الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جـامعة الشهيد حمه لخضر الـوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية جدع مشترك شريعة (ل م د)

مقياس: أصول الفقه تطبيق . السداسي الرابع

الدكتور أحمد بن عبد الله خويلدي

السنة الجامعية : 2022/2021

الأدلة المختلف فيها

مقدمة

الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلا مُضِلَّ لَهُ وَمَنْ يُضْلِلْ فَلا هَادِيَ لَهُ وَأَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إِلا اللَّهُ وَحْدَهُ لا شَرِيكَ لَهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، أَمَّا بَعْدُ:

أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ آل عمران: ١٠٢

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾ النساء: ١

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ الأحزاب: ٧٠ – ٧١

وإن أصدق الحديث كتاب الله وأحسن الهدي هدي مُحَمَّد ﷺ وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة. أما بعد:

محتوى المادة:

1- **المصالح المرسلة:** – حقيقة المصالح وأقسامها.

– حجية المصالح المرسلة وشروطها وأحكامها.

2- **الاستحسان:** – حقيقة الاستحسان وأنواعه.

– حجية الاستحسان وضوابطه وأحكامه.

3- **الذرائع** حقيقتها وأقسامها وحجيتها وأحكامها.

4-**الاستصحاب** حقيقته وأنواعه وحجيته وأحكامه.

5-**العرف**، حقيقته وأنواعه وحجيته وأحكامه.

6- **مذهب الصحابي** مفهومه وأنواعه وحجيته وأحكامه.

7-**عمل أهل المدينة** مفهومه وأنواعه وحجيته وأحكامه.

8-مفهوم **شرع من قبلنا** وحجيته.

9-**مراعاة الخلاف** مفهومه وحجيته وأحكامه.

10- **الاحتياط** مفهومه وحجيته وأحكامه.

11- **الاستقراء** مفهومه وحجيته وأحكامه.

الدليل الأول :المصالح المرسلة

– حقيقة المصالح وأقسامها.

عرف الأصوليون المصلحة اصطلاحا بأنها: « كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأعراضهم، أو كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط وضوابط اتفقوا عليها. وهم يقسمون هذه المصلحة تقسيمات عديدة وفق اعتبارات معينة،أهمها:

***– من حيث اعتبار الشارع لها أو عدم اعتبارها:**

وهي من هذه الزاوية تنقسم إلى ثلاثة أقسام: المصلحة المعتبرة: وهي التي اعتبرها الشارع بنص أو إجماع أو بترتيب الحكم على وفقها في صورة بنص أو إجماع. وهي بهذا المعنى حجة لا إشكال فيها.
والمصلحة الملغاة: وهي ما شهد الشرع بإلغائها، وهي باطلة باتفاق العلماء ولا يجوز الإحتجاج بها. أما المصلحة المسكوت عنها: فهي تلك المصلحة التي لم تشهد لها النصوص الخاصة بالإعتبار أو الإلغاء. فإن كانت هذه المصلحة ملائمة لتصرفات الشارع بان يكون لها جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل خاص، فهو « الإستدلال المرسل » المسمى بـ « المصالح المرسلة ».

– حجية المصالح المرسلة وشروطها وأحكامها.

نظر العلماء إلى المصلحة المرسلة من زوايا مختلفة وعبروا عنها باصطلاحات مختلفة؛ فبعضهم عبر عنها بـ « المناسب المرسل »، وبعضهم بـ « الإستصلاح »، وبعضهم بـ « الإستدلال ».
والإرسال لغة هو: مجرد الإطلاق. فتقول: أرسلت الناقة إذا أطلقتها. أما اصطلاحا فقد عرفت المصلحة المرسلة بعدة تعريفات يمكن إجمالها في القول بأن « المصالح المرسلة هي كل منفعة ملائمة لمقصد الشارع وما تفرع عنه من قواعد كلية، ولم يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء ».
ومن هذا التعريف يمكن أن نستخلص ثلاثة قيود تميز المصلحة المرسلة عن غيرها من المصالح وهي:
الأول: أن لا يشهد لها نص خاص بالاعتبار: يخرج بهذا القيد المصالح التي شهدت لها النصوص الخاصة بالاعتبار.
الثاني: أن لا يشهد لها نص خاص بالإلغاء، وهذا القيد يدل على عدم مصادمتها للنصوص الشرعية الخاصة، من أجل إخراج المصالح الموهومة التي جاءت النصوص على خلافها.. مثل القول بإباحة الربا

للضرورة الاقتصادية..

الثالث: أن تكون ملائمة لمقصود الشارع وما تفرع عنه من قواعد كلية استقرئت من مجموع النصوص، وبهذا القيد تتميز المصالح المرسلة عن المصالح المعتبرة التي شهدت النصوص الخاصة لعينها بالإعتبار.

موقف العلماء من المصالح المرسلة

اتفق العلماء على عدم جواز « الاستصلاح » في أحكام العبادات؛ لأنها تعبدية وليس للعقل مجال لإدراك المصلحة الجزئية لكل منها. والمقدرات كالحدود والكفارات وفروض الإرث وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق، وكل ما شرع محددا واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به.

ويمكن حصر أقوال العلماء في المصلحة في مذهبين:

المذهب الأول : المانعون من الاحتجاج بالمصالح المرسلة: وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من الباقلاني والآمدي وابن الحاجب وابن تيمية...). ومستندهم في ذلك عدم وجود دليل من الكتاب والسنة يدل على جواز العمل بها، أو على عدم اعتبارها..

المذهب الثاني : وهم الآخذون بها، وإن اختلفوا في التسمية وضوابط العمل بها، وهم المالكية على ما هو مشهور، وجمهور العلماء عند التحقيق.

إلا أن ما يميز المذهب المالكي هنا عن غيره من المذاهب هو عد المصلحة المرسلة دليلا مستقلا، منفصلا عن باقي الأدلة. بخلاف المذاهب الأخرى التي أدرجتها تحت دليل من الأدلة المتفق عليها كالقياس على ما هو عليه الجمهور مثل الحنفية والشافعية والحنابلة، أو إرجاعها لمقصود الشارع الذي يدل عليه الكتاب والسنة والإجماع، على ما ذهب إليه الإمام الغزالي.

واتفق المالكية على اشتراط ضابطين لاعتبار المصالح المرسلة: الأول: أن تكون معقولة المعنى في ذاتها جارية على الأوصاف المناسبة، بحيث إذا عرضت على أهل العقول السليمة تلقتها بالقبول. وبهذا القيد يتضح أن مجال العمل بالمصالح المرسلة يتعلق بقسم المعاملات خاصة، دون قسم العبادات لأنها غير معقولة المعنى في الغالب.

والثاني أن تكون ملائمة لمقصود الشارع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ولا تعارض دليلا من أدلته القطعية ..

وصفوة القول إن الأخذ بالمصلحة المرسلة مبدأ اتفقت جميع المذاهب في الأخذ بها خلافا للظاهرية.

وهو ما عبر عنه القرافي بقوله: « وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإن افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب »

الدليل الثاني الاستحسان

قال الإمام مالك رحمه الله: "تسعة أعشار العلم الاستحسان". بل بالغ بعضهم في الاستحسان حتى عده عماد العلم، وأن الذي لا يستحسن يكاد أن يفارق السنة، والعلماء متفقون على أصل الأخذ به في معناه الأساس، وإن كانت طرائقهم مختلفة في الوصول إلى تحقيق هذا المعنى.

تعريف الاستحسان

الاستحسان في اللغة مشتق من الحسن، والحسن ضد القبح، واستحسن الشيء أي عده حسنًا.

والاستحسان في الاصطلاح له عدة تعريفات؛ منها:

التعريف الأول: الاستحسان هو "دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته، فلا يقدر على إظهاره". ونُسب هذا التعريف إلى بعض الحنفية. وانتقد هذا التعريف انتقادًا شديدًا؛ "لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق ولا بد من ظهوره".

التعريف الثاني: الاستحسان "ما يستحسنه المجتهد بعقله". ونُسب هذا التعريف إلى أبي حنيفة، "ولكن أصحابه ينكرون هذا التفسير عنه".

وانتُقد هذا التعريف بأنه يفوض الأحكام إلى آراء الرجال، و"لو فتح هذا الباب لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء"، يقول الشنقيطي منتقدًا التعريفين السابقين: "وبطلان هذين التعريفين ظاهر؛ لأن المجتهد ليس له الاستناد إلى مجرد عقله في تحسين شيء، وما لم يعبر عنه لا يمكن الحكم له بالقبول حتى يظهر ويعرض على الشرع".

التعريف الثالث: الاستحسان "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى".

وهذا أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان؛ لأنه يشمل كل أنواعه، قال الغزالي عن هذا التعريف: "وهذا مما لا ينكر".

أنواع الاستحسان

للاستحسان عند القائلين به أنواع، وهي:

النوع الأول: الاستحسان بالنص؛ كالسلم، فالقاعدة العامة تقضي ببطلان بيع ما لا يملك الإنسان، ولكن استثني السلم استحسانًا للنص الوارد في جوازه عن النبي ﷺ.

النوع الثاني: الاستحسان بالإجماع؛ كالاستصناع، فالقاعدة العامة تقضي ببطلانه؛ لأنه عقد معدوم، وإنما جاز "للإجماع على التعامل به فيما بين الناس".

النوع الثالث: الاستحسان بالقياس الخفي؛ كالحقوق الارتفاقية للأرض الزراعية، عند الحنفية لا تدخل في عقد البيع دون نص عليها، لكنهم استحسنوا دخولها دون نص؛ وذلك أن وقف الأرض الزراعية يتجاذبه قياسان، الأول قياسه على البيع، والثاني قياسه على الإجارة، والقياس الأول هو الأظهر وهو قياس جلي؛ لاتفاق البيع والوقف في إخراج الملك من مالكه، وعلى ذلك لا تدخل الحقوق الارتفاقية إلا بالنص عليها، والقياس الثاني مبناه أن كلًا من الإجارة والوقف يفيد ملك الانتفاع بالعين دون تملكها وهذا قياس خفي، ومقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعًا دون حاجة للنص عليها كما هو الحكم في الإجارة، فرجح القياس الخفي على القياس الجلي استحسانًا؛ لأن المقصود من الوقف الانتفاع لا تملك الرقبة، والانتفاع لا يتأتى دون الحقوق الارتفاقية.

النوع الرابع: الاستحسان بالعرف؛ كالشروط المقترنة بعقد البيع فالأصل عند الحنفية منعها، إلا أنهم يجيزون الشروط التي جرى العرف بهااستحسانًا.

النوع الخامس: الاستحسان بالمصلحة؛ كتضمين الأجير المشترك عند المالكية، وإن لم يكن صانعًا، فإن الأصل عندهم عدم تضمينه؛ لأنه مؤتمن، إلا أنهم قالوا بتضمينه استحسانًا للمصلحة.

النوع السادس: الاستحسان للضرورة؛ كتطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزح قدر معين من الماء منها استحسانًا للضرورة.

هذه أنواع الاستحسان عند القائلين به، واكتفيت بمثال واحد لكل نوع، وإلا فالأمثلة التي ذكروها كثيرة، والملاحظ أن بعض الأمثلة تصلح لأكثر من نوع من أنواع الاستحسان؛ كالاستصناع فإنه يصلح أن يكون مثالًا للاستحسان بالإجماع، وللاستحسان بالعرف، وللاستحسان بالمصلحة، وليس في ذلك تعارض؛ فقد يثبت الشيء عرفًا، وتكون فيه مصلحة راجحة، وقد يتم الإجماع عليه.

وقد اعتُرض على بعض أنواع الاستحسان؛ كالاستحسان بالنص، والاستحسان بالإجماع، بأن ثبوت هذه الأحكام بالنص والإجماع، لا بالاستحسان، "فإطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته".

وأجيب عليه: بأنه لا نزاع في أن الأحكام الثابتة بالنص إنما أثبتها النص، وكذلك الأحكام الثابتة بالإجماع، والقائلون بالاستحسان إنما أرادوا تعزيز نظرية شرعية عامة تتعلق بالفروع المستثناة من حكم

نظائرها، وبالأدلة التي تصلح سندًا للاستثناء، واصطلحوا على تسميته بالاستحسان، ولا مشاحة في الاصطلاح، وهذا لا يعارض أن الحكم ثابت بالنص، أو الإجماع، والاستحسان لم يثبت به حكم؛ لأن إثبات الأحكام واقع بوجوه الاستحسان، لا بالاستحسان نفسه، سواء كانت تلك الوجوه نصًا أو إجماعًا أو قياسًا أو عرفًا أو غيرها.

ومع هذا فالأولى أن يسمي الحكم الثابت استحسانًا بالنص حكمًا ثابتًا بالنص، لا بالاستحسان، ولكن الحنفية اصطلحوا على تسميته استحسانًا، ولا مشاحة في الاصطلاح.

حكم الاستحسان

اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على القول بالاستحسان، وخالف في ذلك الشافعية فلم يقولوا به، ونُقل عن الشافعي: "أن من استحسن فقد شرع".

وعند التحقيق نجد أن إنكار الشافعية إنما كان على الاستحسان بمجرد الهوى والتشهي والتلذذ دون دليل؛ قال الشافعي: "إنما الاستحسان تلذُّذ". ونَقل الشيرازي عن الشافعي تعريف الاستحسان عند أبي حنيفة وهو: "ترك القياس لما استحسنه الإنسان من غير دليل". فالشافعي "إنما أنكر استحسانًا بلا دليل"، وقد نقل الزركشي قريبًا من عشرين مسألة فقهية قال بها الشافعي وأصحابه بالاستحسان؛ مما يبين أن ما استنكروه من الاستحسان هو ما كان من غير دليل.

والاستحسان دون دليل ينكره القائلون بالاستحسان، وحتى أصحاب أبي حنيفة ينكرون ما يُنسب له من أن الاستحسان ما استحسنه الإنسان من غير دليل.

أما الاستحسان على المعنى المختار، وهو: العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى، فقد اتفق العلماء على قبوله، وإنما الخلاف في تسميته استحسانًا، قال الغزالي بعدما ذكر هذا التعريف للاستحسان: "وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانًا من بين سائر الأدلة". فالخلاف إذًا لفظي، قال الزركشي:" نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي؛ فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به، والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل هو أقوى منه، فهذا مما لم ينكره، لكن هذا الاسم لا نعرفه اسمًا لما يقال به بمثل هذا الدليل، وقريب منه قول القفال".

وعند النظر في أنواع الاستحسان يتبين أن الاستحسان لا يعد دليلًا قائمًا بذاته، فالاستحسان بالنص دليله النص، والاستحسان بالإجماع دليله الإجماع، وكذلك الاستحسان بالقياس، والعرف، والمصلحة، والضرورة، فإن الذي يقول به إنما يقول بهذه الأدلة.

فمن أراد أن يستحسن فلا يكتف به، بل لابد أن يذكر الدليل الذي بنى عليه استحسانه.

الدليل الثالث : سد الذرائع

سد الذرائع أصل من أصول السادة المالكية، فلقد أكثروا من العمل بهذا الأصل، حتى نُسب إلى المذهب المالكي أنه المذهب الوحيد الذي قال بالذرائع، والأمر خلاف ذلك كما زعم القرافي: "فَلَيْسَ سَدُّ الذَّرَائِعِ خَاصًّا بِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بَلْ قَالَ بِهَا هُوَ وأَكْثَرُ مِنْ غَيْرِهِ، وَأَصْلُ سَدِّهَا مُجْمَعٌ عَلَيْه

الذريعة لغةً واصطلاحًا:

بالرجوع إلى المعاجم اللغوية نجد أن الذريعةَ في اللغة تفيد "الوَسيلَة والسَّبَب إلى شيءٍ، يُقال: فلانٌ ذَريعَتي إليكَ؛ أَي: سبَبي ووُصْلَتي الذي أَتَسَبَّبُ به إليكَ."

والمراد بها اصطلاحًا" :حَسْمُ مَادَّةِ وَسَائِلِ الْفَسَادِ دَفْعًا لَهَا، فَمَتَى كَانَ الْفِعْلُ السَّالِمُ عَنْ الْمَفْسَدَةِ وَسِيلَةً لِلْمَفْسَدَةِ منعنا من ذلك الفعل"، ونقل ابنُ حزم عن أبي مُحَمَّد علي بن أحمد رحمه الله قوله: "ذهب قوم إلى تحريم أشياء من طريق الاحتياط، وخوف أن يتذرع منها إلى الحرام البحت ."

فعماد التعريف في الذريعة أنها هي كل مسألة ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور، وبيان ذلك أن الوسيلة إذا أفضت إلى مفسدة كانت فاسدة، فوجب قطع الذريعة لما ينجم عنها من مفاسد، والوسائل إذا كانت مؤدية إلى مصلحة كانت صالحة، فتكون الذريعة عندئذ غير ممنوعة.

قال القرافي: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة ."

فحسب الإمام القرافي أن الأمور ليست بحسب مآل نية الفاعل، وإنما بحسب نتائجها وغاياتها، و هذا ما أقرَّه أبو زهرة فقال: "إن أصل سدِّ الذرائع لا يعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهري في الإذن أو المنع، وإنما النظر به إلى النتائج والثمرات"، فلما كان المقصد الأساس للشريعة الإسلامية هو إقامة المصالح ودفع المفاسد، فكل ما يؤدي إلى ذلك من ذرائع وأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي .

ومن تأمل مصادر الشريعة ومواردها، علِم أن الشارع الحكيم سدَّ الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها، وهذا سنلحظه من خلال القسم الأول من أقسام الذرائع.

أقسام الذرائع:

وقد قسم علماء أصول الفقه الذرائع أربعة أقسام:

القسم الأول :ما أدى إلى مفسدة مقطوع بها، وهذا القسم أجمعت الأمة على سدِّه ومنعه وحسمه، وقد عبَّر ابنُ القيم عن هذا القسم بقوله: "لا يجوز الإتيانُ بفعل يكون وسيلة إلى حرام وإن كان جائزًا."

ومن أمثلة هذا القسم – على سبيل المثال – ما يلي:

– 1قوله تعالى :﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾]الأنعام: 108]، فحرَّم الله تعالى سبَّ آلهة المشركين – مع كون السب حميةً لله وإهانةً لآلهتهم – لكونه ذريعةً إلى سبِّ الله عز وجل فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أولى من مصلحة سبِّ آلهتهم، وجاء التصريح على المنع لئلا يكون سببًا في فعل الحرام.

– 2 ويقول تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾]البقرة: 104]، "وذلك أن المسلمين كانوا يقولون: راعنا يا رسول الله، من المراعاة؛ أي: أَرْعِنا سمعَك، وفرغ سمعك لكلامنا، وكانت هذه اللفظة شيئًا قبيحًا بلغة اليهود، وقيل: كان معناها عندهم: اسمع لا سمعت، و قيل: هي من الرعونة."

" فنهى تعالى المسلمين عن قولها؛ سدًّا لذريعة المشابهة، ولئلا يكون ذلك ذريعةً إلى أن يقولها اليهود للنبي تشبُّهًا بالمسلمين، يقصدون بها غيرَ ما يقصده المسلمون، ولئلا يخاطب بلفظ يحتمل معنًى فاسدًا."

– 3 وحرم الشارع الطِّيبَ على الْمُحْرِمِ؛ لكونه من أسباب دواعي الوطء، فتحريمه من باب سدِّ الذرائع.

– 4 وأمر عليه السلام أن يفرَّق بين الأولاد في المضاجع، فلا ينام الذكر مع الأنثى في فراش واحد؛ لأن ذلك قد يكون بابًا من تلبيس إبليس عليهما، فيتحد الفراش وهما لا يشعران؛ قال عليه السلام: "مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ."

– 5 ونهى المرأة عن السفر بغير محرم؛ قطعًا لذريعة الطمع فيها والفجور بها.

القسم الثاني :ملغًى إجماعًا، لأن مفسدته نادرةُ الوقوع؛ لذلك أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تُسد ووسيلة لا تُحسم، كالمنع من زراعة العنب خشيةَ الخمر، فإنه لم يقل به أحد، ومنه كذلك المنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا .

القسم الثالث :مختلف فيه بين السدِّ والترك، وذلك كبيوع الآجال، ومثاله "كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فالإمام مالك يقول: إنه أخرج من يده خمسةً الآن، وأخذ عشرةً آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجلٍ توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك، والشافعي يقول: ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره، فيُجوّز ذلك، وهذه البيوع يقال: إنها تصل إلى ألف مسألة، اختص بها مالك وخالفه فيها الشافعي. وكذلك اختلف في تضمين الصناع؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم، فتتغير السلع فلا يعرفها ربُّها إذا بيعت، فيضمنون سدًّا لذريعة الأخذ، أم لا يضمنون لأنهم أُجَرَاء، وأصل الإجارة على الأمانة قولان.

وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتدَّ أيديهم إليه، وهو كثير في المسائل، فنحن قلنا بسدِّ هذه الذرائع، ولم يقل بها الشافعي."

القسم الرابع :الذرائع والوسائل المشروعة المفضية إلى البدعة، وإليه أشار الإمام الشاطبي في "الاعتصام" بقوله: " قد يكون أصل العمل مشروعًا، لكنه يصير جاريًا مجرى البدعة من باب الذرائع"، فضرب أمثلة لذلك منها:

– 1أن يكون للمكلَّف طريقان في سلوكه للآخرة، أحدُهما أسهل والآخر صعب، فيأخذ بالطريق الأصعب ويترك الأسهل بناء على التشديد على النفس، كالذي يجد للطهارة ماءين، ساخنًا وباردًا، فيتحرَّى الباردَ الشاقَّ استعماله، بدليل إسباغ الوضوء على المكاره، فهذا لم يعطِ النفسَ حقَّها، وخالف دليلَ رفع الحرج؛ ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾] النساء: 29.[

– 2ومن ذلك الاقتصارُ على البشع في المأكل، والخشن في الملبس من غير ضرورة.

– 3 ومنه أن عمر بن الخطاب – ﷺ – أمر بقطع الشجرة التي بويع تحتها النبي – ﷺ – لأن الناس كانوا يذهبون إليها، فيصلون تحتها، فخاف عليهم الفتنة.

" فهذه الأمور جائزة أو مندوب إليها، ولكن العلماء كرهوا فعلَها؛ خوفًا من البدعة، لأن اتخاذها سنة، إنما هو بأن يواظب الناس عليها مظهرين لها، وهذا شأن السنة، وإذا جرت مَجرى السنن، صارت من البدع بلا شك."

ثانيا – أقسام الذرائع في الفقه المالكي:

فيما يتعلق بأقسام الذرائع عند الفقهاء المالكية، سأتوقف عند نموذجين فقط لتقسيمات سد الذرائع: تقسيم الفقيه القرافي، والشاطبي.

أ) تقسيم القرافي للذرائع:

قسم القرافي الذرائع في كتاب شرح تنقيح الفصول إلى ثلاثة أقسام:

الأول: وهو الذي أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، أي أنه معتبر إجماعا، كحفر الآبار في طريق المسلمين، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله عز وجل.

الثاني: أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسدن ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، أي أن هذا القسم ملغى إجماعا، لأن الفساد بعيد جدا، فلم يمنع شيء من ذلك لبعد المفسدة من المصلحة، ويدل على ذلك ما نشاهده في مشارق الأرض ومغاربها من دوالي العنب المغروسة، ولم يمنع أحد من غرسها خوف شرب الخمر التي تكون من عنبها.

أما إذا رجحت المصلحة على المفسدة، فقد تكون في هذه الحالة وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال إلى العدو، والذي هو محرم عليهم الانتفاع به، لكونهم مخاطبين بفروع الشريعة، وكدفع ؟؟مال الرجل ليأكله حراما حتى لا يزني بامرأة إذا عجز عن ذاك إلا به، وكدفع المال، واشتراط مالك فيه السارة.

ومما يزيد في توضيح ذلك، ما ذهب إليه حلولو في شرحه للتنقيح قوله: "وقد تكون الوسيلة المحرم غير محرمة الخ... عبارة غير محررة، فإن الحكم بأن قصد حرام، والوسيلة جائزة خلاف المعقول، نعم إن الشيء عند تجرده مشتملا على مفسدة فيمنع، ثم إذا قضى إلى مصلحة راجحة أو اشتمل عليها اضمحلت تلك المفسدة في نظر الشارع، وصارت مصلحة مأمورا عليها.

الثالث: اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟ كبيوع الآجال، اعتبرنا نحن – يقول القرافي – الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، لأنها خاصة بنا.

ولقد ذكر القرافي الخلاف موضحا هذا القسم بقوله: وقسم اختلف فيه العلماء أيسلم أم لا، كبيوع الآجال عندنا، كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول: إنه خرج من يده خمسة الآن، ثم اشتراها خمسة الآن، وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل بإظهار صورة البيع، لذلك يكون باطلا".

ب) تقسيم الذرائع عند الإمام الشاطبي

لقد أورد الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات تقسيما رائعا للذرائع، فلقد قسم الفعل المأذون فيه لما فيه

من مصلحة للفاعل بالنسبة إلى ما يسببه من أضرار ومفاسد لغير الفاعل أقساما أربعة.

1فعل مأذون فيه يؤدي إلى المفسدة قطعا، ويعني بذلك القطع العادي، كحفر البئر خلف باب الدار في طريق مظلم، بحيث يقع الداخل فيه لا محالة وشبه ذلك.

وهذا القسم هو عبارة عن ذريعة أو فعل أداؤه إلى المفسدة قطعي، يقول الشاطبي: وهذا النوع من الذرائع ممنوع بإجماع فقهاء المسلمين، وإن كان أصل الفعل مأذونا فيه، كمن يحفر بالوعة في بيته يترتب عليها هدم جدار جاره، ولأن توخي الفاعل لهذا الفعل لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا، فيلزم أن يكون ممنوعا ذلك الفعل، لكن إذا فعله يعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة، ولا يعد قاصدا البتة، إذا لم يتحقق قصد التعدي.

2فعل مأذون فيه يكون أداؤه إلى المفسدة والإضرار نادرا، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه، وبيع الأغذية التي من شأنها أن لا تضر أحدا غالبا، وما أشبه ذلك، كزراعة العنب، ولو اتخذ العنب بعد ذلك للخمر.

ويرى الشاطبي أن هذا النوع من الذرائع حلال لا شك فيه، فهو باق على أصل الإذن العام والمشروعية، ما دام الفعل مأذونا فيه، لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالنذور في انخرامها، إذ لا توجد مصلحة – في العادة – عارية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع قد اعتبر في مجاري الشرع غيبة المصلحة، ولم يعتبر نذور المفسدة، إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود. ولا هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة – مع معرفة بنذور المضرة عن ذلك – تقصيرا في النظر، ولا قصدا إلى وقوع الضرر، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية.

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط. وإباحة القصر في المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة كالملك المترف، ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك أعمال خبر الواحد والأقيسة الجزئية في التكاليف، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن تلك نادر فلم يعتبر، واعتبرت المصلحة الغالبة.

3فعل مأذون فيه، لما فيه من مصلحة، ولكنه يؤدي إلى المفسدة غالبا، أي من باب غلبة الظن لا من

باب العم القطعي، كبيع السلاح في وقت الفتن أو من أحل الحرب، وبع العنب للخمار، وما يغش به من شأنه الغش، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه لا على سبيل القطع.

ويرى الشاطبي أن هذا النوع ممنوع أيضا، لأن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم، فيجري هنا مجراه، ولأن إجازة هذا القسم من الذرائع نوع من التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه.

الحاصل من هذا القسم، أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، بالأصل الجواز من الجلب أو الدفع، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية؛ إلى أنه لما كانت المصلحة تسبب

مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل، فإن المتسبب لم يقصد إلى مصلحة نفسه. فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة التقصير، وإن كان المنع هنا أخفض رتبة من القسم الأول.

ولذلك وقع الخلاف فيه، هل تقوم ؟؟ظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أم لا؟ هذا نظر إثبات الحظوظ، أما نظر إسقاطها فإنه لا قدرة للإنسان على الانفكاك عنه عادة.

4فعل مأذون فيه، لما فيه من مصلحة لكنه يؤدي إلى المفسدة كثيرا لا غالبا، حيث أن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغا يحمل العقل عن ظن المفسدة فيه دائما، وذلك كمسائل بيوع الآجال، والبيوع الربوية، كعقد سلم يقصد به عاقده ربا قد استتر في بيع، كأنه يدفع ثمنا قليلا لا يتناسب مع ثمن البيع وقت الأداء، قاصدا بذلك الربا، فإن هذا تأديته إلى الفساد كثيرة. وإن لم تبلغ الظن الراجح ولا العلم.,

ويرى الإمام الشاطبي أن هذا النوع من الذرائع موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على أصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان، إذ ليس هنا الاحتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس المقصدة، ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة. وأيضا فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا كما في العلم والظن، لأنه ليس حمله على القصد إليهما أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما. وإن كان كذلك، فالتسبب المأذون فيه قوي جدا، إلا أن مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء علة كثرة القصد وقوعا، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه، لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة، وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة

لأنها مجال القصد.

وأيضا، فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيرا كحد الخمر، فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثيرا لا غالب، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن، فخرج عن الأصل هنا في الإباحة لحكمة الزجر، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى

الممنوع

ثالثا: شواهد من فقه المالكية إلى العمل بسد الذرائع:

من أبرز تطبيقات سد الذرائع عند المالكية منعهم للعقود التي تتخذ إلى كل الربا، ومن ذلك:

ا– بيوع الآجال :وأصل ما بني عليه بيوع الآجال الحكم بالذرائع، ومذهب مالك القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقدا، فيكونان قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح إلى سلف خمسين دينارا في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز .

وقد عقد صاحب الشرح الكبير فصلا خاصا تحت هذا العنوان فقل: فصل في بيوع الآجال وهي بيوع ظاهرها الجواز، ولكنها تؤدي إلى ممنوع، ثم قال: ومنع عند مالك ومن تبعه للتهمة، أي لأجل ظن قصد ما منع شرعا سدا للذريعة .

ب– البيوع :ما يؤدى إلى انظرني أزدك، جاء في الموطأ، قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل، فإذا حلت قال له الذي عليه الدين، يعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين إلى أجل، هذا بيع لا يصح ولم يزال أهل العلم ينهون عنه.

قال مالك وإنما كره ذلك، لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه، ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكره له آخر مرة، ويزداد عليه خمسين دينارا في تأخيره عنه، فهذا مكروه ولا يصح.

وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيوع أهل الجاهلية، وحديث زيد هو أنه قال: كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل دين إلى أجل، فإذا حل لأجل قال: أتقضي أم تربى؟ فأن قضى أخذ، وإلا زاد في حقه وأخر عنه في الأجل، فهذه الصورة يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع، هي أن يتذرع منها إلى انظرني أزدك، أو إلى بيع مالا يجوز ؟؟تفاضلة الخ...

ج– في الشركة والتولية :جاء في الموطأ قال مالك: في الرجل يقول للرجل: اشتر هذه السلعة بيني وبينك، وانقد عني وأنا أبيعها لك، أو ذلك لا يصلح حين قال: انقد عني وأنا أبيعها لك، وإنما ذلك سلف سلفه إياه على أن يبيعها له، ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت، أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن الذي يجر منفعة.

د– القراض بالدين :فقد جاء في الموطأ قال مالك: إذا كان لرجل على رجل جين، فسأله أن يقره عنده قراضا، إن ذلك يكره حتى يقبض ماله، ثم يقارضه بعد أو ؟؟سك، وإنما ذلك مخالفة أن يكون أعسر ؟؟اله، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيد فيه.

هـ ما يؤدى إلى بيع المال الربوي متفاضلة:

ومثاله أن يبيع الإنسان صنفا وسطا في الجودة بصنفيه أحدهما أجود والآخر أردأ، فقد جاء في الموطأ قال مالك: لا يصح مد زبد ومد بين بمدي زبد، وهو مثل الذي وصفنا من الثمر الذي يباع صاعين من كبيس، وصاعا من حشف بثالثة أصوع من عجوة، حين قال لصاحبه: إن صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح، ففعل ذلك ليجيز بيعه، وإنما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن.

قال ابن رشد: فإن مالكا يرد هذا، لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب، فجعل معه الرديء، ذريعة إلى تحليل مالا يجب من ذلك.

وبهذا يتبين لنا أن الذرائع أصل من الأصول في الفقه المالكي، فالذريعة كما يجب سدها، يجب فتحها، ويكره، ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج.

غير أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة.

فالفقه المالكي يوازن بين ما ينتج عن الفعل المأذون فيه من مصلحة، وما ينتج عنه من مفسدة، فإذا رجحت كفة المفسدة منع الفعل، وأصبح غير مشروع بقطع النظر عن قصد الفاعل ونيته.

الدليل الرابع الاستصحاب

تعريف الاستصحاب في اللغة والاصطلاح :

الاستصحاب في اللغة:

هو استفعال من الصحبة ، فيقال : استصحب يستصحب استصحابا ، إذا طلب الصحبة ، كقولهم : استغفر أي طلب المغفرة ، واستفهم أي طلب الفهم.

والصحبة تطلق ويراد بها عدة معانٍ ، منها :

1) المقاربة والمقارنة ، ولهذا يقال للقرين صاحب.
2) الملازمة وعدم المفارقة ، ولهذا يقال للزوجة صاحبة ؛ لملازمتها للزوج وطول صحبتها له في الغالب .

إذن : فالاستصحاب في معناه اللغوي يتضمن معنى الملازمة والمصاحبة ، ومفهومه الاصطلاحي – هو الآخر – لا يخرج عن هذا المعنى ، فهو يعني ملازمة حكم الماضي للحاضر.

الاستصحاب في الاصطلاح:

قد عُرف بتعريفات عدة ، منها : تعريف الإمام شهاب الدين القرافي رحمه الله ، حيث قال":الاستصحاب:ومعناه أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال".

يعني أن الاستصحاب هو أن نحكم على الشيئ بما كان عليه من ثبوت أو انتفاء ، فما كان ثابتا أو منفيا في الماضي فهو كذلك في الحاضر ، ما لم يعلم ثبوته أوانتفاؤه بدليل ، وأيضا ما كان ثابتا في الحاضر يستدام ثبوته وعدم زواله في المستقبل ، حتى يرد دليل ينقله عن الهيئة التي هو عليها. وقوله :"يوجب ظن ثبوته" يعني أن الاستصحاب دليل ظني، فهو لا يفيد القطع ؛ لأنه يُحتمل أن يرد ما ينقل الشيء عن هيئته التي كان عليها ثبوتا أو نفيا ، كما أنه لا يثبت حكمًا مبتدأ ، وإنما يصلح حجة لعدم التغير؛ وبهذا يظهر لنا أن الاستصحاب ليس دليلاً في حد ذاته ، وانما هو إعمالٌ لدليل سابق، أو تقرير له.

لكن قد يقال : بأن محل الاستصحاب إنما هو الأحكام الشرعية – فالحكم الشرعي الذي يستصحب – وليس مطلق الأشياء كما عبر القرافي في تعريفه ، والجواب أن ما يعبر عنه بالبراءة الأصلية أو بالعدم

الأصلي – الذي يعد أهم أنواع الاستصحاب – لم يكن ثبوته بخطاب الشرع ، وإنما كان بحكم العقل ؛ ولذلك فلا يكون حكما شرعيا ؛ ولهذا عبر القرافي عن الاستصحاب بثبوت الشيئ أو نفيه.

مكانة الاستصحاب في التشريع الإسلامي

لما كان الاستصحاب مبناه على الظن بعدم وجود الدليل المغير ، كان أضعف الأدلة و آخر مدار الفتوى ، فلا يُصار الى الاحتجاج به ، إلا بعد البحث الدقيق عن الدليل المغير للواقعة المستجدة في الزمن الثاني ، فإذا بحث المجتهد عن الدليل المغير ، ولم يظفر به ، لجأ حينئذ الى استصحاب الحكم السابق في الزمن الاول ؛ ليجعله قائما ومستمرا للواقعة المستجدة في الزمن الثاني ، فتلك هي حقيقة الاستصحاب.

و لم يكن الاستصحاب مستخدماً في العصور المتقدمة بهذا المصطلح ، لا في العصر النبوي ، ولا في عصر الصحابة والتابعين ، ولا حتى في عصر الأئمة الأربعة ، وإن كان معمولاً به في اجتهاداتهم الفقهية ، لكن ليس بهذا المصطلح ، وحسب علمي أن أول من ذكر هذا المصطلح وصرح بلفظه هو أبو الحسن علي بن عمر بن القصّار المالكي 397 هـ في مقدمته الأصولية ، التي تعتبر أقدم كتاب أصولي بعد رسالة الإمام الشافعي ، فقال رحمه الله : " الكلام على استصحاب الحال : ليس عن مالك – رحمه الله – في ذلك نص ، ولكن مذهبه يدل عليه ...."

أنواع الاستصحاب :

الاستصحاب خمسة أنواع ، منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، ولهذا آثرت أن أفرد كل نوع بذكر دلائله وبعض تطبيقاته التي تدل على اعتباره في المذهب المالكي ، وذلك في الآتي:

النوع الأول : استصحاب البراءة الأصلية_(مفهومه وحجيته ودلائل اعتباره في المذهب المالكي):

فهذا هو النوع الأول من أنواع الاستصحاب ، وهو أهمها ، ويعبر عنه – أيضا – باستصحاب الإباحة العقلية ، أواستصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية. ومعناه براءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المالية ، حتى يدل دليل على شغلها ، كما لو ادعى شخص أن له دينا على شخص آخر ، ولم يستطع إثباته ببينة ، فتعتبر ذمة المدعي عليه بريئة ؛ لأن الأصل براءة الذمة من الحقوق المالية ، حتى يقوم الدليل على شغلها بثبوت الحقِّ. و مثَّل له أبو الوليد الباجي المالكي (474هـ) بعدم وجوب صلاة الوتر، فقال:"وذلك مثل أن يسأل المالكي عن وجوب الوتر، فيقول:

الأصل براءة الذمة، وطريق اشتغالها الشرع، فمن ادعى شرعاً يوجب ذلك فعليه الدليل". أي أنه يُحكم ببراءة الذِّمَّة من الواجبات قبل ورود الشرع ، حتى يقوم الدليل على شغلها بالتكليف.

وهذا النوع من الاستصحاب حُجَّة باتفاق جمهور أهل العلم ، واعتباره في المذهب المالكي مقطوع به ، وأقوال فقهاء المذهب في الأخذ به لا حصر لها ، نذكر منها :

1- قال عمر بن القصّار المالكي- في مقدمته الأصولية - : " الكلام على استصحاب الحال : ليس عن مالك – رحمه الله – في ذلك نص ، ولكن مذهبه يدل عليه ؛ لأنه احتج في أشياء كثيرة سئل عنها ، فقال:(لم يفعل النبي ﷺ ذلك و لا الصحابة رحمة الله عليهم) ، وكذلك يقول (ما رأيت أحدا فعله) ، وهذا يدل على أن السمع إذا لم يرد بإيجاب شيء لم يجب ، وكان على ما كان عليه من براءة الذمة".

2- وحكي القاضي أبو بكر بن العربي المالكي الاتفاق على اعتبار هذا النوع فقال :" والمحققون كلهم متفقون على أَن هَذَا دَلِيل شَرْعِي – يعني استصحاب البراءة الأصلية – إِلَّا جمَاعَة يسيرَة وهمت ... وَلَا خلاف فِي ذَلِك بَين الْعُقَلَاء".

وبمثل هذا صرح كل من :

- القاضي أبي الوليد الباجي في إحكام الفصول.
- وشهاب الدين القرافي في نفائس الأصول.
- وابن رشد الجد القرطبي في البيان والتحصيل.

وقد احتج السادة المالكية لهذا النوع من الاستصحاب بالعديد من الأدلة ، وبنوا عليه الكثير من فروعهم الفقهية ، فمن الأدلة التي احتجوا بها:

1- قوله تعالى: "فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ" [البقرة: 275]. ووجه الاستدلال في هذه الآية : أنه لما نزل تحريم الربا ، خافوا من الأموال المكتسبة من الربا قبل التحريم ، فبينت الآية أن ما اكتسبوا من الربا قبل التحريم كان على البراءة الأصلية ، ومن ثم فهو حلال لهم ولا حرج عليهم فيه.

2- وقوله: "وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ" [التوبة: 115]. ووجه الاستدلال في هذه الآية : أن النبي ﷺ لما استغفر لعمه أبي طالب ، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين ، وأنزل اللّه : "مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ"[التوبة: 113]. ندموا

على استغفارهم للمشركين ، فبينت الآية أن استغفارهم لهم قبل التحريم جارٍ على البراءة الأصلية ؛ ومن ثم فلا إثم عليهم فيه ولا حرج ، حتى بيَّن الله ما يتقونه كالاستغفار للمشركين مثلاً.

3- قوله ﷺ :" البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه". ووجه الاستدلال أن الشارع طلب البينة على المدعي دون من المدعى عليه ، لأن الأصل براءة ذمته حتى تثبت إدانته بدليل ، فكان هذا كالتلميح بل هو تصريح بأن أصل الاستصحاب معتبر مقصود شرعا ، وفيه — أيضا - إيماء للمجتهدين بأن ينحوا هذا النحو، ويقتفوا أثر هذا المسلك التشريعي في اجتهاداتهم الفقهية.

ومن الفروع الفقهية المبنية في المذهب على هذا النوع من الاستصحاب:

1- قالوا لا يجب على الرجل إخراج زكاة الفطرعن زوجته غير المسلمة ، ومما عللوا به ذلك استصحاب البراءة الأصلية ، قال الباجي — في المنتقى - : " وَقَوْلُهُ مِنْ الْمُسْلِمِينَ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ هَذَا الْحُكْمِ بِالْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ قَيَّدَ الْحُكْمَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلَمْ يُطْلِقْهُ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ فَيَجِبُ اسْتِصْحَابُ ذَلِكَ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى إشْغَالِهَا بِالشَّرْعِ ".

2- قالوا بعدم وجوب الأضحية ، ومما احتجوا به استصحاب العدم الأصلي ، قال ابن العربي - في أحكام القرآن - :"فَقَدْ تَعَارَضَتْ الْأَدِلَّةُ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ".

النوع الثاني : استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه (مفهومه وحجيته ودلائل اعتباره في المذهب المالكي :

هذا هو النوع الثاني من أنواع الاستصحاب هوما يعبر عنه الفقها ء بقولهم: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، ومعناه أن الشيء الذي دل الشرع على ثبوته لوجود سببه يجب الحكم باستصحابه ودوامه واستمراره حتى يدل دليل على نفيه وزاله، كثبوت الملك في المبيع ، لوجود سببه وهو جريان عقد البيع ، فيحكم به حتى يثبت زواله ببيعٍ أو هبةٍ أو تنازل .. ومنه : ثبوت براءة الإنسان حتى تثبت إدانته ببينة ... ومنه : دوام حلّ الزوجة بعد ثبوت عقد الزوجية ، حتى يثبت زواله بطلاق ونحوه ،

وهذا النوعُ من الاستصحاب حُجَّةٌ عند المالكية والشافعية والحنابلة مُطلقًا (اثباتا أونفيا)ما لم يثبت ما يعارضه ، وخالف فيه الحنفية فقالوا يصلح حُجَّةٌ في الدَّفع دون الإثبات ،أي لا يصلح لإثبات حكم جديد ، وإنما يصلح لإبقاء الحكم الثابت على ما كان عليه حتى يرد ما يغيره من الإدلة ، كما في مسألة المفقود مثلا ؛ فيستصحب حكم حياته ، فيحكم ببقاء الزوجية بالنسبة لزوجته ، فلا تعتد حتى

يثبت الطلاق ، أو تثبت وفاة المفقود حقيقة أو حكما بأن يحكم بها القاضي ، وكذا لا تُقسَّم أمواله على الورثة بل تبقى مملوكة له حتى تعلم وفاته أو يُحكمَ بها ، ولكن – حسب رأي الأحناف – لا يصح أن يكون استصحاب حياة الفقود مثبتا لاستحقاقه للإرث من غيره ؛ لأن الأصل عدم انتقال الملكية إليه عن طريق الإرث ، و لا يُعدل عن هذا الأصل إلا بدليل ، وهو ثبوت حياة الوارث ، وحياة الفقود ليست ثابتة بل هي مشكوك فيها.

أما الجمهور ومنهم المالكية فيرون أن استصحاب ما دل الشرع على ثبوته صالحا للاحتاج به سلبا وإيجابا نفيا وإثباتا ، ولأن حياة المفقود هي الأصل الثابت ؛ فيرث و لا يورث حتى تعلم وفاته أو يُحكمَ بها.

وقد احتج السادة المالكية لهذا النوع من الاستصحاب بالعديد من الأدلة ، وبنوا عليه الكثير من فروعهم الفقهية ، فمن الأدلة التي احتجوا بها:

احتجوا بالمعقول ، فقالوا : أن ظن البقاء أرجح من ظن التغير ، وأن مما فطر الله الناس عليه ، وجرت به أعرافهم في سائر شؤونهم ، أنهم إذا تحققوا من وجود أمر في الماضي ، غلب على ظنهم بقاؤوه واستمراره ، حتى يثبت انتفاؤه وزواله ، وكذلك إذا تحققوا من من عدم وجود أمر في الماضي ، غلب على ظنهم استمرار عدمه ، حتى يثبت ما يدل على وجوده.

وقد توسع المالكية في الأخذ بهذا النوع من الاستصحاب ، وبنوا على مقتضاه الكثير من الفروع الفقهية ، اكتفي منها في هذا المقام بمسألة واحدة ، وهي :

مسألة من تيقن الطاهرة وشك في الحدث ، فقد قال كثيرمن العلماء أنه يلغي شكه ويمضي على صحة وضوئه ؛ بناء على قاعدة :"اليقين لا يزول بالشك". وعملا بحديث :"شكي إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً. "

لكن المالكية – في مشهور مذهبهم – قالوا يجب عليه الوضوء في هذه الحال ؛ بناء على استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ، وهو – هاهنا – ثبوت الصلاة بيقين في ذمة المكلف ، و لا عبرة بطهارة قد حام الشك حولها ، لأن يقين شغل الذمة بتكليف إيقاع الصلاة لا ترفعه طاهرة مشكوك فيها ، فوجب الوضوء على من تيقن الطاهرة وشك في الحدث.

وحملوا الحديث السابق على المستنكح بالشك ، بقرينتي :"شكي" و " يخيل إليه " الواردتان في الحديث واللتان يفهم منهما أن الرجل لم يكن في حالة معتادة.

وقالوا أن هذه الصورة مستثناة من قاعدة": اليقين لا يزول بالشك ."احتياطا للعبادة من جهة ، وعملا بقاعدة" الذمة لا تبرأ إلا بيقين "من جهة ثانية ، قال القرافي في" الْفَرْق الرَّابِع وَالتِّسْعِينَ "من في فروقه ": وَمَذْهَبُ مَالِكٍ أَرْجَحُ مِنْ جِهَةِ أَنَّ الصَّلَاةَ مَقْصِدٌ وَالطَّهَارَاتِ وَسَائِلُ، وَطَرْحُ الشَّكِّ تَحْقِيقًا لِلْمَقْصِدِ أَوْلَى مِنْ طَرْحِهِ لِتَحْقِيقِ الْوَسَائِلِ."

النوع الثالث:استصحاب العموم والنص_(مفهومه وحجيته وموقف المالكية منه) :

ومفهوم هذا النوع هو أن يستصحب العموم إلى أن يَرِدَ دليلٌ مُخصِّصٌ، وأن يستصحب النصّ حتى يَرِدَ دليل ناسخ ، ولا خلاف بين أهل العلم في الاحتجاج بهذا النوع ، وإنما اختلفوا في تسميته استصحاباً ، فالجمهور يسمونه استصحاباً ، واعترض كثير من أرباب الأصول – من المالكية وغيرهم – على عده من أنواع الاستصحاب ، لكون الحكم ثابتا بالدليل الشرعي لا بالاستصحاب ، لذلك قال أبو الوليد الباجي – في المنهاج – :"وهذا ليس من استصحاب الحال ؛ وإنما هو استدلال بعموم اللفظ ". وقال عبد الله العلوي الشنقيطي – في نثر البنود على مراقي السعود – :"وأما استصحاب العموم والنص ... فليسا ما من الاستصحاب بحال ؛ لأن الحكم مستند إلى الدليل لا إلى الاستصحاب". ، والخلاف في هذه المسألة إنما هو خلاف لفظي اصطلاحي ؛ ومن ثم فلا يترتب عليه أي أثر ، و لا مشاحة في الاصطلاح.

التوع الرابع:استصحاب حكم الإجماع_(مفهومه وموقف المالكية منه :

والمراد به استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف حتى يثبت الدليل الناقل ، كأن ينعقد الإجماع على حكم شرعي في حالةٍ معينة ، ثم يطرأ عليها التغير ، فيستصحب الحكم المجمع عليه في الحالة الأولى قبل تغيرها ، إلى الحالة الثانية التي قد طرأ عليها التغير ، ومن أمثلته :انعقادُ الإجماعِ على صِحَّة صلاةِ المتيّمم الفاقد للماء ، لكن إذا وجد الماءَ بعد دخوله في الصلاة ، فهل تبطل صلاته أم يمضي على صحتها ؟ هنا قد وقع الخلاف وتنازع أهل العلم ، والذي يهمنا في هذه المسألة إنما هو استدلال بعضهم باستصحاب حكم الإجماع ، حيث قالوا يستصحب حكم الإجماع – وهو صحة الصلاة عند فَقْدِ الماء – فيبقى هذا الإجماع مستمرًّا حكمُه حتى يرد دليل يدل على أن رؤية الماء أثناء الصلاة مبطلة لها ؛ لأن رؤية الماء أثناء الصلاة لا تزيل الحكم المجمعَ عليه ، حسب رأي هؤلاء.

وهذا النوع من الاستصحاب اختلف فيه أهل العلم ، فقال بصحة الاحتجاج به الشافعي وبعض أصحابه ، وكذا ابنُ الحاجب من المالكية ، وابنُ القيم من الحنابة ، وقيل هو مذهب داود الظاهري .

وجمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والحنابلةِ وبعض الشافعية على رده وعدم الاعتداد به.

ولقد أثر خلاف بين فقهاء المالكية في الاحتجاج بهذا النوع من الاستصحاب.

قال ابن العربي – في المحصول – :"وَهَذَا مِمَّا اخْتلف عَلَيْهِ عُلَمَاؤُنَا رَحِمهم الله فَمنهمْ من قَالَ إِنَّه دَلِيل يعول عَلَيْهِ وَمِنْهُم من قَالَ إِنَّه لَيْسَ بِشَيْء وَالصَّحِيح إِنَّه لَيْسَ بِدَلِيل".

وفي المسألة كلام طويل ، خلاصته أن الاحتجاج بهذا النوع من الاستصحاب مردود عند المالكية ، وقد قال أبو الوليد الباجي – في كتاب الإشارة – بأنه استلال غير صحيح ، وصرح – في كتاب إحكام الفصول – بأنه لا يعلم أحدا من المالكية قال به إلا مُحَمَّد بن سحنون.

و ما نسب إلى بعض فقهاء المذهب من الاحتجاج بهذا النوع ، فيمكن حمله على أنه اختيار لهم مبناه على غير الأصول المعتمدة في المذهب المالكي ، قاله : فضيلة أستاذي الكتور حاتم باي في كتابه الرائع (الأصول الاجتهادية التي ينبني عليها المذهب المالكي).

ومن دلائل المالكية على بطلان هذا النوع من الاستصحاب:

1- أنَّ الإجماع و الخلاف ضدان لا يجتمعان ، فالاستصحاب إما أن يكون لأمرٍ ثابتٍ فيُستصحب ثبوتُه، وإما أن يكون لأمر مُنتف فيُستصحب نفيُه ، والإجماع الذي كان منعقدا على الحكم قد زال في موضع الخلاف ، فلم بيق لنا ما نستصحبه.

2- أن القول باستصحاب الاجماع في مواضع النزاع يؤدي الى تكافؤ الادلة ، فما من شخص يستصحب الاجماع في مسالة ما ، إلا وخصمه يستطيع أن قلب ذلك عليه ، كما في مسألة رؤية المتيمم للماء اثناء الصلاة.

فيقول من يرى حجية ذلك :

(انعقد الاجماع على صحة صلاة المتييم قبل رؤيته للماء اثناء الصلاة ، ثم حصل خلاف في صحة صلاته بعد رؤيته للماء اثناء الصلاة ، فانا استصحب الإجماع المنعقد ما قبل الرؤية الى بعد الرؤية ؛ لان الاصل بقاء ماكان على ماكان حتى ياتي دليل يغيره).

ويقابله من لا يرى حجية ذلك فيقول :(انعقد الاجماع على بطلان التيمم برؤية الماء قبل الصلاة ، فانا استصحب هذا الاجماع الى اثناء الصلاة ، لان الاصل بقاء ماكان ...) هذا هو معنى تكافؤ الدلة.

ولهذا رد المالكية هذا النوع من الاستصحاب ولم يحتجوا به لصحة صلاة الواجد للماء أثناء صلاته ، وإنما احتجوا لها بأدلة أخرى.

النوع الخامس : الاستصحاب المقلوب_(مفهومه وموقف المالكية منه):

ومما يلحق بأنواع الاستصحاب ما يسمونه بالاستصحاب المقلوب أو الاستصحاب المعكوس ، وهو عكس الاستصحاب المستقيم الذي سبق بيانه ، والذي يعني إثبات حكم للزمن الحاضر بناء على ثبوته في الماضي ، أما الاستصحاب المقلوب فيعني إثبات حكم للزمن الماضي بناء على ثبوته في الحاضر ، فإذا كنا نقول في الاستصحاب المستقيم هو:(بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه) ، فإننا نقول في الاستصحاب المقلوب هو :(بقاء ما كان على ما هو كائن حتى يثبت ما يدل على خلافه) .

وبالرجوع إلى كتب إلى المالكية لا نجد نصا صريحا على اعتبار هذا النوع في المذهب المالكي أو عدم اعتباره ، وإنما يوجد في تفريعاتهم الفقهية ما يدل على أنهم احتجوا به في مواضع ولم يحتجوا به في مواضع أخرى ، ولذلك قال القاضي شمس الدين الطائي الْبِسَاطِيُّ المالكي) ت 842) "وَلَهُمْ – يعني المالكية – فِي الِاسْتِصْحَابِ الْمَعْكُوسِ اضْطِرَابٌ" .

- ومن المسائل التي أخذوا فيها بالاستصحاب المقلوب :

ما ذكره الباجي في المتنقي ، إذا غاب الزوج ولم يترك لزوجته نفقة ، ثم عاد وطالبته زوجته بما أنفقته أثناء غيابه ، فيدعي بأنه كان معسرا ، وتدعي هي بأنه كان موسرا ، فإن كان ثمة بينة أخذ بها ، وإن لم تكن بينة و جهل أمره فثلاثة أقوال في المذهب أحدها لابن القاسم وهو أن الْمُعْتَبَرَ الْحَالَةُ الَّتِي يَقْدُمُ عَلَيْهَا ، فَإِنْ قَدِمَ مُعْسِرًا فَهُوَ مُصَدَّقٌ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ الاعسار حال غيابه ، وَإِنْ قَدِمَ مُوسِرًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي ذَلِكَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وهذا احتجاج بالاستصحاب المقلوب ، لأنهم أثبتوا اعساره في الزمن الماضي بناء على ثبوته في الزمن الحاضر.

- ومن المسائل التي لم يأخذوا فيها بالاستصحاب المقلوب :

ما ذكره أبو عبد الله الخرشي (ت 1101هـ) في شرحه لمختصر خليل:"إذَا تَنَازَعَ الزوجان فِي عَيْبِ فَرْجِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ صُدُورِ الْعَقْدِ بِمُدَّةٍ ، فَقَالَ الزَّوْجُ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ فَالْخِيَارُ لِي فِي الرَّدِّ وَعَدَمِهِ ، وَقَالَتْ الزَّوْجَةُ بَلْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَلَا خِيَارَ لَك، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي نَفْيِ وُجُودِهِ حَالَ الْعَقْدِ، وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ الِاخْتِلَافُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ".

فهذه المسألة لم يحتجوا فيها بالاستصحاب المعكوس ؛ إذ لم يستصحبوا العيب الثابت في الزمن الحاضر إلى الزمن الماضي ، بل اعتبروه حادثا بعد العقد كما قالت الزوجة لا حال العقد كما قال الزوج. والملاحظ في هذه المسألة أنهم استندوا إلى الاستصحاب المستقيم ؛ بناء على أن الأصل في فرج المرأة السلامة من العيب ، مما يعني أن الاستصحاب المستقيم يقدم على الاستصحاب المقلوب عند التعارض.

ولفضيلة أستاذي الدكتور حاتم باي توجيه معتبر في المسألة ، حيث قال – في كتابه (الأصول الاجتهادية ..) – :"أن الأخذ به – يعني الاستصحاب المقلوب – إنما يكون يكون في الأحوال التي لا يعارضه دليل قوي ، وليس ترك الاستصحاب المعكوس في مسألة بدليل على عدم الحجية مطلقا".

حجية الاستصحاب: اختلف في حجية الاستصحاب على أقوال أهمها:

القول الأول : أنه حجة مطلقاً ويصلح للدفع والإثبات وبهذا قال جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة والمتقدمون من الحنفية.

القول الثاني : أنه ليس بحجة مطلقاً وهو قول بعض الحنفية كالدبوسي وابن الهمام وبعض الشافعية وأبي الحسين البصري من المعتزلة وكثير من المتكلمين.

القول الثالث : أنه حجة يصلح للدفع لا للإثبات وبهذا قال جمهور المتأخرين من الحنفية بمعنى أنه يصلح دليلاً يدفع الدعوى الواردة ولا يصلح لإثبات دعوى حادثة ابتداءً ، فالمفقود مثلاً بقاؤه حياً هو الأصل لكنه يصلح حجة لإبقاء ما كان فلا يورث ماله لكن لا يصلح لإثبات أمر لم يكن فلا يرث من أقاربه.

القول الرابع : أنه حجة في حق المجتهد فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى ، وليس حجة في المناظرة مع الخصوم وهو قول الباقلاني.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول : استدل من يرى حجية الاستصحاب مطلقاً بأدلة من الكتاب والسنة وآثار

الصحابة والمعقول:

أولاً :أدلة الكتاب:

– 1قوله تعالى : "هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً " ، وقوله تعالى : "وسخر لكم ما في السماوات والأرض جميعاً منه إن في ذلك لآيات لقومٍ يتفكرون"

وجه الاستدلال : أن الله بين في هاتين الآيتين أنه أباح لنا كل ما خلق في السماوات والأرض إلا ما ورد به النص.

– 2قوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحي إليَّ محرماً على طاعمٍ يطعمه إلا أن يكون ميتةً أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجسٌ" ، وقوله تعالى :"وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه "، وقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين" ، وقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم عفا الله عنها والله غفور حليم".

وجه الاستدلال : أن الله بين في هذه الآيات أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما نصَّ على تحريمه وفصله وبينه في كتابه أو على لسان رسوله ﷺ ، ونهى عن السؤال عن ذلك حتى لا يحرم ما لم يحرم من قبل.

ثانياً : أدلة السنة:

– 1حديث أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله " : ﷺ إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم ، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى إتماماً لأربع كانت ترغيماً للشيطان " أخرجه مسلم

وجه الاستدلال : أن الحديث فيه بيان أنه متى شك المرء في صلاته هل صلى ثلاثا أم أربعاً لزمه البناء على اليقين وهو الأقل فيجب أن يأتي برابعة ويسجد للسهو فهو صريح في وجوب البناء على اليقين فالأصل بقاء الصلاة في ذمته وهذا هو الاستصحاب.

– 2حديث عباد بن تيم عن عمه أنه شكا إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ؟ فقال : " لا ينفتل – أو لا ينصرف – حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً " متفق عليه ، وأخرج مسلم نحوه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وجه الاستدلال :أن هذا يدل على أن الأصل بقاء المتطهر على طهارته فالنبي ﷺ لم يأمره بالوضوء مع ورود الشك ، وهذا هو معنى الاستصحاب.

ولذا قال النووي ــ رحمه الله ــ : (هذا الحديث أصل من أصول الإسلام ، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه ، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ، ولا يضر الشك الطارئ عليها(

– 3عن ابن عمر ــ رضي الله عنهما ــ أن رجلاً سأل النبي : ﷺ ما يلبس المحرم ؟ فقال : " لا يلبس القميص ولا العمامة ولا السراويل ولا البرنس ولا ثوباً مسَّه الورس أو الزعفران فإن لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا تحت الكعبين " متفق عليه

وجه الاستدلال : أن النبي ﷺ أجاب السائل بما يحرم عليه لبسه ؛ لأنه ينحصر وأعرض عما يباح له لبسه ؛ لأنه لا ينحصر فهذا يبين أن ما سوى المذكورات يباح لبسه ، وهذا يدل على أن الأصل هو الإباحة.

– 4عن سعد بن أبي وقاص قال : قال رسول الله " : ﷺ إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته " متفق عليه.

وجه الاستدلال : أن هذا الحديث يدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن التحريم عارض حيث ربط التحريم بالمسألة وهذا يعني أن المسؤول عنه كان مباحاً قبل ذلك.

ثالثاً : عمل الصحابة والتابعين بالاستصحاب

– 1: عن الحسن قال : قال عمر " : إذا شك الرجلان في الفجر فليأكلا حتى يستيقنا " أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف وفيه انقطاع.

وعن مسلم بن صبيح قال قال رجل لابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ أرأيت إذا شككت في الفجر وأنا أريد الصيام قال كل ما شككت حتى لا تشك " أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما والبيهقي في السنن الكبرى.

وجه الاستدلال : أن عمر وابن عباس رضي الله عنهما استصحبا الأصل وهو بقاء الليل إلى أن يتيقن طلوع الفجر ولم يعتدا بالشك في طلوع الفجر.

– 2عن علي قال : " إذا طفت بالبيت فلم تدر أتممت أم لم تتمم فأتم ما شككت فإن الله لا

يعذب على الزيادة " أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف وفيه الحارث كذاب.

وجه الاستدلال : أن علياً استصحب الأصل وهو اليقين وهو الأقل فأمر بالإتمام.

– 3عن علي قال : " إذا فقدت زوجها لم تزوج حتى يصل أن يموت " أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف وفي رواية عنه عند البيهقي قال : " ليس الذي قال عمر ﷺ شيء يعني في امرأة المفقود هي امرأة الغائب حتى يأتيها يقين موته أو طلاقها ولها الصداق من هذا بما استحل من فرجها ونكاحه باطل " وروي مثل هذا عن ابن سيرين والنخعي وأبي قلابة والحكم بن عتيبة وجابر بن زيد والشعبي وغيرهم " أخرج الآثار ابن أبي شيبة والبيهقي في سننه وسعيد بن منصور في سننه".

وجه الاستدلال : أن علياً ومن وافقه في حكم زوجة المفقود استصحبوا الأصل وهو بقاء الزوج حياً وعليه فالأصل بقاء حكم الزوجية حتى يرد ما يرفعه.

– 4أن عثمان بن عفان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف بعد انقضاء العدة وكان طلقها مريضاً " أخرجه مالك في الموطأ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما والبيهقي في السنن الكبرى ، وبهذا أفتى أبي بن كعب وشريح والحسن البصري وابن سيرين أن من طلق زوجته في مرض موته ترثه.

وجه الاستدلال : أن عثمان ومن وافقه في قوله بتوريث المطلقة في مرض الموت استصحبوا حكم النكاح وبقاء عقد الزوجية ، وورثوا الزوجة بعد انقضاء عدتها وعاملوه بنقيض قصده ؛ لأنه إنما أراد الإضرار بها في الظاهر.

– 5كتب عمر بن الخطاب إلى شريح : " أن لا تورثوا حميلاً إلا ببينة " أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي في سننهما وعبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما ، وروي مثله عن عثمان _ ﷺ _ أخرجه البيهقي في سننه ثم قال : (وهذه الأسانيد عن عمر وعثمان _ رضي الله عنهما _ كلها ضعيفة) ، وقد أفتى بهذا أيضاً الحسن البصري وابن سيرين وغيرهما.

وجه الاستدلال : أن عمر لم يورث الحميل _ وهو من يحمل من بلاده صغيراً إلى بلاد الإسلام وقيل : هو محمول النسب وذلك بأن يقول الرجل لآخر : هو ابني ليزوي ميراثه عن مواليه _ استصحاباً لعدم إسلامه حتى يأتي ببينة أو استصحاباً لجهالة النسب والأصل أنه لا يتوارث أهل ملتين وأنه لا يثبت نسب إلا ببينة فلا يثبت إلا بيقين.

رابعاً : المعقول : وهو من وجوه:

– 1أنه يلزم من نفي الاستصحاب أن لا تثبت المعجزة ؛ لأنها خلاف المستصحب عادةً ، ولا تثبت

الأحكام الثابتة في عهده ﷺ ؛ لأنه يمكن نسخها، ولتساوي الشك في الطلاق والنكاح مع الاتفاق على عدم التساوي ، ولتساوى ايضاً الشك في وجود الطهارة ابتداءً والشك في بقائها.

– 2أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم حتى إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة وإنفاذ الودائع إليه ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة ولولا أن الأصل بقاء ما كان على على ما كان لما ساغ لهم ذلك.

– 3أن ظن البقاء أغلب من ظن التغير ؛ لأنه يتوقف على أمرين هما : وجود الزمان المستقبل ومقابل ذلك الباقي له كان وجوداً أو عدماً ، وأما ظن التغير فيتوقف على ثلاثة أمور : وجود الزمان المستقبل وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان ، وما كان يتوقف على أمرين فقط فهو أولى مما يتوقف على ثلاثة أمور.

– 4أن بقاء الحكم الأول مظنون وراجح، والعمل بالظن والراجح واجبٌ في الأمور العملية بالإجماع.

– 5أن أكثر المجتهدين والقضاة يبنون أحكامهم على الاستصحاب.

أدلة القول الثاني : استدل النافون لحجية الاستصحاب بما يلي:

– 1أن الاستدلال بالاستصحاب استدلال بغير دليل وهو باطلٌ شرعاً.

وأجيب عنه بأن الاستصحاب مبنيٌ على العلم بعدم وجود الدليل وليس هو عدم العلم بالدليل فإن عدم العلم بالدليل ليس بحجة وأما العلم بعدم الدليل فهو حجة.

– 2أن العمل بالاستصحاب يؤدي إلى تعارض الأدلة واختلاف الأقوال ؛ إذ يجوز لكل من الخصمين أن يحتج بالاستصحاب ولهذا أمثلة منها : مسألة الشك في الوضوء يرى الجمهور أن الشاك في الوضوء يجوز له أن يصلي بذلك الوضوء واستصحبوا الأصل وهو الطهارة ، بينما ذهب المالكية إلى عدم جواز الصلاة بهذا الوضوء ؛ لأنه مشكوك فيه والأصل المستصحب أن لا يدخل في الصلاة إلا بطهارة متيقنة.

وأجيب عنه بجوابين:

الأول : بأن تعارض الأقوال والأدلة لا يمنع من حجيته ؛ لأن كثيراً من الأدلة يقع بينها تعارض في نظر المجتهدين مع حجيتها فيقع التعارض بين آيتين وحديثين وقياسين.

الثاني : أن الاختلاف في المثال المذكور إنما هو اختلاف في تحديد جهة اليقين وإلا فالكل متفقٌ على

الاحتجاج باليقين والاعتماد عليه ولذا ذكر القرطبي صاحب المفهم أن سبب الخلاف تقابل يقيني الطهارة والصلاة.

أدلة القول الثالث : استدل جمهور الحنفية المتأخرين لكون الاستصحاب حجة في الدفع وليس بحجة في الإثبات بما يلي:

– 1أن الاستصحاب مبنيٌ على عدم وجود الدليل المغير وعدم الدليل حجة قاصرة تكفي للحكم ببقاء الشيء واستمراره لكن لا يقوى على إثبات حكمٍ ابتداء لاحتمال وجود الدليل المزيل وهذا الاحتمال يفيد أن الدليل المغير منفيٌ ظناً لا يقيناً وما كان بهذه الصفة لا يصلح أن يثبت حكماً ابتداءً.

وأجيب عنه بجوابين:

الأول : سلمنا أن الاحتمال وارد في التغيير لكن الاحتمال المعتبر هو الاحتمال الراجح أو المساوي و المقارب وإلا لو قدم الاحتمال لتعطلت معاملات الناس وتعذرت العلاقة بينهم وهذا خلاف العادة.

الثاني : أن ظن البقاء مبنيٌ على العلم أو الظن بعدم الدليل المغير وهذا الظن يصلح للنفي والإيجاب والدفع والإثبات.

– 2أن استصحاب الحال كاسمه وهو التمسك بالحكم الذي كان ثابتاً إلى أن يقوم الدليل المزيل ، وفي إثبات الحكم ابتداء لا يوجد هذا المعنى ، ولا عمل لاستصحاب الحال فيه صورة ولا معنى.

وأجيب عنه بأن الحكم بالاستصحاب ليس إثباتاً لحكمٍ ابتداءً وإنما هو البقاء والاستمرار على الحكم السابق ما لم يرد ما يزيله ويغيره فلا فرق.

أدلة القول الرابع:

استدل من يرى أن الاستصحاب حجة في حق المجتهد فيما بينه وبين الله ، وليس بحجة في المناظرة بأن الأحكام الشرعية العملية يجوز أن تبنى على الظن لكن في المناظرات لا يحتج به لوجود احتمال الدليل المغير وما كان كذلك فإنه لا يحتج به فللخصم أن يقول : الدليل عندي بخلافه.

الترجيح : الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور وهو أن الاستصحاب حجة مطلقاً في الإثبات والنفي في الدفع والابتداء وهو أمرٌ لا بد منه في الدين والشرع والعرف.

الدليل الخامس العرف :

تعريفه:

العُرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك، ويسمى العادة. وفي لسان الشرعيين: لا فرق بين العرف والعادة، فالعرف العملي: مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية. والعرف القولي: مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وتعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ اللحم على السمك. والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم بخلاف الإجماع فإنه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة، ولا دخل للعامة في تكوينه.

أنواعه:

العرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد.

فالعرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليل شرعيا ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً، كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءا من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر.

وأما العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس كثيرا من المنكرات في الموالد والمآتم، وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة.

حكمه:

أما العرف الصحيح فيجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاة في تشريعه؛ وعلى القاضي مراعاته في قضائه؛ لأن ما تعارفه الناس وما ساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقا ومصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، والشارع راعي الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج واعتبر العصبية في الولاية والإرث.

ولهذا قال العلماء: العادة شريعة محكمة، والعرف في الشرع له اعتبار، والإمام مالك بنى كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة، وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء على اختلاف أعرافهم، والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد، لتغير العرف،

ولهذا له مذهبان قديم وجديد.

وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف، منها إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف، وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف، زمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناء على العرف، والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف، والشرط في العقد يكون صحيحا إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف.

وقد ألَّف العلامة المرحوم ابن عابدين رسالة سماها (نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف)، ومن العبارات المشهورة: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والثابت بالعرف كالثابت بالنص.(

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة كعقد ربوي، أو عقد فيه غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد، ولهذا لا يعتبر في القوانين الوضعية عرف يخالف الدستور أو النظام العام، وإنما ينظر في مثل هذا العقد من جهة أخرى، وهي أن هذا العقد هل يعد من ضرورات الناس أو حاجياتهم، بحيث إذا أبطل يختل نظام حياتهم أو ينالهم حرج أو ضيق أولا؟ فإن كان من ضرورياتهم أو حاجياتهم يباح لأن الضرورات تبيح المحظورات، والحاجات تنزل منزلتها في هذا، وإن لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجياتهم يحكم ببطلانه ولا عبرة لجريان العرف به.

والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا، لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

والعرف عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا: وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة، وهو كما يراعي في تشريع الأحكام يراعي في تفسير النصوص، فيخصص به العام، ويقيد به المطلق. وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح عقد الاستصناع، لجريان العرف به وإن كان قياس لا يصح لأنه عقد على معدوم.

الدليل السادس مذهب الصحابي:

الصحابي عند الأصوليين: هو من لقي النبي ﷺ مؤمنا به ولازمه مدة طويلة بحيث يجوز إطلاق لفظ الصاحب عليه عرفا ولغة، وهو عند علماء الحديث: من لقي النبي ﷺ مؤمنا به ومات على الإيمان، ولو كانت مدة التقائه به دقيقة واحدة.

وقد اختلف الفقهاء في الاحتجاج بمذهب الصحابي وما صدر عنه من أقوال وأعمال وفتاوى، على أقوال متعددة، فمنهم من ذهب إلى الاحتجاج بأقوال الصحابة وأعمالهم مطلقا، ومنهم من احتج بها في مواطن دون أخرى، ولذلك فإننا سوف نفصل أحوال مذاهب الصحابة وأنواعها، ونبين مدى الاحتجاج بكل نوع منها، ومذاهب العلماء فيه.

أنواع مذاهب الصحابة:

1- أن يذهب الصحابي إلى قول لا مجال للرأي فيه، لأنه حكم غير معقول المعنى، كأن يفتي الصحابي بأن مكان سورة كذا قبل سورة كذا أو بعده، فإن ذلك أمر تعبدي توقيفي لا مجال للرأي فيه، وهذا النوع حجة عند جميع الفقهاء دون خلاف، لأنه في حكم الحديث المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، والحديث المرفوع حجة بالإجماع، فكذلك هذا.

2- أن يذهب الصحابي إلى قول معقول المعنى داخل في حدود الاجتهاد، فيوافقه عليه الصحابة جميعا دون خلاف، قولا أو سكوتا، فإن هذا النوع حجة عند جمهور المسلمين، لأنه داخل في حد الإجماع القولي أو السكوتي، والإجماع القولي حجة كما تقدم بالإجماع، وكذلك الإجماع السكوتي عند الجمهور، فيكون قول الصحابي هذا حجة لذلك.

3- أن يذهب الصحابي إلى قول معقول المعنى يصلح للاجتهاد والنظر فيه ويخالفه فيه غيره من الصحابة وينازعه فيه، فإن هذا النوع ليس بحجة على صحابي آخر غير قائله بإجماع المسلمين، وإلا لما جاز اختلاف الصحابة فيما بينهم، ولما وقع منهم ذلك، لكنه وقع اختلاف في كثير من المسائل بينهم، فدل ذلك على عدم الزامه لهم، أما بالنسبة للتابعين ومن بعدهم فقد اختلف الأئمة على الاحتجاج به على قولين:

أ – مذهب الجمهور، ومنهم الحنفية والمالكية والحنبلية وهو الاحتجاج به وتقديمه على القياس إذا عارضه.

ب – مذهب الشافعي، وهو عدم الاحتجاج بقول الصحابي، إلا للاستئناس به فإنه معتبر عنده من غير إلزام.

أدلة الجمهور في الاحتجاج بمذهب الصحابي:

أ– قوله تعالى: (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْراً لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ) (آل عمران:110)، فإن هذا الآية الكريمة خطاب للصحابة، ومن توابع الأمر بالمعروف قبول قولهم.

ب– ما ثبت عن النبي ﷺ في امتداح الصحابة والشهادة لهم بالخيرية والعدالة، مما يشير إلى الأخذ بقولهم والاحتجاج به، من ذلك: قوله ﷺ: (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)، وقوله ﷺ: (اقتدوا بالذين من بعدي، أبي بكر وعمر).

جـ– المعقول، فإن احتمال كون قول الصحابي وفعله مستندين إلى دليل كبير، لقربه من رسول الله ﷺ ، وعلمه بأحواله، وحبه له، فإذا كان قوله مخالفا للقياس غلب على الظن استناده إلى دليل أقوى من القياس، تنزيها للصحابة من الوقوع في الإثم والقول بغير دليل.

أدلة النافين للاحتجاج بمذهب الصحابي:

أ– قوله تعالى: (فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الأَبْصَارِ) (الحشر:2)، فإن فيها أمرا بالقياس والاجتهاد، وإتباع مذهب الصحابي ينافي هذا الأمر، فكان ممنوعا منه لذلك.

ب– الإجماع من الصحابة على جواز مخالفة بعضهم بعضا، وغيرهم يقاس عليهم لعدم الفارق المؤثر.

جـ– المعقول، وهو أن الصحابة جلهم من أهل الاجتهاد، فكان احتمال قولهم ذلك من اجتهاد كبير، بل هو الراجح، وإذا كان كذلك لم يكن حجة لعدم ارتقائه إلى مرتبة الرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

د– كان التابعون يخالفون الصحابة في بعض أقوالهم، وكان الصحابة يقرونهم عليه، فكان ذلك دليلا على جواز المخالفة لهم فيما ذهبوا إليه.

من ذلك أن عليا ﷺ احتكم إلى شريح مع يهودي، وشهد له ابنه الحسن، فرد شريح شهادته، لأن شهادة الابن لأبيه لا تقبل عنده، وكانت مقبولة في رأي علي ﷺ، فلم يخالفه في رأيه، وانصاع لحكمه، ومثل هذه الحادثة كثير.

الترجيح:

من استعراض هذه المذاهب نرى أن الاحتجاج بمذهب الصحابي فيما هو محل الاجتهاد ولم يجتمع عليه الصحابة لم يقم دليل ناهض عليه مقطوع به أو مظنون، ولذلك فإن المرجح هو عدم اعتباره حجة، جرياً على ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله، وإن كان يحسن الاستئناس به دون أن يكون في ذلك نوع من الإلزام.

الدليل السابع عمل أهل المدينة :

معنى عمل أهل المدينة.

تمهيد:

تحديد معنى عمل أهل المدينة من الموضوعات الشائكة ،والمسائل الصعبة التي يكتنفها الغموض ،ولا أدل على ذلك من قول الشافعي ،وهو من تعرف في العلم والفهم وجلال القدر ،وصحبته لمالك وسماعه منه ، : ((وما عرفنا ما تريد بالعمل إلى يومنا هذا وما أرانا نعرفه ما بقينا)) ويمضي قائلا : ((وما كلمت منكم أحدا قط فرأيته يعرف معنى الأمر عندنا((

عمل أهل المدينة عند غير المالكية

أدرج أكثر أهل الأصول من غير المالكية عمل أهل المدينة ضمن باب الإجماع وزعموا أن مراد مالك بعمل أهل المدينة إجماعهم الذي عده حجة بمنزلة إجماع الأمة –المصدر الثالث من مصادر التشريع – ولا اعتداد عنده بما يخالف إجماعهم.

وزعم بعضهم : أن مالكا جعل عمل أهل المدينة حجة في كل عصر دون قصره على عصر الصحابة والتابعين ، وهذا ظن فاسد لا يليق أن ينسب لمالك ولا يصح عنه هذا أبدا.

وبناء على فهم الفقهاء والأصوليين الخاطئ لمراد مالك بعمل أهل المدينة شنع أكثرهم عليه وانصبت ردودهم على إبطال حجية إجماع بعض الأمة وإنما يكون الإجماع باتفاق الأمة كلها.

وقد أنكر المالكية أن يكون مالك جعل إجماع أهل المدينة لإجماع الأمة – المصدر الثالث من مصادر التشريع – وعدوا ذلك وهما وخوضا في غير محل النزاع ، قال القاضي عياض : اعلموا أكرمكم الله أن جميع أرباب المذاهب من الفقهاء والمتكلمين وأصحاب الأثر والنظر إلب واحد على أصحابنا على هذه المسألة ، مخطئون لنا فيها بزعمكم محتجون لنا بما سنح لهم ، حتى تجاوز بعضهم حد التعصب والتشنيع إلى الطعن في المدينة وعد مثالبها ، وهم يتكلمون في غير موضع خلاف فمنهم من لم يتصور المسألة ولا تحقق مذهبنا فتكلموا فيها على تخمين وحدس، ومنهم من أخذ الكلام ممن لم يحقق عنا ،ومنهم من أطالها وأضاف إلينا ما لا نقوله فيها كما فعل الصيرفي والمحاملي والغزالي فأوردوا عنا في المسألة ما لا نقوله ، واحتجوا علينا بما يحتج به على الطاعنين في الإجماع

عمل أهل المدينة عند المالكية ومن وافقهم.

اختلف المالكية في المراد من عمل أهل المدينة ، فمن قائل :إن المراد به المنقولات المستمرة ، وقيل : إن

روايتهم أولى من رواية غيرهم ، وقيل إن إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته ، وقيل ، إنما أراد ترجيح اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، وقيل، أراد إجماع أهل المدينة من الصحابة ، وقيل : بل أراد الصحابة والتابعين ، وزاد بعضهم تابعي التابعين واختار بعضهم التعميم.

وحتى نجلي معنى العمل والمقصود منه نعرض أقوال محققي المالكية مثل القاضي عبدالوهاب والقاضي عياض وغيرهما ، وذلك من خلال تقسيمهم للعمل وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني.

تعريفات المعاصرين لعمل أهل المدينة:

تعريف الدكتور أحمد نور سيف :"ما نقله أهل المدينة من سنن نقلا مستمرا عن زمن النبي ﷺ، وهو ما كان رأيا و استدلالا

تعريف الاستاذ حسن فلمبان:"إن عمل أهل المدينة عبارة عن أقاويل أهل المدينة بعضه أجمع عليه عندهم وبعضه عمل به بعض الولاة والقضاة حتى اشتهر وكله سمي إجماع المدينة وأن منه ما كان أصله سنة عن النبي -ﷺ- ومنه ما كان سنة خلفائه الراشدين-رضي الله عنهم- ،ومنه ما كان اجتهادا ممن بعدهم

تعريف عبد الرحمن شعلان:"عمل أهل المدينة هو ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن مخضوض سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا

قال الدكتور مُحَمَّد المدني بوساف بعد نقله لهذه التعاريف:"وبعد تأمل هذه التعاريف والنظر في المسائل المدروسةمن عمل أهل المدينة ، تبين أن التعريف الأخير هو الأصوب والأدق من الناحية الوصفية للعمل دون النظر إلى ما يكون منه حجة أو لا لكنه لم يبين في التعريف الزمن الذي ينتهي إليه العمل المعتبر و لعل الباحث فعل ذلك هروبا من التحديد بسبب الخلاف القائم بين من يلحق إجماع تابعي التابعين بعمل من قبله،ومن يجعل التابعين نهاية من يعتد بعملهم عند مالك ،وقد جزم الباحث فيما بعد باعتبارالتابعين خاتمة من يعتد بعملهم عند مالك،فكان الأولى أن يقول:"عمل أهل المدينة هو ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن الصحابة والتابعين سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا..

أقسام عمل أهل المدينة

قسم محققوا المالكية العمل إلى ضربين:

الضرب الأول : ما كان من طريق النقل والحكاية مما اتصل بنقل الكافة عن الكافة ، وعملت به عملا لا يخفى ونقله الجمهور عن الجمهور عن زمن النبي ﷺ وهذا الضرب ينقسم إلى

أربعة أنواع وهي:

(1نقل شرع مبتدأ من قول النبي- ﷺ – (عدد تكبيرات صلاة العيد، تثنية الأذان وإفراد الإقامة،خروج الإمام من الصلاة بتسليمة واحدة،حكم قراءة البسملة أول الفاتحة في الصلاة(

(2نقل شرع مبتدأ من فعله ﷺ (عدم كراهة التطوع بالصلاة نصف النهار، اشتراط الصيام لصحة الاعتكاف،خيار المجلس(

(3نقل إقراره عليه الصلاة والسلام لما شاهده من أصحابه ولم ينقل عنه إنكار

(4نقل تركه لأمور و أحكام لم يلزمهم إياها مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم، فهذا الضرب هو الذي عناه مالك بعمل أهل المدينة.

ومن الأمثلة على ما اختص أهل المدينة بنقله من حيث الشهرة والعمل الظاهر المستمر بها:

الصاع والمد اللذان كانت الزكاة تؤخذ بهما عرفا بالمدينة وخفي هذا النقل عن غيرهم، وحين اطلع عليه من خالفهم رجع إلى مالك.

وكذلك زكاة الخضروات والفواكه ، فقد كانت تزرع على عهد رسول الله ﷺ ولم يأمرهم بإخراج زكاتها ولم يدفعوها إليه وهي أرض زراعة .وأمر مثل هذا لايخفى حكمه عنهم جميعا ، فنقلهم لهذه الأمور نقل صاحبه العمل المستمر منه على ذلك ، وشهرة مثل هذه الأشياء ونقلها متواتر منه هي حجتهم في هذا الاستدلال.

فحقيقة العمل في هذا النوع إذن انه سنن نقلت عن زمن النبي ﷺ ،ومصاحبة العمل لها هو الذي أشهرها و أبرز حجيتها وإن كانت الحجة فيها لا في العمل.

الضرب الثاني :إجماع الصحابة من أهل المدينة من طريق الاجتهاد و الاستدلال

فإن الصحابة الذين توفي عنهم رسول الله ﷺ والذين كانوا أقرب الناس إليه ، وأعرفهم بأحواله ، وسيرته وقضاياه، قد توفرت لديهم مدارك لم تتوفر لغيرهم مع ما امتازوا به في نقلهم السنن من مشاهدة قرائن الأحول الدالة على مقاصد الشرع، فكان العمل المنقول عنهم حجة لهذه القرائن التي احتفت به. وهذا النوع من العمل هو الذي يسميه البعض العمل القديم بالمدينة.

وذكر مُحَمَّد بن رشد لعمل أهل المدينة ثلاث مراتب:

(1العمل النقلي

(2العمل المتصل من جهة القياس والاجتهاد ولا يكون إلا عن توقيف

(3العمل الاجتهادي: ويحتمل أنه أراد به العمل الناشئ بعد عصر الصحابة رضوان الله عليهم.

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أربع مراتب و هي:

(1ما يجري مجرى النقل عن النبي ﷺ.

(2العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان ﷺ.

(3العمل القديم الذي وافق خبر وعارضه آخر ، أو وافقه قياس وعارضه قياس ثان.

(4العمل المتأخر بالمدينة.

وقسم ابن القبم عمل أهل المدينة إلى مرتبتين:

المرتبة الأولى:ما كان من طريق النقل والحكاية ،وهذه المرتبة تشمل ثلاثة أنواع:

(1نقل شرع مبتدأ كقوله ﷺ وفعله وتقريره، وتركه لفعل قام سبب وجوده

(2نقل العمل المتصل زمنا بعد زمن من عهده ﷺ

(3نقل الأماكن والأعيان والمقادير

المرتبة الثانية:العمل الذي طريقه الاجتهاد و الاستنباط

بعد نظر الدكتور مُحَمَّد المدني بوساق في تقسيم العلماء لمراتب عمل أهل المدينة خلص إلى أن معنى عمل أهل المدينة من حيث الوصف يشتمل على العناصر الاتية:

أولا:العمل النقلي،وهو ما كان طريقه التوقيف أو المنقولات المستمرة عن زمن النبي ﷺ.

ثانيا:العمل القديم،أو المتصل وهو عمل الصحابة_رضوان الله عليهم_

ثالثا:العمل الاجتهاي المتأخر،وهو الذي كان في زمن التابعين و ألحق بعضهم عمل تابعي التابعين بعمل من قبلهم.

الإجماع الذي قصده مالك . قال مُحَمَّد الأمين بن مُحَمَّد المختار الشنقيطي

قال الجيدي: فالإجماع الذي اعتقدوا أن مالكا قال به ، لا أساس له ولا يتصور أنه قصد بالعمل الإجماع الذي هو المصدر الثالث من مصادر التشريع والذي يأتي بعد الكتاب والسنة في الحجية والإعتبار . وأساليبه في الموطأ الذي فهم الناس منها أن مالكا قصد الإجماع ، وقولهم إنه نقل الإجماع أهل المدينة على نيف وأربعين مسألة ، كل ذلك لا أساس له ، إذ تعابيره في الموطأ لا تخرج عن قوله : ((هذا الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا)) أو ((الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا)) أو ((ما أعرف شيئا مما أدركت عليه الناس)) أو ((الأمر المجتمع عليه عندنا)) أو ((الأمر الذي

لا اختلاف فيه عندنا)) وقوله ((السنة عندنا)) وقوله ((وليس على هذا العمل عندنا)) أو ((والسنة التي لا اختلاف فيها عندنا)) أو ((الأمر الذي سمعت من لأهل العلم)) أو ((السنة التي عندنا والتي لا شك فيها)) وقوله ((ليس العمل على هذا((

وقد تتبعتها في الموطأ فوجدتها تكررت مائتين وثلاثا وثلاثين مرة وكلها – وإن اختلفت – لا يمكن أن يفهم منها الإجماع أو أن مالكا قصد بها ذلك.

إنما الذي يفهم هو العمل وحده عمل الناس الذي كان أهل المدينة سائرين عليه في عصره وقبله ، وعلى ذلك يكون مالك – في تعابيره – واصفا لعمل بلده ، وما اعتاده قومه وتعارفوه وساروا عليه ، ونحن عندما نرى الناس الآن في بلد ما اعتاد قومه شيئا وأطبقوا عليه نقول إنهم أجمعوا عليه ، ولا نقصد الإجماع الحقيقي المعروف .

والأدلة على ذلك كالآتي:

الدليل الأول :أن مالكا رحمه الله لم يرو عنه أي قول يصرح فيه بأن إجماع أهل المدينة وحدهم كاف لانعقاد إجماع الأمة ولا عبرة بمن وافقهم أو مخالفة غيرهم ، وما دام الأمر كذلك فلا يمكن أن ننسب إليه ذلك ،إذ لا ينسب لساكت قول.

الدليل الثاني :أنه رحمه الله في ذكره في الموطأ ما يزيد عن ثلاثمئة مسألةمما اتفق عليه أهل المدينة وجرى به العمل عندهم،وهو في غير مرة يذكر أنه ((الأمر المجتمع عليه عندنا)) أي بالمدينة ((والذي أدركت عليه أهل العلمببلدنا)) ولم يقل في واحدةمنهاهذا هوإجماع المسلمين عام،أو أنه لاتجوزمخالفته ، والمعلومأنمخالف الإجماع لا تجوز.

الدليل الثالث :أنهيستعمل في كثير من المرات عبارةالسنة ،فيقول(وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا))ويقول أيضا: ((مضت السنة في كذا)) أو((هي السنة وعليها أدركت الناس)) وهذا ينافي كون عملهم من الإجماع إذ الفرق بين السنةوا لإجماع ظاهر.

الدليل الرابع :أنه يضيف العمل أحيانا إلى زمن النبي ﷺ كما قال في باب العيدين:" لم يكن في العيديننداء ولا إقامةثمقال:تلك السن التي لا اختلاف فيها عندنا، وسمع غير واحد من علمائهم يقول: لم يكنفي العيدين نداء ولا إقامة منذزمنالنبي ﷺ ."فإذاكان العمل من الإجماع فما فائدةذكر زمنه ﷺ مع أن الإجماع في عصره ﷺ لا عبرة به.

الدليل الخامس :أن في رفضهلأن يعلق الموطأ في الكعبةويلزم الناس بالعمل به لما طلب منه ذلك

الخليفتانأبوجعفر المنصور وهارون الرشيدلدليل علىأنه لا يعتبر إجماعهم حجةملزمة للجميع.

الدليل السادس :أن المحققين من العلماء وخاصةأتباع مذهبه قد استخلصوامن أقواله وآرائه منهجه الاجتهادي ومصادر فقهه، فذكلروا منها الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة وغيرها فدل على أنهما مصدران متغايران عنده، وأن كل واحدمنهما أصل قائم بذاته.

الدليل السابع :أنه قد نقل في بعض المسائل اتفاق أهل المدين على العمل ثم خالفهم فيه مستندا إلى دليل آخر يراه أرجح من عملهم، فلو كان عمل أهل المدينة من الإجماع لما وسعه مخالفته .

تنبيه: قال الدكتور عبد الرحمن الشعلان في كتابه أصول فقه مالك _أدلته النقلية":_

المصطلحات التي تدل على نسبة المسائل إلى عمل أهل المدينة

الفرع الأول:المصطلحات

استعمل مالك رحمه الله —في نقل بعض مسائل فقهه مصطلحات كثيرة مثل قوله:(الأمر المجتمع عليه عندنا)(السنة،أو الأمر الذي لا خلاففيه عندنا) (الذي أدركت عليه الناس) (ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به) (ليس العمل عندنا) (ليس عليه العمل) (الأمر عندنا) (وهو الأمر عندنا) (الأمر القديم الذي لم يزل الناس عليه) (الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا) (لم يعمل اهل بلدنا فيما سمعنا و أدركنا بذلك) (ليس ذلك بمعمول به ببلدنا) (هي السنة)...وغير ذلك

الفرع الثاني:دلالة المصطلحات

علمنا فيما سبقأن مالكا يستعمل مصطلحات كثيرة في نقل بعض ميائل فقهه، وهي ذات دلالات،وقذ ارجعهاالدكتور أحمد مُحَمَّد نور سيف إلى ثلاثة أنواع وهي:

النوع الأول: ما استعمل مالك فيه أساليب لم يتضح في قضاياها العمل،بقدر ما تدل على اختياره الفقهي فيقول(الأمر عندنا) (الأمر عندنا وهو أحب ما سمعت) (الأمر عندنا الذي نأخذ به قول عائشة)

النوع الثاني: وهو الذي نقل به قضايا إجماع أهل المدينة،ولم يعرف فيها خلاف عنهم، فيقول):الأمر المجتمع عليه عندنا) (الأمر الذي لا خلاف فيه عندنا) (الامر المجتمع عليه والذي لا اختلاف فيه عندنا) (الأمرالمجتمع عليه والذي أذركته عليه أهل العلم ببلدنا.)

النوع الثالث: وتقل رتبة العمل عن الإجماع الكلي، والذي لا يعرف فيه مخالف من أهل المدين فيؤثر عن البعض خلاف ما عليه أغلبهم، فيستعمل مالك لهذ مصطلحات أخرى تتنوع كثيرا و يتبع في نقل

هذا طريقين:

الأول: يستعمل من المصطلحات ما يثبت به القضية التي يتكلن عنها على أنها عمل أهل المدينة فيقول: (الأمر الدي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا) (الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا) (على هذا العمل وبه مضى أمر الناس)

الثاني: يستعمل من المصطلحات ما ينفي به العمل عن القضية التي نقلها أو الحديث الذي أورده، فيقول: (ليس عليه العمل) (ليس لهذا حد معروف) (ليس ذلك بمعمول به ببلدنا.(

وقد صرح أحيانا بأنه مع عدم وجود العمل عليه لا يراه ولا يعمل به، فيقول:(ليس عليه العمل ولا أرى أن يعمل به) (ليس عليه العمل وأحب إلينا كذا).

والمصطلحات لتي يستعملها لقضاي الإجماع واضحة في دلالتها ، وكذلك التي يستعملها لنقل العمل،إلا أن هناك مصطلحا يكتنفه شيء من الغموض، وكثيرا ما اشتبه بالمصطلحات التي وردت في النوعين السابقين ،هذا المصطلح هو(الأمر عندنا)

الدليل الثامن شرع من قبلنا :

مفهوم : شرع من قبلنا

لغة: الشرع عبارة عن البيان والأظهار يقال: شرع الله كذا أى جعله طريقا ومذهبا، ومنه المشرعة وإصطلاحا: يراد بشرع من قبلنا. الأحكام التى شرعها الله تعالى للأمم السابقة وجاء بها الأنبياء السابقون ، وكلف بها من كانوا قبل الشريعة المحمدية كشريعة إبراهيم وموسى وعيسى عليهم الصلاة والسلام.

أو هو : تلك الأحكام الشرعية المقررة في شرائع الأنبياء والرسل السابقين على نبينا مُحَمَّد صلى الله عليه وسلم، والتي أخبر بها النبي ﷺ بنص القرآن أو بصحيح السنة، ولم يلحقها ناسخ من شريعة الإسلام.

حجيته

اختلف العلماءُ في ذلك على ثلاثة أقوال

القول الأول :أنَّ شرعَ من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يُنسخ، ووردَ من طريقِ وحيٍ لا من طريقِ كتبِهم المحرَّفة، وهو قولُ جمهورِ العلماء من الأحنافِ والمالكيةِ وبعضِ الشَّافعية، وأصحِّ الرِّوايتين عن الإمام أحمد، وعليه أكثرُ أصحابه، وهو الرَّاجح.

واستدلوا بأدلة منها:

•**الأول** :قوله – عز وجل :- ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾، ودلالتُها من وجهين: أحدهما: أنَّه جعلَها مستندًا للمسلمين في الحكمِ، وهو نصٌّ في المسألة.

الوجه الثاني :قوله – عزَّ وجلَّ – في آخرها :﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾]المائدة: 44]، وهو عامٌّ في المسلمين وغيرِهم.

• **الثاني** :قوله – سبحانه وتعالى – مخاطبًا نبينا – عليه السلام :- ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ ﴾ ، يعني أنبياءَ بني إسرائيل، وأمرُهُ له بالاقتداءِ بهم يقتضي أنَّ شرعَهم شرعٌ له قطعًا.

• **الثالث** :قوله – تعالى :- ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ﴾[4]، أمره باتباعِ ملةِ إبراهيم، وهي من شرعِ مَنْ قبلَه، ثم أمره – سبحانه وتعالى –

بالإخبارِ بذلك بقولِه :﴿ قُلْ إِنَّنِي هَدَانِي رَبِّي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ دِينًا قِيَمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ﴾]الأنعام: 161[، وذلك يدلُّ على أنه متعبد بشرع من قبله.

• **الرابع** :قوله – سبحانه وتعالى :- ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾]الشورى: 13]، وهي تدلُّ على أنَّ الشرعين سواء، وهو المراد بترجمةِ المسألة.

•**وقد أُجيب** عن هذه الآياتِ بأنَّ المرادَ بها التوحيد، بدليل: أنَّه أمره باتباعِ هدى جميعِهم، وما وصَّى به جملتَهم، وشرائعهم مختلفة، وناسخة ومنسوخة، فيدل على أنَّه أراد الهدى المشترك.

والملة: عبارةٌ عن أصلِ الدين؛ بدليل: أنه قال :﴿ وَمَنْ يَرْغَبُ عَنْ مِلَّةِ إِبْرَاهِيمَ إِلَّا مَنْ سَفِهَ نَفْسَهُ وَلَقَدِ اصْطَفَيْنَاهُ فِي الدُّنْيَا وَإِنَّهُ فِي الْآخِرَةِ لَمِنَ الصَّالِحِينَ ﴾] البقرة: 130[، ولا يجوز تسفيه الأنبياءِ الذين خالفوا شريعةَ إبراهيم – عليه السلام.

والهدى والنُّور: أصلُ الدين والتوحيد؛حيث إنَّ المراد بذلك إنما هو وجوبُ المتابعة في الأشياء التي لم تختلفْ باختلاف الشَّرائع، وتلك أصول الديانات وكلياتها؛ كقواعدِ العقائد المتعلِّقة بذات الله – تعالى – وصفاته، والقواعد العملية المشتركة بين جميعِ الشَّرائع لحفظِ العقول والنفوس والأموال والأنساب والأعراض.

•**وقد رد هذا الإشكال** :بأن الشريعة من جملة الهدى، فتدخلُ في عمومِ قوله – تعالى– :﴿ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ ﴾] الأنعام: 90[، وهي من جملةِ ما أوصى الله به الأنبياءَ – عليهم السلام – وإنما يتبع النَّاسخ دون المنسوخِ، كما في الشَّريعةِ الواحدة.

• **الخامس** :أنَّ النبي – صلَّى الله عليه وسلَّم – قضى في قصةِ الربيع بالقصاص في السنِّ، وقال: ((كتاب الله القصاص))، وليس في القرآنِ: السنُّ بالسنِّ، إلا ما حُكي فيه عن التوراة بقوله – عزَّ وجلَّ :- ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾]المائدة: 45]، فدلَّ على أنه – عليه السلام – قضى بحكمِ التوراة، ولم يكن شرعًا له لَمَّا قضى به.

•**وأجيب** :بأنَّه ثبت ذلك من قوله – جلَّ وعلا :- ﴿ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ﴾، وقوله – جل وعلا– :﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾، فدخل السِّن تحت عمومِه.

• **السادس** :أنَّ النبي – صلَّى الله عليه وسلَّم –: راجعَ التوراةَ في رجمِ الزانيين من اليهود، فلمَّا وجد فيها أنهما يرجمان، رجمهما، وذلك يدلُّ على ما قلناه.

•**وأجيب** :بأنَّ مراجعتَه التوراةَ في رجم الزانيين فليس على جهةِ استفادة الحكمِ منها، بل تحقيقًا لكذب اليهود، فإنَّه رآهم سودوا وجوهَهما، وطافوا بهما بين النَّاس، فأنكرَ أنْ يكون ذلك من حكمِ الله – تعالى – في الزَّاني، فاستدعى التوراة، فاستخرجَ منها الحكمَ بالرَّجمِ تحقيقًا لكذبِهم على الله – تعالى – وتحريفهم الكتب المنزلة عليهم، كما في موضع :﴿ قُلْ فَأْتُوا بِالتَّوْرَاةِ فَاتْلُوهَا إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴾، وإنَّما حكمَ بالقرآن بقولِه – تعالى –: "الشيخُ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتَّة"، وقد سبق أنَّ هذا مما نُسِخ خطُّه، وبقِيَ حكمُه.

• **السابع** :أنَّه – عليه السلام – استدلَّ على وجوبِ قضاءِ المنسيَّةِ عند ذكرها بقولِه – سبحانه وتعالى :– ﴿ إِنَّنِي أَنَا اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدْنِي وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾، وإنَّما الخطابُ فيها لموسى – عليه السلام – على ما دلَّ عليه سياقُ القرآن، وذلك لما نزل النبيُّ – صلَّى الله عليه وسلَّم – منزلاً فنام فيه وأصحابُه، حتَّى فات وقت صلاةِ الصُّبح، أمرهم فخرجوا عن الوادي، ثُمَّ صلَّى بهم الصُّبحَ، واستدلَّ بالآية.

•**وأجيب** :بأنَّ استدلالَه – عليه الصلاة والسلام – بقوله – سبحانه وتعالى :– ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾، فهو إمَّا قياسٌ لنفسِه على موسى في إقامةِ الصلاة لذكر الله – عزَّ وجلَّ – أي: عند ذكره، أو تأكيدٌ من النبي – صلَّى الله عليه وسلَّم – لدليلِه على قضاءِ الصَّلاةِ بالآية المذكورةِ خطابًا لموسى – عليه السلام – أو أنَّه – عليه السلام – علم عمومَ الآية له، لا أنَّه حكمَ بشرعِ موسى – عليه السلام.

• **الثامن** :ما أخرجه مسلم عن عبدالله بن سخبرة قال: "مُرَّ على عليٍّ بجنازةٍ فذهبَ أصحابُه يقومون، فقال لهم علي: ما يحملُكم على هذا؟ قالوا: إنَّ أبا موسى أخبرنا أنَّ رسول الله – صلَّى الله عليه وسلَّم – كان إذا مرَّت به جنازةٌ قام حتَّى تجاوزه، قال: فقال: إنَّ أبا موسى لا يقولُ شيئًا، لعلَّ رسول الله – صلَّى الله عليه وسلَّم – فعل ذلك مرة، إنَّ رسول الله – صلَّى الله عليه وسلَّم – كان يحبُّ أن يتشبَّهَ بأهلِ الكتاب فيما لم ينزلْ عليه شيء، فإذا أنزل عليه تركه."

• **التاسع** :ما رواه البخاري عن مجاهدٍ، قال: "سألتُ ابنَ عباسٍ – رضي الله عنهما –: من أين سجدت؟ فقال: أوما تقرأ :﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ ﴾]الأنعام: 84 [﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ

فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ ﴾]الأنعام: 90[، فكان داود ممن أُمِر نبيُّكم – صلَّى الله عليه وسلَّم – أن يقتديَ به، فسجدَها رسولُ الله – ﷺ."

القول الثاني :أنَّ شرعَ من قبلنا ليس شرعًا لنا، وهو مذهبُ أكثرِ الشَّافعية وأحمد في روايةٍ عنه، والأشاعرةِ والمعتزلة، ثم افترقوا فأحالتْهُ المعتزلةُ عقلاً وشرعًا، وأجازه الآخرون عقلاً ومنعوه شرعًا؛ منهم: (ابنُ حزمٍ والغزالي والآمدي، والرَّازيُّ والشيرازي في آخرِ قولَيْه، وابنُ السمعاني والخوارزمي والصيرفي، والقاضي إسماعيل بن إسحاق المالكي

واستدلوا بأدلة:

•**الأول**" :أنَّ النبي – عليه السلام – لما بعث معاذًا إلى اليمنِ قاضيًا قال له: ((بم تحكم؟)) قال: بكتابِ الله، قال: ((فإن لم تجد؟)) قال: بسنةِ رسول الله، قال: ((فإن لم تجد؟)) قال: أجتهدُ رأيي"، ولم يذكرْ شيئًا من كتبِ الأنبياء الأوَّلينَ وسننهم، والنبيُّ – عليه السلام – أقرَّهُ على ذلك ودعا له، وقال: ((الحمدُ لله الذي وفَّقَ رسولَ رسولِ الله لما يحبُّه اللهُ ورسولُه))، ولو كانت من مدارِكِ الأحكام الشَّرعيةِ لجرتْ مجرى الكتابِ والسنة في وجوبِ الرُّجوع إليها، ولم يَجُز العدول عنها إلى اجتهادِ الرَّأي، إلاَّ بعدَ البحثِ عنها واليأس من معرفتِها.

•**وأجيب عنه** :بقولِهم: إنما لم يتعرَّضْ معاذٌ لذكرِ التوراة والإنجيل؛ اكتفاءً منه بآياتٍ في الكتابِ تدلُّ على اتباعهما على ما يأتي، ولأنَّ اسمَ الكتاب يدخلُ تحته التوراةُ والإنجيل لكونِهما من الكتب المنزَّلة.

• **الثاني** :أنَّه لو كان النبي – عليه السلام – متعبدًا بشريعةِ مَن قبلَه، وكذلك أمته، لكان تعلُّمُها من فروضِ الكفايات كالقرآنِ والأخبار، ولوجب على النبي – عليه السلام مراجعتها – وألا يتوقفَ على نزولِ الوحي في أحكامِ الوقائع التي لا خلوَّ للشَّرائعِ الماضية عنها، ولوجب أيضًا على الصحابةِ بعد النبي – عليه الصلاة والسلام – مراجعتُها، والبحثُ عنها والسؤالُ لناقليها عند حدوثِ الوقائع المختلف فيها فيما بينهم؛ كمسألةِ الجدِّ والعول وبيعِ أمِّ الولد والمفوضة وحدِّ الشُّربِ وغيرِ ذلك، على نحو بحثهم عن الأخبارِ النبوية في ذلك، وحيثُ لم يُنقلْ شيءٌ من ذلك عُلِم أنَّ شريعةَ من تقدَّمَ غيرُ متعبَّدٍ بها لهم.

•**وأجيب عنه** :بقولِهم: لا نسلِّمُ أن تعلُّم ما قيل بالتعبدِ به من الشَّرائع ليس من فروضِ الكفايات، ولا نسلِّمُ عدم مراجعةِ النبي – عليه السلام – لها، ولهذا نُقِل عنه مراجعةُ التوارةِ في مسألةِ الرَّجمِ، وما لم

يراجع فيه شرع من تقدم، إمَّا لأنَّ تلك الشَّرائعَ لم تكن مبينة له، أو لأنَّه ما كان متعبدًا باتباعِ الشَّريعةِ السَّالفةِ إلاَّ بطريقِ الوحي ولم يوحَ إليه به.

وأمَّا عدمُ بحثِ الصَّحابةِ عنها، فإنَّما كان لأنَّ ما تواترَ منها كان معلومًا لهم وغير محتاجٍ إلى بحثٍ عنه، وما كان منها منقولاً على لسانِ الآحاد من الكفَّار لم يكونوا متعبَّدِين به.

• **الثالث** :أنَّه لو كان متعبدًا باتباعِ شرعِ مَن قبلَه، إمَّا في الكلِّ أو البعضِ، لَمَا نسب شيء من شرعِنا إليه على التقديرِ الأول، ولا كل الشرعِ إليه على التقدير الثَّاني، كما لا ينسب شرعُه – عليه السَّلامُ – إلى من هو متعبدٌ بشرعِه من أمتِه، وهو خلاف الإجماع من المسلمين.

•**أجيب عنه** :بقولِهم: إنَّما يُنسب إليه ما كان متعبدًا به من الشَّرائعِ بأنَّه من شرعِه – بطريقِ التجوُّزِ؛ لكونِه معلومًا لنا بواسطتِه، وإن لم يكن هو الشَّارع له.

• **الرابع** :أنَّ إجماعَ المسلمين على أنَّ شريعةَ النبي – عليه السلام – ناسخةٌ لشريعةِ من تقدَّم، فلو كان متعبدًا بها لكان مقرِّرًا لها ومخبِرًا عنها، لا ناسخًا لها ولا مشرِّعا، وهو محال.

•**أجيب عنه** :بقولهم: فنحن نقولُ بها، وأنَّ ما كان من شرعِه مخالفٌ لشرعِ من تقدَّم فهو ناسخٌ له، وما لم يكنْ من شرعِه بل هو متعبَّدٌ فيه باتباع شرعِ مَن تقدَّم – فلا.

ولهذا فإنَّه لا يوصفُ شرعُه بأنَّه ناسخٌ لبعضِ ما كان مشروعًا قبلَه؛ كوجوبِ الإيمان وتحريمِ الكُفران والزِّنا والقتل والسَّرِقة، وغيرِ ذلك مِمَّا شرعُنا فيه موافقٌ لشرعِ من تقدَّم.

• **الخامس** :لو كان شرعُ مَن قبلَنا شرعًا لنا، لما صحَّ قولُه – سبحانه وتعالى :- ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾[11]، ولما صحَّ قولُه – عليه الصَّلاة والسلام –: ((بعثتُ إلى الأحمرِ والأسود))؛ إذْ تفيدُ الآيةُ والحديثُ اختصاصَ كلٍّ من الرُّسل بشريعة، لكن قد صحَّ مضمونُ الآيةِ والحديث، فلا يكون شرعُ مَن قبلَنا شرعًا لنا.

•**أجيب عنه** :بقولهم :إنَّ اشتراكَ الشريعتين في بعضِ الأحكامِ لا ينفي اختصاصَ كلِّ نبيٍّ بشريعة اعتبارًا بالأكثر، وهو ما اختلفوا فيه؛ أي: إنَّ الشريعتين إذا اشتركتا في بعضِ الأحكام، واختلفتا في بعضِها، صحَّ أنْ يكونَ شرعُ إحدى الشريعتين شرعًا لمن بعدَها؛ باعتبارِ البعضِ المتَّفقِ عليه، وصحَّ أنْ يكونَ لكلٍّ من النبيين شِرعةٌ ومنهاجٌ؛ باعتبارِ البعض المختَلَفِ فيه من غير تنافٍ، وحينئذٍ قوله – سبحانه وتعالى :- ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ لا ينفي كونَ شرعِ مَن قَبلَنا شرعًا لنا في بعضِ الأحكام، وهو المطلوب.

• **السادس** :لو كان شرعُهم شرعًا لنا لما توقَّفَ النبي – صلَّى الله عليه وسلَّم – في الظِّهارِ واللِّعانِ والمواريث ونحوها من الأحكامِ على الوحي، لكن ثبتَ عنه – صلَّى الله عليه وسلَّم – أنَّه توقَّفَ في الأحكامِ على الوحي، فدلَّ على أنَّ شرعَهم ليس شرعًا لنا، وإلاَّ لبادرَ باستخراجِ الحكم من كتبِهم والسؤال عنه فيها؛ لأنَّها من شرعِه كالقرآن، كما أنَّه – صلَّى الله عليه وسلَّم – رأى يومًا بيدِ عمر – ﷺ – قطعةً من التوراة، فغضب وقال: ((ما هذا؟! أمتهوِّكون أنتم كما تهوكتِ اليهودُ والنَّصارى؟! لقد جئتُكم بها بيضاءَ نقية، ولو كان موسى حيًّا لما وسعَهُ إلاَّ اتِّباعي))، ولو كان شرعُهم شرعًا لنا، لَمَا غضب من ذلك، كما لا يغضبُ من النَّظرِ في القرآن.

•**وأجيب عن هذا** :بأنَّ كتبَ مَن قَبلَه حرِّفت، فلم تنقلْ إليه موثوقًا بها؛ فلذلك لم يطلُبْ أحكامَ الوقائعِ العارضة له فيها، ولذلك غضِبَ من نظرِ عمر – ﷺ – في قطعةٍ من التوراة، وصوَّب معاذًا – ﷺ – في انتقالِه عن الكتابِ والسنة إلى الاجتهاد، ولم ينكرْ عليه ترك ذِكْرِ كتب مَن قبلَه، وليس الكلامُ فيما حرِّف منها ولم يصح نقلُه، إنَّما الكلامُ فيما صحَّ عنده منها، كما في القرآنِ من أحكامِها، فذلك الذي هو شرعٌ له لا غيره.

• **السابع** :لو كان شرعُهم شرعًا لنا، لكان النبي – صلَّى الله عليه وسلَّم – تبعًا لغيرِه في الشَّرع، وفي ذلك غض من منصبِه ومناقضةٌ لقوله: ((لو كان موسى حيًّا لاتبعني))، إذ يكونُ تابعًا لموسى، متبوعًا له بتقدير وجوده في عصره، وذلك باطل.

•**وأجيب عنه** :بأنَّ الله – تعالى – إذا تعبَّد نبيَّه – صلَّى الله عليه وسلَّم – بشرعِ مَن قبلَه وبمقتضى كتبِهم، لم يكن في ذلك غضٌّ من منصبِه، ولا جعله تبعًا لغيره؛ لأنَّه في ذلك مطيعٌ لله – عزَّ وجلَّ – لا لمن قبلَه من الرُّسل، فهو كالملائكةِ لَمَّا أُمِروا بالسُّجودِ لآدم – عليه السلام – لم يكن في ذلك غضٌّ عليهم ولا نقص؛ لأنَّ سجودَهم في الحقيقةِ إنَّما كان طاعةً لله – عزَّ وجلَّ – لا لآدمَ – عليه السَّلام – وبالجملةِ إذا كانت طاعةُ العبدِ لربِّه – سبحانه وتعالى – لم يضره ما كان هناك من الوسائطِ والأسباب.

القول الثالث :التوقُّفُ حكاه ابنُ القشيري، وحكى ابنُ برهان في الأوسط عن أبي زيد، ووهَّنه الآمدي وأعرضَ عن اعتبارِه بقوله :ومن الأصوليين مَنْ قال بالوقفِ وهو بعيد.

من أمثلة الاحتجاج بشرع من قبلنا:

استدلَّ الفقهاءُ على جوازِ قسمة منافع المال المشترك بطريق" المهايأة "بقولِه – تعالى – في قصةِ صالحٍ – عليه السلام – ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ ﴾، وهو المهايأة بعينِها، وهي جائزةٌ في المذاهب الأربعة.

واستدلَّ الحنفيةُ على جوازِ قتلِ المسلم بالذِّمّي، والرجلِ بالمرأةِ بقوله – تعالى :– ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾؛ أي :في التوراة، واحتجَّ بالآيةِ أيضًا المالكيةُ والحنابلة على قتلِ الذَّكرِ بالأنثى.

واستدلَّ المالكيةُ والشافعية والحنابلة على جوازِ "الجعالةِ" بقولِه – تعالى – في قصةِ يوسف – عليه السلام :– ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾

واحتجَّ غيرُ الشافعيةِ لجوازِ" الكفالةِ" بالنَّفسِ بقولِه – تعالى :– ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ ﴾ يوسف: 66، والشَّافعيةُ استأنسوا بهذه الآية، واحتجُّوا بعمومِ حديث: ((الزَّعيم غارم))، وبالقياسِ على كفالة الدين.

واحتجَّ الحنابلةُ على جوازِ المنفعةِ مهرًا بآيةِ :﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ القصص: 27، واستأنس الشَّافعيةُ بتلك الآية، واستدلُّوا على الجوازِ بالقياسِ على الإجارة.

واستدلَّ مالكٌ على أفضليةِ الكِباش في الضَّحايا، ثم البقرِ ثم الإبل – بما فعلَه إبراهيمُ – عليه السلام – من فدائه ولدَه بكبشٍ.

واستدلَّ مالك وأبو حنيفة ومُحَمَّد – خلافًا للشَّافعي وأحمد وأبي يوسف وزُفَر – بقصةِ إبراهيم على لزومِ نذر ذبح الولد، ووجوبِ الهدي – وهو جزورٌ عند مالكٍ، وشاةٌ عند أبي حنيفة

جاء في" المغني"؛ لابن قدامة" :(اختلفتِ الرِّوايةُ فيمن حلف بنحرِ ولده، نحو أن يقول :إنفعلت كذا فلله عليَّ أن أذبحَ ولدي، أو يقول: ولدي نحيرٌ إن فعلتُ كذا، أو نذر ذبح ولدِه مطلقًا، غير معلَّقبشرط؛ فعنأحمد :عليه كفارةُ يمين، وهذا قياسُ المذهب؛ لأنَّ هذا نذرُ معصية، أو نذر لجَاج، وكلاهما يوجِبُ الكفارة، وهو قولُابنِ عباس – رضي الله عنهما – فإنَّه رُوي عنه أنَّه قال لامرأةٍ نذرتْ أن تذبحَ ابنَها: لا تنحري ابنَك، وكفِّري عن يمينِك، والرِّواية الثانية :كفارتُه ذبحُ كبشٍ، ويطعمه للمساكين؛ وهو قولُأبي حنيفة.

ويُروى ذلك عن ابنِ عباس –رضي الله عنهما – أيضًا؛ لأنَّ نذرَ ذبح الولد جُعِل في الشَّرعِ كنذر ذبحِ شاة، بدليلِ أنَّ الله – تعالى – أمرَإبراهيمبذبحِ ولدِه، وكان أمرًا بذبح شاة، وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا ما

لم يثبتْ نسخُه، ودليلُ أنَّه أُمِر بذبح شاة، أنَّ الله لا يأمرُ بالفحشاءِ ولا بالمعاصي، وذبحُ الولدِ من كبائرِ المعاصي؛ قال الله – تعالى :- ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ ﴾..

جاء في" البحر الرائق شرح كنز الدقائق) " :"قوله صحَّ التوكيل)؛ أي: تفويض التصرفِ إلى الغيرِ بالكتاب والسنة والإجماع، قال – تعالى – حكاية عن أصحابِ الكهف :﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾، وكان البعثُ منهم بطريقِ الوكالةِ، وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا إذَا قصَّه اللهُ – تعالى – ورسولُه – صلَّى الله عليه وسلَّم – من غير إنكارٍ ولم يظهر نسخه،) ووكَّل – عليه السلام – حكيمَ بن حِزامبشراء أضحيته(، وانعقد الإجماعُ عليه وهو عامٌّ وخاصٌّ؛ فالثاني ظاهرٌ، والأولُ نحو أنيقول: ما صنعت من شيءٍ فهو جائزٌ، أنت وكيلي في كلِّ شيء جائز، أمرك على مِلْك جميعِ أنواع التصرفات من البيع والشراء والهبة والصدقة والتقاضي وغير ذلك، ولو طلَّقَ امرأتَه جاز، قال الصَّدرُ الشهيد: وبه يُفتى حتَّى يتبين خلافُه، واختار أبو الليث :أنَّه لو طلَّق أو وقف لم يجزْ؛ كذا في الْوَلْوَالجيَّة وفي البزَّازية ما حكمت فجائز تحكيم لا توكيل، وقدَّمنا فتوىقاضيخانأنَّه يختصُّ بالمعاوضاتِ، (قوله وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف)؛ أي: الجائزُ المعلوم، حتَّى إنَّ التصرفَ إذا لم يكن معلومًا ثبت أدنى التصرفات؛ وهو الحفظُ فيما إذا قال: وكلتك بمالي ."اهـ.

الدليل التاسع مراعاة الخلاف

مراعاة الخلاف عند المالكية

كما هو معلومٌ، فإن الشريعة الإسلامية تَمَيَّزت بمجموعةٍ من الخصائص؛ من أبرزها خاصيةُ المرونة، فهي بهذه الخاصية قادرةٌ على استيعاب كلِّ ما يطرأ مِن وقائعَ وأحداث، وما يتبدَّل من أعراف وعادات؛ إذ هي صالحةٌ لكل زمان ومكان، منذ أن أوحى الله سبحانه وتعالى بمصدرِها الأوَّلِ إلى سيدنا محمدٍ صلى الله عليه وسلم، إلى أن يَرِثَ الله الأرض ومَن عليها، ومِن الأمور الدالة على مرونة الشريعة قاعدةُ مراعاةِ الخلاف.

فماذا نعني بمراعاة الخلاف؟

المراعاةُ لغةً :المناظرة والمراقبة، يقال: راعيتُ فلانًا مراعاةً ورعاءً، إذا راقبتَه وتأمَّلت فعله.

ويقال: راعاه؛ لاحظَه محسنًا إليه.

فالرعيُ إذًا يأتي بمعنى الاعتبار، فقول: رعى فلان فلانًا؛ أي: اعتبره وقام له بما يناسبه، أو بمعنى ملاحظة الشيء، والتأمل فيه، والاعتداد به

وأما الخلاف والمخالفة، فأنْ يأخذ كلُّ واحد طريقًا غير طريق الآخر

واصطلاحًا:

عرَّفها ابن عرفة بقوله: "إعمالُ دليلٍ في لازمِ مدلولِه الذي أُعمِل في نقيضه دليلٌ آخر"

ويقول العلامة الولاتي: "هو إعمالُ المجتهد لدليلِ خصمه – أي: المجتهد المخالف له – في لازم مدلولِه الذي أعمل في عكسه دليلًا آخر."

ومثاله :إعمال مالكٍ دليلَ خصمِه القائل بعدم فسخ نِكاح الشِّغَارِ في لازم مدلوله، الذي هو ثبوت الإرثِ بين الزوجين المتزوجين بالشِّغار إذا مات أحدهما، وهذا المدلول هو عدم الفسخ، وأعمل مالكٌ في نقيضه وهو الفسخ دليلًا آخر، فمذهبه وجوب فسخ نكاح الشغار، وثبوت الإرث بين المتزوجين به إذا مات أحدهما.

مشروعية مراعاة الخلاف:

يشهَدُ لمشروعية العملِ بهذا الأصل عددٌ من الأدلة؛ منها:

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة ﵂ قالت: "اختَصَم سعدُ بن أبي وقاص وعبدُ بن زَمْعة في غلام، فقال سعد: هو ابن أخي عُتْبةَ، عهِد إليَّ أنه ابنُه، انظر إلى شبهه، وقال عبدُ بن زَمْعة: هذا أخي يا رسول الله، وُلِد على فراشِ أبي مِن وليدتِه، فنظر رسولُ الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبهًا بيِّنًا بعتبة، فقال: ((هو لك يا عبدُ، الولدُ للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجِبِي منه يا سَوْدَةُ بنتَ زمعةَ))، قالت: فلم يرَ سَوْدَةَ قطُّ.

يقول الولاتي: والأصلُ فيه عند مالك قولُه ﷺ في قصة ولد زمعةَ الذي اختصم فيه سعد بن أبي وقاص وعبدُ بن زمعة، كلٌّ منهما يدّعيه، يدعي سعدٌ أنه ابن أخيه عُتبة، ويدعي عبدٌ أنه أخوه؛ لأنه مِن أَمَةِ أبيه، فأَلْحَق رسولُ الله ﷺ الولدَ بصاحب الفراش الذي هو زَمْعَة، وللعاهرِ الحجر؛ أي الرَّجمُ، ((واحتجبي منه يا سودةُ))؛ لما رأى مِن شبهِه بعُتْبة، فراعى رسول الله ﷺ الحُكمينِ؛ أي: حُكمَ الفراش، فألحق الولد بصاحبه الذي هو زمعة، وحُكمَ الشَّبَه، فأمر بنتَ صاحبِ الفراش – التي هي سودة بنت زمعة – بالاحتجاب من الولد.

حُجّية مراعاة الخلاف:

نصَّ جماعةٌ مِن كبار المالكية على أن مراعاةَ الخلاف من الأصول التشريعية التي بنى عليها الإمامُ مالكٌ مذهبَه، فقد نُقِل عن أصبغ بن الفرج – وهو من كبار شيوخ المذهب ومتقدّمِيهم – قولُه: "ومِن الاستحسان مراعاةُ الخلاف، وهو أصلٌ في المذهب."

وقال ابن رشد: "مِن أصل مذهب مالكٍ مراعاةُ الخلاف، وهو استحسانٌ."

وأبو إسحاق الشاطبي جزَم بأنه مِن جملة أصولِ المذهب المالكيّ، وأنه معمولٌ به جدًّا في فروعٍ فقهية كثيرة، لا يُفهَم صنيعُ الإمام فيها إلا بحملِها على هذا الأصل.

وأكَّد ذلك ابنُ عرفة، فقال: "إن أهل المذهب يستَنِدون إلى مراعاة الخلاف في أحكامهم وأقضيتهم، حتى إنهم جعلوها قاعدةً من القواعد التي يُعمِلُونَها في مختلف الأبواب الفقهية."

واعتبر القباب أخذَ المالكية به من محاسنِ هذا المذهب.

وقال الونشريسي" :هو مِن الأصول التي بنَى عليها مالكٌ مذهبَه"، واعتبره بعضُهم الأصلَ السابعَ عشرَ مِن أصوله التشريعية المعتبَرة.

الاعتراضات:

لَمَّا كان هذا الأصل مِن الأصول التي اختُلِف فيها داخل المذهب، نتج عن ذلك خلافٌ في حجيَّته بين علماء المذهب؛ حيث ذهب عدد من الأئمة إلى القول بعدم حجية هذا الأصل، ومن هؤلاء القاضي عِياض، فقد رد هذا الأصل بأمور؛ منها:

بأنه مخالفٌ للقياس الشرعيّ؛ لأن القياس الشرعيَّ أن يجرِي المجتهد على مقتضى الدليل.

واعترضه أيضًا بأنه غيرُ مُطَّرِد في كل مسألة خلاف، وذلك مشكل؛ لأنه إن كان حجةً، عمَّت في كل مسألة، وإلا بطَلت؛ لأن تخصيصه ببعض مسائل الخلاف تحكُّمٌ؛ أي: ترجيح بلا مرجِّح.

وأجاب ابن عرفة بأن رَعْيَ الخلفِ حجةٌ في بعض المسائل دون بعض، وضابط ذلك رجحانُ دليلِ المخالف عند المجتهد على دليلِه في لازم مدلول دليل المخالف، فليس تحكُّمًا لأن له مرجحًا، وثبوتُ الرجحان ونفيُه إنما يكون بحسب نظر المجتهد في النوازل.

واعترضه بعضُ الفقهاء بأنه يقتضي إثباتَ اللزوم بدون لازمِه؛ لأن فيه إثباتَ ملزومِ دليلِ المجتهد المراعِي للخلاف كمالكٍ في المثال، بدون لازمه؛ لأن مالكًا أثبت فسخ نكاح الشغار لدليلٍ شرعيٍّ، دون لازمِه، الذي هو عدم الإرث بين الزوجين، وذلك محال.

وأُجِيبَ بأن استحالة وجود الملزوم بدون لازمِه لا تكون إلا في اللزوم العقلي، وأما اللزوم الشرعيُّ، فلا استحالةَ في انفكاك الملزوم فيه عن اللازم، مع وجود ملزومه؛ كموجبات الإرث؛ كالبُنوَّة مثلًا، فإنها ملزومة للإرث شرعًا؛ أي: جعلها الشرعُ ملزومةً له، وقد ينتفي الإرث بموانعَ؛ كالكفر، والرقّ، مع وجود البُنوَّة.

صور الخلاف وإمكانية مراعاتها:

-1أن يكون الفعلُ واجبًا في رأيٍ، مندوبًا في رأي آخر.

ومثاله :الموالاة في الوضوء، فقد ذهب أبو حنيفة والشافعيُّ أنها سنة لا واجبة، وذهب مالك أنها واجبة، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالفعل.

-2 أن يكون الفعل واجبًا في رأيٍ، مباحًا في رأي آخر.

ومثاله :العقيقة، فقد ذهب أبو حنيفة أنها مباحة، وخالف الظاهريةُ؛ فقالوا: هي واجبة، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالفعل.

-3أن يكون الفعل محرمًا في رأي، مكروهًا في رأي آخر.

ومثال ذلك :حكمُ كلِّ ذي نابٍ مِن السباع؛ فقد ذهب الجمهور إلى تحريمِ أكلِها، وذهب مالك إلى القول بالكراهة، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالترك.

-4 أن يكون الفعل محرمًا في رأي، مباحًا في رأي آخر.

ومثاله :أكل لحم الثعلب والضَّبُع؛ فقد ذهب الجمهور أنه مباح، وذهب أبو حنيفة أنه حرام، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالترك.

-5أن يكون الفعل مندوبًا في رأي، مباحًا في رأي آخر.

ومثاله :العقيقة؛ فقد ذهب الجمهور أنه سُنة، وذهب أبو حنيفة أنها مباحة، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالفعل.

-6أن يكون الفعل مندوبًا في رأي، مكروهًا في رأي آخر.

ومثاله :دعاء الاستفتاح؛ فقد ذهب الجمهور أنه سنة، وذهب مالك أنه مكروه، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالفعل؛ لأنه الأفضل.

-7 أن يكون الفعل واجبًا في رأي، مكروهًا في رأي آخر.

ومثاله :قراءة البسملة في الفاتحة؛ فقد ذهب الشافعية أنها واجبة، وخالف مالك فقال بالكراهة، ومراعاة الخلاف في هذه الصورة تكون بالفعل.

-8 أن يكون الفعل واجبًا في رأي، حرامًا في رأي آخر.

ومثاله :الصوم في السفر لِمَن سافر سفرَ معصيةٍ؛ فقد ذهب الجمهور أنه يجب عليه الصوم، ولا يرخَّص له، وذهب الظاهرية أنه يحرم عليه الصوم في السفر، سواءٌ كان سفرَ طاعة أو معصية.

• هذه الصورة اختلف في كيفية المراعاة فيها، يقول القرافي: "فإن اختلفوا هل حرام أو واجب؟ فالعقاب متوقَّع على كل تقدير، فلا ورع."

ثم قال: "إلا أن نقول: إن المحرَّم إذا عارضه الواجب، قُدِّم على الواجب؛ لأن رعاية دَرْءِ المفاسد أَوْلَى مِن رعاية حصول المصالح، وهو الأنظر، فيُقدَّم المحرم هاهنا، فيكون الورعُ التركَ."

فيها الخلاف؛ لأن الإثم واقعٌ في كلا الأمرين، وذهب القرافي إلى أنه يُقدَّم ترك المحرَّم على فعل الواجب؛ لأن دَرْءِ المفاسد مُقدَّم مِن باب الورع.

وتعقبه ابن الشاط بأنه لا مراعاةَ فيما ذكره القرافي، بل هي خروج إلى أحد الرأيينِ.

الفرق بين قاعدة الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف:

الجماهير مِن العلماء على التسوية بين مراعاةِ الخلاف والخروج من الخلاف، لكنها تسويةٌ لفظية؛ لأن الخروجَ مِن الخلاف هي مراعاةٌ له؛ لهذا فإن هؤلاء العلماءَ حينما يتكلَّمون عن مراعاةِ الخلاف، فإنما يقصِدونَ الخروج مِن الخلاف، والعكس صحيحٌ.

• أما الفقهاء المالكية، فهم يُفرِّقون بينهما؛ فالخروج من الخلاف عندهم قاعدة مستقلة، ومراعاة الخلاف قاعدةٌ أخرى، فينبغي الانتباه إلى اختلاف استعمال المالكية للمصطلحين: (الخروج من الخلاف، ومراعاة الخلاف)، عن استعمال غير المالكية.

فالمقصود بقول العلماء: (الخروج من الخلاف مستحبٌّ) فعلُ الشيء أو تركه – بحَسَب الفرع الفقهيّ – بما لا يُوقِعه في حرام أو مكروه على كلا المذهبين المختلفين؛ بحيث إذا عرَضَ الخارجُ مِن الخلاف ما فعلَ على الفقيهينِ المختلفين، أفتيَا بأنْ لا حرج في الفعل، ولا يتوقع عقاب.

ومثاله :التوضؤ مِن مسِّ الفرج عند مَن لا يوجبه؛ خروجًا مِن خلاف مَن أوجبه.

وعليه يمكن أن نقول في الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف:

إن مراعاة الخلاف عمومًا لإيضاح المقصود هو على نوعين:

1– مراعاة جزئية :وهي اعتبارُ المذهب المخالف من وجهٍ، وأخذ بمذهب نفسِه مِن وجه آخر، وهذه هي مراعاةُ الخلاف المقصودة عند المالكية، ولا يعرفها الجمهور.

2– **مراعاة كلية** :وهي إهمالٌ لمذهبِه بالكلية، وعدولٌ إلى مقتضى مذهبِ الآخر، وخروج إليه، وهذه هي قاعدة الخروج من الخلاف التي يذكرها عامَّة الفقهاء من مختلف المذاهب.

فتبيَّن مِن هذا التصوير والتقريب الفرقُ بينهما، والله أعلم.

شروط مراعاة الخلاف:

اشترط الأصوليون للأخذ بمراعاةِ الخلاف شروطًا؛ هي:

أولًا :ألا يتركَ المذهب مِن كل الوجوه.

مثاله :أن يتزوَّج شخص زواجًا مُختلَفًا فيه، ومذهبه فيه ومذهب إمامه الذي قلَّده أنه فاسد، ثم يُطلِّق فيه ثلاثًا، فقال: ابن القاسم: يلزمه فيه الطلاق، ولا يتزوجها إلا بعد أن تنكح زوجًا غيره، فلو تزوَّجها قبل أن تتزوج غيره، لم يُفرَّق بينهما؛ لأن التفريق بينهما حينئذٍ إنما هو لاعتقادِ فسادِ نكاحهما، ونكاحُهما عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، ولا يمكن أن يترك الإنسان مذهبَه مراعاةً لمذهبِ

غيره، ومعنى هذا أن منعَه مِن تزوجها أولًا إنما كان مراعاةً للخلاف، وفسخ النكاح لو قيل به كان مراعاةً للخلاف أيضًا، فلو روعي الخلاف في الحالينِ معًا، لكان تركًا للمذهب من كل الوجوه.

ثانيًا :ألا تُوقِع مراعاتُه في خلاف آخر:

مثاله :الفصل والوصل في صلاة الوتر.

فقد ذهب الحنفية إلى أن الوصل واجبٌ.

وذهب المالكية إلى وجوب الفصل.

وذهب الشافعية إلى جواز الأمرين.

وعليه؛ فلا يمكن للشافعية أن يقولوا باستحباب الوصل مراعاةً للأحناف؛ لأن هذه المراعاة تؤدي إلى الوقوع في خلاف المالكية، ولو رجحوا الفصل لوقعوا في خلاف الحنفية.

ثالثًا :أن يكون مأخذُ المخالف قويًّا:

مثاله :مُديم السفرِ في البحر، هل يُتِم أم يقصُرُ؟

فذهب الشافعي أنه يقصر، وذهب أحمد إلى استحباب الإتمام، فيُراعَى قولُ أحمد؛ لاعتضاده بالأصل.

رابعًا :ألا تؤدي مراعاته إلى خرق الإجماع:

مثاله :مسح الأذنين؛ فقد اختُلِف في ذلك على ثلاثة مذاهب:

الأول :أنهما من الوجه، يغسلان مع الوجه؛ وهو مذهب ابن سيرين والزُّهري.

الثاني :أنهما مِن الرأس، يُمسحان معه بما هو مذهب الجمهور، إلا أن مالكًا قال: يمسحان بماء جديد.

الثالث :أنهما ليسا مِن الرأس ولا من الوجه، وهو مذهب الشافعي.

وروي عن ابن سريج أنه كان يغسلهما مع الوجه، ويمسحهما مع الرأس، ويفردهما بالغسل.

قال الزركشي فوقع في خلاف الإجماع

ثمرة مراعاة الخلاف:

من أهم ثمرات إعمال قاعدة مراعاة الخلاف: عدم التعصب، ونَبْذ الخلافات، وانتشار روح التسامح بين المسلمين.

الدليل العاشر: الاحتياط

الاحتياط أصل يكتنفه الكثير من عدم وضوح الرؤية، بسبب نشعب 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، و يعتبر الإمام مالك من أكثر الفقهاء إعمالا في 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 زير بن موسى بن بكر الهوساوي في أطروحته "قاعدة الاحتياط الفقهية وأثرها في الطهارة الشرعية" ومنهم من اعتبره نظرية بمعناها العلمي المعاصر، لأنما في بنائها أعم وأوسع من القاعدة، بل تنضوي تحتها عدد 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 نبني 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

أتعريفه 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

اصطلاحا: عند النظر في كتب الأصول 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 راعي في تعريفه معنى التردد والشك وهو السبب الملجئ إلى العمل بالاحتياط، والبعض راعى معنى التحفظ والتحرز من الوقوع في المحذور، وهو الأثر المرجي من العمل بالاحتياط، والبعض الآخر راعى المعنيين معا

وفيما يلي بعض التعاريف التي توضح حقيقة الاحتياط :

قال الجرجاني : "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم".

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

.وقال ابن تيمية هو: "اتقاء مهما يخاف أن يكون سببا للذم والعذاب عند عدم المعارض الراجح".وعرفه القرافي بقوله : "ترك ما لا بأس به حذرا مما به بأس"

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

هذا وقد جمع الباحث مُحَمَّد بن إبراهيم بن عبد الله الشامي كل التعاريف التي ذكرها القدامى والمعاصرون وصنفها في خمس اتجاهات وقام بنقدها ومناقشتها وانتهي إلى التعريف : (القيام بالفعل عند الشك المعتبر لاحتمال الأمر به، أو تركه لاحتمال النهي عنه). 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 إعمالا للاحتياط المذهب المالكي؛ لأن من أصوله الاجتهادية التوسّع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وكلاهما ضرب من الاحتياط تدفع به المفاسد المتوقعة أو الواقعة، وتُراعي المآلات بما يستوفي مصلحة الإنسان في العاجل والآجل . وهذه جملة من أقوال علماء المذاهب في الموضوع:

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 طريقا 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. 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.

ثالثا: أدلته ومستنده من القرآن والسنة

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

أ/ من القرآن 1/ قوله تعالى: " يا أيّها الذين أمنوا لا تقولوا راعنا و قولوا انظرنا واسمعوا وللكافرين عذاب أليم" البقرة:104. لما كان قول (راعنا) يقصد به السب والشتم عند اليهود ، نهى الله تعالي عن التلفظ به احتياطا لئلا يتوصل به إلى سبه – ﷺ –

2/ قوله تعالى: " يا أيها الذين أمنوا اجنيبوا كثيرا من الظن إن بغض الظن إثم " الحجرات: 12.

3/ قوله تعالى: " وإما تخافنّ من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين" 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 مطبوعا بهذا الطابع ، وهو طابع اليقظة والاحتياط والوقاية والمبادرة

ب/ من السنة:

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

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 –ﷺ –: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"

في هذا الحديث أمر النبي –ﷺ– باجتناب ما يرتاب المكلف في أمره وتضطرب نفسه بشأنه ، والاستعاضة عنه بما هو حلال خالص ؛ وبذلك يكون النبي –ﷺ– قد رسم أمام المتورعين منهجا 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 احتياطا، لا يراه غيره كذلك، من هنا رأي بعض الدارسين ضرورة وضع ثوابت يحتكم إليها ، ويمكن إجمالها فيما يلي:

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 يراعي ويستحب الخروج منه ما كان مبينا 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؛ فضلا عن نصب برهان. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "والاحتياط حسن، ما لم يُفضِ بصاحبه إلى مخالفة السنة، فإذا أفضي إلى ذلك فالاحتياط ترك الاحتياط"، وأقرّه تلميذه ابن القيم على ذلك فقال: " فالصواب أن يحتاط الإنسان لاتّباع السنة لا لمخالفتها".

ومن الاحتياط المخالف للسنة التورع عن اليمين في الحق بالحق من غير إكثار ؛ بدعوى أن الأيمان كلها مكروهة، لقوله تعالى . "ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم" البقرة: 224 وهذا احتياط في غير محله؛ لأن الرسول – ﷺ – كان يحلف كثيرا، ولو كان مكروها لكان

أبعد الناس عنه. أما النهي في الآية فمحمول على الإفراط في الحلف الذي لا ينفك عنه الكذب غالبا، وصدق الشيخ (زروق) حين قال:" ورع بلا سنة بدعة".

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

هـ/ ألاّ يفضي الاحتياط إلى تفويت مصلحة راجحة، وبفواتها يظل التعارض قائما، 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 ورعا، 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 يسمعه صوتا أو يجد ريحا" 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".

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 المعني في رواية أخرى فقال: "لا أحب الواحدة إلا من عالم وهذا تنبيه منه على أن العامة لا تكاد تستوعب بمرة وأحدة فاحتاط لهم بأن أمرهم بالزيادة عليها. وأخرج العالم من ذلك، لمعرفته بما يأتي ويذر من ذلك"

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"

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 يتمها بالتيمم، وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات"

د/ اعتبار اليسار في الكفاءة عند الزواج: اختلف الفقهاء في تحديد الكفاءة: فقال المالكية: والكفاءة المعتبرة هي "الدين دون النسب"

وعند الحنابلة: في الدين والمنصب والحرية والصنعة واليسار، وهو المعتمد في المذهب

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 معدما لا شيء له أفترى أن أتكلم؟ قال: نعم، إني لأرى لك في ذلك متكلّما"

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

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 محتمعين.

ويقول ابن رشد: "فعمدة من قتل بالواحد الجماعة: النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى: "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب" وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا

قتل الواحد بالجماعة"

الدليل الحادي عشر: الاستقراء

أولا : تعريف الاستقراء

أ تعريفه لغة:

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

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

ب/ تعريف الاستقراء اصطلاحا:

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

قال الغزالي هو: "تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات "

وقال ابن قدامة هو: "تصفُّح أمور جزئية ليحكم بحكمها على مثلها"

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

وقد عبر الشاطي 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

قسم الاستقراء إلى نوعين تام و ناقض، والنوع الثاني هو الذي استعمله الأصوليين

أ/ الاستقراء التام وهو عند المناطقة: أن يستدل بجميع الجزئيات ويحكم 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 الأكثر الجزئيات أو أغلبها وليس لكل الجزئيات.

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

وهو الذي يعبر عنه المتكلمون ب"السير والتقسيم"، ويعبّر عنه الفقهاء ب"إلحاق الفرد بالأغلب"، والأعم الأغلب."

ثالثا: حجية الاستقراء:

تختلف حجية الاستقراء عند الأصوليين بحسب نوعه:

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

أما الاستقراء الناقص فقد اختلف العلماء في حجيته على قولين:

القول الأول: أنه حجة.

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

القول الثاني: أنه ليس حجة.

وهذا القول نسب 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

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 سمنة، وبه قال صاحي أبي حنيفة أبو يوسف ومُحَّد 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 حديث ابن عمر (رضي الله عنه) أن رسول الله –ﷺ– كان يصلي الوتر على راحلته ولا يصلي المكتوية .

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

واستدل القائلون بالوجوب حديث أبي نضرة الغفاري: (إن الله زادكم صلاة ألا وهي الوتر، فصلوها بين العشاء إلى طلوع الفجر). ووجه الاستدلال بالحديث أنه (ﷺ) قال (زادكم)، والزيادة لا تتحقق إلا في الواجبات لأنها محصورة بعدد، والنواقل غير محصورة بعدد، كما أنه أضاف الزيادة إلى الله، والسنن إنما تضاف إلى رسول الله (ﷺ)، كما أنه أمر

بصلاتها (فصلوها)، والأمر يفيد الوجوب.

المسألة الثانية: مدة 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 لابن رشد والنووي: "والمراد بالتجربة والوجود كما هو ظاهر الاستقراء بالمعنى الذي ذكرنا"

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