الله في كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس، وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء، كما أنّ العقول لا يمكنها إدراك العلل التي تبنى عليها الأحكام، مما يبطل الاستدلال بجميع الأدلة العقلية بما فيها المصالح المرسلة. أما الفريق الثاني فهم المثبتون للقياس، وهم لا ينكرون تعليل الأحكام ومع ذلك لا يقولون بحجية المصالح المرسلة، ودليلهم على ذلك ما يلي:

1/ لقد شرع الله كل ما يكفل تحقيق مصالح الناس إما من خلال كتابه أو سنة نبيه، أو بما هدى إليه أهل الاجتهاد والعلم، فلم يختلفوا فيها، وما تنازعوا فيه أرشدهم أن يردوه إلى الله ورسوله عن طريق القياس، وبهذا حصل كمال الدّين وتمام النعمة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلامَ دِينًا** ﴾ [المائدة: 3]. [3]

وأجيب على هذه الشبهة: بأنه حتى وإن راعت الشريعة مصالح العباد وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها، لكنها لم تنص على جميع جزئيات المصالح إلى نهاية الدنيا، بل نصت على بعضها فقط، ودلت بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هي مقصود الشارع، وغرضه من جميع

[1] – قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، 9/1.

[2] – الموافقات، 6/2 و37.

[3] – انظر: عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص94.

الأحكام، وعدم تنصيص الشريعة على جميع المصالح لا يقدح في كمالها، بل إنّ ذلك من محاسنها لأنه يدل على صلاحها لتكون عامة لكل الناس في كل زمان، ذلك أن المصالح الجزئية تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال.[1]

ورد أيضا بأن القائلين بالاستصلاح لا ينكرون وفاء الشريعة بحاجات الناس وإن أنكروا وفاء النصوص بها، لأنهم يعتبرون العقول من وسائل إدراكها، واهتداء العقول إليها إنما هو بهداية الله عز وجل لها، ومن ثمّ كان دورها هو دور الكاشف فقط لا المنشئ.

2/ ومن أدلة المنكرين أيضا: أن القول بالمصالح المرسلة واعتمادها كدليل من بين الأدلة يفتح الباب أمام أصحاب الأهواء، والشهوات من الفقهاء والحكام يتصرفون وفق أهوائهم، مما يؤدي إلى إهدار قداسة الشريعة فيقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة، ويتجرأ الجهال على تشريع الأحكام، وفي هذا قال ابن تيمية ــرحمه اللهــ: "إنه من جهة المصالح حصل في أمر الدّين اضطراب عظيم وكثير من الأمراء رأوا مصلحة فاستعملوها بناء على هذا الأصل، وقد يكون هناك منها ما هو محضور في الشرع لم يعلموه..."[2] .

وأجيب على هذه الشبهة بأن هذه الحجة ربما تصدق في حالة ما إذا كانت المصلحة المرسلة التي تؤسس عليها الأحكام دون قيد أو شرط، ومن جهة فإن العمل بالمصالح هو مهمة العلماء والمجتهدين، وإذا تجرأ الجهال فإن أهل العلم يكتشفون جهالتهم، ثم إن الحذر من تجرأ الجهال لا يعني تعطيل دليل مهم في استنباط الأحكام، وإلاّ لعطل الاجتهاد الشرعي جملة بسبب المتطفلين على الاجتهاد أو على الفتيا.

3/ من حجج المنكرين للمصالح المرسلة أيضا؛ ما ذكره الآمدي في الأحكام أنه لم يقم دليل شرعي على اعتبارها ولا على إلغائها، فهي مصلحة مترددة بين الاعتبار والإلغاء وتحتمل كلا منهما، ولا يوجد دليل يرجّح اعتبارها على إلغائها، فهو ترجيح من غير مرجح.[3]

وأجيب بأن رعاية المصلحة واعتبارها هو الأصل، وإلغاء المصلحة هو الاستثناء، فإلحاق المصالح المسكوت عنها بالمصالح المعتبرة أولى من الحاقها بالمصالح الملغاة.

---

[1] – عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص238-239.

[2] – ينظر: أصول الفقه لأبي زهرة، ص224.

[3] – الأحكام في أصول الأحكام للآمدي، 140/2.

خامسا: شروط العمل بالمصالح المرسلة:

المصالح المرسلة وإن كانت عند القائلين بها حجة شرعية، ودليل تبنى عليه الأحكام إلا أن ذلك ليس على الإطلاق فقد قيدوها بشروط تضبط حدود العمل بها، وفيما يلي تلك الشروط[1]:

الشرط الأول: ملاءمتها لمقاصد الشارع، بحيث لا تعارض ولا تنافي أصلا من أصوله، ولا دليلا من دلائله نصا أو إجماعا أو قياسا، فلا تصح رعاية المصلحة مثلا في مساواة البنت بالابن في الميراث، أو جعل عقدة النكاح بيد الزوجة، أو في تغيير أي حكم ثبت بالنص أو بالإجماع.

الشرط الثاني: أن تكون مصلحة حقيقية تجلب نفعا للمسلمين، أو تدفع ضررا عنهم وهذا يستلزم البحث وإمعان النظر والاستقراء في إثبات المصلحة.

الشرط الثالث: أن تكون مصلحة عامة، أي ليست مصلحة شخصية، بحيث تجلب نفعا لأكثر الناس، أو تدفع ضررا عن أكثرهم، لأن المصلحة العامة مقصودة للشارع ولو كان فيها مضرة لفرد أو أفراد، أما المصلحة التي تعني الفرد أيا كان فلا يصح بناء التشريع عليها.

الشرط الرابع: أن تكون فيما يدخل فيه التعليل فلا تتعلق بالعبادات وإنما مجالها العادات والمعاملات، قال الإمام الشاطبي: "موضوع المصالح المرسلة ما عقل معناه على التفصيل، والتعبدات من حقيقتها أن لا يعقل معناها على التفصيل"[2]. هناك من يرى أن هذا الشرط يدفع ويرد أهل البدع أن لا يعتمدوا على أصل المصالح في القول بمشروعية بدعهم.[3]

أسئلة للمذاكرة:

س1/ عرف المصالح المرسلة وما الفرق بينها وبين الاستصلاح؟

س2/ المصلحة المرسلة لم يأتي في الشرع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها. اشرح هذه العبارة مع التمثيل.

س3/ كيف تفسر إنكار الظاهرية لدليل المصالح المرسلة؟

س4/ أي المذاهب أكثر عملا بالمصالح المرسلة؟ وما هو تفسيرك؟

---

[1] – ينظر: الاعتصام للشاطبي،129/2. والمستصفى للغزالي، وأصول التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف، ص99.

[2] – الاعتصام، 57/3.

[3] – حاتم باي، مرجع سبق ذكره، ص17.

س5/ كيف يمكن الرد على حجة المنكرين للمصالح المرسلة بأنه لا يوجد دليل يرجّح اعتبارها على إلغائها؟

س6/ هناك من قال أن جميع الأئمة يعملون بالمصالح المرسلة، ما هو تعليقك على هذا القول؟

المبحث الثاني:

الدّليل الثاني: الاستحسان

أولا: تعريفه:

أ/ الاستحسان في اللغة معناه عدّ الشيء حسنا.[1]

ب/ اصطلاحا: عرّف بتعاريف كثيرة منها: "هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه".

وقيل: "الاستحسان هو أن يعدل عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي العدول" [2]. وهو تعريف أبي الحسن الكرخي، وقيل هو أحسن التعريفات.

وقال ابن عربي: "الاستحسان عندنا وعند الحنفية، هو العمل بأقوى الدليلين"

وقال ابن عربي أيضا: "الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل عن طري الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته".[3]

---

[1] – لسان العرب، مادة (حسن)

[2] _ الإحكام للآمدي، 205/4.

[3] – ينظر:ابن عربي، أحكام القرآن، 278/2. والإحكام للآمدي، 205/4.

خلاصة التعاريف السابقة: " الاستحسان هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، لدليل تطمئن إله نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدول".[1]

انطلاقا من تعريف الاستحسان يمكن حصر المفاهيم التي يرتكز عليها فيما يلي[2]:

1_ وجود تعارض بين دليلين فيؤخذ بالأقوى.

2_ يقوم الاستحسان على مبدأ الاستثناء لأن فيه ترك للدليل الأصلي.

3_ العدول عن الدليل الأصلي ليس من باب التشهي، وإنما هو اتّباع للدليل الأقوى.

4_ الدليل الأصلي الذي يكون منه الإستثناء إما أن يكون عموما لفظيا أو قياسا متعديا، أو قاعدة كلية.

ثانيا: أمثلة عن الاستحسان:

أ/ جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه الخير، فقد جازت هذه الوصية استحسانا والقياس عدم الجواز، وكذلك وقفه على نفسه جاز استحسانا والقياس عدم الجواز.

وقيل هنا استحسانا لأن القاعدة العامة تقضي بعدم صحة تبرعاته ، حفظا لماله لكن استثنيت وصيته في وجوه البر من هذه القاعدة، لأن الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة الموصي، والوقف كالوصية يحفظ المال على السفيه، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة.

ب/ النظر إلى المخطوبة: مباح عن طريق الاستحسان، ومعلوم أن النظر إلى الأجنبية محرم، والمخطوبة أجنبية، فيكون النظر إليها محرم بنص الآية، لكن أباحت السنة ذلك: ((اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما))[3]، فقد استثني النظر إلى المخطوبة من عموم التحريم، وقد سمي هذا العمل استحسانا لأنه عمل فيه بالأحسن والأقوى والأنسب، وذلك من جهة تحقيق التعارف والميل والتوافق بين الخطيبين، ولأن وجود محارم المخطوبة يأمن الفتنة ويحفظ العرض، وهو العلة من تحريم النظر إلى الأجنبية.

---

[1] – عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص231.

[2] – حاتم باي، مرجع سبق ذكره، ص26.

[3] – رواه الترمذي في كتاب النكاح

ج/ النظر للعورة للعلاج: أباح الفقهاء استحسانا النظر إلى العورة لغرض العلاج والتداوي، وهي إباحة وقع استثناءها من عموم حكم النظر إلى العورات، وقد وقعت الإباحة لما فيها من مصالح مشروعة.

د/ أجرة الفنادق: جرت العادة أن الناس يعطوا أجرة الفنادق في مقابل الخدمات التي تقدم لهم من أكل وشرب واستحمام واستهلاك للكهرباء واستعمال للمصعد وانتفاع بمحتويات الغرفة، وغير ذلك، وهي خدمات ليست محددة ولا معلومة، وهي متروكة للنزيل...وعدم التعيين مخالف لقاعدة العلم بالعوض ومع ذلك هو جائز مباح بالاستحسان المبني على تحكيم العادات السليمة، ورفع الحرج الزائد عن الطاقة، فضلا على أنه لا يؤول بالضرر على أصحاب الفنادق.[1]

ثالثا: أنواع الاستحسان

من الأصوليين من جعل الاستحسان عدّة أنواع، بعض تلك الأنواع محل نقد ورفض، ومن تلك الأنواع نذكر ما يلي:

أ/ الاستحسان بالنص (الأثر): ونمثل له ببيع السلم، حيث أن القاعدة العامة تقضي ببطلان بيع المعدوم، وقد نص على ذلك الحديث الشريف، أنه (صلى الله عليه وسلم) قال: (لا تبع ما ليس عندك)[2]، لكم استثني السلم وهو بيع ما ليس عند الإنسان 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)[3].

ب/ الاستحسان بالإجماع: وهو أن يُترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر ومثاله؛ دخول الحمامات بأجر معلوم؛ حيث أن القاعدة العامة تقتضي فساده للجهل بكمية الماء المستهلكة والمدة التي يستغرقها الشخص في الحمام، لكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحسانا لجريان عمل الناس بذلك دون إنكار من أحد من العلماء والمجتهدين فكان إجماعا.

---

[1] – تعليم علم أصول الفقه للخادمي، ص243.

[2] _ أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة، رقم 3505، والنسائي في كتاب البيوع، رقم 4630 .

[3] _ رواه البخاري في كتاب السلم، رقم2086، ومسلم في كتاب المساقاة، رقم 3010.

ج/ استحسان العرف والعادة: وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك، أو عملا بما اعتاده الناس، ومثاله قول أحدهم: "والله ما دخلت مع فلان بيتا" فهو يحنث بدخول كل موضع يسمى بيتا في اللغة، والمسجد يسمى بيتا فيحنث على ذلك، إلا أنّ عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ فلا يحنث. ومن حلف لا يأكل سمكا فأكل لحما لا يحنث، لأن لفظ اللحم في عرف الناس لا تطلق على السمك.[1]

د/ استحسان الضرورة: وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، سدا للحاجة أو دفعا للحرج، ومثاله العفو عن رشاش البول، والغبن اليسير في المعاملات لعدم إمكان التحرز، ومثاله أيضا عدم الفطر لما يصعب الاحتراز عنه كذباب أو تراب أو حصاة.

هـ/ الاستحسان بالمصلحة: هذا هو الاستحسان عند المالكية؛ ومعناه أن يدل الدليل العام من قياس أو عموم لفظي على حكم لكنه قد يؤدي إلى الحرج والمشقة، بحيث يجلب مفسدة راجحة أو يدفع مصلحة معتبرة، فيُلجا حينها إلى ترك الدليل العام، مثاله؛ تضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة لا يمكنه دفعها، علما أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعديّ أو التقصير لأنه أمين، والاستحسان تضمينه رعاية لمصلحة الناس بالحفاظ على أموالهم نظرا لفساد الذمم.

و/ الاستحسان بالقياس: وهو أن يعدل المجتهد عن حكم قياس ظاهر إلى قياس خفي لكنه أدق من الأول، ومثاله الحكم بطهارة سؤر سباع الطير المحرمة كالصقر، مع أن القياس الظاهر يقتضي نجاسته كسؤر سباع البهائم مثل الذئب والأسد والنمر، لكن قالوا بطهارته قياسا على سؤر الآدمي لأنها تشرب بمناقيرها وهي عظام طاهرة، وهو قياس خفي فكان الحكم به استحسانا.

ملاحظة: هناك من انتقد هذا التقسيم لأنواع الاستحسان معتبرين إقحام بعض الأنواع كاستحسان النص واستحسان الإجماع الغرض منه الانتصار لمشروعية الاستحسان، لأن الحكم إذا

[1] – الاعتصام، 141/2.

ثبت بالنص يضاف إليه حتى وإن خالف القياس ولا حاجة لوصفه بأنه استحسان، لأن النص مقدم أصلا عن القياس. وما قيل عن استحسان النص يقال أيضا عن استحسان الإجماع ، لأن الإجماع مقدم عن القياس في المرتبة وبالتالي فالحكم قائم على الإجماع لا على الاستحسان.

رابعاّ: حجية الاستحسان

تباينت مواقف العلماء من الاستحسان، فمن قائل أنه تسعة أعشار العلم، ومن قائل من استحسن فقد شرع، ومن وقف موقف وسطا بينهما، وفيما يلي عرض لرأي كل فريق مع أدلته[1]:

أ/ **الفريق الأول**: ويمثله الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام، وأدلتهم هي:

1/ وقوع الاستحسان بآيات قرآنية وأحاديث نبوية؛ حيث حصل عدول عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم، جلبا للمصلحة أو درء للمفسدة، كتحريم الله الميتة والدم ولحم الخنزير واستثناء المضطر، في قوله عز وجل: {قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ} [الأنعام:145]. وتوعد من كفر بعد إيمانه ثمّ استثنى المكره في الآية 106 من سورة النحل فقال: **{إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان}**.

والرسول (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع المعدوم ثمّ رخّص في بيع السلم. وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة.

2/ ثبت من استقراء النصوص أن تعميم قاعدة كلية، أو اطراد القياس قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس بسبب الخصوصيات والملابسات التي تحيط بتلك الوقائع، وقد يؤدي تعميم الحكم الكلي إلى جلب مفسدة كمشقة ونحوها. فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة.[2]

---

[1] – ينظر: الموافقات للشاطبي، 2010/4 والاعتصام للشاطبي 137/2. والإحكام للآمدي 136/4 ومصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيع لعبد الوهاب خلاف، ص77 . وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي لمصطفى ديب البغا، ص130 وما بعدها

[2] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص77.

3/ لهم أدلة نقلية أخرى منها قوله تعالى:{الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ} [الزمر: 18]، وقوله: {**وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ**} [الزمر: 55]، ووجه الاستدلال أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد أنه أحسن وهو معنى الاستحسان.

ومن السنة قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن".

4/ الإجماع: حيث أجمع الصحابة والأمة على مسائل كان مستندهم في ذلك الاستحسان، ومثاله أن الأمة استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض الماء، ولا تقدير مدّة المكث، ولا سبب في ذلك إلا أنّ المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه.

ب/ الفريق الثاني: وهم المنكرون للاستحسان، وهو عندهم ليس دليل شرعي، إنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأي. ومن أدلتهم ما يلي:

1/ المطلوب من المسلم أن يتبع حكم الله ورسوله مما ثبت بنص أو قياس، أما الحكم الذي يستحسنه المجتهد فهو حكم وضعي لا شرعي، وهو مبني على التذوق والتلذذ، وقد نهينا عن ذلك.

2/ لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه بعقله فيما ليس فيه خبر لجاز لغيره من العوام أن يقولوا بذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق .

3/ إن الاستحسان لا ضابط له كما ليس له مقاييس يقاس بها الحق من الباطل، فلو جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة لا ضابط لها، وما هكذا تفهم الشرائع.

ج/ الفريق الثالث وهو لمجموعة من العلماء ويرون أنه دليل شرعي لكنه ليس دليلا مستقلا، بل هو راجع للأدلة الشرعية الأخرى عند التحقيق لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس، أو العمل بالعرف أو المصلحة. ومن هؤلاء الشوكاني.

تحرير محل النزاع:

قد ظهر تباين كبير بين فريق المثبتين والمنكرين وهذا ما أدى إلى القول أن المختلفين في الاستحسان لم يحرروا موضع النزاع، وأن اختلافهم هو ظاهري لفظي لا حقيقي، فالقائلون بالاستحسان يقررون حجية الاستحسان الذي هو عدول عن الحكم في مسألة عمّا حكم به في نظائرها لوجه يقتضي هذا العدول، أو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي استثناء من ذلك القياس... والمنكرون لحجية الاستحسان ينكرون الاستحسان الذي معناه استحسان المجتهد بعقله وهواه.

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغي أن يخالف فيه، لأنه ما هو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا عند المجتهد، والاستحسان بالمعنى الثاني لا يقول به أحد لأنه ترك للحكم الذي دلّ عليه دليل شرعي بمجرد العقل والهوى.[1]

من جهة أخرى هناك من يرى أن الاستحسان ليس مصدرا تشريعيا مستقلا إنما هو تابع للأدلة والمصادر التشريعية الأخرى، فهو ينبني عليها ويستخلص منها عن الطريق النظر والاجتهاد، ولذلك قيل أن الاستحسان عمل بلوازم الأدلة ومآلاتها ومقاصدها، وعن سبب إفراد الاستحسان بالذكر والدراسة يقول الخادمي: "إنّ ذلك يأتي في سياق الجوانب المنهجية المتصلة بالبحث والتوضيح والترتيب والتبويب ويأتي في سياق الرد على من توهم أنّه دليل مستقل عن الشرع أو دليل يقابل الأدلة الشرعية الأخرى"[2] .

أسئلة للمراجعة:

س1/ من خلال تعريف الاستحسان ماهي المفاهيم التي يرتكز عليها؟

س2/ ما هو مفهوم الاستحسان عند المالكية؟

س3/ هناك من يرى أن الاستحسان ليس دليلا مستقلا، ما هو تفسير ذلك؟

س4/ حصل تباين كبير في مواقف العلماء من الاستحسان، كيف تفسر ذلك؟

س5/ هات أمثلة عن الاستحسان وبين نوعه.

[1] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص78.

[2] – تعليم علم أصول الفقه، ص248.

المبحث الثالث:

الدليل الثالث: سد الذرائع

أولا: تعريفها

أ/ تعريفها لغة: الذرائع جمع ذريعة، ومن معانيها في اللغة: كل ما يتخذ وسيلة ويكون طريقا إلى شيء غيره.

أما المعنى الأصلي لسد الذريعة عند العرب فهي جمل يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به ويرمي الصيد إذا عثر عليه، ثم استعملت الذريعة بعد ذلك لكل شيء أدنى من شيء وقرب منه.[1]

ب/الذريعة اصطلاحا: هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء الممنوع، أو الشيء المحضور خاصة. وقال الشاطبي: "حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"[2].

وهذا هو المعنى الغالب عند إطلاق الذرائع ؛ أي الوسائل المفضية إلى المفاسد.

أما **سد الذريعة فمعناه:** (منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز)[3].

ومثالها حفر بئر في الطريق ذريعة إلى الإضرار بالمارة ولذلك نهي عنه. والبيع وقت الجمعة ذريعة للتغيب عن الصلاة والخطبة، وطريق إلى حصول الإثم والذنب بسبب الانشغال عن الواجب الديني لذلك منع البيع.

ثانيا: شواهد وأدلة شرعية على مشروعية أصل سد الذرائع

أ/ من القرآن قول الله تعالى: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ}**.. [البقرة: 104] فقد نُهي المؤمنون عن قول كلمة راعنا لأن اليهود

---

[1] – لسان العرب، مادة (ذرع)

[2] – الموافقات، 200/4.

[3] – ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص116. ونسبه للمازري في شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب.

يستعملونها للسب والشتم، وذلك سدا لذريعة النيل من شخص الرسول (صلى الله عليه وسلم) لأنهم كانوا يقصدون بها الرعونة. وقيل أن معناها عندهم اسمع لا سمعت فاغتنموها وقالوا: "كنا نسبه سرا فالآن نسبه جهرا"[1].

وقال تعالى أيضا: ﴿ **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ** ﴾ [الأنعام: 108]. لقد نهى الله عز وجل أن تُسب معبودات المشركين على سمع منهم، لأن ذلك يؤدي إلى ممنوع وهو إطلاق ألسنتهم بسب الله.

ب/ من السنة: ما جاء عن النبي (صلى الله عليه وسلم): "من أكبر الكبائر أن يشتم الرجل والديه" قالوا: يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه؟ قال "نعم: يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه"[2].

كما أنه (صلى الله عليه وسلم) لم يقتل المنافقين لكي لا يتخذ ذلك ذريعة إلى القول بأنّ محمدا يقتل أصحابه.

ثالثا: أنواع الذرائع وحكم كل نوع

الأفعال المؤدية إلى المفاسد إما أن تكون بذاتها فاسدة محرمة، وإما أن تكون بذاتها مباحة. الأولى تؤدي بطبيعتها إلى الشر والفساد كشرب المسكر المفسد للعقول والزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب، هذا النوع لا يدخل في دائرة سد الذرائع لأنها محرمة لذاتها، فلا خلاف بين العلماء في منعها. أما الأفعال المباحة الجائزة التي تؤدي إلى المفاسد فهي على أنواع[3]:

[1] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 57/2.

[2] ــ رواه البخاري في كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه بلفظ قريب منه، رقم 5636. ورواه مسلم في صحيحه. كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها، رقم 155.

[3] – ينظر: الموافقات للشاطبي، 359/2 . وعبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص245.

أ/ وسيلة تؤدي إلى المفسدة نادرا وقليلا، فتكون المصلحة هي الراجحة، مثل زراعة العنب والنظر إلى المخطوبة. هذه الوسيلة لا تسد لأنه لا عبرة بما وقع نادرا والأخذ بأصل الإذن لازم، ولأنه لا توجد في العادة مصلحة خالية تماما عن المفسدة.

ب/ وسيلة تؤدي إلى المفسدة غالبا، حيث تكون المفسدة أرجح من المصلحة كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكإجارة العقار لمن يستعمله استعمالا محرما كاتخاذه مقرا للقمار، وكبيع العنب لمن عرف عنه الاحتراف بعصره خمرا.

هذا النوع من الذرائع ممنوع ويجب سده باتفاق كل المالكية، لأنه من قبيل الظن الذي يجري مجرى العلم (القطع)، وأن المنصوص عليه في الشرع مما جرى على أصل سد الذرائع داخل في هذا القسم، كالنهي عن سب آلهة المشركين، وعن قول راعنا للنبي (صلى الله عليه وسلم) وعدم قتل النبي المنافقين. فكلها وسائل فيها ظن الإفضاء إلى المفسدة، ولا وجود للقطع.

ج/ وسائل تفضي إلى المفاسد كثيرا لا غالبا ولا نادرا، من أمثلة هذا النوع بيوع الآجال؛ وهي أن يبيع رجل لآخر سلعة بمائة إلى أجل، ثم يشتريها منه نقدا بخمسين.

منع المالكية هذا النوع من البيوع لأن البائع خرج من يده خمسون دينارا وأخذ عن حلول الأجل مائة، والسلعة قد جعلت ذريعة للربا، وقد وافق الحنابلة المالكية في منع هذا النوع من الذرائع، وخالف الشافعية.

وحجة المالكية أن الشارع منع بعض الذرائع لإفضائها إلى المفسدة كثيرا لا غالبا، كحد الخمر فإنه مشروع للزجر والازدجار به كثيرا لا غالبا، فاعتبر الشارع الكثرة في الحكم ورجّحه، والمجتهد يجري على وفق ما بنى عليه الشارع أحكامه، كما أنّ جانب دفع المفسدة مغلب على جلب المصلحة، ولأن الشريعة كما يقول الإمام الشاطبي: "مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة..."[1]. ولأن الشريعة جاءت بمنع الفساد وسد طرقه، فلا بد من منع كل وسيلة تؤدي إلى ذلك حتى لو كانت الوسيلة مباحة في ذاتها.

أما الشافعية والظاهرية فلم يمنعوا هذا النوع من البيوع لأنها أفعال مباحة في أصلها فلا تصير ممنوعة بمجرد احتمال إفضائها إلى مفسدة.[2]

---

[1] – الموافقات 364/2.

[2] – ينظر: بداية المجتهد، 117/2 و الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان، ص246

وهكذا فإن الذين منعوا هذه الذرائع قد نظروا إلى مقاصد الأفعال وغاياتها ومآلاتها، فقالوا بالمنع ولم يعتبروا إباحته، أما الفريق المخالف فقد نظروا إلى إباحة تلك الأفعال بغض النظر عن نتائجها فرجّحوا الإذن الشرعي العام الوارد فيه على الضرر المحتمل.

رابعا: الاحتجاج بسد الذرائع

انقسم الموقف الفقهي من الاحتجاج بسد الذرائع إلى مذهبيّ:

أ/ مذهب الإمام مالك وأحمد العمل بسد الذرائع، وينسب للإمام مالك الإكثار من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي، قال الشاطبي وهو يقرر أن أصل النظر في المآلات معتبر مقصود شرعا: "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد، منها قاعدة الذرائع التي حكمها الإمام مالك في أكثر أبواب الفقه"[1].

أما الإمام أحمد فقد قارب الإمام مالك في العمل بسد الذرائع، وقد صرح علماء الحنابلة بنسبة أصل سد الذرائع للمذهب الحنبلي، ومن ذلك قول الإمام ابن القيم ــرحمه اللهــ: "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فإنه أمر ونهي والأمر نوعان: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى مفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الّدين"[2].

ب/ المذهب الثاني ويمثله أبو حنيفة والشافعي، حيث ينسب إليهم عدم العمل بأصل سد الذرائع، بسبب أن كتب أصولهما لم تذكر شيئا عن هذا الأصل.[3]

وقد اشتهر أن أصل سد الذرائع خاص بالمالكية، لكن من علماء المالكية من أنكر اختصاص مذهب مالك بهذا الأصل وإن اعترفوا بأنهم أكثر إعمالا له بالنسبة لغيرهم، قال القرافي: "إن الذرائع ثلاثة أقسام؛ قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه كحفر الآبار في طريق المسلمين فإنه وسيلة إلى هلاكهم فيها...وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيوع

[1] – الموافقات،216/2.

[2] – أعلام الموقعين، 171/3.

[3] – انظر: مصطفى ديب البغا أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص574.

الآجال عندنا اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، وحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا...".

يؤكد أبو زهرة ما قرره القرافي بقوله: " ونحن نميل إلى أن العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموها بذلك الاسم "[1]. وما يؤكد هذه النتيجة تلك الفروع الفقهية الكثيرة المبثوثة في كتب الفقه من جميع المذاهب مما يعد شاهدا على أنهم جميعا يعملون بهذا الأصل.[2]

خامسا: علاقة سد الذرائع ببعض القواعد

مفهوم الذرائع يتقارب مع مفاهيم أخرى كالوسائل كما يلتقي مع قاعدة تعارض المصالح والمفاسد، وفيما يلي بيان ذلك:

أ/ علاقة سد الذرائع بقاعدة الوسائل والمقاصد: قسم الإمام القرافي الأحكام من حيث كونها وسائل ومقاصد إلى نوعين:

القسم الأول: أحكام متضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، وهذه هي المقاصد.

القسم الثاني:أحكام هي طرق مفضية إلى المقاصد، وهذه هي الوسائل، وحكمها حكم ما أفضت إليه من وجوب وغيره. وبهذا فإنه ليس كل وسيلة يجب سدها، بل كما يجب سدها يجب فتحها وقد تكره وتندب وتباح.

فتحديد الحكم الشرعي للوسائل يكون بناء على النظر في مآل الوسائل والموازنة بين المصالح والمفاسد، فقد يكون الشيء عند تجرده مشتملا على مفسدة فيمنع فإذا أدى إلى مصلحة راجحة أو اشتمل عليها لم ينظر لتلك المفسدة، ومثاله التوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للحربيين مع أنه حرام، لأن فيه تقوية لهم على المسلمين، لكن ارتفع هذا الوصف لما أدى إلى مصلحة راجحة وهي تحرير مسلمين من الأسر.[3]

---

[1] – مالك لأبي زهرة ص،416.

[2] – انظر هذه الشواهد من فقه المذاهب عند مصطفى ديب البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، 580 وما بعدها.

[3] – ينظر: الفروق للقرافي، 33/2 وحاتم باي، مرجع سبق ذكره.

ب/ علاقة سد الذرائع بقاعدة تعارض المصالح والمفاسد: الذريعة التي قيل بسدها هي التي تؤول إلى مآل ممنوع شرعا بسبب المفسدة المترتبة عنها، لذلك متى غلبت مفسدة المآل على مصلحة الأصل حُكم بسد الذريعة. وحسب ابن عاشور فإن أصل سد الذرائع يرجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد لأنه عبارة عن موازنة بين ما في الفعل الذي هو ذريعة من المصلحة وما في مآله من المفسدة...فما وقع منعه من الذرائع قد عظم فيه فساد مآله على صلاح أصله، مثل حفر الآبار في الطرقات، وما لم يقع منعه قد غلب صلاح أصله على فساد مآله كزراعة العنب.[1]

أسئلة للمراجعة:

س1/ ماذا يعني أصل سد الذرائع عند الأصوليين؟ أذكر بعض الشواهد على مشروعية هذا الأصل.

س2/ ما هو حكم ملازمة أقران السوء؟ وما هو الدليل على ذلك؟

س3/ هل الأفعال المحرمة تدخل في دائرة سد الذرائع ولماذا؟

س4/ ما نوع الأفعال التي تدخل في دائرة سد الذرائع، ومتى يجب سدها؟

س5/ ما هو محل النزاع بين الأصوليين في قاعدة سد الذرائع؟

س6/ اشرح العلاقة بين سد الذرائع وقاعدة تعارض المصالح والمفاسد.

المبحث الرابع:

الدليل الرابع: الاستصحاب

أولا: تعريفه

[1] – ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص116.

أ/ لغة: على وزن استفعال من صحب ومعناه طلب الصحبة أو المصاحبة، يقال: استصحبت فلان في الرحلة، أي طلبت صحبته ومرافقته، واستصحبت ما كان في الماضي؛ أي جعلته مصاحبا للحال. فالاستصحاب يحمل معنى الملازمة والمصاحبة.[1]

ب/ اصطلاحا: تعددت تعريفات الأصوليين للاستصحاب واختلفت عباراتهم في ذلك، ومهما اختلفت عباراتهم فإن جميعها يرجع إلى معنى واحد وهو:(إبقاء ما كان على ما كان) . قال الشوكاني: "هو بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره"، وقال ابن القيم: "هو إثبات ما كان ثابتا ونفي ما كان منفيا".[2]

وما يلاحظ على هذه التعاريف عموميتها وعدم اختصاصها بالأحكام الشرعية، فهي تشمل الأحكام الشرعية وغيرها من الأوضاع.

والتعريف الذي نختاره هو تعريف عبد الوهاب خلاف، فقد ذكر أن الاستصلاح عند الأصوليين هو: "استبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي قائما في الحال حتى يوجد دليل يغيره"[3]

ثانيا: أمثلة

أ/ ملكية شخص لأرضه تظل ثابتة، وتجيز له التصرف فيها ولا يحق لأحد التصرف فيها أو انتزاعها منه، فقد تعارف جميع أصدقائه وأقربائه أنه مالك لتلك الدار... وقد أثبت له القانون والعرف تلك الملكية، ولا يجوز لأحد أن ينازعه في داره، ولا يجوز تغيير ملكيته إلا إذا ظهر ما يغيرها كعقد بيع أو وصية تنفذ بعد موته.

ب/ الأصل في ماء البحر الطهارة إلا إذا اختلط بالنجاسة، حيث يصير متنجسا ويترك استصحاب الطهارة.

ج/ الأصل احترام إشارات المرور، فمن خالف ذلك فإنه يؤاخذ ويلام إلا إذا ثبت أن تلك الإشارات قد تعطلت.

---

[1] – القاموس المحيط للفيروزبادي، 95/1 ، وتاج العروس للزبيدي، 186/3.

[2] – ينظر: إرشاد الفحول للشوكاني، ص294 وأعلام الموقعين لابن القيم،339/1.

[3] – مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص151.

د/ الأصل في البضاعة الجديدة السلامة من العيوب، فمن اشترى بضاعة جديدة وادعى أنها فاسدة ، تقبل دعواه ويحكم له بالتعويض.

هـ/ الأصل أن غياب الطالب ثلاث مرات في السداسي يحرمه من الامتحان إلا إذا استظهر مبررات شرعية تزيل عنه الحرمان

ثالثا: أنواع الاستصحاب

أ/ استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء :

الإباحة هي الحكم الأصلي للموجودات في الكون، فكل الأشياء النافعة من طعام أو شراب أو حيوان أو نبات أو جماد مما لا يوجد دليل على تحريمها هي مباحة، ويحرم منها ما ثبت بدليل، والدليل على أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة قوله تعالى: ﴿**وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ [الجاثية: 13]، أما الأشياء الضارة فالأصل فيها التحريم لقوله (صلى الله عليه وسلم): "لا ضر ولا ضرار".

ب/ استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي:

أي أن ذمة الإنسان الأصل فيها عدم شغلها بحق الغير حتى يثبت هذا الغير إدانتها بدليل مؤكد، يزيل به ذلك الأصل الذي خلقت عليه وعلم سابقا، فمن ادّعى على آخر حقا فعليه الإثبات لأن الأصل في المدّعي عليه البراءة.

وقيل أن البراءة الأصلية تعني براءة الذمة من التكاليف، وانتفاء الأحكام الأصلية التي تثبت شغل الذمة بها، مثال ذلك عدم وجوب صوم رجب لانتفاء الدليل السمعي الصحيح المفضي للوجوب والإلزام بهذا التكليف، وبهذا الدليل علم أنه لا يجب صلاة سادسة ولا زكاة غير الزكاة المعهودة، ولا صوم غير رمضان.

ج/ استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه:

كل شخص ثبتت ملكيته لعقار أو منقول تبقى هذه الملكية ويحكم بها له إلا إذا قام الدليل على زوالها كأن يبيعه أو يهبه، وشغل الذمة بدين يبقى قائما ثابتا إلا إذا قام الدليل على تفريغ الذمة

منه بأداء أو إبراء...وثبوت الحل بين الزوجين يبقى قائما حتى يوجد الدليل على حصول الفرقة...وهكذا.[1]

ومثاله أيضا حكم الحل إذا ثبت بأمر ثابت فإنه يستمر حتى يقوم الدليل على خلافه، وذلك كاستصحاب الطهارة، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيحت الصلاة فيستصحب هذا الحكم حتى يثبث خلاف هذا الأصل، وهو الحدث.

رابعا: حجية الاستصحاب

جميع أئمة المذاهب ومن تبعهم يرون الاستصحاب حجة، ولكنهم يختلفون في مقدار الأخذ به. فقد ذهب الأكثرية من الشافعية والحنابلة، وهو مذهب الإمام مالك أيضا إلى أنه يصلح حجة في الدفع والإثبات؛ إي لثبوت الحكم السابق وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر، وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان، ودفع ما يخالفه، وهذا معنى قولهم: (الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات).[2]

ومحل الخلاف بين الحنفية وغيرهم في هذه المسألة؛ هو إذا ما دلّ الدليل على ثبوت حكم الواقعة، ولم يدل هذا الدليل على بقاء حكمه واستمراره، ولم يجد المجتهد بعد بحثه واجتهاده دليلا يغير الحكم الذي ثبت لهذه الواقعة، فهل يحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره ما دام لم يوجد ما يغيره أم لا؟ هذا هو موضع الخلاف بين الأصوليين في الاستصحاب.

أما إذا دلّ الدليل على ثبوت حكم شرعي لواقعة، ودلّ هذا الدليل نفسه على بقاء الحكم واستمراره فإن ثبوت الحكم وبقائه ثابت بالدليل الشرعي، وهذا لا يختلف فيه اثنان.

ومثاله قول الله تعالى فيمن قذفوا المحصنات بالزنا: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ* إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾ [سورة النور : 4-5]

فهذا النص دليل على ردّ شهادتهم فيما مضى وفي المستقبل لقوله: (أبدا).[3]

---

[1] – عبد الكريم زيدان، والوجيز في أصول الفقه، ص269.

[2] – محمد أبو زهرة، أحمد بن حنبل،ص289. وانظر أيضا مصطفى ديب البغا مرجع سبق ذكره، ص188 وما بعدها. وعبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه،269.

[3] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص151-152.

مثال ذلك خلافهم في المفقود؛ يرى الحنفية أنه حي استصحابا حيث يأخذ حكم الأحياء بالنسبة لأمواله وحقوقه القائمة وقت فقده، ولا تورث أمواله ولا تبين منه زوجته، لكن حياته هذه لا تصلح لاكتساب حق جديد؛ أي لإثبات أمر لم يكن للمفقود وقت فقده، فلا يرث من مورثه إذا مات قبله ولا حق له في المطالبة بالميراث لكن يوقف هذا النصيب إلى أن تتبين حاله، وهكذا فإن الاستصحاب عندهم حجة في الدفع لا في الإثبات.

أما القائلون بحجية الاستصحاب دفعا وإثباتا فيرون أن المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماما، فلا تزول عنه أمواله ولا تبين منه زوجته، ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله وكذلك نصيبه من الموصى به في حالة الوصية.[1]

خامسا: أدلة حجية الاستصحاب

أ/ من القرآن؛ قال عز وجل:**{قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ}** [الأنعام: 145] قالوا: الآية دليل على الاحتجاج بعدم الدليل

ب/ من السنة: قوله (صلى الله عليه وسلم): "إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول أحدثت أحدثت، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا"[2] فقد حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه، وهذا هو الاستصحاب. وفي حديث مسلم: " إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلّى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن"[3].

ج/ الإجماع؛ فقد انعقد الإجماع على أن الإنسان إذا شك في وجود الطهارة ابتداء لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة.

د/ المعقول؛ إن الحكم إذا ثبت بدليل، ولم يثبت له معارض قطعا ولا ظنا يبقى بذلك الدليل لأن ما يحقق وجوده أو عدمه في حال ولم يظن وجود معارض يزيله فإنه يلزم ظن بقائه.

---

[1] – محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص312

[2] – أخرجه أبو داود عن أبي هريرة، 29/1.

[3] – رواه مسلم في كتاب المساجد، 400/1. ومالك في الموطأ، وأبو داود في سننه.

سادسا: ملاحظات حول الاستصحاب

أ/ الاستصحاب لا يثبت أحكاما جديدة وكل ما يفيده هو استدامة الحكم السابق، فهو دليل سلبي وليس إيجابي.

ب/ الاستصحاب ليس في ذاته دليلا فقهيا ولا مصدرا تستقى منه الأحكام، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته دليله

ج/ الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة، بأن يبذل المجتهد غاية جهده في التحري عن الدليل فلا يجده، وحينئذ يرجع إلى الاستصحاب فهو (آخر مدار الفتوى فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثمّ في السنة فإن لم يجده يأخذ حكمه من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإذا كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإذا كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته)[1].

د/ من القواعد والمبادئ التي بنيت على الاستصحاب:

1. الأصل في الأشياء الإباحة.
2. الأصل براءة الذمة.
3. اليقين لا يزول بالشك.
4. إعمال الدليل أولى من إهماله.
5. العام يحمل على عمومه إلى أن يرد ما يخصصه.
6. لا يعبد الشارع إلا بما شرع.
7. الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

أسئلة للمذاكرة:

س1/ هل الاستصحاب في نظرك دليل مستقل؟ وضح إجابتك

[1] – إرشاد الفحول للشوكاني، 508.

س2/ ما هو حكم من استيقن الوضوء وشك في الناقض، وما هو حكم من استيقن الناقض وشك في الوضوء؟ هل يصلح الاستصحاب دليلا على هذه المسألة؟ اشرح ذلك.
س3/ ما معنى قولهم: "الاستصحاب دليل سلبي وليس إيجابي"؟
س4/ ما هو محل الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستصحاب؟

المبحث الخامس:

الدليل الخامس: العرف

أولا: تعريفه لغة واصطلاحا:

أ/ لغة؛ مصدر عرف يعرف عرفا وعرفانا، وكلها تدل على معنى العلم. ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن لدى الناس.[1]

ب/ اصطلاحا: العرف هو (عادة جمهور قوم من قول أو فعل).

ذكر هذا التعريف مصطفى ديب البغا ونسبه للزرقاني في المدخل الفقهي، ومثله تقريبا تعريف محمد محدة: (هو عادة جمهور قوم من قول أو فعل، أو ما تعوده الناس واستقامت عليه أمورهم).[2]

وعرفه عبد الوهاب خلاف بقوله: " العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالبا من قول أو فعل"[3].

ج/ العرف والعادة: هما لفظان مترادفان، لهما معنى واحد عند الشرعيين. قال أبو زهرة: "وإن اعتادت الجماعة أمرا صار عرفا لها، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى وإن اختلف مفهومهما فهما يلتقيان فيما يختص بالجماعات"[4]

---

[1] – القاموس المحيط للفيروزبادي، فصل العين، 179/3.

[2] – ينظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للبغا، ص242 و الوجيز في أصول اللفقه لمحمد محدة، ص288.

[3] – مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص145.

[4] – الإمام مالك لأبي زهرة، ص420.

تعريف مختار للعرف: (ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول فعلا كان أو قولا دون معارضة لنص أو لإجماع سابق)[1].

ثانيا: أمثلة عن العرف

أ/ إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنها في اللغة تطلق على الذكر والأنثى.

ب/ إطلاق لفظ الدراهم على النقود المتداولة ورقا أو نقدا، مع أن الأصل إطلاقها بما كان مضروب من الفضة خاصة.

ج/ تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل في بعض البلاد الإسلامية.

د/ تعارف الناس أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته من ثياب وغيره يعتبر هدية وليس جزءا من المهر.

هـ/ إطلاق لفظ الدّابة على ذوات الأربع دون الإنسان، وتطلق عند البعض على الحمار خاصة.

ثانيا: أنواع العرف

العرف قد يكون قولا أو عملا، وقد يكون عاما يشمل جميع المسلمين أو خاصا بفئة معينة، كما قد يكون صحيحا أو فاسدا بسبب معارضته للشرع.

أ/ العرف القولي والعرف العملي:

1_ العرف القولي: هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم، بأن يريدوا بها معنى معينا غير المعنى الموضوع لها في أصل اللغة، كتعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وإطلاق لفظ اللحم على لحم الضأن والغنم والبقر...غير الأسماك.

2_ العرف العملي: هو ما اعتاده الناس من أعمال كتقسيم المهور إلى مقدم ومعجل، واتخاذ يوم الجمعة عطلة.

[1] – عبد السلام مدكور، مدخل للفقه الإسلامي، ص81.

ب/ العرف العام والعرف الخاص:

1_ العرف العام هو ما تعارف عليه الناس في جميع البلدان، وصار مستساغا من كل الناس كعدم تحديدهم مدة المكوث في الحمام أو كمية الماء المستهلك، وتعارفهم استعمال لفظ الطلاق في فك الرابطة الزوجية.

2_ العرف الخاص هو ما كان خاصا بفئة معينة أو دولة معينة، ومثاله الألفاظ التي اصطلح عليها أهل العلوم وأصحاب الحرف والصناعات التي يريدون بها عند إطلاقها المعاني الاصطلاحية دون معانيها اللغوية، ومثاله أيضا العرف الشرعي، وهي الألفاظ التي استعملها الشرع مريدا بها معنى خاصا كلفظ الصلاة والحج ونحوهما...

ج/ العرف الصحيح والعرف الفاسد

1_ العرف الصحيح هو الذي لا يخالف نصا من نصوص الشريعة، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، هذا النوع هو المعتبر دليلا من الأدلة كتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته هو هدايا وليس من المهر، ومثاله أيضا بيع التعاطي الذي يتم بالقبض والدفع دون إيجاب ولا قبول، وغالبا ما يكون في الأشياء البسيطة المعروفة الثمن أو التي يحدد لها صاحبها سعرا معينا، ويكتبه عليها.[1]

2_ العرف الفاسد هو الذي يخالف حكما من أحكام الشارع أو دليلا من أدلته، وهو ليس حجة ولا يعتد به، ومثاله عدم توريث المرأة في بعض المناطق لأن في منعها من حقها مخالفة لنصوص الشرع... وأيضا أكل أبو الزوجة مهر ابنته في بعض المناطق والمهر من حقها شرعا وليس من حق أبيها، ومثاله أيضا ما تعارف عليه الناس من عادات منكرة في المآتم والأعراس والحفلات، وتعارفهم على الاستقراض بالربا من المصارف.

تقسيم الشاطبي للعرف

قسم الإمام الشاطبي _رحمه الله_ العوائد باعتبار من تصدر عنه إلى عوائد شرعية وعوائد جارية بين الخلق فقال:

[1] – محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص290.

العوائد المستمرة ضربان: **أحدهما العوائد الشرعية** التي أقرها الدليل أو نفاها، بأن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلا وتركا، **والضرب الثاني هي العوائد الجارية بين الخلق** التي لا يوجد دليل شرعي بنفيها أو إيجابها

وقسمها باعتبار وقوعها في الوجود إلى عوائد ثابتة وعوائد متبدلة فقال: "العوائد أيضا ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود: أحدها العوائد العامة، التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال؛ كالأكل والشرب والفرح والحزن والنوم واليقظة، وتناول الطيبات والمستلذات، واجتناب المؤلمات والخبائث وما أشبه ذلك، والثاني العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيئات اللباس والمسكن.[1]

ثالثا: حجية العرف

اعتبر العلماء العرف أصلا من أصول الأحكام تبنى عليه الأحكام ومن أقوالهم الدالة على حجية العرف: " العادة محكمة" و "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" ومع اتفاقهم في أصل العمل بالعرف إلا أنهم اختلفوا في بعض الجزئيات والتطبيقات بين موسع ومضيق، مما حذا ببعض الأصوليين إلى القول بأن العرف غير متفق على حجيته.

قال مصطفى ديب البغا: "الظاهر أن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف على وجه الإجمال وإن كان بينها شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه"، وقد نقلٌ أقوال علماء من شتى المذاهب أمثال الشاطبي وابن عابدين والسيوطي وابن القيم وابن عبد السلام تصرح بمشروعية العرف عتدهم، مدعما ذلك بأمثلة تطبيقية عند مختلف المذاهب الفقهية.[2]

أما الدليل على حجية العرف عند من قال به فهو ما يلي:

أ/ قول الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف:199]. ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر نبيه بالأخذ بالعرف، والعرف ما تعارفه الناس من الخير وتأنس إليه النفوس، وتطمئن إليه القلوب من عادات الناس وما جرى تعاملهم به، على أنّ

[1] – الموافقات، 2/ 283.

[2] – أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص250 وما بعدها

هناك من أبطل الاحتجاج بهذه الآية بأن المقصود بالعرف هنا هو المعروف، وهو ما عرف حسنه ووجب فعله، ولو كان المراد بالآية أعراف الناس وعاداتهم لكان أمرا باتباع عادات الجاهلية.[1]

ب/ حديث عبد الله ابن مسعود: (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا) وهو أثر موقوف لكن معناه صحيح، ويؤيده أدلة أقوى من الكتاب والسنة، منها قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [البقرة:233]، حيث أن تحديد الرزق والكسوة راجع للعرف، فالآية نص صريح في إحالة المسلمين إلى العرف والقضاء به، وقوله (صلى الله عليه وسلم) لهند زوجة أبي سفيان: "خذي من مال سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"[2]. والمراد بالمعروف في الحديث القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية

ومن السنة أيضا ما جاء من إقرار النبي (صلى الله عليه وسلم) الناس على العوائد والأعراف التي كانت سائدة بينهم قبل الإسلام وبعده، كعقد السلم والمضاربة.

وبهذه الأدلة وغيرها قال من قال بحجية العرف وأنه معتبر شرعا، يصح بناء الأحكام عليه لكنه ليس دليل مستقلا، وإنما يرجع إلى الأدلة الشرعية المعتبرة كالإجماع والمصلحة المرسلة، فمن العرف الراجع للإجماع عقد 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 ما دام العرف صالحا لا فاسدا، كما أن في تحويلهم عن العرف مشقة وحرج[3].

رابعا: شروط العمل بالعرف

العرف الذي يعتبر حجة شرعية هو العرف الصحيح ويشترط فيه الشروط التالية:

أ/ الشرط الأول: أن يكون العرف مضطردا بين متعارفيه في جميع معاملاتهم؛ أي أن يكون مستمرا ومستقرا عندهم في جميع الأحوال، ولا يخرجون عنه إلا نادرا نتيجة حالات استثنائية. ولا يلزم

[1] – أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، الرأي وأثره في مدرسة المدينة، ص519.

[2] – أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية رقم 3233. والبخاري في صحيحه، كتاب النفقات رقم 4945. كلاهما من حديث عائشة (رضي الله عنها).

[3] – عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص254وما بعدها.

لكي يكون العرف عاما أن يكون منتشرا في جميع البلاد، بل يكفي أن يكون متعارفا عليه في بلد معين، أو عند أصحاب حرفة معينة، يقول السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا...".

ب/ الشرط الثاني: أن يكون العرف موجودا وقت حدوث التصرف، والمقصود الوقت الذي يراد تحكيم العرف فيه، أما العرف المتأخر عن التصرف فلا يحكم عليه به، كأن يعقد رجل على امرأة دون التصريح بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإن الرجوع إلى العرف السائد هو الفاصل في ذلك، فإن كان العرف يقضي ببعض التأجيل وقت إنشاء العقد، ثمّ حصل نزاع بين الزوجين بسبب تغير العرف في ذلك إلى تعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه، فإنه يقضي بالحكم السابق الذي كان موجودا وقت إنشاء العقد وهو تعجيل المهر كله، ولا يلتفت إلى العرف الجديد.

وإن كان للناس عرفا معينا في تفسير لفظة معينة، ثمّ بتغير الزمان تغير معنى هذه اللفظة فإن التصرفات والأحوال التي تمت وفق العرف الأول تبقى على حالها، ولا يحكم بما انصرفت إليه اللفظة من معاني جديدة، لأن دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة، وعلى رأي الإمام الشاطبي لا يصح أن يقضى بعادة على قوم حتى يُعرف أنها عادتهم ويثبت ذلك، ولا يقضى على من مضى بعادة ثبتت متأخرة [1].

ج/ الشرط الثالث: أن لا يخالف العرف دليلا من أدلة الشرع المعتبرة، أو قاعدة من قواعده، أو يكون فيه تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي، لذلك لا يعتبر العرف مع وجود النص، ومثاله الأعراف الفاسدة كالتعامل بالربا وإنشاء دور للهو وشرب الخمور واختلاط النساء بالرجال، يقول محمد أبو زهرة: "إن العلماء الذين يقررون أن العرف أصل من أصول الاستنباط يقررون أنه دليل حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة، وإذ خالف العرف الكتاب أو السنة كتعارف الناس في بعض الأوقات تناول بعض المحرمات كالخمر وأكل الربا فعرفهم مردود عليهم، لأن اعتباره إهمال لنصوص قاطعة واتباع للهوى، وإبطال للشرائع لأن الشرائع ما جاءت لتقرر المفاسد وإن تكاثر عدد الآخذين بها"[2]

[1] – الموافقات، 297/2.

[2] – مالك لأبي زهرة، ص356.

د/ الشرط الرابع: أن لا يصرح المعنيون بما يخالف العرف، وذلك باشتراطهما شرطا يخالفه في الحكم والأثر، كأن يقضي العرف مثلا بأن المهر نصفه مؤجل ونصفه الآخر معجل، فاشترطت الزوجة أو وليها تعجيل المهر كله عند العقد فاستجاب لطلبها، ففي هذه الحالة الزوج ملزم بتقديم كل المهر لأن الشرط قد أبطل العرف.[1]

الفرق بين العرف والإجماع

لقد اشترطوا في العرف أن يكون شائع الاستعمال، ومستفيضا بين الناس أو أكثرهم ، مما يوهم بأن بين العرف والإجماع تشابها من حيث أنه يحصل اتفاق بين الناس في كل منهما إلا أن الإجماع يختلف عن العرف في أمور هي[2]:

1. العرف يتحقق بتوافق جميع الناس أو غالبيتهم على فعل أو قول بما فيهم العامة والخاصة، ولا يؤثر شذوذ بعض الناس ومخالفتهم للعرف في اعتباره، أما الإجماع فيشترط فيه اتفاق جميع مجتهدي الأمة في عصر ولو خالف بعضهم لنقض الإجماع.
2. يشترط في الإجماع أن يصدر من المجتهدين خاصة، ولا يشترط ذلك في العرف، فهو توافق جميع أو أغلب الناس مجتهدين أو غيرهم.
3. الحكم الذي يستند إلى الإجماع الثابت لا يتغير ولا يتبدل، مثل الحكم الثابت بالنص، أما الحكم المستند إلى العرف فإنه يتغير بتغير العرف وتجدده.
4. العرف قد يكون فاسدا مناقضا للنصوص الشرعية الثابتة، ولا يتصور هذا في الإجماع على الإطلاق.

أسئلة للمذاكرة:

س1: لما جاء الإسلام أقر الناس على بعض العوائد التي كانت سائدة، مثل لذلك

س2: متى يكون العرف شرعيا، وهل الأعراف غير الشرعية جميعها ليس حجة؟

س3: اذكر بعض العبارات التي جرت على ألسنة العلماء وتدل على حجية العرف.

---

[1] – محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص295.

[2] – عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص145.. ومحمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، ص299.

س4: ما هو العرف الفاسد؟ أذكر أمثلة عنه في زماننا.

س5: ما حقيقة اختلاف المذاهب في حجية العرف؟

المبحث السادس

الدليل السادس: مذهب الصحابي

أولا: تعريف الصحابي.

أ/ تعريف الصحابي عند الأصوليين: هو من شاهد النبي وآمن به، ولازمه مدّة تكفي لإطلاق كلمة الصاحب عليه عرفا، مثل الخلفاء الراشدين وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود، وغيرهم ممن آمن بالنبي ونصره وسمع منه واهتدى بهديه.

وأضاف بعضهم قيدا آخر للصحابي الذي يبحث في حجيته، وهو أن يكون مجتهدا.

كان هذا هو تعريف الأصوليين للصحابي، أما علماء الحديث فيعرفونه بأنه: من اجتمع بالنبي (صلى الله عليه وسلم) مؤمنا به ومات على الإسلام، وإن لم يختص به اختصاص الصاحب بالمصحوب، ولا طالت مدّة صحبته ولا روى عنه.[1]

ب/ مذهب الصحابي: المراد به ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد أصحاب الرسول (صلى الله عليه وسلم) من فتوى أو قضاء في حادثة شرعية لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة، ولم يحصل عليها إجماع.

هل يصح أن نعتبر هذه الفتاوى والأقضية مصدرا من مصادر الفقه، يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكما لا في القرآن ولا في السنة ولا في الإجماع؟ علما أن جمهور أئمة المسلمين وعامتهم متفقون أن أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عدول لا ترد شهادتهم، ولا

[1] – ينظر: الإحكام للآمدي، 82/2. البغا أثر الأدلة المختلف فيها، ص352. وعبد الكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه، ص260.

يطعن في روايتهم متى ثبتت عنهم، لكن اختلف العلماء في قول الصحابي إذا نقل إلينا بطريق صحيح هل يجب على الأمة تقليده؟

ثانيا: أنواع قول الصحابي وحكمه:

لتحقيق القول في مدى حجية قول الصحابي لا بد من التمييز بين أنواع قول الصحابي، ثمّ بيان حكم كل نوع حسب ما ذهب إليه أهل العلم.

أ/ النوع الأول: قول الصحابي الذي لا مجال للرأي فيه؛ هذا النوع حجة عند العلماء لأنه بمثابة الحديث المرفوع الذي سمعه الصحابي من النبي (صلى الله عليه وسلم)، أي من قبيل السنة التي هي مصدر للتشريع ما لم يعرف عن الصحابي الأخذ عن الإسرائيليات، ومثاله ما أخذ به الأحناف من قول بعض الصحابة أن أقل المهر عشرة دراهم، وقول ابن مسعود أن أقل الحيض ثلاثة أيام.[1]

ب/ النوع الثاني: قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد؛ وهو بدوره ينقسم إلى أنواع هي[2]:

1_ إذا انتشر في الصحابة ولا يعرف له مخالف فيكون بمثابة الإجماع السكوتي، وهو حج عند الأكثر، وكذلك إذا انتشر واتفقوا عليه.

2_ إذا خالفه قول صحابي آخر ليس بحجة، ولا يجوز العمل بأحدهم دون ترجيح ونظر في الأدلة.

3_ قول الصحابي الذي لم ينتشر بين الصحابة لأنه مما لا تعم به البلوى، ولا تقع به الحاجة للكل. هذا النوع محل خلاف بين العلماء على النحو التالي:

الفريق الأول: هو حجة شرعية يأخذ بها المجتهد إدا لم يجد الحكم في الكتاب أو السنة أو الإجماع، وهو مذهب الإمام مالك وأحمد في أحد الروايتين عنه، وبعض الحنفية. واحتج أصحاب هذا الرأي بما يلي:

[1] – محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص165.

[2] – الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص265 ومصطفى ديب البغا، مرجع سبق ذكره، ص340.

الآيات القرآنية والأحاديث التي نصت على مدح الصحابة ولزوم اتباعهم، ومنها قوله تعالى: **{كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتابِ لَكانَ خَيْراً لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفاسِقُونَ}** [آل عمران: 110]. قالوا الآية عن الصحابة وأن ما يأمرون بعه معروف، والمعروف يجب الأخذ به. وقال تعالى ﴿ **السَّابِقُونَ الْأَوَّلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتَهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَداً ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ**﴾ [التوبة: 100]. قالوا إن الله مدح الصحابة والتابعين لهم بإحسان، ولقد استحق التابعون هذا المدح من حيث كانوا يرجعون إلى رأيهم.

ومن السنة؛ قوله عليه الصلاة والسلام: "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم"[1]، قالوا : كون الاقتداء بهم اهتداء هو المعني بحجية قولهم، وحديث " عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي"[2]، وقوله: "اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر[3]".

قالوا: هذه نصوص صريحة في وجوب الاقتداء بالصحابة وتقليدهم، والخطاب يشمل العامة والعلماء (المجتهدين) ولا يوجد ما يخصصه مما يعني وجوب اتباع مذهبهم.

_احتجوا أيضا بالمعقول من عدّة وجوه منها: أنّ قول الصحابي وإن كان منشؤه الرأي والاجتهاد إلاّ أنّه أقوى وأرجح من رأي غيره من المجتهدين الذين جاءوا بعده، لأن الصحابي شاهد التنزيل وعايش الرسول وتعلم طريقته في بيان الأحكام، وقد عرف عن الصحابة حفظ الأحاديث وضبطها، وبذل جهدهم في طلب الحق والقيام به مع فضل منزلة الصحابي عن غيره، وبهذا يكون رأي الصحابي أقرب للصواب وأبعد عن الخطأ مما يجعله أرجح من رأي غيره.

من جهة أخرى إذا سلمنا بأن قول الصحابي حجة فيما انتشر ولم ينكر عليه فكذلك مع عدم الانتشار.

الفريق الثاني: وهم الذين نفوا حجية قول الصحابي، وينسب للإمام الشافعي وفي رواية ثانية عن الإمام أحمد، ومن بين حججهم:

---

[1] – ذكر السيوطي أن هذا الحديث جاء بعدة أسانيد كلها ضعيفة، إلا أنه تشهد له أحاديث صحيحة. السيوطي في الجامع الكبير،1035/1.

[2] – أخرجه أبو داود في سننه، 506/2.

[3] –أخرجه الترمذي عن حذيفة وأبي هريرة، وقال حديث حسن، 271/5.

_ قول الله تعالى: ﴿ **فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ**﴾ [الحشر: 2]. والمراد بالاعتبار الاجتهاد، وهو خلاف التقليد الذي يعني الأخذ بقول الغير من غير دليل. والأخذ بقول الصحابي هو عمل بقول الغير من غير دليل، فلا يجوز للمجتهد.

– وقال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** ﴾. [النساء: 59]. فقد أوجب الله عند الاختلاف الرد إلى الله ورسوله، والرد إلى مذهب الصحابي يكون تركا للواجب وهو ممتنع.

_ احتجوا أيضا بعدم عصمة الصحابة وأن احتمال الخطأ في اجتهادهم واقع، وأن قولهم مثل غيرهم يكون مترددا بين الخطأ والصواب فلا يقدم على القياس، والصحابي من أهل الاجتهاد فكيف يجب على مجتهد آخر العمل بمذهبه، ومعلوم أنه لا يجوز للمجتهد تقليد غيره.

_ من حججهم أيضا اختلاف الصحابة فيما بينهم في المسائل الاجتهادية دون أن ينكروا على بعضهم، بل أوجبوا أن يتبع كل مجتهد اجتهاده، ولو كان مذهب الصحابي حجة لوجب على كل واحد أن يتبع الآخر وهو محال...ولو قلنا أن جميع أقوالهم حجة رغم اختلافهم لكان ذلك تناقض.[1]

ثالثا: أمثلة عن قول الصحابي واختلاف الفقهاء في الأخذ به

أ/ سجود التلاوة عند مالك وأحمد والشافعي سنة أو فضيلة، وحجتهم ما روي عن عمر – رضي الله عنه– أنه قرأ سجدة يوم الجمعة وهو على المنبر فنزل وسجد وسجد الناس معه، ثمّ قرأها يوم الجمعة الأخرى فلم يسجد ومنع الناس أن يسجدوا، وقال: "إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء" ولم ينكر عليه أحد من الصحابة. أما أبو حنيفة وأصحابه فسجود التلاوة عندهم واجب.

ب/ صلاة الجمعة لمن صلى العيد: ذهب الإمام أحمد آن حضور الجمعة يسقط على من صلى العيد من أهل القرى وأهل البلد، وقال الشافعي تسقط على أهل القرى فقط، وذهب مالك وأبي حنيفة إلى أنها لا تسقط. واحتج الشافعي بما رواه مالك عن عثمان بن عفان: "إنه قد اجتمع

[1] – المستصفى للغزالي، 135/1. والإحكام للآمدي، 131/4.

لكم في يومكم هذا عيدان فمن أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظرها ومن أحب أن يرجع فقد أذنت له.

ج/ زكاة الحلي: أكثر الأئمة قالوا لا زكاة فيها لأن أغلب الصحابة كانوا لا يرون فيها الزكاة.

د/ الزواج بمعتدة الغير: ذهب مالك والأوزاعي والليث إلى أنه يفرق بينهما ولا تحل له أبدا، وحجتهم ما رواه مالك عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فرق بين طليحة الأسدية وزوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال: "أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثمّ اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا". وذهب الشافعي وأحمد في المشهور إلى أن للزوج الثاني نكاحها بعد انقضاء العدتين. كما احتجوا بقول آخر لعلي (رضي الله عنه) حيث لم يحرّمها عليه وإنما يصير خاطبا من الخطاب.

أسئلة للمذاكرة:

س1/ من هو الصحابي في اصطلاح الأصوليين وما المراد بمذهب الصحابي؟

س2/ متى يكون قول الصحاب بمثابة الحديث المرفوع؟ وهل هو حجة؟ لماذا؟

س3/ ما هو محل الخلاف بين العلماء في حجية مذهب الصحابي؟

س4/ ما هي حجة من رفض العمل بقول الصحابي؟

س5/ هات مثالا توضح من خلاله اختلاف الفقهاء في فروع فقهية بسبب اختلافهم في العمل بمذهب الصحابي.

المبحث السابع:

الدليل السابع: عمل أهل المدينة

من الملاحظات التي نسجلها في بداية الحديث عن موضوع عمل أهل المدينة قلة اهتمام الأصوليين قديما وحديثا بهذا الأصل، وفي تقديري أن ذلك راجع إما لتفرد المالكية به، أو لغموض مفهومه عند أهل العلم، ولا أدل على ذلك من عبارة الإمام الشافعي –رحمه الله–: "ما عرفنا ما تريده بالعمل ليومنا هذا، وما نرانا نعرفه" وقال الزركشي: "لم تزل هذه المسألة موصوفة بالإشكال".

أولا: مفهومه

هناك من يطلق عليه إجماع أهل المدينة وبناء على هذا الإطلاق عرّف البغا عمل أهل المدينة انطلاقا من تعريف الإجماع فقال: "هو اتفاق مجتهدي المدينة في عصر من العصور على أمر من الأمور"[1]. ولا أرى أن هذا التعريف قد ضبط المفهوم حقيقة كما هو عند المالكية، لأن عمل أهل المدينة ليس إجماعا بالمعنى الأصولي.

ومن المعاصرين من عرفه بقوله: "هو ما نقله أهل المدينة من سنن نقلا مستمرا عن زمن النبي أو كان رأيا واستدلالا لهم". وقيل "هو عبارة عن أقاويل أهل العلم بالمدينة، بعضه أجمع عليه عندهم، وبعضه عمل به بعض الولاة والقضاة حتى اشتهر وكله سمي إجماع أهل المدينة، وأن منه ما كان سنة عن النبي (صلى الله عليه وسلم)، ومنه ما كان سنة خلفائه الراشدين (رضي الله عنهم) ومنه ما كان اجتهادا من بعدهم."

انتقد عبد الرحمن الشعلان التعريفين السابقين واقترح التعريف التالي: "**عمل أهل عل المدينة هو ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة، كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص، سواء كان سنده نقلا أو اجتهادا**"[2].

سنختار هذا التعريف وسنقوم بشرحه بما يظهر المقصود بعمل أهل المدينة وحقيقته عند المالكية :

---

[1] – أثر الأدلة المختلف فيها، ص427.

[2] – عبد الرحمن بن عبيد الله الشعلان، **أصول فقه الإمام مالك** (ط1؛ جامعة محمد بن سعود، 2002م/1424هـ)، ج2، ص1040.

أ/ موضوع العمل: يظهر من التعريف أن موضوع العمل المدني قد يكون قولا أو فعلا أو إقرارا أو تركا أو تحديد مقدار من المقادير، أو تحديد مكان من الأمكنة. ومثال القول صغتي الآذان والإقامة، حيث اعتمد فيهما مالك على عمل أهل المدينة، فقد سئل عن تثنية الآذان والإقامة فقال: لم يبلغني في النداء والإقامة إلا ما أدركت الناس عليه، فأما الإقامة فإنها لا تثنى، وذلك الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا". وأما الفعل فمثل وقف الأوقاف، فقد توقف أبو يوسف في صحة الوقف فاحتج عليه مالك بقوله: "هذه أوقاف رسول الله وصدقاته ينقلها الخلف عن السلف". ومثال الإقرار عقد السلم الذي أقر النبي (صلى الله عليه وسلم) أهل المدينة عليه وجرى عملهم به.

وأما الترك فمثاله جريان عمل أهل المدينة بترك الزكاة من الخضروات لأن رسول الله (صلى الله عيله وسلم) لم يأخذها من الخضروات، وأما تحديد مقدار من المقادير فمثل تحديد الصاع النبوي، وتحديد المكان كتحديد ميقات أهل المدينة المسمى ذي الحليفة، أو تحديد منبر النبي (صلى الله عليه وسلم) أو بيته أو مكان الروضة ونحو ذلك.[1]

ب/ قوله (اتفق): الاتفاق بين أهل المدينة يحصل بأي وجه من الوجوه كالقول من الجميع أو الفعل من الجميع، أو القول من بعض الناس والفعل من بعضهم الآخر، أو القول والفعل من بعض الناس والإقرار من الباقين.

ج/ وقوله (العلماء والفضلاء بالمدينة): المعتبر عند مالك في عمل أهل المدينة هم العلماء والفضلاء دون العامة، قال ابن عبد البر: "والذي أقول به أنّ مالكا _رحمه الله_ إنما يحتج في موطئه وغيره بعمل أهل المدينة يرد بذلك عمل العلماء والخيار والفضلاء، لا عمل العامة السوداء".

د/ قوله (كلهم أو أكثرهم)؛ عمل أهل المدينة قد يتفقون عليه كلهم وهو أعلى درجات العمل، وقد يكون الاتفاق بين أكثرهم وهو حجة، قال مالك: "فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهرا معمولا به لم أر لأحد خلافه" وظهور العمل يحصل باتفاق الأكثر.

هـ/ (في زمن مخصوص)؛ تفيد أن حجية العمل المدني مرتبطة بزمن معين عند الإمام مالك، وهو زمن النبي (صلى الله عليه وسلم)، وزمن الصحابة.

[1] – المرجع السابق، وينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب، 164/1. وترتيب المدارك للقاضي عياض، 224/1. والمنتقى للباجي، 186/2.

و/ (سواء كان سنده نقلا أو اجتهادا)؛ عمل أهل المدينة قد يكون سنده نقلا عن النبي(صلى الله عليه وسلم) وقد يكون سنده اجتهادا من علماء المدينة، وكلاهما حجة عند الإمام مالك –رحمه الله–.

ثانيا: أقسام العمل المدني

عمل أهل المدينة قد يكون عملا نقليا قولا أو فعلا، وقد يكون اجتهادا اتفق عليه أهل المدينة، ولكل نوع حكمه.

أ/ القسم الأول: العملي النقلي؛ هو الذي ينقله أهل المدينة أو أكثرهم عن مثلهم حتى يصلوا إلى زمن النبي (صلى الله عليه وسلم)، سواء كان قولا أو فعلا للرسول (صلى الله عليه وسلم) كالآذان والإقامة والأحباس وترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم، وكالصاع والمد، وكل ما علم من سيرة الرسول (صلى الله عليه وسلم) وصفة صلاته وعدد ركعاتها وسجداتها ومكان قبره ومسجده ومنبره، ويدخل تحت هذا القسم ما أقره النبي (صلى الله عليه وسلم) ولم ينكره عليهم كبيع السلم، وكذلك ما تركه مثل ترك أخذ الزكاة من الخضروات.

هذا القسم حجة عند المالكية دون مخالفة من أحد لأنه من باب الأخبار المتواترة والمتواتر حجة عند جميع العلماء.

ب/ القسم الثاني: العمل الاجتهادي (الاستدلالي): هو الذي اتفق عليه أهل المدينة أو أكثرهم بناء على الاجتهاد، هذا القسم ليس حجة عند أكثر العلماء. أما الإمام مالك فقد اختلف النقل عنه فقيل أنه ليس حجة عنده، ونسب لأكثر البغداديين والمحققين من أصحاب مالك.[1] ورأي ثاني يقول أنه حجة عند مالك وهو لأكثر مالكية المغرب، وقد رجح باحثون معاصرون هذا الرأي مستدلين برسالة مالك إلى الليث بن سعد حيث قال: (فإنما الناس تبع لأهل المدينة)، وقال: "فإذا كان الأمر ظاهرا معمولا به لم أرى لأحد خلافه". حيث أن كلا العبارتين جاء عاما حيث أن الإمام مالك في عبارته السابقة لم يحدد العمل المدني بنوع خاص، ولم يذكر موضوع التبعية

[1] – أصول فقه الإمام مالك للشعلان، 1055/2.

كما أنه أطلق العمل ولم يقيده مما يدل على أن العمل بقسميه حجة عند مالك، كما أنه نقل عن الإمام مالك الأخذ بعمل أهل المدينة في بعض المسائل التي من قبيل العمل الاجتهادي[1].

ثالثا: أدلة حجية عمل أهل المدينة عند القائلين به

أ/ الدليل على حجية العمل النقلي:

نقل عمل أهل المدينة من قبيل الأخبار المتواترة التي توجب العلم القطعي ويجب الأخذ بها، مثاله؛ مقدار الصاع خمسة أرطال وثلث، وهو أمر متوارث عند أهل المدينة ومتواتر، وهو عند مالك أثبت من الحديث، وكذلك موضوع الآذان والإقامة، قال مالك: "يتوارثه الأبناء عن الآباء من لدن رسول الله إلى زماننا".

ب/ الدليل على حجية العمل الاجتهادي:

أن المدينة كانت مقام النبي (صلى الله عليه وسلم) وكان القرآن ينزل عليه بها، ولأنهم عاصروا التنزيل فهم أعلم الناس بمناسبات النزول وعام القرآن وخاصه وناسخه ومنسوخه ونحو ذلك.

أهل المدينة من أعلم الناس بالحلال والحرام، لأنه أحل بها الحلال و حرم الحرام والرسول عليه الصلاة والسلام كان بين أظهرهم، فكانوا يأخذون منه الأحكام مباشرة دون واسطة، فيكون امتثالهم للأحكام قريبا جدا من فعل الرسول (صلى الله عليه وسلم)، كما أن وجود الرسول بينهم كان سببا في تصويب أفعالهم، لأنه إما أن يقرهم فيستمروا أو ينكر عليهم فيدعوه إلى ما يرشدهم إليه.

بعد أن توفي النبي (صلى الله عليه وسلم) كان الصحابة –رضي الله عنهم متواجدون في المدينة، وكانوا أعلم الناس بشرع نبيهم، وكان منهجهم فيما جد عليهم من مسائل أن ينظروا في كتاب الله وسنة رسوله، فإن لم يجدوا شيئا تباحثوا في المسألة، ثم أخذوا بأقوى الآراء، فهم أقرب لإصابة الحق من غيرهم في الغالب، وعلى نهج الصحابة سار التابعون من أهل المدينة وذلك بسبب استمرار العلم وإصابة الحق بالمدينة. قال الإمام مالك في رسالته لليث بن سعد: "فإنما الناس تبع لأهل المدينة، إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن وأحل الحلال وحرم الحرام؛ إذ رسول الله بين أظهرهم يحضرون الوحي والتنزيل، ويأمرهم فيطيعونه، ويسن لهم فيتبعونه حتى توفاه الله واختار له ما

[1] – حاتم باي مرجع سابق وانظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، 608/2.، وأحكام الفصول للباجي،ص512

عنده (صلوات الله عليه ورحمته وبركاته). ثم قام له من بعده أتبع الناس له من أمته ممن ولي الأمر من بعده، فما نزل بهم مما عملوا أنفذوه، وما لم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه، ثمّ أخذوا بأقوى ما وجدوا في ذلك في اجتهادهم ...ثمّ كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبل، ويتبعون تلك السنن فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهرا معمولا به لم أر لأحد خلافه"[1]

الفترة الزمنية التي يعتبر فيها عمل أهل المدينة

بالنسبة للعمل النقلي الفترة الزمنية التي يعتبر فيها حجة هي فترة الخلفاء الراشدين، وأما العمل الاجتهادي فيكون في العصور المفضلة التي سبقت عصر الإمام مالك، عصر الصحابة والتابعين، وقيل عصر الصحابة والتابعين وأتباع التابعين. أما بعد هذه العصور الثلاثة فقد اتفقوا على عدم حجية إجماع أهلها.[2]

أسئلة للمراجعة:

س1: ما هو موضوع العمل المدني الذي جعله الإمام مالكً أصلا تبنى عليه الأحكام؟.

س2: ما هي أنواع عمل أهل المدينة وما حكم كل نوع؟

س3: من هم أهل المدينة الذين يحتج مالك بعملهم؟

س4: هل عمل أهل المدينة اليوم حجة شرعية؟

س5: ما هو دليل الإمام في جعله عمل أهل المدينة أصلا تشريعيا؟

س6: قدم الإمام مالك عمل أهل المدينة على خيبر الآحاد. ما هو تفسيرك لذلك؟

المبحث الثامن:

الدليل الثامن: شرع من قبلنا

[1] – رسالة الإمام مالك إلى الليث ابن سعد ذكرها القاضي عياض في ترتيب المدارك، 64/1

[2] – عبد الرحمن بن عبيد الله الشعلان، أصول فقه الإمام مالك، ص1099وما بعدها.

أولا: مفهومه

المقصود بشرع من قبلنا الأحكام التي شرعها الله لمن قبلنا من الأمم، وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم وذكر ذلك في القرآن أو في السنة، وليس المراد ما يذكره أهل الكتاب من شرائعهم أو ما نجده في كتبهم لأنها حرفت وبدلت.

ثانيا: أنواع شرع من قبلنا وتحرير محل الخلاف:

أ/ النوع الأول: الأحكام التي ذكرها القرآن أو بينها الرسول (صلى الله عليه وسلم) ووجد في شريعة الإسلام ما يردها وينسخها؛ أي أنها خاصة بالأمم التي قبلنا، هذا النوع لا خلاف أنها غير مشروعة في حقنا.

مثالها؛ من القرآن قول الله تعالى: {**وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَغْيِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ**} [الأنعام:146]. فقد دلت الآية على تحريم أشياء على من قبلنا لكنها أحلت لنا.

ومثالها من السنة حديث: "وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد من قبلي"[1]. دلّ الحديث أن الغنائم حلال للمسلمين في حين لم تحل لغيرهم من الأمم.

ب/ النوع الثاني: أحكام ذكر القرآن أو السنة أنها كانت مفروضة على من سبقنا من الأمم، وجاء في شريعتنا ما يوافقها ويقررها. هذا النوع لا خلاف أنه مشروع في حقنا بدلالة نصوص القرآن والسنة، مثاله مشروعية الصوم كما في قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾ [البقرة: 183]. ومن السنة حديث: "ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم"[2].

---

[1] – رواه البخاري ومسلم في صحيحهما

[2] – رواه أحمد في مسنده وابن ماجة في سننه، 1045/2.

ج/ النوع الثالث: أحكام ذكر القرآن أو السنة أنها كانت شريعة لمن قبلنا، ولا يوجد في شريعتنا ما يرده أو يقبله. مثاله من القرآن فول الله تعالى في قصة يوسف: {**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**} [يوسف: 72]. هذه الآية دليل على مشروعية الجعالة في شريعة يوسف عليه السلام، فهل يستدل بها على مشروعيتها في شريعتنا، هذا النوع هو الذي وقع الخلاف فيه.

محل النزاع هو: هل الشرائع السابقة قبل شريعة الإسلام نحن ملزمون بها، ومخاطبون بما تضمنتها بعد بعثة النبي (صلى الله عليه وسلم) في حالة ما إذا لم يوجد في شريعتنا ما يؤيدها أو يعارضها؟ أم أنها نقلت إلينا على سبيل الإخبار؟.

ثالثا: مذاهب العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا.[1]

تباينت أنظار العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا إذا لم يوجد في شريعتنا ما يعارضها أو يوافقها، فكانت مذاهبهم على النحو التالي:

أ/ المذهب الأول: شرع من قبلنا هو شرع لنا وهو حجة يجب العمل به، وينسب هذا الرأي للمالكية والحنفية ورواية للإمام أحمد. أما أدلة أصحاب هدا المذهب فهي:

1_ من القرآن قوله تعالى: ﴿ **أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِنْ هُوَ إِلَّا ذِكْرَى لِلْعَالَمِينَ** ﴾. [الأنعام: 90]. وشرع الأنبياء من هداهم لأن الهدى اسم جامع للإيمان والشرائع، فوجب على النبي اتباع شرعهم، وما كان واجبا في حقه كان واجبا في حقنا.

2_ وقال تعالى: {**شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ**} [الشورى: 13]. الدين اسم لما يدان الله به من الإيمان والشرائع فدلت الآية على وجوب اتباع شريعة نوح ومن ذكر بعده.

3_ ثبت أن امرأة كسرت ثنية جارية فرفع الأمر إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فأمر بالقصاص وقال "كتاب الله القصاص"[2]. وليس في كتاب الله إلا ما حكي عن التوراة: في قوله عز

[1] – مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص534. وانظر المستصفى، 133/1.

[2] _ رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب: الصلح في الدية، رقم 2504.

وجل: **{وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}** [المائدة:45]

وقالوا لو لم يكن شرع من قبلنا متعبدا به لما صح الاستدلال بما وجب على بني إسرائيل على أنه واجب في ديننا.

ب/ المذهب الثاني: وهو للشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وعندهم أن شرع من قبلنا ليس حجة وليس شرعا لنا ودليل ذلك ما يلي:

1_ قوله تعالى: ﴿ **وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ** ﴾. [المائدة: 48]. قالوا: الشرعة هي الشريعة والمنهاج هو الطريق، وهذا يقتضي أن يكون كل نبي داعيا إلى شريعته وأن تكون كل أمة مختصة بشريعة جاء بها نبيهم.

2_ لقد حصل الإجماع بأن شريعة محمد ناسخة لشريعة من قبله، فلو كان متعبدا بها لكان مقررا لها ومخبرا عنها لا ناسخا، وهو محال وخلاف الإجماع.

أسئلة للمذاكرة:

س1: ما المقصود بشرع من قبلنا الذي اختلف العلماء في مشروعية الاحتجاج به في الأحكام (حرر محل النزاع)؟

س2: ما هو دليل ما يرى أن شرع من قبلنا شرع لنا؟

المبحث التاسع:

الدليل التاسع : مراعاة الخلاف

يعتبر مراعاة الخلاف من أصول المذهب المالكي الهامة، والتي تدل على انفتاحه وسماحته، وهذا الأصل هو مظهر من مظاهر التيسير أو الاحتياط الذي اعتمده مالك في اجتهاداته.

ورغم أن مراعاة الخلاف من الأصول التي عرف بها المالكية إلا أنه قد حصل جدال كبير بين علماء المذهب حولها كابن عبد البر واللخمي وابن رشد والشاطبي وابن عرفة التونسي والقباب الفاسي، علما أن من العلماء من يجعل مراعاة الخلاف قاعدة فقهية.[1]

أولا: مفهوم مراعاة الخلاف

أ/ المراعاة في اللغة: من راعى يراعي. يقال راعى أمره حفظه وترقبه، والمراعاة المناظرة والمراقبة، وراعيت الأمر نظرت إلى ما يصير، وفلان يراعي فلان أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره.[2]

الخلاف والمخالفة : سلوك طريق غير طريق الآخر.

ب/ اصطلاحا: مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[3].

ولبيان وتوضيح التعريف السابق يقول القباب: « إنّ الأدلة الشرعية منها ما تبين قوته تبيانا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمارتين... ومنها ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوّة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وسوقها إلى مقتضى الدليل الآخر، فهاهنا يحسن مراعاة الخلاف، فيقوم الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنّه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس»[4].

وعرفها الشاطبي بقوله: «**إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر**»[5].

---

[1] – أحمد ذيب، المدخل لدراسة الفقه المالكي، ص326.

[2] – لسان العرب، باب الراء، مادة (رعى)

[3] – هذا التعريف لأبي العباس القباب الفاسي وذكره الونشريسي في المعيار المعرب، 367/6. انظر: نجية رحماني فقه الاختلاف عند الامام الشاطبي: دراسة في ضوء مقاصد الشريعة. رسالة دكتوراه غير منشورة. جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، ص304.

[4] – نفسه.

[5] – الشاطبي، الموافقات، 109/4. وانظر نجية رحماني، مرجع سابق.

ومن المعاصرين من عرفه بقوله: "**هو الاعتداد بالرأي المعارض لمسوغ**"[1] وهو تعريف واضح وسهل العبارة ودال على المعنى بأوجز لفظ.

أما موضوع مراعاة الخلاف؛ فهو التصرفات المختلف في حكمها الدائر بين الأولى وخلافه من حيث تحقيقها لمقصود الشارع.[2]

ثانيا: أمثلة عن مراعاة الخلاف عند المالكية

أ/ مسألة افتتاح الصلاة عند الإمام مالك : فقد جاء في الموطأ: "سئل مالك عن رجل دخل مع الإمام، فنسي تكبيرة الافتتاح، وتكبيرة الركوع، حتى صلى ركعة، ثم ذكر أنه لم يكن كبر تكبيرة الافتتاح، ولا عند الركوع، وكبر في الركعة الثانية، فقال: يبتدئ صلاته أحب إلي، ولو نسيها مع الإمام عند تكبيرة الافتتاح وكبر في الركوع الأول، رأيت ذلك مجزيا عنه، إذا نوى بها تكبيرة الافتتاح" [3].

فالإمام مالك قد راعى الخلاف في هذه المسألة، فمن نسي تكبيرة الإحرام وكبر للركوع وكان مع الإمام أن يتمادى لقول من قال: "إن ذلك يجزئه فإذا سلم الإمام أعاد هذا المأموم"[4]

ب/ الأنكحة الفاسدة عند المالكية خلافا لمذاهب أخرى، كزواج المحرم بحج أو عمرة، ونكاح الشغار، والزواج من غير ولي، وبناء على القول بفساد هذه الأنكحة فلا تترتب على الزواج آثار كحق المرأة في الميراث والصداق، لكن إذا تمّ الزواج ووقع فإنّه يحكم بفسخ الطلاق، ويثبت للمرأة المهر والميراث مراعاة للخلاف؛ أي للذين يقولون بصحة هذه الأنكحة وهم السادة الحنفية[5]، لأنّه بعد الوقوع يتعلق بالزواج حقوق الزوجين والأولاد، مما يرجح قول المخالف وتصبح المفسدة المترتبة

[1] _ ينظر أحمد ذيب، مرجع سابق، ص328.

[2] – عبد الرحمن بن معمر السنوسي، مراعاة الخلاف، ص13.

[3] – الموطأ، باب: باب افتتاح الصلاة، 88/1.

[4] – الاعتصام، 145/2.

[5]– ينظر المسألة في بداية المجتهد، 59/2. والقوانين الفقهية، ص169. الموافقات، 108/4

على الرأي الأول أشد من العدول إلى رأي المخالف؛ والأمثلة عديدة في المذهب المالكي من جميع أبواب الفقه[1].

ج/ إزالة النجاسة: المعتمد عند المالكية أن إزالة المصلي النجاسة على ثوبه وبدنه ومكان صلاته واجبة، ومقتضى هذا القول أن من صلى بالنجاسة بطلت صلاته، إلاّ أن المالكية راعوا خلاف من قال بسنية إزالتها، فقالوا بصحة صلاة من صلى بنجاسة ساهيا أو عاجزا، وندبوا له فقط الإعادة في الوقت خروجا من خلاف المذهب على سبيل الإحتياط، ولو لم يراعوا الخلاف لقالوا بوجوب الإعادة مطلقا، عمدا كان أم نسيانا كما في طهارة الحدث.

وهكذا فإنّه بعد الوقوع تنشأ ملابسات وظروف تحيط بالحكم، تستدعي العدول إلى رأي المخالف؛ أي الرأي المرجوح جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

يفسر الشاطبي هذا المسلك الاجتهادي فيقول: ووجهه أنّه (المجتهد) راعى دليل المخالف في بعض الأحوال لأنّه ترجح عنده، ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه[2].

ثالثا: حكم الاحتجاج بها

أغلب العلماء والمذاهب يقولون بمشروعية الاحتجاج بها وأكثرهم المالكية الذين- كما ذكر الشاطبي- تعتبر أصلا في مذهبهم تبنى عليه مسائل كثيرة[3]، بل إنّ كثيرا من علماء المالكية من عدّوه من محاسن المذهب، قال أبو العباس بن القباب: «اعلم أنّ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب..»[4].

في المقابل وجد من علماء المالكية أنفسهم من اعترض على القاعدة وأنكر أن تكون من الأصول، ومن هؤلاء اللخمي والقاضي عياض وابن عبد البر الذي قال الشاطبي أنّه أشكلت عليه من جهة أنّ فيها اعتبار للخلاف يجعله حجة ودليل فكان يقول: «الخلاف لا يكون حجة».

---

[1]- انظر: يحي بن سعيد" مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وأثرها في التيسير ورفع الحرج"، رسالة ماجستير غير مطبوعة (1418- 1997، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر).

[2]- الشاطبي، الاعتصام، 375/2.

[3]- الشاطبي، الاعتصام، 145/2.

[4]- الونشريسي، المعيار، 389/6.

وشيوخ آخرون لم يسمهم الشاطبي قال أنّهم أنكروا المسألة بناء على أنّه لا أصل لها. كما استشكلت هذه القاعدة على الشاطبي نفسه بسبب تعارضها مع أصل مهم عنده هو تنزه الشريعة عن الاختلاف والتضاد، لأنّ مراعاة الخلاف معناه اعتبار وإعمال دليل المخالف المرجوح الذي يتعارض مع دليل المجتهد الراجح عنده، إذ أنّ كل واحد منهما يقتضي ضدّ ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه، (مثلا نكاح الشغار فاسد عند المالكية صحيح عند الحنفية)، وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر هو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين، مما يجعل الخلاف حجة في الشريعة، وإلاّ فما معنى أنّ المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها روعي فيها قول المخالف حتى لو كان على خلاف الدليل الراجح[1].

من جهة أخرى فإنّ الثابت والمقرر في الأصول، والذي تضافرت عليه أقوال أهل العلم أنّ المجتهد ملزم باتّباع ما ترجح لديه من الأدلة، إذ أنّ العبرة باتّباع الدليل، فحيثما صير صير إليه، ومتى ترجح للمجتهد أحد الدليلين على الآخر وجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه، ورجوع المجتهد إلى قول الغير هو إعمال للدليل المرجوح وإهمال للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتّباعه، وذلك على خلاف القواعد[2].

وأجيب عن الاعتراضات السابقة بما يلي:

1_ أنّ المجتهد عندما يراعي دليل مخالفه المرجوح عنده ويعمل به إنّما يكون ذلك بعد وقوع المسألة، حيث تجَدُّ ملابسات تتطلب نظرا جديدا، أما قبل والوقوع فيظل على دليله الراجح، فهما مسألتان مختلفتان الأولى قبل الوقوع والثانية بعد الوقوع، وبالتالي ليس جمعا بين المتنافيين ولا قولا بهما[3].

2_ مراعاة الخلاف لا تعني إهمالا لأحد الدليلين وإعمالا للآخر، بل هي إعمال للدليلين معا، في موضعين مختلفين، لأنّ المجتهد يعمل بدليله في وجه هو فيه أرجح، ويعمل بدليل غيره في وجه

[1]- الشاطبي، الموافقات، 4/108-109.
[2]- الشاطبي، الاعتصام، 2/376.
[3]- الشاطبي، الموافقات، 4/109.

آخر يصبح عنده أرجح، وفي الحالتين هو عامل بالراجح ومهملا للمرجوح تبعا لوجه المسألة، حيث بعد الوقوع يترجح دليل المخالف فيعدل المجتهد إليه، وذلك هو رعي الخلاف[1].

وهذا ورغم الجدل الذي حدث بين علماء المالكية حول القاعدة إلى ان الامر استقر في الأخير على انها أصل من أصول الذهب المالكي وقد أصبحت من خصوصيات المذهب المالكي من حيث التنظير والتأصيل، وإن وجدت لها تطبيقات في المذاهب الأخرى. علما أن أصل مراعاة الخلاف لا يرتقي إلى مصاف المصادر الأصلية، بل هو مصدر تبعي، بل هو من أضعف المصادر التبعية كما قال الونشريسي: "مراعاة الخلاف من أضعف أصول المذهب".

رابعا: أدلة القاعدة ومستندها في الشريعة الإسلامية

أ/ **دليلها النقلي**: استدل المالكية على العمل بمراعاة الخلاف من النقل بالأدلة التالية:

1_ قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا** ﴾ **[المائدة: 2]**.

ووجه الاستدلال أن الله تعالى حرم استحلال المشركين الآمين البيت الحرام وعلل ذلك بابتغائهم فضل الله ورضوانه، مع كفرهم بالله تعالى الذي لا تصح معه عبادة، ولا يقبل عمل، وهذا فيه اعتبار ومراعاة لادعائهم الباطل أن ما هم فيه هو عبادة، فكيف لا يراعى خلاف عبد مسلم وقد أقام عبادته على وجه دليل شرعي لا يقطع بخطئه فيه، وإما هو مجرد ظن.[2]

2_ حديث أبي هريرة – رضي الله عنه– عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنه قال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[3] وجاء أيضاً من حديث عائشة – رضي الله عنها:– "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها

[1] – الونشريسي، المعيار المعرب، 379/6.

[2] – المعيار المعرب، 395/6.

3 – أخرجه أبو داود (634/1) رقم 2083، والترمذي (3 / 407) برقم (1102)

باطل. ثلاث مرات. فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها" .وفي رواية: «أيّما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل – ثمّ قال: فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها»[1].

ووجه الاستدلال : أن النبي – صلى الله عليه وسلم– حكم أولاً ببطلان العقد، وأكده بالتكرار ثلاثاً، وسماه زنا، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة؛ لكنه – صلى الله عليه وسلم– عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: (ولها مهرها...) ومعلوم أن مهر البغي حرام !

كما أن الحديثين يدلان على اشتراط الولي في النكاح، وأن العقد يبطل إذا فقد شرط الولاية فيه، وأراد – صلى الله عليه وسلم– تأكيد بطلانه فسماه زنا، ليفهم أن حجة الفساد فيه غاية في الفظاعة، لكنه لم يحكم بلازم البطلان، وهو إلغاء المهر، بل أعمل فيه لازم النكاح الصحيح، وهو ثبوت المهر للزوجة، ومقتضى ذلك استحقاق المرأة للمهر بالدخول وإن كان النكاح باطلاً .

قال الشاطبي: وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ، ويثبت النسب للولد، وإجرائهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك، دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلاّ كان في حكم الزنا... فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بعد الدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح.

وهذا كله نظرا إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد[2].

ب/مستندها الأصولي وأدلتها العقلية:

1/ **تخريجها على قاعدة النظر في المآل**: قاعدة مراعاة الخلاف هي مسلكا من مسالك النظر في مآلات الأفعال وبيان ذلك: أنّ المكلف إذا واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من

[1] – رواه الترمذي في سننه: كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم 1104، ج2، 352. وقال الترمذي حديث حسن. ورواه أحمد في مسنده من حديث السيدة عائشة –رضي الله عنها– رقم 25326، ج42، ص199-200.

[2] – الشاطبي، الموافقات،4/147-148.

أحكام زائدا على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك أو تجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرا إلى أنّ ذلك الواقع قد أصاب (اتبع) فيه المكلف دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا، إلاّ أنّه يصير راجحا بالنسبة لإبقاء الحالة على ما وقعت عليه، فيرجع الأمر إلى أن النّهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من الملابسات والقرائن المرجحة بعد الوقوع، وهذا المعنى نقف عليه مثلا في حديث البائل في المسجد1، لأنّه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنّه ينجس موضعين، وإذا ترك فالذي نجسه موضع واحد.

ومنه أيضاً قولهم: إذا دخل المصلي مع الإمام في الركوع، وكبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام، فإنه يتمادى مع الإمام ولا يقطع؛ مراعاة لمن قال إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام2، لأنه بعد التكبير والدخول في الصلاة تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، الذي يرجّح قول المخالف ودليله في هذه الحالة ونظائرها .

ومعلوم أن المجتهد إنما يبنى على مقتضى اجتهاده في الأحوال المعتادة، لا على اجتهاد سواه، بحيث يمضي في حالة وقوع التصرف فاسداً بالنظر إلى اجتهاده على مقتضاه، لا على مقتضى اجتهاد غيره، هذا هو الأصل؛ بيد أن ثمة صوراً مستثناة من هذه الحالة، يراعي فيها المجتهد خلاف غيره، وذلك حينما يتعلق بها بعد وقوعها دليل آخر، أو مصلحة راجحة، وهو من دقيق النظر في المآلات الطارئة، والذي اعتبره الشارع في صور شتى . قال الشاطبي – رحمه الله–: النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من

[1] – عن أنس(رضي الله عنه) قال: جاء أعرابي فبال في طائفة المسجد فزجره الناس، فنهاهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فلما فضّ بوله أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بذَنُوب من ماء فأهريق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الوضوء، باب تهريق الماء على البول، رقم 219، ج1، ص89. ورواه مسلم في صحيحه: كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، ص120 ورواه النسائي في سننه: كتاب الطهارة، باب ترك التوقيت في الماء رقم 53، ج1، ص50.

[2] – الموافقات، 552/4.

الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو مفسدة تدرأ، لكن له مآل على خلاف ما قصد فيه.

2/ **مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاستحسان:** وهو المستند الأصولي الثاني الذي يرتكز عليه القول بحجية مراعاة الخلاف بناء على القول بأن مراعاة الخلاف نوع من الأنواع التي تندرج تحت أصل الاستحسان. فالشاطبي مثلا حين عدّه لأنواع الاستحسان جعل مراعاة الخلاف نوعه العاشر فقال: "إنهم قالوا إن جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء وهو أصل في مذهب مالك"[1] . لكن هناك من رأى أن الاستحسان الأخذ بأقوى الدليلين ومراعاة الخلاف أخذ بهما معا من بعض الوجوه" ، كما أن كتب الفروع الفقهية كثيرا ما نجد فيها هو "استحسان مراعاة للخلاف ..".

3/ أن مراعاة الخلاف فيه إعمال كل من الدليلين المختلفين، وإعمال الدليلين أولى من إهمالهما

4/ العمل بمراعاة الخلاف هو عمل بالدليل الراجح، والأخذ بالراجح واجب بالإجماع[2].

خامسا: شروط وضوابط العمل بمراعاة الخلاف

القائلون بمشروعية أصل مراعاة الخلاف وضعوا لذلك شروطا وضوابط ومن بين تلك الشروط[3]:

أ/ أن يكون دليل المخالف قويا.

ب/ أن لا يؤدي الأخذ به إلى ترك المذهب بالكلية.

ج/ أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع بالكلية، كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع دينار، مقلدا أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكا في عدم الشهود قبل الدخول، والشافعي في أقل من

[1] – الاعتصام، 145/1.

2 – المعيار المعرب، 379/6.

3 – مراعاة الخلاف، عبد الرحمان معمر السنوسي، ص73 وما بعدها. والمدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ديب، ص331.

ربع دينار في المهر، فلا يمكن تصحيح هذا النكاح أو عدم فسخه، لأنه نكاح لا يقره أي مذهب من المذاهب الأربعة، بل يجب فسخه عند جميع المذاهب.

ملاحظة أخيرة: ينبغي التفريق بين مراعاة الخلاف وقاعدة الخروج من الخلاف، لأن المقصود بالخروج من الخلاف الاحتياط والورع في الدين، بحيث يجتنب المكلف ما اختلف العلماء في تحريمه، ويفعل ما اختلفوا في وجوبه، وذلك مستحب ومعمول به في كل المذاهب، ويكون قبل وقوع الفعل، أما مراعاة الخلاف فلا يكون إلا بعد الوقوع ومن باب الاستحسان وجلب المصالح ودرء المفاسد، وهي مسلك تشريعي إلزامي، كما وأن الخروج من الخلاف من القواعد الفقهية، بينما مراعاة الخلاف مترددة بين كونها أصلا أو قاعدة أصولية[1] .

أسئلة للمراجعة:

س1: هناك من اعتبر قاعدة مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي، ما هو تفسيرك لهذا الحكم؟

س2: من علماء المالكية من رد قاعدة مراعاة الخلاف لماذا؟

س3: هل لقاعدة مراعاة الخلاف مستند شرعي؟ أذكره إن وجد.

س4: ما هو وجه مراعاة الخلاف عند المالكية في مسألة إزالة النجاسة على بدن وثوب المصلر ومكان صلاته؟

س5: ما الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف؟

المبحث العاشر:

الدليل العاشر:الاستقراء

[1] – ينظر أحمد ذيب مرجع سابق، ص332.

أولاً: تعريف الاستقراء

أ/ تعريفه لغة:

الاستقراء مأخوذ من القرو، ومعناه : القصد والتتبع يقال: استقرأت الأشياء تتبعت أفرادها؛ لمعرفة أحوالها، وخواصها .

ومأخوذ أيضا من القراءة؛ يقال: قرأت الشيء قرآناً، أي: ضممت بعضه إلى بعض، (والسين والتاء) تفيد الطلب .[1]

ب/ تعريف الاستقراء اصطلاحاً:

عرَّف الاصوليون الاستقراء بتعريفات كثيرة تقاربت في ألفاظها، وكذا معانيها؛ ومن هذه التعريفات ما يأتي:

قال الغزالي هو: "تصفُّح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"[2]

وقال ابن قدامة هو: "تصفُّح أمور جزئية ليحكم بحكمها على مثلها"[3].

وقال الشاطبي هو: "تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام؛ إما قطعي، وإما ظني" [4]

وقد عبر الشاطبي عن الاستقراء بمصطلحات عديدة منها: الاستقراء والاستقراء المعنوي، والتواتر شبه المعنوي، والعموم اللفظي.

والملاحظ أن تعريف الأصوليين للاستقراء لم يخرج عن تعريف المناطقة له، لأن الاستقراء في الأصل من مباحث علم المنطق، ولذلك فإن تعريفه مأخوذ أساسا من كتب المنطق.

ثانيا: أنواع الاستقراء

يقسم الاستقراء إلى نوعين تام وناقص، والنوع الثاني هو الذي استعمله الأصوليين.

---

[1] – لسان العرب، لابن منظور، 146/11.، ومختار الصحاح للرازي، ص533

[2] – المستصفى، 51/1.

[3] – روضة الناضر، 142/1.

[4] – الموافقات، 57/4.

أ/ الاستقراء التام وهو عند المناطقة: أن يُستدلّ بجميع الجزئيات ويُحكم على الكل.

فالاستقراء التام لا بد فيه من تصفح جميع الجزئيات

ب/ الاستقراء الناقص: أن تتصفح جزئيات كثيرة داخلة تحت معنى كلي، حتى إذا وجدت حكما في تلك الجزئيات، حكم على ذلك الكلي به أو هو إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته.

وواضح من التعريف أن التصفح في الاستقراء الناقص يكون لأكثر الجزئيات أو أغلبها وليس لكل الجزئيات.

ولا يختلف تعريفه في كتب الأصول كثيرا عما هو عند المناطقة.

وهو الذي يعبّر عنه المتكلمون بـ"السبر والتقسيم"، ويعبّر عنه الفقهاء بـ"إلحاق الفرد بالأغلب"، و"الأعم الأغلب."

ثالثا: حجية الاستقراء:

تختلف حجية الاستقراء عند الأصوليين بحسب نوعه:

الاستقراء التام حجة عند كل الأصوليين فهو ليس محلاً للنزاع؛ ، إذ إنه مفيد للقطع عند الأكثر . مثال ذلك: كل صلاة لابد وأن تكون مع الطهارة؛ إذ استقرئت كل الصلوات فريضة كانت، أو نافلة فوجِد أنها لا تكون إلا مع الطهارة .

أما الاستقراء الناقص فقد اختلف العلماء في حجيته على قولين:

القول الأول: أنه حجة.

وهذا القول نُسب للحنفية، ، كما نُسب للمالكية ، واختاره القرافي، والشاطبي ، ونُسب للشافعية كذلك ، واختاره تاج الدين الأرموي، والبيضاوي، والأصفهاني، وابن السبكي، والأسنوي، والزركشي، ونُسب لبعض الحنابلة، واختاره ابن قدامة، وابن مفلح.

القول الثاني: أنه ليس حجة.

وهذا القول نُسب للرازي من الشافعية، ولبعض العلماء ،وذكره الزركشي دون أن ينسبه لأحد بعينه.

وخلاصة ما انتهى إليه الدكتور مصطفى ديب البغا في هذه المسألة أن جميع المذاهب يعتبرون الاستقراء حجة في إفادة الحكم، وإنما يختلفون في مدى الاعتماد عليه[1].

ثالثا: أمثلة لما اختلفوا فيه بسبب الاستقراء:

أ/حكم صلاة الوتر: اختلف أئمة المذاهب في حكم صلاة الوتر، بين من قال أنها واجبة ومن قال سنة.

ذهب مالك والشافعي وأحمد أن الوتر سنة، وبه قال صاحبي أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد الشيباني، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوتر واجب.

استدل أصحاب الرأي الأول بأن الوتر سنة بأحاديث نبوية صحيحة تحصر الصلوات في خمس فقط، واستدلوا أيضا بحديث ابن عمر (رضي الله عنه) أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– كان يصلي الوتر على راحلته ولا يصلي المكتوبة[2].

ووجه الاستلال عندهم الاستقراء، وذلك لأن الوتر يؤدى على الراحلة بالإجماع وكل ما يؤدى على الراحلة لا يكون واجبا وذلك **باستقراء** وظائف اليوم والليلة أداء وقضاء، وعليه لا يكون الوتر واجبا.

واستدل القائلون بالوجوب بحديث أبي نضرة الغفاري: (إن الله زادكم صلاة ألا وهي الوتر، فصلوها بين العشاء إلى طلوع الفجر)[1]. ووجه الاستدلال بالحديث أنه (صلى الله عليه وسلم) قال

[1] – أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص651.

[2] – رواه البخاري ومسلم

(زادكم)، والزيادة لا تتحقق إلا في الواجبات لأنها محصورة بعدد، والنوافل غير محصورة بعدد، كما أنّه أضاف الزيادة إلى الله، والسنن إنما تضاف إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، كما أنه أمر بصلاتها (فصلوها)، والأمر يفيد الوجوب.

المسألة الثانية: مدّة النفاس

اتفق الأئمة أنه لا حد لأقل النفاس، فقد يكون لحظة وقد تكون ولادة بلا نفاس، واختلفوا في أكثره.

-ذهب الشافعي –رحمه الله- إلى أن أكثر النفاس ستون يوما، وهو قول مالك الأول وعليه أصحابه، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن أكثر النفاس أربعون يوما، وهو مذهب أحمد في بعض الروايات عنه.

أدلة القائلين أنه ستين يوما الاستقراء، فقد وجد نساء يرين النفاس هذه المدة، قال النووي: "واحتج أصحابنا بأن الاعتماد في هذا الباب على **الوجود** [أي الاستقراء] وقد ثبت الوجود في الستين..."

وقال ابن رشد:"وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك **بالتجربة** لاختلاف أحوال النساء في ذلك، ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها، كالحال في اختلافهم أيام الحيض والطهر"

قال مصطفى ديب البغا معلقا على القولين السابقين لان رشد والنووي: "والمراد بالتجربة والوجود كما هو ظاهر الاستقراء بالمعنى الذي ذكرنا"[2] .

أما الفريق الثاني فحجته الآثار الواردة في ذلك ومنها حديث أم سلمة (رضي الله عنها)" كانت النفساء تجلس على عهد النبي –صلى الله عليه وسلم- أربعين يوما وأربعين ليلة". وفي رواية " إلا أن تر الطهر قبل ذلك".

---

[1] – رواه الحاكم في المستدرك، 593/3.

[2] – أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص775.

أسئلة للمذاكرة

س1: عرف الاستقراء واذكر أنواعة.

س2: هل الاستقراء الناقص يفيد العلم (القطع) أم الظن، وما هو حكم الاحتجاج به على الأحكام الشرعية؟

س3: ما هو وجه الاحتجاج بالاستقراء عند من احتج به في مسألة حكم صلاة الوتر؟

المبحث الحادي عشر:

الدليل الحادي عشر:الاحتياط

الاحتياط أصل يكتنفه الكثير من عدم وضوح الرؤية، بسبب تشعب قضاياه وتفرقها في كثير من أبواب التشريع الإسلامي، خاصة الفقه وأصوله، علما أن لمجتهدين عرفوا هذا الأصل وبنوا عليه مذاهبهم . على تفاوت بينهم في العمل به، ويعتبر الإمام مالك من أكثر الفقهاء إعمالا لهذا الأصل، في كثير من فتاويه واجتهاداته. ومع ذلك فقد خلت معظم كتب الأصول من اعتبار قاعدة الاحتياط مسلكا وأصلا تبنى عليه الأحكام الشرعية.

أما المعاصرون فمنهم من اعتبره قاعدة فقهية كما هو الحال بالنسبة للباحث زبير بن موسى بن بكر الهوساوي في أطروحته "قاعدة الاحتياط الفقهية وأثرها في الطهارة الشرعية"[1] ومنهم من اعتبره نظرية بمعناها العلمي المعاصر، لأنها في بنائها أعم وأوسع من القاعدة، بل تنضوي تحتها عدد

[1] – نال بها الباحث درجة الماجستير من جامعة المدينة العالمية بماليزيا.

غير يسير من القواعد والضوابط الفقهية والأصولية كما هو الحال بالنسبة لمحمد عمر سماعي في رسالته للدكتوراه " نظرية الاحتياط الفقهي". والذي أراه أن الاحتياط وإن كان مسلكيا شرعيا تبنى عليه الأحكام فهو أقرب إلى النظرية منه، لأن مبدأ الاحتياط في الشريعة الإسلامية لا يقتصر تطبيقه على التشريع الفروعي، بل له تطبيقاته أيضا في التقعيد الأصولي كقاعدة سد الذرائع وأصل مراعاة الخلاف، وله أيضا تطبيقاته في التقعيد الفقهي، وهي كثيرة جدا.

أولا: مفهوهمه وحقيقته

أ/تعريفه لغة: الاحتياط مصدر من الفعل احتاط، ومادته (حوط)، وهو الشيء يطيف بالشيء. يطلق حقيقة على الحائط أي الجدار؛ لأنه يحوط ما فيه، يقال حوط داره تحويطا أي بنى حوله حائطا. ويطلق مجازا على التعهد والرعاية، وعلى التعطف والحنان، وعلى العلم بالشيء والإحاطة به[1].

اصطلاحا: عند النظر في كتب االأصول لا نجد مبحثا خاصا ومستقلا للاحتياط، وإنما يذكرونه عرضا، ولعل هذا هو السبب في غياب هذا المصطلح في بعض كتب الحدود والتعريفات.

والملاحظ أيضا تباين واختلاف تعريفات العلماء للاحتياط، وذلك راجع أساسا إلى المعنى الذي روعي في التعريف عند من عرّفه، فمنهم من راعى في تعريفه معنى التردد والشك وهو السبب الملجئ إلى العمل بالاحتياط، والبعض راعى معنى التحفظ والتحرز من الوقوع في المحذور، وهو الأثر المرجى من العمل بالاحتياط، والبعض الآخر راعى المعنيين معا[2].

وفيما يلي بعض التعاريف التي توضح حقيقة الاحتياط :

[1] – ينظر: لسان العرب مادة حوط، 7/ 280. والقاموس المحيط، باب الطاء، فصل الحاء، ص663.

[2] – نظرية الاحتياط الفقهي عند الإمام مالك، مصطفى بو زغيبة، ص13.

قال الجرجاني : "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"[1].

عرفه العز بن عبد السلام بقوله: "هو ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه "[2].

وقال ابن تيمية هو: "اتقاء ما يخاف أن يكون سببا للذم والعذاب عند عدم المعارض الراجح"[3].

وعرفه القرافي بقوله : "ترك ما لا بأس به حذراً مما به بأس"

من الألفاظ والمصطلحات ذات الصلة بالاحتياط **الورع** فقد يطلق بعض العلماء الورع ويريد به الاحتياط، ومنها أيضا التحرز والتحري والتوقف.[4]

هذا وقد جمع الباحث محمد بن إبراهيم بن عبد الله الشامي كل التعاريف التي ذكرها القدامى والمعاصرون وصنفها في خمس اتجاهات وقام بنقدها ومناقشتها وانتهى إلى التعريف : (القيام بالفعل عند الشك المعتبر لاحتمال الأمر به، أو تركه لاحتمال النهي عنه)[5]. وهو تعريف جمع كل المحترزات، وسلم من الانتقادات التي وجهت للتعاريف الأخرى، وإن أخذ عليه غموض العبارة نوعا ما.

ثانيا: حجية الاحتياط

الاحتياط حجّة عند الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، إلا أن أكثر المذاهب إعمالاً للاحتياط المذهب المالكي؛ لأن من أصوله الاجتهادية التوسّع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وكلاهما ضرب من الاحتياط تُدفع به المفاسد المتوقعة أو الواقعة، وتُراعى المآلات بما يستوفي مصلحة الإنسان في العاجل والآجل . وهذه جملة من أقوال علماء المذاهب في الموضوع:

---

[1]- التعريفات، 26.

[2]- قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، 111/2.

[3]- مجموع الفتاوى، لابن تيمية، 138/20- 137.

[4] - انظر نظرية الاحتياط الفقهي، محمد عمر سماعي، ص21

[5] - نظرية الاحتياط الفقهي، محمد عمر سماعي ، ص 35.

أ . قال السرخسي: «والأخذ بالاحتياط أصل في الشرع»

ب . قال الجصاص: «واعتبار الاحتياط والأخذ بالثقة أصل كبير من أصول الفقه، فقد استعمله الفقهاء كلهم» .

ج . قال الشاطبي: «الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرر مما عسى أن يكون طريقاً إلى المفسدة».

د . قال الجويني: «إذا تعارض ظاهران، أو نصّان، وأحدهما أقرب إلى الاحتياط، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأحوط مرجَّح على الثاني، واحتجوا بأن قالوا: اللائق بحكمة الشريعة ومحاسنها الاحتياط»

أما الإمام ابن حزم الظاهري فقد نسب إليه مخالفة الجمهور في العمل بأصل الاحتياط، وقد صرح هو بذلك وعقد فصلا لإبطال العمل بالاحتياط وتحريم الحكم به[1]. لكنه في الواقع يعمل بالاحتياط في مسائل كثيرة من مسائل الفروع، وإن كان يخالف في أصل سد الذرائع، ويرى بطلان الحكم به مطلقا من الناحية النظرية، وله أقوال كثيرة تشهد على أخذه بالاحتياط.[2]

ثالثا: أدلته ومستنده من القرآن والسنة

قد دل على مشروعية الاحتياط وحجيته وتسويغ العمل به أدلة كثيرة منها:

أ/ من القرآن 1/ قوله تعالى: **{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ}** [البقرة:104] . لما كان قول (راعنا) يقصد به السب والشتم عند اليهود ، نهى الله تعالى عن التلفظ به احتياطاً لئلا يتوصل به إلى سبه –صلى الله عليه وسلم– .

2/ قوله تعالى: **{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ }** [الحجرات:12]

[1] – الإحكام في أصول الأحكام، 179/7

[2] – انظر: نظرية الاحتياط الفقهي، محمد عمر سماعي، ص 177.

3/ قوله تعالى: ﴿ **وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ** ﴾ [الأنفال:58]. دلت الآية على وجوب التوخي والاحتياط لما يتوقع ويخشى من المفاسد. وتدل على وجوب المبادرة إلى منع المفاسد وهي في مهدها أو في مراحلها الأولى ، وهذا يفرض على المسلمين أن يكون سلوكهم العام مطبوعاً بهذا الطابع ، وهو طابع اليقظة والاحتياط والوقاية والمبادرة[1].

ب/ من السنة:

1/ حديث البخاري ومسلم وغيرهما عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : (إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشتبهات ، لا يعلمهن كثير من الناس ؛ فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات ؛ فقد وقع في الحرام ؛ كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ؛ آلا وإن لكل ملك حمى ؛ ألا وإن حمى الله محارمه ؛ ألا وأن في الجسد مضغة ؛ إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب)[2].

يعتبر هذا الحديث أصل في الورع ، وهو أن ما اشتبه على الرجل أمره في التحليل والتحريم ، ولا يعرف له أصل ؛ فالورع أن يجتنبه ويتركه ، فإنه إذا لم يجتنبه ، واستمر عليه ، واعتاده جره ذلك إلى الوقوع في الحرام

2/ ما رواه الترمذي والنسائي رحمهم الله تعالى عن الحسن بن علي (رضي الله عنهما) أنه قال: حفظت من رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)[3] .

[1] – الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص418 .

[2] – البخاري : 126/1 ومسلم : 1599 باب أخذ الحلال وترك الحرام من كتاب المساقاه

[3] – الترمذي –كتاب صفة القيامة والرقائق والورع باب رقم 2518 ، (668/4)

في هذا الحديث أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) باجتناب ما يرتاب المكلف في أمره وتضطرب نفسه بشأنه ، والاستعاضة عنه بما هو حلال خالص ؛ وبذلك يكون النبي (صلى الله عليه وسلم) قد رسم أمام المتورعين منهجاً يتعاملون به مع كل ما يشكل عليهم ، ولا يستطيعون الوقوف على حقيقة حكم الشرع فيه ، وهو (أن الشيء إذا أشكل على المكلف ، ولم يتبين له أنه من أي القبيلين هو ، فليتأمل فيه إن كان من أهل الاجتهاد ، وليسأل إن كان من المقلدين فإن وجد ما تسكن إليه نفسه ، ويطمئن به قلبه وينشرح به صدره فليأخذ به ، وليختره لنفسه، وإلا فليدعه، وليأخذ بما لا شبهة فيه ولا ريبة ؛ هذا طريق الورع والاحتياط.

رابعا: ضوابط الاحتياط الشرعي

مسلك الاحتياط من المواضع التي تتجاذب فيها الأنظار وتتضارب الأفهام؛ فما يراه عالم احتياطاً، لا يراه غيره كذلك، من هنا رأى بعض الدارسين ضرورة وضع ثوابت يحتكم إليها ، ويمكن إجمالها فيما يلي[1]

أ/ ألاّ يكون في المسألة المحتاط فيها نصّ؛ لأن الاحتياط منزع اجتهادي يُلجأ إليه عند فقدان الدليل،فإذا وجد وظنّ المجتهد أن من الاحتياط تركه، فقد تورط في مخالفة صريحة أمْلتْها الوسوسة أو الابتداع في الدين .

ب/ أن تكون الشبهة الحاملة على الاحتياط قوية معتبرة؛ ولذلك صرح الفقهاء بأن الخلاف الذي يُراعى ويُستحب الخروج منه ما كان مبيناً على تكافؤ الأدلة، أما السقطات والشذوذات فلا يلتفت إليها، ولا يحتاط لها .وكذلك لا يعتد بالشبهة التي تدرأ الحدود إلا إذا كانت قوية ناهضة.

ج/ ألاّ يفضي العمل بالاحتياط إلى مخالفة النص الصحيح الصريح،فكل احتياط جاء على خلاف المشروع فهو ضرب من الاجتهاد في مورد النص، والحكم بفساد اعتباره لا يحتاج إلى تقرير؛

[1] – قطب الريسوني، الاحتياط الشرعي..حقيقته وضوابطه. على الموقع الإلكتروني
http://www.denana.com/main/articles.

فضلاً عن نصب برهان. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والاحتياط حسن، ما لم يُفضِ بصاحبه إلى مخالفة السُّنَّة،فإذا أفضى إلى ذلك فالاحتياط ترك الاحتياط»، وأقرّه تلميذه ابن القيم على ذلك فقال: «فالصواب أن يحتاط الإنسان لاتّباع السُّنَّة لا لمخالفتها»

ومن الاحتياط المخالف للسُّنَّة التورعُ عن اليمين في الحق بالحق من غير إكثار؛بدعوى أن الأيمان كلها مكروهة، لقوله . تعالى .: **{وَلا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لأَيْمَانِكُمْ}** [البقرة: 224] وهذا احتياط في غير محله؛ لأن الرسول –صلى الله عليه وسلم– كان يحلف كثيراً، ولو كان مكروهاً لكان أبعد الناس عنه. أما النهي في الآية فمحمول على الإفراط في الحلف الذي لا ينفك عنه الكذب غالباً، وصدق الشيخ (زروق) حين قال: «ورع بلا سُنَّة بدعة».

د/ ألاَّ يفضي الاحتياط إلى مشقة فادحة لا يمكن احتمالها والصبر عليها،وهذا ملاحظ في تصرفات الفقهاء، وجارٍ في فروعهم.

هـ/ ألاّ يفضي الاحتياط إلى تفويت مصلحة راجحة، وبفواتها يظل التعارض قائماً، فيحتاج إلى دفعه، فإذا كانت المصلحة أقوى وأهم قدمت على أصل الاحتياط . قال ابن تيمية: «وتمام الورع أن يعلم الإنسان خير الخيرين وشر الشرين، ويعلم أن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وإلا فمن لم يوازن ما في الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية قد يدع واجبات ويفعل محرمات، ويرى ذلك من الورع؛ كمن يدع الجهاد مع الأمراء الظلمة، ويرى ذلك ورعاً، أو يدع الجمعة والجماعة خلف الأئمة الذين فيهم بدعة أو فجور ويرى ذلك من الورع»

خامسا: أمثلة عن أثر الاحتياط في الأحكام الفقهية

أ/ وجوب الوضوء على من شك في الحدث: أوجب المالكية الوضوء على من تيقن الطهارة وشك في الحدث، وحجتهم في ذلك الاحتياط للعبادة حتى تؤدى بطهارة غير مشكوك فيها، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء فلم يروا الشك الطارئ على الطهارة المتيقنة ناقضا لها، وعمدتهم الحديث: "لا ينصرف حتى يسمه صوتا أو يجد ريحا"[1] لمن يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة.

ب/لاحتياط للطهارة بعدم الاقتصار على غسلة واحدة بالنسبة للعامي: كره الإمام مالك الاقتصار على غسلة واحدة بالنسبة للعامة، لأنهم قد يتركوا لمعة فيبطل وضوؤهم، مع أن الغسلة الواحدة تكفي لتأدية ما فرضه الله بقوله: {**فاغسلوا وجوهكم**}[2].

يقول المازري مبينا هذا الأمر: "إنما اقتصر في الوجوب على مرة واحدة لأن الله سبحانه وتعالى قال: {**فاغسلوا وجوهكم**}، فأمر بالغسل مطلقا غير مقرون بعدد، والأمر المطلق يحمل على مرة واحدة إذا تجرد من القرائن عند جماعة من أهل الأصول. وقد كره مالك مع هذا، الاقتصار على مرة واحدة (...) لأن العامة لا تكاد تستوعب العضو في مرة واحدة (...) وقد صرح بهذا المعنى في رواية أخرى فقال: "لا أحب الواحدة إلا من عالم وهذا تنبيه منه على أن العامة لا تكاد تستوعب بمرة واحدة فاحتاط لهم بأن أمرهم بالزيادة عليها. وأخرج العالِم من ذلك، لمعرفته بما يأتي ويذر من ذلك"[3].

ج/ إعادة الصلاة احتياطا للمريض والخائف إذا وجد الماء بعد الصلاة وقبل خروج الوقت: قال مالك: "والمريض والخائف يتيممان في وسط الوقت وإذ وجد المريض أو الخائف الماء في ذلك الوقت فعليهما الإعادة"[4]

---

[1] – رواه البخاري ومسلم.

[2] – المائدة، 6.

[3] – شرح التلقين، للإمام المازري، 168/1-169.

[4] – المدونة، 145/1.

وإنما قال بالإعادة مراعاة لخلاف من قال بأن عليهما الإعادة أبدا، فهذا احتياطا منه، وإلا فإن الأصل عند مالك أن المصلي لا يعيد، فقد قال في رجل تيمم حين لم يجد ماء، فقام وكبر ودخل في الصلاة، فطلع عليه إنسان معه ماء، قال: لا يقطع صلاته بل يُتمها بالتيمم، وليتوضأ لما يُستقبل من الصلوات"[1].

د/ اعتبار اليسار في الكفاءة عند الزواج: اختلف الفقهاء في تحديد الكفاءة:

فقال المالكية: والكفاءة المعتبرة هي الدين دون النسب"[2].

وعند الحنابلة: في الدين والمنصب والحرية والصنعة واليسار، وهو المعتمد في المذهب[3].

وحددها بعض الفقهاء في المال واليسار.

أخذ الإمام مالك بأصل مراعاة الخلاف في هذه المسألة احتياطا ، فقد اعتبر مالك قول من اشترط اليسار وأفتى بموجبه. ففي المدونة أن امرأة مطلقة أتت إلى مالك فقالت له: "إن لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها وقد أُصْدِقَت صداقا كثيرا، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له مُعدِما لا شيء له أفترى أن أتكلم؟ قال: نعم، إني لأرى لكِ في ذلك مُتَكَلَّما"[4].

فالقول الراجح في المذهب يقتضي أن يجبر الأب ابنته على الزواج من الفقير لعدم اشتراط اليسار، ولا كلام لأحد حتى الأم ما لم يحصل للبنت ضرر ظاهر بسبب الفقر، إلا أن الإمام مالك – رحمه الله – راعى اشتراط اليسار وأعطى الأم الحق في منع الزواج لعدم تحقق الكفاءة، وذلك لوجود المسوغ، وهو الاحتياط في الأبضاع[5].

---

[1]– الموطأ كتاب: الطهارة، باب: في التيمم، 26.

2– المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 495/1.

[3]– المغني، 391/9.

[4]– المدونة، 274/2.

[5]– مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، محمد أحمد شقرون، 466.

هـ/ قتل الجماعة بالواحد:

المقصد من قتل الجماعة بالواحد هو الاحتياط لحفظ النفوس من العصابات الإجرامية، خاصة إذا علموا أنهم لن يؤاخذوا باقترافهم لجريمة القتل إذا كانوا مجتمعين.

ويقول ابن رشد: "فعمدة من قتل بالواحد الجماعة: النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شُرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى: {**ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب**} وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تُقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة"[1].

أسئلة للمذاكرة:

س1: تعددت تعريفات القدامى للاحتياط، فما هي اتجاهاتهم في ذلك؟ ممثلا لكل اتجاه.

س2: هل هناك من عارض في مشروعية الاحتياط؟ وضح موقفه بدقة.

س3: أذكر دليلا نقليا على مشروعية الاحتياط وبين وجه دلالته على ذلك.

س4: مثل للاحتياط في الفروع الفقهية عند المالكية.

س5: أين يمكن أن يرتب المذهب المالكي من حيث العمل بأصل الاحتياط؟ علل إجابتك.

[1]- بداية المجتهد، 381/2.