

أدلة الأحكام الشرعية

المراد بادلة الأحكام الشرعية المصادر التي تستسقى منها الأحكام الشرعية، وهي تنقسم باعتبار الاصلية والتبعية والنقلية^(١) والعقلية والحجية إلى الفصول الاربعة الآتية:

الفصل الاول

الادلة الاصلية^(٢) النقلية المتفق عليها: وهي عبارة عن القرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً.

الفصل الثاني

الادلة التبعية النقلية المتفق عليها: وهي عبارة عن الاجماع أولاً والعرف ثانياً.

الفصل الثالث

الادلة التبعية النقلية المختلف فيها: وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا.

الفصل الرابع

الادلة التبعية العقلية^(٣): وهي القياس والمصلحة والاستصحاب والاستحسان وسد الذرائع.

القرآن

هو المرجع الاول والمصدر الرئيس الذي ترجع اليه جميع المصادر الأخرى، قال الشاطبي (كتاب الله هو اصل الاصول والغاية التي تنتهي اليها أنظار النظائر ومدارك أهل الاجتهاد).

نهج القرآن في بيان الأحكام

تضمن القرآن أضافة إلى الآيات الكونية وآيات أحوال الامم الماضية ثلاثة أنواع من الأحكام:

الأحكام الاعتقادية وهي وجوب الايمان بالله وبما ينقرع عنه من الايمان بالله والاحكام الاخرى من المغيبات، وذلك لان العقيدة هي المنطلق الاول لنهوض إلى الحياة في شتى المجالات، فمن لا ايمان له لا التزام له ومن لا التزام له لا أمانة له، ومن لا أمانة له لا يصلح لعضوية الأسرة البشرية.

الأحكام الخلقية وهي وجوب ما ينبغي ان يكون عليه الانسان من التحلي الفضيلة والتخلي عن الرذيلة حتى يصبح عنصراً مفيداً لنفسه وغيره بعيداً عن لشور و السيئات التي تردي به وبمن معه في الهاوية.

الأحكام العملية وهي الصفات الشرعية لتصرفات الانسان القولية منها الفعلية، ككونها واجبة أو مستحبة، أو محرمة أو مكروهة أو مباحة، وككونها سبباً لصحة تصرف أو شرطاً له أو مانعاً منه، أو كون التصرف صحيحاً أو اطلاً. كل ذلك لغرض تنظيم العلاقات بين افراد بني الانسان بصورة منتجة لاثارها ومحقة لاغراض إنشائها.

ونأتي في مقدمة هذه العلاقات علاقة الانسان مع ربه لأنها الاساس الرئيس مصداقية بقية علاقات الانسان بعضهم مع بعض، فكل خلل في علاقة الانسان مع ربه تنعكس آثاره السلبية على علاقته مع غيره من بني نوعه.

أهم الأحكام العملية

1- أحكام العبادات

ووظيفتها تقوية الصلة بين العبد وربّه لأكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزراع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والام في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

٢- أحكام الأسرة

وهي وجوب ما للفرد وما عليه من الحقوق والالتزامات باعتبار مركزه في أسرته منذ ان كان جنيناً إلى وفاته، من رضاع وحضانة وولاية وتربية ونفقة وتعليم وزواج ومعاشرة وطلاق وعدة ووصية وتركة. وقد تناول القرآن هذه الأحكام بشيء من التفصيل لأهميتها وخطورتها في حياة الفرد والمجتمع.

٣- أحكام المعاملات المالية

وهي وجوب رعاية الاسباب الشرعية لكسب الملكية والأخذ بالاسس والقواعد التي تترتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص إلى آخر، حتى لا يكتسب أحد حقاً أكثر من التزامه ولا يطغى حق فرد على حق آخر. وقد اقتصر القرآن على العناصر والاسس والاحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة الاقتصادية ومنها: التراضي في عقود المعاوضات^(١) وطيبة النفس في التبرعات^(٢)، والتوازن بين العوضين في العقود الملزمة للجانبين^(٣)، والوفاء بالالتزامات المترتبة على التصرفات^(٤)، وأداء المدين للأمانات^(٥)، وتوثيق العقود ضماناً للحقوق وحذراً من الخصومات^(٦). وترك القرآن بقية عناصر العقود وأحكامها وأسس الالتزامات المالية وأحكامها وتطوير العلاقات الاقتصادية واتجاهاتها للعقول البشرية في ضوء متطلبات المعيشة في كل زمان ومكان شريطة أن يكون ذلك ضمن الاطار الاخلاقي الذي صنعه الله للانسان ليتحرك فسي داخله ولا يتجاوز حدوده ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾^(٧).

٤- الأحكام الدستورية

لم يتطرق القرآن لبيان طبيعة الحكم ولا لطرق انتخاب ولي الامر (رئيس الدولة) ولا للشروط التي يجب أن تتوفر في الرئيس، ولا لكيفية انتخاب أهل الشورى (أو أهل العقد والحل) ولا لكل ما يتغير بتغير الحياة فيما يتعلق بالنظام الدستوري وعلاقة الحاكم بالمحكوم والحقوق والواجبات بين الراعي والرعية ولكن أمر بوجوب توافر أربعة أسس رئيسية:

الأساس الاول : هو العمل بمبدأ الشورى في صنع كل قرار يتعلق بالمصالح العليا للأمة^(٨).

الاساس الثاني : رعاية العدل والعدالة في كل حكم قضائي واداري وغيرهما من كل ما يمس حياة وكرامة الفرد^(٣).

الاساس الثالث : توزيع الحقوق والواجبات والالتزامات بميزان المساواة بحيث لا يأخذ أحد حقاً أكثر من التزامه على حساب الآخرين^(٤)، ولا يكلف بالتزام - بدون رضاه - لا يقابله حق.

الاساس الرابع : وجوب اطاعة ولي الامر فيما لا توجد فيه معصية لله^(١)، لانه يمثل النظام، والاخلال بالتزام الطاعة اخلال بالنظام.

٥- أحكام العلاقات الدولية

دستورنا القرآن الكريم بنى تنظيم علاقة الدولة الاسلامية مع غيرها وعلاقات الشعوب والاقوام والامم على اساس الأخوة البشرية، وكونهم من أب واحد وأم واحدة^(٢)، وشيمة الأخوة هي التعاون والتضامن والتحابب والتوادد واستبعاد كل ما يعتبر من باب عدوان بعضهم على بعض، وعلى هذا الاساس نص القرآن على ان الأصل في هذه العلاقات هو السلم^(٣)، وأن الحرب استثناء^(٤) لا يجوز اللجوء اليها الا في حالات الدفاع الشرعي عن العقيدة والايمان وعن الحياة والعرض والمال والعقل، تلك المصالح الضرورية التي رعايتها والمحافظة عليها تعد من صميم مقاصد الشريعة الاسلامية. وفي حالة الدفاع الشرعي أيضاً أمر سبحانه وتعالى بالانصراف إلى السلم كلما دعا المعتدي إلى ذلك بعد كفه عن الاعتداء^(٥).

٦- أحكام المالية العامة

أولاً: الملكية في الاسلام تختلف عن الملكية فسي النظامين الرأسمالي والشيوعي، ففي النظام الرأسمالي ملكية الفرد مقدسة غير محددة، وغير خاضعة للقيود، وفي النظام الشيوعي عناصر الانتاج ملك للدولة، وفي الشريعة الاسلامية الملكية لله تعالى^(١)، والانسان خليفة ووكيل^(٧)، فعليه ان يستثمر ملكه استثماراً يفيد نفسه ومجتمعه، وان ينفق ما يزيد عن حاجته في سبيل الله وفي سبيل المصلحة العامة^(٨).

ثانياً: جميع المعادن الفلزية واللافلزية في باطن الارض وظاهرها وفي الملك الخاص والملك العام تعتبر من الاموال العامة ومن موارد الدولة، كما أجمع على ذلك فقهاء المالكية، وعللوا ذلك بان استثمارها من قبل الأفراد يخلق الفتن والحقد والبغضاء.

ثالثاً: أموال الوقف من الاموال العامة، يصرف ريعها على الموقوف عليه، فاذا أنقرض تصرفه الدولة في سبيل المصالح الخيرية العامة.

رابعاً: الزكاة: موارد زكاة النقود، والمحصولات الزراعية، والحيوانات وكل مال معد للربح والتجارة تعتبر من الاموال العامة أو حقوق الله المحضة، فعلى الدولة تأسيس مؤسسة عامة ووزارة تتولى جمع موارد الزكاة وتوزيعها على مصارفها المحددة في القرآن^(١) بضمنها (في سبيل الله)، أي في سبيل المصلحة العامة.

خامساً: الضرائب: للدولة فرض الضرائب على دخل الاغنياء وأخذ الزيادة عن حاجتهم كلها أو بعضها كلما دعت حاجة الأمة أو المصلحة العامة، لان الزيادة تعتبر من الانفال^(٢)، والنفل في اللغة العربية عبارة عن الزيادة، وقد طبق الخلفاء الراشدون فكرة أخذ مال الاغنياء مما هو زائد عن حاجتهم في حالات حاجة بيت المال إلى ذلك (أي في حالة عدم كفاية الموارد الأخرى) كما في ظروف الجهاد.

سادساً: أرض العراق موقوفة على المصالح العليا لأهل العراق منذ الفتح الاسلامي باتفاق كبار الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب^(٣) رضي الله عنه.

٧- أحكام الجرائم والعقوبات

الجريمة عبارة عن ارتكاب فعل محرم ثابت تحريمه بالنص أو الإجماع، أو ترك فعل واجب ثابت وجوبه بالنص أو الإجماع، والجريمة في الحالة الأولى ايجابية^(١) وفي الحالة الثانية سلبية^(٢).
قسم فقهاء الشريعة الجرائم باعتبار خطورتها وعقوبتها إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

القسم الأول: جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان ، لذلك حدد التحريم بالنص والعقاب بالنص، وتتميز عقوبات جرائم الحدود بأنها حقوق الله المحضة (حقوق عامة)، ولذلك لا تقبل التخفيف والتشديد والعفو والصلح والتبديل والتعديل، ومنها جريمة الزنا والقذف والسرقعة^(٣) والردة^(٤).

القسم الثاني: جرائم القصاص والدية

وهي جرائم الاعتداء على حياة الإنسان أو على سلامته، فكل من التحريم^(٥) والعقاب^(١) في هذا القسم أيضاً ثابت بالنص إلا أن عقاب القصاص والدية حق

مشترك بين الدولة التي تمثل المجتمع وبين المجني عليه (حال حياته) وورثته (بعد وفاته) والحق الخاص هو الغالب لأن ضرر المجني عليه وأسرته أكثر من ضرر المجتمع. والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (الغرم بالغرم) لذلك يجوز في الشريعة الإسلامية العدول من القصاص إلى الدية أو العفو^(٢) إذا كانت الجريمة للمرة الأولى من القاتل نفسه^(٣).

القسم الثالث: جرائم التعزير

وهي الجرائم التي ترك تحديد عقوبتها لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى أو (أهل العقد والحل) وهي ثلاثة أنواع:
النوع الأول: جرائم الحدود المقترنة بالشبهة^(٤): كل جريمة حدية حصلت فيها شبهة من حيث الإثبات أو من حيث التنفيذ تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بعقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية إذا لم تصل الشبهة إلى درجة أعفائه من العقاب، ومن تطبيقات تحول جريمة الحد إلى الجريمة التعزيرية.

أ- جريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو كانت في زواج فاسد لأن نصاب الشهادة في الزنا أربعة فما فوق^(٥).

ب- جريمة السرقة بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، أو بين الشريكين، أو في حالة الحاجة والفقر، فلا يعاقب السارق بالعقوبة المحددة لجريمة السرقة.

النوع الثاني: جرائم بلا تحديد العقوبة: وهي جرائم ثبت تحريمها بالنص وترك تحديد العقوبة للملطة التشريعية الزمنية كالتجسس^(١)، والغصب^(٢)، والرشوة^(٣)، وخيانة الأمانة^(٤).

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة: الشريعة الإسلامية والشرائع الإلهية السابقة والقوانين الوضعية كلها تستهدف مصلحة الإنسان ب جلب منفعة له أو دفع مضرة عنه، لكن تزيد الشريعة على القانون برعاية المصالح الأخروية للإنسان. وبناء على هذه الحقيقة قال فقهاء الشريعة يجوز لولي الأمر بالتعاون مع أهل العقد والحل أن يعتبر كل فعل مضر بالمصالح الضرورية للإنسان كمصلحة الدين والحياة والعرض والمال والعقل جريمة يعاقب عليها بعقوبة تتلاءم مع حجم الجريمة وخطورة المجرم^(٥).

دلالة القرآن على الأحكام

القرآن قطعي الثبوت لانه منقول في كل عصر من العصور الاسلامية بالتواتر منذ نزول الآية الاولى إلى يومنا هذا، اما دلالاته على الأحكام فقد تكون قطعية وقد تكون ظنية.

١- تكون دلالة النص قطعية اذا لم يحتمل أكثر من حكم (أو معنى) واحد ومن أمثلة الدلالات القطعية للآيات القرآنية:

أ- قوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية

توصون بها أو دين وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾^(١). فدلالة هذه الآية على ان نصيب الزوج النصف اذا لم يكن لزوجته فرع وارث، والربع اذا كان لها فرع وارث، وعلى ان نصيب الزوجة الربع عند عدم وجود فرع وارث للزوج، والثمن عند وجوده، وأن لأخ واحد أو أخت واحدة للمتوفى من امه السدس، وأن لأكثر من واحد منهما الثلث، دلالة قطعية غير قابلة للاجتهاد والتعديل والتبديل مهما تطورت الحياة وتغير الزمان والمكان.

٢- تكون دلالة النص ظنية اذا أحتمل أكثر من حكم (أو معنى واحد) ومن أمثلة الدلالات الظنية للآيات القرآنية:

أ- قوله تعالى ﴿ للذين يؤلون^(٤) من نسائهم تربص^(٥) أربعة أشهر فإن فاءوا^(٦) فإن الله غفور رحيم وأن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم ﴾^(٧)، دلالة ظنية على ان من هجر زوجته وحلف ألا يعاشرها معاشرة زوجية، للزوجة الانتظار أربعة أشهر فاذا لم يرجع الزوج إلى المعاشرة خلال هذه المدة قال الحنفية^(٨) والاباضية^(٩) (يقع الطلاق تلقائياً بدون حكم قضائي) وقال

المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) (للزوجة رفع الدعوى إلى القاضي وللقاضي بناء على طلبها أن يجبر الزوج على الرجوع أو الطلاق، فإن أبي يفرق بينهما، ويكون التفريق طلاقاً رجعياً)، وقال المالكية (مجرد الهجر كاف لذلك إذا كان مضراً بالزوجة ولا يشترط الحلف لأن الحكم شرع لرفع الضرر والظلم عن الزوجة سواء حلف الزوج الا يعاشرها أو لا) وهذا القول هو الراجح. وقال الجعفرية^(٤) والظاهرية^(٥) والزيدية^(٦) والحنابلة في رواية^(٧) (القاضي يجبر الزوج على الرجوع إلى المعاشرة والطلاق أو يحكم بحبسه ويبقى في الحبس إلى ان يرجع أو يطلق أو يموت) وهذه الخلافات بين الفقهاء نشأت عن كون دلالة الآية ظنية.

السنة النبوية

السنة النبوية اصل من اصول الشريعة الاسلامية، وتحتل المركز الثاني بعد القرآن، والعمل بها واجب ما لم يثبت عدم صحتها وذلك بموجب القرآن والحديث والاجماع والمعقول.

أ. القرآن

أكد القرآن في آيات كثيرة وجوب اطاعة الرسول ﷺ واتباعه بعد إطاعة الله، ومنها قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾^(١). فإطاعة الله تكون بالرجوع إلى القرآن، واطاعة الرسول بالرجوع إلى سنته، واطاعة أولي الامر بالرجوع إلى ما أجمع عليه العلماء المسلمون، ففي الآية إشارة إلى أربعة مصادر للأحكام الشرعية (القرآن والسنة والاجماع والقياس)، ويفهم القياس من قوله تعالى ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾.

ب. الحديث

قال النبي ﷺ لمعاذ بن جبل ؓ حين قرر ارساله إلى اليمن قاضياً: كيف نقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال ﷺ: فإن لم تجد في

كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال ﷺ فان لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله قال أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)^(١)، وهذا يدل على قرار الرسول للنهج المنطقي المتسلسل الذي نوى معاذ ان يتبعه في قضائه.

ج - الاجماع

أجمعت الامة الاسلامية كافة منذ عهد الرسالة على ان السنة النبوية بعد نبوتها تأتي بعد القرآن مباشرة في المصدرية للأحكام الشرعية.

د - المعقول

العقل السليم يقضي بحجية قول وفعل وتقرير من اختاره الله رسولاً وزكاه بما ينطق به فقال ﴿وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يسوحى﴾^(٢)، خوله بيان القرآن وأوضح أحكامه فقال: ﴿وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم﴾^(٣)، وقال ﴿وما أنزلنا عليك الكتاب الا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه﴾^(٤).

هـ - حقيقة السنة

للفظ (سنة) حقيقة لغوية وفقهية وحديثية واصولية:

غة: الطريقة المعتادة سواء كانت ممدوحة أم مذمومة^(٥).

فقهيًا: هي النافذة في العبادات^(١)، أي الطريقة المتبعة في الدين والتي لم تكسب من الفرض ولا من الواجب كسنتن ما قبل الصلاة وما بعدها، وكسنتن الصيام اضافة إلى الصيام الفرض، فالسنة بهذا المعنى عبادة مطلوب فعلها على وجه الافضلية والاولوية بحيث يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها. وهي ترادف المندوب والمستحب والتطوع والنفل.

وحديثيًا: عند أهل الحديث ما أثر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية أو سيرة سواء أكان ذلك قبل البعثة كتحنثه في غار حراء أم بعدها^(٢).

وأصوليًا: ما صدر عن الرسول ﷺ - غير القرآن - من قول^(٣) أو فعل أو تقرير، فالسنة بهذا المعنى الأصولي هي المعنية بدراستنا، وهي مصدر من مصادر الأحكام الشرعية.

الحديث القدسي والحديث النبوي

الحديث القدسي:

ما كان معناه ولفظه وحياً من الله ولكن طريق وصوله إلى الرسول ﷺ بطريق الإلهام (الوحي الخفي) وليس كطريق وصول القرآن إليه ﷺ^(٤)، ويختلف عن الحديث النبوي الذي لفظه من الرسول ﷺ ومعناه من الله. ❖ أقسام السنة من حيث كيفية صدورها عن النبي ﷺ

١- السنة القولية

وهي أقواله ﷺ التي قالها بصفته رسولاً خاضعاً للوحي الإلهي ومن سننه القولية (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر)^(١)، وقال ﷺ (انكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه)^(٢)، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار)^(٣)، والاحكام الواردة في السنة القولية غالباً أحكام تفصيلية وقد أتت بعض أقواله ﷺ على سبيل القواعد الكلية، وفرع عنها الفقهاء قواعد فقهية عامة كقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٤).

٢- السنة الفعلية

وهي أعماله التي فعلها باعتبارها تطبيقاً للأحكام الشرعية كفضائه أو ايضاحاً للآيات القرآنية طبقاً لقوله تعالى ﴿ وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم ﴾^(٥).

ومن سننه الفعلية أعماله التي بين بها مجمل آيات القرآن، فبين قوله تعالى ﴿ وأقيموا الصلاة ﴾^(٦)، فأقام الصلاة بحضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها، ثم قال ﷺ لهم: (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٧)، وكذلك بين قوله تعالى ﴿ والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ﴾^(٨)، فادى مناسك الحج مع أصحابه ثم قال ﷺ لهم (خذوا عني مناسككم)^(٩).

٣- السنة التقريبية

وهي ما روي من استحسان الرسول ﷺ أو سكوته أو عدم انكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضرته وفي غيابه ثم علم به^(١)، لان السكوت تقرير ضمنى لمشروعية القول أو الفعل، والنبي ﷺ بحكم رسالته مسؤول عن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يسكت على ما يراه منكراً ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك كالسكوت حذراً من حدوث المضاعفات.

❖ أقسام السنة باعتبار سندها

ينقسم الحديث النبوي باعتبار سنده إلى متصل وغير متصل (مرسل).

١- الحديث المتصل

هو ما اتصل سنده^(٢) إلى رسول الله ﷺ دون انقطاع راوٍ من روايته في سلسلة الرواية بان كان كل واحد من روايته سمعه ممن فوَّقه حتى ينتهي إلى منتهاه^(٣)، ويسمى (المسند) لاتصال أسناده.

٢- الحديث المرسل (أو غير المتصل)

هو الذي لم يتصل السند فيه إلى رسول الله ﷺ، أو اتصل ولكن سقط من روايته الصحابي.

دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية^(٥)

قد يتساءل المرء عن دور السنة النبوية في الشريعة الإسلامية بعد ان قال سبحانه وتعالى ﴿اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾^(١)، ويجيب القرآن الكريم على هذا السؤال في قوله تعالى ﴿وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم﴾^(٢)، وبموجب هذا التحويل تكفلت السنة النبوية ببيان أحكام القرآن الذي هو دستور اقتصر على القواعد الكلية والاسس العامة وتخطيط خارطة منهج الحياة، ويتجلى البيان في تخصيص عام عمومته غير مراد، وتقييد مطلق اطلاقه غير مقصود، وايضاح محمل مضمونه غير واضح، وتأكيد أحكام لها اهمية كبيرة في الحياة، وايضاة أحكام لم يرد ذكرها في القرآن صراحة كالآتي: هذا ما قلناه في كتابنا "تفسير القرآن الكريم"

أولاً: تخصيص نص عام لم يكن عمومية مراداً كما في قوله تعالى ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾^(٣) فصيغتا (الرجال والنساء) مثل صيغ العموم لتحليلهما بذلك (أن الاستغراق يشمل كل ذكر وأنثى من الأقرنين والأقارب) غير أن هذا الشمول غير مقصود لذا بيته الرسول ﷺ بالتخصيص وتحديد من هو غير مشمول بهذا الحكم فقال ﷺ (لا يتوارث أهل ملئتين)^(٤)، (ولا يرث القائل)^(٥).

ثانياً: تقييد مطلق لم يكن اطلاقاً مقصوداً كما في قوله تعالى ﴿كذب عليكم

إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٦)، أي ترك ما لا كثيراً إلا بالمال لا يتمملي خيراً إلا إذا كان كثيراً، فلفظة (الوصية) مطلقة شاملة للإيصاء بكل التركة أو بعضها مع أن هذا الشمول غير مقصود، لأنه يضر بالوثة، لذا بيته الرسول ﷺ بتقييد الوصية بما لا يزيد عن ثلث التركة فقال لسعد بن أبي وقاص ﷺ (الثلث والثلث كثير)^(٧).

ثالثاً: إيضاح التصوص المجملة التي هي صغيرة في الحجم وكبيرة في المضمون كما في قوله تعالى ﴿واقموا الصلاة وأتوا الزكاة﴾^(١).
 فالصلاة عبادة مفروضة على الإنسان لها أركانها وشروطها وسننها منها قولية ومنها فعلية لا يستطيع العقل استنباطها من جملة ﴿اقموا الصلاة﴾، لذا بينها الرسول ﷺ بإقامة الصلاة أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وأدائها ثم قال (صلوا كما رأيتموني أصلي)^(٢)، كذلك بين لأئمة الأموال التي تخضع للزكاة والمقدار الذي يجب فيه، والكمية التي تخرج من هذه الأموال للمستحقين.

رابعاً: أكد الرسول ﷺ في سننه الأحكام التي لها أهمية كبيرة في حياة الإنسان كتأكيد حرمة التجاوز على أموال الغير في قوله (لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيبة من نفسه)^(٣) بعد أن قال سبحانه وتعالى ﴿ولا تاكلوا أموالكم بينكم﴾^(٤).

خامساً: ذكر الرسول ﷺ في سننه أحكاماً لم يرد ذكرها في القرآن صراحة وهي مطلوبة من الإنسان ومنها ما يلي:
 حرم القرآن في الزواج الجمع بين الأختين لما فيه من قطع صلة الرحم فقال تعالى ﴿وان تجمعوا بين الأختين﴾^(٥)، أي حرم عليكم ان تجمعوا بين الأختين في الزواج وفي وقت واحد، ولنفس الحكمة ذكر الرسول ﷺ ما يدل عليه القرآن ضمناً وهو قوله ﷺ (لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها)^(٦).

٣- ذكر القرآن تحريم الام والاخت بالرضاعة فقال ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾^(٧)، فسكت عن بقية المحرمات بالرضاع، فقال الرسول ﷺ (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(٨).

٥- ومن الناس من زعم أن من وظائف السنة نسخها لبعض آيات القرآن، وهذا خطأ لا يغتفر، فالقرآن قطعي الثبوت بخلاف السنة فلا تكون قطعياً إلا إذا كانت متواترة، وفي حالة التواتر القرآن لفظه ومعناه من الله والسنة لفظها من النبي والناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له والقول بأن آية الوصية نسخت بحديث (أن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) (١) خطأ فهذه الآية لم تنسخ لا بآيات الميراث ولا بالسنة وإنما خصصت فأخرج الوارث وبقي غيره مشمولاً بالوصية الواجبة.

المصادر التبعية التقليدية المتفق عليها

المصادر التبعية التقليدية المتفق عليها عبارة عن الإجماع والعرف وتخصص للدراسة كل منهما مبحثاً مستقلاً.

المبحث الأول

الإجماع

تعريفه، أسماه، شروطه، أنواعه، حججه، إمكان انعقاده، إنقضاؤه

تعريفه لغة واصطلاحاً

في اللغة هو العزم (١) والاتفاق (٢). وفي اصطلاح أهل الشرع اتفاق (٣) جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور (٤) على حكم شرعي اجتهادي لسند.

أساسه

أساس الإجماع هو مبدأ الشورى وهو من الأمور الأساسية فيه.

شروطه

يؤخذ من هذا التعريف أن انعقاد الإجماع بالمفهوم الأصولي يتوقف على الشروط الستة التالية: اهلية الاجتهاد، كون المجتهد من أمة محمد ﷺ، الإنفاق

التام صراحة أو ضمناً، كون الاتفاق بعد وفاة الرسول ﷺ، كون محل الاتفاق حكماً شرعياً قابلاً للإجتهد، وتعزيز الاتفاق بسند شرعي.

الشرط الأول أهلية الإجتهد

الاجتهاد في اصطلاح أهل الشرع استفراغ الفقيه وسعه لتحصيل الظن بحكم شرعي⁽¹⁾. ولاهلية الاجتهاد شروط خاصة تأتي في محلها باذن الله. والمهم في هذا المقام هو التمييز بين ما يتطلب أهلية الاجتهاد وما لا يتطلب كالآتي:

أ- إذا كان الامر يتعلق بنقل خبر أو حكم شرعي ثابت بنص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة فلا يشترط في الناقلين اهلية الاجتهاد كالإجماع على وجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج، وكالإجماع على حرمة القتل والسرقة والزنا، وكالإجماع على ان سيدنا محمداً ﷺ رسول أنزل عليه القرآن وهاجر من مكة الى المدينة وان الآيات القرآنية منها مكية ومنها مدنية، الى غير ذلك من الاحكام الشرعية العملية أو الاعتقادية الثابتة بالبداهة⁽²⁾، ووجه عدم اشتراط الأهلية فيما ذكرناه هو ان المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً وبالتالي ليس إجماعاً بالمفهوم الأصولي.

ب- إذا كان لصنع قرار موحد بشأن مسألة دنيوية كالمواضيع التي تطرح للمناقشة في المجالس النيابية والبرلمانية والوطنية والمنظمات الدولية، وكاستشارة رئيس الدولة للمختصين في القضايا المتعلقة بالمصالح العليا في البلد، فان المجمعين والمستشارين واعضاء هذه المجالس لا يشترط فيهم توفر أهلية الاجتهاد وانما يشترط الاختصاص والخبرة في الموضوع المطروح للمناقشة لان الموضوع يحتاج الى الخبرة الدنيوية دون الخبرة الفقهية.

ج- إذا كانت المسألة المطروحة للمناقشة قد عالجها الفقهاء وبنوا حكمها ولكنهم اختلفوا في الحكم وكان المراد من هذه المناقشة ترجيح رأي من آرائهم لجعله تشريعاً ملزماً لكل فان الامر لا يتطلب أهلية الاجتهاد وإنما تكفي أهلية الترجيح للمجمعين على ترجيح رأي غيره للأخذ به، بل في هذه الحالة يكفي رأي الاكثرية في الترجيح.

وإذا كانت أهلية الإجتهد مفقودة اليوم في العالم الاسلامي فان أهلية الترجيح متوفرة لدى كثير ممن لهم الخبرة بأصول الشريعة وفروعها إلا انهم ينقصهم أمران:

أحدهما: الانفتاح والمرونة البعيدة عن الميوعة.

وثانيهما: التخلي عن التعصب المذهبي.

د- إذا كانت القضية المعنية بالإجماع على حكمها الشرعي من القضايا المستجدة مثل أطفال الإنابيب وزرع الأعضاء البشرية أو نقلها من شخص إلى شخص آخر وغير ذلك من الوقائع والحوادث التي تواجهها الأسرة البشرية نتيجة التقدم العلمي في مجالات العلوم الأساسية والتطبيقية، وفيما يتعلق بالأعمال الطبية وغير ذلك مما لا نجد لها حكماً واضحاً لا في القرآن ولا في السنة النبوية ولا في النصوص الفقهية صراحة، فإن المجمعين على إقرار حكم شرعي لكل مسألة من المسائل المذكورة يجب أن يكونوا من أهل الرأي والاستنباط.

الشرط الثاني إقرار الحكم الشرعي

بأن يتم إقرار الحكم الشرعي للمسألة المعنية بمعرفة حكمها باتفاق الجميع اعتقاداً أو قولاً أو فعلاً، صراحة أو ضمناً⁽¹⁾.

فالإتفاق القولي الصريح: هو أن ينطق كل واحد منهم بالحكم سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم كانوا متفرقين، فيبين كل واحد منهم موافقته في أوقات وامكنة مختلفة بصورة متعاقبة شريطة أن يكون الكل في عصر واحد.

وكذلك يعتبر إجماعاً صريحاً إذا نطق بالحكم بعضهم وعمل به الآخرون أو عمل بالحكم كلهم بدون نطق لأن العمل بالشيء يقتضي القول بجوازه.

وأما إذا قال بعضهم بالحكم قولاً أو كتابةً أو فعلاً وسكت بعضهم فيعتبر

سكوتهم موافقة بشرطين:

أحدهما: أن تمضي فترة كافية للتأمل والتفكير في القضية المعروضة للمناقشة ولبیان حكمها.

وثانيهما: أن لا يكون السكوت لعامل خوف أو نحوه، أي لا توجد قرينة تدل

على أن السكوت معارضة⁽²⁾.

ولا يشترط ان يكون الاتفاق بصورة مباشرة بل يجوز ان يكون بطريقة غير مباشرة ومن ذلك قول الأصوليين (ان اختلاف فقهاء الصحابة في مسألة على قولين يكون إجماعاً ضمناً - بصورة غير مباشرة - على عدم جواز استحداث رأي ثالث في هذه المسألة اذا لزم منه ابطال ما قالوا به)^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

أ- اختلفوا في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فقال بعضهم (تعتمد بأبعد الاجلين من الأشهر ومن وضع الحمل) جمعا بين الآيتين المتعارضتين ظاهراً وهما قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن﴾^(٣)، فالآية الاولى خاصة بالمتوفى عنها زوجها وعامة تشمل الحامل والحائل، والثانية خاصة بأولات الاحمال وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها فالقول (بان عدتها تنقضي بابعد الاجلين يكون جمعاً بينهما وعملاً بهما)^(٤).

وقال بعضهم الآخر (أنها تعتمد بوضع الحمل استناداً الى حديث سبعة الاسلامية^(٥) الذي يدل على ان الآية الثانية مخصصة للأولى، وتقتصر الاولى على الحائل المتوفى عنها زوجها فقط، وهناك شق ثالث متصور وهو ان تكون عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام مطلقاً سواء كانت الزوجة حاملاً أم لا، وهذا الاتجاه الثالث لم يسلكه أحد طيلة العصور الاسلامية، فكان عدم جوازه حكماً مجمعاً عليه من قبل فقهاء الصحابة بصورة غير مباشرة.

الشرط الثالث ان يكون المجتهدون من أمة محمد ﷺ

ولا يشترط أن يكونوا من فئة معينة كأهل المدينة أو أهل العترة^(٦) أو الصحابة كما سبق، لان الإجماع الذي يعتبر حجة هو اتفاق جميع فقهاء الامة وإجماع مجتهدي الامم السابقة لا يكون حجة على أمة محمد ﷺ^(٧).

الشرط الرابع أن يكون الإجماع على الحكم الشرعي بعد وفاة الرسول ﷺ

لان الإجماع في حياته ان تم بموافقتة، فالمصدر موافقتة، حيث ان مركز الإجماع يأتي بعد السنة النبوية من حيث المرتبة، وان خالفه يكون الإجماع باطلاً ولا يعتد به فلا يكون مصدراً^(٨).

الشرط الخامس ان يكون الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً قابلاً للاجتihad

أما كونه حكماً شرعياً فظاهر لأن الغرض من الإجماع اكتشاف حكم شرعي لواقعة لم يثبت حكمها لا في القرآن ولا في السنة، وأما كونه قابلاً للاجتهاد فلأن المسائل التي لا تقبل الاجتهاد لا تكون مجالاً للإجماع، لأن أحكامها ثابتة بأدلة قطعية في ثبوتها وفي دلالاتها، فلا تكون محلاً للاجتهاد وبالتالي لا يحتاج ثبوتها إلى الإجماع كحرمة الأمهات والبنات في الزواج، ووجوب الصلاة والصيام وغيرهما من العبادات، وكنصف الزوج من تركة زوجته إذا توفيت ليس لها فرع وارث، وكعقوبة الزنا بمائة جلدة بعد ثبوت الجريمة وانقضاء موانع العقوبة، فهي وأمثالها أحكام ثابتة بأدلة شرعية قطعية، فالقول بانها مجمع عليها مؤكد لما هو ثابت من الأحكام بادلتها ولا يقصد به أن الإجماع مصدر لها بل لا يسمى ذلك إجماعاً بالمعنى الأصولي لأن المجمع عليه ليس حكماً اجتهادياً^(٢).

الشرط السادس أن يكون للإجماع سند شرعي يستند إليه المجمعون^(٣) وقد اختلف علماء الأصول في تحديد نوع هذا السند، فمنهم من قال (لا يكون غير النص سنداً للإجماع)^(٤)، وقال بعضهم (إضافة إلى النص يجوز أن يكون

القياس سنداً أيضاً)^(٥)، ومن الجدير بالإشارة في هذا المقام أن فائدة الإجماع في حالة كون السند نصاً هي أن النص يصبح بواسطة الإجماع دليلاً قطعياً على حكمه وإن كان ظني الدلالة أو ظني الثبوت في أصله.

تطبيقات الإجماع المستند إلى النص والقياس والمصلحة :

أ- من الإجماع المستند إلى القرآن

إجماع الفقهاء على أن بنت الابن بمثابة البنت عند عدم وجود الابن والبنت للمتوفى، وأن ابن الابن بمثابة الابن عند عدم وجود الابن والبنت استناداً إلى قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ لِلأُنثَىٰ﴾^(٦). وجه الاستدلال: أن لفظ (ولد) يشمل ولد الابن مجازاً أو المراد به الفرع الذي يشمل الولد وولد الولد وإن نزل بالاشتراك المعنوي، وقد أجمع الفقهاء على الأخذ بهذا المعنى المجازي أو المشترك فأصبح بذلك دلالة النص عليه قطعية.

ب- ومن الإجماع المستند إلى السنة

الإجماع على عدم ثبوت التوارث عند اختلاف الوارث والمُورث في الدين استناداً إلى قول الرسول ﷺ (لا يتوارث أهل الملتين)^(٧)، وقد تم الإجماع عليه، وبذلك أصبح الحديث دليلاً قطعياً يجب العمل به رغم كونه حديثاً أحاد وظني الثبوت.

ج- ومن الإجماع المستند الى القياس

إجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة قياساً على تارك الصلاة بجامع ان كلا منهما من اركان الاسلام، كما قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في حروب الردة (والله لا أفرق بين ما جمع الله) ^(١)، قال تعالى ﴿واقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ ^(٢)، فكان سند أبي بكر في وجوب قتال مانعي الزكاة هو قياس الزكاة على الصلاة، وقد تم إجماع فقهاء الصحابة على ذلك.

وكذلك إجماع فقهاء الصحابة على خلافة أبي بكر رضي الله عنه كان سنده القياس على تقديم النبي صلى الله عليه وآله آياه في الصلاة في مرض وفاته، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وآله قدمه في الصلاة التي هي عماد الدين فأرضوه لدينكم ما رضيه رسول الله لدينكم) ^(٣)، وقال الصحابة (رضيه رسول الله صلى الله عليه وآله لأمر ديننا أفلا نرضاه لأمر ديننا؟) ^(٤).

وقد أجمع فقهاء المذاهب الاسلامية على حرمة شحم الخنزير قياساً على حرمة لحمه الثابتة بقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ ^(٥).

د- ومن الإجماع المستند الى المصلحة

إجماع الصحابة السكوتي على قتل الجماعة بواحد، قال سبحانه وتعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس﴾ ^(٦).

والقصاص يعني المماثلة، فهو جزاء عادل لا بد فيه من المساواة، ولكن قد يحدث ان يشترك اثنان فأكثر في قتل شخص واحد، فاذا اخذنا بظاهر هذا النص القرآني لا يطبق القصاص على هؤلاء المشتركين لعدم تحقيق معادلة النفس، ولكن تم إجماع فقهاء الصحابة على قتل الجماعة بالواحد رعاية لمصلحة حماية ارواح الابرياء، ذلك لان المجرم لو علم أنه لا يقتص منه عند مساهمة الغير معه في ارتكاب جريمته لأدى ذلك الى استعانة كل مجرم بالآخرين عند تنفيذ الجريمة حتى لا يؤخذ منه القصاص.

أنواع الإجماع

قسم علماء الأصول الإجماع باعتبار طريقة التعبير عن الإرادة في الموافقة -
على الحكم المجمع عليه الى الإجماع الصريح والإجماع السكوتي.

١- الإجماع الصريح

هو أن يعبر المجتهدون كلهم عن رأيهم في الحكم تعبيراً صريحاً إما بالكلام
أو بالفعل الصريح. وتطبيقات هذا النوع من الإجماع قليلة جداً في جميع
العصور الإسلامية منذ عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك انكر بعض الأصوليين
انعقاد الإجماع في جميع العصور^(١).

ومن أمثلة الإجماع الصريح في عهد الراشدين الإتفاق على جمع القرآن
الكريم بعد أن كانت الآيات القرآنية متفرقة، فمنها ما كانت محفوظة في صدور
الصحابة ومنها ما كانت مكتوبة على وسائل مختلفة.

حكمه: إذا ثبت الإجماع الصريح يجب العمل بمقتضاه وتعتبر مخالفته كفراً
عند علماء الأصول لأنه بمثابة نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة^(٢).

٢- الإجماع السكوتي

وهو أن يقول بعض المجتهدين حكماً ويسكت الباقون عنه بعد العلم به وبعد
مضي فترة كافية للتأمل والتفكير شريطة أن لا يكون هناك دليل يدل على أن
السكوت معارضة.

حكمه: اختلف العلماء في حكم الإجماع السكوتي^(١)، والرأي الصحيح الذي
يجب العمل به هو أنه حجة وان لم يعتبر إجماعاً، لأنه اذا كان رأي مجتهد واحد
من أئمة المذاهب الإسلامية حجة على من يقلده وان حكم القاضي برأي في
مسألة خلافية يكون ملزماً للمحكوم عليه بتنفيذ المحكوم به فان رأي أكثرية
المجتهدين واتفاقهم على حكم واحد يجب ان يعتبر حجة من باب أولى.

أدلة حجية الإجماع

الإجماع حجة شرعية ومصدر ثالث بعد الكتاب والسنة للأحكام الشرعية
بدليل القرآن والسنة والمعقول. »

١- القرآن

هناك عدة آيات تدل على وجوب العمل بالحكم المجمع عليه، ومنها قوله تعالى ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^(١)، فهذه الآية تدل على حجية الإجماع بوضوح لاحاق الوعيد بكل من يتبع غير سبيل المؤمنين^(٢)، وعدم العمل بالإجماع عدول عن سبيل المؤمنين، والتواعد على مخالفة سبيلهم ليسل على إن اتباعهم واجب ومخالفتهم حرام وأن ما عداه باطل^(٣).

٢- السنة النبوية

من السنن الدالة على حجية الإجماع بصورة ظاهرة قول الرسول ﷺ (لا تجتمع أمتي على ضلالة)^(٤)، وغيره من روايات أخرى وردت بهذا المعنى^(٥) بمجموعها تشكل حديثاً متواتراً معنوياً يدل على حجية الإجماع.

٣- المعقول

أطبقت الدساتير في العالم على أن رأي الأكثرية في كل اجتماع يعقد لصنع قرار بشأن قضية من قضايا الساعة ملزم يجب العمل بمقتضاه وبخلاف ذلك يعم الفساد النظام وتسود الفوضى في المجتمع. وإذا كان الأمر كذلك فسي الأمور الدنيوية فأن العقل السليم يقضي -من باب أولى- بوجوب الأخذ برأي خبراء الأمة المختصين في العلوم الشرعية إذا أجمعوا على تحديد الحكم الشرعي لكل واقعة تواجه الإنسان ولم يرد بصدها نص خاص.

العرف

تعريفه، عناصره، أنواعه، حجيته، شروطه، أهميته
تعريفه

لغة: له معان كثيرة منها الجميل من الأفعال والأقوال، وعرف الديك منبت الريش، وعرف الفرس منبت الشعر.

وفي اصطلاح أهل الشرع: ما تكرر استعماله من فعل^(١) أو قول^(٢) حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس^(٣) والتقبل في العقول^(٤) والرعاية في التصرفات^(٥).

عناصره

يؤخذ من تعريفه أنه يتكون من عنصرين (مادي ومعنوي)
العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر استعماله.

العنصر المعنوي (النفسي): هو صفة التقبل والاحترام والإلتزام الأدبي.

أنواعه

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ومنها:

أ- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي:

1- العرف القولي هو لفظ موضوع في اللغة لمعنى ثم استعمل في معنى جديد، وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى أصبح حقيقة عرفية كلفظ (ولد) وضع لغة للذكر والأنثى ثم استعمل للذكر فقط وكلفظ (لحم) فإنه في اللغة يشمل لحم كل حيوان ولكن في العرف يستعمل لما عدا لحم السمك، ويسمى هذا (عرفاً استعمالياً).

وقد يكون العرف القولي: شرعياً، وقد يكون قانونياً، وقد يكون عرفاً آخر من الأعراف الخاصة.

فالعرف الشرعي⁽¹⁾: هو لفظ وضع لغة لمعنى عام، ثم نقل إلى معنى شرعي جديد خاص، كلفظ (صلاة) معناه اللغوي الدعاء، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن العبادة المعروفة التي يجب أدائها يومياً في خمسة أوقات محددة، وكلفظ (صيام) معناه اللغوي مطلق الإمساك وفي عرف الشرع الإمساك الخاص عن الأكل والشرب والمعاشرة الجنسية من الفجر إلى المغرب.

والعرف القانوني: هو لفظ نقل من معناه اللغوي إلى معنى قانوني خاص كلفظ (جنابة) في اللغة كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها، وفي العرف القانوني -كما في قانون العراق- جريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤقت أو بالسجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة⁽²⁾.

وللعرف القولي دور مهم في تفسير النصوص، وصيغ العقود، وعليه تدور العقود والتصرفات الشرعية من بيع وإجارة وشروط عاقد وثن ومثمن وغير ذلك، لان المتكلم بصيغ العقود وما يتعلق بها من شروط وغيرها إنما يريد بهسا

معانيها التي وضعت لها عرفاً سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً فيرجع إليه القاضي عند غموض النصوص وصيغ العقود.

٢- العرف الفعلي: وهو إما مشروع كبيع المعاطاة، وزيارة المرضى، وتبادل الهدايا بالمناسبات، وقبض المهر المقدم قبل الزفاف وتقديم هدية الزوج إلى زوجته ليلة الزفاف. وأما غير مشروع كلعب القمار وتعاطي المسكرات والتعامل بالفوائد الربوية واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية كظروف الحرب.

ب- وباعتبار الشمول أما عام وإما خاص:

١- العرف العام (أو العرف الدولي): وهو الذي لا يختص بإقليم دون إقليم، ومن الأعراف العامة (الدولية) المقابلة بالمثل في الميراث^(١)، وتسليم المجرمين السياسيين وإعادتهم إلى دولهم^(٢) وقطع العلاقات الدبلوماسية وأستئنافها عند الخلافات والنزاعات التي ترتب من قبل الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية من الأجانب، وعدم تفتيش الحقائقب الدبلوماسية^(٣) في المطارات والمحطات، وكإجراءات مراسيم الزيارات الرسمية وأستقبال النظير لنظيره، وكالأعراف التجارية في التجارة الدولية. وقد تصبح هذه الأعراف الدولية ملزمة كإلزام القانون الداخلي بموجب الاتفاقات الثنائية أو الجماعية أو بإقرارها في القوانين الداخلية.

٢- العرف الخاص (أو العرف الإقليمي أو المحلي): وهو الذي يختص بإقليم معين، أو منطقة معينة، ومن الأعراف الخاصة المحلية الأعياد الوطنية^(٤)، ومثل الزي الخاص ببلد واحد أو منطقة معينة من بلد واحد، وكتقديم بعض

المهر وتأجيل بعضه في العراق إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الوفاة)^(١)، ولكل بلد أعراف وعادات فعلية خاصة في الملابس والمسكن والمشرب والمأكل والزيارات. كما توجد أعراف مشتركة بين الشعوب والأقاليم والدول.

ج- وباعتبار المشروعية إما صحيح أو فاسد:

١- العرف الصحيح: هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ولا يجعل حلالاً حراماً ولا حراماً حلالاً في ميزان الشريعة الإسلامية بالنسبة لأعراف المسلمين.

٢- العرف الفاسد: هو العرف الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة بأن يتعارض مع قاعدة شرعية ثابتة كتعاطي المسكرات والمخدرات، ولعب القمار، والبناء على المقابر، وإحياء ليلة الأربعاء للوفاة والسذكرى السنوية للوفاة وتهيئة الطعام في اليوم الثالث للوفاة لمن يحضر مجلس الفاتحة.

د- وباعتبار وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة^(٢):

١- الأعراف الثابتة: هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان مادامت الحياة باقية كالأكل والشرب والنوم واليقظة والفرح والحزن، وميل الطبع إلى الحسن ونفرته عن القبيح. هذا عند من يدخل هذه الأمور في العادات وإلا فالغرائز في اعتقادي ليست منها فالأحكام المتأثرة بهذه العادات لا تختلف لأن منشأها الغرائز الطبيعية.

٢- الأعراف المتغيرة باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والظروف: فالأحكام المبنية على رعايتها تختلف باختلافها وتتغير بتغيرها وهذا النوع هو المراد بالقاعدة العامة المعروفة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(٣) والمسراد بالتغيير التبدل، لأن الله تعالى حكماً لكل ظرف، فإذا تغير الظرف تبدل الحكم بحكم الظرف الجديد.

حجية العرف

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع
والمعقول :

١- القرآن الكريم:

امر القرآن الكريم برعاية العرف في كثير من التطبيقات والاحكام الجزئية
في آيات متعددة ومنها قوله تعالى ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن
الجاهلین﴾^(١) وقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً
الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٢). وقوله تعالى ﴿فمن
عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسن﴾^(٣). وقوله تعالى
﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾^(٤). وقوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فامسك

٢- السنة النبوية:

روي عن الرسول ﷺ (ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه
المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح)^(١).

٣- الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة من صدر الاسلام الى يومنا هذا على حجية العرف
وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية وقرار الاسلام لكثير من اعراف
وعادات العرب التي كانت سائدة قبل الاسلام بعد ان نظمها ونقحها من الشوائب
كالاعراف في المعاملات المالية والاحوال الشخصية والعقوبات وغير ذلك،
وهذه الاعراف منها ما كانت محلية، ومنها ما كانت مأخوذة من الشرائع السابقة
كشريعة سيدنا ابراهيم واسماعيل وموسى وعيسى (على نبينا وعليهم الصلاة
والسلام)، ومنها ما كانت مأخوذة من الامم المجاورة نتيجة الاحتكاك التجاري،
فأقر الاسلام منها ما لا يتعارض مع روح الشريعة والمصالح العامة كعقد البيع
والرهن والاجارة والشركة والقراض وغيرها من عقود المعاملات، وكالكفاءة
في الزواج، وكوجوب الدية على العاقلة في العقوبات^(٢)، واستبعد الاسلام

الاعراف العربية التي كانت تحقق مصلحة فرد أو فئة على حساب الآخرين، فقد كان الولي يأخذ مهر موليته لنفسه باعتباره ملكاً له دونها إذا زوجها فسألني القرآن هذا العرف بقوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عِشْرُ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^(٣) وكان العرف قبل الإسلام لا يعطي الميراث إلا لمن يحارب من الرجال ويحرم النساء والأطفال منه، فالغاه القرآن بقوله تعالى ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾^(٤)، وبآيات الميراث الأخر، وكان نظام التبني عرفاً سائداً فالغاه القرآن بقوله تعالى ﴿وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم﴾^(٥) لكن التبني بمعنى ان يتولى شخص تربية يتيم أو فقير أو أي طفل آخر كما في حالة عقم أحد الزوجين، أمر محبذ والمربي ماجور عليه عند الله الى ان يبلغ، فعندئذ يجب ان يستقل عن هذه الأسرة لحرمة الاختلاط ما لم يحصل التزاوج بين هذا المتبنى وبين اولاد المربي، ولا يثبت التوارث ما لم يعترف بنسبه وهو مجهول النسب، كذلك استبعد الإسلام المعاملات المالية التي فيها الضرر وتحقيق المصلحة لأحد المتعاقدين على حساب الآخر أو التي فيها الضرر للمجتمع. فنهى الرسول ﷺ عن عادة تلقي الركبان^(١)، وعن بيع الحاضر لباد^(٢)، وعن النجش^(٣) وغير ذلك من كثير من العقود المضرة بطرف من اطرافها أو بالمجتمع.

٤- المعقول:

العرف غالباً مبني على اساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الانسان الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك، والاحكام التي انزلها الله لعباده صالحة لكل زمان ومكان، فهي تستهدف رفع الحرج عن الناس وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة، فلو لم تتأثر الاحكام المبنية على الاعراف والعادات في استنباطها ببيئة الناس ولم تكن مناسبة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وغيره لادى ذلك الى الضيق والحرج المرفوضين من قبل الشريعة الإسلامية بنصوص من الآيات القرآنية منها قوله تعالى ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم﴾^(١) وقوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٥)، ولا يعني هذا ان الاعراف والظروف تتحكم في النصوص الصريحة فتحمل المجتهد على القول بحكم غير الذي يعطيه، وانما يعني ان من النصوص مساهو

قواعد عامة يمكن تطبيقها بحسب ظروف الناس واحوالهم ومنها ما هو معلن بمصالح خاصة تدور معها وجوداً وعدمياً^(١)

شروط العمل بالعرف

بشروط للحكم بمقتضى العرف ان تتوافر فيه الشروط التالية:

- ١- ان يكون صحيحاً أي لا يخالف دليلاً من الادلة الشرعية ولا قاعدة من قواعد الاساسية فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي بنساء الاحكام على العرف الفاسد لان المبني على الفاسد فاسد.
- ٢- وان يكون العرف مطرداً، فان كان مضطرباً بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات اخرى لا يصلح ان يكون مصدراً للحكم، والمراد بالاطراد التكرار والتلاحق^(٢).
- ٣- وان يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبني عليه حكمها لانه كالقاعدة القانونية ليس له الاثر الرجعي فيجب ان يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف (او الواقعة) ثم يستمر الى زمانه فيقارنه سواء اكان التصرف قولاً ام فعلاً، فاذا كان طارئاً على التصرف او حادثاً بعده او كان سابقاً على التصرف وتغير قبله فلا يعمل به.
- ٤- وان يكون عاماً في الاحكام العامة والمعتبر لبناء الاحكام الشرعية هو العرف العام لان العرف الخاص لا يفيد الحكم العام، والخاص يبني عليه الحكم الخاص باهله كالالفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر فتجري في كل بلدة على عادة اهلها^(٣).
- ٥- وان لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف، والا فيقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف، فاذا اتفق الزوجان في العراق على ان يكون كل المهر مقدماً فليس للزوج بعد ذلك ان يطلب من القاضي الحكم بتأجيل بعضه بناء على العرف السائد. وكذلك اذا اتفقا على ان يكون كل المهر مؤجلاً لسياس للزوجة الامتناع عن الانتقال الى بيت الزوجية بحجة انها لم تستلم مهرها المقدم، واذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول او كان العرف يقضي بان مصاريف التصدير على المشتري واتفقا ان تكون على البائع يعمل بالاتفاق دون العرف.
- المقدم، واذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الحلول او كان العرف يقضي بان مصاريف التصدير على المشتري واتفقا ان تكون على البائع يعمل بالاتفاق دون العرف.

الادلة التبعية النقلية المختلف فيها

وهي قسمان: قول الصحابي، وشرع من قبلنا.
ونخصص لكل منهما مبحثاً.

المبحث الاول

حجية قول الصحابي

الصحابي، الخلاف في حجية قول الصحابي،
تحديد محل الخلاف، تطبيقات قول الصحابي

الصحابي

قيل في تعريفه تعريفات كثيرة افقها هو ان الصحابي كل من لقي النبي ﷺ
وأمن به ولازمه فترة زمنية بحيث يطلق عليه عرفاً اسم الصحابي، ومات
مؤمناً.

حجية قول الصحابي

اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في هذه المسألة على آراء
كثيرة أهمها ما يلي:

- 1- انه حجة مطلقاً ويقدم على القياس عند التعارض، لان قوله ان كان من
سماح من الرسول ﷺ فهو من باب العمل بالسنة⁽¹⁾، وان كان عن رأي
فرايهم اقوى من رأي غيرهم لانهم شاهدوا طريق النبي ﷺ في بيان
الاحكام والاحوال التي نزلت فيها النصوص، والمحال التي تتغير
باعتبارها الاحكام⁽²⁾، ولما يروى عن الرسول ﷺ من انه قال (اصحابي
كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)⁽³⁾.
- 2- ليس بحجة مطلقاً، لانهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع لم يكونوا
معصومين ولا يوجد نص ثابت على وجوب اتباعهم، ومذهب (او قول)
الصحابي ليس في الواقع سوى اجتهاد فلا يعد في عداد المصادر (الادلة)
الشرعية وشأنهم شأن غيرهم من المجتهدين⁽¹⁾.
- 3- انه حجة إن خالف القياس والا فلا، لان الظاهر في مثل هذه الحالة ان
يكون ذلك من سماح الرسول ﷺ فهو من قبيل السنة حيث لا يوجد له سوى
السماح او الكذب، والكذب عنهم منتف بل مخالفته للقياس تحمل غالباً على
انها كانت لنص اطلع عليه، اما اذا لم يخالف القياس فامكن ان يكون عن
اجتهاد ويحتمل الخطأ والصواب كاجتهاد غير الصحابي⁽²⁾.

صور من تطبيقات حجية قول الصحابي

أ- قتل الجماعة بواحد

قال عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب (رضوان الله تعالى عنهما) بوجوب تطبيق عقوبة القصاص على اكثر من واحد، اذا اشترك الجميع في قتل شخص واحد مع ان ظاهر قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس»^(١) يدل على خلاف ذلك، لكن تبين لفقهاء المسلمين من قول هذين الفقيهين العظيمين من الخلفاء الراشدين ان هذا الظاهر غير مراد، والدافع الى هذا القول هو حماية ارواح الابرياء التي تعتبر مصلحة ضرورية من المصالح الضرورية التي هي من مقاصد الشريعة الاسلامية^(٢).

ب- تضمين المقاتل والصناع وغيرهما من الاجير المشترك

قال علي بن ابي طالب عليه السلام بتضمين المقاتل والصناع واصحاب الحرف وغيرهم من كل اجير مشترك اذا تلف او انتقص شيء من اموال اصحاب العمل التي تكون تحت ايديهم، رغم ان يدهم على تلك الاموال يد امانة (وليست يد ضمان)، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضمان على مؤتمن»^(١)، ولفظ (ضمان) نكرة في حيز النفي يفيد العموم ومفاد هذه القاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كل يد امانة لا تكون ضامنة لما في حيازتها من المواد الاولوية كالاسمنت والحديد والخشب والقماش، وغير ذلك ما لم يكن صاحب اليد متعدياً او مقصراً في تلفها الكلي او الجزئي، غير ان سيدنا علي بن ابي طالب عليه السلام لما رأى ان النفوس تغيرت وان ظاهرة الاهمال والتقصير بدت قال بتضمين هؤلاء حماية لمصلحة اصحاب المواد الاولوية المودعة لديهم لصنع مساهو مطلوب صنعه منها، وقد قال قولته المشهوره (لا يصلح الناس الا ذلك)^(٢).

ج- عدة المتوفى عنها زوجها ابعد الاجلين^(١)

قال ابن عباس وعلي بن ابي طالب (رضي الله عنهما) في إحدى الروايتين عنه (ان عدة المتوفى عنها زوجها الحامل أقصى الاجلين من اربعة اشهر وعشرة أيام وفق قوله تعالى «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشراً»^(٢)، ومن وضع الحمل طبقاً لقوله تعالى «وأولات الاحمال اجلهن أن يضعن حملهن»^(٣)، وأخذ بهذا القول فقهاء الجعفرية وبعض فقهاء المالكية وتبناه المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ^(٤) وحسناً فعل.

شرع من قبلنا

هو أحكام الله للأمم السابقة بواسطة الأنبياء والرسل.

الآراء الخلافية^(١)

بعد هذا الأصل من الأصول المختلف فيها، والأقوال التي قيلت فيه من حيث الاعتبار وعدمه كثيرة أهمها:

- أ- شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.
- ب- شرع كل نبي سابق ينسخ بشرع من يأتي بعده ما لم يقم دليل على بقاءه.
- ج- ما ورد في القرآن والسنة أو نقله أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة يلزمنا العمل به على أساس أنه جزء من شريعتنا.
- د- ما ورد في القرآن أو السنة من شرع من قبلنا نلتزم به على أساس أنه شرعنا ما لم يثبت نسخه.

• أولاً: شرع من قبلنا في الأحكام الاعتقادية (أصول الدين)

أصول دين بني الإنسان في كل زمان ومكان واحدة لا تقاوت فيها، والأحكام الاعتقادية للأسر البشرية لا تختلف من أمة إلى أخرى، ولا تتميز بها شريعة من شريعة، ولا ينفرد ببيانها رسول دون رسول، لأن الدين واحد كما نص على ذلك القرآن في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾^(٢)، وقوله تعالى ﴿يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم إلا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا باننا مسلمون﴾^(٣).

فأصول الدين ثابتة منذ أول وحي نزل على سيدنا آدم عليه السلام إلى آخر وحي نزل على سيدنا محمد ﷺ ولم يطرأ على الدين أي تغيير في شرائع جميع الأنبياء والرسل، فهو باق وخالد ما دامت الحياة باقية والعقل سليماً والادراك واعياً في هذا الكون العظيم سواء عاش الإنسان في كوكب الأرض أم في كوكب آخر.

من أصول الدين الثابتة في كل شريعة

- أ- الإيمان بالله: فهو واجب عقلي على كل إنسان بالغ عاقل قبل أن يكون واجباً.
- ب- الإيمان بالأنبياء والرسل: وهو أيضاً ثابت عن طريق التفكير والاستدلال.

ويتفرع عن الايمان بالله ويرسله الايمان بسائر الاحكام الاعتقادية كالايمان بيوم القيامة وبان كل انسان يسأل عن اعماله، فان كان عمله خيراً فجزاؤه خيراً، وان كان شراً فجزاؤه شراً، كما قال تعالى ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾⁽¹⁾.

• ثانياً: شرع من قبلنا من ناحية الاحكام الشرعية العملية (فروع الدين)

الاحكام الشرعية العملية التي تعتبر من فروع الدين نوعان:

- النوع الاول :

احكام لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لانها من ضروريات الحياة وتقتضيها الطبيعة، لذا اسماها علماء الفلسفة والقانون بـ(القانون الطبيعي) لانها تلازم طبيعة الانسان من ميلاده الى وفاته ولا يستغني عنها مهما تطورت الحياة وتغيرت الحضارة، ومن تلك الاحكام عدم شرعية السرقة والقتل والاختطاف وخيانة الامانة وإلحاق الضرر بالغير بدون مبرر وقبح الظلم والكذب والفساق. ومنها وجوب العدل والانصاف وتطبيق القصاص⁽²⁾ والتعاون على البر والتقوى وحسن الصدق والامانة وضرورة استمرارية الصلة بين العبد وبين ربه بالعبادات⁽³⁾.

وهذه الاحكام بكافة اقسامها المشروعة وغير المشروعة لا تختلف باختلاف

الشرائع الا بالكيف والكيف لان رعايتها سلباً وايجاباً من ضروريات الحياة.

- النوع الثاني :

احكام تختلف باختلاف الازمنة والامكنة والامم، كالاحكام المتعلقة بتنظيم علاقات الانسان مع الانسان في مجال المعاملات المالية وكالتفصيلات والجزئيات لتطبيق الاحكام الكلية من النوع الاول. فمثل هذه الاحكام قابلة للنسخ والالغاء والتعديل في جميع الشرائع، شأنها شأن القوانين الوضعية، وهذه الاحكام هي المقصودة بقوله تعالى ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً﴾⁽⁴⁾.

ومن هذا نستنتج وجه اجماع علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء على خلود آيات القرآن لانها لا تتضمن احكاماً وقواعد قابلة للتغيير والتعديل، بل

تحتوي الاحكام الاعتقادية وامهات الاحكام الواردة في الشرائع السابقة إضافة الى قواعد كلية وأسس عامة لا تتأثر بتطورات الحياة الا من حيث المضمون والتطبيق.

المصادر التبعية العقلية

العمل بالمصادر العقلية يرجع الى الاستدلال بمعقول النصوص من مقاصدها التي هي مصالح الناس، لان العقول لا تستقل بادراك المصالح والمفاسد ما لم تستعن بمقاصد الشارع وبواعث تشريع الاحكام، فالاستدلال:

- بعلّة حكم مسألة على وجوده في أخرى مشابهة قياس،
- وبعلّة دل النص على اعتبار جنسها استدلال بالمصلحة،
- وبمصلحة تقتضي العدول عن القاعدة الكلية استحسان،
- وبمنع فعل مشروع لمصلحة اتخذت ذريعة لمفسدة مساوية او تزيد استدلال بسد الذرائع،
- وبمصلحة مكتسبة لم يقم دليل على زوالها استصحاب.

القياس

هو «استدلال بعلّة حكم (منصوص عليه) مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة»، وقد استنتجت هذا التعريف من القاعدة الشرعية العامة التي أقرها فقهاء الصحابة (رضي الله عنهم) واجمعوا عليها وهي: (ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا).

«قَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى «وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ»⁽¹⁾ وأراد بالذهب والفضة المعدنين المعروفين وكل عملة ورقية او معدنية تحل محلها في التعامل الدولي والداخلي في اقطار العالم وفي القوة الشرائية.

وهذا العموم يفهم من النص عن طريق تعليل الحكم بعلّة يدور معها وجوداً وعدمًا بوسيلة القياس، فالمقيس عليه هو الذهب والفضة المعدنان المعروفان

سواء أكانا مسبوكين أم لا، والمقيس كل عملة متداولة في التعامل حلت محل الذهب والفضة في القوة الشرائية والتداول، والحكم هو تحريم الكنز^(١) بدليل الوعيد بالعذاب الأليم والعقاب، وعلة الحكم هو المضرة الاقتصادية التي تلحق المجتمع والفرد نتيجة الكنسز وعدم الاستثمار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والانفاق على الأهل والعيال. فكأنه سبحانه وتعالى قال (والسذين يكنزون النقود المعدنية والورقية التي هي عنصر مهم من عناصر الإنتاج فبشرهم بعذاب اليم)، ودور القياس هو كشف هذا العموم المراد من النص، وبناءً على ذلك فإن هذا النص يعد عاماً عموماً عقلياً كما يأتي ذلك في محله.

أركان القياس

- أركان كل مصطلح هو ما ورد في تعريفه فيؤخذ من تعريف القياس أنه يتكون من أربعة أركان (أو عناصر) وهي:
- ١- المقيس عليه (أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به): كالذهب والفضة في الآية المذكورة.
 - ٢- المقيس (أو الفرع أو المشبه أو الملحق): كالنقود الورقية أو المعدنية المتداولة في كل دولة ذات سيادة في العالم.
 - ٣- حكم الأصل: وهو ما ورد في النص كحرمة كنز الذهب والفضة في هذه الآية وكل ما يحل محل الذهب والفضة من النقود.
 - ٤- العلة: وهي المصلحة التي شرع الحكم لأجل رعايتها كحماية مصلحة التنمية والانفاق في سبيل المصلحة العامة والخاصة في تحريم كنز الذهب والفضة وما حل محلها من النقود^(٢).

شروط القياس

اشتراط الأصوليون للقياس شروطاً بعضها يرجع الى حكم الأصل وبعضها يكون للعلة.

شروط الحكم

اختلف الأصوليون في تحديد هذه الشروط، فمنهم من اوصل شروط الأصل وحكمه الى اثني عشر شرطاً⁽¹⁾، وفي اكثرها تكرار، ونقتصر على ما هو مهم منها:

- ١- ان يكون حكم الأصل شرعياً اذا كان الملحق به حكماً شرعياً، فلا يلحق بالحكم الشرعي باللغوي ولا بالعقلي، اما اذا لم يكن الملحق حكماً شرعياً جاز ان يكون حكم الأصل غير شرعي سواء كان عقلياً ام لغوياً، فالعقلي يلحق بالعقلي واللغوي باللغوي، بناء على جواز القياس في العقليات واللغويات كما يأتي بيان ذلك.
- ٢- ان يكون حكم الأصل معطلاً بعلة يدركها العقل، فاذا كان تعبدياً (بأن لا يستوعب العقل علة الحكم) فلا يقاس عليه غيره.
- ٣- ان لا يكون حكم الأصل منسوخاً، لان المفروض أن الحكم يتعدى من الأصل الى الفرع ويخضع الفرع لنص الأصل، فاذا كان منسوخاً يكون القياس باطلاً، لان ما يبني على الباطل باطل.
- ٤- ان لا يكون حكم الأصل متأخراً عن حكم الفرع، فلا يقاس الوضوء على التيمم في وجوب النية.
- ٥- ان يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص او بالاجماع، فلا يجوز القياس على ما ثبت حكمه بغير هذين المصدرين.

٦- ان لا يكون حكم الاصل مما ثبت استثناءً عن الاصول والقواعد العامة، لأن القياس للتوسيع ولايجوز التوسيع فيما جاء على سبيل الاستثناء، وغالباً الاستثناءات من الاصول تكون للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. وقد مثل الاصوليون للحكم الثابت على سبيل الاستثناء بأمثلة كثيرة، منها اكتفاء القاضي في عصر الرسالة بشهادة شخص واحد، اذا كان هذا الشخص الصحابي المعروف (خزيمة)^(١)، فليس للقاضي قياس غيره عليه في الاكتفاء بشهادته وحدها كحجة للاثبات وان كان هذا الغير اعلى منه رتبة في الدين والصدق والثقة والامانة، لان القاعدة العامة تقضي بان نصاب الشهادة اثنان او من في حكمهما^(٢)، وما جاء استثناء لا يقاس عليه غيره.

٧- ان لا يكون دليل حكم الاصل شاملاً ظاهراً^(٣) للفرع وحكمه، فلا تقاس سائر المسكرات والمخدرات على الخمر لان الكل خمر، فلفظ الخمر في لغة العرب ما يخمر العقل ويحدث فيه الخلل وهذا المعنى اللغوي هو المراد في القرآن.

العلة

وفي الاصطلاح الشرعي^(١): عبارة عن المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلل بها من جلب منفعة للانسان او دفع المضره عنه، فجميع احكام الله التي نزلت على الرسل والانبياء كلها انت لمصلحة الانسان، فهي معللة بالمصالح الدنيوية او الاخروية او كليتهما، قال ابن القيم^(٢) تحت عنوان بناء

شروط العلة

١- ان تكون موجودة حسب الظن الغالب للمجتهد^(٣) في كل من المقيس والمقيس عليه بدرجة متساوية او متفاوتة^(٤).

٢- ان لا تكون العلة ملغاة في الفرع بنص صريح، فلا يجوز قياس البنات على الابن، والاخت على الاخ^(١) للتسوية بينهما في كمية الحصص من الميراث بسبب القرابة لعل مشتركة بينهما وهي المصلحة المالية، لان الشارع الغى هذه المصلحة بالنسبة للانثى للعدالة التي تقتضي التساوت بينهما في الميراث للنفقات القائم في الالتزامات العامة والخاصة شرعاً وقانوناً وعرفاً وعقلاً، فقال سبحانه وتعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٢)، وقال تعالى ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٣).

٣- أن لا يكون للعلّة مانع يمنعها من التأثير على الحكم المقيس، فلا يقاس الاب القاتل لولده في القصاص على القاتل الآخر بجامع الحفاظ على مصلحة الحياة، لان الابوة مانعة من القصاص عند جمهور الفقهاء^(٤)، لكون الاب سبباً لوجود الولد فلا يكون هو سبباً لاعدامه.

مراحل القياس باعتبار علة

يمر القياس باعتبار علة بأربع مراحل هي: تخريج المناط، وتحقيق المناط، وتنقيح المناط، وتثبيت دوران الحكم مع المناط.

١- تخريج المناط^(٥) :

وهو الوقوف والاطلاع على علة الحكم التي اناطه بها الشارع وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو وهذه العلة قد تكون منصوصة وقد تكون مستنبطة:

أ- العلة المنصوصة: وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً، فحماية حياة الانسان مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(١)، وإذا تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقاتل الواحد الثابت بقوله تعالى ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾^(٢) وَسَعَّ هذا النص عن طريق العلة حتى يشمل القصاص اكثر من واحد إذا شاركوا في قتل واحد لنفس العلة (حماية ارواح الابرياء) كما فعل ذلك الخلفاء الراشدون، والعمل بالقياس في الجنایات في مثل هذا المقام عمل بالنص، فلا يتعارض مع قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

ب- العلة المستنبطة: وهي التي لم يرد ذكرها صراحة (عبارة) في نص الحكم ولكن المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه كحماية الاموال جعلت علة العقوبة للسرقات ويستنبطها المجتهد من المقارنة بين آية «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»^(٣) وبين آية «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا»^(٤)، وجعلت أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة الى العقوبة الأخروية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال اليتامى ظلماً وبدون مبرر شرعي، ويستنبط المجتهد^(٥) هذه العلة من سياق قوله تعالى «إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يسأكلون فسي بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً»^(٦)، ثم عن طريق القياس على الأكل يوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من أسباب إتلاف الأموال كالأحراق وغيره في الحكم المذكور ما دامت العلة واحدة وهي حماية الاموال وبصورة خاصة أموال اليتامى لعجزهم عن الدفاع عنها.

٢- تحقيق المناط :

بعد المرحلة الاولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من توفر العلة في المقيس^(١)، فالمجتهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى «ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين»^(٢)، ويتأكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس^(٣)، ثم يوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل حالة دم النفاس أيضاً في حرمة المعاشرة الزوجية في الحالتين (الحسيض والنفاس) مادامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة^(٤).

٣- تنقيح المناط^(٥) :

بعد حصول المجتهد على علة حكم الاصل وتأكده من وجودها في الفرع يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الاصل والفرع على إلحاق الثاني بالاول في الحكم، كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في

العالم والتي حلت محلها في التعامل والقوة الشرائية من جهة أخرى.
فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الكنز
وعدم الاستئثار وعدم الإنفاق، ووجوب دفع الزكاة، والالتزام بوفاء الديون منها
وغير ذلك، فإنه يتولى في نفس الوقت إثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس
عليه والمقيس لا تكون حجر عثرة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه، ومن تلك
الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة
من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الاقتصادي وأستقرارها السياسي وغير
ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية.

٤- تثبيت دوارن الحكم مع المناط :

بعد اجتياز المجتهد المراحل الثلاث السابقة يأتي دور إثبات دوران الحكم
المراد إثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه
وجوداً وعدمًا، وإنجاز هذه المرحلة الأخيرة يعني اكمال القياس وإثبات حكم
الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم لأن القياس ليس الاستدلال بعلته حكم
مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) أخرى
تتوافق فيه هذه العلة.

أنواع القياس باعتبار العلة

للقياس أنواع كثيرة^(١) باعتبارات مختلفة وأهمها التقسيم باعتبار العلة إلى
ثلاثة أنواع (القياس الأولي والقياس المساوي والقياس الأدنى) :

١- القياس الأولي (أو الجلي أو القطعي) :

هو قياس تكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، ولذلك
يقال أن حكم الأصل ثابت للفرع من باب أولى. ويسمى القياس القطعي أيضاً
لأن ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي.
ومن أمثلة الأصوليين لهذا النوع قوله تعالى «فلا تقل لهما أف»^(١)، فالحكم
حرمة التأفيف الذي هو الأصل، والعلة للتحريم دفع المضرة والأذى عن من تجب
طاعته في غير معصية الله، والفرع (المقيس) كل تصرف مشين من قول كالشتم
أو فعل كالضرب يصدر من الولد ضد والديه ويلحق بهما الأذى والمضرة
المادية والمعنوية، ومن الواضح أن العلة في المقيس أقوى وأشد منها في المقيس
عليه.

ويرى البعض أن دلالة هذه الآية على كافة أنواع الإيذاءات بالوالدين ليست
عن طريق القياس وإنما هي من باب مفهوم الموافقة، فهناك منطوق به (أف)
ومسكوت عنه (كافة الإيذاءات) فتدل على الأول منطوقاً وعلى الثاني مفهوماً
من قبيل التنبه بالأدنى على الأعلى^(٢).

٢- قياس المساواة (القياس المساوي):

وهو التسوية بين الاصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفاً كما في قياس الخالة على الخال في الميراث الثابت بقول رسول الله ﷺ (الخال وارث لمن لا وارث له)^(٢)، أي لا وارث له من اصحاب الفروض والعصابات لأن الخال والخالة كالعَم من الام والعمة من ذوي الارحام. فسبب الميراث فيهما قرابة ذات درجة متساوية والعلة وهي حماية مصلحتهما المالية وحققهما في تركة المتوفى متساوية، ولم يبلغ الشارع اعتبار هذه المصلحة كما ألغاه في ميراث البنات مع الابن والاخت مع الاخ، إذن الحكم هو المساواة في الميراث.

٣- القياس الادنى:

وهو ان يكون الاصل اولى بالحكم من الفرع لأن العلة فيه أقوى، ومن التطبيقات الفقهية لقياس الادنى: قول بعض الحنفية^(٣) بصحة تزويج البنات البالغة العاقلة نفسها ممن تختاره شريكاً لحياتها بدون إذن وليها قياساً على تصرفاتها المالية العلة المشتركة بينهما أن المتصرف فيه حق خاص ولمصلحة خاصة بها

ولا فرق الا بالمالية وغير المالية وهذا لا يؤثر بطريقة تنقيح المناط على الحاق التصرف غير المالي بالتصرف المالي في الصحة بجامع المصلحة الخاصة في حق خاص، وتعرض هذا القياس لانتقاد شديد من قبل جمهور الفقهاء واعتبر قياساً مع الفارق^(١).

أ- في الأحوال الشخصية

١- قاس الفقهاء قتل الموصى له للموصي على قتل السوارث للمورث في الحرمان (حرمان الوارث من الارث في المقيس عليه وحرمان الموصى له

ب- في المعاملات المالية

١- قياس غير البيع في المعاملات المالية التي تشغل من تجب عليه صلاة الجمعة عن اقامتها على البيع في الكراهة والحرمة (حسب الاختلاف) والسبب هو الانشغال عن اقامة الجمعة، والعلة رعاية مصلحة اقامة شعائر الدين وهي من المصالح الضرورية، ومن قال ان العلة هي الانشغال بالمعاملة عن اقامة صلاة الجمعة فقد خلط بين السبب والعلة.

من الوصية في المقيس) للعلة المشتركة بينهما وهي مصلحة حماية ارواح الابرياء.

ج- القياس في الاحكام الدولية

كقياس الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على صلح الحديبية في جواز انحلال احد اطراف الاتفاقية عن التزاماته المترتبة عليها اذا اخل الطرف الاخر بالتزاماته، والعلة المشتركة هي رعاية المصلحة العامة.

د- القياس في الاحكام الدستورية

قاس اصحاب رسول الله ﷺ انتخاب ابي بكر ؓ للخلافة على انتخابه من الرسول ﷺ لامامة المسلمين في الصلاة في مرض وفاته، والعلة المشتركة رعاية المصلحة العامة الدينية والدنيوية، فقال الاصحاب حين الانتخاب (رضيه رسول الله ﷺ لديننا أفلا نرضاه لدينانا؟).

المصلحة

والتعريف الذي نختاره: هو ان المصلحة شرعا عبارة عن منفعة مادية او معنوية دنيوية او اخروية، يجنيها المكلف من عمله بما هو واجب، او مندوب، او مباح، ودرء مفسدة مستدفةة بالإمتناع عن العمل بما هو محرم أو مكروه⁽¹⁾، وهي ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم من الشارع والباعث الدافع الى تنفيذه من المكلف.

- اقسام المصلحة من حيث الاعتبار

قسم علماء الاصول المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره الى ثلاثة انواع :

النوع الاول المصلحة المتبعة

وهي التي نص الشارع على اعتبارها ورعايتها واجمع الفقهاء على بنساء الاحكام عليها وهي المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية التي يأتي تفصيلها في تقسيم المصلحة باعتبار الاهمية، واجمع الفقهاء على جواز بنساء الاحكام عليها.

النوع الثاني المصلحة الملغاة (أو المهملة أو غير المعتمدة)

هي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ووجوب إهمالها، واجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الأحكام عليها لأنها تصطدم مع العدالة أو تخدم فئة قليلة على حساب فئة كثيرة، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيار الشرع.

ومن تطبيقات هذا النوع :

- أ- مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية، وقد نص الشارع صراحة على تحريمها لأنها تخدم فئة على حساب يوس فئة أخرى⁽¹⁾.
- ب- مصلحة المحتكر في احتكار أمواله التي يحتاج إليها المستهلكون، وقد ورد النص على تحريمه⁽²⁾.
- ج- مصلحة الغشاش في بيع الرديء بسعر الجيد، وقد حرمه الشرع⁽³⁾.

النوع الثالث المصلحة المرسله (أو المطلقة)

وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتغير بتغير المكان وتتطور بتطور الحياة كتنظيم المرور للحفاظ على حياة الأبرياء وتحريم التهريب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية. وتطور الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية، وغير ذلك من المتطلبات المستجدة.

وقد ترددت آراء الفقهاء بين قبولها ورفضها: فمنهم من اعتبرها من الأدلة الشرعية التبعية وبنى عليها الأحكام الفقهية، ومنهم من اعتبرها من الأصول الموهومة⁽¹⁾ ورفض الاعتراف بها وبناء الأحكام عليها.

د- مصلحة مساواة البنات مع البنين أو الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق أو الأخت من الأب مع الأخ من الأب أو الزوج مع الزوجة في الميراث⁽⁴⁾. وقد نص القرآن على عدم اعتبار هذه المصلحة لتنافيها مع العدالة التي تقضي بالمساواة في الحقوق والالتزامات والتزام الرجل أضعاف مضاعفة للتزام المرأة في المجالين المالي وغير المالي إتجاه أسرته والمجتمع.

النوع الثالث المصلحة المرسله (أو المطلقة)

وهي التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها كالمصالح التي تتجدد بتجدد الزمان وتتغير بتغير المكان وتتطور بتطور الحياة كتنظيم المرور للحفاظ على حياة الابرياء وتحريم التهريب للحفاظ على المصلحة الاقتصادية الداخلية. وتطوير الحياة الاقتصادية والثقافية والعسكرية، وغير ذلك من المتطلبات المستجدات.

وقد ترددت آراء الفقهاء بين قبولها ورفضها: فمنهم من اعتبرها من الادلة الشرعية التبعية وبنى عليها الاحكام الفقهية، ومنهم من اعتبرها من الاصول الموهومة⁽¹⁾ ورفض الاعتراف بها وبناء الاحكام عليها.

اقسام المصلحة المعتبرة باعتبار الأهمية

تنقسم المصلحة المعتبرة في ميزان الشرع وبمعياره باعتبار اهميتها بالنسبة للناس الى ثلاثة اقسام: (الضروريات والحاجيات والتحسينيات)

القسم الاول المصالح الضرورية

وهي المقاصد الالهية في الاحكام الشرعية التي تقتضيها حياة الامم والمجتمعات والافراد بغض النظر عن الدين والمذهب والجنس واللون واللغة والزمان والمكان، وسميت ضرورية لانه اذا تخلفت او اختلت كلها او بعضها في أي مجتمع اختل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد. وترجع هذه الضروريات الى خمسة انواع: (حفظ الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل)^(١).

النوع الاول- حماية الدين:

والدين في وجوده وحفظه يحتل الصدارة من بين الضروريات الخمس التي هي مقاصد الشارع ومصالح العباد لان من لا دين له لا التزام له، ومن لا التزام له لا امانة له، ومن لا امانة له لا يكون محلاً للثقة ولا اهلاً لتحمل المسؤولية وبالتالي لا يصلح ان يكون عضواً في المجتمع.

فهو من حيث الوجود يتكون من ركنين رئيسين: احدهما- ركن معنوي باطنى وهو من وظيفة القوة المفكرة التي يطلق عليها عادة اسم (القلب)، وهو عبارة عن التصديق و(الاعتقاد الجازم الثابت) بذات الله وصفاته وملائكته وكتبه ورسله وباليوم الآخر وبالقدر خيره وشره^(٢). وثانيهما- ركن ظاهري وهو وظيفة الاعضاء الظاهرية للانسان وهي الاعمال الصالحة من العبادات التي كلف بها الانسان لتقوية صلته بربه، وهو مع الركن الاول متلازمان، فكل يكمل الآخر ويرد ذكرهما معاً غالباً في القرآن الكريم^(٣)، فاذا تحقق احدهما بصورة صحيحة في أي انسان يتحقق الآخر معه لانه لا يتصور عادة الاعتقاد الجازم الثابت بدون العمل الصالح وكذلك العكس.

ومن حيث الحفاظ: حرم الشارع كل تعرض للدين وامر بمعاقبة اهل البدع السيئة والافكار المضادة للتعقيد^(١)، وحرّم الارتداد وشرع العقوبات الدنيوية والاخروية ضد كل من يرتد عن دينه^(٢)، وفرض الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم ضد المعتدين على الدين وعلى اهل الدين^(٣).

النوع الثاني - حماية النفس وما دون النفس:

فمن حيث الوجود شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الانسان وتكوين النفس^(٤). ومن حيث المحافظة: حرم الاعتداء على النفس وما دون النفس^(٥)، وشرع حق الدفاع الشرعي^(٦) وفرض القصاص^(٧)، وحرم الانتحار، وعلى ولي الامر فرض العقوبات التعزيرية على كل من يؤذي الغير ويفعل ما يضر بصحته، وإضافة الى ذلك خلق ما هو من مستلزمات الحياة واستمرارها كالماء والهواء وأشعة الشمس وأباح له الطبيبات بقدر ما يحافظ الانسان على صحته.

النوع الثالث - حماية النسب والعرض^(٨) :

فمن حيث الوجود: اباح المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي وامر الابوين ومن ينوب عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما.

ومن حيث الحفاظ والحماية: حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل، فحرم القذف واللعان بالكلام^(٩)، وحدد للقاذف واللاعن عقوبة، وحرم الاعتداء الفعلي بتحريم الخلوة والزنا، وحدد العقوبة للزانية والزاني^(١٠).

النوع الرابع - حماية المال :

فمن حيث الوجود: شرع لكسب المال اسباباً مشروعة منها الميراث والوصية والتبرعات والمعاوضات، وابعح الصيد^(١١) والطيبات من الاموال المباحة^(١٢).

ومن حيث الحفاظ عليه: حرم الاعتداء على اموال الغير بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة، وشرع عقوبات منها حدية^(١٣) ومنها تعزيرية على المعتدين، وفرض التعويض العادل على كل من يتلف مال الغير بغض النظر عن اهليته وقصده فكل تصرف من شأنه ان يلحق الضرر بمال الغير يجب عليه التعويض ويستوي في المناط العمد والسهو والعلم والجهل والرشد والصبا لان هذه الشريعة بنت التعويض على اساس الضرر سواء وجد الخطأ^(١٤) ام لم يوجد خلافاً للقانون الوضعي.

النوع الخامس - حفظ العقول :

يشترك الانسان مع سائر الكائنات الحية في الصفات والغرائز الذاتية والمكتسبة كالولادة والمرض والموت والجنس والاكل والشرب والنوم، وغير ذلك. ويتميز منها الانسان بميزة العقل الذي بفضلته تمكن من ان يصل الى مسا وصل اليه من التطورات الحضارية الحديثة المدهشة، ولاهمية العقل في حياة الانسان حرم الشارع كل ما يحدث الخلل فيه من المسكرات والمخدرات وحدد

العقوبة لمن يتعاطاها لأن وجود العقل وكماله من ضروريات الحياة في جميع الأوقات.

القسم الثاني المقاصد (المصالح) الحاجية

وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق وهي تلي المصالح الضرورية في الأهمية وتعتبر مكملة لها كما يلي:

أ- فيما يتعلق بحفظ الدين من الحاجيات: الرخص المخففة في إقامة شعائره عند قيام الأعداء المشروعة والظروف الاستثنائية، حيث تتبدل العزائم عند الأعداء والظروف غير الطبيعية وتتحول إلى الرخص دفعاً للحرج^(١)، فالصلاة الرباعية تصبح ثنائية في السفر^(٢)، ويجمع بين الظهر والعصر تقديماً وتأخيراً، وكذلك بين المغرب والعشاء.

ويحق للمريض والمسافر والحامل والمرضعة الإفطار والقضاء عند زوال العذر والظرف المخفف^(٣)، ولمن بلغ مرحلة الشيخوخة ووجد نفسه أنه لا يستطيع الصيام إلا بمشقة، له الإفطار ودفع الفدية^(٤)، فهذه الأحكام وأمثالها تحقق للإنسان مصالح حاجية وهي رفع الحرج ودفع المشقة.

ب- وفيما يتعلق بالحياة من المصالح الحاجية: أمر الشارع بالتداوي عند المرض^(٥)، وأباح أكل مال الغير بدون أذنه وأكل الميتة عند الجوع الذي يعرضه للمهلك وعدم وجود الطعام المباح استثناء من القاعدة الشرعية العامة القاضية بتحريمهما^(٦)، وأجاز استعمال الدم وقت الحاجة، وأباح كشف العورة عند الفحص، وغير ذلك من الرخص التي هي الحاجيات الحافظة للحياة.

ج- وفيما يتعلق بالمال من الحاجيات: أباح الشارع التوسيع في العقود والشروط حتى تشمل العقود المستثناة من القواعد الشرعية العامة لحاجة الناس إليها كعقد السلم^(٧) وعقد الاستصناع^(٨) وعقود الغرر^(٩).

وقال جمهور الفقهاء: (الأصل في العقود والشروط الإباحة رعاية لحاجة الناس واستناداً إلى التوسعة المفهومة من الآيات القرآنية المختلفة برفع الحرج ودفع المشقة والعسر)^(١٠).

د- وفيما يتعلق بالانساب والأعراض من الحاجيات: شدد الشارع في اثبات جريمة الزنا وتهمة القذف منعاً لتطاول اللسان على أعراض الناس وأنسابهم، فجعل نصاب شهادة أثبات هذه الجرائم الاخلاقية بمن لا يقل عددهم عن أربعة رجال بالغين عاقلين عادلين^(٦)، فاذا شهد أقل من هذا العدد يعاقب الشهود بالعقوبة المقررة للقذف^(٧) وذلك لستر عيوب الناس وحفظ أعراضهم، وحرم الخلوة بين الذكر والانثى -البالغين سن المراهقة وجزاز التزاوج بينهما- ولم يكن معهما محرم لان الخلوة ذريعة الى الوقوع في خطيئة الزنا، وحرم التبرج لانه وسيلة للفساد الخلقي^(٨).

هـ- وفيما يتعلق بحفظ العقل من الحاجيات: حرم قليل المسكر أو المخدر كحرمة كثيره^(١) لابعاده عن تناول الايدي، وتحريم بيع المواد الاولية التي تصنع منها المسكرات كالعنب والتفاح والتمر ونحو ذلك لمن يثبت انه يحولها الى المسكر^(٢).

القسم الثالث المقاصد (المصالح) التحسينية

وهي التي لا يخل نظام الحياة ولا يقع الانسان في ضيق وحرَج ومشقة بتخلفها كلها أو بعضها، ولكنها لا يستغني عنها الانسان في وصوله الى الكمال وتخليه بالمحاسن وتخليه عن الرذائل.

من التحسينيات بالنسبة لحماية الدين منع الاطلاع على كتب الديانات لمن لا يستطيع الموازنة العقلية الدقيقة بين الحقائق الدينية، ومنها تجنب النجاسة، وأخذ الزينة للذهاب للمسجد، والتقرب بالنوافل من الصدقات والقربات.

ومن التحسينيات بالنسبة للنفس حمايتها من الدعاوي الباطلة والسب وغير ذلك مما لا يمس أصل الحياة وحاجياتها ولكن يمس كمالها.

ومن التحسينيات للاموال تحريم التفرير والخداع فانه لا يمس المال لذاته ولكن يمس كمالها اذ هو يمس ارادة المتصرف في المال حيث يوقعه في الغلط أو يجعله مستمراً في الغلط الذي وقع فيه لدفعه الى التعاقد، ولذا سمى القانونيون التفرير عيباً من عيوب الإرادة.

ومن التحسينيات بالنسبة للنسب والعرض تحريم خروج المرأة في الطرقات بزینتها في قوله ﴿قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن﴾ [سورة النور]؛ لانه أحفظ لكمال الاصل ولانه شرف وكرامة ومنع المهانة للمرأة فيما يقع لها اليوم.

ومن التحسينيات لحماية العقل المنع من اعلان الشرب للمحرمات وبيعها في اوساط المسلمين.

حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً لاحكام

رغم ان معظم أهل الشرع قديماً وحديثاً على ان أفعال الله تعالى غير معللة بالاعراض^(١)، الا ان الكل متفقون على ان جميع احكامه متكفلة بتحقيق مصالح العباد اذا خضعوا لها ونفذوها بالطريقة المطلوبة، ولو رجعنا الى القرآن الكريم والعقل السليم لوجدنا ان هناك أدلة منها عقلية ومنها عقلية تدل بشكل لا يقبل الجدل والنقاش على حجية المصلحة باعتبارها دليلاً شرعياً كاشفاً لاحكام الله :

أولاً: القرآن الكريم

يتضمن القرآن الكريم مئات الآيات وهي تدل دلالة واضحة على ان حكم احكام الله (العلة الغائية) هي مصالح الناس، ومنها ما يلي:

أ- قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾^(١) يدل على أن حكمة تشريع القصاص هو مصلحة حماية الحياة.

ب- وقوله تعالى ﴿واقم الصلاة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾^(٢) يدل على ان الحكمة المقصودة من تكليف الانسان باقامة الصلاة هو انها من الوسائل الاحترازية والوقائية ضد السلوك الاجرامي وهي تحول دون انحراف المصلي نحو ارتكاب الفواحش والمنكرات اذا أقيمت بصورة صحيحة، وفي ذلك مصلحة الدين وحفظ الحياة وحماية المال والنسب والعقل.

ج- وقوله تعالى ﴿يسأئبها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾^(٣) يدل على ان في الصيام اكتساب التقوى، والتقوى: قمة التحلي بالاخلاق الفاضلة والتخلي عن الرذائل، وجه التسمية انها تقي الانسان عن الشر.

د- وقوله تعالى ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾^(٤) يدل على ان حكمة ارسال سيدنا محمد ﷺ كسائر الانبياء هو تحقيق الرحمة (المصلحة) التي تتمثل في جلب المنفعة ودفع المفسدة.

ثانياً: المعقول

العقل السليم يقضي بان الخالق الذي خلق كوناً لم يصل ولن يصل العقل البشري بعد الى الاحاطة بأبعاده ولا الى ادراك ألغازه ولا الى استيعابه. مكوناته ليس بحاجة الى ما كلفنا به من صلاة وصيام وحج وزكاة وغيره من سائر العبادات والاعمال الخيرية، كذلك لا يتأثر بأعمالنا الشريرة، ولو فرضنا ان عالم الانسان بأسره يكون مستغرقاً في السجدة أو منهمكاً في الالحاد والزندقة والفساد لما نقصت ولا زادت ذرة من عظمة الله.

وبناء على ذلك فأحكامه أما أن تستهدف مصالح الناس أو تبقى بدون هدف، والشق الثاني باطل لأنه عبث، والله تعالى مزره من أن يعمل عبثاً، فيثبت الاول وهو المطلوب.

شروط العمل بالمصلحة

يشترط لصحة العمل بالمصلحة والاستدلال بها على وجود الحكم وكشفه أن تتوافر فيها الشروط التالية:

- ١- أن تكون مندرجة تحت مقاصد الشارع بأن تكون راجعة أما الى المصالح الضرورية أو الحاجية أو التحسينية، فالمصلحة الشرعية التي تعتبر مصدراً لاكتشاف الحكم هي المصلحة المعتبرة وليست المرسله كما ظن أكثر الاصوليين لانه لا يوجد في شرع الله مصلحة مرسله غير خاضعة لعلم الله وبالتالي لاعتباره لها أو عدم اعتباره، فجميع المصالح أما معتبرة عند الله اذا رجعت الى قسم من الاقسام الثلاثة المذكورة وأما مهمله وغير معتبرة - وهي ما عدا المعتبرة عند الله - سواء أكانت معتبرة عند الناس أم لا.
- ٢- عدم معارضتها لنص تكون دلالته على الحكم قطعية^(١)، أما اذا تعارضت مع نص تكون دلالته على الحكم ظنية بان يكون عاماً لم يقصد عمومه أو مطلقاً لم يكن اطلاقه مراداً، فعندئذ يعمل بالمصلحة فيخصص بها العام ويقيد بها المطلق، وبالتالي تعتبر بيانا لمراد الشارع، ولعل هذا هو قصد العلامة الطوفي الذي أتهم بالزندقة حين قال (تقدم المصلحة على النص اذا تعارضت معه)، فهو لم يخرج عما سار عليه الاصوليون والفقهاء كما يسأني بحث ذلك^(٢)، ولم يقصد بالتقديم أهمال النص وأعمال المصلحة بل أراد أعمالهما معاً.
- ٣- عدم تقويتها لمصلحة أهم منها، فالعمل بمصلحة بقاء عضو مصاب بمرض السرطان والامتناع عن قطعه تقويت لمصلحة أهم وهي بقاء حياة المصاب وأبقاها بمنع انتشار المرض عن طريق قطع العضو.

أهمية المصالح

للمصلحة الشرعية الحقيقية أهمية كبيرة في التفاسير الاجتهادية والتطبيقات القضائية والتشريعات الوضعية والتعديلات القانونية كالاتي:

١- المصلحة وسيلة لتوسيع معنى النص وامتداد مجال تطبيقه ليشمل ما هو منطوق به وما هو مسكوت عنه، لأن كل نص شرعي من نصوص الاحكام يتضمن قاعدة شرعية كلية^(٣) دالة على حكم لما هو مذكور فيه

(منطوق)، فاذا استطاع المجتهد أن يدرك من هذه القاعدة حكمة ومصصلحة حكمها تمكن من أن يطبق الحكم على كل مسألة جزئية يمكن أن تتدرج تحتها في ضوء المصلحة المتوخاة من تشريعها.

٢- المصلحة وسيلة مهمة من وسائل تفسير النصوص الغامضة فاذا كان النص غامضاً لسبب ما لا يجوز للقاضي ان يمتنع من تطبيقه بحجة الغموض بل يجب عليه أن يستعين بالوسائل المعترف بها شرعاً وقانوناً لازالة هذا الغموض، ومن أهم هذه الوسائل المصلحة المتوخاة من تشريع النص الغامض^(١).

٣- العمل بالادلة الشرعية التبعية لاحكام الفقه الاسلامي يرجع في الحقيقة والواقع الى العمل بالمصلحة، وعلى سبيل المثل ذكرنا سابقاً ان القياس استدلال بعلة (مصلحة) حكم مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة.

وكذلك العمل بالاستحسان عمل بمصلحة لاجلها عدل عن القاعدة الكلية في بعض المسائل الجزئية، وهكذا.

٤- النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي تواجه الاسرة البشرية في الماضي والحال والمستقبل غير متناهية، والمتناهي لا يمكن ان يحسب باللامتناهي إلا عن طريق قواعد الكلية ورعاية المقاصد (المصالح) التي شرعت هذه القواعد لاجلها.

٥- والمصلحة مناط تشريع القانون الوضعي وتعديله والغائه، والمشرع في كل بلد من بلاد العالم في التشريع والتعديل والالغاء يتصرف بمقتضى المصالح العليا في هذا البلد.

٦- المصلحة اساس مشترك لتوحيد التشريعات الوضعية في الدول ذوات المصالح المشتركة كالدول الاسلامية والدول العربية في الوقت الحاضر، وكذلك أوروبا الشرقية أو الغربية، ولا يخفى ما لهذا التوحيده من نتائج مهمة في شتى مجالات الحياة.

٧- والمصلحة وغيرها من المصادر التبعية تعد وسائل لارجاع الجزئيات الى كليات النصوص، فهي مصادر كاشفة للأحكام وواسعة الرحاب بحيث لو استعملت بصورة صحيحة لجعلت الفقه الاسلامي مصدراً خصباً لا للقوانين العربية والاسلامية فحسب بل لقوانين دول العالم بأسرها.

الاستحسان

الإستحسان عبارة عن: «عملية إجتهدية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الإستثنائي على العمل بدليل الحكم الاصلي في واقعة معينة إذا وجدته المجتهد احسن بمعيار شرعي».

اساس فكرة الإستحسان في القرآن

ارشد القرآن الكريم الانسان الى العدول من تطبيق الحكم الصعب الى الاخذ بالحكم السهل كلما اقتضى الامر ذلك في آيات كثيرة ومنها:
أقوله تعالى ﴿انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم﴾ (١٣).

ب- وقوله تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه﴾^(١).
ج- قوله تعالى ﴿يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾ اياماً معدودات فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين فمن تطوع خيراً فهو خير له وان تصوموا خيراً لكم ان كنتم تعلمون﴾^(٢).

د- قوله تعالى ﴿يا ايها الذين امنوا اذا تدابرتم بين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾^(٣)، وقوله ﴿وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾^(٤)، وغير ذلك من الايات الاخر من هذا القبيل.

ومن الواضح ان كل اية من هذه الايات تتضمن حكماً احدهما اصلي والاخر استثنائي، فالاولى تدل على ان حكم اكل الميتة ولحم الخنزير وتناول الدم في حالات السعة هو الحرمة لما في ذلك من المضرة الصحية اما في ظروف عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الاباحة بل الوجوب ان توقف عليه إنقاذ الحياة، وتدل الثانية على ان كل ما حرم على الانسان في الحالات الاعتيادية يتحول الى المباح في الحالات الاضطرارية، وتدل الثالثة على ان حكم صيام رمضان في الحالات الاعتيادية هو الوجوب اما في الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة كالمرض والسفر فيرفع الوجوب ويحل محله الاباحة على ان يقضي الصوم بعد زوال العذر واذا استمر العذر كمرض مزمن ولا يرجى زواله او شيخوخة يصعب معها الصيام فالبدل هو الفدية.

ونستنتج من هذه الآيات وامثالها ان اساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه ورفع بعد الوقوع، وفقاً لقوله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٥).

أقضية الخلفاء الراشدين على اساس فكرة الاستحسان

من تتبع المراجع المعتمدة وجد كثيراً من تطبيقات مبدأ الاستحسان في اقضية الخلفاء الراشدين ومنها:

أ- قضاء سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)^(٦)

بالعدول عن العقوبة الحدية لجريمة السرقة ضد الجاني الى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المسؤول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب الجريمة استثناء من قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾^(٧) وقال تعالى ﴿ولا تزر وازرة زرراً﴾، كما في قضية

سرقة عبید لحاطب حين سرقوا ناقة رجل من مزينة - قبيلة - فنحروها، ولما رفع الامر الى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بقطع ايديهم بعد ثبوت الجريمة، ولكن قبل تنفيذ العقوبة قال لسيدهم حاطب: (اراك تجيعهم، والله لاغرمك غرامة تشق عليك)، ثم قال لمالك الناقة: (كم ثمنها؟)، قال: (كنت امنعها من اربعمائة درهم - أي لم ابعها بهذا الثمن)، ف قضى عمر رضي الله عنه بإعفاء العبيد من العقوبة وبالحكم على حاطب بثمانمائة درهم^(١).
ومن قضائه في المعاملات المدنية حكمه بجواز وصية الصغير المميز والسفيه استثناء من شرط اهلية التبرع^(٢).

ب- قضاء سيدنا عثمان بن عفان (رضي الله عنه) في خلافته بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها استثناء من قاعدة عدم التوارث بعد انقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الميراث بموجب قوله تعالى ﴿ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾^(٣).
وقد قضى بتوريث زوجة عبدالرحمن بن عوف تماضر بعد ان طلقها في مرض موته رعاية لمصلحة الزوجة ونسداً للباب امام من تسول له نفسه ان يطلق زوجته في مرض موته ليحرمها من تركته، ولم يعترض احد على قضائه هذا، لذا فاعتبره فقهاء المسلمين اجماعاً سكوتياً^(٤) ومصدراً لحكمهم به، ولم يشذ عن القول بهذا الحكم الاستثنائي احد سوى الظاهرية^(٥).

ج- قضاء سيدنا علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) بتضمين الصناع، والقاعدة العامة الواردة على لسان رسول الله ﷺ: (لا ضمان على مؤتمن)^(٦). ومن الواضح ان يد كل صانع وكل ذي حرفة كالنجار والخياط والنساج والمقاول على المواد الاولية المودعة لديه لصنع ما هو المطلوب منها يد امانة لا يضمن متلفه ما لم يكن متعدياً او مقصراً، ولكن رعاية لمصلحة اصحاب تلك المواد الاولية قضى سيدنا علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) في خلافته بتضمينهم استثناء من القاعدة العامة^(٧).

التطبيقات الفقهية المستندة الى مبدأ الاستحسان

بنى فقهاء المسلمين وبصورة خاصة الحنفية كثيراً من الاحكام الفقهية على الاستحسان ومنها:

١- للاب بيع مال ولده القاصر من نفسه وبيع ماله من ولده القاصر، وللجد تزويج حفيده من حفيده إستثناء من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد (وعدم جواز صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد)، ذلك رعاية لمصلحة القاصر^(١).

٢- اذا ظفر الانسان بجنس (صنفة ونوعه) حقه بمال من ظلمه، فإنه يستقل باخذه فيقوم مقام القابض والمقبض لمسيب الحاجة^(٢).

٣- الإنابة في الشهادة فتقبل الشهادة على الشهادة لعذر، رغم ان الشهادة مأخوذة من المشاهدة^(٣) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٤).

٤- عدم قبول شهادة الاصول لمصلحة الفروع وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الاصول، إستثناء من الإطلاق الوارد في النصوص ومنها قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾^(١) وذلك رعاية لحماية حقوق الناس^(٢).

الذرائع سلسها وقتحها

الدرائع جمع ذريعة، وهي لغة: الوسيلة التي يتوصل بها الى تحقيق غرض مطلق، أي بغض النظر عن مشروعية او عدم مشروعية كل من الوسيلة والغرض الذي يتوصل بها اليه.

وفي اصطلاح الاصوليين له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو اعطاء الوسيلة حكم غايتها⁽¹⁾، فالوسائل التي يكون غاياتها مشروعة تفتح ابوابها امام الناس، اما الوسائل التي تؤدي الى غايات مضره فاسدها او كانت مفاسدها تساوي مصالحها او تزيد عليها فانها تسد ابوابها ويمنع من مزاولتها.

وعدمها تنقسم الى اربعة اقسام:

- ١- كل من الوسيلة والغاية مشروعة.
- ٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعة.
- ٣- الوسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة.
- ٤- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة.

القسم الاول: وسائل مشروعة تحقق غايات مشروعة

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل) لما تؤدي اليها من تحقيق منافع ومصالح عامة، ومن تطبيقاتها مايلي:
أ- تحديد ملكية الاراضي الزراعية وتنظيم الري، وتقديم العون من الخزائنة العامة الى كل من يستثمر الاراضي الزراعية، وتوفير الوسائل الحديثة للحرث والسقي، كل ذلك لغرض تطوير المنتوجات والمحصولات الزراعية من حيث الكم والكيف.

ب- بناء القرى العصرية بحيث تتوفر فيها كافة الوسائل الصحية والاجتماعية والثقافية لغرض تشجيع الهجرة المعاكسة، أي من المدن الى القرى والارياف، لما في ذلك من مصلحة التنمية الزراعية وتأمين الثروة الحيوانية.
ج- مراقبة تطبيق نظام المرور بدقة وتسجيل المخالفات المرورية بالاجهزة الحديثة المتطورة ومحاسبة المخالفين بشدة لغرض حماية سلامة الناس والمحافظة على وسائل المواصلات والاموال العامة مما يتعلق بالشوارع والطرق والجسور.

القسم الثاني: وسائل غير مشروعة يتوصل بها الى غايات غير مشروعة

لاخلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد ابواب كل وسيلة غير مشروعة في ذاتها تؤدي الى نتيجة غير مشروعة بمنع ما لم يرق منها ورفع ما هو قائم، ومكافحتها بكافة الطرق الوقائية والعلاجية، وتقع مسؤولية مكافحة هذه السذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها على الدولة بالدرجة الاولى وعلى الافراد بالدرجة الثانية، فهي تدخل في باب الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد امر القرآن الكريم بذلك في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١).
واكد ذلك الرسول ﷺ بافعاله واقواله ومنها: (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الإيمان)^(٢).
ومن تطبيقات الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها ما يلي:

- ومن تطبيقات الذرائع غير المشروعة بذاتها ونتائجها ما يلي:
- أ- منع الاسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية فالمسؤولية في مكافحة هذه الذريعة الخبيثة تقع على المجتمع البشري والاسرة الدولية بأسرها.
- ب- صنع المشروبات والمحصولات المخدرة والاتجار بها من الذرائع غير المشروعة بذاتها وغاياتها، لما فيها من المفسد والمضار الخطيرة بالنسبة للفرد والمجتمع.
- ج- انشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات، فعلى الدولة وبتعاون مع الافراد سد هذه الذرائع التي إعتبرها القرآن من اعمال الشيطان، فقال سبحانه وتعالى ﴿انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾^(٣) فهي إن كانت نافعة من بعض الزوايا المادية الضيقة فإنها مضرة من الناحية الصحية والاجتماعية والاخلاقية والاقتصادية، كما قال تعالى ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس وإنهما اكبر من نفعهما﴾^(٤)، والمراد بالاثم المضرة والمفسدة.

لقسم الثالث الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تحول الى المشروعة لغيرها أي للنتائج المشروعة والمصالح العامة التي يمكن ان تحققها هذه الذرائع في حالات غير اعتيادية، فهذا القسم يدخل في باب جتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة.
من تطبيقات هذا القسم ما يلي:

- العقوبة سواء اكانت بدنية ام مالية، مادية ام معنوية، قبيحة في ذاتها لإنها مضررة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته واولاده وغيرهم، ورغم ذلك اقرتها شرائع الله وقوانين الانسان واعترفت بوجود تطبيقها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة الى ذلك، لأن هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضررتها لما فيها من حماية الامن والإسقرار والمحافظة على الاموال والاعس والسرير والانساب.

ب- الكذب قبيح وقول غير مشروع، فهو مضررة ومفسدة في الظروف الاعتيادية، لكن قد يصبح حسناً مشروعاً اذا حقق غاية مشروعة ومصلحة راجحة على مفسدته، كما في الكذب الذي ينفذ ضعيفاً من ظلم قوي ويحمي عرضاً معرضاً للتهتك وغير ذلك..

ج- اكل الميتة ونحوها وتعاطي الدم من الامور الخبيثة القبيحة لذاتها، لكن اذا توقف عليه إنفاذ الحياة يتحول الى المباح بل الواجب.

القسم الرابع الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها .

قد تكون الذريعة مشروعة في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة، كمن يهب مالا لامرأة بقصد بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة باطلة اذا علم الموهوب له بالقصد غير المشروع وللواهب إسترداد المال الموهوب.

وقد قسم علماء الاصول⁽¹⁾ هذا القسم الرابع من الذرائع بإعتبار مدى ترتب النتائج والغايات عليها الى الانواع الثلاثة الآتية:

النوع الاول : هو ان تفضي الوسائل (الذرائع) الى مفسدة (او مضرة) على وجه القطع او الظن القريب منه، وهذا النوع من الذرائع لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء في وجوب سدها ومنعها، ومن تطبيقات هذا النوع :

١- بيع السلاح وقت الفتنة اذا كان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم انه يستخدم في الاعتداء وقتل الابرياء ويكون العقد باطلاً.

٢- بيع المواد الاولية لاصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة وكان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم استخدامها في صنع المسكرات، ويعتبر العقد باطلاً عند اكثر الفقهاء شأنه شأن بيع وشراء المسكرات ذاتها.

النوع الثاني : اجمع الفقهاء على عدم سده كالوسائل التي تكون ذريعة الى تحقيق المصلحة اكثر من ان تكون ذريعة الى المفسدة (او المضرة)، ومن صور هذا النوع:

١- صنع الاسلحة الدفاعية وبيعها في الظروف الاعتيادية، فلا يسد مثل هذه الذريعة لمجرد احتمال استعمالها في العدوان.

٢- زراعة العنب وغيره من الفواكه التي تستخرج منها المسكرات المحرمة، لا تسد ولا تمنع لمجرد احتمال استخدامها من قبل اصحاب معامل صنع المسكرات.

النوع الثالث: اختلف الفقهاء في سده وفتحه، كالذرائع التي تتردد بسين المصحطة والمفسدة: فمن رأى ان المصلحة فيها هي الراجحة على المفسدة قال بفتحها، ومن قال برجحان مفسدتها قال بسدها. ومن صور هذا النوع:

١- قضاء القاضي بعلمه فإنه متردد بين ان تكون وسيلة الى حفظ الحق عندما لا تكون هناك بيينة لاثباته، وبين ان تكون وسيلة لإزهاق الحق عندما يكون القاضي غير خاضع لسلطان الإيمان^(١).

٢- التحليل وهو ان تتزوج المطلقة -للمرة الثالثة- رجلاً آخر بعد انتهاء العدة بتواطئ مضمونه ان يطلقها بعد ان يعاشرها حتى تحل للزوج الاول بعقد جديد، لأن القرآن حرمها على الزوج المطلق للمرة الثالثة ما لم تتزوج من زوج آخر، فقال تعالى ﴿فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٢) والمراد بالزواج في هذه الآية هو الزواج الشرعي الدائم الإعتيادي، وزواج التحليل هو حيلة استخدمت ذريعة في غير غرضها المشروع.

أدلة مشروعية العمل بسد الذرائع

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقرآن والسنة والعقل:

أ- القرآن:

قال سبحانه وتعالى ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾^(١)، فنهى المسلمين في صدر الاسلام عن سب آلهة المشركين مع ان السب مطلوب لما فيه من اذلال المشركين وتوهين صفة الشرك غير انه تترتب عليه مفسدة (سبهم لله).

ب- السنة النبوية:

نهى الرسول ﷺ عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المعارك ضد الاعداء خشية ان يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم.

الاستصحاب

ج- المعقول:

ما أحسن ما قاله ابن القيم (رحمه الله) في تحليله العقلي لسد الذرائع من انه: (إذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به، بل سياسة ملوك الدنيا تآبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد تناقضاً ولحصل من رعيته ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، والا لفسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة التي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟^(٢)).

والتعريف المختار: هو أن الاستصحاب إستدامة حكم سابق في زمان

لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله^(١).

أنواع الاستصحاب

النوع الأول: استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء النافعة للإنسان

النوع الثاني: استصحاب حكم البراءة الأصلية

النوع الثالث: استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي

النوع الرابع: استصحاب صفة معتبرة في الحكم