

الأحكام الشرعية الاستثنائية

وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية

إعداد

عمر محمد هونة

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود صالح جابر

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة

الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية

آيار، ٢٠٠٨م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (الاجتهاد الاستثنائي، وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية)، وأجيزت بتاريخ: ٢٠٠٨/٠٥/١٢م:

التوقيع



مشرفاً ورئيساً

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور محمود صالح جابر،
أستاذ أصول الفقه.



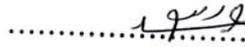
عضواً

الدكتور علي محمد الصوّاء،
أستاذ الفقه المقارن.



عضواً

الدكتور عبد المجيد الصالحين،
أستاذ الفقه المقارن.



عضواً

الدكتور عبد الله الصالح،
أستاذ أصول الفقه، جامعة اليرموك.

الإهداء

إِلَهٍ مِّن مَّرْجَاتٍ مَّخْبُتُهُمَا بِمَاءِ الْجَنَانِ، إِلَهٍ مِّن أَسْرَتِ النَّفْسِ
بِكَرِيمِ فَضْلِهِمَا، وَمَا كَانَ مِنْهُمَا مِنْ جَزِيلٍ إِلَى الْحَسَنِ، إِلَهٍ مِّن
أَقَامَا فَلَيْ النَّفْسِ الْأَوْدَ بِلَيْلِ صَنَائِعِهِمَا وَعَظِيمِ الْإِمْتِنَانِ:

إِلَهٍ رُوحِ الْوَالِدِ الْحَبِيبِ؛ مَغْفَرَ اللَّهِ لِي وَأَنْزَلَ عَلَيَّ شَأْيِيْبَ الرُّضْخِ
وَسَخَائِبَ الرَّحْمَاتِ، وَجَعَلَ هَذَا الْجَهْدَ لِي فَلَيْ مِيزَانَ الْحَسَنَاتِ.

إِلَهٍ الْوَالِدَةِ الْكَرِيمَةِ؛ الصَّابِرَةَ عَلَى الْأَوْءِ وَالضَّجْرِ؛ فَلَيْ الْإِقَامَةِ
وَالسَّفْرِ؛ -حَفِظَهَا اللَّهُ وَأَدَامَ ظِلَّهَا، وَبَلَّغَهَا مَجَامِعَ الْخَيْرِ
وَالْفَضْلِ-

وَاللَّيْ شَيْخِي وَأَخِي الْكَلِيبِ: **عَبْدِ اللَّهِ حَيْرَش**؛ رَمِزًا لِلتَّقَاءِ
رَوْحِيْنَا، وَإِذْ لَعَنَ لِلْمَرْوَةِ الْعَامِرَةَ بَيْنَنَا، وَإِشَادَةً بِالْأَصْلِ الزَّكَاةِ؛
فَمَنْ سَعِدَتْ بِمَعْرِفَتِي، وَأَنَا مُطَوَّقٌ بِأَمْرِ كَرَمِي.

... أُهْدِي ثَمَرَةَ هَذَا الْبَحْثِ الْمَتَوَاضِعِ.

شكر وتقدير

أقدم في افتتاح هذا البحث بالشكر والامتنان لفضيلة أستاذي الكريم: الأستاذ الدكتور: محمود صالح جابر، على تفضله أن قبل الإشراف على هذه الرسالة بدءاً، وعلى ما عمرني به من كرمٍ خلاله أثناء البحث، وعلى جميل توجيهاته وتسادياته التي كان لها الأثر البين في ما آل إليه هذا البحث أخيراً: - فرفع الله قدره وأعلى منزلته في الصالحين، ونفع بعلمه أمة المسلمين.

كما أرفع أسمى عبارات الشكر إلى الأساتذة الفضلاء الذين تكرموا بقبول مناقشة هذه الرسالة، وبذلهم من نفيس أوقاتهم في تقييم البحث وتصويبه؛ حتى يكتمل انتهاء بكرم نصحتهم وتوجيهاتهم، فلهم مني خالص الشكر، ومن الله مضاعفة الأجر وإعلاء الذكر.

والشكر موصول إلى جميع إخواني الذين لم يألوا نصحاً في إسداء يد العون، والشكر وإن خلس بالعرفان، وجرى بضروب البيان؛ فإنه يقصر عن تواتر النعمة بعد النعمة، وتظاهر الفائدة بعد الفائدة؛ فعند الله العطاء الحسن، والثواب الجميل، ولله الحمد من قبل ومن بعد.

فهرس الأخرى

ب	قرار لجنة المناقشة:
ج	إهداء:
د	شكر وتقدير
هـ	المحتويات
ط	الملخص
٠١	المقدمة
٠٤	مشكلة البحث
٠٤	أهمية البحث
٠٦	الخطة المتبعة
٠٧	الدراسات السابقة
١١	منهجية البحث
١٣	الفصل الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي وأدلة مشروعيته ومسالكه:
١٤	المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي
١٦	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد الاستثنائي
٢٥	المطلب الثاني: خصائص الاجتهاد الاستثنائي
٣٠	المبحث الثاني: أدلة مشروعية الاجتهاد الاستثنائي وشواهد اعتباره:
٣١	المطلب الأول: أدلة مشروعية الاستثناء من الكتاب
٣٧	المطلب الثاني: أدلة مشروعية الاستثناء من السنة
٤٤	المطلب الثالث: شواهد اعتبار الاجتهاد الاستثنائي من فقه الصحابة
٥٥	المبحث الثالث: مسالك الاجتهاد الاستثنائي:
٥٦	المطلب الأول: مسلك التأجيل

٥٩	المطلب الثاني: مسلك الإيقاف.....
٦٥	المطلب الثالث: مسلك التعديل.....
٧٢	المطلب الرابع: مسلك التغيير.....
٧٦	الفصل الثاني: أهمية الاجتهاد الاستثنائي في فقه التنزيل وأهم النظريات المنبثقة عنه:.....
٧٨	المبحث الأول: فقه التنزيل وصلته بالاجتهاد الاستثنائي.....
٧٩	المطلب الأول: مفهوم فقه التنزيل، وأهميته.....
٨٢	المطلب الثاني: أسس فقه التنزيل، وبيان موقع الاستثناء فيها.....
٨٧	المطلب الثالث: مراحل فقه التنزيل ومظاهر الاجتهاد الاستثنائي فيها.....
١٠١	المبحث الثاني: أهم النظريات الكبرى المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائي:..
١٠١	المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق.....
١١١	المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.....
١٢٢	المطلب الثالث: نظرية الرخصة.....
١٣٣	الفصل الثالث: الخطط الإجرائية المنتهضة بالاجتهاد الاستثنائي:.....
١٣٥	المبحث الأول: الاستحسان وصلته بالاجتهاد الاستثنائي:.....
١٣٥	المطلب الأول: مفهوم الاستحسان.....
١٣٩	المطلب الثاني: حجية الاستحسان.....
١٤١	المطلب الثالث: وجه الاستثناء في الاستحسان.....
١٤٣	المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق الاستحسان.....
١٤٧	المبحث الثاني: الذرائع وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي:.....
١٤٧	المطلب الأول: مفهوم الذرائع.....
١٤٨	المطلب الثاني: حجية سدّ الذرائع.....

١٥٠	المطلب الثالث: وجه الاستثناء في قاعدة سد الذرائع.....
١٥٢	المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق أصل سدّ الذرائع.....
١٥٨	المطلب الخامس: فتح الذرائع، ووجه الاستثناء فيها.....
١٦٠	المطلب السادس: شواهد الاستثناء وفق فتح الذرائع.....
١٦٧	المبحث الثالث: الرخص وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي:.....
١٦٧	المطلب الأول: القياس على الرخص.....
١٧٤	المطلب الثاني: وجه تعلق الرخص بالاجتهاد الاستثنائي.....
١٧٥	المطلب الثالث: شواهد الاستثناء في الرخص وتوسيع نطاقها بالقياس عليها...
١٨١	المبحث الرابع: مراعاة الخلاف وصلته بالاجتهاد الاستثنائي.....
١٨١	المطلب الأول: مفهوم مراعاة الخلاف.....
١٨٦	المطلب الثاني: أقوال العلماء في مراعاة الخلاف؛ وحكمه.....
١٨٨	المطلب الثالث: وجه الاستثناء في مراعاة الخلاف.....
١٩٠	المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق مراعاة الخلاف.....
١٩٥	الفصل الرابع: مسوغات الاجتهاد الاستثنائي، والقواعد الموجّهة له:....
١٩٨	المبحث الأول: مسوغات الاجتهاد الاستثنائي:.....
٢٠٠	المطلب الأول: ملاحظة علل التشريع ومقاصده.....
٢١٢	المطلب الثاني: الحرص على ضمان التطابق بين النصوص الشرعية وغاياتها.....
٢٢٢	المطلب الثالث: مراعاة الخصوصيات الظرفية والشخصية.....
٢٣٥	المطلب الرابع: مراعاة أحوال المكلفين.....
٢٤٥	المبحث الثاني: القواعد الموجهة للاجتهاد الاستثنائي:.....
٢٤٦	المطلب الأول: قواعد الضرر.....
٢٦٥	المطلب الثاني: قواعد الرفق والتيسير.....

٢٧٩	الخاتمة: وفيها أهم التوصيات والتتائج:.....
٢٨٣	الفهارس:
٢٨٤	فهرس الآيات:.....
٢٨٥	فهرس الأحاديث:.....
٢٨٧	فهرس الآثار:
٢٨٩	فهرس المصادر والمراجع:.....

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى الكشف عن سننٍ تشريعيٍّ أصيلٍ، ورسمٍ اجتهاديٍّ بديعٍ هو الاجتهاد الاستثنائي؛ هذا الأخير له أهمية بالغة في ترشيد الاجتهاد التنزيلي؛ إذ أن الاجتهاد الاستثنائي يتجه انتحاًؤه ساعة أول تطرد الأقيسة العامة والأصول إلى مخالفة مقصود الشرع عند تنزيل الأحكام الشرعية، فيضطرُّ المجتهدُ حالئذٍ إلى اللجأ إلى الاستثناء والعدول عن الاقتضاء الأصلي للحكم إلى حكمٍ تبعيٍّ يكون أجدراً بتحقيق مقصود الشرع، فحيثما غدا العلوق بالأصل مفضياً إلى نقيض مقصود الشرع، تدخّل الاجتهاد الاستثنائي للتخفيف من غلواء طرد الأصول؛ فهو مرفأً واسعاً للمجتهد.

- فجاءت هذه الدراسة كاشفةً عن مفهوم الاجتهاد الاستثنائي وخصائصه، ثم عرّضت إلى أدلة مشروعيته من الكتاب والسنة، وشواهد اعتباره في فقه الصحابة الكرام ﷺ؛ لتتقرر أصالته، ويكون السائر على متنه آمناً مطمئن البال، ومعلوم أن واجب المجتهد النسج على منوال الشريعة؛ فيصدر الاجتهاد عن نفس منطق التشريع، ويحصل بذلك الحفاظ على الوحدة التشريعية المتكاملة.

- كما أبانت الدراسة عن مسالك الاجتهاد الاستثنائي؛ "التأجيل والإيقاف والتبديل والتغيير"، وهذه الأخيرة يلجأ إلى أحدها المجتهد بناءً على اختلاف تشخيصات الواقعة المعروضة التي تتطلب استثناءً؛ والمحدد الرئيس للأنسب من تلك المسالك تلمس مقصود الشرع في الحكم؛ وفق مقتضيات المصلحة والعدل.

- وإبرازاً لأثر الاجتهاد الاستثنائي في واقع التشريع طرقت البحث أهم النظريات الكبرى التي اثبتت عن منطق الاستثناء في الاجتهاد؛ بدءاً بنظرية التعسف في استعمال الحق، مروراً بنظرية الظروف الطارئة بما فيها أحكام وضع الجوائح، والفسخ بالأعذار، وانتهاءً بنظرية الرخصة وأحكام الضرورات.

- ولأنَّ الانفلاتَ والتَّسبُّبَ آيلٌ إلى تَعطيلِ الشَّرِيعَةِ بدعوى المصلحةِ والضروراتِ، ومواكبةِ تطوراتِ الواقعِ-: كان من أهدافِ الدَّرَاسَةِ ضَبْطُ هذا النَّوعِ من الاجتهادِ الخطيرِ، وتقييدهِ؛ فَعَرَضَ البَحْثُ لِلخَطِّ الإِجْرَائِيَّةِ التي تَنهَضُ به؛ كالاستحسانِ والدَّرَائِعِ -فَتْحًا وسدًّا- والقياسِ على الرخصِ، ومراعاةِ الخلافِ، وكلِّها مناهجُ اجتهاديَّةٍ معهودَةٌ في التراثِ الأصوليِّ، مَن ادَّعى الاستثناءَ فهو سائرٌ وَفَقَ إِحداها محكومٌ بضوابطها.

- كما تناولت هذه الدراسة بالكشفِ والبيانِ مسوِّغاتِ العدولِ عن الأصلِ، وموجباتِ الاستثناءِ، وكذا القواعدِ الموجهةِ للاجتهادِ الاستثنائيِّ، كلُّ ذلك ضبَطًا لهذا النَّوعِ الهامِّ والخطيرِ من الاجتهادِ.

مُقدِّمة:

إنَّ أحسنَ ما يُوشَّحُ به صدْرُ الكلامِ، وأجملُ ما يُفصَّلُ به عقْدُ النُّظامِ، حمْدُ اللهِ ذي الجلالِ والإكرامِ، والإفضالِ والإنعامِ، أحمدهُ؛ والحمدُ نعمةٌ منه مستفادَةٌ، وأشكرُ له؛ والشُّكرُ أوَّلُ الزِّيادَةِ، ثمَّ الصَّلَاةُ على خيرِ الأنامِ، المبتعثِ من عُصْرِ الكرامِ، وعلى آلِهِ وأصحابِهِ مصابيحِ الظَّلامِ، وبعد:

فإنَّ العالمَ الذي انبرى لحملِ الشَّرِيعَةِ الغرَّاءِ؛ قائمٌ مقامَ النُّبوءَةِ في الأُمَّةِ، قد اضطربتِ النُّبوءَةُ بين جنبيهِ، غيرَ أنَّه لا يُوحى إليه؛ أن كان رمزاً يرجع الناسُ في معرفة أحكامِ الله ﷻ إليه؛ فقد قال الشَّاطبيُّ: «المجتهد نائبٌ عن الشَّارعِ في الحكمِ على أفعالِ المكلَّفين»^(١).

وعلى هذا؛ لزمه أن يصدُرَ في اجتهاده عن نفسِ المنطقِ الذي تشبَّطت عنه صدفةُ التَّشريعِ الحكيمِ؛ فيسايِرُه ويُسامِتُه؛ حتَّى يتَّسَّقَ ذاكَ المنطقُ ويتكاملُ؛ تشريعاً واجتهاداً، وليس معنى كونِ العلماءِ ورثةَ الأنبياءِ؛ إلاَّ أنَّهم يَنهَجُونَ مناهِجَ الشَّرْعِ في التَّشريعِ، فوجب على المجتهد أن يتقرَّى أحكامَ الشَّرْعِ، ويتعرَّفَ إلى مقاصدهِ العِظامِ، ليصيرَ على بصيرةٍ بوضعِ الشَّرِيعَةِ.

تلك الشَّرِيعَةُ التي أنزلتَ قَصداً إلى اهتداءِ حياةِ النَّاسِ بنورها، في مختلفِ شعابها ومناحيها-: فاخترتَ لأهلها أنظمتَ مُحكَمَةً تهديهم عند التياثِ الظُّلمِ، بيدَ أن تلكَ الغايةَ لا تغدو مُثمرةً في ترشيدِ واقعِ النَّاسِ؛ إلاَّ باجتهادٍ مُتبصِّرٍ بالمنهجيةِ السليمةِ في استكشافِ الأحكامِ الشرعيَّةِ -فهماً وتنزيلاً-؛ فمن ثَمَّةِ أمسى الاجتهادُ التشريعيُّ محكوماً بمرحلتين: مرحلةَ الفهمِ التي تتغيَّ استكشافَ الحكمِ الشَّرْعِيِّ مفهومًا في ضوءِ حكمةِ تشريعه؛ ونتائجُ هذه المرحلةِ: أحكامٌ عامَّةٌ مجردةٌ^(٢).

() : (/) :

() : « : (/) .

()

ومرحلة التَّنْزِيلِ التي تقصد إلى تطبيق تلك الأحكام على وقائع مختلفة؛ بما يحقق مقصود الشرع فيها، فينظر المجتهد إلى حافات القرائن والأحوال، حريصاً على التوافق بين التشريع النظري والتطبيق الواقعي؛ فذاك هو ضمان سلامة التطبيق؛ وقد نوّه الشاطبي بأهمية هذا الاجتهاد؛ فقال: «ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد؛ لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك منزلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مُطلقة؛ وإنما تقع مُعيّنة مُشخصّة؛ فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام... وكلّه اجتهاداً»^(١).

وإنّ الموجة الرئيس في عملية الاجتهاد التنزيلي هو لحظ المآلات؛ فبه يتبصر المجتهد بما ينجر عن تنزيل الحكم - العام المجرد - على الواقع المعروض؛ بظروفه وملاساته -؛ فإن كان تنزيله على هذا الوجه آيلاً إلى تحقيق مقصد الشارع من تشريعه؛ أمضاه على اقتضائه الأصلي. وإن كان في ذلك الإجراء تخالف بين الحكم ومقصوده، أو استتبع مفساداً رايية عن مصلحة تنزيله وفق اقتضائه الأصلي -؛ فإنّ المجتهد يعدل بتلك الواقعة عن اقتضائها الأصلي إلى حكم تبعي؛ يكون أقدر على تحقيق مقصود الشرع فيها، باللجأ إلى الاجتهاد الاستثنائي، بأحد مسالكه ناهجاً خطة من الخطط الإجرائية التي تنتهز به، مسترشداً بقواعد شرعية توجّهه^(٢).

ذلك أن الاستثناء والعدول عن الأصول ملحوظ في الشريعة ذاتها، وقد قرّر العز قاعدة المستثنيات، وقال في مطلعها: «اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وأجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملاسته مشقة شديدة أو مفسدة تُربّي على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد في الدارين أو في

() : (/) .

() :

أحدهما، تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة، أو مصلحة تُربي على تلك -: وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق ... وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات»^(١).

ولقد استقر أنفاً وجوب انتحاء المجتهد نحو المشرع في وضعه للشريعة، مساوفاً وضع المشروعات في اجتهاده؛ مما قد يقتضيه إلى الاجتهاد الاستثنائي؛ منعاً لمغالاة تطرد الأصول والأقيسة العامة في أحوال ووقائع تندُّ لخصوصية فيها، عن أن تنصلح بالحكم الأصلي لها؛ ولهذا قال ابن رشد -مُبيناً عن مُنطلق الاستحسان وهو من صميم الاجتهاد الاستثنائي- «أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه؛ فيُعدّل عنه في بعض المواضع؛ لمعنى يؤثر في الحكم، يختص به ذلك الموضع»^(٢).

وقد قال الشاطبي: «الأصل إذا أدى القول بحمله على عموميه إلى الحرج أو إلى ما لا يمكن شرعاً أو عقلاً؛ فهو غير جار على استقامة ولا اطراد؛ فلا يستمر الإطلاق ... وفي ضمنه تدخل أحكام الرخص؛ إذ هو الحاكم فيها ... ومن لم يلاحظه في تقرير القواعد الشرعية لم يأمن الغلط»^(٣)، وهذا ما يفسر قول الإمام مالك -رحمه الله-: «الاستحسان تسعة أعشار العلم، ولا يكاد المُغرق في القياس إلا يُفارق السنة»^(٤).

فإذا أدت اللحاظ في مواقع التشريع؛ تلتقى جماعه العدل والمصلحة، مُصوِّراً ذلك في تصاريح الأحكام جزئياً و كلياً، ما جرى فيه على مقتضى الأصول أو ما كان استثناءً.

() : (/) .

() : (/) : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

مؤكدة البحث:

ومن ثمة؛ سيجيء البحث - بحول الله ﷻ - على الكشف عن حقيقة هذا الاجتهاد،

وضوابطه، ومدى اعتبار الشرع له، وتتلخص إشكالية البحث فيما يلي:

١-: ما مدى اعتبار الشرع للاجتهاد الاستثنائي؟ وما مدى لحظ الصحابة ﷺ والأئمة
الأعلام له في اجتهاداتهم؟

٢-: ماهي مظاهر الاجتهاد الاستثنائي في فقه التنزيل؟ وما هو أثره في واقع التشريع؟

٣-: ما هي الخطط الشرعية المنتهضة به؟

٤-: ما هي المسوغات التي تقتضي الاستثناء والعدول عن الأصل؟ وما هي القواعد
الشرعية التي توجّهه؟

أفق البحث:

وعلى هذا؛ تبدى أهمية بحث "الاجتهاد الاستثنائي" فيما يأتي إجمالاً:

١-: ترشيد الاجتهاد التنزيلي؛ قصداً إلى سلامة تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع، وفق
منهجية متسقة، توائم بين الأحكام الشرعية في ظل مقاصدها؛ والوقائع المشخصة؛ حتى
يسلم المجتهد من التنزيل الآلي للنصوص؛ والذي شأنه الحتمي الوقوع في الزلل والخطأ.

٢-: ضبط الاجتهاد الاستثنائي، وحفظه من أن يزيغ وينحرف عن حقيقته؛ ذلك أن هذا
الاجتهاد تبلغ فيه درجة الخطر مبلغاً عظيماً؛ فيقدر أهميته وفائدته يعظم خطر الخطأ فيه -
والغنى بالغرم-، إذا ما تقحّمه من لم يتأهل له، وخلا من ضوابطه وموجّهاته؛ فهو ساعتئذ
موصول إلى ظلمات تعطيل الشرائع تحججاً بالاستصلاح، والانفلات من أحكامها بدعوى
الاستثناء!! تحت كساء الحاجة والضروورات.

ولنهج طريق الاجتهاد الاستثنائي مسالك ومدارج، ولتحصيل ثمرته مراقي ومعارج؛ من رقي فيها درجاً بعد درج؛ ظفرت يدها بمفاتيح أغلاقه، وملكت كفاه نفائس أغلاقه، ومن أخطأ مرقاة من مراقه، بقي في كد الكدح غير ملاقه، بل تحبب حبب العشواء، تائها في عمية الأهواء، يتطلب الشفاء في غير دواء، كالقابض بيديه على الماء!

فترى الناس حول ذلك أحد رجلين: رجل رافض له رفضاً باتاً؛ لما رآه من انفلات بدعوى الاستثناء والضرورات، وآخر يستثني من غير قيد ولا ضابط ولا موجه؛ فخرق ثوب الشريعة؛ متدرباً بالاستصلاح ومدعياً منهج الاستثناء!!! وقد أجاد الشاطبي قاله إذ قال: «فإن الاقتصار به على محال النصوص نزعة ظاهرية، والانحلال في اعتبار ذلك على الإطلاق خرق لا يرقع، والاقتصار فيه على بعض المحال دون بعض تحكّم ياباه المعقول والمنقول-: فلا بد من وجه يُقصد نحوه في المسألة؛ حتى تتبين بحول الله»^(١).

وضاع الحق بين الإسراف والتقتير، وكلا طرفي الأمر ذميم، وخير الأمور الوسط، وفي كلتا الحالتين ضرر كثير، وهناك حالة أخرى ينجبر بها الجناح الكسير؛ وهي دراسة هذا النوع من الاجتهاد دراسة علمية تعرض إلى شرعيته واعتباره، وتحدد خطته الإجرائية، وتبين مسوغاته وموجباته؛ وأرجو أن تكون هذه الرسالة جهداً في هذا المشروع الهام المتكامل.

٣-: الحفاظ على تكامل الوحدة التشريعية وأتساق منطقتها التشريعي، فقد سلف أن منطق الاستثناء مبثوث في تصاريف التشريع، والمجتهد مطلوب بمسايرة وضع الشريعة، والنسج على منوالها في اجتهاده؛ ليستد نظره؛ ويتكامل التشريع ويتناغم في وحدة متسقة - تشريعاً واجتهاداً-.

٤-: إيجاد صياغة منهجية لتطبيق الأحكام الشرعية في ظل مستجدات الواقع الراهن ونوازلها، حتى يواكب طرح المسلمين لمشروعهم الإسلامي التغيري-: مستجدات الواقع،

() (/) .

والتطوّر الحادث في شتى مجالاته؛ إذ "القصدُ إغاثة المسلمين ببلالةِ تشريعِ مصالحهم الطّائرة متى نزلت الحوادث، واشتبكت النّوازل" (١).

ولذلك؛ جاءت هذه الدّراسة الموسومة بـ: «

محاولةً في تأصيلِ هذا النوعِ من الاجتهاد، بدءاً بتجلية حقيقته وخصائصه، وأدلة مشروعيته، ومدى لحظِ علمائنا لهذا النوع من الاجتهاد، ومن ثمّة إبراز أهميته في فقه التنزيل وكذا أثره في واقع التشريع بعرض أهمّ النظريات المنبثقة عنه. ومحاولة إلى ضبطه جاء الحديث عن خططه الإجرائية وهي مناهج أصولية معهودة، ثمّ يطرق البحثُ مسوغات الاستثناء في النّظر الاجتهاديّ وأخره يعرض إلى القواعد الموجّهة للاجتهاد الاستثنائيّ.

الظلمة المتبعة بكتابة البحث.

الفصل الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي وأدلة مشروعيته وشواهد اعتباره ومسالكه:

المبحث الثاني: أدلة مشروعية الاجتهاد الاستثنائي وشواهد اعتباره:

المبحث الثالث: مسالك الاجتهاد الاستثنائيّ:

الفصل الثاني: أهمية الاجتهاد الاستثنائيّ في فقه التنزيل وأهم النظريات المنبثقة عنه:

المبحث الأول: فقه التنزيل وصلته بالاجتهاد الاستثنائيّ.

المبحث الثاني: أهم النظريات الكبرى المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائيّ:

الفصل الثالث: الخطط الإجرائية المنتهضة بالاجتهاد الاستثنائيّ:

المبحث الأول: الاستحسان وصلته بالاجتهاد الاستثنائيّ:

المبحث الثاني: الذرائع وصلتها بالاجتهاد الاستثنائيّ:

المبحث الثالث: الرّخص وصلتها بالاجتهاد الاستثنائيّ:

() : (/) .

المبحث الرابع: مراعاة الخلاف وصلته بالاجتهاد الاستثنائي
 الفصل الرابع: مسوغات الاجتهاد الاستثنائي، والقواعد الموجّهة له:
 المبحث الأول: مسوغات الاجتهاد الاستثنائي:
 المبحث الثاني: القواعد الموجّهة للاجتهاد الاستثنائي:

الدراسات السابقة:

سبقت هذا الموضوع دراسات لها متعلّق ببعض جوانبه، أعانت الباحث على طُرُق بعض مباحث الرسالة، بيد أنها لم تكن منصبّة على ذات الموضوع بشكل مباشر، وإنما لها به وصلٌ في بعض مباحثه، ومن أهمّ تلك الدراسات:

١-: المعدول به عن القياس، حقيقته وحكمه، للدكتور: عمر بن عبد العزيز:

حيث تناول فيه المؤلّف مفهوم المعدول به عن القياس، وموقف العلماء منه، ثم أعقبه بتطبيقات للمعدول به عن القياس، وختم البحث بثمرة الخلاف فيه.

وهو كتاب له تعلّق واضح بالموضوع من حيث التدرّج للاستثناء كسُننٍ معهودٍ في التشريع؛ أن كان المعدول به عن القياس من أجل مظاهر الاستثناء في الشريعة، وقد بحثه المؤلّف بتطبيقاته، وثمرة الخلاف في اعتباره.

غير أن هذا الكتاب لم يتعرّض إلى جوهر هذه الدراسة التي تتغيّر إيضاح منهج الاستثناء كمسلك اجتهاديّ، يكون النسج فيه على منوال السنن التشريعيّ، علاوة عن كون المعدول به عن القياس لا يشمل جميع نواحي الاستثناء، فهو وإن كان حاوياً للرخص والاستحسان، فليس يدخل فيه مبدأ الذرائع، وهذا الأخير من الخطط الإجرائيّة للاجتهاد الاستثنائيّ.

٢-: المعدول به عن القياس، -دراسة تطبيقية مقارنة- لعلماد أبو صنف:

وأصل هذا الكتاب رسالة ماجستير أعدها الباحث بإشراف الأستاذ الدكتور محمود جابر في الجامعة الأردنية:

وهذه الدراسة تناولت نفس محاور البحث الأول للدكتور عمر عبد العزيز، زائداً عنه مبحثاً عرض فيه إلى علاقة المعدول به عن القياس ببعض القواعد الشرعية كالاستحسان والمصالح والرخص والعرف والضرورة، وقد جاءت على وجه الاختصار والقصد.

فهذه الدراسة تتعلق بالموضوع -محلّ البحث- من حيث التدرُّج لأصالة هذا الرسم في معهود الشرع، ولم يدرس منهج الاستثناء كسنن تشريعيّ بخصائصه ومسوغاته وموجّهاته وخطه الإجرائيّة، وما قيل في الدّراسة السابقة يقال في هذه؛ من جهة ما تمتاز به الدّراسة -محلّ البحث- عن هذه الرّسالة.

٣- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، للأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني:

وهذا الكتاب الجليل، تناول مناهج الاجتهاد بالرأي، وقد يبدو بادئ الرأي أنه يبعد عن الموضوع، وهو في العموم كذلك؛ غير أنّ من فوائده النفيسة وإشارات الرّائعة؛ أن نبه إلى قاعد الاستثناء في المنهج التشريعيّ، ومدى تعلّقها بخطّ تشريعيّ كالاستحسان وسدّ الذريعة، وذلك أثناء حديثه عن المخصّصات وبالأخصّ "التخصيص بالمصلحة".

فكانت هذه الإشارات تخدم الموضوع في بعض جوانبه؛ غير أنها جاءت باختصار شديد ولا غضاضة فليس المجال مجال بسط لها وتكفي الإشارة ليجيء بعض الباحثين فيفصّل ويؤصّل، وأرجو كون هذه الدراسة من جملتها.

٤-: في فقه التدين فهما وتنزيلا، للأستاذ الدكتور عبد المجيد النجار:

وهذه الدراسة المفيدة جاءت مرشدة إلى المنهج السليم في التعامل مع أحكام الشرع، بدءاً بمرحلة الفهم ثم مرحلة التنزيل؛ فذكر أصولاً لمرحلة الفهم وأخرى لمرحلة التنزيل، ولا شك أن الاجتهاد الاستثنائي له تعلق كبيرٌ بمرحلة التنزيل، فبعد مرحلة الفهم لا بد من

اعتبار المآل؛ وعندها قد يستوجب اتساق المنطق التشريعي اجتهادا استثنائيا؛ تبعا لمقتضيات العدالة والمصلحة، هذا ما أفاده الأستاذ في كتابه الجليل، وإن كانت في صفحات قليلة؛ لكنها إشارات جد مفيدة.

بيد أن هذه الدراسة بطبيعتها دراسةً فكريّةً، لا تقصد إلى تأصيل ولا تدليلٍ إلا لما؛ فركّزت على إعطاء خطواتٍ منهجيّةٍ وأدبيّاتٍ في التعامل المنهجيّ مع الحكم الشرعيّ؛ فلم تكن دراسةً علميّةً مستوعبةً شاملةً - من الجانب الشرعيّ التأصيلي -؛ فاستوجب أن يبحث هذا الأمر في دراسةٍ مستقلةٍ تهتم بالاجتهاد الاستثنائي، تأصيلا وتدليلا؛ وهذا ما تنغيه الدراسة محلّ البحث - بإذن الله -.

٥- :المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة الإسلامية في الواقع الإسلاميّ الراهن،
للأستاذ الدكتور عبد المجيد النجار:

وأصل هذا الكتاب محاضرة ألقاها الدكتور بالجزائر سنة: ١٩٩٠ م. في مؤتمر بعنوان قضايا المستقبل الإسلامي، تناول فيها منهجية التعامل مع النص الشرعي بمرحلتيه الفهم والتنزيل، لكنه ركز على الشقّ الثاني - فقه التنزيل؛ مما له تعلق بموضوعه، فذكر شروط التطبيق وضوابطه ليسلم من الزلل والخطأ، رابطا ذلك بطبيعة الواقع الراهن للمسلمين.

وجاء في طبيعته الدراسات الفكرية مما يليق بالمقالات التي تحتاج إلى دراسة تأصيليّة شرعية تكملها، ولا يخفى تعلّقه بموضوع الرسالة؛ إذ الاجتهاد الاستثنائي أحد مستوجبات مراحل فقه التنزيل، في ظلّ ظروف معيّنة تستدعيه، ولعل ما قيل في كتابه السابق يقال في هذا.

٦- :اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات للأستاذ الدكتور: عبد الرحمن السنوسي، طبعته دار ابن الجوزي سنة: ١٤٢٤ هـ.

وهذا الكتاب أصله رسالة ماجستير للأستاذ، وهو كتاب نفيس ومفيد جدا؛ عرض إلى هذا الأصل الجليل حقيقة وتحليلا واعتبارا، كما أبان عن الخطط الإجرائية التي تنتهض به، وله تعلق شديد بموضوع البحث؛ إذ اللّحظ المآلي هو الذي يرشد المجتهد إلى ضرورة السير على الأصل، أو العدول عنه إلى اجتهاد استثنائي بما تتقاضاه العدالة ووحدة المنطق التشريعي، كما أنه في بعض خططه يلتقي مع الخطط الإجرائية للاجتهاد الاستثنائي.

ولكنّه لم يعرض إلى الاجتهاد الاستثنائي تأصيلا واستدلالات، وليس ذلك مجاله؛ فكانت هذه الدراسة أكثر تفصيلا وتخصيصا في موضوع الاجتهاد الاستثنائي من حيث خصائصه واعتباره ومسوغاته وموجهاته.

وهناك كتب درست بعض الخطط الإجرائية التي تنتهض بالاجتهاد الاستثنائي؛ مفردة منها كالبحوث التي تناولت الاستحسان ومبدأ الذرائع والرخص ومراعاة الخلاف، وهي بحوث كثيرة، ولائح من عناوينها أنّ لها تعلقا بالموضوع في جانب منه، وهو مباحث الخطط الإجرائية كما هو واضح من الهيكل التنظيمي للموضوع.

ما تتميز به هذه الدراسة عن سابقتها:

لا شك أن هذه الرسالة تفيّد من الدراسات السالفة في ما تعلق بها في محلّه؛ بيد أنها تمتاز عنها بما يأتي:

١-: غالب الدّراسات التي تناولت المعدول به عن القياس إنما بحثته من الاختلاف الواقع في إطلاقه ما بين منكر له ومثبت؛ بينما تناول هذه الرسالة المنهج الاجتهاديّ الناسج على منوال المعدول به عن القياس وإنما يذكر المعدول به عن القياس فيها للتدليل على أصالة هذا النهج الاجتهادي؛ أن كان له معلّم جليّ في الشرع ذاته وهو المعدول به عن القياس.

أما الخلاف الوارد في إطلاقه فلا أراه يعدو الخلاف اللفظي إذ المنكرون له يقصدون أن المعدول به عن القياس هو داخل تحت أصل آخر كلي، وهذا لا ينكره المثبتون. وسيأتي مزيد بيان عن ذلك في تصاريف الرسالة.

٢-: أما باقي الدراسات فكانت تعنى بجزئيات في الموضوع كالخطط الإجرائية؛ والنظريات المنبثقة عنها؛ لكن هذه الرسالة جمعت تلك الجزئيات لسبب معانٍ ومعالمٍ كلية، تجمعها تحت باب الاستثناء؛ ليعرض الموضوع عرضاً كلياً من حيث تشكيله للاجتهد الاستثنائي، أو من حيث تجلية وجه الاستثناء فيه.

٣-: ستعرض هذه الدراسة إلى بعض الجوانب التي لم تذكر في تلك الدراسات؛ كالكشف عن مسوغات الاجتهاد الاستثنائي وموجهاته، ومظاهر الاجتهاد الاستثنائي في فقه التنزيل، وهذا مما يمتاز به هذه الدراسة عن تلك الدراسات المفردة في بابها.

المنهجية (تتبعاً لربيع).

اتبعت في إعداد هذا البحث المنهج التحليلي في أغلب المباحث وبالأخص "الدراسة التفسيرية"، في بيان خصائص هذا الاجتهاد، وكذا لحظ الخطط الإجرائية المنتهضة به، مع تحليلها وبيان وجه ارتباطها بالاستثناء.

وأما تجلية أثر الاجتهاد الاستثنائي في فقه التنزيل وبيان أهميته فيه؛ فالتبّع فيه الطريقة الوظيفية والتي تُعنى بدراسة العلاقات التأثيرية والتأثيرية بين القضايا، والمتفرعة عن الأسلوب الحوارية، كما اعتمدت قواعد المنهج التوثيقي في نقل المعلومات والآثار وعزوها إلى مصادرها؛ وفقاً لما يأتي:

١-: عزو الآيات القرآنية إلى سورها بأرقامها، وكذا تخريج الأحاديث النبوية التي وردت في الرسالة، فإن كانت في الصحيحين أو أحدهما، أو في موطأ مالك - مما لم ينص

الحفاظُ على ضعفه - اكتفيت بالعزو إليها، وإن لم تكن فيهما ذكرت من خرّجها، دون التزام استيعابهم، مع ذكر الحكم على الحديث.

٢:- الحرصُ على توثيق المسائل الأصولية أو الفقهية المنقولة، وذلك بعزوها إلى مصادرها، مع بيان رقم الجزء والصفحة، مع التزام توثيق الأقوال من كتب أصحابها مباشرة ما أمكنني ذلك.

٣:- لم أترجم للأعلام؛ على أن غالبية المذكورين من الأعلام المشهورين.

٤:- أثبتُّ فهرسَ علميةً في آخر الرسالة على النحو التالي:

فهرستُ الآيات الواردة في الرسالة ورتبتها حسب ترتيب المصحف.

وفهرستُ الأحاديث والآثار ورتبتها ترتيباً هجائياً.

وفهرستُ المصادر والمراجع المعتمدة مرتبةً ترتيباً هجائياً حسب اسم مؤلفها.

هذا؛ وقد بذلت في البحثِ جُهدِي المستطاع، ولا أدعي فيه كمالاً ولا ما قاربه، ولكن عذري أنه جُهد العبدِ المعترفِ بالعجز والتقصير، فما كان فيه من صواب فمن الله وله الحمد والمنّة، وما كان فيه من زلل وخطأ فمن نفسي والشيطان، وبتوجيهات الأساتذة الكرام يكتمل النقص بإذن الله، وصدق القائل:

وإن تجد عيباً؛ فسُدّ الخللاً فجلاً من لا عيبَ فيه وعلاً

من ذا الذي سوى الرسولِ كاملُ أو مُجمعت لغيره الفضائلُ

والله أعلم بالصواب، والحمد لله رب العالمين، وما فيه الخير والفضل والبرهان، وصلى الله وسلم على النبي الكريم،
والله وصحبه والتابعين، ونابعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الفصل الأول:

حقيقة الاجتهاد الاستثنائي وأدلة مش وعينه وشواهد اعتماره
ومسالكه:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستثنائي.

المبحث الثاني: أدلة مشروعية الاجتهاد الاستثنائي وشواهد اعتماره.

المبحث الثالث: مسالك الاجتهاد الاستثنائي:

المبحث الأول:

حقيقة الاجتهاد الاستثنائي:

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد الاستثنائي:

قبل الولوج في تصاريف مباحث الموضوع؛ يتعيّن الوقوف على مفهوم "الاجتهاد الاستثنائي" عند أهل اللسان العربي، وكذا في اصطلاح أهل العلم، فكان لزاماً على الباحث أن يُبين عن مفهوم هذا التركيب الوصفي، المُؤسّس على كلمتين: "الاجتهاد" و"الاستثنائي"، وعليه فإنّ ساطرُق بالبحث والنظر كلاً من الكلمتين في اللغة والاصطلاح؛ لأخّص إلى تحديد معنى هذا التركيب الوصفي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

أولاً: الاجتهاد في اللسان العربي:

الاجتهاد مشتق من الجهد والجهد، قال الزبيدي: «والتَّجَاهُدُ: بذلُّ الوُسْعِ والمَجْهُودِ كَالاجْتِهَادِ افتعالٌ من الجَهْدِ»^(١).

قال ابن منظور: «الجهدُ والجهدُ الطّاقة... وقيل الجهدُ المشقةُ والجهدُ الطّاقة»^(٢).

وفيه قال ابن الأثير: «وهو بالضمّ: الوُسْعُ والطّاقةُ وبالفَتْحِ: المَشَقَّةُ، وقيل المُبَالِغَةُ

وَالغَايَةُ. وقيل: هُمَا لُغَتَانِ فِي الوُسْعِ والطّاقَةِ، فَأَمَّا فِي المَشَقَّةِ وَالغَايَةِ فَالْفَتْحُ لَا غَيْرَ»^(٣).

() : (/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) :

(/) :

فلاجتهاد يطلق على ما فيه كُلفَة ومَشَقَّة، وبذلٌ للوسع؛ في تطلُّبِ حصولِ أمرٍ وغاية؛ قال الرَّبِيدِيُّ: «الاجتهادُ: بذلُ الوُسْعِ في طلبِ الأمرِ» () .

ثانياً: الاستثناء في اللسان العربي:

الاستثناء على وزن استفعال؛ هو في اللُّغة مصدر استثنى يستثني ممشتق من الثَّني، والتاء والسين زائدتان () .

قال الفيومي: «الاستثناء؛ استفعال من ثنيت الشيء أثنيه ثنياً» () ، وقال ابن منظور: «ولا ثنية ولا مثنوية ولا استثناء؛ كله واحدٌ وأصل هذا كله من الثَّني» () .

والثَّنيُّ يجيء في اللسان العربي على معانٍ متقاربة؛ منها:

١- الرَّدُّ، والكفُّ، قال الفيروزآبادي: «ثنى الشيء كسعى: ردَّ بعضه على بعضٍ فَثَنِيْ وَأَثَنِيْ» () ، وجاء في اللسان: «ويقال ثني الثوب لما كُفَّ من أطرافه، وأصل الثَّني الكفُّ وثني الشيء جعله اثنين» () .

٢- الصَّرْف؛ تقول ثنيتُه عن حاجته، إذا صرفته عنها.

قال ابن منظور: «وثنيتُه أيضاً صرَفْتُه عن حاجته وسمعت أعرابياً يقول لراعي إبلٍ أوردتها الماءَ جملةً؛ فناده: "ألا واثنٍ وُجوهها عن الماء، ثم أُرْسِلَ مِنْهَا رِسْلاً رِسْلاً"؛ أي

() : (/) : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

قطيعاً، وأراد بقوله: اثنِ وجوهها؛ أي اصرف وجوهها عن الماء، كيلا تزدحم على الحوض؛ فتهدمه»^(١)، وقال الفيومي: «ثنيته عن مراده إذا صرفته عنه»^(٢).

٣-: العطف، والمولاة؛ بجعل الشيء ثانياً وتابعا لسابقه؛ تقول: ثنيتُ الحبلَ إذا عطفته بعضه على بعض، ويقال: ثنيتُ الثوبَ فانثنى، إذا عطفته فانعطف^(٣).

٤-: والاستثناء المحاشاة؛ استثنيت الشيء من الشيء حاشيته؛ قال الزبيدي: «واستثنيت الشيء من الشيء حاشيته، قال الراغب: «الاستثناء إيراد لفظ يقتضي رفع بعض ما يوجبه عموم اللفظ»^(٤).

هذه أهمُّ إیرادات الاستثناء عند أهل اللسان.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

أولاً: الاجتهاد في الاصطلاح:

تباينت تعريفات أهل الأصول للاجتهاد، وتمايزت عباراتهم فيه؛ بناءً على افتراقهم في النظر إلى تكييف الاجتهاد؛ هل هو فعل المجتهد أم صفة قائمة به؟ فمن ذهب إلى جعله فعل المجتهد؛ وهؤلاء صدروا تعريفاتهم؛ بـ: "بذل أو استفراغ الوسع"، ومن معتبراً بأنه صفة قائمة بالمجتهد؛ فكان طالع تعريفه: "الاجتهاد ملكة..."^(٥).

() : (/) : (/) :

() : (/) :

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

وتجنباً للإسهاب والإطالة في سرد التعريفات، وجليب الاعتراضات، وحذراً من تكرار جهد مبذول ممن كتب في موضوعات الاجتهاد، وهم أكثر؛ ارتأيت ألا أطيل في هذا، وأكتفي بتعريف أستلوح وجاهته، وسلامته من الاعتراض، وهو تعريف الزركشي؛ فقد قال في حده: «بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط»^(١).

فقوله: "بذل الوسع" أي استفراغ تمام الطاقة بحيث يُحس المجتهد من نفسه العجز عن مزيد طلب؛ ويخرج عن أن يكون مقصراً.

وقوله: "الشرعي" قيدٌ يخرج به الحكم اللغوي والعقلي والحسي؛ فلا يُسمى عند الفقهاء والأصوليين اجتهاداً.

وقوله: "بطريق الاستنباط" قيدٌ يُخرج به بذل الوسع في نيل تلك الأحكام من النصوص ظاهراً، أو بحفظ المسائل، أو بالكشف عنها من الكتب وغير ذلك؛ مما لا يُعدُّ اجتهاداً في الاصطلاح^(٢).

ثانياً: الاستثناء في الاصطلاح:

قبل تعريف الاستثناء في اصطلاح البحث -محل الدراسة-؛ تجمل الإشارة إلى مصطلح الاستثناء عند الأصوليين، ومصطلح المعدول به عن القياس، الذي يقترّب في معناه من مراد الاستثناء في البحث-؛ فسأعرج باختصار وإيجاز على تلكم الإطلاقات؛ لئلاً يستشكل أمرها على القارئ؛ مُعقّباً إياها ببيان المراد بالاستثناء في هذا البحث:

١/-: الاستثناء عند الأصوليين:

() : (/) .

() : (/) .

يطرق الأصوليون موضوع الاستثناء في مباحث التخصيص غالباً؛ وبالتحديد في المخصصات المتصلة - غير المستقلة-، ومن جملة تعاريفاتهم له: تعريف الغزالي وفيه: "قول ذو صيغٍ مخصوصةٍ محصورة، دالٌّ على أنَّ المذكور به لم يُردِّ بالقول الأول" (١)؛ وعرفه ابن الحاجب بقوله: "إخراج بإلا وأخواتها" (٢).

ولأهل الأصول كلام في الاعتراضات الحديثة والاستشكالات التي يعيها أهل صناعة الحدود على كلِّ حدٍّ؛ ولهم فيها كلام طويلٌ؛ ولأنَّ هذا البحث لا يراد بالاستثناء فيه ما أراده الأصوليون في إطلاقهم؛ ارتأى الباحث ألا يُقجم تعريفاتهم في البحث، وإنَّما لكون هذا المصطلح شاع عند الباحثين في علوم الشرع في ذلك أحببت أن أشير إليه باختصار.

٢/-: المعدول به عن القياس:

يجيء هذا الإطلاق عند كثيرٍ من العلماء وهم يريدون به ما خالف القياس على أصول الشرع، والقواعد العامة فقد عرفه الدبوسي بقوله: «أن يثبت شرعاً؛ بخلاف ما يوجبه العقل في نفسه، والقياس على سائر أصول الشرع» (٣).

وقوله بخلاف ما يوجبه العقل أي بخلاف ما يوجبه القياس على أصول الشرع؛ ليثبت له حكمٌ نظائره عن طريق الإلحاق القياسي؛ فلما صرف عن ذلك؛ عدَّ مخالفاً لموجب العقل؛ وقد صرح هو بذلك فقال: «فإنَّه متى ثبت على قياس ما ثبت شرعاً، صار معقولاً» (٤).

(١) : (/) .

(٢) : (/) :

: (/) .

(٣) : (/) .

(٤) : (/) .

وما يؤخذ من التعريف أن الثابت على خلاف القياس مكتسب مشروعته من النص الشرعي، وليس يعنون به الإلحاق الاجتهادي، فمقصودهم بالمعدول به عن القياس ما ثبت له ذلك بحكم الشرع^(١)، فهو أخص من مراد البحث محل الدراسة كما سيأتي.

يمثلون له بصحة صوم المفطر ناسياً في رمضان مع أنه أتى بما ينافيه، والقياس يقتضي وجوب القضاء عليه قياساً على من ترك ركناً في الصلاة ناسياً^(٢)؛ لكن صحة صومه ثابتة بالنص الشرعي وهو قوله ﷺ: «مَنْ أَكَلَ نَاسِياً وَهُوَ صَائِمٌ؛ فَلْيَتَمَّ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاهُ»^(٣).

٣-/- : مصطلح الاستثناء في هذا البحث:

إن المعنى المقصود للاستثناء في هذا البحث؛ يختلف عن ما سبق من إطلاقات؛ إذ هو مشارك للإطلاقات الآتية في معناها اللغوي؛ في كونه صرفاً للحكم عن نظائره، وعن قاعدته العامة، وقد بذلت جهدي في البحث عن تعريف للاجتهاد الاستثنائي بهذا الإطلاق عند السابقين؛ فلم أجد - فيما وقفت عليه -، لكن مفهوم عناصره موجود عند الأقدمين، وبعض إطلاقاتهم تقتضيه؛ كما هو مبثوث في أفانين الرسالة؛ لذا فغاية ما سيفعله الباحث هو محاولة التركيب، واستخراج مفهوم عام شامل للموضوع، وقد أشار الأستاذ الدريني إلى الاجتهاد المبني على قاعدة الاستثناء، المتمثل في سد الذرائع والاستحسان؛ ولم يعط تعريفاً للاجتهاد الاستثنائي^(٤).

() (/) :

() : (/) :

() :

(/) :

() (/) :

والمقصود بالاستثناء في هذا البحث: مطلق المغايرة والعدول بين الحكم وحكمه الأصلي، سواء كان الأصل بمقتضى بقاعدة عامّة، أو بمعنى قياسي، يتطلّب استلحاقه على مقتضى الأصل؛ بينما استوجب الاقتضاء التبعي عند النظر التطبيقي، أن يعدل بتلك الواقعة عن الحكم الأصلي في ظرفٍ معيّن إلى حكم استثنائي؛ يكون أقرب إلى تحقيق مقصود الشّرع فيه، نظرًا لنشوء قرائن وملابسات أثرت في تشكيل مناطٍ جديد له، وهي تقترب كثيرا من قاعدة المستثنيات عند الإمام العزّ - رحمه الله - () .

وهو في الحقيقة ليس يشمل فقط الاستحسان وسدّ الذرائع، بل يتعدّها إلى فتح الذرائع ومراعاة الخلاف ()، كما يتّسع ليشمل أحكام الضرورات والرّخص وتوسيع نطاق الاستثناء فيها بالإلحاق القياسي عليها لما كان في معناها () - : كل ذلك يتضافر ويتكامل ليشكّل هذا المفهوم الشّامل للاستثناء.

فالاستثناء هنا: «هو العدول بواقعة في ظروف معيّنة؛ عن إجراءاتها على مقتضى حكمها الأصلي؛ إلى حكمٍ آخر وفق الاقتضاء التبعي؛ على نحو يُحقّق مقصود الشّرع منها» .
-العدول بواقعة: صرفها عن مقتضى الحكم الأصلي لها.

- في ظروف معيّنة: للإشارة إلى وجود ملابسات وقرائن استثنائية، حال التطبيق غالبًا؛ يكون فيها طرد القياس جاريًا على خلاف مقصد الشّرع؛ يستوجب استثناءً وعدولاً؛ وفي ذلك قال الشاطبي: «الأصل إذا أدى القول بحمله على عمومته إلى الحرج، أو إلى ما لا يمكن شرعاً أو عقلاً؛ فهو غير جارٍ على استقامة ولا اطراد فلا يستمر الإطلاق ... وفي ضمنه تدخل أحكام الرخص إذ هو الحاكم فيها... ومن لم يلاحظه في تقرير القواعد

() : (/) .

()

(/) :

(/) .

() :

الشرعية لم يأمن الغلط»^(١)، فهذا من أصرح ما يكون على وجوب الاستثناء حالة أول تطرّد الأصل والقياس إلى ما لا يقصده الشرع.

- عن إجراءاتها وفق مقتضى حكمها الأصلي: سواء كان ثابتاً بمقتضى نص شرعي أو قاعدة عامة، أو معنى قياسي أو غير ذلك.

- وفق الاقتضاء التبعي: حتى يتبين أن للواقعة حكماً بالاقتضاء الأصلي مخالفاً لما هي عليه؛ اقتضت الظروف والملايسات أن يعدل بها عن ذلك الحكم إلى غيره^(٢)، وهذا الأخير يتجلى في إحد مسالك الاستثناء، وهي أعم مما يتبادر إلى الذهن من إعطائها حكماً جديداً مغايراً؛ بل قد يكون استثناءها بالإيقاف أو التأجيل، حسب مقتضيات المصلحة والعدل فيها، وهذا سنن متقرر كما سيأتي في مسالك الاجتهاد الاستثنائي^(٣).

- على نحو يحقق مقصود الشرع منها: قيد مهم يُبين مُدرك العدول وهو تلمس مقصد الشرع في تلك الواقعة؛ يكون هذا العدول حينها؛ أقرب إلى المصلحة والعدل: وهو لبيان المقصد الهام الذي جاءت الشريعة لتحقيقه؛ وهو المصلحة والعدل.

قال ابن بدران: «واعلم أن قول الفقهاء: "هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس"، أو "خارج عن القياس"، أو "ثبت على خلاف القياس" - ليس المراد به أنه تجرّد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس؛ وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره؛ لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره... فمن ذلك أن القياس يقتضي عدم بيع المعدوم وجاز ذلك في السلم والإجارة توسعة وتيسيراً على المكلفين»^(٤).

() (/) .

() : (/) .

() : (/ /) .

() : (/ -) .

ذلك أن الفقيه والمجتهد غالباً ما يجد أحكاماً يتوفّر لها من الأقيسة المستوفية للشروط والأركان، أو ما تستدعيه الأصول والقواعد العامّة-: ما يجعلها قابلةً للإجراء في شكلها على مقتضى تطرّد القياس؛ غير أن كثيراً منها حال عرضها على واقع التنزيل والتطبيق العملي؛ تعرّض لها آثاراً ضروريةً؛ لم تجيء بها شرعة الإسلام التي وُسمت برفع الآصار والأغلال، ولا هي تُقرّها ولا ترتضيها؛ مما يتقاضى المجتهد - سيراً على منطلق التشريع في رعي المصلحة-؛ أن يعدلّ عن مقتضى الأصل والقياس إلى اجتهادٍ استثنائيٍّ؛ بانتهاج إحدى خططه الإجرائية بما هو أوفق، وأبعد عن الضرر بالخلق؛ فهو مرفأً واسع يتحاشى المجتهد من خلاله الحرج والإصر والمشقة التي قد يستتبعها تطرّد الأصول والأقيسة.

لذلك قال أبو زهرة -مجلّياً فلسفة أبي حنيفة في الإكثار من الاستحسان-: «منعاً للقياس من أن يكون تعميمٌ علته منافياً لمصالح الناس التي قام الدليل من الشارع على اعتبارها»^(١)، وهذا ما يفسّر قول مالك -رحمه الله-: «الاستحسان تسعة أعشار العلم، ولا يكاد المغرّق في القياس إلا يفارق السنة»^(٢).

وقبل مغادرة هذا المقام ويحسّن بالباحث ذكر الفرق بين هذا الإطلاق وإطلاق المعدول به عن القياس؛ فإنّ هذا الأخير يقترب من مصطلح الاستثناء في هذه الدراسة؛ إلا أنّ مفارقتة له تتجلى في أمرين:

١- يقصدون بالمعدول به عن القياس؛ ما ثبت له ذلك بالنصّ الشرعيّ، كما هو لائح من تعريفه ومدلول أمثلته، وفي موضوعنا يمتزج الاستثناء الوارد بالنصّ والاجتهاد، وحيثما

() : (/) .

() : (/) .

ورد الاستثناء بالنصّ فهو للتدليل على أصالة هذا المنهج، ومشروعية سلوكه؛ إذ المراد التّأصيل لهذا المسلك الاجتهاديّ؛ كما يتتهجه المجتهد حيث تستوجبُه مسوغاته.

٢-: كما أنّ الحكم الثابت في المعدول به عن القياس هو الحكم الشرعيّ الدائم لمتعلّقه؛ كمن أظفر ناسياً في رمضان، أو جواز السلم والإجارة، أمّا في موضوعنا فهو متعلّق بموجب الاستثناء المسوّغ له، حال التنزيل لآحاد الجزئيات نظراً للملاسات زمانية أو مكانية أو حالية اقتضته؛ فعليه واردة على التنزيل؛ وعلى هذا؛ فأحياناً يكون ظرفياً كما في مسلكي التأجيل والإيقاف^(١)، وأحياناً يكون دائماً إذ انبنى على حاجة عامّة وبقي معناها سائراً؛ كما في الاستصناع وتضمين الصّناع وغيره، وهذه مفارقة هامّة.

والجامع بينهما هو العدول عن الأصل؛ وهنا أمر هامٌ ينبغي استحضاره وهو كون المعدول به عن القياس من شواهد الاعتبار، والأدلة الكبرى على أصالة هذا النوع من الأحكام، وأنّ الاستثناء مبثوث في منطق المشرّع ذاته؛ فهو المظهر الجليّ للاستثناء في الشّرع.

الفرع الثالث: مناسبة المعنى اللغوي للمعنى الاصطلاحيّ:

لعلّ أقرب المعاني اللغويّة للمعنى المراد هنا هو الصّرف والمحاشاة.

فالحكم المستثنى يُصرف عن صوبه الأول إلى مجرى آخر، ويصرف عن حكمه الأصليّ، وعن قاعدته العامّة إلى صوب آخر هو الحكم التبعيّ، الذي يكون فيه العنصر المستثنى أقرب إلى تحقيق مقصود الشّرع في تلكم الظروف.

وأما مناسبه للمعنى الثاني وهو المحاشاة فليست أقلّ جلاء من سابقها؛ فالمجتهد حاشا الواقعة عن الحكم الأصليّ واستبعادها من أن تكون مشمولة فيه، لتدخل تحت حكم آخر وهو الثابت بالافتضاء التبعيّ.

() : (/ - /)

الفرع الرابع: تعريف المركب الوصفي "الاجتهاد الاستثنائي":

تمَّ سلف نخلص إلى أنَّ الاجتهاد الاستثنائيَّ هو العمليَّة الاجتهاديَّة التي توصلُ إلى أحكام استثنائيَّة معدولٍ بها عن مقتضاها الأصليِّ، وَفَق اقتضاء تبعيٍّ استوجبه ظروف معيَّنة، تلبَّست بتلك الوقائع؛ جعلت تطبيق الحكم الأصليِّ عليها غيرَ مثمرٍ لمقصوده؛ مما شكَّل مناطاً جديداً اقتضت فيه الدلائل الشرعية استثناءً وعدولاً عن الأصلِ، تماشياً مع السنن التشريعيِّ العامِّ؛ حفاظاً على وحدته، واتِّساق منطقته.

فيكون تعريف الاجتهاد الاستثنائيِّ بأنَّه: «بذل الوسع في استنباط حكم الشَّرْع في واقعةٍ معدولٍ بها عن حكمها الأصليِّ؛ وَفَق الاقتضاء التبعيِّ؛ على نحوٍ يُحقِّق مقصود الشرع منها، في ظروف معيَّنة؛ يكون هذا العدولُ فيها أقربَ إلى المصلحة والعدل».

وقد سبق شرح مفردات التعريف.

وهذا الاجتهاد سارٍ على منهج الشرع ومنطقه في استصدار الأحكام؛ وللإمام العزِّ مقولةٌ بديعة في ذلك؛ ونصُّها: «اعلم أنَّ الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة؛ ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تُرْبِي على تلك المصالح. وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد في الدارين أو في أحدهما؛ تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تُرْبِي على تلك المفسد، وكلُّ ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق ... وذلك جارٍ في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات»^(١).

فحيثما كان العُلوق بالاقتضاء الأصليِّ مُوجِباً للضيق والإصرِ والعنت الذي عُلِمَ من الشَّرْع رفعُ مثله؛ فإنَّ الاستثناءَ يُكفِّفُ الحرجَ الواقعَ ويُخفِّفُ من غلوائه؛ ومن هنا؛ فإنَّ

() : (/) .

الاستثناء حين توجد مقتضياته؛ سنن تشريعيٍّ معهود، يجب على المجتهد والمفتي أن ينحو نحوه، وأن يسير وفقه؛ كما يعصم اجتهاده من الخطأ والخطل، ويتلمس مقاصد الشرع في الأحكام؛ فهي روحُ تلكم الأحكام، وعلى ضوء تحققها يتقرر الاجتهاد على موجب الأصول أو الاستثناء والعدول عنها؛ ولذلك قال الدريني: «والواقع أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس أو الاستثناء منه... يدور في الحالين مع مقتضى العدل ودفع الضرر غير المستحق»^(٤٦).

المطلب الثاني:

خصائصُ الاجتهاد الاستثنائي:

الفرع الأول: الاجتهاد الاستثنائي اجتهادٌ غائيٌّ:

إنَّ هذا النوع من الاجتهاد يلحظُ كثيرًا مقاصدَ التشريع وغاياته، بل هي عمادُه؛ فالعدول عن إلحاق الواقعة المعروضة بحكمها الأصليِّ إلى الحكم التبعيِّ؛ إنما سِوَاغُه تخلفُ مقصدِ الشرع في الأصلِ حال التطبيق، أو ارتفاع مناطه وعلته التي استوجبته^(٤٧)، وحكمةُ التشريع وغايته هي روح النصِّ، وفيم البقاء للكيان والروح مرتفعةٌ مفقودةٌ؟!!

هذا من جهةٍ، ومن أخرى؛ فالواجبُ أن يكون الاجتهادُ التطبيقيُّ مساويًا ساعة تنزيله للاجتهاد التشريعيِّ؛ حتى يسلم من مانع إجرائه على حكم أصله، وفي ذلك يقول الدريني: «الأحكام لم تشرع لذاتها؛ بل شرعت لمعانٍ آخر هي المصالح... ومقتضى هذا؛ أن

() (/) .

" : ()

: " "

(/ /)

تفسير النَّصِّ، أو تطبيقَ حكمه... يجب أن يكون في ضوءِ حكمةِ تشريعِهِ، وإلا كان التعسُّفُ
والمناقضةُ لقصِدِ الشَّارعِ»^(٤٨).

وهذا المنطقُ الغائيُّ في الاجتهاد الاستثنائيِّ استتبعته غائيَّةُ أحكامِ الشَّرِيعَةِ؛ أنْ كانت
هذه الأخيرةُ وسائلَ لتحقيقِ أهدافِها وغاياتِها؛ يقول الشَّاطِبيُّ: «الأعمالُ الشَّرِيعِيَّةُ ليست
مقصودةً لأنفسِها، وإنما قُصِدَ بها أمورٌ أُخرى؛ هي معانيها وهي المصالحُ التي شُرِعتْ
لأجلِها»^(٤٩)، ذلك أنْ أحكامَ الشَّرِيعَةِ مبنِيَّةٌ على العِللِ المتعلِّقة، ومنسوجةٌ نسجاً تُشكِّلُ فيه
المعقوليَّةُ والمناسبةُ الظَّاهرةُ لِحَمَتِهِ وسَدَّاه.

فإذا تخلفت هذه المقاصدُ والغاياتُ عن تلك الأحكامِ والوسائلِ لم تكن واقعةً على
وَفَقِ مرادِ الشَّرِعِ منها؛ فهي حالئذٍ تستوجبُ استثناءً وعدولاً عن مقتضاها الأصليِّ؛ إلى آخرِ
تبعيٍّ يكونُ أقدَرَ على تحقيقِ مقصِدِ الشَّرِعِ وغايتِهِ في تلكِ الواقعةِ.

ومن هنا؛ كان النظرُ الغائيُّ في الاجتهاد الاستثنائيِّ عمادَهُ وأساسَهُ الذي يصدرُ عنه في
العدولِ والاستثناءِ؛ كي يكون منسوجاً على نحوٍ يسامتُ الأحكامُ الشَّرِيعِيَّةُ ويتناغمُ مع
منطِقِها؛ فيتكاملُ الجميعُ في وَحْدَةٍ متَّسِقَةٍ تشريعاً واجتهاداً.

وإذا كان الشيءُ بالشيءِ يُذكرُ؛ فجميلٌ بالبحثِ الإشارةُ ههنا إلى مجالِ الاجتهادِ
الاستثنائيِّ، وهو متعلِّقٌ أساساً بالمعقوليَّةِ الذي اتخذت من العِللِ وعاءاً لها؛ وعلى هذا؛ كانت
المعاملاتُ له أرضاً مخصباً، وفناءً رحيبَ الجنابِ، لأنَّها مبنِيَّةٌ على المعقوليَّةِ والتعليلِ، والنظرِ
في سياسةِ الشَّرِيعِ هي مَوْلجُهُ الفسيحُ، بينما يندرُ ذلك في بابِ العباداتِ؛ أنْ كان الغالبُ فيها
التعبُدُ، لانبنائها على مصالحِ قارَّةٍ؛ إلا بعضاً ممَّا اتضح فيها وجهُ التعليلِ.

() : (/) .

() : (/) .

يقرّر ذلك الشاطبيُّ قائلاً: «الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التبعّد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني»^(٥٠)، ويزيد ابن عاشور تفصيلاً في بيان سبب ابتناء العبادات على التبعّد في غالبها؛ فيقول: «العبادات مبنية على مقاصد قارّة؛ فلا حرج في دوامها ولزومها للأمم والعصور؛ إلّا في أحوالٍ نادرة تدخل تحت حكم الرخصة»^(٥١). ومعلوم أنّ الرخصة والقياس عليها من الخطط الإجرائيّة المتهضمة بالاجتهاد الاستثنائي^(٥٢).

فمتى ما جاء ذكر متعلّق الاجتهاد الاستثنائي في تضاعيف هذه الدراسة؛ فإننا القصد منه الأحكام التي ظهر فيها وجه معقول، واستبان مراد الشرع ومقصده من تشريعها.

الفرع الثاني: الاجتهاد الاستثنائيُّ اجتهادٌ واقعيُّ

إنّ الشرائع تتغيّأ هدايةً للناس، واستصلاحاً لجميع شعاب حياتهم، فكانت قاصدةً لمعالجة واقع الإنسان، بحيث يتكيّف هذا الواقع بالأحكام التي ينصلح بها، ويرتقي في جميع مناحيه ومجالاته؛ محققاً نهائاً شاملاً يثري حضارةً إنسانيّة متكاملة.

بيد أنّ انصلاح الواقع الإنسانيّ، فيما تجري عليه الحياة الفردية والاجتماعية، لا يتم بصفة آليّة، بمجرد استبانة أحكام التشريع العامّة المجرّدة؛ بل إنّ ذلك مفتقرٌ إلى شرطٍ رئيسٍ هو فهمُ الواقع الإنسانيّ، واستيعاب حقيقته، والوقوف على طبيعته، وعناصر تكوينه^(٥٣).

لذلك؛ كان التشريع الإسلاميُّ مراعيّاً لاختلاف الظروف التي تستتبعها عناصرُ تشكيل الواقع من تغيّراتٍ زمنيّة ومكانيّة، تقتضيها طبيعة الأوضاع والملابسات الواقعية

() (/) : ()

() (/) : ()

() (/) : ()

() (/) : ()

التي تتغير من زمن إلى آخر؛ فكان اعتبارها ضرورياً في تنزيل الأحكام الشرعية على حال
تنصلحُ بها ويتحقق مقصود الشرع منها.

ومعلوم أن تلكم الوقائع قد تعترها ملابسات وقرائن تحفها، تشكّل ظروفًا
استثنائية^(٥٥)، يكون إجراء حكم الواقعة على اقتضاها الأصلي مجافياً للعدل والمصلحة، خلواً
عن المقاصد المرجاة من تشريعه، بل قد يستتبع ضراً ومفاسد لم يجيء الشرع بها، ولا هو
يقرّها؛ بل ثبت يقيناً منعها ورفعها ودفعها في شرعة الإسلام الغراء.

كل هذا يقتضي اجتهاداً استثنائياً؛ ضرورة غائية الأحكام، واستهدافها للمزاوجة بين
التشريع والتطبيق الواقعي كما سلف؛ وفي ذلك يقول الدريني: «قد يحتف بالواقعة أو الجزئية
من الظروف والملابسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامة عليها، تلك النتائج التي
قد تكو ضرورية، لا تتفق والمصلحة التي شرع أصل القاعدة لأجلها،... الأمر الذي
يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الأصل العام،... أو قد يوقف تطبيق تلك
القاعدة أو النص العام، ريثما تزول تلك الظروف؛ تجنباً لتلك النتائج التي لم يقصدها المشرع
قطعاً»^(٥٥).

فكان من أهم تجليات عناية التشريع البالغة بأمر الواقع والبناء عليه - اعترافه
بالأحوال الاستثنائية، والعوارض التي تتلبس بالأشخاص والأحوال والزمان والمكان،
لذلك يفترض في كثير من الأحوال طرق العوارض الموجبة للتشريع الاستثنائي؛ كأحكام
الضرورات والرخص في فروعه، وما ثبت من كليّاته ومناهجه الاجتهادية مما كان جائياً على
وفق الاستحسان والذرائع وغيرها^(٥٦).

(/) :

()

(/) :

()

(/) :

() :

الفرع الثالث: الاجتهاد الاستثنائي اجتهاد مآلي:

لما كان المطلوب من المجتهد استبانة مدلول الحكم الشرعي؛ مفسراً في ضوء مقصده وغايته - ضرورة غائية الأحكام-، ويثني بفهم تشخيصات الواقع باختلاف ظروفه وملاساته - ضرورة واقعية التشريع-، ويثلك بالمواءمة بين مدلول النص ومقتضيات الواقع المعروض، ليتأكد من إمكان إثمار الحكم لنتيجته وغايته، في ظل تلك الظروف الملازمة-: كان اعتبار المال هو الموجة الرئيس والأساسي لتلك العملية التنسيقية بين مدلولات النصوص، ومقتضيات الواقع المعروض للتطبيق.

ولذلك قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا»^(٥٧)، فإذا كان نتاج النظر المآلي مؤذناً بتحقق مقصود الشرع في تلك الواقعة حال إجراء الاقتضاء الأصلي عليها؛ أجريناه؛ وإما لا فإجراؤه مناقضة للشريعة نفسها، أن كان اللحظ المآلي منبأ بوجود مفسد تربو عن مصلحة الأصل حال إجراء الحكم الأصلي على تلك الواقعة، أو بتخلف مقصودها عنها آنذاك؛ مما يتقاضى المجتهد إلى نظر استثنائي يعدل فيه بتلك الواقعة عن حكمها بالاقتضاء الأصلي إلى حكم آخر تبعي؛ يكون أجدراً بتحقيق مقصود الشرع فيها.

ومن هنا؛ كان لحظ المال هو الموجة الرئيس في الاجتهاد الاستثنائي، إذ على ضوء نتائج العملية التنسيقية بين مدلول النص - حكماً ومقصداً- والواقع المعروض-: يتعين وجوب السير على الأصل أو العدول والاستثناء؛ جرياً على معقولة التشريع وغائية أحكامه؛ يقول الدريني: «إنَّ النتائج تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها؛ تبعاً لنوعها من المنفعة والمضرة، بقطع النظر عن حكم أثر الفعل»^(٥٨).

() : (/) .

() : (/) : (- /) .

المبحث الثاني:

أدلة مشروعية الاجتهاد الاستثنائي وشواهد اعتبارية:

تمهيد:

أما وقد بان بجلاء مفهوم الاجتهاد الاستثنائي وخصائصه، واستقرت حقيقته ماثلة في الذهن، وقبل خوض غمار البحث في تفاصيل الموضوع، لابد من فتح الباب التي تأذن بولوج هذه الدار؛ ذلك أن دعوى الاجتهاد الاستثنائي سنناً دينياً، هي دعوى ثقيلة في الميزان، خطيرة لو ثبت فيها البطلان.

من هنا؛ ارتأيت أن أثنّي بمبحثٍ أسوق فيه أدلةً ونصوصاً تُصدّق الدعوى الآنفة، وتثبت المقولة السالفة، حتى يكون السير في هذا الموضوع على بينة وهدى، موصولاً بحبل من الأدلة والحجج التي تجعله بهدي الشرع لصيقاً، وبدين الله وثيقاً، ليس غريباً عن تعاليم هذا الدين، ولا نشازاً عن الشرع القويم.

وخليق أن أشير هنا إلى أمر هام؛ وهو أن الأدلة المسوقة من الكتاب والسنة ليست اجتهاداً استثنائياً، وإنما هي حكمٌ استثنائيٌّ بين فيه العدول عن الأصل والقاعدة العامة؛ أوردّه ليكون شاهداً على رسم بديعٍ من المشرع نفسه، يعدل إلى الاستثناء ساعة قيام مقتضيه-: ما يحمل المجتهد أن يلحظ هذا السنن، ويسير على هديه عند اجتهاده، متقنياً ذاك الطريق اللاحب الذي يختطه الشرع له، ليكون الاجتهاد مساوفاً لمنطق التشريع، يتفصّى كلٌّ منهما عن وحدة متسقة متكاملة، والسير على ذا الطريق ضماناً لسلامة الاجتهاد من الزلل والخطاء.

ثم أذكر مثلاً من فقه الصحابة للاجتهاد الاستثنائي، كي يتأكد ذلك النوع من الاجتهاد ويتأصل؛ أن كان منهجاً للشرع نفسه، فقهه الأسلاف وساروا عليه، فلم يسع الأخلاف إلا اتباع الهدى واقتفاء الأثر، لمن كان يرجي سلامة الرأي وسداد النظر.

وفيهما يأتي؛ بسط لهاتيك الأدلة والشواهد:

المطلب الأول: أدلة مشروعية الاستثناء من الكتاب:

أولاً: النهي عن سب آلهة المشركين:

قال الباري ﷻ: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾
(الأنعام: ١٠٨).

ليس يخفى أن سب آلهة المشركين حلال جائز؛ أن كان تحقيراً للباطل وإهانة له؛ وليس هو في أصله من الاعتداء، كما استلهمه ابن عاشور من ذات الآية التي بين أيدينا؛ فقال: «ووصف سبهم - المشركين - بأنه عدو؛ تعريض بأن سب المسلمين أصنام المشركين ليس من الاعتداء»^(٥٩).

لكن المؤمنين إذا سبوا الأوثان والأصنام؛ فإن المشركين سيحملهم الغيظ والجهل على أن يسبوا الله ﷻ؛ وكذلك يفعلون؛ فقد قالوا: يا محمد لتتتهين عن سب آلهتنا، أو لنهجون ربك!^(٦٠) - فنهى الله المسلمين عن سب آلهة المشركين؛ وإن كان في الأصل جائزاً؛ لكنه منع استثناء لعدم وجود مصلحة تستجلب من ذلك، بل حينها يزداد الكفار نفورا وكفرا؛ وهذه مفسدة لا يأتي بها الشرع؛ فاستوجبت استثناء من أصل الحل، وقد قال ابن العربي: «اتفق العلماء على أن معنى الآية: لا تسبوا آلهة الكفار فيسبوا إلهكم، وكذلك هو، ... فمنع الله تعالى في كتابه أحداً أن يفعل فعلاً جائزاً يؤدي إلى محذور»^(٦١).

فأمسى الفعل ساعته مفسدة يحرم قربانها؛ لذا قال ابن عاشور: «ووجه النهي عن سب أصنامهم هو أن السب لا ترتب عليه مصلحة دينية ... على أن سب آلهتهم لما كان

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

يُجْمِي غِيظَهُمْ وَيَزِيدُ تَصَلُّبَهُمْ؛ قَدْ عَادَ مَنَافِيَا لِمَرَادِ اللَّهِ مِنَ الدَّعْوَةِ ... فَصَارَ السُّبُّ عَائِقًا عَنِ الْمَقْصُودِ مِنَ الْبَعْثَةِ؛ فَتَمَحَّضَ هَذَا السُّبُّ لِلْمُفْسَدَةِ»^(١٢٣).

وذاك الحكم باق في هذه الأمة على كل حال؛ فمتى كان الكفار في منعة، وخيف أن يسبَّ الله ﷻ أو النبي ﷺ أو دين الإسلام؛ فلا يجلب لمسلم أن يسبَّ صلبانهم ولا دينهم ولا كنائسهم ولا يتعرض إلى ما يؤدي إلى ذلك لأنه بمنزلة البعث على المعصية^(١٢٤).

فهذا الحكم يبيِّن فيه الاستثناء من الأصل، لما استتبع ضرراً يعود على مقصود الشرع بالإبطال، وهو من أدلة سدِّ الدَّرَائِعِ التي تعدُّ إحدى الخطط الإجرائية الكبرى المنتهضة بالاجتهاد الاستثنائي كما سيأتي^(١٢٥)، فنلاحظ أن المشرِّع نفسه يعدل عن الأصل وينزع إلى الاستثناء ساعة قيام مقتضاه، ما يدلنا على أصالة هذا المنهج في التشريع، ويتوجب سلوكه في الاجتهاد المرجِّي سلامة الرأي والنظر.

ثانياً: مشروعية الوصية: يقول الله ﷻ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: ١٨٠) ويقول: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١١).

الوصية هي عَقْدٌ يُوجِبُ حَقًّا فِي ثُلُثِ مَالِ عَاقِدِهِ، يَلْزَمُ بِمَوْتِهِ^(١٢٦)، فهي تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت^(١٢٧)، ومعلومٌ أنَّ مُلْكَ الْإِنْسَانِ سَاعَتَهُذْ هُوَ لَوْرَثَتِهِ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِ، فَالْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ وَالْأَصْلُ يَقْتَضِيَانِ بَطْلَانَهَا؛ لِانْعِدَامِ الْمُلْكِ بَعْدَ الْمَوْتِ، لَكِنَّ الْوَصِيَّةَ مُسْتَثْنَاةٌ لِحَاجَةِ

() (/) :

() : (/) :

(/) :

() : (/) :

() : (/) : :

() : (/) : :

الناس إليها؛ وفي ذلك قال المرغيناني: «والقياس يأبى جوازها - الوصية -؛ لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكه، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غداً كان باطلاً؛ فهذا أولى، إلا أننا استحسناه لحاجة الناس إليها؛ فإن الإنسان مغرورٌ بأمله مُقصرٌ في عمله، فإذا عرّض له المرض وخاف البيان يحتاج إلى تلافٍ في بعض ما فرط منه من التفريط»^(١).

وجاء بيان وجه الاستثناء صريحاً في السنة؛ فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم، زيادةً لكم في أعمالكم»^(٢).

وإذا كان الشيء بالشيء يذكر؛ فجميل أن أشير هنا إلى معنى بديع ألمع به ابن عاشور في "مقاصده"؛ وهو أن فلسفة التشريع في عقود التبرعات تختلف عنها في عقود المعاوضات؛ أن كانت الأولى مبناه على المواسة والإحسان والثانية بنيت على الممكاسة والمشاحة؛ فكان من مقاصد التشريع الإكثار من عقود التبرعات والتوسعة في وسائلها ما استتبع أحكاماً استثنائية فيها تبعاً لاختلاف طبيعتها؛ وتطلباً للإكثار من مصالحها؛ فقال: «المقصد الثالث^(٣): التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين... ولأجل هذا المعنى أباحت الشريعة تعليق العطية على حصول موت الميعطي بالوصية... مع أن ذلك مناف لأصل التصرف في المال؛ لأن المرء إنما يتصرف في ماله مدة حياته»^(٤).

ومن هنا؛ كانت الوصية من الأحكام المستثناة بنص الكتاب، فالأصل العام يقضي بعدم جوازها إذ لا ملك للإنسان بعد موته، لكن الوصية شرعت استثناءً من هذا الأصل؛ لمكان حاجة الناس إليها؛ رفقا بهم واستصلاحاً لشؤونهم.

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) .

() :

() : (/) .

ثالثاً: جواز القرض:

قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة: ٢٨٢)

قال ابن العربي: «حقيقة الدين: هو عبارة عن كلِّ معاملةٍ كان أحدُ العوّضين فيها نقداً والآخرُ في الذمّة نسيئةً»^(١)، سواءً كان بيعاً أو شراءً أو أخذاً أو عطاءً فيدخل القرضُ في معنى الآية^(٢)؛ ويقول ابن عرفة في تعريف القرض هو: «دفع متمولٍ في عوضٍ غيرٍ مخالفٍ له، لا عاجلاً»^(٣)، فهو تمليك الشيء على أن يُردَّ بدلَه؛ فلا بد أن يكون مثلياً، وعلى هذا كان الدينُ أعمّ من القرض وأوسع، شاملاً له عند إطلاقه، لذا؛ قال القرطبي: «قد استدل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل في القروض على ما قال مالك؛ إذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود في المداينات»^(٤).

وحقيقته ربا النسيئة؛ لأنَّ فيه مبادلة نقدٍ بمثله إلى أجل؛ والأصل يقتضي منعه لما رواه أبو سعيد الخدريُّ ﷺ عن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهبَ بالذهبِ إلا مثلاً بمثل ولا تُشْفُوا - أي تُفاضلوا - بعضُها على بعضٍ، ولا تبيعوا الورقَ بالورقِ إلا مثلاً بمثل ولا تُشْفُوا بعضها على بعضٍ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجزاً»^(٥).

() (/):

() (/):

() (/) : (/):

() (/):

() (/):

غير أن القرض استثنى من أصل المنع؛ كونه يقصد منه المكارمة والإحسان، لكنَّ قصد البائع المشاحَّة، فاختلف القصد أثر في اختلاف الحكم؛ فأبيح استثناءً^(١)، واستثنأؤه هذا ثابت بنص الكتاب، قال الباري ﷻ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ ...﴾.

وأبان الشاطبي عن وجه الاستثناء والمصلحة الحاجية التي تقاضته؛ وهي الرفق والتوسعة على الناس؛ في قوله: «... كالقرض مثلاً فإنه ربا في الأصل؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيع لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين ...»^(٢).

وقد سلف القول بأن من مقاصد التشريع في عقود التبرعات الإكثار منها، والتوسيع في وسائل انعقادها؛ استهدافاً لتحقيق مصالح الخلق، إذ أن أساس التبرعات المواساة والإحسان؛ لذا انفسح مجال الاستثناء فيها خلافاً لعقود المعاوضات، كما في الوصية، وهذا من ذاك، فله ما أبدع هذا التشريع وأحكمه!!.

رابعاً: جواز التلفظ بكلمة الكفر حال الإكراه مع إيمان القلب:

قال الله ﷻ: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (النحل: ١٠٦).

كلمة الكفر من أكبر المحرمات وأعظم الجرائم والمنهيات، فقد قال ﷻ: ﴿وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ (البقرة: ٩٠). وآيات كثيرة وأحاديث مستفيضات تعظم هذا الجرم، وتُنذر من النتائج الوخيمة لتلك الجريمة، غير أن التلفظ بها حالة الإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان؛ معفو عنه؛ كما جاء في نص الكتاب، استثناءً وورخصةً من ربنا ﷻ، حفظاً للأرواح

() (/) : (/) : (/) : (/) :

() (/) (/) : (/) :

والنفوس من الفوات؛ فهي مصلحة رابية على تلفُّظ بكلمة لا يعتقد لفظها معناها تحت وطأة الكره والاضطرار.

وفي تجلية وجه الاستثناء في هذا الحكم ومصلحته يقول العزُّ: «التلفُّظ بكلمة الكفر مفسدةٌ محرّمةٌ؛ لكنه جائز بالحكاية والإكراه إذا كان قلبُ المكره مطمئناً بالإيمان؛ لأنَّ حفظ المهج والأرواح أكملُّ مصلحةً من مفسدة التلفُّظ بكلمة لا يعتقدُها الجنان»^(٧٨).

وهذا النصُّ مثالٌ آخر عن سلوك منهج الاستثناء في الكتاب الكريم، والأحكام الاستثنائية فيه كثيرة، كجواز أكل الميتة ولحم الخنزير والخمر وغيرها، لمن اضطرت به المخمصة إليها؛ قال الله ﷻ: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحُمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٣).

وكذلك جواز التيمم استثناءً للمريض ومفتقد الماء مع أنَّ الواجب عليه في الأصل الوضوء، لكنَّ الظروفَ والملابسة من المرض وفقدان الماء استوجبت استثناءً؛ رفعاً للضيق والخرج؛ وسائر الرخص كلها هي استثناءٌ اقتضاه الحالُّ أو الظرف الخاصُّ، وقليل الأمثلة دالٌّ على سواها مما هو في معناها.

فإذا امتهد هذا؛ استبان جلياً للناظر في كتاب الله منهج الاستثناء في نصوصه، يُعدل عن الأصل والقاعدة العامة حال قيام المقتضي، فالأصل يعملُ في مناطه، والاستثناء مطلوب عند احتياجه؛ وكلُّ في فلك واحد يتكاملون، وتحت منطلق متحد متسقون، وذلك توثيقاً للمبدأ العام الذي قامت عليه الشريعة من تحقيق المصالح والخير، ودمر المفساد والشروم.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الاستثناء من السنة:

أولاً: جواز بيع السلم:

مما هو متقرر عند الفقهاء أن الأصل عدم جواز بيع المعدوم؛ لما رواه حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبعه؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

لكن هذا الأصل دخله الاستثناء من النبي صلى الله عليه وسلم ذاته؛ فأجاز بيع السلم ورخص فيه؛ فعن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من أسلف في شيء؛ ففي كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»^(٢).

والسلم: بيع موصوف في الذمة مؤجل بثمن معجل^(٣)، والمبيع معدوم ساعة العقد، والقاعدة العامة تقتضي بطلان بيع المعدوم؛ بيد أن السلم استثناء من القاعدة العامة التي تقتضي بطلان بيع المعدوم؛ رعيًا للواقع الاقتصادي المعيش زمن الرسالة، وفيه اقتضت المصلحة الحاجة ذاك الاستثناء^(٤).

(١) : :
« (/) : »
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :
(/) :

وَصَرَّحَ جَمْعٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ بِكَوْنِ السَّلْمِ اسْتِثْنَاءً مِنَ الْقِيَاسِ الْعَامِّ وَهُوَ الْأَصْلُ؛ مِنْهُمْ ابْنُ نَجِيمٍ فِي قَوْلِهِ: «وَهُوَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ؛ إِذْ هُوَ بَيْعُ الْمَعْدُومِ وَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ؛ لِلْحَاجَةِ، وَلَا اعْتِبَارَ بِمَنْ قَالَ إِنَّهُ عَلَى وَفْقِهِ»^(٨٣).

وَقَالَ السَّرْحَسِيُّ: «وَكذَلِكَ الْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَ السَّلْمِ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَعْدُومٌ عِنْدَ الْعَقْدِ، تَرَكَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ الرِّخْصَةُ الثَّابِتَةُ بِقَوْلِهِ: "وَرَخَّصَ فِي السَّلْمِ"»^(٨٤).

فَهَذَا الْمَشْرَعُ ذَاتُهُ يَسْلُكُ سَبِيلَ الْاسْتِثْنَاءِ مِنَ الْقَاعِدَةِ الْعَامَّةِ عِنْدَ وُجُودِ مَا يَقْتَضِيهَا مِنَ الْمَصْلُحَةِ الْحَاجِيَّةِ الْعَامَّةِ؛ أَنْ كَانَتْ تَعَامَلَاتُ النَّاسِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ تَقْتَضِي إِبَاحَةَ بَيْعِ السَّلْمِ؛ اسْتِثْنَاءً مِنْ بَطْلَانِ بَيْعِ الْمَعْدُومِ لِمَكَانِ حَاجَةِ النَّاسِ الْعَامَّةِ.

ثانيا: صحة صوم من أفطر ناسيا في رمضان:

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ أَكَلَ نَاسِيَا وَهُوَ صَائِمٌ؛ فَلَيْتَمَّ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاهُ»^(٨٥).

مَنْ أَفْطَرَ فَقَدْ أَتَى بِمَا يَنَافِي الصِّيَامَ؛ فَيَعْدُ مَفْسِدًا لَهُ يَسْتَوْجِبُ قَضَاءَهُ، كَالْحَالِ فِي مَنْ نَسِيَ رُكْنَ مِنَ الصَّلَاةِ أَوْ الْحَجِّ؛ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ وَالْقِيَاسُ الْعَامُّ.

قَالَ عِلَاءُ الدِّينِ الْبُخَارِيُّ: «الْقِيَاسُ الصَّحِيحُ يَوْجِبُ أَنْ يَفْسُدَ صَوْمُهُ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَبْقَى مَعَ مَا يَضَادُهُ، وَالْأَكْلُ يَضَادُ الصَّوْمَ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَهُ لِلْكَفِّ الْوَاجِبِ، فَوَجِبَ أَنْ يَفْسُدَ صَوْمُهُ، وَإِنْ كَانَ نَاسِيَا؛ لِأَنَّ النِّسْيَانَ لَا يُعَدُّ الْفِعْلَ الْمَوْجُودَ وَلَا يَوْجِدُ الْفِعْلَ الْمَعْدُومَ. أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَتَلَفَ مَالَ إِنْسَانٍ نَاسِيَا يَضْمَنُ كَمَا لَوْ أَتَلَفَهُ ذَاكِرًا، وَلَوْ تَرَكَ رُكْنَ مِنَ الصَّلَاةِ نَاسِيَا

() : (/) : »

() : (/) : «

() : (/) : «

() : (/) :

يُفسد صلاته كما لو تركه ذاكرًا... إلا أن حكم النسيان، وهو كونه غير مؤثر في الإفساد؛
ثبت بالنص»^(٨٧).

لكن النبي ﷺ استثنى الناسي من وجوب القضاء؛ بالحديث السالف، وقد صرح أبو
حنيفة^(٨٨) أن استثناء الناسي إنما كان للحديث؛ فقد جاء عند السرخسي في قوله: «فالحاصل
أن ترك القياس يكون بالنص تارة وبالإجماع أخرى وبالضرورة أخرى... فأما تركه بالنص
فهو فيما أشار إليه أبو حنيفة - رحمه الله - في أكل الناسي للصوم: "لولا قول الناس لقلت
يقضي"، يعني به رواية الأثر عن رسول الله ﷺ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته»^(٨٨).

ويقصد بالأثر حديث أبي هريرة ﷺ السابق، وهذا ما أكده أبو زهرة فقال: «والقياس
كان يوجب الإفطار، ولكن ورود النص بالصحة، جعل الحنفية يردون القياس في هذا
الموضع»^(٨٩)، والقياس هنا هو قياس الأصول والقواعد العامة؛ فهذا النص النبوي ظاهر فيه
الاستثناء من الأصل والقياس العام^(٩٠).

ثالثًا: جواز الإجارة:

عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: «قال الله تعالى: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة:
رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه، ولم

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() : » ...

« (/) :

يعطه أجره»^(٩١)، وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٩٢).

هذان الحديثان يدلان بوضوح على مشروعية عقد الإجارة، كما أن الإجماع انعقد على مشروعيتها^(٩٣)، والإجارة: «تمليك منفعة معلومة زمناً معلوماً، بعوض معلوم»^(٩٤).

وعلى هذا فهو عقدٌ على معدومٍ إذ أن المنافع ساعة العقد معدومة، والأصل العام كما تقرّر سالفاً عدم جواز بيع المعدوم والتعاقد عليه؛ لكنّها استثنيت بالنصوص السابقة، ووجه الاستثناء المصلحة الحاجية للناس في التعامل بها؛ وفي ذلك قال ابن العربي: «الإجارة...مشروعة معلومة، وكذلك كانت في كلّ ملّة، وهي من ضرورة الخليقة، ومصالحه الخلطة بين الناس»^(٩٥).

وإنّما لم يُلتفت لانعدامها ساعة العقد؛ لأنّ السلامة والاستيفاء في الإجارة حاصل في الغالب، قال ابن رشد الحفيد: «إنّها وإن كانت معدومة في حال التعاقد فهي مستوفاة في الغالب، والشّرْع لاحظ من هذه المنافع ما يُستوفى في الغالب»^(٩٦).

ولكونها منافع؛ تعدّر العقد عليها بعد وجودها؛ لأنها نفوت بمضيّ الوقت؛ فلزم العقد عليها قبل ذلك خلافاً للأعيان؛ إذ العقد عليها بعد الإيجاد ممكن سائغ، قال ابن قدامة: «إنّ

() : (/) .

() : (/) :

» (/) : «

() : « (/) : .

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان... ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك... فإنَّ العقدَ على المنافع لا يمكن بعدَ وجودها، لأنها تتلَف بمضيِّ الساعات، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها»^(٩٨).

فلأجل ذلك؛ ومع ما تحقَّقه تلك العقود - أعني الإجازات - من المصالح ساغ الاستثناء وتوجَّه، وقد عدَّها جمع من العلماء مخالفة للقياس، وصرَّح السرخسي بمجيئها على خلاف القياس؛ فقال: «وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك...»^(٩٨).

فبذاك كانت الإجارة جائزة بالنصوص النبويَّة السابقة استثناء من الأصل العامِّ القاضي بمنع بيع المعدوم؛ فعُدلَ بها عن ذلك الأصل لمكان حاجة الناس.

رابعاً: نهى النَّبِيُّ ﷺ عن ادِّخار لحوم الأضاحي بعد أن كان أصلها الجواز؛ ثمَّ عاد فأذن فيه:

قالت عائشة: دفَّ أهل أبيات من البادية حضرة الأضحى؛ زمنَ رسول الله ﷺ؛ فقال: ﷺ: «ادَّخروا ثلاثاً، ثم تصدَّقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك، قالوا: «يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويحملون منها الودك»^(٩٩)؛ فقال رسول الله ﷺ: «وما

() (/) :

() (/) : »

...

« (/) : (/) :

() (/) :

ذاك؟» قالوا: نَهَيْتَ أَنْ تُؤْكَلَ لَحُومُ الصَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثٍ، فَقَالَ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّفَاةِ الَّتِي دَفَّتْ؛ فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا» (/).

فالأصل جواز إبقاء لحوم الأضاحي وادخارها، وهذا النهي استثناءً ظرفيًّا كما هو واضح من ذات الحديث نفسه؛ لذا قال ابن عبد البر: «لا خلاف علمته من العلماء في إجازة أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث وقبل ثلاث... وقد روت عمرة عن عائشة بيان العلة في النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث، وأن ذلك إنما كان محبةً في الصدقة من أجل الدافة التي كانت قد دفّت عليهم؛ يعني الجماعة من الفقراء القادمة عليهم» (/).

وهذا مثال بيّن صريح على الاستثناء من النبي ﷺ حال وجود مقتضاه فالأصل المتقرّر أنّ الإنسان حرٌّ في ملكه يتصرّف به كيف شاء في حدود المباح، ومن جملتها لحوم الأضاحي فلصاحبها حرية التصرف أكلاً وادخاراً وعطيّة وإهداءً، لكنّ حالة الدافة استوجبت استثناءً ظرفيًّا، يقتضي النهي عن ادخارها، وبارتفاع الظرف الاستثنائي، عاد حكم الأصل يعمل في الظرف الاعتيادي، وهو الجواز، ويبقى الحكم كذلك على مرّ الدهور وكرّ العصور كما قال أهل العلم.

فقد جاء في تفسير القرطبي: «وقالت طائفة: إن كانت بالناس حاجة إليها؛ فلا يدخر؛ لأن النهي إنما كان لعله وهي قوله ﷺ: "إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفّت" ولما ارتفعت؛ ارتفع المنع المتقدم لارتفاع موجبها، لا لأنه منسوخ... والمرفوع لارتفاع علته يعود الحكم لعود العلة؛ فلو قدم على أهل بلدة ناس محتاجون في زمان الأضحى ولم يكن عند

(/) : : : " " ()

: " "

(/) :

(/) : ()

أهل ذلك البلد سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا: - لتعين عليهم ألا يدخروها فوق ثلاث كما فعل النبي ﷺ» () .

خامساً: ترك النبي ﷺ تجديد بناء الكعبة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال لي رسول الله ﷺ: «لولا حداثة قومك بالكفر؛ لتقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم التيمي؛ فإن قريشاً استقصرت بناءه، وجعلت له خلفاً» () .

فإرجاع بناء الكعبة إلى أصله مصلحة، - حتى يكون البيت قائماً على أسسه الأصلية، لكنه في تلك الظروف؛ لن يؤدي إلى تلك المصلحة المرجاة منه، بل يفضي إلى مفسد أعظم منها بكثير، كخوف ردة بعض ضعاف الإيوان، ونفور الناس من الإسلام، أن كانوا يعظمون هذا البيت ويحرمون الجراءة عليه.

ولذلك قال النووي: «النبي ﷺ أخبر أن نقض الكعبة وردّها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم ﷺ مصلحة، ولكن تعارضه مفسدة أعظم منه، وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريبا، وذلك لما كانوا يعتقدونه من فضل الكعبة، فيرون تغييرها عظيماً»: فتركها ﷺ» () .

فالأصل أن يُغيّر ذلك المنكر لكن المفسد العظيم التي تلبّست به اقتضت استثناء من قاعدة وجوب تغيير المنكر، قال شلبي: «فهو يخبر أن تغيير البيت منكر يجب إزالته، ولكنه

() : (/) : (/) :

() : (/) :

(/) :

() : (/) :

امتنع من ذلك، لما يترتب عليه من نفورهم، حيث أُلْفُوا هذا الوضع، وتمكَّنت العادات من نفوسهم، وفي تغييره حرج لهم، وربَّما رجعوا إلى الشرك مرَّةً أخرى من أجل ذلك»^(١٠٦).

هذه الأدلة والشواهد هي قليل من كثير فالأدلة الواردة في السنَّة المطهَّرة الشاهدة للاستثناء طافحة بهذا المعنى كالامتناع عن قتل مرده المنافقين، وتقديم العشاء على العشاء، والترخيص في الكذب حال الحرب وللإصلاح بين الخصمين، والنهي عن تلقي الرُّكبان وبيع المحاضر للبادي، ولعلَّ الرُّخص جميعها من ذاك القبيل، وما أكثرها في السنَّة النبوية، ولذلك كان مالك رضي الله عنه يقول: «الاستحسان تسعة أعشار العلم، ولا يكاد المخرق في القياس إلا يفارق السنة»^(١٠٦).

وفيما سبق غنية عن الاستزادة؛ فهو مُجَلِّ بوضوح أن الاستثناء نهجٌ نبويٌّ أُصيِل في التشريع حيث يقوم مقتضاه في ظروف يكون هو فيها أعدل وأصلح تديراً من مسايرة الأصل، ومن تقرَّي تلك المثل وجد الاستثناء يتكامل مع الأصل في تحقيق مقاصد الشرع، وكلُّ ذلك توثيقٌ للمبدأ التي قامت عليه الشريعة من جلب المنافع والمصالح، ودمر المفساد والمضار.

المطلب الثالث: شواهد اعتبار الاجتهاد الاستثنائي من فقه الصحابة:

بعدهما تقرَّر الاستثناء منهجاً في تقرير الأحكام مبثوثاً في نصوص الكتاب والسنَّة، وجدنا أهل الفقه والنظر من أعلام الرِّعيل الأوَّل سالكين لذلك المنهج، مقتفين للأثر، متبعين الهدى والسَّنن القويم.

قال شلبي: «والخلاصة أنَّهم عللوا وأثبتوا الأحكام بناءً على هذه العلل... فغيَّروا بعض الأحكام تبعاً للمعنى الذي لأجله شرَّع الحكم، وفي هذا ردُّ على مَنْ منع تبدُّل الأحكام

() : (/) .

() : (/) .

بتبدلِ المصالح، ووقف على المنصوص منها وإن أصبح لا يحصل المقصود منه، أو لحق الناس من أجله الحرج والمشقة» () .

ومن خبرَ فقه الصَّحابة الكرامِ ﷺ لآخ له بجلاءٍ ولوجهم شعاب الاجتهادِ الاستثنائيِّ، سالكين فجاجه، مؤغلين فيه إيغال المعرق المدلِّ بفهم الشريعة كلما طلبهم إليه مسوِّغه، فَبِنَا نعرِضُ بعضًا من تلکم الشواهد:

أولاً: قتل الجماعة بالواحد:

عن سعيد بن المسيَّب ﷺ: أنَّ عمرَ بنَ الخطابِ ﷺ قتلَ نفرًا خمسةً أو سبعةً برجلٍ واحدٍ قتلوه قتلَ غيلةٍ، وقال عمر: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء؛ لقتلتهم جميعاً» (١٠٨).

وليس ثمة شكُّ أنَّ الأصلَ في القصاصِ التَّماتلُ؛ فهو مدعاة لتحقيق مقاصده؛ وقد قال الله ﷻ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ...﴾ (المائدة: ٤٥).

فالأصلُ أن لا تقتل لِقَاءَ نفسٍ إلا نفسٌ واحدةٌ، وهذا متمسك من منع قتل الجماعة بالواحد (١٠٩)، لكننا نجد أمير المؤمنين عمرَ ﷺ عدلَ عن هذا الأصل في شأن الجماعة التي تشترك في قتل واحدٍ، فقتلهم به كما هو ظاهر صنيعه وقوله السالف؛ وذلك لما يستتبع الامتناع عن قتلهم من انتشار عمليَّات القتل متخذةً شكل العصابات، فيتذرَّعون باجتماعهم لتنفيذ الاغتيالات.

() : (/) .

() : (/) :

() : ﷻ : ﷻ : (/) : « (/) :

() : (/) : (/) :

ولم يكن الأصل العام في الشرع أبداً معتصماً يلوذ به الضرر والفساد، يكتسي بكسائه؛ ليخرم الأمن والاستقرار، واطمئنان النفوس؛ لذا قال ابن العربي: «ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحداً لم يقتلوا؛ لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالإشتراك في قتلهم، وبلغوا الأمل من التشنفي منهم»^(١١٠)، وقال أيضاً: «فإننا قتلنا الجماعة بقتل الواحد؛ صيانةً للدماء؛ لئلا يتعاون على سفكها الأعداء»^(١١١).

ولدفع تلك المفسدة العظيمة، ارتأى الصحابة الكرام قتل الجماعة بالواحد وليس هذا رأي عمر رضي الله عنه وحده بل هو مروى عن غيره منهم؛ كعلي رضي الله عنه والمغيرة بن شعبة، وابن عباس رضي الله عنه، حتى قال ابن عباس رضي الله عنه: «لو أن مائة قتلوا واحداً؛ قتلوا به»^(١١٢).

فلما كان العلوق بالأصل آيلاً إلى مآل ممنوع من تذرع الناس إلى القتل والاعتداء الجماعي، مطمئنين إلى عدم القصاص لانتفاء المائلة وعدم تعين القاتل في شخص واحد، وخوفاً من انتشار عصابات القتل المنظمة-: قضى عمر رضي الله عنه بقتل الجماعة بالواحد، أن كان الامتناع عن ذلك مجانباً للعدل، وابتعاداً عن استصلاح شؤون المجتمع.

وعلى هذا؛ كان ذلك رأي جماهير العلماء في المسألة^(١١٣)، ومدركهم فيه مصلحة حفظ المهج والأرواح، وفي بيانها قال ابن رشد: «عمدة من قتل بالواحد الجماعة؛ النظر إلى

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() :

: : (/) : (/) :

المصلحة؛ فإنه مفهوم أنّ القتل إنما شرع لنفي القتل... وإذا كان ذلك كذلك؛ فلو لم تقتل الجماعة بالواحد؛ لتذرع الناس إلى القتل، بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة»^(١١٤).

ثانياً: منع عمر رضي الله عنه الزواج من الكتابيات:

جاء في تاريخ الطبري عن سعيد بن جبير قال: «بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى حذيفة رضي الله عنه بعد ما ولاه المدائن وكثر المسلمات؛ «إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب؛ فطلقتها» فكتب إليه: "لا أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام! وما أردت بذلك"؛ فكتب إليه: «لا، بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نساءكم»، فقال: "الآن"؛ فطلقتها»^(١١٥).

مما هو معلوم متقرر لمن نظر في كتاب الله تعالى أنّ الزواج بالكتابيات حلال مباح في النص الصريح من قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (المائدة: ٥)، فتقدير الكلام: المحصنات من الذين أوتوا الكتاب حل لكم^(١١٦).

وهذا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه يمنع التزوج بالكتابيات إبان فتح فارس -اجتهادا منه- استثناءً من الأصل العام القاضي بإباحة الزواج منهنّ الممنوحة شرعا لكل فرد، بمقتضى الآية السالفة، وذلك سداً لتلك المآلات الممنوعة والمفاسد اللاحقة بالأمة والمصلحة العليا للدولة؛ فحكم بالمنع استثناءً من حكم الإباحة الأصلي؛ سداً لذريعة المآل الممنوع.

وقد أبان هو رضي الله عنه عن هاتيك المفاسد في الرواية السالفة ورواياتٍ أخرى؛ جماعها الضرر العام، إمّا من موقعة المومسات والعواهر منهنّ؛ إذ كانت الكتابيات حديثاً عهد بجاهليّة، وكثير منهن لا ترعى للعرض وزنا. وإمّا خشية تتابع المسلمين على زواجهنّ رغبةً

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) : (/) .

في جهلهم؛ فتكثر العوانس في نساء المسلمين، وهذا ضرر عامٌ فاتك بالأمة، أو خشيةً على نوابه من خداع الكتابيات، وليس يؤمن منهنّ ذلك.

كلُّ هذا إضرارٌ بالصّالح العامّ للدولة؛ ولم يُشرع الزواج بالكتابيات ليؤول إلى تلك المفسد، وإنما ليكون المسلم قدوةً عمليّةً في سموّ الخلق وعزة الإيمان، واستقامة المجتمع؛ مما قد يستميل الزوجة ويجذبها إلى أتباع دين زوجها^(١١٧)، ولهذا قال شلبي: «إنّ شرعيّة هذا النكاح؛ ليست مقصودةً لذاتها، بل تُسرعت لمصالح خاصّة؛ فإذا وجدنا العمل بها يلحق بالمسلمين الضرر منعناه»^(١١٨).

لكنّه لما استتبع أضراراً رابيةً عن مصلحته الأصليّة في ذاك الظرف الاستثنائي؛ اقتضى اجتهاداً استثنائياً يسدُّ هذه الذرائع الممنوعة، ويمنع تلك المفسد المتوقّعة، التي قدّرها عمرٌ رضي الله عنه باعتباره رئيساً للدولة، ناظرًا في إيالتها؛ فارتأى تقييد المصلحة الخاصّة مراعاةً للمصلحة العامّة، من باب السياسة الشرعيّة، وهذا الأخير مجال رحيب للاجتهاد الاستثنائي.

ثالثاً: تضمين الصنّاع:

وقد روى ابنُ حزم آثاراً عن بعض الصحابة منها: أنّ عمرَ بنَ الخطاب رضي الله عنه ضمّن الصنّاع، وكان عليٌّ يُضمّن الأجير، ويقول: "لا يُصلحُ النَّاسَ إلا ذلك" () .
والأصل في الأجير أن يده يدُ أمان، وهذا ما كان جارياً عهد النبي صلى الله عليه وآله؛ لانتشار الأمانة والصدق والوفاء، لكن تغيّر الزّمنُ وضعفَ الوازعُ عند الناس؛ فظهرت الخيانة، وتهاون الصنّاع في حفظ أمانات المستصنعين، وكثرت الخصومات - فقضى الصحابة بتضمين الصنّاع لما تلف عندهم؛ حفظاً لمصالح المسلمين العامّة، استثناءً من الأصل وهو أمانة

() (/ -) .

() (/) .

() (/) : رضي الله عنه (/) :

»

«... (/) .

الأجير^(١)؛ وقد قال الشاطبي: «... واتفاق السلف على تضمين الصانع، مع أن الأصل فيهم الأمانة»^(٢).

وعلى هذا سار العلماء بعدهم حفاظاً على أموال الناس من الاعتداء والتلف، وقد صرح مالك - رحمه الله - بذلك، قال ابن القاسم: «وقال لي مالك: «إنما يضمن الصانع ما دفع إليهم مما يستعملون على وجه الحاجة إلى أعمالهم وليس ذلك على وجه الاختيار لهم والأمانة، ولو كان ذلك إلى أمانتهم؛ لهلكت أموال الناس وضاعت قبلهم واجتروا على أخذها، ولو تركوها؛ لم يجدوا مستعباً، ولم يجدوا غيرهم ولا أحداً يعمل تلك الأعمال غيرهم؛ فضمنوا ذلك لمصلحة الناس»^(٣).

فهذا اجتهاد استثنائي من الصحابة الكرام، استوجبه ضعف الوازع الذي استجد في عصرهم؛ فشكّل مناطاً جديداً لم يكن على عهد النبوة، اقتضى ذلك الاستثناء؛ كي تصان الحقوق من الضياع، وتحفظ أموال الناس من الاعتداء، مع أن القاعدة العامة خلافه.

رابعاً: رأي عائشة رضي الله عنها في خروج النساء إلى المساجد في عهدها:

عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء؛ لمنعهن المساجد كما منعه نساء بني إسرائيل»^(٤).

إن الناظر في أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم يجد النهي عن منع النساء من الخروج إلى المساجد في سنته واضحاً؛ فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»^(٥)،

() : (/) .

() : (/) : (/) :

(/) : (/) .

() : (/) .

() : (/) :

(/) : :

ويؤيده ما رواه سالم عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «إذا استأذنت امرأة أحدكم إلى المسجد؛ فلا يمنعها» () .

والحديث صريح في النهي عن المنع للنساء عن المساجد، ويلزم من النهي عن منعهن من الخروج؛ إباحته لهن؛ لأنه لو كان ممتنعاً لم يُنه الرجال عن منعهن منه، وهذا هو التشريع الأصلي في شأن خروج النساء إلى المساجد () .

غير أن عائشة رضي الله عنها وهي الخيرة بشأن رسولنا ﷺ، رأت أن ما أحدثه نساء عصرها، يستوجب اجتهاداً استثنائياً يقتضي منعهن، وهو بين من قولها الصريح في ذلك، ويبيّن الباجي ما أحدثه النساء يومئذ فيقول: «يعني التّطيّب والتّجمل وقلة السنن وتسرع كثير منهن إلى المناكير ويحتمل أن يريد به ما أدركنا بعد النبي ﷺ من الملابس والتّجمل الذي يُفتن به الناس» () .

فهذا المناط الجديد استوجب نظراً جديداً ولو آل أمره إلى الاستثناء بالمنع كما هو الحال هنا، بل إن عائشة تجزم أن لو عاصر النبي ﷺ ما عاصرت؛ لغير الحكم لاستتباعه مفسد هي أربى من مصالح خروجهن للمسجد، وهي الخيرة به ﷺ.

لذلك جعل الفقهاء لمناط هذا الخروج شروطاً كما ذكر ابن دقيق العيد في قوله: «والحديث عام في النساء؛ ولكن الفقهاء قد خصوه بشروط وحالات منها: أن لا يتطيبن،

(/) : :

(/) :

(/) :

(/) :

(/) :

(/) : (/) :

وهذا الشرط المذكور في الحديث... "وليخرجن ثَفَلَاتٍ" ... ويُلحَق به أيضا: حسنُ الملابس ولبسُ الحليِّ الذي يظهر أثره في الزينة» () .

خامسًا: امتناع عمر رضي الله عنه عن قسمة سواد العراق:

لما قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه جيش العراق من قبل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه شاور أصحابه في قسمة الأرضين التي أفاء الله بها على المسلمين من بلاد العراق والشَّام، فتكلَّم فيه قوم يريدون قسمتها على ما جرت عليه عادة تقسيم الغنائم؛ فكان رضي الله عنه يقول: فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها قد قسِمت وورثت عن الآباء وحيزت؟! ما هذا برأي!!

وكان يقول: «إذا قسمت أرض العراق بعلوجها، وأرض الشام بعلوجها؛ فما يسدُّ به الثغور؟! وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أهل الشام والعراق»... فراجعوه في ذلك فلم يكن يزيد على أن يقول: «هذا رأي»، فاستشار المهاجرين فاختلفوا، ثمَّ أرسل إلى عشرة من وجهاء الأنصار؛ فوافقوه على رأيه () ، وكان مما قال: «وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوجها، وأضع عليهم فيها الخراج... أرأيتم هذه الثغور لا بدَّ لها من رجال يلزمونها؟ أرأيتم هذه المدن العظام لا بدَّ لها من أن تشحن بالثغور؟ وهذه المدن بالرَّجال ويُجرى عليهم ما يتقوَّتون به، وإلَّا رجع الكفر إلى مدنها؟ فقالوا: "قد بان الأمر" فأمرَ بوضع الخراج () .

والاقتضاء الأصليُّ أن تُخَمَّسَ الأراضي المفتوحة عنوةً وتُقَسَّم على الفاتحين؛ لمقتضى عموم الآية المحكَّمة في سورة الأنفال: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ.....﴾ (لأنفال: ٤١)، هذا الخمسُ، وللجيش

() : (/) .

() : رضي الله عنه : (/) .

() : (/) .

أربعة أخماس تُقسَّم عليهم^(١) فالأصل أن تقسم الغنائم كلها على هذه القسمة المحكمة في كتاب الله ﷻ.

لكنَّ عمرَ بن الخطاب ﷺ رأى في تطبيق الاقتضاء الأصلي على قسمة أراضي العراق التي فتحت عنوة؛ مآلاً ضرورياً يتعلَّق بإهدار المصلحة العامة للأمة، وهي نتائج لم يقصدها الشارع عند تشريع الحكم، ولم يأتِ الشرعُ بمثلها.

فناسبَ ذلك أن تستثنى هذه الأراضي ولا تقسم على الفاتحين، إذ في قسمتها مآلٌ ممنوعٌ ونتائجٌ محذورة، وأضرارٌ عظيمةٌ ستلحق الأمة، فتصير الدولة عاجزةً عن تغطية حاجات أفراد المجتمع، وتأمين الرعاية الاجتماعية لضعفة المسلمين، ودفع رواتب الجنود المرابطين على الثغور^(٢)، وغيرها من المفاصد المتوقَّع لحوقها بالمجتمع، لذا كان ﷺ يقول لهم: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس ببَّاناً، ليس لهم شيء؛ ما فُتحت عليَّ قرية؛ إلا قسمتها كما قسم النبي ﷺ خيبر؛ ولكنني أتركها خزائنهم؛ يقتصمونها»^(٣)، وكان عمر ﷺ يقول: «فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها، وأرض الشام بعلوجها؛ فما يسدُّ به الثغور؟! وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره»^(٤)، قال شلبي: «مبيِّناً بذلك ما يترتب على التقسيم من الضرر العام الذي يلحق المسلمين في حاضرهم ومستقبلهم»^(٥).

(/) : (/) :

(/) :

(/) :

(/) :

»

(/) : «....

() :

(/) :

ومن خَبَرَ الشَّرْعَ يَجْزِمُ أَنْ لَيْسَ مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَقْصِدَ لِتَحْقِيقِ مَصَالِحِ فِتْنَةٍ قَلِيلَةٍ مِنَ النَّاسِ، لِقَاءَ تَلَكُمِ الْمَفَاسِدِ الْعَامَّةِ؛ فَهَذَا غَرِيبٌ عَنِ نَفْسِ الشَّرْعِ، وَنَسِيحٌ أَحْكَامُهُ.

فمن منطلقِ ذاك النَّظَرِ المصلحيِّ البديعِ، رأى عمر رضي الله عنه بمحضر جمع الصحابة أن تُبْقَى هذه الأراضي للدولة تستعينُ بها على توفير المرافق العامة للناسِ، والقيام بشؤونهم، واستصلاح أوضاعهم، فهي مصلحة عامة جاء الشرع لتأكيدِها وتقريرها، وشرع وسائل تحصيلها-: فاستثنى هذه الأراضي من القسمة وتركها ملكاً عاماً للمسلمين (١٠٠).

وهو وإن استأنس بآية الفيء في الحشر من قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ... وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ (الحشر: ١٠٨-١٠٩)، وجعلها معطوفة على قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ...﴾ (الحشر: ٧)-: فهو استدلال ينمُّ عن سعة اجتهاد وبعدِ نظر؛ رغم أن الآية تدلُّ على ما ذهب إليه من بعيد جداً؛ مقارنة بآية الأنفال الواضحة، التي تمسكُ بها القائلون بالقسمة من الصحابة (١٣٧).

هذا؛ والأمثلة في ذلك كثيرٌ عن أن يحدِّها العُدُّ والحصرُ، لكنني آثرت أن يكون العرض قصداً ووسطاً؛ فإنه إذا زاد على هذا طال، وإذا طال اعترى ناظره السامة والملا، ونُظِرَ إلى صحيحه بعين السقيم، وتُحْيَلُ القصد فيه إسرافاً والعدلُ جوراً، وعندئذ يحولُ عن بهجته ومائه، ورونقه وصفائه.

() :

: (/) :

(/) : () :

(/) :

فإذا امتهد هذا؛ فإننا في آخر هذا المبحث نخلص إلى أن الاستثناء سنن في الشرع أصيل، لا تحل لناظر في الوحي كتاباً وسنة، جلي مستبين في نصوصهما، فهو رسم تشريعي بديع، يعمل في تكامل مع الأصول والقواعد العامة، يمتزجان ويتناغمان للحفاظ على الوحدة التشريعية، وصونها عن التهافت والتناقض، فالشريعة لا تفرق بين المتماثلات، ولا تجمع بين المتناقضات؛ فهي ترجع إلى قول واحد في الفروع والأصول؛ كما قال الشاطبي: «الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثر الخلاف كما أنها في أصولها كذلك ولا يصلح فيها غير ذلك... فالشريعة لا اختلاف فيها... وإنما هي على مأخذ واحد وقول واحد» (١٣٨).

ولما كان هذا سنتنا بيتنا في التشريع، ونهجا في منطقتها البديع؛ علمه الصحابة وفقهوه، بل استحال يقينا تنضح به ملكاتهم، حتى غدا معنى من معاني الفقه النبوي، فكان بعضهم يجتهد ويعقب اجتهاده بقوله: "لو كان رسول الله ﷺ حيا لقال كذا وفعل كذا". ولئن كان الشرع سائرا هذا المسار؛ فذلك الواجب على المجتهد؛ لأنه ناهج مناهج الشرع في التشريع، وهو مدلول وراثه العلماء للأنبياء () .

وإذا كان ذلك كذلك؛ صار هذا النهج البديع من الاستثناء في الاجتهاد طريقا واجبا الاتباع للمجتهد الذي يبرجى سلامة الرأي وسداد النظر، فالأصل أن تجرى الأصول العامة وقواعدها في الظروف الاعتيادية، ولكن تغير الظروف والملابسات تؤثر في تشكيل مناط جديد قد يقتضينا اتساق منطق التشريع فيه إلى الاستثناء باختلاف مسالكه، حسب مقتضيات تشخيص كل حال بعينها؛ يتكامل الأصل والاستثناء في منطق متسق ووحدة تشريعية منسجمة (١٤٠).

() : (/ -) .

() : « (/) : .

() : «

(/) : «

لكنَّ الواجب ألاَّ ينخرق ثوب الأصلِ بالاستثناءِ دون قيدٍ ولا مسوِّغٍ؛ فهذا آيلٌ بالتشريع إلى خرمِ قواعده؛ فالأصل ما دلت عليه النصوص والرجوع إلى القواعد العامة، وليس يسوغُ اللُّجأُ إلى الاستثناءِ إلا بمسوِّغٍ مشروعٍ؛ وصدق شلبيُّ إذ قال: «لكن الأمر الذي لا يغفل عنه هنا؛ هو أنَّ المتبعَ لمسلكهم -الصحابة- في هذا التغيير يجدهم لم يندفعوا فيه بمجرد ما يلوح أنه مصلحة، بل كانوا يجعلون الأصل هو ما دلَّ عليه النص ... كما يُؤخذ ذلك من عباراتهم: «كيف تفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ»... إلخ، ولا يعدلون عن هذا الأصل إلا إذا دعت حاجةٌ مُلحَّةٌ، ولا يسلمون التغيير إلا بعد تقليبِ الأمرِ على وجوهه، والموازنة بين مصالحه ومفاسده؛ حتَّى إذا ما بان لهم الرَّاجح عملوا به» (١).

(/) : ()

المبحث الثالث:

مسالك الاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

إنَّ الأحكام الشرعيَّة في اقتضائها الأصلي عامَّة ومجردة، وهي في حال تجريدِها تتعلَّق بأفعال الإنسان من حيث هي أنواع كلية لا أفراداً، بيد أنَّ هذه الأفراد العينية في الواقع؛ لئن انصلحت أكثرها بحكم نوعها؛ إلا أن بعضها قد تعتريه ظروفٌ وملابسات تمنع إثمار مقصد الحكم المقدَّر في حال التجريد، إذا ما طُبِّق عليه، فتستوجبُ حكماً إضافياً يتماشى مع تحقيق المصلحة وَفَق الظَّرْف الملبس.

وقد أشار الإمام الشاطبيُّ إلى هذه القاعدة بقوله: «اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالها على وجهين: أحدهما الاقتضاء الأصليُّ قبل طرورِ العوارض، وهو الواقع على المحل مجرداً عن التوابع والإضافات كالحكم بإباحة الصيد والبيع والإجارة وسن النكاح، وندب الصدقات غير الزكاة، وما أشبه ذلك. والثاني الاقتضاء التبعيُّ، وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات، كالحكم بإباحة النكاح لمن لا إرب له في النساء، ووجوبه لمن خشي العنت؛ فلو فرض نزول حكم عامٍّ، ثم أتى كل من سمعه يتشبَّث في مقتضى ذلك العام بالنسبة إليه، لكان الجواب - أي الحكم في حقه - على وفق هذه القاعدة»^(١٤٢).

لذا كان فهمُ الصور الواقعية المشخَّصة حالاً ومالاً؛ ضرورياً لاستجلاب الحكم المناسب، الذي يحافظ على اتِّساق منطق التشريع، ويعصم الشريعة من التناقض والتَّهافت، وتقديرُ مآلاتِ الأفعالِ عنصرٌ أساسيٌّ في تشكيل المناط الحقيقيِّ للواقعة المعروضة الذي

() : (/) .

يحدّد نوعيّة التعامل مع الحكم وفق ذلك الاقتضاء التّبعيّ، فهذا النظر يكفل التنزيل السّديد للحكم الأصليّ:

١-: إما بإجراء الحكم المجرّد كما هو؛ إذا كان آيلاً إلى تحقيق غاية الحكم في الواقعة المعروضة

-: أو قد يضطرّ المجتهد إلى اللّجاء وفق اجتهاد استثنائيّ إلى حكم آخر هو أقرب إلى تحقيق الصّلاح والمقصد المتغيّاً من تشريع الحكم؛ وذلك بانتهاج أحد مسالك الاستثناء في الاجتهاد، إما بتأجيل الحكم أو تعديله أو تغييره أو إيقافه؛ بحسب مقتضيات العدل والمصلحة^(١٤٣).

وجديرٌ بالبحث الإشارة هنا إلى أنّ هذا العدول عن الأصول؛ ليس تحكُّماً ولا جعلاً للأحكام في مهبّ الريح والأهواء، ولا اطراحاً للنصوص وتجاوزاً لها-: وإنما هو جريان مع معقوليّة التشريع، ووقوف مع علل النصوص ومناطاتها، أو هي صور من المحافظة على التّطابق بين النصوص وأهدافها، واعتبار ظروفها الملازمة التي أسهمت في تشكيل مناط جديد لتلكم الوقائع اقتضى عدولاً واستثناءً.

وفيهما يأتي بسط وتفصيل لهاتيك المسالك واحدةً واحدةً، مع ذكر بعض شواهدها:

المطلب الأوّل: مسلك التّأجيل:

وهو العدول عن تطبيق الحكم الشرعي في ظرف معين، وإيقاف العمل به في ذلك الظرف استثناءً ظرفياً؛ ضرورة كون تطبيق الحكم حالئذٍ يؤول إلى حرج أو مشقة لا تطاق، أو تخلف المقصد المتغيّاً من تشريع الحكم ساعة تطبيقه في ذلك الظرف:- فيلجأ المجتهد في

() : (/) : (/ -) .

كل ذلك إلى اجتهاد استثنائيٍّ يُوجَّبُ تطبيقُ الحكم بموجبِه حتى يحين الظرف المناسب، فيعاد فيه ذلك الحكم إلى التطبيق () .

وليس هذا من قبيل تغيير الحكم؛ لأنَّ الحكم يُطبَّقُ كمالاً دون أن يلحقه نقصانٌ كليٌّ أو جزئيٌّ، وإنَّها غاية ما فيه أن يؤخَّرَ تنفيذُ الحكم، أو امثال التكليف؛ لظروِّ أسباب وملايسات اقتضت تأجيله وتأخيرَه؛ كي يحافظ على مصلحة الحكم ولا يفوت مقصده () .

وذلك معهود في التشريع ذاته، وفي اجتهادات الصحابة ومن بعدهم؛ ومن تجليات ذلك:

أولاً: بعض الرُّخصِ والتَّخفيفاتِ التي لُوْحِظَ فيها التَّأجيل والتَّخفيف من جهة الوقت؛ فشرع قضاؤها في وقت آخر غير وقتها الأصليِّ؛ استثناءً لمكان رفع الحرج والمشقة، كما هو موضَّح في الآتي:

١-: التَّرخيص للمسافر والمريض بالإفطار في نهار رمضان:

قال الغزاليُّ: «وسقوط صوم رمضان عن المسافر يسمَّى رخصة» () ، فإنَّه رُخِّصَ لهم فيه وأجِّلَ وجوبه إلى حين زوال الظَّرف الاستثنائيِّ، فوجب عليهم قضاؤه عند انتهاء رمضان وبرء المريض، حيث عاد الظرف الأصليُّ فعاد الحكم، وغاية ما في الأمر أنَّ وجوب الصوم تأجل في حقِّها.

٢-: الترخيص في جمع التأخير في السفر:

() : (/) : (/) : (/) :
 () : (- /) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) : (/) :
 (/) :

وفيه خروج وقت الصلاة الأولى ويؤجل حكم وجوبها إلى دخول الثانية، وتُصَلَّى فيه قضاءً، استثناءً؛ لمكان العذر ورفع المشقة.

ثانياً: النهي عن قطع الأيدي في الغزو:

فعن بسر بن أرطاة قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «لا تقطع الأيدي في الغزو»^(١٤٧).
ومعلوم أن الله ﷻ أوجب الحدود، وألزم ولاية الأمر بتطبيقها، ومن تلك الحدود حدُّ السرقة في قوله ﷻ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (المائدة: ٣٨).

هذا هو الأصل في كلِّ حال ارتكبت فيه جريمة السرقة وتوفرت شروطها، غير أن حديث بسر بن أرطاة ﷺ جاء فيه استثناء حالة الغزو، فلا يطبق الحد حينها استثناءً من الأصل العام بنص الحديث عن النبي ﷺ، وهو قول بعض الصحابة كعمر وأبي الدرداء وحذيفة ﷺ، وقد نصَّ عليه الأوزاعي وأحمد وإسحاق بن راهويه، وغيرهم من علماء الإسلام^(١٤٨).

() : " " :

...: (/) .

: (/) :

...: « (/) .

() : (/) : (/) :

(/) .

قال الترمذِيُّ: «والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، منهم الأوزاعيُّ؛ لا يرون أن يُقام الحدُّ في الغزو بحضرة العدو؛ مخافة أن يلحق من يقام عليه الحدُّ بالعدو، فإذا خرج الإمام من أرض الحرب ورجع إلى دار الإسلام؛ أقام الحدَّ على من أصابه» (١).

فقد نص الترمذي صراحة على وجه المصلحة في استثنائه وتأخير الحدِّ إلى حين رجعة الجيش، علاوة على أن تأخير الحدِّ لمصلحة راجحة أمر معهود في الشريعة؛ وقد أجاد ابن القيم في إبانة ذلك في قوله: «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ تُقَطَعَ الْأَيْدِي فِي الْغَزْوِ؛ خَشْيَةً أَنْ يَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ مَا هُوَ أَبْغَضُ إِلَى اللَّهِ مِنْ تَعْطِيلِهِ أَوْ تَأْخِيرِهِ؛ مِنْ لِحُوقِ صَاحِبِهِ بِالْمُشْرِكِينَ حَمِيَّةً وَغَضَبًا... وَأَكْثَرُ مَا فِيهِ تَأْخِيرُ الْحَدِّ لِمَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ، إِمَّا مِنْ حَاجَةِ الْمُسْلِمِينَ إِلَيْهِ، أَوْ مِنْ خَوْفِ ارْتِدَائِهِ وَلِحُوقِهِ بِالْكَفَّارِ، وَتَأْخِيرِ الْحَدِّ لِعَارِضٍ؛ أَمْرٌ وَمَرَدَّتْ بِهِ الشَّرِيعَةُ؛ كَمَا يُؤَخَّرُ عَنِ الْحَامِلِ وَالْمَرْضِعِ، وَعَنْ وَقْتِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَرَضِ، فَهَذَا تَأْخِيرٌ لِمَصْلَحَةِ الْمَحْدُودِ؛ فَتَأْخِيرُهُ لِمَصْلَحَةِ الْإِسْلَامِ أَوْلَى» (٢).

فالأصل وجوب إقامة الحدود في كلِّ حال، لكنَّ حالة الغزو تتطلَّب استثناءً، يقتضي تأجيل الحدِّ؛ إذ تطبيقه في تلك الحال مُفضٍ إلى مفسادٍ هي أربى من مصلحة تطبيق الحكم الأصليِّ؛ فتأجيل الحكم أمر معهود في الشريعة إذا تخلَّفت مصلحته أو نتجت عن إجراءاته مفسدة راجحة، كما قال ابن القيم: «وأكثر ما فيه تأخير الحدِّ لمصلحة راجحة»؛ فيؤخَّر إلى وقت تستجلب فيه المصلحة التي شرَّع لها دون معارض أقوى، فالتأجيل مسلك من مسالك الاجتهاد الاستثنائيِّ التي يتوجَّب على المجتهد لحظها إذا رام تطبيق الحكم الشرعيِّ في ضوء مقصوده، محافظاً على اتِّساق منطق التشريع.

المطلب الثاني: مسلك الإيقاف:

() : (/) .

() : (/) .

والإيقاف: ترك تنفيذ الحكم المنصوص عليه إذا زال موجبُه الذي سُرع لأجله ()، فقد تقترن بالحادثة قرائن تجعل الحكم غير مثمر لمقصده لو طبّق على ما هو عليه، والعدول فيه عن الحكم ظاهر، لأنّه أوقف عن التطبيق مع أنّ الأصل إمضاء الحكم وبقاؤه، وهذا ما قرّره علماءنا؛ إذ الحكم دائرٌ مع علته وجودًا وعدمًا ()، ولا شكّ أنّه لو عاد المناط الذي شرع له الحكم الأصليّ عاودنا إجراء الحكم الأصليّ.

والإيقاف مسلك من مسالك الاجتهاد الاستثنائيّ الذي يستند إلى أصل تعليل الأحكام، وأنها شرعت لتحصيل مقاصد وغايات؛ فإذا تخلّفت عنها تلكم الغايات وتقاعدت عن تحصيل مقاصدها؛ لم تقع على الوجه الذي يريده الشرع؛ لذا يقول العز: «كلُّ تصرّف تقاعد عن تحصيل مقصوده؛ فهو باطل» ().

فليس مسلك الإيقاف لبعض الأحكام والذي عرفه الصحابة رضي الله عنهم؛ افتئاتًا وجرأةً على الشريعة، لا؛ ولا هو غريب عن سنّها، بل هو أتباع لرسم تشريعيّ اختطّه الشارع الحكيم في سنّ الأحكام والتشريعات، إذ هو فرع التعليل الذي ثبت بالاستقراء الذي لا يمكن إنكاره ولا تجاهله.

قال الدريني: «قد يحتفّ بالواقعة... من الظروف والملابسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامّة عليها، تلك النتائج التي قد تكون ضروريّة، لا تتفق والمصلحة التي شرع أصل القاعدة لأجلها... الأمر الذي يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الأصل العامّ... أو قد يوقف تطبيق تلك القاعدة أو النصّ العامّ، ريثما تزول تلك الظروف؛ تجنبًا لتلك النتائج التي لم يقصدها المشرع قطعًا» ().

() : (/) .

() : (/) : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

وشواهد ذلك مُتَبَدِّئَةٌ بوضوحٍ في بعض اجتهادات الصَّحابة؛ منها:

١- إيقاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه حدَّ السرقة في عام المجاعة:

فقد رأى عمر رضي الله عنه ألاَّ ينفذ حدَّ السرقة في من سرق عام المجاعة؛ ذلك أنه عامٌ استبدَّت فيه الحاجة الشديدة بالناس، وأنهكتهم المجاعة، واضطرَّهم الجوع ودفعت بهم الفاقة إلى مدِّ الأيدي لأخذ مال الغير سعيًّا إلى إطفاء لهيب اللهفة وسدِّ الخلة التي تحرق أجوافهم وبطون ذراريهم () .

ونظيره أمر عمر رضي الله عنه بقطع العبيد الذين سرقوا ناقةً؛ ثمَّ امتنع عن تنفيذ الحدِّ لما علم أنَّ سيدهم يُجيعهم، ولا يطعمهم ما يكفيهم ()؛ قال الباجيُّ موجِّهاً قضاء عمر رضي الله عنه: «ثمَّ أمر بصر فهم ولم يقطعهم؛ وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر رضي الله عنه في عام الرَّمادة، فإنَّه لم يقطع سارقاً» () .

ومعلوم مما هو مقرَّر في التشريع أنَّ السارق يُقطع؛ لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (المائدة: ٣٨).

لكنَّ عمر رضي الله عنه رأى عام الرَّمادة وعام المجاعة ظرفاً استثنائيًّا، يستوجبُ اجتهادًا استثنائيًّا لما يحيط به من الخصوصيَّات والملايسات التي تقضي استثناءه؛ تماشيًّا مع منهج الشَّرع في اتِّباع الأصل في الظروف الاعتياديَّة، وإذا قام ظرفٌ استثنائيٌّ؛ فإنه يقتضي استثناءً حفاظًا على اتساق منطِق التشريع.

() : (/) : (/) : (/) :

() :

« : ... » : رضي الله عنه : : :

(/) :

(/) : () :

وقد قال ابن القيم: «من أسباب سقوط الحدِّ عامُّ المجاعة... فإنَّ السَّنة إذا كانت سنةً مجاعةً وشدَّةً غلب على النَّاس الحاجة والصَّرورة؛ فلا يكاد يسلم السَّارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسدُّ به رمقه...» () .

ففي عام المجاعة لم يتحقَّق مناط القطع؛ إذ انتفى معنى السَّرقة وارتفع موجبُ القطع؛ فيرتفع الحكمُ تبعاً لارتفاع موجبِهِ: - هذا ما جعل عمرُ رضي الله عنه يُوقِف حدَّ القطع يومئذٍ، فإنه لم يجد مناطه متحقِّقاً، وكان رضي الله عنه يقول: «لا قطع في عذق، ولا في عام سنة» () .

٢-: إيقاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه سهم المؤلِّفة قلوبهم بعد عزة الإسلام:

والمؤلِّفة قلوبهم: كانوا قوما يتألَّفون على الإسلام بما يعطون من الصدقات وهم أنواع ثلاثة: أ-: كفار يُكفُّ أذاهم عن المسلمين ويستعان بهم على غيرهم من المشركين.

ب-: قوم تقصد استمالة قلوبهم وقلوب غيرهم من الكفار إلى الدخول في الإسلام.

ج-: قوم من المسلمين حديثو عهد بالكفر لئلا يرجعوا إلى الكفر () .

وكلُّ هذا إنما يحتاج إليه في حال ضعف المسلمين، أمَّا حال قوتهم؛ فلا حاجة إلى هذا التأليف، لذا رأى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يوقِف سهمهم من الزَّكاة حين عزَّ الإسلام، وذلك بحضرة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولم ينكر عليه هو، ولا غيره من الصحابة رضي الله عنهم.

فقد أخرج ابنُ أبي حاتم عن عبدة السَّلمانيِّ قال: «جاء عيينة بنُ حصنٍ والأقرعُ بنُ حابسٍ إلى أبي بكر فقالا: «يا خليفة رسول الله، إنَّ عندنا أرضاً سبخةً ليس فيها كلاً ولا

() : (/ -) .

() : " " :

(/) : " " : (-) :

: (/) .

() : (/) :

منفعة؛ فإن رأيت أن تعطيناها»؛ فأقطعها إياهما، وكتب لهما عليها كتابا وأشهد، وليس في القوم عمرٌ رضي الله عنه؛ فانطلقا إلى عمر رضي الله عنه ليشهد لهما، فلما سمع عمر رضي الله عنه ما في الكتاب؛ تناوله من أيديهما، ثم تفلّ فيه فمحاها! فتذمّرا وقالوا مقالة سيئة؛ فقال: «إن رسول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يومئذٍ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام، اذهبا فاجهدا جهدكما...» () .

وترك أبو بكر رضي الله عنه النكير عليه بل استحسّن صنيعة؛ إذ جاء عند البخاري في التاريخ الصغير أنه لما فعل عمر رضي الله عنه بهما ذلك؛ أقبلا إلى أبي بكر رضي الله عنه وهما يتذمّران، فقالا: «ما ندري والله أنت الخليفة أو عمر؟!؟» فقال: «لا؛ بل هو لو كان شاء»، فجاء عمر رضي الله عنه وهو مغضبٌ حتى وقف على أبي بكر رضي الله عنه؛ فقال: «أخبرني عن هذا الذي أقطعتهما، أرض هي لك خاصة، أو للمسلمين عامة؟!» قال: «بل للمسلمين عامة»، قال: «فما حملك على أن تخصّ بها هذين؟» قال: «استشرت الذين حولي؛ فأشاروا عليّ بذلك، وقد قلت لك: إنك أقوى على هذا مني؛ فغلبتني» () .

قال الجصاص -معقبا على الأثر-: «فترك أبو بكر الصديق رضي الله عنه النكير على عمر فيما فعله، بعد إمضائه الحكم - يدُل على أنه عرف مذهب عمر فيه حين نبّهه عليه وأنّ سهم المؤلف قلوبهم كان مقصورا على الحال التي كان عليها أهل الإسلام من قلة العدد وكثرة عدد الكفار وأنه لم ير الاجتهاد سائغا في ذلك، لأنه لو سوغ الاجتهاد فيه؛ لما أجاز فسح الحكم الذي أمضاه» () .

فرأى عمر رضي الله عنه بمحضر كبار الصحابة رضي الله عنهم إيقاف حصّة المؤلف قلوبهم لما عزّ الإسلام، وقوي المسلمون؛ إذ أمسى إجراء الحكم في مثل هذا الظرف لا يؤدي مقصده، فقد انتفت

(/) : (/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) : (/) :

فيهم صفة التأليف؛ لمكان عزة المسلمين وقوتهم، قال الدريني: «فأوقف تطبيق الحكم لتخلف مقصده، إذ لا عبرة بالوسائل إذ لم تحقق المقاصد»^(١).

٣-: وفي الرخص المؤقتة إشارة إلى مشروعية ذلك، ومن مثلها:

(أ)-: التيمم للمريض وفاقد الماء:

فالأصل وجوب الوضوء للصلاة؛ إلا أن طرأ الظرف الاستثنائي من مرض أو فقد ماء؛ يُجيز التيمم استثناءً مؤقتاً؛ فأوقف وجوب الوضوء مدة مؤقتة؛ إلى حين عود الظرف الاعتيادي؛ فيعود الحكم الأصلي من وجوب الوضوء للصلاة؛ قال العزُّ ممثلاً لقاعدة الاستثناء في الشرع: «الصلاة مع الحدث محظورة؛ لكنها جازت للتيمم عند فقد الماء شرعاً وحساً؛ عند الأمراض التي يُخشى منها على النفوس والأعضاء أو المشاق الشديدة، وكذلك يجوز عند فقد الماء والتراب؛ إقامة لمصالح الصلاة التي لا تدانيها مصالح الطهارة»^(٢).

وهذا إيقافٌ وليس تأجيلاً، إذ من كان فرضه التيمم؛ صلى به ولم يعد، ولا تبعه عليه، فوجوب الوضوء قد أوقف في حقه إيقافاً مؤقتاً استثناءً؛ لقيام سببه.

(ب)-: الترخص في التلفظ بكلمة الكفر حال الإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان:

فالتلفظ بكلمة الكفر حرام؛ لكنها في حالة الإكراه تجوز استثناءً، رخص الله ﷻ فيها؛ رعيًا لمصلحة حفظ المهج والنفوس؛ مقارنةً بلفظ لا يُعتقد معناه، قيل تحت وطأة الإكراه؛ فيوقف حكم المنع والحرمة في ذلكم الظرف استثناءً، وساعة العودة إلى الظرف الاعتيادي يعود الحكم الأصلي المقتضي للمنع؛ قال الزركشي: «الإكراه يتعلق به مباحث: الأول؛ أنه يسقط أثر التصرف رخصةً من الله تعالى؛ ولهذا يباح له التلفظ بكلمة الكفر»^(٣)،

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) :

(/) : (/) .

وبيّن العزُّ التعليلَ المصلحيَّ لهذا الاستثناء في قوله: «التلفُّظ بكلمة الكفر مفسدةٌ محرّمةٌ؛ لكنه جائز بالحكاية والإكراه إذا كان قلبُ المكره مطمئنًا بالإيمان؛ لأنَّ حفظ المهج والأرواح أكملُّ مصلحةً من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدونها الجنان» (١).

هذا؛ وإن لم يكن ذلك اجتهادًا وإنما هو حكم نصيٍّ، بيد أن فيه إشارةً إلى الاستثناء، وهو له شاهد؛ أن كان نفسُ الشرع ناهجًا لذلك، فهو ساعتئذٍ مؤيدٌ قويٌّ لاعتباره مسلكًا أصيلاً في الاجتهاد؛ إذ أن مسaire منهج الشرع في الاجتهاد مطلوب.

المطلب الثالث: مسلكُ التعديل:

ومن مسالك الاجتهاد الاستثنائي في التطبيق التعديل، وهو: الإبقاء على الحكم الأصليّ مع العدول إلى نوع من الاجتهاد الجزئيّ تتقاضاه ملابسات الظرف القائم، وما يحيط بها من خصوصيات؛ استتبع تعديلاً في الحكم الأصليّ، كي يبقى متسقاً مع مقاصد التشريع الكلية بما يحقق المصلحة والعدل (٢).

فإذا ما غفل المجتهد عن هذا النوع من العدول والاستثناء الجزئي عند قيام مستجدات ظرفية بالواقعة؛ آل الأمر إلى حرج وعنت لم يجيء الشرع به، ولا هو يرضى إقراره، ولربما أدى إجراء الحكم الأصلي كما هو إلى مناقضة مقصود الشرع فيه؛ وكان يكفي لتجديد النظر في ذلكم الاجتهاد؛ أن يتخلف مقصود الشرع فيه، فلا يتحقق ساعة تطبيقه تطبيقاً تجريبياً كما هو في الاعتبار الأصليّ.

وقد اتخذ التعديل في الاجتهاد التطبيقي عند أهل الاجتهاد والنظر؛ مظهرين اثنين هما التضييق والتوسيع (٣):

- | | | | |
|-----|---|-------|---|
| () | : | (/) | : |
| () | : | (/) | : |
| () | : | (/) | : |

أولاً: التّضييقُ: وله أحوال أجمل ذكرها فيما يأتي:

١-: حالات منع التعسّف في استعمال الحقّ:

فأصل التّصرّف في الحقوق والإباحات العامّة الحلُّ والإطلاقُ، لكن في حالات استتباع استعمال الحقّ أو الإباحة العامّة ضرراً فاحشاً بالغير؛ فإنّ هذا يُعدُّ اعتسافاً وإساءةً في الاستعمال، يُمنع صاحبه منه؛ إذ لم تُشرع الحقوق والإباحات لتكون سبيلاً لإلحاق الضّرر بالغير!، فهي لما استجلبت ضرراً وحرّجا لم يجزى الشّرع به؛ استوجبت اجتهاداً استثنائياً- استثناءً جزئياً- يُقيّد استعمال الحقوق والإباحات العامّة بما لا يلحق الضّرر بالغير، وبما لا يُعدُّ إساءةً وتعسّفاً ().

ونظير ذلك جميع حالات منع التّعسّف في استعمال الحقّ، ومن شواهده ما قضى به عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة رضي الله عنه؛ فقد روى مالك -رحمه الله- في الموطأ:

أنّ الضحّاك ساق خليجا له من العريض؛ فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة؛ فأبى محمد، فقال له الضحّاك: "لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرّك؟! " فأبى محمد رضي الله عنه؛ فكلم فيه الضحّاك عمر بن الخطّاب رضي الله عنه، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يجلي سبيّله، فقال محمد رضي الله عنه: لا، فقال عمر: «لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع: تسقي به أولاً وآخراً، وهو لا يضرّك؟!» فقال محمد: «لا والله» فقال عمر: «والله ليمرنّ به ولو على بطنك»؛ فأمره عمر رضي الله عنه أن يمرّ به، ففعل الضحّاك ().

فالأصل أن محمداً رضي الله عنه حرّ في ملكه، له ألا يأذن؛ لكن لما كان امتناعه عن الإذن مُضراً بجاره، ولا يستجلب مصلحة فيه؛ بل على عكس ذلك له منفعة في الإذن -عدّ عمر امتناعه محض إضرارٍ، وهو تعسّف وإساءة في استعمال حقّه، ولم يشرع الله الحقوق لتكون معتصماً

() : (/) .
() : " " : : (/) .

تلوذ به المضارّة، غطاءً يُكسبها المشروعية والنفاذ؛ فالعدالة مظلة الأحكام الشرعية، والضّرر يُزال؛ لذا؛ قضى عمرٌ رضي الله عنه للضحّاك بإمرار الخليج على أرض محمد رضي الله عنه مع عدم رضائه؛ استثناءً من أصل حرية التصرف في الحق؛ لما آل الأمر إلى الاعتساف، فتقييد الاستعمال المباح بما لا يلحق ضرراً هو استثناء جزئي، وتعديل للحكم الأصلي المقتضي للإباحة.

٢- حالات ضعف الوازع:

ومن شواهد التضييق في الاجتهاد استثناءً نتيجة الظرف الخاص القائم؛ ما يتعلق بمسائل ضعف الوازع؛ وكان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه يقول: «تحدث للناس أفضية، على قدر ما أحدثوا من الفجور» (١).

قال القرافي معلقاً على ذلك: «أي يُحدثون أسباباً يقتضي الشرع فيها أموراً لم تكن قبل ذلك؛ لأجل عدم سببها قبل ذلك، لا لأنها شرع متجدد» (٢).

فهذا صريح في أنّ ما اعترى الحكم من تبديل جزئي ليس نسخاً؛ وإنما تغير سبب الحكم؛ فاقتضى تبديلاً للحكم لتغير مناطه؛ ضرورة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، ولو تغير المناط في زمن الصحابة لغيروا اجتهادهم وفقه، وهو معهود منهم؛ ولقد صرح بذلك ابن الحسين المالكي في قوله: «بل علم من القواعد الشرعية أنّ هذه الأسباب لو وجدت في زمن الصحابة رضي الله عنهم؛ لكانت هذه المسببات من فعلهم وصنعهم، ولكن تأخر الحكم لتأخر سببه، ولا يقتضي وقوع الحكم عند وقوع سببه تجديد شرع لم يكن في زمن الصحابة» (٣).

أ)- من شواهد ذلك فتوى الإمام مالك - رحمه الله - في قضية كقضية الضحّاك

ومحمد بن مسلمة رضي الله عنه:

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

يروى الإمام مالك - رحمه الله - قضاء عمر رضي الله عنه، وفي نفس القضية يرى رأياً مخالفاً، لا لكونه لا يرى تقييد الحق إذا أسيء استعماله، ولا يمنع التعسف في ممارسة الحق: - وإنما فساد الزمان وضعف الوازع أداه أن يستثني من قضايا منع التعسف هذه القضية، ولا يرى إجبار المالك على السماح لجاره بإمرار الماء من أرضه.

جاء في المدونة: «قلت: رأيت لو أن رجلاً له ماء وراء أرضي - وأرضه دون أرضي - فأراد أن يجري ماءه إلى أرضه في أرضي فمنعته؟ قال: قال مالك: «ذلك لك»، قال: وقال مالك: «ليس العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا» () .

وذكر الباجي تعليلاً لذلك - مبيناً أن عدم الأخذ بقضاء عمر رضي الله عنه؛ مرده لاختلاف حال الناس وفسادهم وضعف الوازع -؛ فقال: «قال مالك: «أخذ بها من يوثق به؛ فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر؛ رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب منه أولاً وآخراً ولا يضرك، ولكن فسد الناس، واستحقوا التهم؛ فأخاف أن يطول الزمان، ويُنسى ما كان عليه جري هذا الماء وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك» () .

فيتبدى للناظر في تعلييل الإمام؛ أن حكمه هذا مبناه تغير الزمن وفساد الذمم؛ يخشى إذا عمل بقضاء عمر رضي الله عنه أن يدعي المرتفق ملكية الرقبة التي تجري فيها عينه؛ فلا تناقض بين قضاء عمر رضي الله عنه ورأي الإمام مالك - رحمه الله -، فكان الاختلاف اختلاف وقت وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان؛ لتغير أحوال الناس؛ فإذا ما ضبّطت المعاملات، كما هو في زماننا، وانتفت العلة عاد التقييد، فالأصل عند مالك تقييد الحق بمنع التعسف في استعماله؛ إلا إذا عرض عارض من تبدل وجه المصلحة () .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

(ب)-: تضمينُ الصُّنَاعِ:

كان الناس في زمن الوحي يستصنعون ما احتاجوا إليه عند الصُّنَاعِ، وكانت الأمانة عامّة ومنتشرة في أوساط الناس، فإذا ادّعى الصَّانِعُ هلاك المصنوع عنده؛ صدّقه صاحبه، ولم يكن ثمة نزاع يُجَوِّج إلى مشروعيّة التّضمين.

بيد أنّ الوضعَ اختلفَ زمنَ الخلفاء؛ أنّ دخلت الخيانة في بعض النفوس؛ طمعاً في أموال الناس، ووضِعَ الوازع؛ فانتشرت الدّعاوى وكثرت الشُّكاة، بحيث لو تُرك الحال على ما هو عليه من عدم التّضمين؛ لعمّ التعديّ ووقع الناس في ضيق وحرَج؛ إذ هم ساعتهذ بين أمرين، أحدهما أحرَج من قسيمه: إما أن يتركوا الاستصناع؛ ولا يخفى ما فيه من ضياع مصالح الناس وتعطيل معاشهم؛ إذ ليس يستغني عنه أحد. أو أن يُقدِّموا عليه؛ فتضيع أموالهم، وهو فساد في الأرض عريض.

من هنا؛ ارتأى الصَّحْبُ الكرام ﷺ الحكم بتضمين الصُّنَاعِ؛ رعيًا لمصالح الناس العامة، ودرءًا للفساد المتوقَّع من التعديّ على أموالهم، وعلى ذلك سار العلماء بعدهم (١).

وقد قال مالك: «... فضمنوا ذلك لمصلحة الناس، ومما يشبه ذلك من منفعة العامة ما قال رسول الله ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد ولا تَلْقُوا السِّلْعَ حتى يُهَبَّطَ بها إلى الأسواق»؛ فلما رأى أن ذلك يصلح العامة أمر فيه بذلك» (٢)، وقد ضمَّنهم عمرُ بنُ الخطاب وعلِيُّ بن أبي طالب ﷺ وكان يقول: «لا يُصلِحُ النَّاسَ إلا ذلك» (٣).

() (/) .

() (/) .

() (/) .

فهذا ضرب من الاجتهاد الاستثنائي فيه تعديل للحكم الأصلي؛ تعديلا اقتضاه الظرف المستجد الذي استتبع - ضرورة ضعف الوازع - أن يُضيق على طائفة من الناس؛ كي تُحفظ المصالح العامة وتصان الحقوق من الضياع^(١).

(ج)-: قضاء عمر بإيقاع طلاق الثلاث بلفظة واحدة؛ ثلاثا:

فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: «إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم»^(٢).

فرأى عمر أن الحكم باعتبار الطلاق رجعيا، لم يشرع ليتخذ مطية إلى التلاعب وانتهاك حدود الله، ورأى المصلحة تتقاضاه أن يمضيه ثلاثا، ذلك أن مناط الحكم الأول تغير؛ فاستوجب اجتهادا استثنائيا بطريق التعديل الجزئي، والتضييق على الناس في هذه المسألة نظرا لمقتضيات المصلحة؛ إذ أن الناس استعجلوا فيما تتوجب فيه الأناة.

يشهد لذلك ما جاء في رواية أبي داود: عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس: فجاء رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثا؛ قال فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: «ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (الطلاق: ٥٣)، وإنك لم تتق الله؛ فلم أجد لك مخرجا، عصيت ربك، وبيانت منك امرأتك»^(٣).

فالطلاق واقع في الحالين، غير أن ضعف الوازع استتبع تعديلا في عدد مرّاته، إذ كان يعتبر واحدة فأمسى ثلاثا.

() : (/) :

() : (/) :

() :

(/) :

ثانياً: التوسيع: ومن شواهد ما يأتي:

(١)-: ما عرفه فقهاء الحنابلة في باب الشروط والعقود من التوسيع؛ قال ابن القيم: «وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط، أمرٌ قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة؛ فلا يستغني عنه المكلف»^(١)، فقد تدعو الضرورة والحاجة إلى توسيع باب الشروط والعقود، استثناءً؛ تلمسًا لتحقيق مصالح الناس، إذ نجد الحنابلة أكثر المذاهب اتساعاً في فتح هذا الباب لحظاً منهم لهذا الاستثناء الجزئي الذي تقتضيه المصلحة الحاجية العامة.

(٢)-: ومن شواهد ذلك ما ذكره العزُّ قائلًا: «الذكاة واجبة في الحيوان المأكول؛ تقليلاً لما فيه من الدم النجس، واستثني من ذلك ما لا يقدر على ذكاته من الوحوش والطيور وشوارد الأنعام؛ فإنَّ جرحها يقوم مقام ذكاتها لتعدُّر ذكاتها، وكذلك لو سقط بعير في بئر يتعذر رفعه منه، وأمكن طعنه في بعض مقاتله؛ حلَّ بذلك» ثمَّ بيَّن القاعدة العامة في الاستثناء ومسوغها؛ فقال: «وهذا وأمثاله داخل في قول الشافعي: بُنيت الأصول على أنَّ الأشياء إذا ضاقت اتَّسعت»^(٢)؛ يريد بالأصول قواعد الشريعة، وبالاتساع الترخيص الخارج عن الأقيسة وأطراد القواعد، وعبر بالضيق عن المشقة»^(٣).

فهذا يشير إلى أنَّ الاستثناء والعدول عن القاعدة العامة بطريق التوسيع حال وجود موجبها؛ رسم تشريعيٌّ ينبغي على المجتهد اتِّباعه حال نظره في المسائل المعروضة.

() : (/) .

() :

(/) : (/) :

(/) .

() : (/) .

المطلب الرابع: مسلك التغيير:

ومن مسالك الاجتهاد الاستثنائي التغيير؛ وهو العدول عن الحكم الأصلي إلى حكم اجتهادي آخر؛ نظرا لارتفاع المناط الأوّل وظهور مناط جديد؛ استوجب حكما جديدا مغايرا للأوّل، هو أقدر على تحقيق المصلحة والعدل ().

فالأحكام وسائل لتحقيق مقاصدها، إذا تخلّفت عنها وتقاعدت عن تحقيقها؛ لم تقع على الوجه المراد للشارع ()؛ فعند عروض ملابسات ومستجدات تقوم ساعتئذ دلائل تكليفيّة أخرى؛ تتقاضى العدول عن الحكم الأوّل إلى غيره؛ مما يكون أقدر على تحقيق مقاصد الشرع ().

ومعلوم أنّ الأحكام تابعة لمناطاتها توجد بوجودها وترتفع بارتفاعها؛ ضرورة أنّ الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ()؛ فتغيّر المناط يستوجب اجتهادا استثنائيا مغايرا للحكم الأصلي. كل هذا استتبعته مرونة الشريعة وابتناؤها على التعليل بمصالح العباد في الدارين؛ فكانت بذلك صالحة لأباد الزمن، ومستوعبة لآفاق الأمم.

هذا ما وعاه الصحابة رضي الله عنهم وتيقنوه من معاشتهم للوحي، وفهموه من أفضية النبي صلى الله عليه وآله وفتاويه، فوجدوا هذا الباب من واسع أبوابه؛ فتارة يعلّلون فتياهم بالمنصوص، وأحيانا يعمدون إلى الحكم يستنبطون علته ليوسّعوا مجاله ومشمولاته، وأحيانا يحكمون أحكاما يُخال -بإدبي الرأي- أنهم خالفوا فيها حكم الله وليس ذلك كذلك، إنّما بثاقب نظرهم علموا أنّ الحكم معلّل بعلة وقد ارتفعت؛ فيغيّرون الحكم لتغيّر علة، فهذا

() : (/) .

() : « (/) : .

() : (/) : (- /) .

() : (/) : (/) :

(/) : (/) :

مسلكُ نهجه الرعيّل الأوّل الذين غُذُوا بلبان النبوة، وشربوا من مَعِينِهَا الصّافي، كيف وقد وقع ذلك في السّنة النبويّة، وهم أولى المتّبعين () .

وللتغيير شواهد في التشريع ذاته، وفي فتاوى الصحابة والأئمة المجتهدين منها:

١-: نهي النبي ﷺ عن ادّخار لحوم الأضاحي بعد أن كان أصلها الجواز؛ ثمّ عاد فأذن

فيه:

وقد سلف الحديث عن عائشة -رضي الله عنها- في ذلك، فالأصل جواز التصرف في لحوم الأضاحي أكلاً وادّخاراً ولكنّ حالة الدّافة تستوجب تغييراً للحكم ونهياً عن الادّخار لقيام ظرفٍ استثنائيّ يستوجب ذلك؛ لذلك قال ابن عبد البر: «وقد روت عمرة عن عائشة بيان العلة في النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث، وأنّ ذلك إنما كان محبة في الصدقة من أجل الدّافة التي كانت قد دفت عليهم؛ يعني الجماعة من الفقراء القادمة عليهم» () .

فبعض العلماء رأى أنّ الحكم غير منسوخ؛ وإنما ارتفع لارتفاع علته، فإذا عاد المناط ودفّ الناس؛ عاد النهي عن الادّخار؛ فهو من باب تغيير الحكم لتغيير علته؛ فالأصل جواز الادّخار، بيد أنّه في حال الدّافة مع عدم وجود سبيل لسداد الحاجة إلا بلحم الأضاحي؛ يلجأ إلى الاجتهاد الاستثنائيّ؛ فيتغيّر الحكم لتغيير علته ومناطه؛ ويعود الحكم بالنهي عن الادّخار؛ قال الشافعي: «فإذا دفت الدّافة ثبت النهي عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث؛ وإذا لم تدفّ دافة فالرخصة ثابتة بالأكل والتزوّد والادّخار والصدقة» () .

(/ /) :

(/) :

(/) :

(/) :

والتقييد بالثلاث واقعة حال، وإلا فلو لم تستد الخلة إلا بتفرقة الجميع؛ لزم على هذا التقرير عدم الإمساك ولو ليلة واحدة () .

٢-: صلاة التراويح:

فقد امتنع النبي ﷺ عن سنّها جماعة؛ خشية أن تفرض فلا يقدر الناس عليها، لكن لما جاء عهد عمر رضي الله عنه، تغيرّ المناط فزال ما كان يخشاه النبي ﷺ من إمكان فرضيتها؛ لاستقرار الأحكام وانقطاع الوحي، فرأى عمر رضي الله عنه أن المصلحة جمع الناس على قارئ واحد، وارتأى عندئذٍ توجه العدول بمسلك التغيير.

فعن عروة بن الزبير رضي الله عنه أن عائشة رضي الله عنها أخبرته: أن رسول الله ﷺ خرج من جوف الليل، فصلّى في المسجد؛ فصلّى رجال بصلاته، فأصبح الناس يتحدثون بذلك، فاجتمع أكثر منهم، فخرج رسول الله ﷺ في الليلة الثانية، فصلّوا بصلاته؛ فأصبح الناس يذكرون ذلك؛ فكثرت أهل المسجد من الليلة الثالثة، فخرج فصلّوا بصلاته؛ فلما كانت الليلة الرابعة، عجز المسجد عن أهله، فلم يخرج إليهم رسول الله ﷺ؛ فطلق رجال منهم يقولون: "الصلاة"، فلم يخرج إليهم رسول الله ﷺ، حتى خرج لصلاة الفجر، فلما قضى الفجر، أقبل على الناس ثم تشهد فقال: «أما بعد؛ فإنه لم يخف عليّ شأنكم الليلة، ولكني خشيت أن تفرض عليكم صلاة الليل، فتعجزوا عنها» () .

وكان ذلك شأن الناس على عهد أبي بكر رضي الله عنه وصدر خلافة عمر رضي الله عنه، إلى أن خرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذات ليلة في رمضان إلى المسجد، فإذا الناس أوزاع متفرّقون يصلي الرجل نفسه، ويصلي الرجل فيصلّي بصلاته الرهط، فقال عمر رضي الله عنه: «إني أرى لو جمعت هؤلاء على قارئ واحد؛ لكان أمثل» .

() : (/) .

() : " " :

(/) :

:

ثمَّ عزم فجمعهم على أبي بن كعبٍ رضي الله عنه، ثم خرج ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم؛ فقال عمر رضي الله عنه: «نعمت البدعة هذه، والتي تنامون عنها أفضل من التي تقومون» (/).

فلما تغيرَ مناط الحكم وارتفع إمكان إيجابها وهو ما خافه النبي صلى الله عليه وسلم، رأى عمر رضي الله عنه المصلحة تقتضي جمعهم على قارئ واحد، فاتَّحد الصُّوف إشعاراً باتِّحاد القلوب، واتَّحد الكلمة، علاوةً عن كون ذلك يقطع تشويش تلكم الجماعات عن بعضها البعض حال تعدُّدها، وهي خالية عن المفسدة المعارضة، فاقضى ذلك التغيُّر في محلِّ الحكم تغييراً في الحكم ذاته (/).

وهناك أمثلة أخرى كالتسكير وجمع السنَّة وما ارتآه بعض السلف من منع النساء الصلاة في المساجد عند تغيُّر الزمن، وانتشار الفساد، كلُّها من قبيل تغيُّر الحكم لتغيُّر مناطه واختلاف ظروفه، وقليل الأمثلة يدل على ما سواها مما هو في معناها (/).

فإذا امتهد هذا؛ تبدَّى جلياً أن الاجتهاد الاستثنائي سنن أصيل في التشريع، له مسالك مختلفة تتبعها المجتهد ساعة تنزله للأحكام، يدرس كل واقعة بظروفها الملازمة؛ فإذا اقتضت اجتهاداً استثنائياً، دقق فيها النظر؛ كي ينجح بها أحد هذه المسالك، وفقاً لمقتضى المصلحة المعتبرة والمقاصد المرجاة من تشريع تلك الأحكام، حفاظاً على الوحدة التشريعية، واتساق منطقتها.

وهذا الرسم البديع ملحوظ في أحكام المشرِّع نفسه، وعليه سار الرِّعيل الأول في فتاواهم وأقضيتهم - فوجب على المجتهد أن ينحو نحوهم وينهج نهجهم، طلباً لسداد الاجتهاد، ورجاءً في تحقيق مقاصد الشرع في الخلق.

(/) : (/) :

(/) : (/) :

(/ -) : (/ -) :

الفصل الثاني:

أهمية الاجتهاد الاستثنائي في فقه التنزيل وأهم النظريات المنبثقة

عنه:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فقه التنزيل وصلته بالاجتهاد الاستثنائي

المبحث الثاني: أهم النظريات الكبرى المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائي

تمهيد: إنَّ تطبيقَ الشريعة في واقع الناس مفهوم عام شامل يجعلها جارية على مجال السيرة الفردية، وفي التعامل الاجتماعي والإنساني العام، حتى تهتدي الحياة بهديها في كل شعابها، فضلاً عن الصلة التعبدية المباشرة بين الإنسان وربه؛ فهو أكبر من المدلول الضيق الذي اختصر تطبيقها في بعض أحكام الحدود والنكاح.

أسهم في نشر هذا المدلول الضيق؛ مكرّ من المعادين للشريعة الإسلامية يتغياً إبطال الشريعة في مختلف شعاب الحياة؛ بالتشجيع عليها في هذا المجال الضيق استناداً إلى قِيمِ العصر وأذواقه ومقتضياته، وربما ساعدتهم على ذلك؛ غفلةً من قِبَل بعض المناصرين لها كادوا أن يحصروها حقاً في ذلك المجال الضيق؛ حتى أوشكت هذه الدعوة أن تتناسى تطبيق الشريعة في مدلوله الشمولي العام.

ولكن تنادت صيحات إسلامية مخلصه بتطبيق الشريعة الإسلامية في كثير من البلاد الإسلامية-: فإن هذا ليس يكفل التطبيق السليم لها في واقع الناس؛ إذ التطبيق السليم للشريعة في واقع الحياة لتصبح مهتديةً بالدين؛ يحتاج إلى عمل اجتهادي وفق تخطيط منهجي على درجة عالية من الدقة؛ يهياً به الحكم الشرعي المجرد ليُجرى على الوضع الواقعي الذي يشملها، محققاً للمقاصد التي من أجلها شرع^(١٩٩).

وقد أشار الإمام الشاطبيُّ إلى هذا المعنى في تحليله للاجتهاد التطبيقي المعروف عند الأصوليين بتحقيق المناط فقال: «الأفعال لا تقع في الوجود مطلقةً، وإنما تقع معينةً مشخصةً، فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام. وقد يكون ذلك سهلاً وقد لا يكون، وكله اجتهاد»^(٢٠٠).

وسياتي هذا الفصل على بيان حقيقة فقه التنزيل وصلته بالاجتهاد الاستثنائي، معقباً له بذكر أهم النظريات المنبثقة عنه.

() :
 (/) :
 (/) :

المبحث الأول:

فقه التنزيل وصلته بالاجتهاد الاستثنائي

تمهيد:

تمّ ليس بخاف على من له دراية بعلوم الشريعة، أنّ تطبيق الأحكام الإسلامية في الواقع يحتاج إلى منهج يبني على فقه تطبيقيّ، غايته تسهيل الطريق لتلك الحقائق الدينية لكي تصبح جارية في حياة الناس، ويبدأ هذا الفقه من مرحلة الفهم، حيث يبني بمقتضاه فهم الدين عقيدة وشريعة على أنه حقائق، ليست غايةً في ذاتها، وإنما غايتها في صيرورتها واقعاً سلوكياً، ثم يتمّ بذلك الفقه صياغة الأحكام الإسلامية صياغة تناسب معطيات الواقع، الذي يعيشه المسلمون في ظرفهم الزمانيّ والمكانيّ، لينتهي الأمر إلى الإنجاز الفعلي لتلك الصياغة في شعاب الحياة المختلفة.

فكان الناظر في أحكام الشريعة الرّامي إلى تنزيلها في واقع الناس؛ محتاجاً إلى مرحلتين في التعامل مع الأحكام الشرعية: "مرحلة الفهم والتفسير البياني، ومرحلة التنزيل: بما فيها الصياغة والإنجاز"^(١).

وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم فقه التنزيل، وأهميته.

المطلب الثاني: أسس فقه التنزيل، وبيان موقع الاستثناء فيها.

المطلب الثالث: مراحل فقه التنزيل ومظاهر الاجتهاد الاستثنائي فيها.

()

المطلب الأول: مفهوم فقه التنزيل وأهميته:

تقرّر أنّ كلا المرحلتين من فقه الفهم وفقه التنزيل؛ لهما أهمية بالغة في الوصول إلى طرح منهجي سليم ورشيد يرمي إلى تطبيق الشريعة في واقع الناس؛ بيد أن الألتصق بموضوع البحث هو الاجتهاد التنزيلي دون البياني "فقه الفهم".

وكلٌّ من المرحلتين يختلفان في الطبيعة، لاختلاف الخصوصيات بين الفهم، وبين التنزيل، حيث إنّ الفهم تكون فيه العلاقة الأساسية بين العقل وبين المصدر النصّي للدين، في حين تكون العلاقة في التنزيل، بين "العقل" و"المصدر النصّي"، وبين "واقع الحياة"، كعنصر أساسي في هذه العلاقة^(٢٠٢)، ففي مرحلة التنزيل يدخل عنصر ثالث: وهو الواقع.

ولا شك أنّ الاستثناء في الاجتهاد ناجم عن اعتبار الوقائع بخصوصياتها الزمانية المكانية حين محاولة التنزيل للأحكام الشرعية المجردة، على تلك الوقائع المشخصة في ضوء مقاصدها المبتغاة، فكان الاجتهاد الاستثنائي في غالبه متعلقاً بفقه التنزيل لا الفهم.

لذا؛ سيعرض البحث لفقه التنزيل على نحو وسط بين الإيجاز والتطويل؛ مما يراه الباحث مؤدياً للغرض في وصل المفاهيم بعضها ببعض.

الفرع الأول: مفهوم فقه التنزيل:

مرحلة التنزيل: هي صيرورة الحقيقة الدينية، التي وقع تمثّلها في مرحلة الفهم، إلى نمطٍ عمليّ، تجري عليه حياة الإنسان في الواقع، عقيدةً موجّهة لجميع نشاط الإنسان، في وحدة وتناسق، وسلوكاً فردياً واجتماعياً، ينبثق من تلك العقيدة؛ قصداً إلى توجيه حياة الإنسان في جميع شعابها ومناحيها^(٢٠٣).

() : (/) .

() : (- /) : (-) .

فإذا تمَّهَّد هذا؛ فإنَّ فقهَ التَّنْزِيلِ: "هو العلم بطرق تنفيذ الأحكام الشرعية فعلياً على الوقائع العينية وفق المقاصد المتغيّاة من تشريعها"، ولما كان التنزيل تالياً للفهم؛ فقد يقتضي ذلك إجراء الحكم على أصله وفق قاعدته العامّة، كما أنتجتة مرحلة الفهم، وقد يقتضي استثناءه منها لتندرج تلك الواقعة تحت أصل آخر هو أدعى لتحقيق مقصد الشرع فيه؛ توثيقاً لمبدأ المصالح، وتحقيقاً للعدل الذي هو مظلة التشريع.

الفرع الثاني: أهمية فقه التَّنْزِيلِ:

وإذا كان فهمُ الدين أساساً في التَّدِينِ؛ فإنَّ تنزيله في واقع الحياة هو الثمرة المبتغاة من تشريعه، وتبلغ بالدين إلى الغاية من نزوله؛ ولذلك فإن الخلل الذي يطرأ في تنزيل الأحكام على واقع الحياة، يؤدي إلى خطر عظيم، وخلل عميم، مآله تخلف المقاصد عن تلکم الأحكام، فتصير خلواً عن مقاصدها، وهذا ما لا يُتصوّر في أيِّ نظامٍ من صنع العقلاء، علاوة عن أن يُدعى في شرع الحكيم العليم، فإذا خلت تلکم الأحكام عن مقاصدها وقعت على نحوٍ لا يريده الشرع، فلا يمكن بحالٍ أن تُنسب إلى الشرع، إذ هو آيل إلى لون من العبث في التعامل مع الأحكام الشرعية، بتنزيلها على غير محالّها^(٢٠٥)، وفي ذلك يقول العز: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده؛ فهو باطل»^(٢٠٦).

فمرحلة التَّنْزِيلِ تُعنى بالتخطيط والبرمجة لبسط الدين على واقع الحياة، وتقويم سلوك الناس بنهج الدين، على نحوٍ تكون فيه أحكامه مثمرة لمقاصدها، مُصلحةً لأفراد المجتمع، مقيمةً لأخلاقهم وسلوكياتهم وتعاملاتهم الفردية والجماعية على نهج الشرع القويم؛ ذلك أن شريعة الإسلام خالدة أحكامها، فسيحة جنّاتها، تسير بالناس إلى ما فيه إسعادهم، ويحفظ عليهم مصالحهم.

() : (/) : (- /) :
() : (/) :

وإذا كان الاجتهاد التطبيقي قد حظي بشيء من الاهتمام في المدونات الأصولية الفقهيّة بضبط بعض قواعده المنهجية، فإن الاهتمام الأكبر من قبل الأصوليين قد صُرف إلى الاجتهاد البياني الذي يهدف إلى استخلاص الأحكام الشرعية المجردة من مداركها، وأكثر القواعد المنهجية الأصولية المقررة في مدونات الأصول مخصصة لهذا الباب^(٣٠٦).

ولما آلت الحضارة الإسلامية إلى الضمور، وآلت معها الحركة الفكرية عمومًا إلى الضعف؛ ازداد الاجتهاد التطبيقي في إيقاعه وفي التنظير له انحسارًا من دائرة الاهتمام للفقهاء والأصوليين، إذ أنّ ازدهار الحضارة وتجدد حركة الحياة وانتعاشها وتقدمها؛ هو الذي ينشئ الاجتهاد في تطبيق الأحكام على المنجزات المستحدثة لتنساق في الهدى الديني العام.

وحينما آل العالم الإسلامي منذ زمن إلى تعطيل أحكام الشريعة عن أن تهدي الحياة في أكثر مجالاتها، وخاصة المناحي الحيوية ذات الصبغة الاجتماعية؛ كالسياسة والاقتصاد:- انقطع سند الاجتهاد التطبيقي وآدابه، وأصبح جزءًا من التراث ليس له في الواقع وجود. وعلى هذه الحال لعهد طويل؛ تيقظ المسلمون في هذه الصّحوة الإسلامية المتصاعدة التي تدعو إلى إعادة القيومية العملية للشريعة على كل شعاب الحياة:- مما استتبع ضرورة ملحة لإعداد صياغة منهجية للأحكام الشرعية المجردة في مشاريع عملية قابلة للتطبيق على أحوال الواقع الراهن؛ ما يستوجب إكثار الدراسات العلمية والعملية الجادة، على مستوى التأصيل للمنهج القويم المعين على تلك الصياغة وذلك الإجراء^().

() : (/) : (/) :
 () : (/) :
 (/ -) .

ولو أجزت التطبيق الآتي الذي ينادي به اليوم - غفلةً - بعض أنصار الصحوة الإسلامية مع ما آل إليه واقع المسلمين من تعقيد شديد وتشابك في أحوال الحياة: - فإن ضرراً بليغاً سيحصل، وقد يؤرل الأمر إلى تفويت المصلحة والعدل المقصودين للشرع قطعاً^(٢٠٨).

وتنويها بأهمية ذلك يقول ابن القيم: «هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه؛ ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث: - فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل»^(٢٠٩).

ومن ثمّة؛ فإن الدعوة إلى تطبيق الشريعة والعمل من أجل ذلك؛ ينبغي أن يستند إلى اجتهاد تطبيقي يتأسس على قواعد منهجية تُزاوج بين الأدب الأصولي الفقهي، والمعطيات المستجدة في واقع المسلمين.

المطلب الثاني: أسس فقه التنزيل، وبيان موقع الاستثناء فيها:

الحكم الشرعي يتسم بالتجريد والعموم، بيد أنه لا يمكن تطبيقه واستبانة وجه الصلاح فيه؛ إلا بتنزيله على الواقعة المعينة، والاجتهاد في تحقيق مناطه، قال الغزالي: «ولا يمكن تعيين المصلحة في الأشخاص والأحوال؛ إلا بالاجتهاد، فهو من قبيل تحقيق مناط للحكم»^(٢١٠).

()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)

فالواقع أعيانٌ مشخصةٌ متمثلةٌ في أفرادٍ من الناس، وأفعالٍ تصدر عنهم، وأحداثٍ ونوازلٍ فرديةٍ وجماعيةٍ تتوالى على الزمن، فالمجتهد يراعي في تطبيق الحكم المتقرر في ذهنه كلياً^(١)؛ أن يكون نظره إلى الواقع بحسب طبيعته المجزأة؛ إذ قد تحيط ببعض الأفراد والأجزاء من الواقع ظروفٌ وملابسات تجعل إجراء الحكم التكليفي المجرد عليها مفضياً إلى الحرج والمشقة، وربما إلى الفساد؛ فيتعطل مقصد الحكم من تحقيق المصلحة المتغاية، وتنعدم المساواة بين الحكم التكليفي والتطبيقي؛ مما يستوجب استثناءً في الاجتهاد، ويمنع إجراء الحكم وفق قاعدته العامة الأصلية، وإدراجها تحت قاعدة أخرى هي أدعى لتحقيق مقصود الشرع.

مثال ذلك: الأصل إباحة تصرف الإنسان في ما مُنح من حقوق وإباحات؛ كتصرفه في حدود ملكيته مثلاً، بيد أنه إذا ظهر منه إساءة في استعمال حقه واعتساف في آحاد تصرفاته؛ يمنع منه وإن كان في الأصل مباحاً^(٢).

فهذا ضربٌ من الاجتهاد الاستثنائي يتقاضاه لحظ كل واقعة على سبيل التجزئة والإفراد، مع درك ملابسات الوقائع المجزأة؛ فالحقوق والإباحات لم تشرع لتكون وسائل للإضرار والاعتساف، فما دام الأمر كذلك يمنع المباح إذا كان استعماله في آحاد الوقائع مناقضاً لمقصد الشرع فيه^(٣).

ثانياً: تحقيق المناط:

وهو أساس منهجي متفرع عن منهج التجزئة، غير أن الأول متعلق بالواقعة وتفهم حقيقتها، أمّا هذا الأخير فمتعلق بملاحظة مدى انطباق الحكم على الحادثة في ضوء خصوصياتها الزمانية والمكانية، وفيه قال الإمام الشاطبي: «معناه أن يثبت الحكم بمدركه

()

()

()

. (/) :

:

الشرعيّ، لكن يبقى النظر في تعيين محلّه، ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمر كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصيّة ليست في غيره ولو في نفس التعيين، ... فلا يبقى صورة من الصور الوجودية المعينة إلا وللعالم فيها نظر سهل أو صعب؛ حتى يحقق تحت أي دليل تدخل^(٢١٧).

فالأحكام الشرعية تتعلق من أفعال الإنسان بأجناسها وأنواعها، ولكن هذه الأفعال واقعة أفراداً مشخّصةً بفاعليها وأزمانها وأماكنها المخصوصة، وهذه ملابسات وقرائن تدخل في تشكيل مناط الحكم، وكثير من الأفعال وإن تشابهت في ظاهرها، غير أنّ تدقيق النظر في حقائقها يبيّن عن افتراق بعضها في حقائق آحادها؛ كالحال في السرقة والغصب والحراية تشابهت في الظاهر، وافترقت في الحقيقة.

وعند التطبيق للحكم التكليفي المجرد على آحاد أفراده الواقعيّة يتوجّب تحقق المجتهد من دخول بعض الأفراد في نوع الحكم الذي بين يديه؛ فيكون مناطاً له يُجرّبه عليه، ويخرج من ذلك ما قد يشتهه باديّ النظر أنّه داخل في ذلك النوع أو الجنس وهو في الحقيقة ليس كذلك^(٢١٨).

ولو أهملت هذه الدراسة لوقع الحكم في غير محلّه مما يجعله مفضياً إلى ما لم يقصد الشرع إليه، فلا يصحّ نسبه بحال إلى الشرع الحكيم، هذا ما يبين عن أهميّة هذا الأساس، وما في إهماله من مروق عن الدين، وزيف عن المنهج القويم^(٢١٩).

ثالثاً: مراعاة المآل:

تعليل الأحكام الشرعية بمقاصد ومصالح متغيّاة في تشريعها؛ أمر ثابت بالاستقراء المفيد لليقين، كما قال الشاطبي: «والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت

() : (/) .

() : (/) :

(/) .

() : (/) :

لمصالح العباد»^(٢٢٠)؛ فوجب أن تكون حال تطبيقها في الواقع مثمرة لمصلحتها ومقصدتها الشرعي.

وليس يخفى أن تلبس الوقائع بظروفٍ وأحوالٍ في شخوصٍ فاعليها، أو أزمانها، أو علاقاتها بأفعال وأحداث أخرى-: تجعلها تختلف في إجراء الحكم الشرعي على آحادها، من حيث إفضاؤها وإثارتها لمصلحتها، ففي بعض الأحيان يتخلف المقصد الشرعي، بل قد يحصل من تطبيقه الضرر من حيث أريدت المصلحة والنفع-: لذا كان اعتبار مآلات الأفعال، ومراعاة نتائج التصرفات واجباً على المجتهد.

قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعاً؛ كانت الأفعال موافقةً أو مخالفةً... وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة»^(٢٢١).

فاعتبار المآل: «هو تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزله؛ من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يقتضيه ذلك الاقتضاء»^(٢٢٢).

ويكون هذا النظر بدراسة طبيعة الوقائع في أحوال فاعليها، وفي علاقاتها مع غيرها من الأوضاع وفي ظروفها الزمانية والمكانية، وبناء على هذه الدراسة يقدر المجتهد ما إذا كان يغلب على الظن أن الحكم سيحقق مقصده من المصلحة فيجريه كما هو، أو ما إذا كان يغلب على الظن أن لا يُحقق مقصده بل قد يُفضى إلى مفسدة؛ فيلجأ إلى اجتهاد استثنائي يتناسب وتلك الواقعة المعروضة تأجيلاً أو إيقافاً، أو تعديلاً أو تغييراً؛ حسب مقتضيات العدل.

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

فلحظ المال مقوم هامٌّ من مقومات فقه التنزيل، فهو بمثابة الموجه الذي يُرشد المجتهد إلى تبين مدى صلاح إجراء القاعدة العامّة والحكم الأصليّ للفعل، أو ضرورة استثنائه منها وإدراجه تحت أصل آخر وقاعدة أخرى هي أدعى لتحقيق مقصد الشّرع فيه. وهذا المنهج الاجتهاديّ انتهجه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كثير من اجتهاداته المصلحيّة الراقية، التي تنصّ عن فقه مصلحيّ عميق، وتنفق عن قريحة في الفهم متّقدة، وتبين عن ذكاءٍ ألمعيّ في التطبيق، وسيأتي مزيد من البيان في تفصيل المظاهر.

المطلب الثالث: مراحل فقه التنزيل، ومظاهر الاجتهاد الاستثنائيّ فيها:

إنّ التطبيق الشّامل لأحكام الشريعة في واقع الناس الفرديّ والاجتماعيّ بجميع شعبه؛ بما يُرجى له من قواعد منهجية-: يندرج فيه معنيان يعتبران كالمرحلتين؛ مرحلة الصياغة، ومرحلة الإنجاز؛ يتكاملان ليثمرا حكماً شرعيّاً يتساوق فيه: مقتضى القواعد الأصوليّة في الاستنباط، مع ما يتلبّس بالوقائع والأحداث من قرائن ومستجدات تدخل في تشكيل مناط الحكم ().

لذا؛ نجد للاجتهاد الاستثنائيّ مظاهريّ في كلتا المرحلتين؛ يتجلّى في مرحلة الصياغة بالمرحلة والتدرّج في التنزيل، أمّا في مرحلة الإنجاز فتارة بالتأجيل وأخرى بالإيقاف وثالثة بالتعديل، ومرابعة بالتغيير ()، وهذا ما سيرضه البحث بشيء من البسط والتفصيل؛ بدءاً بمفهوم كلّ منهما، مُعقّباً له بتلك المظاهر:

الفرع الأوّل: مراحل فقه التنزيل:

(١)-: مرحلة الصياغة: وهي تهيئة خطّة شرعيّة، تنبني على ما حصل من فهم لحقيقة الدّين، في هيئتها المجردة، تهيئةً تكون بها صالحةً لمعالجة أوضاع الناس، ذات الخصوصيات

()

()

المكانية والزمانية؛ فتكون من جهة مؤسّسة على الحكم الشرعيّ المجرد بمدرّكه، ومكيفةً بمقتضيات الأوضاع الواقعيّة من جهة أخرى، وهذه الأخيرة وإن كان للواقع فيها دورٌ إلا أنها تتسم بنوعٍ عمومٍ لأنّ الواقع المعتر فيهما هو الواقع العام^(٢٢٥).

(٢)-: مرحلة الإنجاز: وهو العمل على إجراء تلك الخطة الشرعية إجراءً فعلياً على الواقع بأحد أفرادها، وتكييف ذلك الواقع، بحسب ما تقتضيه تلك الأحكام؛ لتحقيق مقصودها^(٢٢٦).

وسبب الفصل بين المرحلتين في فقه التنزيل؛ واعتبار الإجراء الفعليّ مرحلةً في التطبيق مغايرةً لمرحلة الصياغة:- أن صياغة الأحكام صياغةً تطبيقيّةً، وإن كانت تقوم على مقتضيات واقعية، إلا أنها تبقى على شيء من الكليّة، باعتبار أن مقتضيات التي تقوم عليها، مقتضيات عامّة بين أفراد الواقع وأحداثه، أما الإجراء الفعليّ فإنه ذو طبيعة واقعيّة خالصة؛ لكونه يعالج بالتطبيق الأحداث والأوضاع مشخّصةً منفردةً.

وقد تقتضي خصائص التشخيص لكل حالة واقعية أن يُعاد على الحكم في صياغته بنوع من التعديل؛ فناسب فصل المرحلتين؛ تلمساً لدقّة أكبر^(٢٢٧).

الفرع الثاني: مظاهر الاجتهاد الاستثنائي في مرحلة الصياغة:

سلف القول إن الاستثناء في الصياغة يتبدى في المرحليّة والتدرّج التنزيلي؛ وهذا ما سأبحثه مجلياً معناه ذلك بدقّة ووضوح، مع عرض المدرك الشرعيّ والمسوّغ الواقعيّ لذلك. ذلك أن الأصل إجراء الأحكام كاملةً لا تدرّج في تنزيلها؛ إذ أن الشريعة قد اكتملت؛ ونحن مطالبون بتطبيقها كما جاءت لا نغيّر ولا نبدل، لا نزيد ولا نُنقص، بيد أن الوقائع والأحداث قد يعرض لها من الملابس والقرائن ما يضطرّ معه المجتهد إلى نوع اجتهادٍ

() (/) .

() (/) .

() (/) .

استثنائي في صياغة الأحكام؛ قوامه تدرُّج في تنزيل بعضها مرحلياً في ظروف استثنائية؛ كما يكون التطبيق مثمراً نتائجه ومقاصده في الواقع، ويتكامل بخطّة منضبطة تحكّمها نظرة شاملة تغياً التّنزيل الكامل لأحكام الشّرع في جميع شعاب الحياة.

وهنا يجمل التّنبية إلى أمر قبل البداءة في الحديث عن المفهوم والمشروعية، وهو أنّ التدرج ليس تنظيراً عامّاً للبلاد الإسلاميّة، وإنما هو بمثابة الضرورة في بلاد ابتعدت عن سمت التشريع وهديه، وصار صعباً إرجاعها إلى الإسلام دفعةً واحدة، ولذا كان أمر تقديره خطيراً للغاية، ليس يصلح للبتّ فيه عالمٌ في مجال الشريعة وحيداً، بل مثل تلك القرارات تتطلّب اجتهاداً جماعياً مؤسّسياً، تلتقي فيه الملكات والعقول والكفاءات، من علماء الشريعة وعلماء الاجتماع والسياسة والاقتصاد؛ فيتدارسون الوضع ويصدّرون عن رأي يكون محققاً لمقصود الشّرع؛ مثمراً للتطبيق الفعليّ للشريعة، ليس مجرد شعارات لا تلتقى في الواقع قبولاً.

وليس هذا بالغريب عن التطبيق الواقعيّ لشرعنا؛ بل إنّنا نسمع ما يقترب من هذا في بداية خلافة علي من هاج الرّاشدين؛ فقد أورد الشاطبي في موافقاته قصة الخليفة الراشد عم بن عبد العزيز رضي الله عنه مع ابنه عبد الملك وفيها: أن ابنه عبد الملك - وكان شاباً تقيّاً زاهداً - قال له: «يا أبت؛ ما لك لا تنفد الأمور؟! فوالله ما أبالي لو أن القدور غلت بي وبك في الحق».

يريد الشابّ التقيّ الغيور على الدّين، من أبيه - وقد صار خليفةً - أن يقضي على المظالم ويجتث الفساد والانحراف دفعةً واحدة؛ دون تريث ولا أناة؛ ولا يبالي أن كان بعدها ما كان () .

فقال له عمر - الأب الرّاشد الخبير بوضع الشّرع، وواقع النّاس - : «لا تعجل يا بُنيّ؛ فإن الله ذمّ الخمر في القرآن مرّتين، وحرّمها في الثالثة؛ وإني أخاف أن أحمل الحقّ على النّاس جملة؛

() : (/) .

فيدفعوه جملة؛ ويكون من ذا قننة^()؛ قال الشاطبي بعد إيراد القصة: «وهذا معنى صحيح -التدرج- معتبر في الاستقراء العادي؛ فكان ما كان، أجرى بالمصلحة، وأجرى من جهة التأنيس»^().

وعقب الشيخ محمد الخضر حسين بقوله: «من أقوى الدعائم في نجاح السياسة أن يفحص الرئيس مزاج الأمة، ويسير في علاجها وترقية شأنها شيئاً فشيئاً؛ للوجه الذي بسطه المؤلف في هذا المقام..»^().

ومعلوم أن خلافة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لم تحتج إلا إلى وقت قليل؛ لئيسط العدل على جميع مناحي الخلافة الإسلامية يومها؛ ولئن كان هذا حكمة منه في زمن كانت الغلبة فيه للمسلمين، وهو خليفتهم-: فلأن يهتدي بها علماء المسلمين ومفكروهم في التنظير لمشروع دولة إسلامية في واقع مرير كواقعنا الراهن-: أولى وأبلغ حكمة واهتداء.

وللشيخ القرضاوي كلام بليغ في ذلك؛ إذ قال: «ولا نعني بالتدرج مجرد التسوية وتأجيل التنفيذ، واتخاذ كلمة التدرج تكأة للإبطاء بإقامة أحكام الله، وتطبيق شرعه؛ بل نعني بها "تحديد الأهداف" بدقة وبصيرة، "وتحديد الوسائل" الموصلة إليها بعلم وتخطيط دقيق، وتحديد "المراحل اللازمة" للوصول للأهداف بوعي وصدق؛ بحيث تسلم كل مرحلة إلى ما بعدها بالتخطيط والتنظيم والتصميم، حتى تصل المسيرة إلى المرحلة المنشودة، والأخيرة التي فيها قيام الإسلام... كل الإسلام»^().

أولاً: مفهوم التدرج التنزيلي

- () : (/) :
- (/) .
- () : (/) .
- () : (/) .
- () : (/) .

إنَّ عملية التدرج تقتضي: التحقُّق بالرؤية الإسلاميَّة الشاملة الهادفة إلى التحقيق الكليِّ في مآلها، كما تقتضي أيضاً التحقُّق برؤية للواقع الرَّاهن وفهمه من خلال وسائل علميَّة، ثُمَّ تحديد الموقع بدقَّة، وتحديد القدرِ الذي يجب تنزيله في هذه المرحلة، ومن ثُمَّ؛ يكون تنزيله في هذه المرحلة مقدِّمةً وتمهيداً لتنزيل القدر التَّالي في مرحلة أخرى، وهكذا إلى أن يتمَّ التَّطبيق الكامل للأحكام الشرعيَّة، فلا بدَّ من وضوح الأهدافِ ووسائلها بدقَّة علميَّة ومنهجية، وتحديد المراحلِ اللازمة لذلك؛ وحال التدرُّج في التَّطبيق؛ لا بد لنا أن نستصحب الرؤية الشاملة والأبعاد الكاملة والشاملة التي يجب أن نبلغها، ونستشعر المسؤولية عن عدم بلوغها^(٢٣٣).

ثانياً: التدرُّج التنزيليُّ والتدرُّج التشريعيُّ:

والتدرُّج المقصودُ هو التدرُّج في التَّطبيق والتنزيلِ على الواقع، وليس التدرُّج في التَّشريع^(٢٣٤)؛ لأن التَّشريع اكتمل؛ يقول الله تبارك وتعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا...﴾ (المائدة: ٣)، فهو التدرُّج الكميُّ؛ في تقديم بعض الأحكام بالتطبيق وتأخير أخرى، وليس هو التدرُّج الكيفيُّ الذي يتدرُّج فيه الإيجاب والمنع من الأخرى إلى الأشد، كما كان في مبدأ نزول الدين، فذلك إنما كان خاصاً بتلك المرحلة، أما وقد اكتملت أحكام الدين في صورتها النهائية؛ فلا مجال للتصرف في كيفياتها من قِبَل الإنسان بالزيادة والنقصان، وإنما هو إنجازٌ للحكم مكتماً حينما يحقق الإنجازُ مقصده، أو تأخيرُه عند اقتضاء الصَّورة؛ لإنجازه مكتماً حينما يتسنى ذلك^(٢٣٥).

ثالثاً: مشروعية التدرُّج في منهجية التطبيق:

وفما يأتي أعرض لبعض الأدلة على كون التدرُّج في التطبيق مشروعاً، وهو من الشرع مستفاداً، كما تشير إليه الأدلة الآتية:

(/) :

(/) :

(- /) :

١ / -: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل ؓ حين بعثه إلى اليمن: «إنك ستأتي قوما أهل كتاب؛ فإذا جئتهم فادعهم إلى أن يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله؛ فإن هم أطاعوا لك بذلك؛ فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة؛ فإن هم أطاعوا لك بذلك؛ فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم؛ فإن هم أطاعوا لك بذلك؛ فأياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينه وبين الله حجاب»^(٣٣٦).

قال ابن حجر: «فإنَّ قوله "فإن هم أطاعوا...؛ فأخبرهم" يفهم منه: أنهم لو لم يطيعوا؛ لا يجب عليهم شيء، وفيه نظر لأن مفهوم الشرط مختلف في الاحتجاج به وأجاب بعضهم عن الأول بأنه استدلال ضعيف لأن الترتيب في الدعوة لا يستلزم الترتيب في الوجوب»^(٣٣٧).

فهذه منهجية في الدعوة، تقتضي ترتيباً للمأمورات حتى تُتلقى بالقبول من طرف المدعويين، سيما إذا كان الواقع يأبى قبولها دفعة واحدة.

ففيما سبق إشارة إلى رسم تشريعي بديع في المنهج الدعوي؛ وهو الاعتبار لواقع المدعويين، وتقدير طريق الاستصلاح، وذلك برعي القدرة والطاقة، وتقديم بعض التكاليف على بعض، تقديماً مرحلياً يتغيأ ضمان الإجابة، وفق منهجية آيلة إلى إجابتهم الشاملة، قصدًا إلى تطبيق كامل شامل لجميع الأحكام.

() :
 (/) :
 (/) :
 (/) :

٢ / -: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إنكم في زمان من ترك منكم عشر ما أمر به هلك ثم يأتي زمان من عمل منكم بعشر ما أمر به نجا»^(٢٣٨).

قال المباركفوري: «إنكم أيها الصحابة في زمان متَّصِفٍ بالأمن وعزِّ الإسلام من ترك منكم أي فيه... هلك أي وقع في الهلاك؛ لأنَّ الدِّينَ عزيزٌ وأنصاره كثرةٌ، فالترُّكُ تقصيرٌ، فلا عذرَ، ثم يأتي زمانٌ يضعُفُ فيه الإسلام، ويكثرُ الظُّلمُ ويعمُّ الفسادُ ويقلُّ أنصار الدين، وحيثُذ "من عمل منهم أي من أهل ذلك الزمن بعشر ما أمر به نجا" لأنه المقدور، "ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها"^(٢٣٩)، لذا قال الغزالي معقِّبا على هذا الحديث الشَّريف المنيف: «ولولا بشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: "سيأتي على الناس زمان من تمسك فيه بعشر ما أنتم عليه نجا".... لكان جديراً بنا أن نقتحم والعياذ بالله تعالى، ورطة اليأس والقنوط، مع ما نحن عليه من سوء أعمالنا، ومن لنا أيضا بالتمسك بعشر ما كانوا عليه، وليتنا تمسكنا بعشر عشره»^(٢٤٠).

هذا زمان الغزالي، قبل أزيد من تسعة قرونٍ، فما الظن بالزَّمن الحاضر!! وليس يخفى ما حدث بين الزمانين من فساد في الأرض عريض!!

ومن ثمة؛ فإن المناداة بالتدرج التنزيلي لتطبيق الشريعة في الواقع الراهن وفق ضوابطه ليس نشازا ولا غريبا عن شريعة الإسلام، وإنما هو هديٌّ مشروعٌ بل مطلوبٌ إذا ما رجَّينا أن يكون لمشروع تطبيق الشريعة صدى وأثر مثمرٌ في واقع الناس، ينتهي ببسط أحكام الشريعة على جميع مناحي الحياة.

() : (/) : " : " : (/) : (/) : « » : (/) : (/) : (/) : (/) :

٣ / -: التَّشْرِيعُ الإِسْلَامِيُّ نَفْسُهُ فِي تَصَارِيفِ أَحْكَامِهِ يَنْهَجُ سَبِيلَ التَّدْرُجِ فِي أَحْوَالِ التَّطْبِيقِ، فَالْعُدُولُ عَنِ الْعَزِيمَةِ إِلَى الرَّخِصَةِ فِي حَالَاتٍ قَدْ تَوَدَّى الْعَزِيمَةُ فِيهَا إِلَى تَفْوِيتِ مَقْصِدِ الدِّينِ، وَإِيقَاعِ الْمَكْلَفِ فِي الْحَرْجِ وَالْعَنْتِ؛ هُوَ الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الَّذِي يَلَائِمُ الْمَكْلَفَ فِي حَالَتِهِ الَّتِي هُوَ عَلَيْهَا، "فَالْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ" (٢٤١)، وَهَذَا نَوْعٌ اسْتِثْنَاءٌ فِي الْاجْتِهَادِ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةُ شَرْعِيَّةٍ، لِذَلِكَ لَيْسَ فِي الدِّينِ مَسَاغٌ لِمَطَالَبَةِ الْمَكْلَفِ بِالْحَدِّ الْأَقْصَى لِلتَّكْلِيفِ، وَهُوَ لَا يَطْبِقُ إِلَّا الْحَدَّ الْأَدْنَى.

بَلْ إِنَّ الْمُدَى الْمَطْرُوحَ لِلتَّيْسِيرِ يَتَلَاءَمُ بِحَسَبِ الْوَاقِعِ، وَالْحَالِ الَّتِي عَلَيْهَا الْمَكْلَفُ؛ ابْتِدَاءً مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ (النحل: ١٠٦)، إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ (البقرة: ١٩٣)، تَخْلِيصاً لِلنَّاسِ مِنَ الْعِبُودِيَّةِ وَإِزَالَةِ الْعَوَاقِقِ، وَتَحْقِيقِ حُرِيَّةِ الْإِعْتِقَادِ، وَالْإِرْتِقَاءِ بِالْإِنْسَانِ إِلَى مَسْتَلْزَمَاتِ الْحَدِّ الْأَعْلَى لِلتَّكْلِيفِ (٢٤٢).

فَكَانَ التَّدْرُجُ فِي الْمَطَالَبَةِ بِالْحُكْمِ التَّكْلِفِيِّ مُتَنَاسِباً مَعَ حَالَةِ الْمَكْلَفِ، فِي حَالَةِ الْإِكْرَاهِ يَرْضَى الشَّرْعُ فِيهَا بِالْإِطْمِئِنَانِ الْقَلْبِيِّ اسْتِثْنَاءً؛ لَكِنَّ الْمَكْلَفَ فِي حَالِ اسْتِثْنَائِيَّةٍ؛ اسْتَوْجَبَتْ هَذَا التَّشْرِيعَ الْاسْتِثْنَائِيَّ، وَالْمَكْلَفَ مُطَالِباً بِالْإِرْتِقَاءِ فِي السَّعْيِ قَصْدِ الْوَصُولِ إِلَى الْحَالِ الْعِتْيَادِيَّةِ؛ لِيُؤَدِّيَ التَّكْلِيفَ فِي أَعْلَى مَسْتَوًى عِتْقَادًا وَنَطْقًا وَعَمَلًا، وَدَعْوَةً.

وَمِنْ مَقَرَّرَاتِ الشَّرْعِ ارْتِكَابُ أَخْفَ الضَّرَرِينَ وَأَهْوَنِ الشَّرِينِ، وَأَدْنَى الْمَفْسَدَتَيْنِ (٢٤٣)، وَكَمَا قَالَ ابْنُ الْقَيِّمِ: «فَإِذَا كَانَ انْكَارُ الْمُنْكَرِ يَسْتَلْزِمُ مَا هُوَ أَنْكَرُ مِنْهُ، وَأَبْغَضُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

ﷺ؛ فإنه لا يسوغ إنكاره؛ وإن كان الله يبغضه ويمقت أهله وهذا كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم؛ فإنه أساس كل شر وفتنة إلى آخر الدهر» () .

وللعلماء والخبراء النَّظَر في تقدير ما سيفضي عليه تغيير بعض مظاهر المنكر دفعةً واحدة، من صلاح أو عكسه، ويحكمون عليها وفق هدي الشَّرع القويم، وهذا هو المنهج الشرعي الذي ينبغي أن يتخذه العلماء والدعاة في الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية؛ كي يكون لدعواهم صدَى في الواقع، وتثمر ما تنغيَّاه من مقاصد وغايات.

إلى جانب الفوائد التَّربويَّة لعملية التدرج من تشكيل لقناعة المكلف، وترسيخ اعتقاده بقيوميَّة الشريعة، وصلوحيتها للتطبيق وبسط تصاريف أحكامها على جميع المناحي الحيويَّة؛ لذا كان التدرُّج عاملاً هاماً في تهيئة الواقع لتقبُّل التطبيق الشامل الكليِّ للشريعة، ولذا كان نهج التدرُّج من أبرز سمات التشريع الإسلاميِّ في فترة التشريع؛ فعن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - قالت: «... إنما نزل أوَّل ما نزل منه - القرآن - سورةٌ من المفصَّل؛ فيها ذكر الجنة والنَّار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أوَّل شيء "لا تشربوا الخمر"؛ لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل "لا تزنا"؛ لقالوا: لا ندع الزنا أبداً.

لقد نزل بمكة على محمد ﷺ - وإني لجارية ألعب - ﴿بل الساعة موعدهم والساعة أدهى وأمر﴾، وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده» () .

قال ابن حجر: «أشارت إلى الحكمة الإلهيَّة في ترتيب التَّنزيل، وأنَّ أوَّل ما نزل من القرآن الدُّعاء إلى التَّوحيد والتبشير للمؤمن والمطيع بالجنة، وللکافر والعاصي بالنَّار، فلما

() : (/) .

() : " " : (/) :

اطمأنت النفوس على ذلك أنزلت الأحكام، ولهذا قالت: «ولو نزل أول شيء لا تشربوا الخمر؛ لقالوا لا ندعها» وذلك لما طبعت عليه النفوس من الثفرة عن ترك المألوف» (٢٤٧).

وهذا ما استلهم منه عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الجواب على ابنه؛ إذ قال: «لا تعجل يا بُني؛ فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرّمها في الثالثة؛ وإني أخاف أن أحمل الحق على الناس جملة؛ فيدفعوه جملة؛ ويكون من ذا فتنة»؛ وأعقبه الشاطبي قائلا: «وهذا معنى صحيح - التدرج - معتبر في الاستقراء العادي؛ فكان ما كان، أجرى بالمصلحة، وأجرى من جهة التأسيس» (٢٤٧).

٤ / -: واقعية الإسلام تأبي أن يكون في أحكامه مطالبة بما ليس في المقدور ولا المستطاع؛ ذلك أن الله الذي خلق الإنسان أعلم بظروفه وطاقاته التكليفية، وقدرته على الاحتمال في كل ظرف وحال؛ لذلك لا يصح الاعتقاد بأن الله يكلفه بما لا يطيق، أو يشرع ما لم يكن قابلاً للتطبيق؛ والله جل جلاله يقول: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ (التغابن: ١٦)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم» (٢٤٨).

بيد أن الحد الأعلى للتكليف لا يصنّف في إطار المثالية واستحالة التطبيق، وإنما هو بمقدور المكلف في أحسن حالات الترقّي التي يمكن الانتهاء إليها؛ واستقراء التجربة التاريخية الإسلامية يؤكد أن الإسلام دين واقعي؛ جسّد في حياة بشر، وأثرى حضارة، وأقام أمة بمؤسساتها ووظائفها، وأن من غاية واقعيته مراعاة حالة المكلف وظرفه وطاقته، لذا

() (/) .

() (/) .

() : " " :

(/) .

كانت فترة النبوة هي مرحلة التطبيق الأمثل، وفيها الرخصة والعزيمة، والتدرج والاستثناء، وما زالت الأمة في جميع مراحلها فيها الظالم لنفسه والمقتصد والسابق بالخيرات^(٢٤٩).

رابعاً: أثر ظروف كل دولة من البلاد الإسلامية في تحديد أسلوب التطبيق:

لا شك أن التشريع الإسلامي اكتمل وتم بعثة النبي عليه السلام، قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ (المائدة: ٣)، والأخذ بجميع تشريعاته هو المطلوب من كل فرد ومجتمع مسلم، قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ (المائدة: ٤٩).

وإنما التدرج التطبيقي هو ضرب من الاجتهاد الاستثنائي تمليه الضرورة الواقعية، والضرورة تُقدَّر بقدرها^(٢٥٠)، ومن هنا؛ يحسن الإشارة إلى التفاوت الملحوظ في أوضاع الواقع الإسلامي الراهن من حيث القرب من هداية الشريعة والبعد عنها، وينتظم ذلك قسمين اثنين:

١-: واقع لم ينحرف عن سمت الشريعة إلا بمقادير طفيفة؛ فيكون أخذه بالمعالجة الشرعية المباشرة؛ محققاً فيه المقاصد المطلوبة، فلا حاجة إلى هذا الاستثناء، وتصاغ خطة في التطبيق الشامل للأحكام الشرعية.

٢-: واقع ابتعد عن سمت الشريعة بعداً كبيراً، وافتقد من الشروط التي تهيئه للتفاعل مع أحكامها إذا ما طبقت عليه، مما يجعل تنزيلها الفوري مفضياً إلى حرج شديد يلحق بالناس-: ما يدعو إلى منهج تنزيلي تدريجي؛ تعالج فيه الأوضاع معالجة شرعية بحسب ما تتوفر من أسباب النجاعة والفاعلية، وتحقق لشروط الإثمار عند التطبيق.

(/) :

(/) :

(/) :

كل ذلك وغيره؛ يقوم مسوغاً لأن تبني الخطة الشرعية المعدّة للتطبيق على تدرّج زمنيّ مرحليّ، ضمن رؤية شاملة؛ فتكامل بذلك مسيرة تطبيق الإسلام في المجتمع بالتدرج قُدماً، وبهذا يتكامل بناء الشريعة متلافياً للتناقض بين الأحكام في مقتضياتها ومقاصدها المتوخّاة، نتيجة إيقاعها على محالّ ليست هي محالاً لها.

وليس هذا من باب الإيمان ببعض الكتاب والكفران ببعض، ولا تعطيلاً للدين باسم المصلحة؛ بل أمة تؤمن بالإسلام كلّهُ، ولكنها تحاول أن تطبّق منه ما تيسّر، بدءاً بما توفّرت شروط تطبيقه، ثم تتدرّج إلى ما سواه مما تتوفر شروطه تبعاً: - فيتمّ بذلك التكامل الزمنيّ للشريعة كما يراد تطبيقها في واقع المسلمين^(٢٥١).

وهذا الضرب من النظر في الأحكام الشرعية، بقدر ما عظمت فائدته وثمرته من الحفاظ على مقاصد الشرع واتساق منطقته: - يعظم خطر الخطاء فيه، إذا ما تصدّره غير الأكفاء؛ بحيث يتخذ ذريعة إلى التلاعب بشريعة الله، وتعطيل أحكامه؛ بدعوى المصلحة وضرورات العصر؛ وكما قال الشاطبي عن اعتبار المآل وهو موجه رئيس في هذا الموضوع: «وهو مجال للمجتهد صعب المورد؛ إلا أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ، جارٍ على مقاصد الشرع»^(٢٥٢).

وما يزيد في خطورته أنه لا يختصّ بدائرة العفو^(٢٥٣) أو المجال الذي لم يرد فيه نص؛ وإنما يتعلّق الاجتهاد الاستثنائيّ بدائرة المنصوص كما سبق، ومن أهم سبل تفادي تلك الأغلاط الآيلة إلى تبديل الشريعة وتحريف أحكامها؛ ألاّ يُقدّم عليه إلا من حصّل آلة

() : (/) .

() : (/) .

() : ﴿ 》

ﷺ

(/) :

:

«

الاجتهاد وشُهد له بالعلم والكفاءة؛ وأن يعتمد في ذلك الاجتهاد الجماعي المؤسسي حيث يجتمع العلماء وتلتقي العقول والملكات، من علماء الشرع وأهل الخبرة بشؤون المجتمعات في شتى مناحيها؛ فيتناقشون ويصدرون عن رأي واحد إجماعي أو أغلبي؛ وعادة ما يحالفهم الصواب والسداد، ويهتدون باجتاههم إلى عدل التدابير وأصلحها.

الفرع الثالث: مظاهر الاجتهاد الاستثنائي في مرحلة الإنجاز الفعلي:

سلف في طالع هذا المطلب أن مرحلة الإنجاز هي الإجراء الفعلي للأحكام الشرعية على الوقائع بأحاد أفرادها - حال تلبسها بظروف وقرائن خاصة - وهي ساعتئذ قد تثمر مقصودها بالإجراء المباشر وقد تعثرها ظروف استثنائية يكون فيها إجراء الحكم كما هو على الوقائع آيلاً إلى مضار ومفاسد لم يأت الشرع بها، أو قد تتخلف مقاصد هاتيك الأحكام عنها -: فيرتئي المجتهد البصير الحل المناسب في اللجأ إلى اجتهاد استثنائي يستثني بموجبه الواقعة العينية التي يرى تخلف مقصدها عنها لو أبقى إجراء الحكم على أصله وقاعدته العامة؛ فيعدل بالحكم وفق مسلك من مسالك الاجتهاد الاستثنائي لينظر الحكم المناسب الذي يحافظ على تنزيله في ضوء مقصده، ويضمن تحصيل المصلحة المرجاة منه.

وما أسماه الشاطبي في موافقاته الاقتضاء التبعي للحكم؛ هو ذلك؛ فقد جعل للأحكام حال تعلقها بالشخص والزمان والمكان اقتضاءً أصلياً وآخر تبعياً ثم قال: «فلو فرض نزول حكم عام، ثم أتى كل من سمعه يتثبت في مقتضى ذلك العام بالنسبة إليه، لكان الجواب - أي الحكم في حقه - على وفق هذه القاعدة»^(٢٥٤).

وهذا ما يُعبر عنه غالباً بتحقيق المناط الخاص؛ وبعد تبصّر المجتهد بضرورة الاستثناء وأن لا معدلة عنه في تحصيل مقصد الحكم -: هو إذ ذاك لم يُنه عملية الاجتهاد؛ بل يحتاج إلى دقة

() : (/) .

أكثر في تحديد الحكم المناسب الملائم لكل واقعة، وفق المسالك السابقة، وهذه الأخيرة هي تجليات الاجتهاد الاستثنائي في هذه المرحلة:

١-: فقد تستوجب بعض الوقائع تأجيلاً ونسأً للحكم الأصلي في مرحلة معيّنة، يُعاوَدُ المجتهد إجراء الحكم بعد انتهائها؛ فهو استثناء ظرفي فقط.

٢-: وقد يرتبي إيقافاً في إجراء الحكم على بعض الأفراد دون باقيها لظرف خاص أو قرينة يستوجب استثناءها من تطبيق الحكم عليها على ما هو مقتضى الأصل.

٣-: وقد يتوجّه في النظر الاجتهادي استثناءً جزئيً يقتضي تعديلاً للحكم؛ بالتوسيع تارةً والتضييق أخرى.

٤-: وقد يضطر المجتهد إلى تغيير الحكم وتبديله، لتغيّر مناطه؛ ضرورة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدمًا، فإذا تحقّق مناطه وُجد، وإذا غاب ارتفع.

كل هذه المسالك التي سلف ذكرها بالتفصيل مفهومًا وأمثلةً^(١)؛ هي مظاهر الاجتهاد الاستثنائي في مرحلة الإنجاز الفعلي، ومعيار الاختيار فيها هو تنزيل الحكم في ضوء مقصده الشرعي؛ ومرجاء المصلحة المشروعة فيه لينبسط العدل على الأحكام الشرعية كافة؛ فهذه المظاهر تختلف باختلاف الظروف والملابسات التي تعترى كل واقعة.

المبحث الثاني:

أهم النظريات الكبرى المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

تقرّر أنّنا أن الاستثناء سنن أصيل في الاجتهاد، بل إنّ الاستثناء من القاعدة العامّة ملحوظ في أحكام المشرّع نفسه، ونحا نحوه الصحابة المهتدون وتابعهم عليه الأئمة المجتهدون، وهو رسم اجتهاديّ يستوجه التنزيل السليم لأحكام الشرع على آحاد الوقائع العينية، ولما كان ذلك كذلك؛ جاءت كثيرٌ من أحكام التشريع على هذا السنن، بل هناك نظريات فقهية كبرى مبناها على الاستثناء؛ مما يؤيد هذه الدعوى وذاك التقرير.

وسيعرض هذا المبحث لأهمّ النظريات الكبرى المنبثقة على الاستثناء والعدول عن الأصل؛ بدءاً بنظرية التعسف في استعمال الحق، فنظرية الظروف الطارئة، وانتهاءً بنظرية الرخصة؛ فجاء في ثلاثة مطالب؛ كلٌ ذلك يقوم شاهداً على أصالة هذا السنن الاجتهاديّ ووجوب انتهاجه وسلوكه؛ رجاء سداد الاجتهاد ومسايرة منهج الشارع في وضع الشريعة. وفيما يأتي تفصيلٌ لهاتيك النظريات مع بيان وجه الاستثناء فيها، وعرضٌ لبعض التطبيقات الناجمة عنها، وتجليّة وجه الاستثناء فيها:

المطلب الأوّل:

نظرية التعسف في استعمال الحق

الحقوق الفردية في الإسلام منحة من الله ومنّة وهبها لخلقه؛ وسيلة يتوصلون بها لتحقيق مقاصد ومصالح متنوّعة، وهو إذ منحها لهم؛ رسم لهم حدودها، وبين أحكامها؛ ولم يُطلق أيديهم بها؛ يتصرّفون فيها كما يشتهون ويحلو لهم، فامتازت هذه الأخيرة في شرعة الإسلام؛ فكانت ذات طبيعة مزدوجة؛ "فردية واجتماعية"؛ مزجت في أهدافها: بين مصالح

تلحق الفرد، ويتنفع بها، وفي الوقت ذاته تحقق مصالح اجتماعية عامة؛ والفرد محكوم بما رسمه الله في استعماله لحقوقه وذلك حق الله في كل حق فردي؛ يقول الشاطبي: «وما كان للعبد فراجع إلى الله: من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله؛ إذ كان لله أن لا يجعل للعبد حقاً أصلاً»^(٢٥٦).

الفرع الأول: مضمون النظرية:

تقرّر أنّ الحقوق وسائل لتحقيق مقاصد؛ ومتى تقاعدت الوسائل عن أداء وظيفتها فقد انحرفت عن طريقها الذي اختطه الشرع، فكانت باطلة؛ يقول العزّ: «كلُّ تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده؛ فهو باطل»^(٢٥٧).

والحقوق بما هي وسائل لتحقيق غايات وأهداف ينبغي ألا تنحرف عن غايتها ومقصدها، فإن مراد الله في الحقوق الفردية أن ينتفع بها صاحبها في خاصّة نفسه؛ دون الإضرار بغيره أن كانت ذات صبغة مزدوجة؛ يقول الشاطبي: «ففي العادات حقُّ الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد؛ فهو حق الله تعالى صرفاً في حق الغير...»^(٢٥٨)، فحق الجماعة هو حق الله في كل حق فردي؛ فليس للإنسان أن يضرّ بغيره حالة تصرفه في حقه.

ومن ما سبق تقريره يتلخّص ما يأتي^(٢٥٩):

١- الحقوق الفردية وما تحوّل من تصرفات مشروعة؛ هي وسائل لتحقيق مقاصد ومصالح وأهداف شرعت من أجلها.

- () : (/) .
- () : (/) .
- () : (/) .
- () : (- /) .

٢- مشروعية التصرف في الحقوق هي رهن أدائها لوظيفتها وتحقيقها للمصلحة المرجاة منها.

٣- الفعل الموافق للشرع في ظاهر أمره؛ لا يعصمه ذلك من أن يصير غير مشروع؛ إذا انحرف عن مقصود الشرع فيه، وتلبّست به قرائن أخرى من حيث القصد أو الباعث، فالإصرار إلى ضرر بين بالغير-: العدالة تقتضي أن يتغيّر حكمه، وتخلع عنه صفة المشروعية؛ ليصير محظوراً بعد أن كان مباحاً؛ فقد صار إذ ذاك اعتسافاً في استعمال الحق، وهو ممنوع.

ولعلّ أجمع تعريف لنظرية التعسف يتخلّص مما سلف تقريره؛ هو تعريف الدريني إذ قال: «هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»^(٦٦).
وبيان ذلك فيما يأتي:

معنى: "مناقضة قصد الشارع": تقرّر أنّ قصد الشارع في الحق الفرديّ مزدوج؛ يتغيّر المصلحة الفرديّة دون هدرٍ للمصلحة العامّة؛ فالتصرف مقيّد بعدم الإضرار بالغير؛ والمتعسف قد خالف مقصد الشرع في الحق الفرديّ ساعة اعتسافه؛ والواجب على المكلف أن يوافق مقصده مقصد الشرع؛ وقد قرّر ذلك الشاطبيّ إذ قال: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرّعت له؛ فقد ناقض الشريعة، وكلّ من ناقضها فعمله باطل؛ فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل»^(٦٧).

وهذه المناقضة قد تكون مقصودة وقد تكون غير مقصودة:

() : (/) .

() : (/) .

* وللقصد إليها قرائن تُنبئ عنه؛ كأن يتمحّض تصرفه لقصد مجرد الإضرار، أو أن يستعمل حقه على وجه يضرُّ به غيره دون أن يتنفع به، أو لاستجلاب نفع تافه في حين يتضرَّر غيره بذلك ضراراً بيّناً^(٢٦٦)؛ كما في قضية محمد بن مسلمة رضي الله عنه مع الضحاك^(٢٦٧).

* وقد تكون المناقضة غير مقصودة؛ بأن ينشأ عن تصرفه مآل مضادُّ للأصل العام في وضع التشريع من استجلاب المصالح ودرء المفاسد؛ إذ الحقوق لم تشرع لتفضي إلى مفسد ومضارٍّ، بل وُضِعها على العكس من ذلك؛ فمضادَّتُها للأصل الشرعيُّ المرجَّح من وضعها؛ يحكم بحظرها وبطلان ما نتج عنها من تصرف^(٢٦٨).

قوله: "في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل": أي أن متعلِّق النظرية ومجالها التصرفاتُ المأذونُ فيها والمشروعة في الأصل، يخرج منها التصرفات غير المشروعة لذاتها فذلك اعتداءٌ وليس اعتسافاً^(٢٦٩)، وهذا ما يجلي وجه الاستثناء فيها؛ إذ أصل التصرف الإباحة ومُنَع بالاقتضاء التبعيِّ استثناءً؛ وسيأتي مزيد بيانٍ لذلك في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: بيان وجه الاستثناء في النظرية:

يتبدَّى وجه الاستثناء والعدول عن الأصل من وجهين: بيانه في مضمون النظرية، وكذا بيانه من خلال الدليل والمدرك الذي يُسندُ هذه النظرية؛ وهذا تفصيل ما سلفَ ليستبينَ وجه الاستثناء بوضوح:

أولاً: وجه الاستثناء من خلال مضمون النظرية:

()	:	(/)	:	:
()	:	(/)	:	(- /)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)

خلص البحث إلى تعريف النظرية بأنها: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل».

ويتجلى الاستثناء واضحاً من خلال آخر قيد في التعريف؛ إذ يصرّح بأن الأصل في هذا التصرف الإذن والإباحة الشرعية؛ لكنه تلبّس بمآلات ضرورية أو قُصود ممنوعة وبواعث غير مشروعة؛ جعلت إيقاعه على مقتضى الأصل منافياً لمقصود الشارع في تشريع الإباحات العامة والحقوق، علاوةً على مناقضته أصل وضع التشريع في استجلاب المصالح والخيور ودرء المضارّ والشُرور-: فذلك كله يتقاضى منع هذا الفعل وإبطال ذلك التصرف استثناءً من أصل الإباحة؛ إذ أنّ الفعل المأذون فيه استعمل في غير ما شرع له، من حيث الباعث والمأل، فحُكِمَ بحظر الفعل ومنعه؛ جرياً على معهود الشرع في وضع الشريعة، ومحافظةً على اتساق منطق التشريع.

ثانياً: وجه الاستثناء من خلال دليل النظرية ومدركها:

تستند النظرية إلى أصل تشريعي وثيق هو أصل سدّ الذرائع؛ كما تستند إلى أصل آخر وهو إبطال الحيل المحرّمة، وكلاهما مستبين في الاستثناء في حقيقته وفلسفة مشروعيته، مما انسحب على مدرك النظرية.

١-: سدّ الذرائع:

مبدأ سدّ الذريعة في أصله مبني على الاستثناء من أصل الإباحة؛ فيُحكّم بمنع المأذون فيه إذا أفضى إلى مآل ممنوع شرعاً؛ وهو فنن من أفانين أصل التشريع العام في جلب المصالح ودرء المفساد، الملحوظ في عمارة أحكام الشريعة^(٢٦).

فبإجراء عملية الموازنة المصلحية بين الأصل والمأل؛ وبعد تبيين رجحان مفسدة المأل على ما يجلبه الأصل من مصلحة؛ تُحسّم مادة الفساد؛ وتُسدّ الذريعة؛ استثناءً من أصلها

() : (/) : (/) :

الذي يقضي إباحة الفعل قبل أن يتلبس بالمآل الضرري^(٢٦٧) تلك هي فلسفة سدّ الذريعة، وذاك هو بيان وجه الاستثناء فيه.

ومعلوم أنّ قاعدة سدّ الذرائع تمثل الدور الوقائي للنظرية، قال الدريني: «مبدأ سدّ الذرائع قائم على دفع ضرر متوقّع بتحريم التسبب فيه والمنع من ممارسته قبل وقوعه، وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسّف؛ إذ تمنع صاحب الحق من ممارسته حقّه على نحو تعسفي؛ توقيماً من وقوع الضرر أو الانحراف عن غاية الحق»^(٢٦٨).

فكان مبدأ سدّ الذرائع هو الأصل الشرعيّ للدور الوقائي الذي تقيمه نظرية التعسّف، وهذا المبدأ يرتبط أساساً بمفهوم العدل الذي يوثق العنصر الاجتماعيّ في مفهوم الحقّ الفرديّ رفعا للظلم ونشرا للعدالة لتسعد الدنيا بالعدل وتأمّن الجور والضيم^(٢٦٩).

٢- إبطال الحيل الممنوعة:

واضح من طالع التعريف في قوله: "مناقضة قصد الشارع"؛ وجه ارتباط التعسّف بالحيل المحرّمة؛ فهي مناقضة قصد الشارع، مع محاولة التظاهر بفعل جائز للتوصل إلى ذلك القصد الممنوع المناقض لقصد الشارع؛ لذا عرّفها الشاطبي بقوله: «تقديم عملٍ ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعيّ وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر»^(٢٧٠).

والمعتسف يتظاهر باستعمال حقّه المشروع في الأصل، لكنّه يوقعه على وجه مناقض لمقصود الشرع في ذلك الحقّ أو تلك الإباحة؛ فيصير الحقّ جالبا للمضارّ وهو إنّما شرع في

() : (/) .

() : (/ -) (/) .

() : (/) . :

(/) :

() : (/) .

الأصل دافعاً لها جالباً للصلاح، يقول ابن مفلح: «وإن تحيّل لإسقاطها - الشفعة - لم تسقط قال أحمد: لا يجوز شيء من الحيل في إبطال ذلك ولا في إبطال حق مسلم»^(٢٧١).

وعلى هذا؛ تقرّر أن ليس يصلح الفعل الذي ظاهره الجواز معتصماً يلوذ به الباعث أو المأل - الواقع أو المتوقع - غير المشروع، ليكسبه مشروعياً زائفةً اعتماداً على ظاهره، وهو في باطنه مناقض لأصل التشريع عامّة، فضلاً عن مناقضته لحكمة الشارع من مشروعياً الحقوق والإباحات، وهذا لباب نظرية التعسف، فاقضى ذلك إبطال هذا التصرف؛ استثناء من أصله المقتضي للحل.

لأجل ذلك؛ عدّ الساعي بالحيل الممنوعة هادماً لقواعد الشريعة؛ قال الشاطبي: «فمأل العمل فيها - الحيل الممنوعة - حرم قواعد الشريعة في الواقع كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة...»^(٢٧٢).

فلسفة إبطال الحيل الممنوعة مبنية على الاستثناء؛ إذ الأصل مشروعية الفعل الذي ظاهره الجواز، ولكن لما تلبّس بقرائن دلّت على قصد صاحبه إلى مناقضة قصد الشارع، وغاية الأمر أنه استعمل ظاهر مشروعية الفعل معتصماً للتوصل إلى قصده المناقض والمضاد؛ فوجب المصير إلى اجتهاد استثنائي يقضي بمنع ما كان ظاهره الجواز؛ إذ تلبّس بهاتيك القرائن، وذلك كذلك في المعتسف سواء بسواء.

الفرع الثالث: أمثلة تطبيقية من نظرية التعسف وبيان وجه الاستثناء فيها:

١- الحجر على المفلس:

الأصل أن تُطلق الأيدي بالتصرف في أملاكها كما شاءت، بيد أن حالة الإفلاس اقترنت بها مواصفات ومعطيات أخرى؛ جعلت إطلاق يد المفلس تنطوي تحتها مفاسد أخرى

() : (/ -) .

() : (/) .

لاحقةً بالغرماء؛ فشكّلت مناطاً جديداً للواقعة يختلف عن المناط العام الذي كان يستوجب حكم الأصل من إطلاق يد المالك في ملكه؛ وهذا المناط الجديد هو ما يُعرف بالمناط الخاص؛ استوجب حكماً استثنائياً مفاده الحجر عليه؛ رفعاً للضرر عن الغرماء، وتقديماً لدرء المفسد عنهم على جلب مصلحة المالك.

ذلك أن الحفاظ على حقّ الغرماء أضحى متوجهاً في مثل هذه الحال، ومُقدّماً على حقّ المالك في التصرف في ملكه؛ قال العزُّ: «الحجرُ على المفلسِ مفسدةٌ في حقِّه، لكنَّهُ ثَبَتَ؛ تقديماً لمصلحة الغرماءِ على مفسدةِ الحجرِ وإن شئتَ قلتَ تقديماً لمصلحةِ غرمائهِ على مصلحتِهِ في الإِطْلَاقِ»^(٢٧٣).

ووجه الاعتساف: أن لو تمادى في إطلاق يده دون لحظٍ لمصلحة غرمائه؛ لعدّ معتسفاً في استعمال حقِّه، قال الدرّينيُّ: «فالأصل أن الإنسان حرٌّ في التصرف بهاله، لكن إذا أفلس حُجِرَ عليه لمصلحة غرمائه، ولو بقي الإِطْلَاق؛ لترتب على ذلك ضررٌ بهم؛ وهذا هو التعسّف-: فمُنِعَ؛ درءاً لهذه المفسدة، وتقيداً لحقِّه بما يمنع الإضرار عن غيره، محافظة على حقِّ هذا الغير»^(٢٧٤).

فبيّن وجه الاستثناء فيه؛ إذ الأصل حرية تصرفه في ملكه ومنعه من التصرف بالحجر عليه استثناءً؛ اقتضاه الظرف القائمُ حفظاً لحقّ الغرماء؛ ورفعاً للضرر عنهم، وتقديماً للرأي من المصالح على الأدون.

٢- إثبات حقّ الشفعة للشريك:

() : (/) : () :
 (/) : () :
 (/) : () :

وحق الشفعة هو استحقاق الشريك انتزاع شقصي - نصيب - شريكه، ممن انتقل إليه
بعوض^(٢٧٥).

ولقد أجمع العلماء على أن حق الشفعة يثبت للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض
أو دار أو حائط^(٢٧٦)؛ لما رواه جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا
وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة»^(٢٧٧)، وانفرد الحنفية بإثباتها للجار خلافا
للجمهور^(٢٧٨)، أخذاً بحديثه ﷺ: «الجار أولى بصقبه»^(٢٧٩).

وهذا الحق إنما شرع دفعا لضرر متوقع يلحق بالشريك الأصيل، فامتلاكه لجزء شركته
أولى من إدخال أجنبي عنه في الشركة، وهذا من أرقى صور العدالة في شرعة الإسلام، إذ أن
البائع يحصل على الثمن ولا فرق عنده في مصدره، والشريك الأصيل يدفع عن نفسه ضرر
الشركة، ولا يصح تصرف مُريد البيع في نصيبه كما يشاء، ولو أن الأصل إطلاق اليد في
الملك؛ لكن إدخال شريك جديد شكّل منازعة خاصا استوجب حكما استثنائيا؛ يوازن بين
المصالح والمفاسد اللاحقة بجميع الأطراف، وهو إثبات حق الشفعة الذي يراعى فيه
مصلحة الطرفين؛ وهذا من بديع الأحكام في التشريع المنيف.

(/) : (/) : (/) :

: (/) : (/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) :

»: (/ /)

:«

(/) :

(/) : (/) : (/) : (/) :

(/ /) : (/ /) :

يقول ابنُ القيم: «من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد وروادها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك؛ فإنَّ حكمةَ الشارع اقتضت رفعَ الضرر عن المكلفين ما أمكن... ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب؛ فإنَّ الخلطاءَ يكثر فيهم بغْيٍ بعضهم على بعضٍ؛ شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر: بالقسمة تارة، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة... فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه، كان شريكه أحقَّ به من الأجنبيِّ، وهو يصل إلى غرضه من العوضِ من أيهما كان، فكان الشريك أحقَّ بدفع العوض من الأجنبيِّ، ويزول عنه ضررُ الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقِّه من الثمن؛ وكان هذا من أعظم العدلِ وأحسن الأحكامِ المطابقة للعقولِ والفطرِ ومصالح العباد»^(٢٨٠).

فلو تمسك مريدُ البيع بالأصلِ القاضِي بِحُرَيْتِهِ في بيع نصيبه لأجنبيِّ، واستعمال حقِّه كما أراد؛ عدَّ معتسفاً مُسيئاً في استعمال حقِّه؛ إذ لا ضررَ يلحقه بالبيع لشريكه الأصيل، فالثمن يناله منهما بالسواء. ومن هنا كان العلوقُ بالأصل في حق حرية التصرف، معتصماً يلود به؛ مناقضاً لمقصود الشرع ساعياً في غير مسعى، متعسفاً اعتسافاً بيناً.

لذا؛ يمنع من ذلك، ويحكم بالشفعة للشريك الأصيل استثناءً دفعاً للضرر عن الأصيل، وقد صرح البهوتيُّ بكونها على خلاف الأصل، وأبان عن حكمتها؛ فقال: «الشُّفَعَةُ تَبَيَّنَتْ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ؛ دَفْعًا لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ»^(٢٨١).

٣-: منع البناء المشرف على الغير، وكذا إحداث كل ما يضرُّ بهم:

وهذه نصوص من مدونة المالكية تدلُّ لذلك وآثرت سوقها بالنص وأرجئ التعليق آخرًا لتشابه المسائل؛ «قال ابن القاسم: سمعت مالكا يقول في الرجل يكون له في داره بئرًا

() : (/) .

() : (/) : (/) :

(/) :

إلى جَنبِ جِدَارِهِ، فَحَفَرَ جَارُهُ فِي دَارِهِ بئْرًا إِلَى جَنبِ جِدَارِهِ مِنْ خَلْفِهَا؛ قَالَ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ يُضُرُّ بئْرَ جَارِهِ؛ مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ»^(٢٨٢).

وقال سحنون: «قُلْتُ: فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا بَنَى قَصْرًا إِلَى جَنبِ دَارِي وَرَفَعَهَا عَلَيَّ، وَفَتَحَ فِيهَا أَبْوَابًا وَكُوَى يُشْرِفُ مِنْهَا عَلَى عِيَالِي أَوْ عَلَى دَارِي؛ أَيَكُونُ لِي أَنْ أَمْنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: نَعَمْ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ بَلَغَنِي عَنْ مَالِكٍ... وَرَأَى مَالِكٌ أَنَّهُ مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ ضَرَرًا؛ مُنِعَ»^(٢٨٣).

فالناظر في فتاوى الإمام السالفة يجده يمنع ممارسة الحق على وجه سيءٍ مُضِرٍّ بالغير؛ منعًا منه للاعتساف، وإن كان الأصل يخوّل لهم حرية التصرف في أملاكهم، غير أنهم إذ أحقوا الضرر بغيرهم، نشأت دلائل تكليفية شكلت مناطًا خاصًا، تقضي فيه الموازنة المصلحية باستثناء هاتيك الوقائع من الأصل العام؛ فبات تصرفهم محظورًا استثناءً؛ لأنه عين التعسف، توثيقًا لمبدأ العدل قطب الرّحى في التشريع، وحق الغير محافظ عليه شرعًا ساعة ممارسة الحق الفردي، فالحق في شرعنا البديعة مزدوج الغاية والطبيعة؛ يُستجلب به النفع الخاص، في إطار غايته الاجتماعية.

هذا هو مضمون نظرية التعسف، وذاك مدركها، وتلك هي تطبيقاتها؛ بادياً وجه الاستثناء فيها؛ -مضمونًا ومدركًا وتطبيقًا-.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة:

الفرع الأول: مضمون النظرية:

() : (/ -) .

() : (/ -) .

نظريّة الظروف الطّارئة؛ يدلُّ اسمُها على مضمونها؛ فهي قائمة على طرؤ ظرف استثنائيٍّ على عقد مُبرمٍ يترأخى تنفيذه عن وقت إبرامه، لم يكن ذاك الظرف قائماً ساعة العقد، واستتبع ضرراً بيناً مُلازماً لتنفيذ العقد^(٢٨٤).

ويمكن الخلوص على ضوء ما سلف من عناصر إلى صياغة مفهوم للنظرية في الشريعة؛ كما يأتي:

«هي تغييرٌ يطرأ على ظروف عقدٍ مترأخى التنفيذ؛ بعد إبرامه وقبل التنفيذ أو أثناءه، إثر حادثٍ غير متوقّع ولا ممكن الدفع غالباً؛ يستتبع ضرراً فاحشاً أو زائداً غير مستحقّ بالعقد؛ يقتضي ذلك تعديلاً للعقد أو فسخه أو انفساخه؛ جرياً على مقتضى العدل والمصلحة المرجّاة» () .

وجميل أن يُشارَ هنا؛ إلى أن الفقه الإسلاميّ وإن لم يعرف هذه النظرية كما هي تأصيلاً وتنظيراً؛ إلا أنه عرف تطبيقاتها في كثير من أبواب الفقه؛ كما في وضع الجوائح والفسخ بالأعذار، يقول السنهوري: «إنَّ الفقه الإسلاميّ إذا كان لم يشيّد نظريّة عامة للحوادث

()

(/ -) : :

:

(/) :

(/) :

:

::

(/) :

:

()

(/ -) :

(/) :

الطارئة ... فإن هذا لا يمنع من أنه عرفَ تطبيقاتٍ متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة؛
كالأعذار في عقد الإيجار والجوائح في بيع الشار^(٢٨٦).

ونظرية الضرورة بنطاقها الواسع تشمل الحوادث الطارئة وغيرها مما يورث ضرراً
بأحد المتعاقدين؛ فهو معيار النظرية الأساسي، وقوامها مبدأ العدالة^(٢٨٧).

الفرع الثاني: وجه الاستثناء في النظرية:

إنَّ نظريَّةَ الظروف الطَّارئة قائمةٌ على الاستثناء البين حتى في اسمها؛ فالطارئ ما
يحدث بالفجأة ولا شكَّ هو خلاف الأصل؛ ويستين فيها الاستثناء بجلاء في المضمون
والأثر والمدرك، وفيما يأتي بيان لذلك:

أولاً: وجه الاستثناء في المضمون:

نظرية الظروف الطارئة قائمة على التغيُّر الذي يطرأ على العقد المتراخي في التنفيذ، إثر
حادثٍ غير متوقع في الغالب.

ولا شكَّ أنَّ الأصل سيرُ العقود على نفس الظروف المتوقعة غالباً، وإنما يفجئها
الحادث الطارئ استثناءً في بعض الأحوال، ولا يحصل ذلك في معتاد الظروف، كما أنَّ
الظروف غير المتوقعة ساعة إبرام العقود هي استثناءً، والأصل بقاءها على ما كان متوقعاً
فيها.

ثانياً: وجه الاستثناء في الأثر:

الأصل أن يبقى العقد على ما قام عليه، ويمضي أطرافه في تنفيذ الالتزامات التعاقدية
كما أبرمت أوَّل الاتفاق؛ لكنَّ أثر النظرية - كما سلف - يستوجب اجتهاداً استثنائياً يُعدّل فيه
عن ذاك الأصل إلى صورة من صور التعديل أو الفسخ بإرادة منفردة أو الانفساخ التلقائي؛

() : (/ -) .

() : (/) .

أو بإرجاء تنفيذ الالتزام؛ إن رُجِي زوال الظرف القائم في وقت معقول... يُحدّد الأليق في كل ظرفٍ على حدّته؛ حسب مقتضيات العدالة في كل ظرفٍ.

ثالثاً: وجه الاستثناء في المدرك:

إن لزوم العقود ووجوب الوفاء بالتزاماتها هو الأصل العامّ الحاكم للمعاملات العقدية أخذاً بقوله ﷺ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (المائدة: ١)، لكنّ هذا الأصل العامّ إنما يعمل في الظروف الاعتيادية التي يتحقّق فيها المناط العام من إبرام عقد صحيح لازم لم يطرأ عليه تغييرٌ في ظروفه.

أمّا إذا تغيّرت الظروف الملازمة، نتيجة لحوادث طارئة استثنائية؛ نشأ عنها دلائل تكليفية جّراء تغيّر الظروف، تعلّقت بها مآلات ضرورية عارضت أصل اللزوم في العقد؛ فلزم الاجتهاد على ضوء تلك الظروف الاستثنائية بحكم استثنائي يتوافق مع العدل والمصلحة المرجّاة من تشريع العقود، وهذا من باب تحقيق المناط الخاص.

فكانت نظرية الظروف الطارئة كالحلّ لتلك الحوادث الاستثنائية التي تستوجب اجتهاداً استثنائياً وفقاً لمقتضيات العدل والمصلحة، قال الدرّيني: «أصل النّظر في مآل الظرف أو العذر الطارئ؛ هو العلة في سلب صفة اللزوم... إذا تعيّن طريقاً لدفع الضرر غير المستحق» (١).

ولو أجرينا الأصل العامّ من لزوم العقود في ظروف طارئة غير الاعتيادية؛ لوقعت المناقضة وهو دليل بطلان اطراد الأصل العامّ:- فوجب لزوماً المصير إلى اجتهاد استثنائيّ يقطع الضّرّ ويحقق المصلحة المتبغاة، جرياً على السنن التشريعيّ الأصيل، ومساوقة للمنهج المقرّر في الاجتهاد الحافظ للوحدة التشريعية.

() : (/) .

هذا بيان لمضمون نظرية الظروف الطارئة، ووجه الاستثناء فيها، وأمّا عن تطبيقاتها فإنّ كلاً من وضع الجوائح والفسخ بالأعذار من تطبيقاتها؛ وسأوردتها تباعاً، ومعلوم أنّها موضوعات قد أُفردت بالبحث.

وليس هذا موضع اتفاق وإنما اختصّ بالأوّل المالكية والحنابلة وبالثاني الحنفيّة^(٢٨٩)، والبحث لن يعرض لذلك تفصيلاً؛ وإنما بوجه يليق بالمقام، فيبيّن في كلّ منها المضمون، ووجه الاستثناء فيه.

الفرع الثالث: وضع الجوائح ووجه ارتباطه بالاستثناء:

أولاً: مفهوم الجوائح: عرّفها ابن عرفة في الحدود بقوله: «ما أتلف من معجوز على دفعه عادة قدرًا من ثمر أو نبات، بعد بيعه»^(٢٩٠).

ويبيّن من تعريفات العلماء نوع اختلاف في اعتبار بعض أنواعها؛ ومقرّر ذلك بإجمال:

اتفق القائلون بوضع الجوائح^(٢٩١) على اعتبار الآفة السماوية جائحة؛ كالريح والقحط والطوفان والجراد^(٢٩٢)؛ استنادًا لقوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحلّ مال أخيك»^(٢٩٣).

- ()
- () : (/) : «
- : (/) :
- : « (/) :
- (/) :
- (/) : (/) : (/) :
- (/) : (/) :
- ()
- () : " " :

أما غير السماوي؛ فلم يرها الحنابلة جائحةً في مشهور مذهبهم^(٢٩٤)، أما المالكية فعندهم تفصيلٌ فيما كان من صنع الآدميين، وهو على فنوعين:

١- ما كان من صنع الآدميِّ مما لا يستطاع ردُّه ودفعه عادة، لو علم به قبل وقوعه؛ كالجيش والسلطان الغالب والنار القوية؛ فمعتمد المذهب أنها جائحة كما هو لا تُح من تعريفها عندهم^(٢٩٥).

٢- ما كان من صنع الآدميِّ مما يستطاع ردُّه ودفعه عادة، لو علم به قبل وقوعه؛ كالسرقة والغصب؛ ففيه خلاف في المذهب؛ قال خليل: «وَهَلْ هِيَ مَا لَا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ: كَسَمَاوِيٍّ وَجَيْشٍ أَوْ وَسَارِقٍ؛ خِلَافٌ»^(٢٩٦).

وهي في الثمار باتفاق بين القائلين بها، واختلفوا في النبات والبقول في المذهبين جميعاً^(٢٩٧)، والمقصود بوضع الجوائح؛ حطُّ مقدارٍ من الثمن عن المشتري بقدر التالف، ويتحمَّله البائع.

ثانياً: أمثلة الجوائح:

من ذلك أن يجتاح الثمار جرادٌ يتلفها، أو نار تحرقها، أو طوفان يغرقها، وكذلك البرد والمطر والطير، والدودُ وعفن الثمرة في رءوس الشجر والسَّموم، والعطش الذي يصيبُ الثمرة من انقطاع مائها، أو سماءٍ احتبست عن الثمرة حتى ماتت؛ فذلك كلُّه جائحةٌ، وكذلك الجيش الغالب يَمرون بالنخل فيأخذون ثمرته^().

() : (/) :

« : (/) : .

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

() : (- /) :

وللجائحة أحكام وتفصيلات تتعلق بشروطها وقدرها ووقتها، وكيفية تقديرها، وليس هذا موضع بسطها، فهي مسطورة في مظانها من كتب الفقه، والذي يهّمنا بيان مضمونها، حتى يكتمل التصور للمسألة، وقد سلف، وفيما يأتي أبين وجه الاستثناء فيها.

ثالثاً: وجه الاستثناء في وضع الجوائح:

الأصل في البيع إذا انعقد صحيحاً أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويصير ملكاً له وتنقطع صلة البائع به؛ فيصير الربح له والضمان عليه، وههنا قد انتقلت ملكية الثمار إلى المشتري، وما ربحه منها فهو خالص له؛ فالأصل العام والقياس يقتضي أنه لو تلف يكون من ضمانه، وما يؤيد ذلك أنه لو تلف بما يُقدَّر على رده ودفعه عادة كسرقة وغيرها؛ لم يعتبر جائحة عند الأكثرين من القائلين بوضعها، واعتبروها من ضمانه، فتقرّر أن الأصل كون الثمار من ضمان المشتري؛ وهذا كان من حجج المنكرين لها؛ فقد قالوا أنها تعارض القياس العام؛ كما ذكر ابن القيم - ناقلاً حجّتهم - : «كما في صحيح مسلم عن جابر يرفعه: "لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً؛ بم تأخذ مال أخيك بغير حق".... فقالوا: هذه خلاف الأصول؛ فإن المشتري قد ملك الثمرة وملك التصرف فيها، وتم نقل الملك إليه؛ ولو ربح فيها كان الربح له - فكيف تكون من ضمان البائع؟!» (٢٩٩).

حقاً؛ مقتضى الأصل في مسألتنا مخالف لذلك؛ لكن مناط الحكم العدل؛ إن قياساً أو استثناءً؛ وتقريراً لهذا المبدأ الأصيل؛ يقول الدريني: «والواقع أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس أو الاستثناء منه والعمل بالاستحسان يدور في الحالين مع مقتضى العدل ودفع الضرر غير المستحق».

فإذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرف معيّن إلى تحقيق العدل والمصلحة المعبرة ودفع الضرر غير المستحق، وجب المصير إلى هذا المآل تحقيقاً لذلك كله.

() : (/) .

أما إذا كان العمل بهذا الموجب في ظرف من الظروف يؤول إلى مآل ممنوع، من الضرر الزائد غير المستحق -: وجب حينئذ إخراج المسألة من القياس العام، وتطبيق قاعدة أخرى تدفع هذا المآل الممنوع، وتحقق العدل^(٣٠٠).

والأصل العام الذي يقتضي كون المبيع من ضمان المشتري بعد قبضه؛ مقيّد بنصوص شرعية أخرى؛ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (البقرة: ١٨٨).

وفي حالة الجائحة لو ضمنا المشتري ما تلف كان البائع نائلا قدره من الثمن بالباطل، لا سيّما وأن القبض لم يكتمل في هذا البيع؛ لذا جاء عند مسلم، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا؛ بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!»^(٣٠١).

فقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بكون عدم الوضع أكلا للمال بغير حق، ولا ضير أن كان مخالفا للأصل العام؛ فقد تقرّر سابقا أن العدل هو قطب الرحي في التشريع الإسلامي، قياسا أو استثناء؛ حسب الظروف والأحوال، قال ابن تيمية: «ومن أكل أموال الناس بالباطل؛ أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر؛ لأن المقصود بالعهود والعقود المالية هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه»^(٣٠٢).

وصحيح قد انعقد البيع هنا ووقع التسليم، لكن طبيعة البيع جعلت التسليم غير مكتمل حتى إذا اجتاحت جائحة فقد تلف من المبيع قدرًا وكأنه الثمن الذي دفعه صاحبه وقع خلوا عن عوض، فصار أكلا لمال الغير بالباطل؛ فملاحظة المناط الخاص تتقاضانا أن

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

أولاً: مفهوم العذر: «وهو العجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحقّ بالعقد» (١).

وهذا يعتبر ظرفاً طارئاً لم يتفق عليه المتعاقدان بادئ العقد فكان التغيير الحادث جرّاه غير مستحقّ بالعقد، بل هو نتيجة للعذر الذي طرأ.

ثانياً: أنواع الأعذار وأمثلتها:

وعندهم العذر ثلاثة أنواع بيّنها الكاساني في قوله: «إنّ العذر قد يكون في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤجر، وقد يكون في جانب المستأجر - العين المؤجرة» (٢).

١-: أما الذي في جانب المستأجر: فنحو أن يفلس فيقوم من الشوق؛ لأنّ المفلس لا ينتفع بالمحلّ فكان إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة ضرراً لم يلتزمه بالعقد. ومثل ذلك أن ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة.

٢-: وأما الذي هو في جانب المؤجر: فنحو أن يلحقه دينٌ فادحٌ لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر؛ لأن إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل مما يقضي بحبسه عند عدم السداد؛ إضراراً بالمؤجر.

٣-: وأما الذي هو في جانب المستأجر: فمثاله الصبيُّ قبل البلوغ آجره أبوه؛ فبلغ في مدّة الإجارة فهو إذ ذاك بالخيار إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ؛ فقد يكون بقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبيِّ لم يلتزمه هو فكان عذراً مسوّغاً للفسخ (٣٠٩).

() : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) :

ثانياً: وجه الاستثناء في الفسخ بالأعذار:

إنَّ الأصل في عقد الإجارة اللزوم؛ فليس لأحد العاقدين فسخه من تلقاء نفسه مستفرداً بذلك؛ غيرَ أنَّه إذا صار الأمر إلى مآلٍ ضرريٍّ يلحق أحد المتعاقدين ساعة المضى في العقد، وهو لم يلتزمه بالعقد وإنما طرأ عليه-: يتوجَّب حينها رفع الضَّرر وإزالته^(٣١٢)؛ إذ المعاملات شرعت لتحقيق مصالح الناس ومنها الإجازات؛ واللزوم فيها مشروع ليحصل الانتفاع بها على أكمل الوجوه؛ فهي إذ صارت جالبةً للضرر حالة بقائها لازمة؛ تقاعدت عن تحصيل مقصودها، ولم تعد تعمل في مسارها الذي اختطه الشرع لها؛ فاستوجبت اجتهاداً استثنائياً^(٣١٣) يقتضيه لحظ هذا المناط الخاص.

فالمرجى في الأحكام الشرعية عند تنزيلها أن تكون محققة للمقصد الذي شرعت له، وإلا عمل الاستثناء عمله ليحافظ على اتساق منطق التشريع، ومفاد الاستثناء الذي تقتضيه المصلحة هنا -عند فقهاء الحنفية- القضاء بجواز فسخ الإجارة بإرادة منفردة -للجانب المتضرر- بعد أن كان الأصل قاضياً باللزوم، وهذا من أمثلة التغيير الذي هو أحد مسالك الاجتهاد الاستثنائي^(٣١٤).

فهذا مضمون الفسخ بالأعذار، وذاك وجه الاستثناء فيه، وهو كما سبق في طالع المطلب من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة؛ أن كان العذر طارئاً غير متوقع عند التعاقد غالباً.

() : (/) .
 (/) .
 ()
 : (/) .
 " (/) : " :
 (/) : " :
 () : (/) .

المطلب الثالث:

نظرية الرخصة:

الفرع الأول: مفهوم الرخصة:

أولاً: مفهوم الرخصة في اللغة: هي التخفيف واللين والسهولة وعدم التشديد؛ قال ابن منظور: «الرَّخِصُ الشيء الناعم اللَّيِّنُ... والرُّخْصَةُ تَرْخِصُ اللهُ للعبد في أشياء خَفَّفَهَا عنه»^(٣١٣).

ثانياً: مفهوم الرخصة في الاصطلاح:

تباينت ألفاظ الأصوليين في تعريفها؛ وهي في مقصودها مقتربة، ومن أشهر التعريفات، ما ذكره الأمدِيُّ بعد أن أورد تعريفَ الرازيِّ وانتقده واستلوح تعريفاً أسلم: «وقال أصحابنا: الرخصة "ما جاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرم"^(٣١٤)؛ وهو غير جامع؛ فإن الرخصة كما قد تكون بالفعل قد تكون بترك الفعل كإسقاط وجوب صوم رمضان والركعتين من الرباعية في السفر.

فكان من الواجب أن يقال: "الرخصة ما شرع من الأحكام لعذر إلى آخر الحد المذكور- أي مع قيام السبب المحرم" - حتى يعمَّ النَّفي والإثبات^(٣١٥).

(/) : (/) : ()

(/) :

: » : ()

(/) : «

(/) : (/) : ()

(/) :

وانتقده الإسنويُّ بأنه غير جامع ضرورة اشتغال الرخصة على إسقاط واجب كخطر المسافر، أو ترك سنة كرخصة ترك الجماعة عند المطر والسفر^(٣١٦)، ولعلَّه لو استبدله بقوله: مع قيام السبب للحكم الأصلي؛ لَسَلِمَ مِنْ ذَلِكَ كما هو صنيعُ زكريَّا الأنصاري^(٣١٧).

ومعلوم صنيع الأصوليين بالتعريفات الحدية؛ فلا تكاد إحداها أن تسلم من نقد أو اعتراض، والكلام فيها متعدد الشعاب، أخشى أن أطيل فيه فأعاب، لا سيَّما وقد بحث موضوع الرخصة في أكثر من بحث، وحسبنا تصوُّر معناها وقد اتضح مما سبق.

وجميل أن أختتم هذا بما عرَّف به ابن عاشور الرخصة -دون التزامه بمعايير الحدِّ المنطقيَّة، لذا جاء بنوع من الطول المعيب عند المناطقة؛ فهو كالمفهوم لها-، قال: «الرُّخْصَةُ تُغَيِّرُ الفِعْلَ من صعوبة إلى سهولة؛ لعذر عرض لفاعله، وضرورة اقتضت عدم اعتداد الشريعة بما في الفعل المشروع من جلب المصلحة أو دفع المفسدة، مقابل المضرة العارضة لارتكاب الفعل المشروع المشتمل على المفسدة»^(٣١٨).

الفرع الثاني: أقسام الرخص:

لرخص تقسيمات متنوعة بحسب اختلاف الاعتبارات؛ لكنني أريد أن أورد هنا باختصار قسمين منها: ما تعلَّق بسببها؛ ليتبيَّن ارتباطها بالضرورة إذ هي من أسباب الترخيص والتخفيف، وباعتبار العموم والاطراد؛ لوجود نوع هامٍّ فيها، كثيرًا ما يغفل عنه، رغم أهميَّته في الاعتبار، وفيما يأتي بيان ذلك:

الفقرة الأولى: أقسام الرخص باعتبار أسبابها:

أولاً: رخص سببها الضرورة:

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

والضرورة في الاصطلاح: يتوجّه تعريف الفقهاء القدامى غالباً لضرورة الغذاء؛ لأنهم يعرضون لها في باب الأطعمة والأشربة؛ قال الدردير: «وَهِيَ الْخَوْفُ عَلَى النَّفْسِ مِنْ الْهَلَاكِ عِلْمًا أَوْ ظَنًّا»^(٣١٩)، بيد أن الضرورة أعمّ من ذلك فينبغي أن تشمل الضروريات الخمس جميعها؛ ولذلك كان تعريف الضروريات في علم المقاصد أعمّ وأشمل.

قال الشاطبي: «لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا؛ بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.... ومجموع الضروريات خمسة؛ وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة»^(٣٢٠).

وذلك ما أفاد منه وهبة الزحيلي؛ فعرف الضرورة قائلا: «الضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر، أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال، وتوابعها، ويتعيّن أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع»^(٣٢١).

وأمثلتها كثيرة كإباحة الميتة للمضطر، وإباحة إساعة الغصة بالخمير وغيرها.

ثانيا: رخص سببها الحاجة:

والحاجة هي أنزل مرتبة من الضرورة، لكنّ اختلالها يوقع في ضيقٍ وحرَجٍ، ولذا عرّفها الشاطبي بأنها: «مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى

() : (/) :

() : (/) .

() : (/) .

الخرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى؛ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة^(٣٢٢).

وهذه الأخيرة تستوجب في الشريعة رخصاً واستثناءً، كما في القصر والفطر في السفر، وكالجمع، وكالمسح على الخفين وغيرها من الحاجات الفردية، وغالب الرخص العامة من هذا القبيل، كالسلم والإجارة والقرض وغير ذلك.

الفقرة الثانية: الرخص باعتبار العموم والاطراد:

وقد ذكر ابن عاشور ثلاثة أقسام للرخص بهذه الجهة:

١- الرخص الخاصة المؤقتة: وتتعلق بما يعرض للأفراد حال الحاجة والاضطرار والمشقة، كأكل الميتة للضرورة والتيمم ومسح الخفين وغيرها، وهي غالب تمثيل الفقهاء في باب الرخصة، وهي كثيرة في نصوص الكتاب والسنة كما سبق^(١).

٢- الرخص العامة المطردة: وتتعلق بما يعرض للأمة من حاجات دائمة كانت سبب تشريع دائم مستثنى من أصول كانت تقتضي منعها؛ كالسلم والإجارة والعرايا^(٢).

٣- الرخص العامة المؤقتة: وهذا قسم مغفول عنه، وهو متعلق بما يعرض للأمة أو لمجموعة عظيمة منها من أحوال اضطرارية؛ تقتضي إباحة ممنوع أو استثناء معيناً؛ لتحقيق مقصد عظيم من مقاصد الشرع فيها؛ كالحفاظ على سلامة الأمة وإبقاء قوتها؛ قال ابن عاشور: «ولا شك أن اعتبار هذه الضرورة عند حلولها؛ أولى وأجدر من اعتبار الضرورة الخاصة، وأنها تقتضي تغييراً للأحكام الشرعية المقررة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة»^(٣)، وقد مثل لها ببيع الخلو في الأوقاف وسيأتي في الفرع الآتي المتعلق بالأمثلة.

() : (/ -) .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

الفرع الثالث: وجه الاستثناء في الرخص:

يتجلى الاستثناء في الرخصة بداءةً عند تعريفها، فهي - وإن اختلف العلماء في تعريفها - لكن المتفق عليه أنها معدولٌ بها عن الحكم الأصلي لعذرٍ، فالاستثناء فيها ظاهرٌ، لذا عرّفها بعضهم بقوله: "ما خرج عن الوضع الأصلي؛ لعارضٍ"^(٣٢٦)، فالرخصة حكم استثنائيٌ اقتضاه الظرف الاستثنائي القائم بالحالة التي تتعلق بها الرخصة، ولهذا قيل في بيانها أيضاً: "الحكم الثابت على خلاف الدليل؛ لعذر، مع كونه حراماً في حق غير المعذور"^(٣٢٧)، فكان حكمها متعلقاً بمن وُجد في حقه سبب الرخصة وهو المعذور، أمّا من لم يتحقق فيه مناط الرخصة؛ فيبقى الحكم الأصلي سائراً في حقه؛ فهي مستثناة على خلاق الاقتضاء الأصلي للحكم () .

وقد أبان الشاطبي عن كون العزيمة هي الأصل الكلي والرخصة مستثناةً منه، فقال: «فالحاصل أن العزيمة راجعة إلى أصل كلي ابتدائي، والرخصة راجعة إلى جزئي مستثنى من ذلك الأصل الكلي»^(٣٢٩).

ومدرک الاستثناء والعدول عن الأصل هنا؛ المصلحة التي تستجلب في الحالة المستثناة المرخص فيها حال الاستثناء، إذا ما قورنت بالنتائج اللاحقة عند بقاء الحكم الأصلي؛ من مفسد تُستتبع أو مصالح تفوت؛ لذا كانت القاعدة التي تحكم الرخص هي اعتبار المآلات؛ وهذا ما يفسر قول ابن عاشور: «الرخصة تُغيّر الفعل من صعوبة إلى سهولة؛ لعذر عرض

() : (/) .

() : (/) :

(/) :

« : » :

(/) :

() : (/) .

لفاعله، وضرورة اقتضت عدم اعتداد الشريعة بها في الفعل المشروع من جلب المصلحة أو دفع المفسدة، مقابل المضرّة العارضة لارتكاب الفعل المشروع المشتمل على المفسدة»^(٣٣٠).

فالموازنة المصلحيّة المألّية هي التي تقتضي الاستثناء من الأصل العامّ إلى الحكم المستثنى والمرخص فيه، وقد قال الزركشي: «إنما عدل به -الحكم المستثنى بمقتضى الرخصة- عن نظائره لمصلحة راجحة»^(٣٣١).

تلك الموازنة أنبأت عن وجود مفسدة في المأل -حال تطبيق الحكم الأصليّ على الظرف المستثنى- أو فوات مصلحة هي أربى ممّا يجلبه الأصل من مصلحة عند إجرائه، فرخص في تلك الحالة وعُدل بها عن حكمها الأصليّ، رفعاً للعتق والخرج عن المكلفين؛ قال الشاطبي: «لا شك أن الرخصة مأذون فيها لرفع الخرج»^(٣٣٢).

الفرع الخامس: أمثلة من الرخص، مع بيان وجه الاستثناء فيها:

١- رخصة التيمم ودخول الجنب للمسجد ماراً غير ماكث

قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ، وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا﴾ (النساء: ٤٣).

والاستثناء في الآية في موضعين:

أولاً: حكم مرور الجنب بالمسجد دون مكث:

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

هذا هو الأصل المتقرر، لكنَّ الله ﷻ استثنى من هذا المريض وفاقَد الماء^(٣٣٨)؛ فرخصَ لهما في طهارةٍ أخفَّ عليهما، لما تعذَّر عليهما التطهرَ بالماء إلاَّ بمشقةٍ لم يأت الشرعُ بها؛ فقد قال الله ﷻ - بعد آية التيمم الثانية في المائة -: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ ﴾ (المائدة: من الآية ٦).

وذلك لما تستجلبه هذه الأخيرة من أضرارٍ لاحقةٍ بالمريض لو أجرينا عليه حكم الأصل، كما أن فاقَد الماء لو ألزمنه بأن يرقبَ الماء ثم يقضي؛ قد يطولُ فقدانه، ويجمع عليه قضاء صلوات متعدِّدة فيشقُّ عليه ذلك؛ فقد قال ابن عاشور: «وقوله (إن الله كان عفواً غفورا)؛ تذييل لحكم الرخصة؛ إذ عفا المسلمين؛ فلم يكلفهم الغسل أو الوضوء عند المرض، ولا يرقب وجود الماء عند عدمه حتى تكثر عليهم الصلوات؛ فيعسر عليهم القضاء»^(٣٣٩).

فكان التيسيرُ ورفعُ الحرج عن المكلف مدرك الاستثناء والعدول عن الأصل في الرخصة، قال الزمخشريُّ: «ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج» في باب الطهارة حتى لا يرخص لكم في التيمم، "ولكن يريد ليظهركم" بالتراب إذا أعوزكم التطهر بالماء "وليتم نعمته عليكم" وليتم برخصته إنعامه عليكم بعزائمه»^(٣٤٠).

٢- رخصة الفطر في حال السفر والمرضى:

()	:	(/) :
()	:	» :
:	...	:
...	«...»	(/) :
()	:	(/) :
()	:	(/) :

قال ﷺ: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ .. وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (البقرة: ١٨٥)

كتب الله ﷺ صيامَ شهر رمضان على كل من شهد الشهر وأوجب ذلك عليهم، حيث قال: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾، ثم رخص للمريض والمسافر في الفطر وأوجب القضاء بعد ذلك^(٣٤١)، وهذا تيسيراً ورفعاً للحرَج والعنت الذي كان سيصيب المريض والمسافر لو ألزماه بحكم الأصل، فساغ بذلك العدول إلى الاستثناء والرخصة في الظرف الاستثنائي حالة قيام العذر، ولذا أعقب ذاك الترخيص بقوله ﷺ: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾، فالاستثناء واضح في جواز الفطر للمريض والمسافر استثناءً.

٣- بيع الخلو في الأوقاف:

والخلو ملك حق القرار المؤبد في عقار؛ سواء كان هذا العقار أرضاً، أو داراً، أو حانوتاً، فهو تمليك منفعة العقار على سبيل التأييد والتبعية بأجرة المثل^(٣٤٢).

ولم يُنقل عن المتقدمين من الفقهاء كلامٌ في مسألة الخلوّات، والذي أفاده الدارسون لهذا الموضوع، أن ظاهرة الخلوّات جرى تعامل الناس بها ابتداءً من القرن الثامن الهجري، وتمثل في قضية كراء الأرض على التأييد أو ما اصطُح عليه بالأحكار^().

ثم تبعهم في ذلك علماء الأندلس في مسألة الكراء المؤبد في أرض الوقف في أواخر القرن التاسع الهجري على ما أفتى به ابن منظور وابن سراج الأندلسيان، ثم ما عرف بفتوى

(/) : (/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

ناصر الدين اللقاني في أحكام الأوقاف بمصر في القرن العاشر، وجرى على ذلك شيوخ فاس المتأخرين؛ كالشيخ القصار وابن عاشر وأبي زيد الفاسي وسيدي عبد القادر الفاسي، أفتوا في الجلسة وجرى بها العمل الفاسي؛ لما رأوه من المصلحة فيها فهي عندهم كراء على التبقية () .

ووجه المصلحة فيها؛ ما عاشته بعض الأوقاف حالئذ؛ إذ أن خراب الوقف أو قلة نفعه زهد الناس فيه، وذلك ما أوقع القائمين عليه في حرج؛ لأنه أصبح عبئا لا فائدة منه ترتجى، حتى وجدوا مخرجا في بيع خلوه دون أصله، فيكرونها على التبقية ببراء المثل، قال ابن عاشور: «ومنها الكراء المؤبد... في أرض الوقف، حين زهد الناس في كرائها للزرع؛ لما تحتاجه أرض الزرع من قوة الخدمة ووفرة المصاريف، وزهدوا في كرائها للغرس والبناء لقصر المدة التي تكثرى أرض الوقف لمثلها، ولإبابة الباني أو الغارس أن يبني أو يغرس ثم يقلع ما أحدثه في الأرض؛ فأفتى ابن سراج وابن منظور بكرائها على التأييد» () .

بحيث يستعمل مقابل خلوه إما في ترميم الوقف ذاته، وبذلك يعود إلى حاله التي تمكن من الانتفاع به، أو يُصرف لمن هم من أهل الانتفاع بذلك الوقف.

ولا شك أن مخالفة هذا للقواعد والأصول ظاهر؛ من وجهين:

١- أن العقد على المنافع إجارة ومن شروطها أن تكون لمدة معلومة وبسعر معلوم، وفي عقد الخلو المدة مؤبدة فليس للمالك إخراج المكتري، علاوة عن كون الأجرة تتغير بتغير الظروف المتعلقة بغلاء الأسعار ونقصانها.

٢- كما أن المقرر عند الفقهاء أن الوقف من الأشياء التي لا يجوز التصرف فيها بالبيع، والكراء على التبقية والتأييد نوع من التصرف الذي ياباه هذا الأصل.

() : (/) : () :
() : (-) : () :

فأبيح هذا العقد استثناءً لمكان الضرورة التي لحقت الناس حينها وأفتوا بجوازه، لرفع الضيق والحرج والعنت عن الناس بالتخفيف عنهم، جرياً على وضع المشروعات؛ فقد رُئيَ الشَّرْعُ ذاته آتياً برفع الإصرِ والحرج، وإذا اضطرَّ النَّاسُ رخص لهم ولو استثناءً من الأصول أن كان ذلك مُسوِّغاً للعدول عن الأصل.

لذلك عدّها ابنُ عاشور من مرتبة الضرورات العامّة المؤقّته التي يغفل عنها الفقهاء، بينما ينبغي أن تراعى ويُرخص فيها ويهتم لها أكثر من الضرورة الخاصة؛ فقال: «الضرورة العامّة المؤقّته؛ وذلك أن يعرض الاضطرار للأمة أو لطائفة عظيمة منها يستدعي إباحة الفعل الممنوع، لتحقيق مقصد شرعيّ؛ مثل سلامة الأمة وإبقاء قوتها... ولا شك أن اعتبار هذه الصّورة عند حلّوها؛ أولى وأجدُر من اعتبار الصّورة الخاصّة، وأنّها تقتضي تغييراً للأحكام الشّرعيّة المقرّرة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة... منها الكراء المؤبد الذي جرت به فتوى علماء الأندلس... في أرض الوقف»⁽¹⁾.

هذه هي حقيقة الرخصة وتلك بعض تطبيقاتها، متجلباً وجه الاستثناء فيها، فمن أجلى مظاهر الاستثناء نظرية الرخص وأحكام الصّورة وتطبيقاتها، وسيأتي مزيد من الحديث عن الرخصة كخطة إجرائيّة تنتهض بالاجتهاد الاستثنائي في الفصل الثالث⁽²⁾.

هذه هي أهمُّ النظريات الكبرى المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائي، بأمثلها وتطبيقاتها، متبدّياً وجه الاستثناء والعدول عن الأصل فيها، ويعتبر ذلك من أهمِّ آثار الاجتهاد الاستثنائي في واقع التشريع وفروعه؛ فهو مبثوث في جملة التشريع يُستدعى حيث يقوم موجبه، ومسوَّغه.

() : (/) .

() : (/) .

الفصل الثالث:

الخطط الإجرائية المنهضة بالاجتهاد الاستثنائي:

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الاستحسان وصلته بالاجتهاد الاستثنائي.

المبحث الثاني: الذرائع وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي.

المبحث الثالث: الرخص وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي.

المبحث الرابع: مراعاة الخلاف وصلته بالاجتهاد الاستثنائي.

تمهيد:

بعدها بانة حقيقة الاجتهاد الاستثنائي وأدلة اعتباره، وتبين أثره في فقه التنزيل، مع ما تفصّل عنه من نظريات كبرى هي كالأثر له في واقع التشريع - : لا تقوم لهذا الاجتهاد قائمة إلاّ بعرض الخطط الإجرائية التي تنتهض به، وتقيم أركانه، ينضبط بضوابطها ليكون سالكاً نهجاً أصيلاً في الاجتهاد، ذلك أنّ قيامه على مناهج أصولية معهودة في الأدب الأصولي، سيجعله منضبطاً بضوابطها سائراً على منوالها؛ فيحاكم إليها إذا ما اشتطّ أو أسرف.

وفيا يأتي بيان لتلك الخطط مع إجماع وجه الاستثناء فيها، واستتماما للبيان؛ أعرّض لكلّ خطة شواهد تطبيقية يستبين خلالها وجه الاستثناء في التفريع بعد بيانه في التاصيل:

المبحث الأول:

الاستحسان وصلته بالاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

إنَّ مبحث الاستحسان تأصيلاً، وتفريعاً، واستدلالاً؛ قد أخذ الوقت الكثير والجهد الكبير من الباحثين، ولست أقصد إلى تكرار جهد قد بذل، وإنما عرضت إلى نقاطٍ رأيتها مهمّة للإبانة عن كَيْفِيَّةِ اعتباره خطة تشريعيّة تنتهض بالاجتهاد الاستثنائيّ.

بدءاً بإجلاء مفهومه، وتحريم محلّ النزاع فيه؛ فهو مع كثرة البحث فيه يتتابه شيءٌ من الغموض والإبهام، ثمّ أذكر وجه الاستثناء في الاستحسان ومدرّكه، وأختم بشواهد الاستثناء وفق أصل الاستحسان؛ من المشرّع نفسه، ثمّ من اجتهادات الأئمة؛ ليتقرّر كون الاستثناء سنناً أصيلاً في التشريع، ومنهجاً مطلوباً في الاجتهاد:

المطلب الأول: مفهوم الاستحسان:

الاستحسان في اللغة: عَدُّ الشَّيْءِ حَسَنًا؛ تقول استحسنَ الشَّيْءَ: إذا عَدَّهُ حَسَنًا^(٣٤٨)،

والاستحسان في الاصطلاح:

الاستحسانُ كلمة لا يكاد يجهلها الشادي في طلب العلم؛ بيدَ أنّك لو سألتَ عن مفهومه الدقيق وحقائقه الأصوليّة لوجدتَ اختلافاً كثيراً، ولا غرو ولا عجب؛ فقد تباينت كلمة أهل الفنّ فيه واختلف الأصوليون في تعريفه اختلافاً واسعاً؛ استتبع

() : (/) .

الخلاف في حجتيه، وسيأتي البحث على سبب تباين وجهات النظر فيه عند ذكر حجتيه، وفي هذا الموضوع آثرت أن أستعرض بعض التعريفات المشهورة للاستحسان، مُعقِّباً لها ما يستلوحه الباحث منها:

إنَّ المتتبع لتعريفات العلماء للاستحسان يجدها حائمةً حول معنيين اثنين^(٣٤٩):

١-: معنى عام: وهو استثناء للمسألة عن حكم نظائرها من دليل أصلي إلى حكم آخر؛ لوجه أقوى يقتضي العدول، وفي ذلك قال الكرخي - رحمه الله -: «هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول»^(٣٥٠).

وهذا التعريف أورده الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لذلك قال الشاطبي بعد أن أورد تعريفات المالكية والحنفية للاستحسان -: «والذي يُستقرى من مذهبها أنه يرجع إلى العمل بأقوى الدليلين، هكذا قال ابن العربي... ويُشعرُ بذلك تفسيرُ الكرخي أنَّه العدولُ عن الحكم في المسألة بحكم نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى»^().

ويدقق الإمام الشاطبي في مراد المالكية بالاستحسان؛ إذ يقول: «الاستحسان؛ وهو في مذهب مالكٍ الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس...»^(٣٥٢).

(/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (- /) : (/) : (/) :
 « ... » : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :

٢-: معنى خاص: وهو ترجيح قياس خفي على قياس جلي، وهذا عند الحنفية خاصة^(٣٥٣).

جاء في التوضيح: «لكن الغالب في كتب أصحابنا أنه إذا ذكر الاستحسان أريد به القياس الخفي، وهو دليل يقابل القياس الجلي... وبعض الناس تحيروا في تعريفه، وتعريفه الصحيح هذا: وهو أنه دليل يقع في مقابلة القياس الجلي»^(٣٥٤).

ويُعرفه بعض الحنفية بقولهم: «هو دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه»^(٣٥٥)، وقد اعترض الكثيرون على هذا التعريف؛ إذ ليس هذا شأن الأدلة الشرعية، فمؤداه أن يقول من شاء ما شاء؛ بحجة الانقذاح في النفس وعدم انطلاق اللسان وعسر الإبانة؟! لذا؛ قال الغزالي رحمه الله: «وهذا هوس؛ لأن ما لا يُقدر على التعبير عنه لا يدري هو وهم أو تحقيق؟»^(٣٥٦)، كما أنه لا ينضبط، والأدلة من خصائصها الانضباط، ففتح هذا الباب يدخل على الدين فساداً عظيماً^(٣٥٧).

ولعل هذه العبارة ليس القصد منها تعريفاً دقيقاً للاستحسان على ما جرت عادة الحدود؛ وإنما هو تقريب لما يجده المستحسن في نفسه فهو يطمئن للحكم مُستندا إلى

(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :

دليل الشَّرْع؛ إلاَّ أنَّ البيان عن ذلك يقف دون الكشف عنه في قوالب لفظية وصيغٍ كلامية^(٣٥٨).

التعريف المختار:

لا شكَّ أنَّ الإطلاق العامَّ أوسع وأجمع من الإطلاق الخاصَّ، فهو مغنٍ عنه، علاوة على كون المعنى الخاص ليس يخرج عن أنَّ يكون قياساً شرعياً ترجح على نظيره^(٣٥٩)؛ فكون الجزئية مترددة بين قياسين لا يخرجها عن نطاق القياس كائناً ما كان الإلحاق، فهو من باب "تراجيح الأقيسة"، وهذا لا شكَّ داخل في مباحث القياس وإنَّ أسماه بعضهم استحساناً؛ لذلك قال السرخسيُّ: «فهذا الخفيُّ وإنَّ اختصَّ باسم الاستحسان لمعنى فهو لا يخرج من أن يكون قياساً شرعياً»^(٣٦٠).

وعلى هذا؛ فالذي يلوح لي أنَّ تعريفه بالمعنى العامَّ أولى وأقرب إلى حقيقة معناه؛ وهو تعريف الكرخي: «هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول»^(٣٦١).

وقد فصل السنوسيُّ في الوجه الذي يقتضي العدول بأنه كلُّ ما تضمَّن مقصود الشَّرْع؛ فقال: «الاستحسان عدول المجتهد بالمسألة عن حكم نظائرها إلى وجه يتضمَّن مقصود الشَّرْع في ذلك الحكم»^(٣٦٢).

(/): (/) : ()
: « : - - :
(/) : (/) : ()
(/) : (/) : ()
(/) : (/) : ()
(/) : (/) : ()

فقوله: "إلى وجهٍ يتضمَّن مقصود الشرع في ذلك" يشمل جميع أنواع الاستثناء مما كان مدرکه العدل والمصلحة، أو كان استحسان الضرورة أو العرف، إذ لا شكَّ أنَّ وجه المصلحة والعدل هو مقصود الشرع في ذلك الحكم () .

المطلب الثاني: حجية الاستحسان:

إذا ذكر أصل الاستحسان تُذكر المساجلات الطويلة بين أهل العلم؛ بين محتجِّ به منتصرٍ له، ومنكرٍ مبطلٍ للاحتجاج به، بين قائلٍ: "من استحسَن فقد شرَّع" (٣٦٤) وقائلٍ: "الاستحسان: تسعة أعشار العلم" (٣٦٥)، أيعقل أن يكون هذا بين الإمامين مالك والشافعي -رحمة الله عليهما-!! بين التلميذ الذي بلغ درجة مُنيقةً في العلم لا تُبارى، وشيخه الذي تُضربُ إليه أكباد الإبل؟!!!

ليس يخفى على المطلِّع الخبير بأقوال الطرفين أنهما لم يتواردا على محلٍّ واحدٍ؛ فالذين حملوا راية الغارة على القائلين به لم ينطلقوا من خلال طرحه لدى أربابه، وشنوا الغارة في ردودهم على من عرفه: "معنى ينقدح في ذهن...."، فاعتبروه آيلاً إلى الانفلات والتلذُّذ والهوى!! وقد سبق فيه الكلام؛ وليس في الردِّ على مثل هذا تُفنى الجهودُ وتُحشَد البراهين!!

() :»

«: (/) .

() : / .

(/) : :

(/) :

ولم يركّزوا على المعاني المصلحيّة التي كانت مُدرَك الاستثناء فيه، وعلى إطراح الأقيسة العامّة حيث تتخلف مقاصدها في بعض جزئياتها، مع اتّفاق الجميع على وجوب التمسك بالأصول^(٣٦٦).

أولاً: تحرير محلّ النزاع:

مما هو معلوم أنّ للاستحسان أنواع لم يجز الخلاف فيها جميعاً:

* فهم متفقون على الأخذ بما يُسمّونه استحسان النص "الكتاب والسنة" والإجماع؛ إذ المدرَك فيها هو النصّ - وهذا هو عينُ تخصيص العامّ - أو مدركه الإجماع. وهذه الأنواع الثلاثة ليست في واقع الأمر استحساناً؛ إذ لم يخالف فيها أحد، والأخذ بها أخذ بالكتاب والسنة والإجماع، وهي أصولٌ اتفاقيّة، فليس صحيحاً إطلاق الاستحسان عليها، إلّا أن بعض العلماء أوردها في سياق الاستدلال؛ ليقرّر أنّ الاستثناء على وفق الاستحسان معهود من المشرّع نفسه، فيجب على المجتهد اتباعه، لكن ليس يستقيم جعله من مباحثه وأنواعه^(٣٦٧).

* واتفقوا على الأخذ باستحسان القياس؛ فهو نوع من القياس، حال تدافع الأقيسة وتعارضها؛ يُؤخذ بالأقوى والأرجح؛ فقد قال الشاطبي: «والأخذ بأقوى القياسين متفق عليه»^(٣٦٨).

() : (/) .

(/) :

(- /) :

(/) :

* أمّا استحسان المصلحة والذي يرجع إلى تخصيص العلة أو القياس بالاستدلال المرسل؛ فهذا مما جرى فيه الخلاف حقيقة بين العلماء، فإطلاق القول بأنّ الخلاف لفظي غير سديد.

ثانياً: أقوال العلماء في الاستحسان المختلّف فيه:

وبناءً على ما تقرّر آنفاً في تحرير محلّ النزاع؛ فإنّ أهل العلم اختلفوا في استحسان المصلحة والذي يرجع إلى تخصيص العلة أو القياس بالاستدلال المرسل؛ فأجاز ذلك أبو حنيفة ومالك وأحمد^(٣٦٩)، ومنعه الشافعي والظاهرية^(٣٧٠).

المطلب الثالث: وجه الاستثناء في الاستحسان:

إنّ الاستحسان هو عدول عن الحكم الأصليّ في مسألة إلى حكم آخر، وهذا العدول هو عين الاستثناء، فلم يحكم المجتهد بالدليل الأصليّ الذي يشمل الواقعة المعروضة وينبغي أن ينسحب عليها حكمه؛ وإنما ارتأى استثناء هذه الواقعة، والعدول بها إلى حكم آخر، يتغيّر بذلك تحصيل مقصود الشرع في تلك الواقعة من تحقيق المصلحة والعدل؛ وقد أبان ابن رشد عن مدرك العدول عن الاقتضاء الأصليّ فيه؛ فقال: «ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل»^(٣٧١).

(/) : (/) : (/) :

: « : » : (/)

(/) : (/) : (/) : (/) : (/) :

(/) : « : » : (/) :

فالوقائع تعرض لها عند التطبيق ظروف وملابسات تقوم كالدلائل على حكمها، وقد تقتضي المصلحة استثناء بعض أفراد القاعدة العامّة؛ أن تلبّست بقرائن استوجبت هذا الاستثناء، وفي الغالب نجد مدرك العدول في الاستحسان المصلحة؛ لذا قال أبو زهرة: «وكلها -تعريفات الاستحسان- تتجه إلى قصر الاستحسان على أمر واحد وهو ترك مقتضى القياس لمصلحة في موضع معيّن، أي في مسألة جزئية، ويدخل في المصلحة رفع الحرج والتوسعة ودفع المشقة»^(٣٧٢).

وغالبا ما يكون العدول والاستثناء في الاستحسان من أصل المنع غالبا، فيقضي بالإباحة، أو من الواجب يرفعه ويرخص فيه كما سيأتي في الأمثلة والشواهد.

وغاية ذلك؛ ألا يتقيّد المجتهد عند تطبيقه للأحكام ومعالجته للوقائع المستجدات باطراد القياس والقواعد العامّة، مادام مقصدُ الشرع متخلّفا عنها حال إدراجها في القياس العامّ، ويراها ساعتئذٍ تستجلب ضررا أو توقع في حرج ومشقّة: - فيكون اللجأ حينها إلى اجتهاد استثنائيّ وفق قاعدة الاستحسان؛ ممّا يستوجبُ النظر المصلحيّ المستقرى من أدلة الشرع، التي جاءت برفع الحرج والآصار^(٣٧٣).

فالاستثناء حين توجد مقتضياته؛ سنن تشريعيّ معهود، ناجم عن اعتبار المنطق المتسق في الأحكام الشرعيّة، يجب على المجتهد والمفتي أن ينحو نحوه، وأن يسير وفقه؛ كيما يعصم اجتهاده من الخطاء والخطل، ويتلمّس مقاصد الشرع في الأحكام.

() - :- (/) .

() : (- /) .

المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق أصل الاستحسان:

أولاً: شواهد الاستثناء من المشرع نفسه:

١-: إباحة بيع السلم:

وقد سبق هذا، وتبيّن أنّ السلم استثناءً من بيع المعدوم، قال عليّش: «صرّح في المدوّنة أنّ السلم رخصةٌ مستثناةٌ من بيع ما ليس عند بائعه»^(٣٧٠)، وهو جارٍ على خلاف القياس؛ قال ابن نجيم: «وهو على خلاف القياس إذ هو بيع المعدوم ووجب المصير إليه بالنص والإجماع؛ للحاجة، ولا اعتبار بمن قال إنه على وفقه»^(٣٧١)، فهذا استحسان من الكتاب يدلُّ على ضرورة السير على هذا النهج في الاجتهاد عند وجود مسوغه.

٢- جواز القرض:

وحقيقته ربا النسيئة؛ لأنّه نقد بنقد إلى أجل، لكنّه استثنى من أصل المنع، نظراً إلى مقصد المكلف في عقود التبرعات التي يقصد من ورائها المعروف والمواساة والتعاون، قال الشاطبي: «وقد أبيع الممنوع رفعا للخرج، كالقرض الذي فيه بيع للفضة بالفضة ليس يدا بيد»^(٣٧٢). فاستثنى رفقا بالناس، ومراعاة لمصالحهم الحاجية، استحساناً، وذلك من مسوغات الاستثناء من الأصل، وقد مرّ هذا المثال بالتفصيل سالفاً^(٣٧٣).

ثانياً: شواهد الاستثناء وفق أصل الاستحسان من اجتهادات الأئمة:

١-: التصرف في الوقف إذا دعت ضرورة أو حاجة:

() : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :

أجاز جمعٌ من العلماء بيعَ الوقف إذا اقتضته حاجةٌ أو ضرورة وكان في ذلك مصلحة؛ وهذا قول أبي حنيفة، وبعض المالكية وبعض الشافعية وقول عند الحنابلة^(١).

قال التسولي: «أفتى القاضي أبو الحسين بن محسود بجواز بيع الوقف لخوف الهلاك بالجوع ونحوه... واستشكل فتواه هذه أبو زيد سيدي عبد الرحمن الفاسي قائلاً: ولا أعرف مستنداً لهذه الفتوى ولعلها اجتهاد؛ نعم مستندها في الجملة المصالح المرسلة، وارتكاب أخف الضررين، قال والحاصل أن تلك الفتوى مما تدرج بالمعنى فيها استثنوه من بيع الوقف»^(٢).

وفيه قال النووي: «والأصح جواز بيع حُصْر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت... قال الشرييني معللاً: "لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها"^(٣).

ومن يمنعها من العلماء^(٤) تمسكاً بالأصلِ القاضي بعدم جواز التصرف في الحُبس.

ولكنَّ المجيزين لاحظوا وجهًا تقاضاهم أن يستحسنوا ويستثنوا من ذلك الأصل، للمصلحة الحاجية أو الضرورية بحسب اختلاف الضرر اللاحق من جرّاء

(/) : (/) : (/) ()
: : : :
(/) .
(/) : (/) :
(/) : (/) :
(/) : (/) :
(/) : (/) :
(/) : (/) :

خراب الوقف، إذ أنه قد يستتبع هلاك أنفس الموقوف عليهم كما نقل ابن عرفة عن اللخميّ فيمن حبست على ابتها ما لا بشرط ألاّ ينفق عليها إلا في حال نفاسها؛ ثمّ نزلت بالبنت شدة خيف هلاكها لو لم ينفق عليها من الحبس؛ قال: ينفق عليها منها؛ لأنّه قد جاء أمر يُعلم منه أنّ المحبسة أرغب فيه من الأوّل» (١).

وحيثما كان العلوّق بالأصل موجبا للضرر والعنت والخرج؛ كان اللجأ إلى الاستثناء بطريق الاستحسان مرفأ واسعا؛ ينفي الضيق ويحسم الضرر ويقطعه.

وقد صرح الرملي بكونها جاءت على خلاف الأصل، وأنها استثنت من حرمة بيع الوقف؛ فقال: «واستثنت من بيع الوقف» (٢).

فهذا ضرب من الاجتهاد الاستثنائي اقتضاه الظرف الاستثنائي؛ رفعا للضرر وجلبا للمصلحة فأجيز بيعه استحسانا مع أنّ القاعدة العامة خلافه.

٢-: أجاز الإمام مالك - رحمه الله - سجن المتهم المعروف بالإجرام، وهو ما يعرف حاضرا بالحبس الاحتياطي والإيقاف التحفظي:

فالأصل ألاّ يسجن المتهم إلاّ بالبيّنة الصحيحة، ولكنّ ثمة حالة أجاز فيها مالك - رحمه الله - سجن المتهم للتحقيق معه، وهي حال كونه معروفاً مشتهراً بالجرائم، بل يجوز ضربه إذا كان ثمة موجب لذلك، وإلاّ تعدّر استخلاص الأموال من بين أيدي السراق، إذ قد تتعدّر إقامة البيّنة.

قال ابن فرحون: «إذا كان المدعى عليه متّهماً ففي الموازية عن أشهب: يمتحن بالسجن والأدب، زاد ابن سهل: وامتحانه بقدر ما اتهم فيه، وعلى قدر حاله... لأنّ

() : (/) .

() : (/) .

سجنه صرف أذاه عن الناس، إذا كان معروفاً بذلك؛ لتكرره منه، مع إصراره على الإنكار وإتلاف أموال الناس - فيجب أن يقبض عليهم بالسجن...

وفي المدونة أن المتهم بالسرقة الموصوف بها؛ يُحلف ويهدد ويُسجن، وإن لم يكن متهماً ولا موصوفاً بها لم يتعرض له... وأما الذي لا يعرف حاله فلا يسجن حتى يسأل عنه، وإن سُجنَ فلا يُطالُ سجنه»^(٣٨٤).

فكان هذا الحكم استثناء من عموم قاعدة: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"^(٣٨٥)؛ إذ الالتزام بها في مثل هذه الأوضاع يُؤدّي إلى ضياع الحقوق؛ فكان هذا الاقتضاء المصلحيّ موجباً للاستثناء في هذا الظرف الاستثنائيّ، استحساناً.

بل هو استثناء من الأصل العام الذي يقضي بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وحرمة إيقاع الأذى والألم حتى تقام البينة على صدق الدعوى، لكن الاستثناء يستقيم ويتوجّه؛ إذا استدعته، مقتضيات مصلحة سوغت إيقاعه^(٣٨٦)، ولعلّه ذاته ما يعرف الآن بالحبس الاحتياطي أو الإيقاف التّحفظي ().

() : (/ -) .
 () : (/) : (/) : (/) :
 () : (/) : (/) : (/) :
 () : (/) :

المبحث الثاني:

الذرائع وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

إن مبحث الذرائع قد تعرّض له غير واحد من الباحثين؛ والبحث هنا سيرطقه لا على وجه التفصيل في آراء العلماء وحججهم ومناقشاتهم، وإنما أعرض لنقاط رأيتها مهمة للإبارة عن كيفية اعتباره خطة تشريعية تنتهض بالاجتهاد الاستثنائي.

بدءًا بإجلاء مفهومه، وتحرير محلّ النزاع فيه؛ مع بيان وجه الاستثناء في الذرائع، وأختم بشواهد الاستثناء وفق هذا المبدأ؛ من المشرّع نفسه، ثم من فقه الصحابة والأئمة المجتهدين؛ ليتقرّر كون الاستثناء رسمًا معهودًا في التشريع، ومنهجًا مطلوبًا في الاجتهاد، وفيما يأتي بيان مفصّل لذلك:

المطلب الأول: مفهوم الذرائع:

الفرع الأول: تعريف الذرائع لغة:

الذرائع جمع ذريعة وهي الوسيلة، والسبب إلى الشيء، والذريعة في أصل وضعها العربي معناها كمعنى الدريئة: وهي الناقة التي يستتر بها رامي الصيد، وذلك أن يمشي بجنبها فيرميه إذا أمكنه^(١). فنقلت من هذا المعنى إلى كل شيء كان وسيلة لشيء آخر؛ بجامع مُطلق التّوسل في كلّ؛ ثمّ صارت حقيقة عرفية^(٢).

() : (/) .

() : (/) .

الفرع الثاني: تعريف الذرائع في الاصطلاح:

قال القرافي: «إنَّ الذَّرِيعَةَ هي الوسيلة»^(٣٩٠)، وقد اتَّجَه أكثر العلماء إلى تفسيرها بسدِّ الذريعة اعتباراً بالمواضعة والاصطلاح، فالذريعة إذا أطلقت؛ ينصرف إلى الأذهان مباشرة سدُّها وحسمها إذ صارت تعني الوسيلة للممنوع، وفي هذا يقول الباجي: «ذهب مالك رحمه الله إلى المنع من الذرائع: وهي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويُتوصَّل بها إلى فعل المحظور»^(٣٩١). ولكن لا شكَّ أنَّ الذرائع أعمُّ؛ فمنها ما ينبغي حسمه ومنعه، وأخرى يتوجَّه فتحها وإباحتها، ولهذا نجد مصطلح السدِّ والفتح عند العلماء، يقول الإمام القرافي: «اعلم أنَّ الذَّرِيعَةَ كما يجب سدُّها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح، فإنَّ الذريعة هي الوسيلة فكما أنَّ وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة»^(٣٩٢).

المطلب الثاني: حجية سدِّ الذرائع:

لقد أطلق البعض الإجماع على القول بسدِّ الذرائع وآخرون أطلقوا الخلاف فيها، واستباقاً لشيءٍ من التقرير يمكن القول: إنَّ في كلا الإطلاقين نظراً؛ وسبيل اتضاح المسألة تحرير محل النزاع، ثم ذكر آراء العلماء بإيجازٍ في المسألة:

الفرع الأول: تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين العلماء في عدم سدِّ الوسائل التي تفضي إلى المفسدة نادراً، وعلى سدِّ ما كان إفضاؤه إليها قطعياً، وأمَّا ما كان إفضاؤه إلى المفسدة غالباً فهم متفقون على سدِّه في

(/):	(/):	()
:	(/):	(:):
(/):	(/):	(/):
(/):	(/):	()

الجملة وإن اختلفوا في بعض جزئياته، والخلاف واقع في ما أفضى إلى المفسدة على وجه الكثرة لا الغلبة^(٣٩٣).

قال القرافي: «وهي ثلاثة أقسام: منها ما أجمع الناس على سدّه، ومنها ما أجمعوا على عدم سدّه، ومنها ما اختلفوا فيه: ... والمختلف فيه^(٣٩٤)، كالنظر إلى المرأة؛ لأنه ذريعة للزنا، وكذلك الحديث معها، ومنها بيوع الآجال عند مالك رحمه الله، ويحكى عن المذهب المالكي اختصاصه بسد الذرائع وليس كذلك؛ بل منها ما أجمع عليه كما تقدّم^(٣٩٥).

الفرع الثاني: مذاهب العلماء في سدّ الذرائع:

سدّ الذرائع حجة في استنباط الأحكام الشرعية عند المالكية والحنابلة^(٣٩٦)، وأما الحنفية فيعملونه في تفرعاتهم، وكثيرا ما يسمّونه استحسانا، وإن لم يذكروه أصلا من أصولهم؛ لذا نقل عنهم أنهم لا يقولون به؛ قال ابن العربي: «قال علماءنا: الذرائع التي انفرد بها مالك، وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته، وخفّيت على الشافعي وأبي حنيفة مع تبجرهما في الشريعة^(٣٩٧).

لكنهم في التطبيق تلاقوا مع القائلين به كثيرا، فنجدهم يمنعون بيوع الآجال، وهي محور الخلاف في الذرائع^(٣٩٨).

(/) : (- /) : () :
(/) :
() :
(/) : (/) : () :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) :

يتدخل مبدأ اعتبار المآلات لإجراء الموازنة بين الأصل والمآل فإذا أفرزت عملية الموازنة المصلحية عن وجود مفسدة في المآل - وهو الفعل الممنوع المتذرع إليه -؛ ثم قويت مفسدة هذا المآل على ما يجلبه الأصل من مصلحة -؛ سدت الذريعة وحسنت مادة الفساد؛ إذ أن المتقرر في الشريعة أن دفع المفسدة الراجعة مقدّم على جلب المصلحة المرجوحة^(٤٠٣).

فكان مدرّك العدول عن الحكم الأصلي للوسيلة إلى حكم تبعي استثنائي؛ هو ترجيح مفسدة المآل على مصلحة الوسيلة؛ قال ابن عاشور: «فاعتبار الشريعة بسدّ الذرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل، فهذه هي الذريعة الواجب سدّها»^(٤٠٤).

فهي استثناءً ينقل الحكم من الحلّ إلى الحظر؛ لأنّ المصلحة التي كانت مناطاً للحلّ والإباحة قد انخرمت بها سببه المكلفون من إجراء الفعل على خلاف ما قصد إليه الشارع من مصلحة؛ فكان لزاماً - جريئاً مع معقولية هذه الشريعة - أن يتقلّ الحكم من الإباحة إلى غيرها؛ حفاظاً على مقصود الشارع أن يُحرّم.

ولابن القيم كلام جميل في هذا المعنى إذ يقول: «إذا حرّم الربُّ تعالى شيئاً وله طرقٌ ووسائلٌ تفضي إليه؛ فإنه يُحرّمها ويمنع منها؛ تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يُقرب جهاه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفس به!! وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كلّ الإباء بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك»^(٤٠٥).

وهذا ما فقهه من قبل إمام دار الهجرة العَلَمُ؛ مالك - رحمه الله -؛ فأعمل قاعدة سدّ الذرائع وحكّمها في معظم أبواب الفقه^(٤٠٦).

() : (/) :

(/) (/) :

(/) :

(/) :

(/) : « » :

المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق أصل سدّ الذرائع:

الفرع الأول: شواهد الاستثناء من الشرع نفسه:

١-: النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي:

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد»، قيل لابن عباس، ما قوله: "لا يبيع حاضر لباد"، قال: «لا يكون له سمسارا»^(٤٧).

فقد نبى النبي ﷺ عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، والعلماء وإن اختلفوا في صحة البيع إن وقع أو بطلانه، فهم متفقون على التأييم ديانة فإن فاعله أتى محظورا في شرعة الإسلام؛ حتى الحنفية الذين يقولون بالكراهة، قال ابن الهمام: «فهذه الكراهات كلها تحريمية، لا نعلم خلافا في الإثم»^(٤٨).

والحديث جاء بالنهي عن صورتين:

١-: تلقي الجلب والركبان: وهو اعتراض الجالين قبل نزولهم السوق والاشتراء

منهم، مما يفضي إلى تحكّم في الأسعار واحتكار للسلع:

وللماكينة في ذلك تفقّه بديع؛ فمذهب مالك - رحمه الله - في من تلقى الجلب والركبان أن يخير تجار ذاك السوق ممن يتجرّون في السلعة المشتراة بأن يشتركوا معه، بنفس ثمن الشراء؛ معاملة له بنقيض قصده، ومنعاً لاحتكاره، ووقفا دون تحكّمه في الأسعار؛ كل ذلك رعيّاً للمصلحة العامة، ومنعاً للإضرار بأهل السوق.

() : " "

(/) : " " (/) :

(/) :

قال ابن عبد البر: «وجملة قول مالك في ذلك أنه لا يجوز أن يشتري أحد من الجلب والسلع الهابطة إلى الأسواق شيئاً، حتى تصل السلعة إلى سوقها... وعن ابن القاسم أن السلعة إذا تلقاها متلق واشتراها قبل أن يهبط بها إلى سوقها؛ فإنها تعرض على الذين يتجرون في السوق بها، فيشتركون فيها بذلك الثمن، لا زيادة إن شاءوا، فإن لم يكن لتلك السلعة سوقٌ، عُرِضَتْ على الناس في المصر فيشتركون فيها إن أحبوا، فإن نقصت عن ذلك الثمن؛ لزم المشتري المتلقي لها»^(٤٠٩).

٢- بيع حاضر لبادٍ: وصورته أن يجيء البلد غريباً بسلعته يريد بيعها بسعر الوقت في الحال؛ فيأتيه بلديٌّ فيقول له: "ضعه عندي لأبيعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر" ... وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب؛ فألحق به من يشاركه في عدم معرفة السعر الحاضر، وإضرار أهل البلد بالإشارة عليه، وهذا تفسير الشافعية والحنابلة ... وزاد بعض الشافعية عموم الحاجة^(٤١٠).

فلو ترك الجالبُ يبيع بمعرفته لأرخص في السعر، وكان ذلك رفقاُ بعامّة الناس؛ مع أن البائع سيحصل نفعاً لا محالة؛ لذلك جاء في رواية جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد؛ دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(٤١١).

ففي الحكمين نظرٌ للظرف الاستثنائي الذي استتبع حكماً على خلاف الأصل، بيانه:

١-: في النهي عن تلقي السلع أو تلقي الركبان: نهى النبي ﷺ التجار أن يخرجوا إلى أطراف المدينة، ليتلقوا السلع الوافدة من القرى أو البادية، قبل هبوطها الأسواق، مع أن الأصل إباحة البيع والشراء، لكن في هذا الظرف الاستثنائي من كون القادم غير عارف

() - (/) : .
 () (/) : .
 () : (/) :
 : »
 (/) : «

بالسعر، واستحوذهم عليها قد يؤدي إلى احتكارهم لها وتحكمهم في ثمنها؛ فافتضى حكماً استثنائياً من أصل الإباحة مفاده حرمة الاشتراء منهم، في هذا الظرف؛ دفعا لمفسدة الاحتكار والتحكّم في الأسعار، ورعياً للمصلحة العامة ورفقا بأهل السوق^(١٧).

٢-: وفي النهي عن بيع الحاضر للبادي؛ يتقاضى عمولة نظير بيعه للسلعة بمعرفته بالأسعار، وهذه وكالة، والوكالة مباحة، ولكنها تؤول إلى الضرر العام ههنا؛ فمنعت، والمباح مُقيّد بعدم الإضرار بالعامّة؛ يقول ابن القيم: «ولكن نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد؛ أي أن يكون له سمسارا، وقال: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكّل للبادي الجالب للسلعة؛ لأنه إذا توكّل له مع خبرته بحاجة الناس؛ أغلى الثمن على المشتري، فنهاء عن التوكّل له مع أن جنس الوكالة مباح؛ لما في ذلك من زيادة السعر على الناس»^(١٨)؛ إذ في إباحة هذا النوع من البيع ضررٌ على أهل المدينة في إغلاء السعر، فلو ترك القروي أو البدوي يهبط الأسواق ويبيع بمعرفته؛ لتساهل في الأثمان؛ وفي ذلك رفق بعامّة الناس.

وهو من باب منع المباح الذي يؤدي إلى الممنوع رعيًا لجهة التعاون؛ وفيه قال الشاطبي: «وهو أن يكون من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة، كالمنع من تلقي الركبان فإن منعه في الأصل ممنوع؛ إذ هو من باب منع الارتفاق، وأصله ضروري أو حاجي لأجل أهل السوق، ومنع بيع الحاضر للبادي؛ لأنه في الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق لأهل الحضر... فإن جهة التعاون هنا أقوى»^(١٩).

() - ()

() (/) :

() (/) :

والجميل في التشريع الإلهي البديع؛ أن لم يُلغِ هذه المصلحة الفردية لما أدت إلى ضرر عام، فالمصلحة العامة تُقدّم في الاعتبار، وغاية الأمر أن يترك التعامل بين البائع وأهل السوق يسير تلقائياً، يبيع البادي بمعرفته، ولا شك أنه سيبيع بربح يرضاه.

والواقع أن ما سبق؛ تطبيق لمبدأ سدّ الذريعة الذي يُلتفت فيها إلى مآل الفعل؛ فيُعتبر في الحكم، ويُكيّف الفعل بحسب ما يفضي إليه مآله^(٤١٥).

وكلاهما استثناء من مبدأ حرية التجارة رعايةً لجهة التعاون، وهي المصلحة العامة، "والمصلحة العامة مقدّمة على المصلحة الخاصة"^(٤١٦)، وهي من موجّهات الاجتهاد الاستثنائي كما سيأتي.

٢- ترك قتل مردة المنافقين في عهد النبي ﷺ:

ينبؤنا بذلك؛ قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه لما قال: «ألا نقتل يا رسول الله هذا الخبيث؟» فقال النبي ﷺ: «دعه؛ لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»^(٤١٧).

فقتل مردة المنافقين مصلحة للمسلمين، وتطهيراً لصفوف الموحّدين من عناصر التخذيل والتشكيك الدسيسة؛ بيد أن في قتلهم مفسدة أربى من تلك المصلحة؛ خشية نفور الناس من الإسلام، وامتناعهم عن اعتناقه؛ فمن هنا امتنع النبي ﷺ عن قتلهم، سداً لهذه الذريعة؛ قال ابن عاشور في معرض الحديث عن قوله ﷺ: ﴿يا أيها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغظ عليهم﴾ (التوبة: ٧٣): «وهذه الآية إيذان للمنافقين بأن النفاق يوجب جهادهم قطعاً... وإنما كان النبي ﷺ ممسكاً عن قتلهم؛ سداً لذرعية دخول الشك في الأمان على الداخلين في الإسلام... لأن العامة والغائبين عن المدينة لا يبلغون بعلمهم إلى معرفة

() (/ -) :

() (/) :

() " " :

(/) .

حقائق الأمور الجارية بالمدينة، فيستطيع دعاة الفتنة أن يشوهوا الأعمال النافعة بما فيها من صورةٍ بشيعةٍ عند من لا يعلم الحقيقة»^(١٠).

فقد عدل عن الاقتضاء الأصلي إلى حكمٍ تبعيٍّ استثنائيٍّ؛ سدًا لذريعة المفسدة، المتوقعة في ذاك الظرف الخاص؛ فلما عاد الظرف الاعتيادي عاد الحكم الأصلي يعمل عمله.

الفرع الثاني: شواهد الاستثناء من فقه الصحابة والأئمة المجتهدين:

١:- منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه لبعض المباحات وتقييده لبعض للحريات العامة، لما رأى مصلحة الأمة تقتضي ذلك، باعتباره رئيساً للدولة، ناظراً في إيالتها، فهي من باب السياسة الشرعية، وذلك تقييداً للمصلحة الخاصة مراعاةً للمصلحة العامة، وهذا ما أسماه الشاطبي بجهة التعاون؛ إذ هي معتبرة وملحوظة في كل حقٍ فرديٍّ، أو حرية عامة^(١١).

والتقييد نوع استثناء من الحل العام، إذ قد تغير مناط الحل بكون الفعل صار في ظرف معين ذريعة إلى مآل ممنوع، فمُنِع المباح سدًا لهذه الذريعة، ومن ذلك أنه رضي الله عنه منع التزوج بالكتابات إبان فتح فارس، استثناءً من إباحة الزواج منهنَّ المقررة في التشريع باعتبار اقتضاءها الأصلي.

وقد سبق ذكر المفسد والأضرار التي استتبعها هذا الزواج؛ كمواقعة العواهرِ منهنَّ، مع خشية تتابع المسلمين على زواجهن رغبة في جمالهنَّ، فتكثر المسلمات العوانس، أو خشيةً على نوابه من خداع الكتابيات؛ وكلُّ هذا إضرار بالصالح العام؛ ولم يشع الزواج بالكتابات ليستتبع كلُّ هذه المفسد-: لذلك رأى عمر رضي الله عنه منعه سدًا لها تيك الذرائع

()

: : (/) : (/) : (/) : (/) : (/) : (/)

الممنوعة، التي لا يقرُّها الشَّرع بحال من الأحوال؛ قال شلبي: «إنَّ شرعيَّة هذا النكاح؛ ليست مقصودةً لذاتها، بل شرعت لمصالح خاصَّة؛ فإذا وجدنا العمل بها يلحق بالمسلمين الضرر منعناه»^(٤٢٠).

فالمبغى في تكاليف الشريعة أن تكون وفقاً لما اختطه الشرع لها، تشريعاً وتطبيقاً، محققة لمقاصدها في الواقع وإمَّا لا فهي مناقضة للشريعة نفسها؛ وفي ذلك يقول الشاطبي: «كُلُّ مَنْ ابْتغَى فِي تَكاليفِ الشَّرِيعَةِ غَيْرَ مَا شَرَعَتْ لَهُ؛ فَقَدْ نَاقَضَ الشَّرِيعَةَ، وَكُلُّ مَنْ نَاقَضَهَا؛ فَعَمَلُهُ فِي الْمُنَاقِضَةِ بَاطِلٌ، فَمَنْ ابْتغَى فِي التَّكاليفِ مَا لَمْ تَشْرَعْ لَهُ فَعَمَلُهُ بَاطِلٌ»^(٤٢١).

٢-: التسعيرُ الجبريُّ:

امتنع النبي ﷺ من التسعير ووصفه بالظلم، لما طلب منه أن يسعّر؛ فعن أنس رضي الله عنه، قال: «قال النَّاسُ: يا رسولَ الله غلا السعر؛ فسعّر لنا». فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعّر، القابض الباسط الرزاق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال»^(٤٢٢).

لكن هذا الحكم في الحالة الاعتيادية من سريان التجارة على الوضع الاعتيادي دون وجود ظلم أو تعدي أو استغلال من التجار، لكن لما ضَعُفَ الوازعُ وَقَلَّ الدِّينُ، وطمع التجارُ في أموال المحتاجين إلى سلعهم، وصار امتلاكهم للسلع مع حاجة الناس إليها؛

() (/) :

() (/) :

() " " :

» : : " " (/) : «

(/) .

ذريعةً لأن يستغلوا تلك الحاجة ويغالوا في السلع-: فرأى بعض العلماء منهم سعيد بن المسيّب، وربيعه الرأي، ويحيى بن سعيد الأنصاريّ جواز التسعير الجبريّ () .

ورأوا أنّ النهي متعلّق بالظروف الاعتياديّة؛ أما وأنّ التُّجارَ قد تعدّوا وغالوا في الثمن؛ فإنّ الحاكمَ يسعّر عليهم، ويلتزمونه وجوباً؛ فهذا مناطٌ استثنائيٌّ جديدٌ استوجب حكماً استثنائيّاً جديداً.

يقول ابن القيم مبيّناً مناط التسعير العادل والظالم: «وأما التسعير: فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حقّ على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم-: فهو حرام.

وإذا تضمن العدل بين الناس: مثل إكراههم على من يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل؛ فهو جائز بل واجب... وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلاّ بزيادة على القيمة المعروف؛ فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل... فالتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به»^(٤٢٤)، وعقب عليه الدرينيّ قائلاً: «فهو إذن تشريعٌ استثنائيٌّ اقتضته الضرورة» () .

فأجاز المجتهدون التسعير الجبريّ للمبيعات استثناءً من الاقتضاء الأصليّ كمبدأ الحرية العامة في التعاقد، ومبدأ الرضاية، في حالة تعديّ التُّجار، وتغاليهم في الأسعار؛ رفعا للظلم عن العامة، وسدّاً لتلك الأضرار والمفاسد.

المطلب الخامس: فتح الذرائع، ووجه الاستثناء فيها:

() : (/) :
 (/) : (/) :
 () : (/) :
 « (/) :
 () : (/) :

مما لا يخفى أن الأفعال والتصرفات؛ منها المقاصد؛ وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ومنها الوسائل: وهي الطرق المفضية إلى المقاصد، وشرف الوسيلة بشرف مقصدها؛ وحكمها حكم ما أفضت إليه؛ من تحريم وتحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل^(٤٢٦).

قال ابن القيم: «لوسائل حكم المقاصد؛ لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها-: فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها؛ بحسب إفضائها إلى غايتها»^(٤٢٧).

وصرح القرافي بفتح ذريعة المطلوب كما تُسد ذريعة الممنوع؛ فقال: «اعلم أن الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح»^(٤٢٨).

ومعنى فتح الذرائع: أن ما يفضي إلى المطلوب يصبح مطلوباً؛ ولو كان في الأصل محظوراً، بيد أنه ليس كل ما يظن إفضاؤه إلى المطلوب يصبح مطلوب الفتح؛ وإنما المراد أن ما توقف تحقيق المطلوب شرعاً على تحصيله، ولم يمكن تحقيقه إلا بذلك الوجه:- يصير مطلوب الفتح ومشروعاً، ولو كان في الأصل محظوراً؛ إذ لا يتم المطلوب إلا به، مع كون مصلحة المطلوب أرجح وأربى من مفسدة الفعل الممنوع^(٤٢٩).

() (/) : (/) :

() (/) :

() (/) :

() (/) : (/) : . / () :

(/) :

ومن ثمّة؛ فإنّ الوسائل كما يجب سدّها؛ حسماً لمادّة الفساد ساعة رجحان مفسدة المآل على مصلحة الأصل:- كذلك يجب فتحها -مباحة كانت أو ممنوعة-، بشرط رجحان مصلحة المآل على مفسدة الأصل، ومرتبها في الطّلب رتبة المقصد.

وعلى هذا؛ فالوسائل لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الإذن والمنع؛ بل تأخذ حكم ما أفضت إليه، ولو كان تكييفها الشرعيّ في الأصل غير ذلك؛ فالمحظور إذا أدّى إلى مصلحة مؤكّدة هي أربى من مفسدته والصّرر الناشئ عنه في الأصل:- صار ذاك المحظور في مرتبة المآزون فيه؛ لتحقيق مصلحة المقصد الرّاجحة.

فهذا ضرب من الاجتهاد الاستثنائيّ مدركه رجحان مصلحة المقصد على مفسدة الوسيلة، فيقتضي التكييف الجديد للوسيلة أن يتعلّق بها الطّلب حسب رتبة مقصدها؛ جرياً على سنن التشريع، ودفعاً لمناقضة الشّارع^(٤٣٠).

المطلب السادس: شواهد الاستثناء وفق فتح الدّرائع:

١-: النظر إلى المخطوبة:

إن الأصل الواجب غُضُّ البصر، والامتناع عن النظر إلى الأجنبية؛ قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ...﴾ (النور: ٣٠).

لكن ثمّة وضع استثنائيّ وهو حال الخطبة؛ استوجب حكماً استثنائياً نظراً إلى المصلحة المرجوة من ذلك، وتلمساً لتحقيق مقصد الشّرع؛ فقد جاء في حديث المغيرة بن شعبة: أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ: «انظر إليها؛ فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٤٣١).

(/) :

» :

» : (/) :

» : « - - » :

» :

(/) :

فكان النظر إلى المخطوبة مطلوباً؛ لما فيه من تحقيق مقاصد الشَّرع في استدامة النكاح، وبنائه على أسس سليمة من الألفة والموَدَّة والرضاء^(٤٣٢)، وفي هذه الحال ترجَّحت مصلحة النظر وربت على مفسدة الأصل؛ فأبيح هذا الفعل وهو ممنوع في الأصل، وفتحت الذريعة، ولم يُلْتَفِتْ إلى المفسدة؛ نظراً لرجحان مصلحة المقصد عليها، في هذا الظرف خاصَّة.

* نظير ذلك النَّظَرُ إلى المشهود عليها، يصيرُ مطلوباً مع أنَّه في الأصل ممنوعٌ؛ كما يُتَحَقَّقُ مِنْ أَنَّهَا هي؛ إذ قد يفضي ترك النظر إليها إلى إضاعة حقوق، وعدوان وظلم؛ لم يجيء الشَّرع به؛ بل أتى بخلافه: - فأبيح النَّظَرُ لما يُرَجَى فيه من مصلحة تريبو على مفسدة الأصل.

* وكذلك النظر إلى مَنْ يتعامل معها في البيع والشراء؛ مباح جائز^(٤٣٣).

فهذا المشرَّع نفسه يفتح الذريعة لما كانت تؤول إلى تحقيق مقصد عظيمٍ معتبر في التشريع، فواجبٌ على المجتهد أن ينحو نحوه ويتبع الرِّسْمَ التشريعيَّ البديع الذي اختطه المشرَّع ذاته؛ حتَّى يبقى منطق الشَّرع متسقاً في استجلاب المصالح والخير، ودرء المفاسد والشُرور، ويتعد عن التهافت والاختلاف، حاشاه وتعالى عن ذلك علواً كبيراً!!

ومن ثمَّ؛ قرَّر ابن القيم هذا المعنى؛ فقال: «... فالشريعة جاءت بإباحة هذا القسم أو استحبابه أو إيجابه، بحسب درجاته في المصلحة»^(٤٣٤).

٢- البدء بالعشاء قبل العشاء إذا حضرا جميعاً:

عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِذَا وُضِعَ الْعِشَاءُ وَأُقِيمَتِ الصَّلَاةُ؛ فَابْدُؤُوا بِالْعِشَاءِ»^(٤٣٥).

() (/) :

() - :- »

() « (/) :

() (- /) :

فحينما يدخل وقت الصلّاة؛ فإنّ المبادرة إلى أدائها مطلوب الشّرْع، وتأخيرها منهيّ عنه - وإن كان من باب الكراهة، إذا فات أوّل الوقت فقط - بل إنّ بعض الروايات فيها أنّ الحديث ورد في صلاة المغرب^(٤٣٧)، ومعلوم ضيق وقتها بل عند بعض أهل العلم وقتها ضيقٌ جدًّا؛ بقدر أدائها مع تحصيل شروطها^(٤٣٧).

وعلى كلّ؛ فهذا المنهيّ عنه؛ صارَ مطلوبًا في ظرفٍ استثنائيّ استتبع حكمًا استثنائيًّا؛ يأمر به حال كونه مفضيًّا إلى مصلحةٍ أكيدةٍ معتبرةٍ في الشّرْع؛ من إكمال الصلّاة على حقيقتها، وإتمام أقوالها وأفعالها من خشوعٍ وطمأنينةٍ؛ ولولا تأخيرها لما تأتى ذلك؛ إذ من شغل باله بالأكل وبه حاجةٍ إليه، ومن تعلق قلبه بطعامٍ يُرجّيه، وهو يراه بانتظاره؛ يبعد أن يُحافظ على حضور القلب في الصلّاة، ويصعب عليه إدامة الخشوع فيها، فأباح له الشّارع تأخير الصلّاة والبداءة بالطعام، حتّى يغدو فؤاده فارغًا إذا أقبل على الصلّاة، فتمّ أفعالها وأقوالها بخشوع وطمأنينةٍ.

قال ابن عبد البرّ: «هذا - والله أعلم - لما يخشى على من كانت هذه حاله من شغل باله بالأكل ويدخل عليه في صلاته السهو وما يشغله عن الخشوع والذكر»^(٤٣٨).

وأجاد بعض من العلماء إذ خصّوا الطّلب هاهنا بمن وجد في نفسه تعلقًا بالأكل، وكانت به إليه حاجة، ومن لم يكن كذلك لا يُطلب بهذا الطّلب؛ وإنّما يبقى حكمه على الأصل فيتوجّه إليه طلبُ تقديم الصلّاة لأوّل وقتها، وينقل ابن حجر قولهم قائلًا: «فمنهم

() : " " :
 (/) : " " :
 (/) :
 () : (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :

من قيده بمن كان محتاجا إلى الأكل وهو المشهور عند الشافعية...-ثم ذكر قولاً فصل أكثر- قالوا يبدأ بالصلاة إن لم يكن متعلق النفس بالأكل، أو كان متعلقاً به لكن لا يعجله عن صلاته، فإن كان يعجله عن صلاته بدأ بالطعام^(٤٣٩)؛ وجاء مصداق ذلك عند السندي: «وقيدوه بما إذا تعلق به نفسه وله حاجة إليه، وإلا يُقدّم الصلاة»^(٤٤٠)؛ وهو تفقّه جيّد منهم.

من أجل ذلك؛ رأى جلة من أهل العلم تعميم الحكم على كل من كانت هذه حاله، ولو في الغذاء ومع صلاة أخرى؛ قال الفاكهاني: «ينبغي حمله على العموم نظراً إلى العلة؛ وهي التشويش المفضي إلى ترك الخشوع، وذكر المغرب لا يقتضي حصراً فيها؛ لأن الجائع غير الصائم قد يكون أشوق إلى الأكل من الصائم»^(٤٤١).

فأعملوا المعنى والعلة، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فكل من حضرته صلاة وطعام، وكان في حالة جوع، وتعلق قلبه بالطعام؛ فإنه يبدأ بالطعام قبل الصلاة؛ طلباً إلى أداء الصلاة على وجهها الأكمل من تمام الخشوع وحضور القلب، وهذا استثناء من الأصل الذي هو الترغيب في أداء الصلاة لأول وقتها.

٣-: مشروعية الكذب للمصلحة في بعض المواضع:

الكذب من أشد الذنوب والآثام، ومما لا يليق بالمسلم الا تصاف به، لكن هذا الأخير قد ينقلب مطلوباً؛ طلب ندى تارة، وطلب وجوب أخرى، في أحوال استثنائية تقتضي المصلحة والعدل ذلك الحكم الاستثنائي؛ قال العز: «الكذب مفسدة محرمة، إلا أن يكون فيه جلب مصلحة أو دزر مفسدة؛ فيجوز تارة ويحجب أخرى»^(٤٤٢).

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) : »

() : (/) : «

() : (/) .

وجاءت مشروعية ذلك على لسان النبي ﷺ فعن أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط، أنها سمعت رسول الله ﷺ وهو يقول: «لَيْسَ الكَذَابُ الَّذِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ، وَيَقُولُ خَيْرًا، وَيُنْمِي خَيْرًا»، قالت: «وَلَمْ أَسْمَعْهُ يُرَخِّصُ فِي شَيْءٍ مِمَّا يَقُولُ النَّاسُ كَذِبًا إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: الحَرْبُ وَالْإِصْلَاحُ بَيْنَ النَّاسِ وَحَدِيثُ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ، وَحَدِيثُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا»^(٤٤٣).

فهذه مواضع يجوز الكذب فيها؛ بل قال النووي: «قال القاضي: لا خلاف في جواز الكذب في هذه الصور»^(٤٤٤)، وإنما جاز الكذب هاهنا على خلاف الأصل؛ لما يرجى من مصالح وخيور وراء فتح هذه الذريعة، هي أربى من مفسدة الكذب في تلكم المواضع الاستثنائية.

* فالصدق في الحرب مفضّل إلى كشف أسرار الجيش، وانفضاح خطط الحرب إلى من لا يؤمن عليه عدم الكتمان، وليس هذا شأن العارفين بالحرب، فهذه الاعتبارات قد تكون سبباً مفضلاً إلى الهزيمة؛ لذلك روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «الحربُ خَدَعَةٌ»^(٤٤٥)، فهذه السبيل لا معدلة عنها في الحروب لمن ابتغى النصر وارتجى الظفر.

* والقضاء على العداوة والبغضاء بين الإخوان من أعظم المقاصد الشرعية؛ وانفصام عرى الأخوة من أكبر المفاسد والشرور، وليس سهلاً القضاء على العداوة المستحكمة بين الإخوان؛ مما يجعل الساعي لإصلاح ذات البين مضطراً إلى إظهار كل طرف في صورة الراغب في الإصلاح؛ ما يلجئه إلى تزييد في وصف هذه الرغبة؛ بقول ما لم يقل ولم يحصل؛ كما يعاود غرس الود في قلوب المتخاصمين؛ فهذا لا جناح عليه ولا حرج في الكذب بنص

() : " " :
 (/) .
 () : (/) .
 () : (/) :
 () : (/) :

الحديث، وليس هذا بكاذب فقد قال العيني: «ليس الكاذبُ الذي يُصلِح بين النَّاس؛ لأنَّ فيه دفعَ المفسدة وقمعَ الشُّرور»^(٤٤٦).

* وإصلاحُ الأُسْرِ وإدَامَةُ العشرة الطَّيِّبة في الحياة الزوجيَّة من المصالح المطلوبة بالجلب في الشريعة الإسلاميَّة، لكنَّ هذه الأخيرة تعترضها عقبات قد تُذهِب رِيحَهَا، وتعصفُ بها؛ نظراً لنشاط وسائس وشكوكٍ عند أحد الطرفين، أو كثرة المطالب التي يلحُّ أحدُ الطرفين في ابتغائها؛ وهذه مفسدة عظيمة لا توزن بمفسدة كذبةٍ تتغيّاً إقامة صرح هذه الأسرة، وإدَامَةُ سعادتها وراحتهَا؛ وكما قال ابن عبد البر: «إذا كان للرجل أن يكذب في الإصلاح بين اثنين؛ فإصلاحه بينه وبين امرأته أولى بذلك، ما لم يقصد بذلك ظمًا، وكذلك غير امرأته من صديق قد آخاه في الله، يخشى فساده»^(٤٤٧).

فهذه مواضعٌ جاز فيها الكذب استثناءً من أصل الحرمة بترخيص الشارع نفسه؛ نظراً لما يُستجلب من مصالح جرّاء إباحته هي أرجح من مفسدته، قال العزّ: «الكذبُ مفسدةٌ محرّمةٌ إلاّ أن يكون فيه جلب مصلحةٍ أو درءٌ مفسدةٍ؛ فيجوز ثامرةً ويجب أخري، وله أمثلة: أحدها: أن يكذب لزوجته لإصلاحها وحسن عشرتها؛ فيجوز؛ لأنَّ قبْح الكذب الذي لا يضرُّ ولا ينفع يسير؛ فإذا تضمَّن مصلحةً تربو على قبْحه؛ أبيع الإقدام عليه تحصيلاً لتلك المصلحة. وكذلك الكذب للإصلاح بين الناس؛ وهو أولى بالجواز لعموم مصلحته»^(٤٤٨).

هذا؛ ومن عجب أن العلماء أوجبوا الكذب في بعض الظروف الاستثنائية!!، كالحال عندما يقصدك ظالمٌ يريد قتل شخصٍ أنت على علمٍ بمكان اختفائه؛ فحرامُّ الصدق ههنا؛ ويتعيَّن الكذب وعدم الإخبار بمكانه؛ قال النووي: «ولا خلاف أنه لو قصد ظالم قتل رجلٍ هو

() : (/) .

() : (/) : (/) .

() : (/) .

عنده مختفٍ؛ وجب عليه الكذب في أنه لا يعلم أين هو^(٤٩)، وقال العزُّ - في معرض التمثيل للكذب المشروع-: «الثاني: أن يختبئ عنده معصوم من ظالم يريد قطع يده، فيسأله عنه، فيقول: "ما رأيته"؛ فهذا الكذب أفضل من الصدق؛ لوجوبه من جهة أن مصلحة حفظ العضو أعظم من مصلحة الصدق الذي لا يضرُّ ولا ينفع، فما الظنُّ بالصدق الضار؟ وأولى من ذلك إذا اختبأ عنده معصوم ممن يريد قتله. الثالث: أن يسأل الظالم القاصدُ لِأخذ الوديعة من المستودع عن الوديعة؛ فيجب عليه أن ينكرها؛ لأنَّ حفظَ الودائع واجبٌ وإنكارها ههنا حفظ لها؛ ولو أخبره بها؛ لضمنها، وإنكارها إحسان»^(٥٠).

وهذا غايةٌ في الفقه المصلحي؛ الذي تفقَّأت عنه قريحة متَّقدة؛ فغدا بالصدق ضامناً للوديعة؛ فله دُرُّه من فقه ما أبدعه!!.

٤- التَّوسُّلُ إلى فداء الأَسارى بِدفع المال للحريين:

فدفعُ المال إليهم حرامٌ؛ لأنَّ فيه تقويةً لهم على المسلمين، وهذا محرَّم لا شكَّ في حرمة؛ غير أنَّ هذه الوسيلة المحرَّمة في الأصل ارتفع عنها وَصْفُ الحرمة؛ وعُدِلَ بها عن الأصلِ وفق الاجتهاد الاستثنائي؛ فأبيحت استثناءً لما أفضت إلى مصلحة راجحة، ودفع ضررٍ أكبر؛ وهو افتكالك المسلمين من الأسر، ودفع الرِّقِّ عنهم^(٥١)، قال الشَّاطِبيُّ: «ومن ذلك... إعطاء المال للمحاربين وللكفَّار في فداء الأَسارى... كل ذلك انتفاعٌ أو دفعُ ضرر بتمكين من المعصية»^(٥٢).

وعلى هذا؛ فالمثلُّ السابقة وغيرها؛ تنبئُ قارئها بهديٍ مُتَّبِعٍ في الشريعة الغراء؛ وهو صدور أحكامها تبعاً لما تستجلبه من مصالح وخيورٍ، وما تدرؤه من مضارٍّ وشرورٍ، وإذا ما اجتمعت المصالح والمفاسد؛ فأضحى الفعل الواحدُ يعتوره جانبان؛ المصلحة تستوجب

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) : (/) .

() : (/) : (/) .

طلبه من جهة؛ والمفسدة تُؤذِن بحظره من أخرى: - فإننا نرجح الرأية منهما؛ ويكون الحكم تبعاً لها؛ وهذا رسمٌ يلحظه الناظر في أحكام المشرع نفسه، فيتوجب على المجتهد البصير بوضع الشريعة أن ينهج هذا السبيل في اجتهاداته، ويصدر عنه في آرائه.

المبحث الثالث:

الرخص وصلتها بالاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

تقدم في الفصل الثاني الحديث عن مفهوم الرخصة ومشروعيتها، ولست قاصداً لتكرار ذلك؛ ولكنني أوردُ ههنا بحثاً في الرخصة هو بلب الموضوع لصيق، واصل لها بالاجتهاد الاستثنائي بحبل وثيق، وهو مبحث القياس على الرخص، الذي يعدُّ من أبرز تجليات الرخصة في الاجتهاد الاستثنائي، وبه تنتظم خطة إجرائية تنتهض بالاستثناء في الاجتهاد، فيوسع نطاق الاستثناء بانتهاج نهج الرخص، قياساً عليها، وهذا مضمون المطلب الآتي، وسأبحثه بشيء من التفصيل دون تطويل، وبعده أبين وجه الاستثناء في القياس على الرخص، ووجه اعتباره خطة تشريعية للاجتهاد الاستثنائي، ثم أختتم بأمثال من القياس على الرخص مع بيان وجه الاستثناء فيها:

المطلب الأول: القياس على الرخص

الفرع الأول: آراء العلماء في المسألة:

اختلف العلماء في جريان القياس على الرخص، أهو سائغٌ فيلتحق بها غيرها من الصور التي تحققت فيها علة شرعية الرخصة؟ أم يمتنع إجراؤه عليها؛ أن كانت بطبيعتها خاصة لا تتعدى محالها؛ لكونها معدولاً بها عن الأصل وسنن القياس؛ فليس غيرها عليها ينقاس؟؟.

ولأهل العلم فيها مذاهبٌ لا يكادُ كتابٌ أصولٍ يخلو من ذكر بعضها، وإن كان في نقلها اضطرابٌ كبيرٌ، وسأحاولُ نقلها على وجه القصد، بين القصرِ والبسطِ، على ما يعزوه أكثرُ الباحثين لهذه المسألة - وهو ظاهر النقل من كتب الأئمة - غيرَ أني أعقبُ هذه الآراءَ بما أستلوحه من حقيقة هذا النقل؛ بما يدرأ هذا الاضطراب والتناقض - والله أعلم -:

المذهب الأول: لا يسوغُ القياسُ على الرُّخص.

وهو مشهور مذهب الحنفية^(٤٥٣)، وأحد القولين عند مالك، واختاره بعض المالكية كابن العربي وابن جزري^(٤٥٤)، وعزاه الزركشي للشافعي^(٤٥٥)، وهو أحد القولين عن أحمد - رحمه الله على الجميع -^(٤٥٦).

المذهب الثاني: يجوز القياس على الرخص: وهو أحد القولين عن الإمام مالك^(٤٥٧)، وجزم ابنُ عاشور أنه المذهب؛ فقال: «القياس على الرخص هو صريحُ مذهب مالك - رحمه الله -... وشرطه تحقق وجودِ سبب الرخصة»^(٤٥٨)، وعزاه الرَّازي وغيره للشافعي وهو ظاهر

(/):	(/):	()
(/):	(/):	()
(/):	(/):	()
(/):	(/):	(/)
(/):	(/):	()
(/):	(/):	()
(/):	(/):	(/)
(/):	(/):	()

كلام الجويني وابن السمعاني، وهو مذهب الشافعية^(٤٥٩)، وهو أحد القولين عن أحمد-رحمة الله على الجميع-^(٤٦٠).

المذهب الثالث: التفصيل: فما كان من الرخص علة منصوصاً عليها يقاس عليه، وما كان اجتهادياً مستنبطاً فلا، عزاه الزركشي لبعض المالكية، ونسبه البخاري للكرخي^(٤٦١).

الفرع الثاني: ملخص أدلة المذهبين:

لست أقصد هنا إلى تفصيل الأدلة والردود، وإنما أعرض أهمها وما أراه متوجّهاً منها:

أولاً: أدلة المانعين:

١-: الرخص معدول بها عن الأصل والقياس، وقد شهد لهذا القياس دليل الأصل، والرخصة هي مخالفة لهذا الدليل؛ ضرورة العدول بها عن الأصل؛ والقياس عليها تكثير لمخالفة الدليل-: فلم يصح ذلك؛ قال القرافي: «حجة المنع؛ أن الرخص مخالفة للدليل؛ فالقول بالقياس عليها يؤدي إلى كثرة مخالفة الدليل؛ فوجب ألا يجوز»^(٤٦٢).

٢-: ليس يمكن توافر شرائط القياس في الرخص، لأن العقل لا يدرك المعنى فيها، ثم حصول التساوي بين الفرع والأصل غير واقع^(٤٦٣).

٣-: الرخص منحة وعطية وينبغي أن تشمل بها ما يريده مانحها ومعطيها دون أن نجتهد في تعديلها لغير ما أراد؛ قال الجويني: «وأما الرخص فقد قالوا فيها: إنها منح من الله

(/) (/) : (/) : (/)

(/) :

(/) : (/) : (/) : (/) :

(/) : (/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

تعالى وعطايا، فلا نتعدى بها مواضعها؛ فإنَّ في قياس غير المنصوص على المنصوص في الأحكام الاحتكام على المعطي في غير محل إرادته»^(٤٦٤).

ثانياً: أدلة المجيزين، وردودهم:

١-: عموم الأدلة المثبتة لحجية القياس حيث إنها لم تفرق بين الأحكام، فمتى استكملت شرائط القياس وانتفت موانعه أجري القياس؛ وأحكام الرخص داخلة في هذا العموم^(٤٦٥)، وقد قال ابن تيمية -في معرض حديثه عن تخصيص العلة ونقضها وهو الاستثناء من الأصل ويدخل فيه الاستحسان والرخص-: « فهذه إذا انتقضت لفرق مؤثر يُفرق فيه بين صورة النقص وغيرها من الصور؛ لم تفسد^(٤٦٦)، ثم إذا كانت صورة الفرع التي هي صورة النزاع في معنى صورة النقص ألحقت بها، وإن كانت في معنى صورة الأصل ألحقت بها^(٤٦٧)، فهو يصرح بأنَّه إذا وُجد مستجد في معنى الصورة المستثناة ألحق بها، كما يلحق ما كان في معنى الأصل بحكمه.

٢-: وفي القياس عليها اتباع لمراد الشرع، وتكثير لموافقة الدليل، لا العكس -كما زعم المانعون-، قال القرافي: « حجة الجواز: أنَّ الدليل إنما يخالفه صاحبُ الشرع لمصلحة تزيد على مصلحة ذلك الدليل؛ عملاً بالاستقراء، وتقديم الأرجح هو شأن صاحب الشرع وهو

() : (/) .

() : (/) : (/) : (/) .

() : » :

... :
(/) : :« ...

() : (/) .

مقتضى الدليل، فإذا وجدنا تلك المصلحة التي خولف الدليل لأجلها في صورة-: وجب أن يخالف الدليل بها أيضاً؛ عملاً برجحانها؛ فنحن حينئذٍ كثيراً موافقة الدليل لا مخالفته»^(٤٦٨).

٣-: ورداً على زعمهم عدم تجاوز مورد الرخص؛ أن كانت هبات لا تشمل إلا ما أراده الواهب، فليس يصح القياس عليها؛ قال الجويني: «وهذا هذيان؛ فإن كل ما يتقلب فيه العباد من المنافع؛ فهي منح من الله تعالى، ولا يختص بها الرخص»^(٤٦٩).

٤-: وما قالوه من انعدام إمكان التساوي بين الرخص وغيرها، علاوة على عدم تعقل المعنى فيها-: غير وارد على محل النزاع، فالذي يسوغ القياس في الرخص، يشترط تعقل معنى الاستثناء فيها، كما ورد في صريح أقوالهم، قال البهوتي: «والقياس على الرخصة جائز إذا فهت العلة»^(٤٧٠).

ثم إن انعدام وجود التساوي واقعاً بين الفرع والأصل؛ مردود بوقوعه فعلاً في الأقيسة الواردة على الرخص، في قول من قال بها تأصيلاً، وحتى من منعها قد فرغ عليها كالحنفية وإن أسأها بغير مسمى القياس، فهو هو، ومثل ذلك كثير منها: وجواز العرايا في الكروم قياساً على النخيل، ومسح الخف الملبوس على الخف، قال ابن القاسم: «يمسح عليهما عند مالك» ثم قال: «إذا لبس خفين على خفين وقد مسح على الداخلين فهو قياس القدمين والخفين»^(٤٧١)، ويجوز عند مالك الجمع في الصلاة حال وجود الوحل والظلمة وانقطاع المطر؛ لأن سبب

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) : »

« : (/) : (/) :

() : (/) .

الجمع وهو المشقة؛ باقٍ وإن زال المطر، بقاء الوحل والطين، فكانت الرخصة باقية^(٤٧٢)، وجواز الجمع في الثلج قياسًا على المطر^(٤٧٣).

ثالثا: أدلة المذهب الثالث:

وهؤلاء مدرّكهم أنّ المعلل بالنص له زيادة مزيّة عن ما كانت علة بالاجتهاد؛ فقيس على هذا دون ذلك؛ قال الرّازيُّ مبينا عن ذلك المدرّك: «لأنّ علةً منصوصا عليها أولى من علة مستنبطة... فصار لورود النص بالتعليل مزيّة؛ ليست للقياس الأصليّ... فإذا ورد النصُّ بتعليل معنّى؛ علمنا أنّه قد أُريدَ منّا اعتباره في نظائره، وإجراء الحكم عليه فيما وُجدَ فيه»^(٤٧٤).

الفرع الثالث: القول المختار:

لا يكاد ناظر هذه المسألة في كتب الأصول أن يلجها مطّلعًا على أقوال العلماء فيها؛ حتى تُلقِي عليه ستائر الدهشة حجابها، وتُجلِّله الحيرة بأثوابها؛ ممّا يجده من الاضطراب في النقل، عن الإمام الواحد؛ ولعلّ أكثرهم لم يتواردوا على محلّ واحد، فبعضهم يناقش المسألة في باب المعدول به عن القياس؛ ويلحق بها الرخص معمّمًا، وآخر يفرد لها بابًا لكنّه ينقل رأيًا خاصًا ويورده معمّمًا؛ بيد أنّ الذي أراه أنّ كثيرًا من ذلك الاضطراب -والعلم عند الله- غير واقع ولا حقيقيّ؛ إذا ما فهم كلّ كلامٍ في موضعه، وحُملَ بعضه على بعضٍ، فنحن مطلوبون إلى درء التعارض في أقوال العلماء ما أمكن، وحيث تعذّر فلا غرو أن يُوجد لأحدهم قولان.

() : (/) : (/ -) :

() : (/) : (/) :

(/) :

» :

!!

« : (/) :

() : (/) :

والحاصل أنه في الغالب إذا ورد منعُ القياس على الرخصة؛ فهو لأحد أمرين^(٤٧٥) :

١- : إِمَّا لِعَدَمِ تَعَقُّلٍ مَعْنَى الْعَدُولِ فِيهَا؛ فَلَا سَبِيلَ إِذْ ذَاكَ إِلَى تَعْدِيلِهَا إِلَى غَيْرِ مَحَلِّهَا؛ وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الشَّافِعِيُّ فَقَالَ: «وَلَا يُقَاسُ إِلَّا مَا عَقَلْنَا مَعْنَاهُ»^(٤٧٦)، وَقَالَ الْبَهْوِيُّ: «وَالْقِيَاسُ عَلَى الرَّخْصَةِ جَائِزٌ إِذَا فَهَمْتَ الْعِلَّةَ»^(٤٧٧)، وَكَيْفَ نَجِدُ الشَّافِعِيَّ يَنَاقِشُ الْحَنْفِيَّةَ فِي مَنَعِهِمْ إِثْبَاتِ الرَّخْصِ بِالْقِيَاسِ، مُحَاوِلًا أَنْ يَنْقُضَ قَوْلَهُمْ مِنْ ذَاتِ تَفْرِيعَاتِهِمْ، ثُمَّ يَقُولُ بِقَوْلِهِمْ!! وَهَذَا نَسْبُ الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ إِلَيْهِ كَثِيرُونَ كَمَا سَلَفَ.

٢- : وَإِمَّا لِعَدَمِ الْمَسَاوَاةِ بَيْنِ الْفَرْعِ وَالْأَصْلِ، وَعَدَمِ التَّحَقُّقِ مِنْ وَجُودِ سَبَبِ الرَّخْصَةِ فِي الْفَرْعِ الْمُرَادِ لِحَاقِهِ؛ وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَاشُورَ: «الْقِيَاسُ عَلَى الرَّخْصِ هُوَ صَرِيحُ مَذْهَبِ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -... وَشَرْطُهُ تَحَقُّقُ وَجُودِ سَبَبِ الرَّخْصَةِ»^(٤٧٨).

وهذا يسوغُ على أقوال الأئمة الثلاثة عدا أبا حنيفة فالمرؤيُّ عنه المنع من القياس على الرخص مطلقاً.

وبعد؛ فالذي أستلوح وجاهته من أقوال العلماء السابقة هو جوازُ القياس على الرخص بالشرطين السابقين: أن يظهر للرخصة معنى معقولٌ هو سببُ العدول فيها، وأن يتحقق وجود هذا السبب في النظر المراد إلحاقه.

وهذا قول جماهير العلماء من الفقهاء والأصوليين^(٤٧٩)، لا جرم بعدما استبان سبب النقل عن بعضهم بالمنع، وهو لائحٌ من خلال استدلال المانعين واعتراضاتهم؛ فهي موجهة إلى عدم

() - - :

(/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

ظهر معنى معقولٍ في الرخصة، أو امتناع التساوي في سبب الرخصة والحاجة الداعية إليها^(٤٨٠)، وهي غير مرادة للمجيزين قطعاً؛ لانعدام الجامع بين الأصل والفرع، وهو مناط القياس، فهم متفقون في هذه، وأدلة المجيزين بيّنة الوجاهة والقوة فيما عدا ذلك.

فلا يستقيم تعميم المنع بحجة عدم التساوي، وخفاء المعنى المعقول فيها، وإنما لكل مسألة حكمها، ولهذا قال الجويني: «فإن قيل فما الذي ترون؟ قلنا: قد وضح بما قدمناه ما يعلل وما لا يعلل، ونحن نتخذ تلك الأصول معتبرنا في النفي والإثبات؛ فإن جرت مسالك التعليل في النفي والإثبات؛ أجريناها، وإن انسدت؛ حكمنا بنفي التعليل، ولا يختص ذلك بهذه الأبواب... وكل كلام مفصلٍ في موضع فإطلاق النفي والإثبات فيه؛ خالف»^(٤٨١).

المطلب الثاني: وجه تعلق الرخص بالاجتهاد الاستثنائي:

لرخص علاقة وطيدة بالاستثناء فهي قائمة عليه أساساً، وفي هذا المطلب سأبين عن وجه كون الرخصة خطة إجرائية للاجتهاد الاستثنائي من وجهين:

الأول: بيان وجه الاستثناء في الرخص:

وقد سبق في مبحث النظريات في الفصل الثاني () .

()

(/) " " :
(/) :
(/) : "

()

(/) : .

(/ -) : ()

(/) : ()

الثاني: القياس على الرخصة؛ توسيع لنطاق الاستثناء باتباع مَهج الرخصة:

تقرّر أن الرخصة مسلكٌ انتهجه المشرّع نفسه في التشريع حيث اقتضاها مسوّغٌ مصلحيٌّ معتبرٌ شرعاً، وملاحظةٌ وضع المشرّع للشريعة أمرٌ واجبٌ على المجتهد الذي يتغيّاً صواب الاجتهاد وسداد النظر، فالرخصة راجعةٌ إلى أصلٍ كليٍّ ينبغي أن يُلحظ وقت الاجتهاد، ومسامتة الرخصة والقياس عليها والنسج على منوالها؛ مطلوبٌ في النظر الاجتهاديّ؛ ليكون صادراً من مشكاة الوحي، متساوفاً معه؛ راجعاً إلى الأصل الكليّ الشرعيّ، يقول الشاطبيّ: «إنّ الرخصة مُستمدّة من قاعدة رفع الحرج كما أنّ العزيمة راجعة إلى أصل التّكليف، وكلاهما أصلٌ كليٌّ، فالرجوع إلى حكم الرخصة وقوفٌ مع ما مثله مُعتمد»^(٤٨٣).

لذلك وجدنا جمهور العلماء جعلوا الأحكام الواردة في الشّرْع رُخصاً على خلاف الأصل-: أصولاً يقيسون عليها إذا تحقق مناطُ العُدول في الفرع المعروض للاجتهاد؛ قال المقرّي: «قاعدة: التوسعة العامة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول؛ قياساً على ما وردت به النصوص...»^(٤٨٤)؛ فالقياس على الرخص ممّا جعله مالك -رحمه الله- أصلاً للاستثناء ومدركاً في توسيع نطاقه.

وقال ابن العربيّ -موجها مسألة بيعة أهل المدينة وستأتي^(٤٨٥)-: «... فلما اشتركا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة؛ قياساً على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح»^(٤٨٦)، فأرجع مُدرك المسألة إلى القياس على العرايا المرخص فيها استثناءً من أصل المنع بجامع المصلحة والحاجة العامّة التي تسوّغ العُدول عن الأصل.

() : (/) .

() : () .

() : (/) .

() : (- /) .

واعتبر ابن تيمية توسيع نطاق الاستثناء بالقياس على الرخص من مقتضيات العدل، وهو المنطق الذي سارت عليه شرعة الإسلام؛ فقال في إلحاق المسح على الجوربين بالمسح على الخفين: «فمن المعلوم أن الحاجة إلى المسح على هذا، كالحاجة إلى المسح على هذا سواء، ومع التساوي في الحكمة والحاجة - يكون التفريق بينهما تفريقاً بين المتماثلين، وهذا خلاف العدل، والاعتبار الصحيح الذي جاء به الكتاب والسنة» (١).

المطلب الثالث: شواهد الاستثناء في الرخص، وتوسيع نطاقها بالقياس عليها:

وبعد أن تبدى ارتباط الرخص بالاستثناء، وأن لها شأواً وفائدة كبيرة في توسيع نطاقه بإجراء القياس عليها؛ إذ أن نهج الاستثناء بالرخص ملحوظ للشرع نفسه في تشريعه؛ فالواجب أن يجري المجتهد على هذا الطريق اللائق، وأن ينسج على منواله في اجتهاده؛ ليتسق المنطق الذي تصدر عنه الأحكام تشريعاً واجتهاداً؛ ولتتمة التبيان أختتم هذا المبحث الهام بشواهد للرخص من المشرع نفسه مع بيان وجه الاستثناء فيها، وأمثلة سار فيها الفقهاء على منهج الرخص بالقياس عليها:

أولاً: شواهد الاستثناء وفق الرخصة من الشرع نفسه:

١-: الترخيص للمريض بالصلاة بترك القيام:

عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: كانت بي بواسير؛ فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال: «صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب»^(٤٨٨). فالأصل أن الواجب على المسلم أن يصلي قائماً معتدلاً؛ قال ابن عبد البر: «وفرض القيام في الصلاة المكتوبة ثابت من وجهين: إحداهما إجماع الأمة كافة عن كافة» (١).

() : (/) .

() :

(/) :

(/) :

وهذا مروى عن الشافعي أيضا، قال النووي: «فلو أمكنه استقبال القبلة والقيام والركوع والسجود على الدابة؛ واقفةً عليها هودج أو نحوه؛ جازت الفريضة على الصحيح في مذهبنا، فإن كانت سائرة لم تصح على الصحيح المنصوص للشافعي، وقيل تصح كالسفينه؛ فإنها يصح فيها الفريضة بالإجماع»^(١).

فالحديث بين الدلالة على الرخصة للمسافر الذي يمنعه العذر من الصلاة على الأرض؛ فيستثنى من حكم الأصل القاضي بوجوب الصلاة على الأرض لمكان الرخصة الثابتة بالحديث السالف، وهي ساعتئذ تكون بالإياء جلوساً؛ رخصة واستثناء من الأصل القاضي بوجوب القيام والركوع والسجود؛ كل ذلك تيسيراً وتخفيفاً ودفعاً للمشقة.

ثانياً: شواهد الاستثناء وفق توسيع معنى الرخصة بالقياس عليها:

١- بيعة أهل المدينة:

وصورة المسألة: أن يشتري الرجل لبناً أو رطباً أو لحماً أو خبزاً ممن يُديم العمل في ذلك، بسعر معلوم ويأخذ كل يوم قدرًا مُحدداً على أن يكون الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم، وسميت بذلك لاشتهارها عند أهل المدينة^(٢).

والناظر في المسألة بادئ الرأي؛ يجد القياس يمنعها؛ إذ هي بيع دين بدين، والأصل منعه للحديث المشهور عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ^(٣):- لكن أهل المدينة استثنوا من ذلك ورخصوا فيها؛ قياساً على الرخص النصية التي كان مدرك العدول فيها حاجة الناس ومصالحهم، كبيع العرايا والسلم.

() : (/) : (/) :

(/) : (/) :

() : (/) :

() : « : » :

(/) :

يقول ابن القاسم: «قال مالك: وقد كان الناس يبتاعون اللحم بسعر معلوم؛ فيأخذ كل يوم وزنا معلوما والثمن إلى العطاء فلم ير الناس بذلك بأسا، واللحم وكل ما يباع في الأسواق مما يتبايع الناس به فهو كذلك، لا يكون إلا بأمر معروف، ويبيّن ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا كان ذلك العطاء معلوما مأمونا، إذا كان يشرع في أخذ ما اشترى. ولم يره مالك من الدين بالدين» () .

قال ابن رُشدٍ: «قوله -يعني مالكا في بعض الروايات- : "وأنا أراه حسنا" معناه: وأنا أجزئ ذلك استحسانا؛ اتباعا لعمل أهل المدينة وإن كان القياس يُخالفه» () .

فهذا من باب الاستثناء من أصل منع الدين بالدين؛ لحاجة الناس ومصالحهم، قياسا على بيع العرايا وغيرها مما عدل به عن القياس ورخص فيه لمكان حاجة الناس، ويصرح القاضي ابن العربي بوجه المصلحة فيها؛ فيقول:

«وأما السلم في اللبن والرطب والشروع في أخذه؛ فهي مسألة مدنية اجتمع عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة؛ لأن المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرطب مياومة؛ ويشق أن يأخذ كل يوم ابتداء؛ لأن النقد قد لا يحضره، وأن السعر قد يختلف عليه، وصاحب النخل واللبن يحتاج إلى النقد؛ لأن الذي عنده عروض لا يتصرف له؛ فلما اشتركا في الحاجة-: رخص لهما في هذه المعاملة؛ قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح» () .

٢-: الصلاة في الطائرة من جلوس:

() : (/ -) .

() : (/) .

() : (/) .

سلف القول في جواز أداء الفريضة على الراحلة أو في المركب للعدر؛ رخصةً واستثناءً من الأصل القاضي بوجوب القيام والركوع والسجود على الهيئة المعروفة^(١). وعلى هذا؛ عدّى بعض العلماء^(٢) ذلك الحكم إلى الصلاة في الطائرة قياساً على صلاحتها على الراحلة، تيسيراً على الناس وتخفيفاً عليهم للضيق الذي يترتب عليه، إذ لو طلبناه بأدائها قائماً يصله ومن معه أذى يبيّن، ولو منعناه منها يتتبع عليه من المكتوبات - حال طول السفر - ما يشقُّ عليه؛ علاوةً على خروج وقتها - ولأجل ذلك اعتبروا الثلج والبرد من المرخصات مع أنّ فعله ﷺ كان في المطر، توسيعاً لنطاق الاستثناء بالقياس على الرخصة الواردة، لما وجد فرع في معناها؛ قال البهوتي: «وتصح صلاة فرض على راحلة واقفة أو سائرة خشية تأدّب بوحل ومطر ونحوه كثلج وبرد؛ لما روى يعلى... الحديث»^(٣). ومعلوم أنّ من يرى قصر الرخصة على محلّها، ولم يقل بجريان القياس فيها؛ قصرها هنا على موردّها، فعلى توسيع نطاق الرخصة بالقياس عليها؛ يتجه إلحاق الصلاة في الطائرة بالترخيص فيها على الراحلة^(٤).

٣-: الجمع لأجل الثلج والبرد والرياح الشديدة:

شرع الجمع رخصةً عند المطر؛ لما ثبت في الأثر: «أنّ النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة»^(٥). فالرخصة الثابتة بنصّ الشرع هي الجمع ليلة المطر؛ لمكان المشقة فيه على المكلف؛ ولما كانت المشقة فيه هي علة الرخصة؛ توجه الجمع للثلج والبرد

() : (/) :
 (/) : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :
 () : / : :
 (/ -) :
 () : (/) :

الشديد قياساً على رخصة المطر؛ أن كان في معناه؛ إذ في ذا الأخير مشقة تعدل مشقة المطر وقد تربو عليها، فالقياس يتقاضانا إلى إباحته؛ وهو مذهب الشافعية والحنابلة، قال زكريا الأنصاري: «المطر يبيح الجمع... وكذا ثلج وبرد يذوبان لما مر... نعم؛ إن كان الثلج قطعاً كباراً؛ جاز الجمع به كما في الشامل وغيره وفي معناه البرد» () .

ويقول البهوتي: «ويجوز الجمع بين العشاءين لا الظهرين لمطر يبل الثياب... وثلج وبرد لأنهما في حكم المطر... وجليد؛ لأنه من شدة البرد، ووحل وريح شديدة باردة» () .

(/) :

(/) :

مراعاة الخلاف وصلته بالاجتهاد الاستثنائي

تمهيد:

مراعاة الخلاف خِطَّةٌ من الخطط التشريعيَّة التي تنتهض بالاجتهاد الاستثنائي، ومضمون مراعاة الخلاف وتفاصيله مبحوث من طرف جمع من الباحثين؛ وعلى هذا؛ فسأعرضُ له على وجهٍ من الإيجاز، بطروقٍ مسائلٍ مُجَلِّي مضمونه وصلته بالاجتهاد الاستثنائي، مع عرضٍ لمسائل يراها الباحث تحتاج إلى تدقيق، أو يتطلَّبها تصوُّر التسلسلي للأفكار؛ لتكتمل الصورة متضحَةً.

فأجِّلُ بدءاً مفهومه، والفرقَ بينه وبين الخروج من الخلاف؛ فهو أمر هامٌّ، -إذ أحدهما لا تعلق له بموضوعنا، لا سيَّما وقد أطلق البعض المصطلحين على شيءٍ واحدٍ-، ثمَّ أُبينُ عن وجه الاستثناء في مراعاة الخلاف ومُدركه، وأختم بشواهد الاستثناء وفق هذا الأصل، من اجتهادات الأئمة؛ ليتجلَّى وجه اعتباره خطة تشريعيَّة متهضة بالاجتهاد الاستثنائي، وفيما يأتي بيان مفصَّل لذلك:

المطلب الأوَّل: مفهوم مراعاة الخلاف

الفرع الأوَّل: تعريف مراعاة الخلاف في اللغة:

تعريفُ المركَّب الإضافيِّ يحصل بتعريفٍ طَرَفِيٍّ هذا التَّركيب؛ فسأعرض لتعريف "المراعاة" و"الخلاف":

أوّلاً: تعريف المراعاة لغة:

المُراعاةُ مصدرٌ راعَى يُراعي مُراعاةً؛ والرَّعَى مصدرٌ رَعَى يَرَعَى رَعِيًّا ورِعَايَةً، فالمرعاة والرَّعَى: ملاحظة الشيء ومراقبته والنظر في مصيره؛ قال الجوهريُّ: «وراعَيْتُ

الأمر: نظرتُ إلى أين يصير... وراعيته: لاحظته، وراعيته من مُراعاة الحقوق... واسترعيته الشيء فرعاه»^(٥٠٦).

ثانياً: تعريف الخلاف لغة:

والخِلافُ مصدرٌ مأخوذٌ من خالَفَ يُخالِفُ خِلافاً ومُخالِفةً، والاختلافُ مصدرٌ اختلفَ يَختلفُ اختلفاً؛ وهو ضدُّ الاتفاقِ^(٥٠٧)، قال الراغب: «الخلاف والاختلاف والمخالفة أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله»^(٥٠٨). فالخلاف والاختلاف في اللسان العربيُّ يطلقُ على مطلق المغايرة في القول والحال والفعل.

الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً:

هناك بعضُ التباينِ في تعريف هذا الأصل عند المالكيَّة، وسأورد أهمَّ التعريفات بإيجاز^(٥٠٩)؛ فقد قال ابنُ عبد السَّلام: «هو إعطاءُ كلِّ من الدَّليِلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض»^(٥١٠).

ومعنى إعطاء كلِّ واحد من الدَّليِلين حكمه؛ أن يتوارد على العمل دليلان؛ فيقول المجتهد ابتداءً بالدَّليِل الذي يترجَّح عنده، فإذا ما وقع العمل على مُقتضى الدَّليِل الآخر راعى المجتهدُ الدَّليِلَ الثاني؛ لما له من القوَّة؛ فهو توسُّط بين موجب الدَّليِلين^(٥١١)؛ ولذلك

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

()

(/) :

(/) :

» :

(/) :

(/) :

« :

:

(/) :

(/) :

()

قال الشَّاطِبيُّ فيه: «ووجهه أنَّه راعى دليلَ المخالف في بعض الأحوال؛ لأنَّه ترجَّح عنده، ولم يترجَّح عنده في بعضها؛ فلم يُراعِه»^(٥١٣)، وهذه الأحوال هي ما بعد الوقوع؛ إذ تنشأ دلائلُ تكليفيَّةٌ جديدةٌ تقتضي رجحان دليلِ المخالف الذي كان مرجوحاً قبل الوقوع؛ نظراً لمقتضيات مصلحةٍ تستوجب ذلك.

وأجود ما جاء في تعريفه، قول ابن عرفة: «إعمال دليل "الخصم" في لازم مدلوله الذي أُعمِلَ في نقيضه دليل آخر»^(٥١٣).

ولتبيان المعنى أُوردُ مثالا له: نكاح الشُّغار، الذي هو من الأنكحة الفاسدة عند مالك -رحمه الله-، وقد أورده الرِّصاع مثالا في شرحه للتعريف^(٥١٤)؛ وتفصيل ذلك: أنَّ أصل دليل مالك في النهي عن نكاح الشُّغار دلٌّ على فسخ هذا النِّكاح؛ فالفسخ هو المدلول؛ ولازم هذا المدلول أنَّ لا توارث بينهما لانعدام مُوجبه من النِّكاح الصَّحيح، وأنَّ التفريق لا يقع بطلاق، وإنما هو فسخ.

والمخالف يقول بصحَّة هذا العقد مع بطلان الشرط؛ فلا يُفسخ العقد عنده، وهذا مدلولٌ دليله، ولازم هذا المدلول؛ أنَّ يثبت التَّوارث بينهما.

وعليه؛ فإنَّ مالكا أخذ أولاً بمدلول دليله وهو: فسخ النِّكاح، ولكنه تَرَكَ لازم مدلوله وهو عدم إثبات التَّوارث بينهما؛ وذلك بأنَّ أعمَلَ دليلَ المخالف في لازم مدلوله؛ فقال بأنَّ التَّوارث يثبت بينهما؛ وفرَّق بينهما بالطلاق؛ ولازم مدلوله أن يفسخ بدون طلاق.

الفرع الثالث: مقارنة بين مراعاة الخِلاف والخروج من الخِلاف:

(/):	(- /):	()
(/):	(/):	()
():	(/):	()
(- /):	(- /):	()
:	:	(/):
(/):	(- /):	(/)

كثيراً ما يرد للعلماء كلامٌ في أطراح الخلاف، والخروج منه، ومراعاة الخلاف، ورعي القول المخالف؛ فهل هذا الاصطلاحُ واحد أم يفترق؟

بعض أهل العلم يجعل الجميع شيئاً واحداً^(٥١٥)؛ مما أدى بهم إلى عدّه أمراً إجماعياً؛ قال النووي: «فإن العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة أو وقوع في خلاف آخر»^(٥١٦)، وآخرون فرّقوا بينهما؛ لذا عدّ مختصاً بالمالكية^(٥١٧).

والذي أستلوحُ وجاهته -والعلم عند الله- هو التفريقُ بينهما؛ وبيان ذلك: أن الذي يذهب أكثر العلماء إلى اعتباره؛ هو الخروج من الخلاف، وليس مراعاة الخلاف بالاصطلاح السالف.

ولا شك أن الذين لم يفرّقوا بين الأمرين؛ أطلقوا الاصطلاح الأوّل ملتائياً بالثاني، وكثيراً من العلماء يُطلقون مراعاة الخلاف على المعنيين، ووقع ذلك لبعض المالكية^(٥١٨)، بينما يفرّقون بقولهم "بعد الوقوع" و"قبل الوقوع"؛ لكن التمييز والتفريق بينهما لازم حتى لا يلتبس الأمر.

وبعد؛ فإنني سائقٌ في هذا الموضوع وجوه الافتراق بين الاصطلاحين^(٥١٩):

أولاً: يختلفان من حيث الحكم؛ فالخروج من الخلاف ورعٌ واحتياطٌ وهو مستحبٌ؛ قال الزركشي: «الخلاف... يُستحبُّ الخروج منه باجتناب ما أُخْتَلِفَ في تحريمه وفعل ما

() : « :

(/) :

(/) :

(-) :

(/) : (/) :

(/) (/) : (/) :

(/) : (/) :

(- /) :

(- /) :

أُخْتَلِفَ فِي وَجُوبِهِ»^(٥٢٠)، أَمَّا مُرَاعَاةُ الْخِلَافِ فَوَاجِبٌ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ وَقُوعِ الْفِعْلِ؛ تَنْشَأُ دَلَالُ جَدِيدَةٌ؛ فَيَتَرَجَّحُ دَلِيلٌ آخَرٌ حِينَهَا؛ وَالْعَمَلُ بِمَقْتَضَى الدَّلِيلِ الرَّاجِحِ وَاجِبٌ.

قال الرِّصَاعُ: «فَإِنْ قُلْتَ: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ فَهَلْ تَجِبُ مُرَاعَاةُ الدَّلِيلِ أَوْ تَجُوزُ؟ قُلْتُ: يَظْهَرُ وَجُوبُ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُجْتَهِدِ»^(٥٢١).

ثانيا: يَخْتَلِفَانِ مِنْ حَيْثُ الْمُدْرِكُ؛ فَمُدْرِكُ الْعَمَلِ بِالْخُرُوجِ مِنَ الْخِلَافِ هُوَ الْاِحْتِيَاظُ الْوَرَعُ؛ فَقَدْ قَالَ الْقِرَافِيُّ: «وَالْوَرَعُ... وَهُوَ تَرْكُ مَا لَا بَأْسَ بِهِ حَذْرًا مِمَّا بِهِ الْبَأْسُ... وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ؛ وَمِنْهُ الْخُرُوجُ عَنِ الْخِلَافِ الْعُلَمَاءِ»^(٥٢٢).

أَمَّا الْمُدْرِكُ فِي مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ؛ فَهُوَ اتِّبَاعُ الدَّلِيلِ الرَّاجِحِ؛ فَقَدْ قَالَ الرِّصَاعُ: «... وَالَّذِي يُعْتَقَدُ أَنَّ الْإِمَامَ إِنَّمَا يُرَاعِي مَنْ قَوِيَ دَلِيلُهُ، وَإِذَا حَقَّقَ فَلَيْسَ بِمُرَاعَاةٍ لِلْخِلَافِ أَلْبَتَّةَ، وَإِنَّمَا هُوَ إِعْطَاءُ كُلِّ مِنَ الدَّلِيلَيْنِ مَا يَقْتَضِيهِ مِنَ الْحُكْمِ مَعَ وُجُودِ الْمَعَارِضِ»^(٥٢٣).

ثالثا: يَخْتَلِفَانِ مِنْ حَيْثُ الْمَحَلُّ؛ فَالْخُرُوجُ مِنَ الْخِلَافِ يَكُونُ فِي حَالَةٍ مَا قَبْلَ الْوُقُوعِ، أَمَّا مُرَاعَاةُ الْخِلَافِ فَبَعْدَ الْوُقُوعِ، وَكَثِيرًا مَا نَجِدُ الْعُلَمَاءَ يَطْلُقُونَ نَدْبَ الْمُرَاعَاةِ أَوْ بَعْبَارَةً أَدَقَّ الْخُرُوجُ مِنَ الْخِلَافِ؛ حَالِ حُكْمِهِمْ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ابْتِدَاءً قَبْلَ وَقُوعِهَا؛ وَوُجُوبِ الْمُرَاعَاةِ يَكُونُ بَعْدَ الْوُقُوعِ؛ لِذَا كَانَتْ أَمْثَلَةُ الشَّاطِبِيِّ فِي الْمَوَافِقَاتِ^(٥٢٤) عِنْدَ حَدِيثِهِ عَنِ مُرَاعَاةِ الْخِلَافِ تَخْتَصُّ بِحَالَةٍ مَا بَعْدَ الْوُقُوعِ؛ وَهُوَ الَّذِي يَعْنِينَا فِي الْبَحْثِ هَاهُنَا.

وَمِنْ هُنَا يَفْهَمُ قَوْلُ الْقَاضِي أَبِي الْحَسَنِ الْمَغْرِبِيِّ: «... وَفِيهِ إِشْكَالٌ؛ لِكَوْنِهِ رَاعَى الْخِلَافَ قَبْلَ الْوُقُوعِ، إِنَّمَا يِرَاعَى الْخِلَافَ بَعْدَ الْوُقُوعِ»^(٥٢٥).

() (/) :

() (/) :

() (/) :

() (/) :

() (/) :

() (/) :

ومن أجل ذلك؛ كان تعريف ابن عرفة شاملاً لما بعد الوقوع فحسب؛ واندفع الاعتراض الذي أُورِدَ عليه بكونه غير جامع، إذ لم يشمل ما قبل الوقوع؛ فهو لم يُعرّف الخروج من الخلاف؛ وإنما قصد مراعاة الخلاف، وهذا صنيع متأخري المالكيّة^(٥٢٦)؛ ما ينبؤك أنّهما يفترقان في واقع الأمر.

هذه هي الفوارق بين الاصطلاحين، وتلك أهم عناصر الاختلاف بينهما؛ وإنما أطلت في هذا المقام؛ لأنّها مسألة دقيقة، كثيرون أطلقوا فيها القول؛ والأسدّ - والعلم عند الله - التفرقة؛ ولا جرم سينبني عليه تأصيل في الاجتهاد الاستثنائي - محلّ البحث -؛ ففرق كبير بين وجوب الشيء وندبه؛ وبون شاسع بين جعله خطةً تشريعيةً ومنهجاً اجتهادياً؛ واجب الاحتذاء، وبين اعتباره من باب الندب والاستحباب؛ كما سبق: - فلهذا ارتأيت تحرير المسألة على نحوٍ ينفي بالمطلوب.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في مراعاة الخلاف؛ وحكمه:

الفرع الأول: أقوال العلماء في المسألة:

نص غير واحد من أئمة المذهب المالكيّ؛ على أنّ مراعاة الخلاف من أصول المذهب ومن القواعد التي انبت عليها فروع كثيرة: قال ابن رشد: «...مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب»^(٥٢٧)، وقال المقرئ: «قاعدة: من أصول المالكيّة مراعاة الخلاف»^(٥٢٨)، وهذا الأصل اختصّ به المالكيّة.

أمّا المذاهب الأخرى فأخذوا بمراعاة الخلاف قبل الوقوع، أي الخروج من الخلاف، وليست هي مراعاة الخلاف بهذا الاصطلاح.

() : (/) .

() : (/) .

() : () : »

: (/) . «

ثم أخذوا به على وجه النَّدب والاستحباب، ولم يرتق لأن يكون أصلاً وقاعدة راسخة يصدُرُون عنه في استنباط الأحكام، ومختلف اجتهاداتهم، كما هو صنيع المالكية^(٥٢٩).

الفرع الثاني: حكم الأخذ بمراعاة الخلاف:

مراعاة الخلاف هو في حقيقة أمره اتِّباعُ للدَّلِيلِ الرَّاجِحِ، وليس هو من قبيل لحظِ صورةِ الخلاف ورعيها دون مُدْرِكٍ؛ بل نشوء مقتضيات جديدة، صيَّرت الدليل الذي كان مرجوحاً - قبل الوقوع - راجحاً - بعد الوقوع -؛ لذا جاء في التعريف: "إعمال دليل الخصم".

واتِّباعُ الدَّلِيلِ الرَّاجِحِ واجب على المجتهد لا معدلة له عنه، ولا يسعه العمل بخلافه؛ فقد تعبده الله بأن يعمل بما أده إليه اجتهاده: - وعلى هذا؛ كان العمل على وفق قاعدة مراعاة الخلاف؛ واجباً على المجتهد، وليس هو من باب الاستحباب؛ أن كان عملاً بالدليل الرَّاجِحِ؛ ومن هنا قال الرَّصاع: «فإن قلت: إذا كان كذلك؛ فهل تجب مراعاة الدليل أو تجوز؟ قلت: يظهر وجوب ذلك عند المجتهد»^(٥٣٠).

يحسن التنبيه ههنا؛ إلى أن المالكية إذ جروا على مراعاة الخلاف كمنهج في الاستنباط، لم يقصدوا رعي مطلق الخلاف؛ وإنما لهذا القاعدة شروط قد ذكرها غير واحد من الباحثين^(٥٣١)، وأهمها أن يكون دليل المخالف الذي يُسوِّغُ إعمال أصل مراعاة الخلاف دليلاً قوياً في الاعتبار؛ فليس أيُّ خلاف وقع يعتبر، ولقد صرَّح باشرطه عليش؛ فقال: «مرادهم الخلاف في المذهب وخارجه، ويُشترط قوَّة دليل المخالف»^(٥٣٢).

() : (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) :

وقال الرَّصاع: «يقولون هل يُراعى كلُّ خِلافٍ أم لا؟ ... والذي يُعْتَقَدُ أَنَّ الإمامَ إنَّما يُراعى مَنْ قَوِيَ دَلِيلُهُ»^(٥٣٣).

المطلب الثالث: وجه الاستثناء في مراعاة الخلاف:

إنَّ أساس هذا الخطة التشريعيَّة البديعة يرجعُ إلى لحظِ المصالح واعتبار مقاصد الشرع؛ فالدليل الأصليُّ الذي ترجَّح لدى المجتهد بعد النظر والاعتبار، عُدِلَ عنه إلى مقتضى دليل المخالف ولو من بعض الوجوه بعد الوقوع؛ إذ صار راجحاً، بعد أن كان مرجوحاً قبلاً.

بيان ذلك: أنَّ المسألة بعد الوقوع تلبَّست بمعطيات جديدة، وقرائن مستجدة، آلت بالمسألة إلى ضرر بالغ أو فوات مصلحة راجحة؛ فاقتضى ذلك استئناف النظر في التَّرجيح بين الأدلة؛ فنشأت قرائن تكليفيَّة جديدة؛ قضت بترجيح ما كان مرجوحاً لاختلاف الظروف والمقتضيات المصلحية؛ وفي ذلك قال الشاطبيُّ: «فيرجع الأمر إلى أنَّ النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة»^(٥٣٤).

فرفع الضرر وتحصيل الصَّلاح ممَّا هو مقصود للشرع قطعاً، إذ لو تمسَّكنا بالدليل الأصليِّ لأفضى إلى مجانبة الصواب ومفارقة العدل وفوات المصلحة، والمصلحة والعدل هما أساس التشريع وجوهر مقاصده.

فجرباً على نَسَقِ مَنْطِقِ التشريع الذي يتغيَّر الصَّلاح في أحكامه، يلجأ المجتهد إلى ضرب من الاجتهاد الاستثنائيِّ؛ يترك فيه دليله الأصليُّ ويُعمل دليل المخالف ولو من بعض الوجوه؛ لذا قال السنوسيُّ مُبيناً عن وجه الاستثناء ومدركه: «إنَّ مراعاة الخلاف تمثِّل مبدأً مالياً ينفضُّ عن اجتهاد الاستثناء... ووجه ذلك أنَّ مقتضى القياس أن يجري المجتهد على

() : (/) : « : » :

(/ -) :

() : (/) :

وَفَقِ دَلِيلَهُ، وَيَحْكُمُ بِمَقْتَضَى اجْتِهَادِهِ الَّذِي أَدَّاهُ إِلَيْهِ الظَّنُّ الْغَالِبُ الْمَوْجِبُ لِلْعَمَلِ؛ ... هَذَا هُوَ الْأَصْلُ، غَيْرَ أَنَّ هَذَا الْمَجْتَهِدَ يَعْدِلُ عَنِ ذَلِكَ فِيَهْمِلُ الْعَمَلَ بِمَقْتَضَى اجْتِهَادِهِ الْخَاصِّ؛ وَالَّذِي سَوَّغَ هَذَا الْعَدُولَ؛ هُوَ مَا فِي الْأَخْذِ بِاجْتِهَادِ الْغَيْرِ مِنْ تَحْقِيقِ لِلْمَصَالِحِ الْمَشْرُوعَةِ عَلَى وَجْهِ ظَاهِرِ الْمُنَاسِبَةِ وَالْمُلَاعَمَةِ، وَتَوْثِيقِ لِأَصْلِ الْعَدْلِ الَّذِي يَمَثُلُ وَاقِعِيَّةَ التَّشْرِيعِ وَغَائِيَّتَهُ»^(٥٣٥).

وَيَجِلِّي الشَّاطِبِيُّ هَذَا الْمُدْرَكَ مِنْ قَبْلُ؛ فَيَقُولُ فِي تَوْجِيهِ هَذَا الْأَصْلُ: «... فَيَتْرَكَ وَمَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ نَجِيزًا مَا وَقَعَ مِنَ الْفَسَادِ عَلَى وَجْهِ يَلِيقُ بِالْعَدْلِ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ ذَلِكَ الْوَاقِعَ؛ وَاقِعَ الْمَكْلُفِ فِيهِ دَلِيلًا عَلَى الْجُمْلَةِ وَإِنْ كَانَ مَرَجُوحًا - بِالْاِقْتِضَاءِ الْأَصْلِيِّ قَبْلَ الْوُقُوعِ -؛ فَهُوَ رَاجِعٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِبْقَاءِ الْحَالَةِ عَلَى مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ - بِالْاِقْتِضَاءِ التَّبَعِيِّ بَعْدَ الْوُقُوعِ -؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ إِزَالَتِهَا، مَعَ دُخُولِ ضَرَرٍ عَلَى الْفَاعِلِ أَشَدَّ مِنْ مَقْتَضَى النِّهْيِ»^(٥٣٦)، قَوْلُهُ: "عَلَى وَجْهِ يَلِيقُ بِالْعَدْلِ" يَشِيرُ أَنَّ مُدْرَكَ الْعَدُولِ وَالْاِسْتِثْنَاءِ هُوَ تَحْصِيلُ الْعَدْلِ.

إِذْ لَيْسَ يَصِحُّ فِي الْمَنْطِقِ الْاجْتِهَادِيِّ السَّائِرِ عَلَى سَنَنِ التَّشْرِيعِ؛ أَنْ يُتَمَسَّكَ بِالِدَّلِيلِ فِي كُلِّ حَالٍ؛ وَلَوْ أَفْضَى إِلَى مُفَارَقَةِ الْعَدْلِ وَمَجَافَاةِ الْمَصْلُحَةِ؛ وَفِي حَقِيقَةِ الْأَمْرِ تَفْتَرِقُ الْمَسْأَلَتَانِ، قَالَ دِرَازٌ: «فَحَالَةٌ مَا بَعْدَ الْوُقُوعِ لَيْسَتْ كَحَالَةِ مَا قَبْلَهُ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَهُ تَنْشَأُ أُمُورٌ جَدِيدَةٌ تَسْتَدْعِي نَظْرًا جَدِيدًا، وَتَجَدُّ إِشْكَالَاتٌ لَا يَتَفَضَّى عَنْهَا إِلَّا بِالْبِنَاءِ عَلَى الْأَمْرِ الْوَاقِعِ بِالْفِعْلِ، وَاعْتِبَارِهِ شَرْعِيًّا بِالنَّظَرِ لِقَوْلِ الْمُخَالَفِ، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا فِي أَصْلِ النَّظَرِ، لَكِنْ لَمَّا وَقَعَ الْأَمْرُ عَلَى مَقْتَضَاهُ رَوَعِيَّتِ الْمَصْلُحَةِ، وَتَجَدَّدَ الْاجْتِهَادُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِنَظَرٍ جَدِيدٍ وَأَدَلَّةٍ أُخْرَى، وَعَلَيْهِ؛ مَا بَعْدَ الْوُقُوعِ تَكُونُ مَسْأَلَةٌ أُخْرَى غَيْرُهَا بِاعْتِبَارِ مَا قَبْلَهُ، وَهُوَ تَأْوِيلٌ قَوِيٌّ جَدًّا كَمَا تَرَى»^(٥٣٧).

فَكَانَ إِعْمَالُ أَصْلِ مِرَاعَاةِ الْخِلَافِ؛ ضَرْبًا مِنَ الْاجْتِهَادِ الْاِسْتِثْنَائِيِّ؛ يَمَثُلُ مَظْهَرًا مِنْ مَظَاهِرِ مَعْقُولِيَّةِ الْاجْتِهَادِ التَّطْبِيقِيِّ؛ لِلْحِظِّهِ مَالِ التَّنْزِيلِ، وَاعْتِبَارِهِ لَمَّا تَنْتُجُ عَنِ الْأَفْعَالِ مِنْ مَصَالِحٍ وَمَفَاسِدَ مُوَازِنًا بَيْنَهُمَا؛ قَصْدًا إِلَى تَحْقِيقِ الْمَصْلُحَةِ وَالْعَدْلِ؛ فَهِيَ مُدْرَكَ الْاِسْتِثْنَاءِ فِيهِ.

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

المطلب الرابع: شواهد الاستثناء وفق مراعاة الخلاف:

١- نسيان تكبيرة الإحرام:

تكبيرة الإحرام ركن من أركان الصلاة ونسيان الركن يبطل الصلاة عند المالكية، هذا هو الاقتضاء الأصلي^(٥٣٨).

غير أن المالكية قالوا فيمن دَخَلَ مع الإمام في الرُّكُوع، وكَبَّرَ للرُّكُوع ناسياً تكبيرة الإحرام؛ أَنَّهُ يَتِمَادَى مع الإمام؛ واعتبروا تكبيرة الرُّكُوع نائبةً عنها؛ مراعاةً لقول مَنْ قال من أهل العلم إنَّ تكبيرة الرُّكُوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام^(٥٣٩)، فهذا استثناءٌ وإلا فالأصل أن تبطل الصلاة بترك رُكْنٍ مِنْ أركانها.

٢- القيام للثالثة في نافلة:

مذهب مالك أن التَّنْفُل لا يكون إلا بالركعتين؛ فلا يصح التَّنْفُل بالأربع ولا بما زاد على ذلك؛ هذا هو الحكم الأصلي^(٥٤٠).

لكن مَنْ قام في نفلٍ من اثنتين للثالثة ساهياً وعَقَدَهَا برفع رأسه من رُكُوعِهَا؛ كَمَّلَ أربعاً وجوباً؛ مُراعاةً لخلاف مَنْ قال من أهل العلم بوقوع النَّفْلِ بالأربع^(٥٤١).

قال دِرَاز -مبيِّناً ما استجدَّ من قرائن في حالة ما بعد الوقوع-: «بعد الوقوع تعلَّق به دليلٌ عدم جواز إبطال الأعمال، وهو يرجح دليل المخالف ويقويه»^(٥٤٢)؛ فاقضى هذا استثناءً من الحكم الأصلي القاضي بقصر جواز التنفل على الشنتين فقط.

()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
(/)	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(/)

أصالة؛ فالخطب يسيرٌ، وهذه المستجدات المصلحية بعد الوقوع؛ تطلّبت نظرًا جديدًا؛ ارتأى تصحيح العقد؛ وهذا تفقه جيّد منهم.

قال القاضي إسماعيل بن إسحاق: «فإن نكحت المرأة بغير وليّ ففسخ النكاح، فإن دخلت وفات الأمر بالدخول وطول الزمن والولادة؛ لم يفسخ؛ لأنّه لا يفسخ من الأحكام إلاّ الحرام البيّن، أو يكون خطأ لا شكّ فيه؛ فأما ما يجتهد فيه الرأى وفيه الاختلاف؛ فلا يفسخ»^(٥٤٨).

٤- : تصحيح بعض الأنكحة الفاسدة بعد الدخول:

فالأصل أن النكاح الفاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، لكنّ المالكيّة يقرن بعض الأنكحة المختلف فيها إذا عُثِرَ عليها بعد الدخول؛ أمّا قبل الدخول فتفسخ؛ مثاله ما فسد لخلل في الصداق: قال الخرشي: «ومما يفسخ قبل الدخول لا بعده؛ ما فسد من النكاح لصداقه...»^(٥٤٩)؛ لأنّ عدم الإقرار بعد الدخول والبناء يُنشئ ضررًا يستوجب نظرًا مُغايرًا؛ قال الشاطبي: «من واقع منهيًا عنه فقد يكون فيما يترتّب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعيّة لا بحكم الأصالة، أو مؤدّ إلى أمر أشدّ عليه من مقتضى النهي؛ فيترك وما فعل من ذلك، أو نُجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل؛ نظرًا إلى أنّ ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلًا على الجملة، وإن كان مرجوحًا؛ فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأنّ ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشدّ من مقتضى النهي... وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصّحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك؛ دليل على الحكم بصحّته على الجملة... فالنكاح المختلف فيه قد يُراعى

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدخول؛ مُراعاةً لما يقتَرَنُ بالدخول من الأمور التي ترجُّحُ جانبَ التَّصحيحِ»^(٥٥٠).

فليس يخفى الضَّررُ البالغ الذي يستتبعه الحكمُ بالتفريق بين أزواج وزوجاتهن؛ بينهم أولاد وعشرة؛ فاقتضى هذا الضَّررُ إقرار هذا النوع من الأنكحة جرياً على أصلهم العتيد في رعي المصلحة الشرعيَّةِ المعتبرة؛ فللَّهِ ما أبدعَ هذا الفقه!!

٥-: تصحيح بعض البيوع المختلف فيها:

فالأصلُ في البيعِ الفاسد أن يفسخ ولا يترتب عليه أثره؛ جرياً على الاقتضاء الأصليِّ في البيوع الفاسدة، لكنَّ المالكيَّةَ رأوا أنَّ البيوع المختلف فيها إذا فاتت^(٥٥١)؛ فإنَّها تقرُّ ولا تفسخ^(٥٥٢).

ذلك أن الحكم الأصليَّ استتبع ضرراً؛ والضرر يزال؛ وفي ذلك قال الشاطبي: «... فيترك وما فعل... لأن ذلك أولى من إزالتها، مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي»، وقال دراز معقِّباً: «لأنَّه إذ ذاك - بعد الوقوع - تعلَّقَ به حقٌّ لكلِّ من المتابعين، وهو يقوِّي النظر في اعتبار دليل مصحِّح البيع المختلف فيه والبناء عليه، فيمضي بالثمن نفسه»^(٥٥٣).

() : (/ -) .

() :

(/) :

(/) .

() : (/) :

(/) :

() (/) :

هذه جملة من أمثلة مراعاة الخلاف التي عدلَ فيها المالكيُّ عن الاقتضاء الأصليِّ إلى اقتضاء تبعيٍّ؛ بعد وقوع الفعل؛ لكان المقتضيات المصلحيَّة التي استوجبت استثناءً، رفعاً للضرر وسيراً مع اتساق منطق الشرع ومقاصده الكبرى.

وبعد تبيان هذه المخطط الإجرائية بادياً وجه الاستثناء فيها، وعرض الشواهد التطبيقية للاستثناء وفق كلِّ خطة، يتقرر أن الاجتهاد الاستثنائي ليس دعوى تُطلق بعيداً عن الضبط والتحديد الذي يحاكم إليه المجتهد؛ كي يعصم اجتهاده من الزلل والمخاطة.

فهذه مناهج أصيلة معروفة في علم أصول الفقه، يكون المجتهد حال نظره الاستثنائي عند وجود مقتضياته؛ سائر على إحداها، تضبط له اجتهاده وتوجيهه، ولا شك أن لكلِّ خطة من هذه المخطط شروطاً وضوابط معروفة عند أهل الأصول، لا يعدُّ السائر على تلك الخطة في سير منهجي سليم إلا إذا تقيَّد بها وانضبط بضوابطها.

الفصل الرابع:

مسوغات الاجتهاد الاستثنائي، والقواعد الموجهة له:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مسوغات الاجتهاد الاستثنائي

المبحث الثاني: القواعد الموجهة للاجتهاد الاستثنائي

تمهيد:

سلف في طالع الرسالة الحديث عن الموقفين المختلفين تجاه الاستثناء، بين خارق لثوب الشريعة معطل لأحكامها، بدعوى الاستصلاح والاستثناء، وآخر يجمد على حرفية نصوصها، وليس يعترف بوجود استثناء ولا عدول عن مدلول النصوص الحرفي، وضاع الحق بينهما، فكلا طرفي الأمر ذميم، وخير الأمور الوسط.

ومن أهم أهداف الرسالة ضبط الاستثناء المشروع، بتبيان مسالكه ومظاهره وخطئه التشريعية وقد سلف ذلك والله الحمد، والآن يأتي بنا البحث إلى محور في الاستثناء هام وخطير؛ وهو بيان سواخ الاستثناء وموجبه، مع ذكر القواعد التي توجه المجتهد حال استثناءه وعدوله عن الأصل، وهي قواعد أصيلة معهودة لدى جميع من لهم دراية بالصناعة الفقهية.

ذلك أن هذا العدول؛ ليس اطراحاً للنصوص، ولا جعلاً للأحكام في مهبّ الريح والأهواء:- وإنما هو جريان مع معقوليّة التشريع، ووقوف مع علل النصوص ومناطقها التي أحالت هي ذاتها عليها، إمّا بمنطوقها أو بمعقولها مما حدّد له العلماء مسالك لتعيينه، أو هي صور من المحافظة على التطابق بين النصوص وأهدافها، واعتبار ظروفها الملازمة التي أسهمت في تشكيل مناط جديد لتلكم الوقائع؛ اقتضى عدولاً واستثناءً باختلاف خطئه وتنوع مسالكه.

ولذلك لم يصحّ الاستثناء هكذا؛ دون قيد ولا ضابط ولا مسوغ، إذ قد يدعي حينها من شاء ما شاء؛ ولن يعدم تحججاً بالضرورات ورفع الحرج والمشقات، سيّما وهذا تأصيل الاستثناء بين يديه:- لذلك جاءت هذه المسوغات وكذا القواعد الموجهة للاستثناء لتكون صامراً أماناً للاستثناء المبني عن دليل، ولصاحبه في سلوكه سواغ وتبرير، وتوجه النظر الاستثنائي ليكون على خطى المشروعات سائراً، ولمنهج التشريع متبعاً.

وأحبُّ الإشارة هنا إلى أمر التزمته في هذا المبحث؛ وهو أنني أحاول ما استطعت أن أمثّل بما سبق في الخطط أو الأدلة والشواهد أو في المسالك؛ وذلك ليستبين وجه إساغة الاستثناء فيها، وكيف كانت تلك الأمثلة موجهة بقواعد معروفة في الأدب الأصوليّ، ولا يخفى أنّ لذلك أثرًا بالغًا في استكمال النظرة ووضوح المنهج، لأنّ الإكثار من الأمثلة في مثل هذا الموضوع بقدر ما هو مطلوب، قد يثير إشكالاتٍ على الرائي والنّاظر، وتقليبُ المثال من جميع وجوهه يبيّن المراد أكثر؛ مما يعود على الفكرة بالترسيخ والاستبانة، ومع ذلك فلن يُعدّم الجديد في الأمثلة المسوقة.

المبحث الأول:

مُسَوِّغَاتُ الاجتهاد الاستثنائي:

تمهيد:

إن قوَامَ هذه المسوّغاتِ وركنَها الأصيلُ كونُ ذاكِ النَّظَرِ الاستثنائيِّ مبنياً على أمرين: ملاحظة عِللِ التشريعِ ومقاصده عند تفسيرِ النَّصِّ بإيقاعه في ضوءِ حكمته، وعند تطبيقه بالحرصِ على التّطابقِ بينِ النَّصِّ ومقصدِهِ أثناء التّزليلِ؛ فانّظم ذلكَ مطلبين اثنين وهما المسوّغُ الأولُ والثاني؛ وأجملَ ذلكَ الدرينيُّ بقوله: «الأحكام لم تشرع لذاتها بل شرعت لمعانٍ آخر هي المصالح.... ومقتضى هذا؛ أن تفسيرَ النَّصِّ، أو تطبيقَ حكمه... يجب أن يكون في ضوءِ حكمة تشريعه، وإلا كان التعسُّفُ والمناقضةُ لقصْدِ الشارِعِ»^(٥٥).

ثمَّ إنَّ النَّظَرَ الاستثنائيَّ يراعي جوانبَ هامّةً حال صدوره بالحكم الاجتهاديِّ هذه الجوانب لها الأثر في تقرير مكمِنِ العدلِ والمصلحة في تنزيل الحكم، هل يتأتى بإجرائه أو يستوجب استثناءً، وهذان الجانبان هما الخصوصياتُ الزّمانيةُ والمكانيةُ، وأحوالُ المكلفين:- فانّظم ذلكَ مسوّغين اثنين هما الثالثُ والرّابعُ.

وكُلُّ ذلكَ يُلحَظُ بجلاءٍ في وضعِ المشروعاتِ في ذاتِ الشَّرْعِ، فهي جاريةٌ هذا المجرى وسالكةٌ ذاكِ المضمار.

وسأعرض في هذا المبحث لتلك المسوّغاتِ بدءاً بمضمونِ المسوّغِ وأهميته، ثمَّ أعرض إلى كيفية كونه مسوّغاً للاستثناءِ والعدولِ عن الأصيلِ، وأختمُ بأمثلةٍ أوضّح فيها الاستثناءِ ووجهَ إساغته.

() : (/) .

واستباقاً لشيءٍ من التقرير؛ أشيرُ إلى أنَّ بعضَ الوقائع والأُمثلة قد يتداخلُ في تشكيلها أكثرُ من مسوِّغ، يستوجبُ استثناءها والعدولُ بها عن اقتضائها الأصليِّ، فتصلحُ مثالا في أكثر من مسوِّغ، ويستبينُ ذلك من خلالِ تدقيقِ النظر فيها والتحقيقِ في أمرها، وفيما يأتي بسط لتلك المسوِّغاتِ وأمثلتها؛ وجاء في أربعة مطالب:

المطلب الأوَّل: ملاحظة علة التشريع ومقاصده

المطلب الثاني: الحرص على ضمان التطابق بين نصوص التشريعية وغاياتها.

المطلب الثالث: مراعاة الخصوصيات الظرفية والشخصية.

المطلب الرابع: مراعاة أحوال المكلفين:

المطلب الأول: ملاحظة على التشريع ومقاصده:

الفرع الأول: الأحكام الشرعية غائية:

إن أحكام الشريعة تنعياً لتحقيق مقاصد وأهداف ومصالح جعلها الله ﷻ غاية لكل حكمٍ منها، بل ما شرعت الأحكام إلا وسائل لتحقيقها؛ يقول الشاطبي: «الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمورٌ أخرى؛ هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها»^(٥٥٥).

والأعمال هي متعلق الأحكام، فنتج عن ذلك لزماً أن تكون الأحكام غائية، تستهدف غايات أرادها الشارع من وراء تشريعها، وهذه المقدمة مبناه لتعليل الأحكام؛ أي أن أحكام الشريعة معللة بتحقيق مصالح العباد؛ أن كانت مبنية على العليل المتعقلة، ومنسوجة نسجاً تُشكّل فيه المعقولية والمناسبة الظاهرة لحمته وسداه.

وقد انتهى الشاطبي إلى أن المسألة قطعية لا يختلج العاقل فيها ريب، واستفيد القطع من الاستقراء -الذي يفيد حقا-، فقال: «ولا حاجة إلى تحقيق الأمر في هذه المسألة، والمعتمد إنما هو أننا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد، استقراء لا ينازع فيه الرازي ولا غيره»^(٥٥٦)، وقال البيضاوي: «الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصالح عباده؛ تفضلاً وإحساناً»^(٥٥٧).

ونصوص الكتاب والسنة طافحة بذلك، وصدق ابن القيم إذ قال: «والقرآن وسنة رسول الله ﷺ مملوآن من تعليل الأحكام بالحكم والمصالح... ولو كان هذا في القرآن والسنة في نحو مائة موضع أو مائتين؛ لسقناها، ولكنه يزيد على ألف موضع»^(٥٥٨).

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

ولهذا نقل الإجماع في المسألة غير واحدٍ من العلماء، فقد قال الآمدي: «أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو عن حكمة ومقصود»^(٥٥٩)، وقال الشاطبي: «الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق»^(٥٦٠).

الفرع الثاني: تعليل الأحكام:

لم أكن محتاجاً إلى إيراد الخلاف في المسألة بعد نقل الإجماع وثبوت الاستقراء؛ بيد أنه لناظرٍ في البحث - وكان قد مرَّ بالمسألة عند الأصوليين - أن يستشكل هذا النقل مع ما عُرِفَ من خلاف بين المعتزلة والأشاعرة والماتريدية في المسألة!! وليس بمشكلٍ ذلك والله الحمد. وخلفية الخلاف في بداءته هي آثار الجدل الطويل بين الأشاعرة والمعتزلة^(٥٦١).

ومع ذلك فالمسألة قاطعةٌ مجمعٌ عليها، ولا يفتُّ ذلك في عَضِدِها، ولو سلَّمنا أن متأخري المتكلمين خالفوا في التعليل فهم محجوجون بانعقاد الإجماع قبلهم من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين؛ فلم تظهر هذه القضية إلا بعد ظهور ما استُحدث بين المتكلمين من النظريات والمقولات الجدلية^(٥٦٢)، وحقاً هو إجماع السلف المتقدمين إذ الخلاف ظهر بعدهم، ولئن كان ذلك كذلك؛ فليس خرقٌ من تأخر من المتكلمين للإجماع بقادح فيه؛ بل هم المحجوجون به^(٥٦٣).

* وأما إنكارُ ابن حزم فهو في بعضٍ منه ينكر التعليل الفلسفي وقد مرَّ أن الفقهاء لا يقصدونه، وهو في الوقت نفسه يُثبت بعضاً منه يسميه سبباً وليس علة؛ لأنَّ العلة موجبة

() : (/) .

() : (/) : »

:« (/) :

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

لمعلولها ضرورةً خلافاً للسبب^(٥٦٤)، وفي طرفٍ من رأيه يبتعد ابتعاداً كبيراً عن القائلين بالتعليل؛ فهو لا يقرُّ من هذه الأسباب - أو العلل - إلا ما كان منصوباً، فلا يجوز الاستنباط في ذلك، وكذلك لا يجوز تعدية السبب إلى غير محلِّ النص، أي لا يرى القياس عليها، كما يُنكر أن يكون ثمة قصدٌ وحكمة وراء ربط هذه الأسباب بتلك الأحكام من حكمةٍ أو مصلحة، وإنما هي مشيئة الله وحسب^(٥٦٥).

وما أنكره ابن حزمٍ ممَّا سبق ليس يعتدُّ به؛ لأنه مسبوقٌ بالإجماع، ومعلوم أن خلاف الظاهرية فيما تعلَّق بالقياس غيرٌ معتبر، فقد قال الجويني: «فإن قيل: كيف يكون إجماع القائسين حجةً، وقد أنكر القياس طوائفٌ من العلماء؟! قلنا: الذي ذهب إليه ذوو التحقيق أنا لا نعد منكري القياس من علماء الأمة وحملَةَ الشريعة؛ فإنهم مباحثون أولاً على عنادهم فيما ثبت استفاضةً وتواتراً، ومن لم يزعه التواتر ولم يحتفل بمخالفته؛ لم يوثق بقوله ومذهبه»^(٥٦٦).

ومن عجب؛ أن الشاطبي لم يتعرَّض لخلافه في ذلك، ولعله كان إغراقاً في تنكُّر مقولته وإمعاناً في إمامتها؛ أن كانت مُغرقةً في البعد، لا حظَّ لها في الاعتبارِ نقلاً وعقلاً، فلا هي تسعد بنقلٍ في الأثر، ولا تُقبل من صحيح النظر، لذلك كان اعتبارُ العلل وابتناء الأحكام على مصالحٍ وحكمٍ متقررًا عند الأسلاف، وبقينا قطعياً عند أهل التحقيق من الأخلاف، وإذا استدَّ الناظر؛ استوى الأوَّل والآخر.

فإذا امتهدَ هذا؛ انقشع ما خيم من ظلام، وتكشفت الحجبُ عمَّا يذكر من خلاف لا حقيقة له، كيف؟! والقرآن نفسه ناهجٌ منهجٌ اعتبار العلل والحكم، نوع في بيان ذلك وغاير: فمرةً بذكر وصفٍ يترتب عليه حكمٌ يدور معه، وأخرى يقرن بين الحكم وسببه، وتارةً

(/) :

(/) :

(/) :

يُصْرِحُ بالتعليل، ويأمرُ بالشيءِ مُبَيَّنًا مُصَالِحَهُ، والسُّنَّةُ كذلك منطِقُها، وعلى هذا السَّنَنِ سار الصحابةُ ومن تبعهم رضي الله عنهم.

وفيهم قال شلبي: «سلكوا السبيلَ التي سلكها رسول الله ﷺ في تعليل الأحكام؛ ببيان أسبابها عند الحاجة، وتوسعوا في ذلك ولكن من غير مخالفة ولا عصيان، بل اعتقاداً منهم أنَّ شريعة الله ليست جامدة على المنصوص؛ حتى توقع الناس في إصرٍ أخبر الله أنه وضعه عنهم، أو تلجئهم إلى حرجٍ نفاه الله عنهم؛ من أجل ذلك دخلوا هذا الباب من نواح عديدة»^(٥٦٧).

الفرع الثالث: ملاحظة العلل والمقاصد مسوِّغٌ للاستثناء:

لما كانت الأحكام وسائلٍ لتحقيق مقاصد وغايات أرادها الله ﷻ، لم يصحَّ فهمُ نصوصِ الشريعة وأحكامها إلا مفسَّرةً بالمعاني والحكم التي شرَّعت لها؛ كي تُفهمَ على حقيقتها المرادة للشارع، وساعتئذٍ يستدُّ النَّظْرُ في تعميمها على محالها الحقيقية التي تشملها، وتُرفع حيث يرتفع معناها، وإن ظهر بادي الرأي أنها من مشمولاتها.

ويكون ساعتئذٍ غيابُ المعنى الذي لأجله شرَّع الحكم هو مسوِّغٌ هذا الاستثناء، ومدركٌ تغيير الحكم إلى آخر؛ يكون اندراج الحكم تحته أقرب إلى تحقيق مقصود الشرع، وأصلح لحال المكلف؛ يقول ابن عاشور: «فإنَّ الأسماء الشرعية إنما تعتبر باعتبار مطابقتها للمعاني الملحوظة شرعاً في مسمياتها... فإذا تغيَّر المسمَّى لم يكن لوجود الاسم اعتباراً»^(٥٦٨).

ذلك أنَّ حكمة التشريع هي روح النصِّ، وإذا فارقت الروح كيانها؛ كان الإبقاء عليه دونها لا يعمل عمله؛ وفي ذلك قال الدَّرِينِي: «الأحكام لم تشرع لذاتها بل شرعت لمعانٍ آخر

() : (/)

() : (/) .

هي المصالح... ومقتضى هذا؛ أن تفسير النص، أو تطبيق حكمه... يجب أن يكون في ضوء
حكمة تشريعه، وإلا كان التعسف والمناقضة لقصد الشارع»^(٥٦٩).

وما يهّمنا هنا هو الشقّ الأوّل من قوله وهو تفسير النص في ضوء حكمته، ليتناغم
الفهم ومقصد الشرع في الحكم، فالاستثناء لائح ساعة لحظ العلل والمقاصد في مظهرين:

١- ارتفاع علة الحكم الأصلي، فيقتضينا لحظ علة الحكم أن نسايره فيعدل عن
اقتضائه الأصلي متى ما ارتفع، ويعاود حكم الأصل إذا وجد معناه ثانية.

٢- علة مرتبطة بالأحكام الخاصة: تُشرع لاستصلاح أحوال خاصّة؛ يقول ابن
عاشور: «فلا يجدر بحال أن يكون معنى صلوحية الشريعة للبشر أن الناس يُحمّلون على
اتباع أحوال أمة خاصّة... ولا على اتباع تفرعات الأحكام والأقضية المراعى فيها صلاح
خاص... فتكون صلوحيتها مشوبةً بحرج، ومخالفةً ما لا يستطيع الناس الانقطاع عنه»^(٥٧٠).

وفي معنى ذلك الرخص والظروف الاستثنائية التي تعرض للناس، فتقتضي أحكاماً
تناسبها؛ فينبغي اعتبار ذلك في الاجتهاد، وقصره عليها وعلى ظروف مثلها هي في معناها،
سيراً مع معقولة التشريع، كالقياس على الرخص مثلاً.

وما دام الحكم معللاً بالمصلحة، فينبغي أن يكون ذلك ملحوظاً في عامّة الأحكام،
ليصحّ كونها منتسبةً للشرع، فهما وتفسيراً لمنطوقها، وتعميماً لمعناها وعلتها، ولذا قال
الشاطبي: «إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدينيوية، وذلك
على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء... فلا بُدّ أن يكون وضعها

() : (/) .

() : (/) .

على ذلك الوجه: أبدأً، وكتلياً، وعماماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين وجميع الأحوال؛ وكذلك وجدنا الأمر فيها والحمد لله^(٥٧١).

ومن عَجَبٍ؛ أن أمر لحظِ العلل كان مسلماً به عند صحابة رسول الله ﷺ، تطبيقاتهم تشهد بذلك بعد وفاته ﷺ، بل وفي حياته، فقد كانوا أحياناً يبدون آراءهم لما يتبين لهم وجه مصلحة ولو عنده ﷺ ثم هو يسددهم أو يقرهم وهم بعد ذلك متبعون، قال شلبي: «ولقد وجدنا أصحاب رسول الله ﷺ يعارضون أمره بما يترتب عليه من ضرر يلحق المسلمين بسببه؛ فيقرهم على ذلك ﷺ»^(٥٧٢).

وهم في الحقيقة لا يعارضون أمره بل هم - وإن ظهر للرائي بدءاً أن ذلك معارضة - فهو حقيقة الاتباع؛ إذ كانوا في ذلك متبعين لما علموه يقيناً من سيرته وهم يعايشونه من رفعٍ للخرج وجلب للصالح، ودليل هذا أنه يقرهم على ذلك.

وهنا أودُّ الإلماع إلى أمر هامٍّ، وهو أن إطلاق لفظ المخالفة والتغيير وغيرها من بعض أهل العلم؛ إنما هو لتوضيح الأمر وتبيين المدارك، ثم هو ردٌّ على عناد من كابر في كون الشريعة معللة وموضوعة على نحوٍ يجلب لأهلها الصلاح الآجل والعاجل -؛ وإلاً فنهجهم ذاك هو غاية الاتباع، وحقُّ الائتساء بنهج نبيهم ﷺ، كيف والشَّرع نفسه قد اعتبر تلك العلل في ما لا يحصى من الفروع؛ فغداً ذلك مسلماً في أذهانهم، وأصلاً يصدرون عنه في اجتهادهم.

فعن سلمة ﷺ قال: «خفت أزواد القوم وأملقوا؛ فأتوا النبي ﷺ في نحرٍ إبلهم فأذن لهم، فلقبهم عمرٌ ﷺ فأخبروه؛ فقال: "ما بقاؤكم بعد إبلكم؟!!" فدخل على النبي ﷺ فقال: "يا رسول الله ما بقاؤهم بعد إبلهم؟!!" فقال رسول الله ﷺ: «نادِ في النَّاسِ فيأتون بفضلٍ

() : (/) .

() : (/) .

أزوادهم»؛ فَبَسِطَ لَذَلِكَ نِطْعَ^(٥٧٣)، وجعلوه على النطع، فقام رسول الله ﷺ؛ فدعا وبرك عليه؛ ثم دعاهم بأوعيتهم فاحتى الناس حتى فرغوا ثم قال رسول الله ﷺ: «أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله»^(٥٧٤).

قال ابن حجر: «وفي حديث سلمة جواز المشورة على الإمام بالمصلحة وإن لم يتقدم منه الاستشارة»^(٥٧٥)، فعمر ﷺ رأى المصلحة ألا تنحر الإبل، وكان قد علم إذن رسول الله ﷺ في ذلك؛ لكنه عليم بأن هذه المواضع تخضع للرأي والمصلحة، وعاش رسول الله ﷺ فعلم من هديه ذاك؛ فلم يتردد في المشورة بخلاف ما أذن به ﷺ، وكان رأيه صائباً فقد أقره ﷺ بل واستحسنه^(٥٧٦).

وعلى ذلك يجب أن نُلحظَ علل التشريع ساعة تفسير نصوص الشرع، إذ هي بمثابة المرشد والهادي لحقائق تلك النصوص، والغفلة عن حكمة التشريع ومقصده، آيل إلى فهم مبتسرٍ سطحيٍّ خاطيٍّ؛ يقول الدريني: «لا يجوز أن يخالف الحكم عن حكمة تشريعه، تفسيراً وتطبيقاً؛ لأنَّ الحكم وسيلة غاية المصلحة المرسومة ولا عبرة بالوسائل إذا لم تحقق مقاصدها»^(٥٧٧).

الفرع الرابع: شواهد من الاستثناء الناجم عن لحظ علل التشريع ومقاصده:

١-: نهي النبي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي؛ ثم عاد فأذن فيه:

() :	:	(/) :
() :	:	(/) :
() :	:	(/) :
() :	:	(/) :
() :	:	(/) :

وقد سلفَ هذا المثال في الفصل الأول^(٥٧٩)، وأقصد هنا إلى بيان وجه إساعة الاستثناء انطلاقاً من لحظِ العلة والمقصد، وذلك أن الادخارَ كان مباحاً؛ ثم نهى عنه ﷺ، فيظهر بادئ الرأي أن الحكم قد نُسخَ وتغيَّرَ، ومن ثمة؛ استشكل بعضُ الصحابة ذلك بعد مضيِّ زمنٍ على النهي، إذ وقعوا في حرجٍ علموا أن الله ﷻ رفعه عنهم!!

فسألوه عنه، فقال رسول الله ﷺ: «وما ذاك؟» قالوا: نهيت أن تُؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدّافة التي دفت؛ فكلوا وادّخروا وتصدّقوا»^(٥٧٩).

وهنا يستبينُ بجلاءٍ أن لحظَ العلة والمقصد هو سببُ استثناء الحكم؛ أن كان نهيه ﷺ لعلّةٍ خاصّة، فلما زالت رجع الأصلُ، وفي جوابه الأوّل لما قال: "وما ذاك" إشارةً واضحة أن الأحكامَ ترتبط بالعللِ، وأن هذا عنده ﷺ شبهُ مُسلمٍ، وكأني به -بأبي هو وأمّي ﷺ - يفترضُ أن الأمرَ معلومٌ قارٌ، على الأقلّ لمن عايشه وخبرَ أقواله ﷺ وفعله، ولكن الصحابة الذين أعطوا مثلاً في الاتباع والافتداء، كانوا يتحرّون في دينهم ويسألون، لا جرم والنبي ﷺ بين ظهرائهم، ولكنهم لم يتوانوا أن يسيروا على منهج ربط الحكم بعلته، إذا اتضح لهم أن حكماً ما علته خاصّة نصّاً أو استنباطاً، واجتهاداتهم مصداق ذلك.

قال شلبي: «فيين رسولُ الله ﷺ السببَ الذي من أجله نهى، وهو التوسعة على الطائفة الفقيرة التي دفت على المدينة حينذاك، فلما زال السببُ؛ رجع الحكمُ إلى أصله من الإباحة»^(٥٨٠).

وهذا ما فهمه عليٌّ ﷺ فراح ينهَى عن الادّخارِ حين مرَّ النَّاسُ بضيقٍ، فقد أخرج الطحاويُّ عن عليِّ بن أبي طالب ﷺ أنه صلّى في العيدِ ثم خَطَبَ؛ فقال: «لا تأكلوا من لحوم أضاحيكم بعد ثلاثة أيام؛ فإن رسولَ الله ﷺ أمرَ بذلك»^(٥٨١).

() : (/) .

() (/) .

() : (/) .

قال الطحاوي في ذلك: «رسول الله ﷺ نهي عن لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام؛ لشدة كان الناس فيها، ثم ارتفعت تلك الشدة؛ فأباح لهم ذلك، ثم عاد ذلك في وقت ما خطب عليّ الناس؛ فأمرهم بما كان رسول الله ﷺ أمرهم به في مثل ذلك»^(٥٨٢).

فالأصل جواز الأذخار، بيد أن حال الجوع والمجاعة، وانعدام سبيل سداد الحاجة إلّا بلحم الأضاحي؛ يقوم مسوغاً لمعاودة الحكم الاستثنائي؛ بالنهي عن الأذخار.

ومما سبق ينجلي واضحاً أن المسوغ للعدول عن حكم الأصل هو ملاحظة العلة الخاصة التي كانت سبباً لتشريع الحكم الاستثنائي، فمتى ارتفعت عاد الأصل ومتى وجدت عاودنا الاستثناء.

٢- مشروعية النظر إلى المخطوبة:

المسلم مطلوب في الأصل بغض البصر؛ ولكن ثمة وضع استثنائي وهو حال الخطبة؛ أبيض النظر فيه ورخص فيه؛ فقد جاء في حديث المغيرة بن شعبة: أنه خطب امرأة؛ فقال النبي ﷺ: «انظر إليها؛ فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(٥٨٣).

فهذا الحكم الخاص بالخاطب اقتضته مراعاة العلة والمقصد من ورائه؛ فاستثني لما يرجى من مصلحة معتبرة، وهي بصريح قوله ﷺ: «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» أي أولى وأجدر أن يؤلف بين قلوبكما وتدوم الحياة السعيدة بينكما؛ إذ كان اختيار كل منكما بعد نظر ومعرفة بالآخر واقتناع بصلاحه له^(٥٨٤).

() :

(/) :

() :

(/) :

(/) :

فكان المسوّغ للعدول عن الأصل هو لحظ العلة والمقصد من وراء مشروعية النظر، قال شلبي: «فبين - ﷺ - السبب الباعث على حلّ النظر، وهو ما يترتب على النظر من محبة للزوجين، يعقبها وفاق دائم وألفة مستمرة»^(٥٨٥)، وهذا الحكم خاص بالخاطب لما يستجلب من مصالح معتبرة حال استثنائه من الأصل، فمقصد الشرع في دوام الأنكحة وابتنائها على الوداد، هو علة الجواز وهو مسوّغ الاستثناء.

٣-: جعل عمر ﷺ الدية على أهل الديوان بدل العاقلة:

في عهد عمر ﷺ دَوّن الدواوين ونظر إلى أهل الديوان الواحد نظرة المجموعة الواحدة، فغدوا يتناصرون بالديوان بدلاً مما كانوا عليهم من نصرة القبيلة، ومعلوم أنّ الدية على عهد رسول الله ﷺ كانت على العاقلة، وفي زمن عمر ﷺ جعل الدواوين، وصارت النصرة بها؛ فنقل الدية إلى أهل الديوان^(٥٨٦).

قال ابن عبد البر: «أجمع أهل السير والعلم بالخبر أنّ الدية كانت في الجاهلية تحملها العاقلة؛ فأقرها رسول الله ﷺ في الإسلام... حتى جعل عمر ﷺ الديوان... وأجمعوا أنه لم يكن في زمن رسول الله ﷺ ولا في زمن أبي بكر ﷺ ديوان، وأنّ عمر ﷺ جعل الديوان وجمع به الناس وجعل أهل كل جنديداً، وجعل عليهم قتال من يليهم من العدو»^(٥٨٧).

فهذا عمر ﷺ يلحظ علة جعل الدية على العاقلة، وهي تخفيف على الجاني المخطئ ومواساةً له، وأولى الناس بالتخفيف عنه والتكافل معه هم أقرباؤه وعاقلته؛ إذ يستنصرهم إذا احتاجهم، ويستعين بهم في أفراحه وأقراحه.

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

هذا المعنى تغيّر محله في زمنِ عمر رضي الله عنه فما تلكاً صاحبُ النَّظَرِ الثَّاقِبِ رضي الله عنه في تغيّر محلّها، وعدلَ بها عن اقتضائها الأصليِّ لتغيّرِ مناطِ ذلك؛ فجعلها على أهلِ الدِّيوانِ، ذلكَ أتمُّهم صاروا يتناصرون به، ويتكافلون به.

قال شلبي: «فنقل رضي الله عنه الدّية من العاقلة إلى أهلِ الدِّيوانِ، لما علم أنّها شرعت تخفيفاً على الجاني وأقرب الناس وأولاهم بتحمل ذلك من بهم النصرّة، فعل ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى، ودوران الحكم مع علته، وهو النصرّة»^(٥٨٨).

فهنا لما تغيّر محل النصرّة تغيّر المتحمّل للعاقلة تبعاً لذلك؛ وعدل عمر رضي الله عنه عمّا كان عليه الحال في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله، ومسوّغُ هذا العدول هو تغيّر العلة والمعنى، فلما انتقلت النصرّة من القبيلة إلى الدِّيوانِ؛ اقتضى ذلك عدولاً في مَنْ يتحمّل التّخفيف عن المرء، وأولاهم بذلك أهل نصرته.

وهذا المعنى قابلٌ للتغيير كلما استحدث وضع جديد في الهيئة الاجتماعية؛ لهذا قرّر بعضُ العلماء أنه لو كان اليوم قوم تناصروا بالحرفِ فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كانوا بالحلف فأهله، والنظر فيها متجددٌ يخضع لمستجدات الأحوال، ومسوّغُ هذا التجدد والعدول عن وضعها الأصليِّ؛ هو لحظُ المعنى والعلّة التي لأجلها وُضِعَ الحكم^(٥٨٩).

٤- تقديم العشاء على العشاء عند حضورهما جميعاً:

عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله قال: «إِذَا وُضِعَ العِشاءُ وأُقيمتِ الصَّلَاةُ؛ فابَدَّوْا بالعِشاءِ»^(٥٩٠).

() : (/) .

() : (/) : (/) :

() : (/) .

فالأصل أن يبادر المكلف بأداء الصلاة عند دخول وقتها ولا يؤخرها عن وقتها لكن هذا الحديث الصحيح أشار إلى أنه قد يسوغ الاستثناء من هذا الأصل، ويصير المطلوب تأخيرها لعلّة معيّنة أو وضع خاص يقتضي ذلك، وهو حضور الطعام عند النداء إليها كما جاء في الحديث، فالمكلف مطلوب بإكمال الصلاة على حقيقتها، وإتمام أقوالها وأفعالها من خشوع وطمأنينة؛ وأتى لمن كان يرى طعاماً يجد نفسه تائقةً إليه، وقد تعلق به قلبه وهو في حالة جوع وحاجة له: - أن يستحضر الخشوع ويستديمه () .

فكانت ملاحظة مقصد الشرع في الصلاة وعلتها مسوغاً للعدول عن ذاك الأصل؛ فالصلاة ليست طقوساً تؤدى دون معنى، ولا استحضار قلب، ولذا كان فقه بديع قول من خص هذا بمن يجد في نفسه حاجة للطعام وليس على إطلاقه؛ قال السندي: «وقيدوه بما إذا تعلق به نفسه وله حاجة إليه، وإلا يُقدم الصلاة»^(٥٩٢)، وعلى هذا؛ عدل عن الأصل إلى الاستثناء في ظرف خاص استثنائي سوّغه لحظ مقصد الشرع وحكمته؛ حتى يقبل على الصلاة وهو في راحة قلب، فيتم أفعالها وأقوالها بخشوع وطمأنينة.

٥- : مشروعية صلاة التراويح:

فلقد امتنع عليه السلام عن سنّها جماعة؛ خشية أن تفرض عليهم، وقال عليه السلام: «... فإنه لم يخف عليّ شأنكم الليلة، ولكنني خشيت أن تفرض عليكم صلاة الليل، فتعجزوا عنها»^(٥٩٣). لكن عمر رضي الله عنه وهو المحدث الملهم رأى الناس يصلون متفرقين في عهده، وعلّة امتناعه عليه السلام عن أدائها جماعة قد زالت، فكان لحظه هذه العلة مسوغاً للاستثناء من منعه عليه السلام لأدائها

() : (/) : (/) :

() : (/) : » :

« (/) :

() : " " : (/) :

(/) :

جماعة، فقد انقطع الوحي ولا مجال لأن تفرض على الناس؛ فقال عمر رضي الله عنه: «إني أرى لو جمعت هؤلاء على قارئ واحد؛ لكان أمثل»، فجمعهم على أبي بن كعب رضي الله عنه، ثم خرج ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم؛ فقال عمر رضي الله عنه: «نعمت البدعة هذه، والتي تنامون عنها أفضل من التي تقومون»^(٥٩٤).

فرأى عمر رضي الله عنه المصلحة تقتضي جمعهم على قارئ واحد، فأتحاد الصنفون إشعاراً بالتحاد القلوب، واتحاد الكلمة، علاوة على ما فيه من قطع تشويش تلك الجماعات عن بعضها حال تعددها، وهي خالية عن المفسدة المعارضة، فاقضى ذلك التغير تغييراً في الحكم ذاته وقام مسوغاً للاستثناء من الأصل وهو امتناعه رضي الله عنه عن أدائها جماعة^(٥٩٥).

المطلب الثاني: الحرص على التطابق بين النصوص وغاياتها:

الفرع الأول: مفهوم التطابق بين النصوص وغاياتها:

إن عملية الاجتهاد والنظر في الأحكام الشرعية تستدعي نظرين اثنين:

النظر الأول يتمثل في استكشاف الحكم الشرعي من النص، واستبانة مراد الشارع ومقصده في ذلك الحكم، وذلك بفهم النص على ضوء حكمة تشريعه، ونتيجة هذا النظر؛ حكم مجرد عام.

والنظر الثاني يتعلق بفهم الواقعة المعروضة في ظل ما يتلبس بها من ظروف تتعلق بشخصها وزمانها ومكانها.

وهنا يحتاج المجتهد إلى عملٍ تنسيقيٍّ، يوائم بين الحكم الشرعي العام المجرد، وبين الواقعة المعروضة بظروفها المختلفة، وينظر في انطباق تلك الواقعة واندراجها تحت القاعدة التي هي مضمون الحكم، ومعيار ذلك التطابق بين تلك الأحكام وأهدافها أو مقاصدها؛

(/) :

:

()

(/) :

()

ذلك أن ملاسبات الواقعة تدخل في تشكيل مناط الحكم، فيتحقق المجتهد من شمول الحكم العام المجرد لتلك الواقعة، ومدى حصول مقصده فيها، وهو ما يعرف بتحقيق المناط.

قال الشاطبي: «الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط... ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله... فالحاصل أنه لا بد منه بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم ومفتٍ» (١).

وعند النظر في التطبيق للحكم التكليفي المجرد على آحاد أفراد الواقعة يتوجب تحقق المجتهد من سلامة اندراج تلكم الأفراد تحت ذاك الحكم؛ فيكون مناطاً له مجريه عليه، يقول الدريني «لا بد من الاجتهاد بالرأي للمواءمة بين الحكم الشرعي المنصوص عليه، أو المجتهد فيه، وبين الواقعة المعروضة بعناصرها، وملا بساتها وظروفها، وللظروف المحتفة بالواقعة عظيم الأثر في تكييف التطبيق، والتبصير بمسالكه، بل وفي تشكيل علة الحكم الشرعي في تلك الظروف... وتكييف تطبيق النص على نحو لا يناقض هدفه ولا روح التشريع العامة» (٢).

أما وإن تعذر هذا التطابق عند التنزيل؛ فإن المجتهد يضطر إلى العدول عن الأصل، وهو وجه كونه مسوغاً كما سيأتي في الفرع الموالي، ولهذا صرح الشاطبي أن للأدلة اقتضائين بالنسبة للأحكام ومحالها، -أصلياً وتبعياً- والواجب على المجتهد استحضار ذلك في كل واقعة تعرض له، فقال بعد تقرير ذلك: «فلو فرض نزول حكم عام، ثم أتى كل من سمعه يثبت في مقتضى ذلك العام بالنسبة إليه، لكان الجواب -أي الحكم في حقه- على وفق هذه القاعدة» (٣).

() (/) : »

«

() (/) :

() (/) :

والغفلة عن هذا الاجتهاد التطبيقي الرامي إلى التنسيق بين الأحكام الشرعية ومحالها للتأكد من إثارة لغاياتها، وحصول التطابق بين النصوص وأهدافها-: آيل إلى إيقاع الحكم على غير محلّه؛ ويتخلّف عن النصّ مقصده، فلا يصحُّ نسبته بحال إلى الشرع، ونسبته إليه جناية على الشريعة السّامية الهادية، ورمي لها بما هي منه براء؛ يقول ابن القيم: «هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه؛ ما يُعلم أنّ الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»^(٥٩٩).

الفرع الثاني: الحرص على التطابق بين النصوص وغاياتها مسوّغ للاستثناء:

فالمجتهد حال ممارسته للعملية التنسيقية بين ما أفرزه تعقل النص الشرعيّ مفسّراً في ضوء مقصده وحكمة تشريعه، وبين الموضوع الواقعيّ المعروض-: قد يلحظ تطابقاً وامثالاً للمقاصد المرجّاة من الحكم في أرض الواقع ساعة تنزيله على الواقعة التي تدرج فيه بحكم الأصل؛ وههنا قد تحقق مناط الحكم فيها؛ فيجريه كما هو، وهذه عملية تحقيق المناط العام^(٦٠٠).

غير أن ثمة أحيان أخرى، لا ينصلح بها الموضوع المعروض بإجراء الحكم العام المجردّ عليه؛ فيتخلّف المقصد عنه، لنشوء ظروف وقرائن حقت بالواقعة المعروضة، تعذر معها التساوي بين الحكم التطبيقيّ والحكم التكليفيّ المجردّ؛ فههنا يتقاضانا اتساق منطق التشريع، ووجوب التطابق بين النصوص ومقاصدها-: إلى اجتهاد استثنائيّ، والعدول عن

() : (/) .

() : (/) : (/) :

(/) :

الأصل إلى ما تستدعيه الدلائل التشريعية الناشئة عند التطبيق، وفق مقتضيات المصلحة والعدل، وهذا ما يطلق عليه تحقيق المناط الخاص^(١٠١).

لهذا قال الشاطبي: «وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص، ممّا فيه هذا المعنى؛ حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً؛ لكن يُنهى عنه لما يؤوّل إليه من المفسدة. أو ممنوعاً؛ لكن يُترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة»^(١٠٢)

وهذا النظر الهامّ الخطير يسترشد بموجّه هامّ، يدلّه على مدى تحقّق التطابق بين النصوص الشرعية ومقاصدها في حالة الإجراء، أو تحلّفها عنها؛ فيستوجب الاستثناء-: هذا الموجّه هو قاعدة اعتبار المآلات، يقول السنوسي: «ومبدأ المآلات يعتبر من موجّهات هذا الاجتهاد-تحقيق المناط- وأسسها؛ لأنّ التعديّة الآلية لا تنتهض بتحقيق الثمرة النوعيّة له، ولا يمكنها التنسيق بين مقتضى الأحكام الأصليّة وما صدقاتها الخارجيّة»^(١٠٣).

وهذه العمليّة تعنى بالنظر في الاقتضاء التبعي للحكم ساعة تنزيله، من حيث تحقيقه لمقاصده المعيّاة من تشريعه، وذلك بملاحظة الإضافات الحكميّة والعوارض الطارئة، والملايسات التي احتفّت بالوقائع الاجتماعية المستأنفة؛ مما يشكّل مناط الحكم التبعي، وبناء على هذه الدراسة يقدر المجتهد نتائج هذه العمليّة.

وعلى هذا؛ فإذا أسفرت عملية النظر الماليّ عن توقع التطابق بين الحكم ومقصده المرجّي حال إجراء الحكم المجرد عليه-: أجري كما هو، وإذا أُنذرت بمفاسد رأبيّة على

() : (/ -) .

() : (/) .

() : (/) .

مصالح الأصل، أو تخلف المقصد عن حكمه؛ يضطر المجهد ههنا إلى العدول عن الأصل، وفي ذلك يقول العزُّ: «ولا شك أن الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها»^(١٠٤).

ذلك أن المساواة بين الحكم التطبيقي والحكم التكليفي هو مراد الشرع، وعدم تحقق التطابق بين الأحكام ومقاصدها حال تنزيلها؛ هو سواغ العدول عن الأصل وموجب الاستثناء.

وقد بين الشاطبي ضرورة بقاء الأحكام الشرعية على صفة المشروعية في ظاهرها وباطنها، مطابقةً بين منطلق تشريعها المبني على معنى وعلّة فيها، ومثول ذلك حال التطبيق، وإلا فهي على غير وضع الشريعة؛ فقال: «فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة»^(١٠٥)؛ فالفعل غير صحيح، وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات»^(١٠٦).

وذلك كذلك هنا، فبقاء المشروعية مع أول الفعل إلى المفسدة وهو لم يوضع لها ليس مقصوداً للشارع، وإنما قصد تشريعها على وضع تجلب فيه مصلحة، فلما تخلف ذلك المعنى اقتضى استثناء وعدولاً بالواقعة عن حكمها الأصلي إلى آخر يحصل فيه التطابق بين الحكم ومقصده.

« (/) : ()

(/) .

()

» : (/) : ()

« (/) :

وللدُّريني كلامٌ رائعٌ صريحٌ في كون عدم التَّطابق بين الحكم الشرعيِّ المجرَّد ومقصده حال التطبيق؛ مسوِّغاً ظاهراً للاستثناء، في قوله: «إذا عَجَزَت القاعدة النظريةُ -أو الحكم الجزئيُّ العامُّ المجرَّد- عن تحقيقِ العدلِ والمصلحة، إبان تطبيقها على بعض جزئياتها، لظروف ملابسة؛ بحيث أضحى تطبيقُ حكمها يفضي إلى التَّقْيِض من مقصودها، أو الغرض المرجوِّ من أصل تشريعها، أو إلى نتائج ضرورية راجحة، تستثنى تلك الجزئية؛ ليطبَّق عليها حكمٌ آخرٌ هو أجدَر بتحقيق العدلِ والمصلحة»^(١٠٧).

الفرع الثالث: شواهد الاستثناء الناجم عن الحرص على التطابق بين النصوص وغاياتها:

أولاً: قضاء النبي ﷺ في قصة سَمُرَةَ مع الأنصاريِّ ﷺ:

عن سمرة بن جندب ﷺ أنه كانت له عَصْدٌ^(١) من نخلٍ في حائطٍ رجلٍ من الأنصار، ومع الرجلِ أهله. فكان سمرة يدخل إلى نخله؛ فيتأذى به، ويشقُّ عليه؛ فطلب إليه أن يبيعه؛ فأبى، فطلب إليه أن يناقله؛ فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه؛ فأبى، فطلب إليه أن يناقله؛ فأبى، قال: «فهبه له ولك كذا وكذا» -أمراً رغبه فيه-؛ فأبى-: فقال ﷺ: «أنت مضارٌّ» وقال للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله»^(٢).

معلوم أن الاقتضاء الأصلي في الحقوق الحل والإطلاق وحرية التصرف، لكن الحقوق في الشريعة الإسلامية مزدوجة الصفة -فردية واجتماعية-، فلم تنظر للفرد على أنه وحدة مستقلة، وإنما اعتبره فرداً اجتماعياً، ووحدة إنسانية تعيش في إطار جماعي، تلك الصفة التي

() (/) .

() : (/) .

() : (/) .

(/ -) .

انسحبت على حقوقه الفردية؛ فكان المقصد منها مزدوجاً تنغيًا المصلحة الفردية بما لا يتناقض والمصلحة الاجتماعية العامة () .

فالفرد له حقوق فردية يرمي في استعمالها إلى تحقيق مصالحه الخاصة، وهذا معتبر ومكفول شرعاً، غير أنه حال تصرّفه فيها لا ينبغي له إلحاق الضرر بالمجتمع ذلك أن حق هذا الأخير ملحوظ في مشروعية الحق الفردي، بل وفي غايته وهدفه، يقول الشاطبي: «حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً» () .

وسمرة رضي الله عنه هنا لو ناقلها أو باعها يفرج عن أخيه الذي كان ينضّر بدخوله عليه، ومصالحته محفوظة بالمناقلة أو البيع، وهذا من مقاصد الحقوق في الشرع أن كانت لها وظيفة اجتماعية، لكنّه تمسك رضي الله عنه بما يخوّله له حق الملكية من سلطة، بالاقتضاء الأصلي () .

لكن التطبيق العملي يفرز تخالفاً بين الحكم الشرعي ومقصده إذا أُجري الحكم الأصلي على هذه الحادثة؛ فلم يُشرع الحق الفردي ليكون وسيلة ضرر بالغير، وإنما هو وسيلة للمصلحة الخاصة بما لا يُغفل المصلحة العامة ولا يخرمها، وتصرّف سمره رضي الله عنه هنا في حقه لم يراع هذه المعاني للحق الممنوح شرعاً، بل وقع خالياً عن مقصده وغايته، زيادةً عن كونه مُضراً بأخيه الذي له حق محفوظ شرعاً؛ فكان انحرافاً وحيداً بالحق عن هدفه وغايته.

فلأجل هذا كله؛ قال له النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت مضارٌّ" وأجبره على قلع نخله، واعتبره معسفاً في استعمال حقه؛ فكانت المناقضة بين الحكم وغايته مسوّغاً للعدول عن الاقتضاء الأصلي، إلى حكم استثنائي قضى به صلى الله عليه وسلم؛ محققاً للعدل في هذه القضية.

() : (/) .

() : (/) .

() : » - -

: « (/) :

(/) : (/) .

وهذا ما صار مقرراً عند أهل العلم؛ فقد قال أحمد: «كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر؛ يمنع من ذلك، فإن أوجب وإلا أجبره السلطان، ولا يضرُّ بأخيه في ذلك وفيه مرفق له» (٦٤).

وتحسن الإشارة هنا إلى أن اقتلاع النخلة كان تصرُّفاً من النبي ﷺ بحكم السياسة الشرعية، وإلا فالقضاء يقتضي التعويض أو المناقلة أو غيرها من أوجه التوفيق بين المصلحتين (٦٤).

وفي ظل المناقضة بين الحكم ومقصده يغدو الجري على مقتضى الأصل والقياس العام فاسداً، يقول ابن القيم: «وصاحب القياس الفاسد يقول: "لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها... لأنه تصرّف في ملك الغير بغير إذنه، وإجباراً على المعاوضة عليه"، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة... فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه» (٦٥).

ولما كان العلوُّ بالأصل والقياس العام فاسداً في ظل هذه المناقضة بين الحكم وغايته عند التطبيق؛ أمسى العدل والمصلحة في الاستثناء والعدول عن الأصل؛ بغية تحقيق التطابق بين الأحكام وأهدافها ساعة التنزيل.

ثانياً: قضية الضحّاك مع محمد بن مسلمة رضي الله عنه:

() : (/) .

() : (-) : (/) .

() : (/) .

وقد سبق تفصيل هذه القضية^(١)، ووجدنا قضاء عمر رضي الله عنه لم يجز فيه على وفق الاقتضاء الأصلي للحكم؛ إذ أن محمداً حرٌّ في استعماله لحقه، يأذن لمن شاء ويمنع من أراد؛ لكنَّ الفاروق الملهَم كان مُدْرِكاً أن الأحكام الشرعية لا تُبْتَرُّ عن مقاصدها وغاياتها، والحقُّ الفرديُّ إنما هو ممنوحٌ شرعاً ليستجلب مصلحة، وامتناعُ محمدٍ رضي الله عنه هنا من غير مصلحة تستجلب؛ تخلفٌ للمقصد المشروع من الحقِّ، علاوةً عن خرقه للمصلحة ذاتها؛ فهو انحرافٌ بالحقِّ عن غايته ومقصوده.

ذلك أن غاية الحقِّ كما سلف في الشريعة الإسلامية مزدوجة، ففيه المصلحة الفرديَّة، كما أن له وظيفة اجتماعيَّة، وهو هنا استعمله في غير مقصده المشروع، بل غداً مضرّاً بصاحبه الذي منعه الإمرار، فصار هذا مانعاً من إجراء الحكم الأصلي على هذه الحادثة؛ قال الدرينيُّ: «استعمال الحقِّ في غير ما شرِّع له مناقضة للشرع، ومناقضة الشرع باطلة، فما أدَّى إليها باطلٌ»^(٢).

فملاحظة عمر رضي الله عنه لانعدام التطابق بين حكم الأصلِ وغايته إبان تطبيقه على الحالة المعروضة-: اقتضاه إلى العدول عن الأصلِ إلى حكمٍ تبعيٍّ يكون أعدلَ وأجلب للمصلحة المشروعة، فالزومه بإمرار الماء، استثناءً من الحكم الأصليِّ؛ القاضي بعدم جواز التصرف في ملك الغير إلا برضى وطيب نفسٍ منه، إذ أنه ساعة أساء استعمال حقه وأوقعه مناقضاً لقصده الشرع فيه-: عدُّ مُعتسفاً في استعمال الحقِّ؛ أن كان امتناعه عن الإذن مُضراً بجاره، ولا يستجلب به مصلحة؛ بل على العكس له فيه منفعة.

ومن هنا؛ عدُّ عمر امتناعه محض إضرار، وهو اعتسافٌ وإساءةٌ في استعمال الحقِّ، ولم يشرع الله الحقوق لتكون معتصماً تلوذ به المضاربة، وتضفي عليها المشروعيَّة؛ لذا؛ قضى عمر رضي الله عنه للضحاك بإمرار الخليج على أرض محمد رضي الله عنه مع عدم رضائه؛ استثناءً من أصل حرِّيَّة

() : (/) .

() : (/) .

التصرُّف في الحق؛ لما آل الأمر إلى التعسف الذي يقع فيه التصرف خلواً عن غايته ومصلحته.

ثالثاً: اجتهاد عمر رضي الله عنه في سهم المؤلفة قلوبهم بعد عزة الإسلام:

والمؤلفة قلوبهم هم قومٌ يتألفون على الإسلام بما يعطون من الصدقات؛ ليُكفَّ أذاهم عن المسلمين، ويستعان بهم على غيرهم من المشركين، أو لاستمالة قلوبهم إلى الدخول في الإسلام () .

فلاحظ عمر رضي الله عنه أن الحاجة إلى تأليفهم هي في حال ضعف المسلمين، أمّا حال قوتهم وعزّتهم؛ فلا حاجة إلى هذا التأليف-: فرأى إيقاف سهم المؤلفة قلوبهم، بعد عزة الإسلام، بحضرة أبي بكر رضي الله عنه، وقد سلفت القصة كاملة عند الحديث عن الإيقاف؛ فقال -لمن كانا من المؤلفة قلوبهم-: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما والإسلام يومئذٍ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام؛ اذهبا فاجهدا جُهدكما...» () .

فعل ذلك بحضرة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولم ينكر عليه هو، ولا غيره من الصحابة رضي الله عنهم بل استحسّن صنيعه وارتضاه، وأجراهما على حكم عمر رضي الله عنه () .

فلما عزّ الإسلام، وقوي المسلمون؛ غدا إجراء الحكم في مثل هذا الظرف لا يؤدي مقصده، فقد انتفت فيهم صفة التأليف؛ لمكان عزة المسلمين وقوتهم-: فكان ذلك مسوّغاً للعدول عن الأصل وإيقاف سهمهم؛ قال الدريني: «فلم ينظر عمر رضي الله عنه بثاقب فكره إلى مجرد الحكم، بل إلى غايته أيضاً ولم يطبقه آلياً دون نظر واجتهاد... بل وازن بين علة الحكم

() : (/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) : (/) :
(/) : (/) : (/) : (/) :

وما تنطوي عليه من مصلحة عامّة نظرياً، وبين ما يفضي إليه تطبيق النص في هذه الظروف عملياً؛ فرأى أن المصلحة العامّة لا تقتضي التأليف في ذلك الظرف، فأوقف تطبيق الحكم لتخلف مقصده، إذ لا عبرة بالوسائل إذ لم تحقق المقاصد»^(٦١).

رابعاً: قضاء عمر رضي الله عنه في الزواج من الكتابيات:

فمنعه عمر رضي الله عنه رغم أن الأصل يقتضي حله بنص الكتاب لأنه لم يغدو محققاً لمقاصده؛ فهو إنما شرع ليكون المسلم قدوةً عمليّة في سموّ الخلق وعزة الإيمان، واستقامة المجتمع؛ مما قد يستميل الزوجة ويجذبها إلى أتباع دين زوجها، بيد أن عمر رضي الله عنه ألقى الزواج منهنّ في ذاك الظرف خلواً عن مقصده، وحكمة تشريعه قد تخلفت عنه، بل غداً جالباً لمفاسد وأضرارٍ فاتكة^(٦٢)، ممّا سوّغ له رضي الله عنه العدول عن الحكم الأصليّ إلى حكمٍ تبعيٍّ أقدر على تحقيق الصلاح، فحرصه على التطابق بين الأحكام ومقاصدها هو وجه إساعة هذا الاستثناء والعدول؛ يقول الدريني: «فإذا كان يؤدي هذا الزواج - في بعض الظروف - إلى نقيض هذه الحكمة^(٦٣) بالنسبة للمجتمع الإسلامي...؛ فإنه يُمنع، لمناقضة قصد الشارع»^(٦٤).

فهو في مثل الظروف الاستثنائية اقتضى اجتهاداً استثنائياً، أملاه وسوّغه لحظ التناسق والتطابق بين الحكم ومقصده حال تنزيهه الفعليّ على آحاد أفراد.

فتبدّى لنا واضحاً من خلال هذه الأمثلة كيف كان غيابُ التطابق بين النصوص الشرعية ومقاصدها سواغاً للعدول عن المقتضى الأصليّ للحكم إلى المقتضى التبعيّ الذي يقتضيه النظر التطبيقيّ الواقعيّ الرامي إلى فهم النصوص والأحكام في ظل غاياتها ومقاصدها.

() : (/) .

() : (/) .

()

() : (/) .

المطلب الثالث: مراعاة الخصوصيات الزمانية والمكانية:

الفرع الأول: ضرورة مراعاة الخصوصيات الزمانية والمكانية:

إنَّ الثمرة المرجَّاة من تنزيل الشرائع هي اهتداءُ حياة الناس بها في واقعهم العمليِّ باختلافِ جوانبه وشعابه، فكان واجباً على المجتهد الرامي إلى تطبيق الشريعة في واقع الناس-: أن يكون متبصِّراً بطروفهم وملابساتهم؛ لأنَّ التَّشريع الإسلاميَّ - وكذلك الحال في كلِّ تشريعٍ - لا يعمل في فراغ نظريِّ، وإنَّما التَّشريع للواقع بطروفه وملابساته، ذلك أنَّ التشريعات هي معالجةٌ لتلكم الوقائع وتنميةٌ لها، وارتفاعٌ بها في أسْمى درجات الرقيِّ الحضاريِّ^(٦٢٥).

ولأجل هذا؛ احتاج الناظر في أحوال الناس لاستصلاحها، وتنزيل أحكام الشريعة عليها، أن يكون ذا تقديرٍ عيانيٍّ للحياة الواقعيَّة، ولا شكَّ أنَّ عناصر الزمان والمكان تتكامل لتشكِّل نسق الواقع الذي يتغيَّر المجتهد إصلاحه، وإسعاد أهله، ومراعاة تفصيلات الواقع وتشخصَّاته الزمانية والمكانية مما يتوقَّف عليه سداد الاجتهاد التطبيقيِّ، وضمان نتائجه وتحصيل مقاصد الشرع فيه.

يقول السنوسي: «ولن يعني تجاهل الظروف الملازمة لمنطات الأحكام إلا العود على قيم العدل والمصلحة بالنقض والإبطال»^(٦٢٦)، فتغافل هذه المقوِّمات آيلاً إلى المروق عن أحكام الإسلام، مفضِّ إلى تنزيل الأحكام على غير محالِّها، يقول الشاطبي: «فهذه المواضع وأشباهاها مما يقتضي تعيين المناط لا بد فيها من أخذ الدليل على وفق الواقع بالنسبة إلى كل نازلة... وعند ذلك نقول لا يصح للعالم إذا سئل عن أمر كيف يحصل في الواقع إلا أن يجيب

() : (/) .

() : (/) .

بحسب الواقع فإن أجب على غير ذلك أخطأ في عدم اعتبار المناط المسؤول عن حكمه؛
لأنه سُئل عن مناط معين، فأجاب عن مناط غير معين»^(٦٢٧).

واعتبار الخصوصيات الزمانية والمكانية في النظر الاجتهادي يتجلى في مظهرين اثنين:
أولهما: تحقيق المناط:

وهو النظر في مدى انطباق الحكم المجرد على الواقعة في ضوء خصوصياتها الزمانية
والمكانية، وفيه قال الإمام الشاطبي: «معناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى
النظر في تعيين محله... ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال
المكلفين إلا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات... والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة،
وإنها تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله
ذلك المطلق أو ذلك العام»^(٦٢٨).

فعند النظر التطبيقي للحكم التكليفي المجرد على آحاد أفراده الواقعية يتوجب تحقق
المجتهد من دخول بعض الأفراد في نوع الحكم الذي بين يديه؛ فيكون مناطاً له يُجرى عليه،
ويخرج من ذلك ما قد يشبهه بادئ النظر أنه داخل في ذلك النوع أو الجنس وهو في الحقيقة
ليس كذلك^(٦٢٩).

وهذا النظر يشمل جميع الأحكام الشرعية سواء ما كان منها ثابتاً بنصوصٍ قطعية
الدلالة أو ظنيها، وما كان ملحقاً بالقياس والاستنباط والاجتهاد، ففقه التطبيق والنظر في
تحقيق المناط محتاج إليه في جميع الأحكام.

الثاني: الأحكام التي انبتت على أعرافٍ ومصالح متغيرة:

() : (/) .
() : (- /) .
() : (- /) .

إنَّ للواقع الإنسانيَّ منطقيًّا في الحركة والتغيير لا ينضب، فكثيراً ما يعترى مجريات الواقع تغييرٌ في عناصره الزمانية والمكانية، وثمة عدد من الأحكام الشرعيَّة مبنية على المصلحة والعرف، وهذه الأخيرة تتغير بتغير موجبها؛ وقد غدا ذلك قاعدة مقررة عند أهل العلم؛ يقول المقرئ: «كل حكمٍ مرتب على عادة فإنه ينتقل بانتقالها إجماعاً... فالمعتبر في ذلك كُله العادة، فإذا تغيرت تغير الحكم»^(١٣٠).

ويقول القرافي: «فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمُد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير أهل إقليمك يستفتيك؛ لا تُجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده؛ وأجره عليه، وأفتِه به، دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك؛ فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلالٌ في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين»^(١٣١).

فيجب لحظ الخصوصيات الزمانية والمكانية في تلك الأحكام؛ أن كانت مناط المصلحة فيها، توجد بوجودها وترتفع بارتفاعها، وقد أضحى ذلك يقيناً تنضح به ملكات العلماء العارفين بمناهج أئمتهم السالفين، فيجتهد مخالفاً لإمامه، ويجزم أن إمامه لو عاش؛ لما وسعه إلا تغيير اجتهاده؛ فهذا ابن أبي زيد القيرواني يتخذ كلب حراسة لما وقع حائط داره، وكان يخاف على نفسه من الشيعة؛ فليل له كان مالك ينهى عن ذلك؛ فقال: «لو أدرك مالك ﷺ زماننا؛ لاتخذ أسدا ضارياً»^(١٣٢).

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

وهذا ما صار يصطلح عليه: اختلاف وقت وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، ومن هنا اشتهرت القاعدة: "لا ينكر تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان"^(١٣٣).

الفرع الثاني: مراعاة الخصوصيات الزمانية والمكانية مسوغ للاستثناء:

قضت سنة الله في الكون أن الحياة الإنسانية في تغير دائم شامل يطال سائر الظروف والأحوال، يقرّر هذه الحقيقة ابن خلدون؛ فيقول: «إنّ أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاجٍ مُستقر؛ وإنّما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار؛ فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول؛ سنة الله التي قد خلت في عباده»^(١٣٤).

وهذه الأوضاع باختلاف عناصر الزمان والمكان فيها تُشكّل وقائع تتطلّب تشريعاً تهتدي به في جميع شعابها، وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية مغيّة بمصالح الخلق، على وضع كانت به صالحة لكلّ زمان ومكان، قادرة على مواكبة التحوّلات الظرفية المرتبطة بحركة الواقع في الزمان والمكان؛ فكان نتاج ذلك إضافة المصالح وارتباطها بالأزمنة والأمكنة والأحوال، تختلف باختلافها.

ذلك أنّ الوقائع باختلاف مكوناتها - زمانا ومكانا - تُسهم في تشكيل مناط الأحكام المتعلقة بها، يقول السنوسي: «ومن المعلوم أنّ الظروف - عامة كانت أو استثنائية - لها أعظم الأثر في تكوين نوعية الحكم... ويظهر أثر هذه الأهمية بصورة أجلى في الظروف الاستثنائية التي تجدّ للناس، وليس لها نظير سابق ولا للناس يمثلها عهدٌ، ويؤدّي الحكم فيها بمقتضى

() : (/) :

() : (/) .

الأصل إلى حرج ظاهر-: ففي مثل هذه الأحوال؛ يتعيّن على أهل الاجتهاد الالتفات إلى مآلات التطبيق، واعتبارها موجّهاً معيارياً للحكم المستأنف»^(٦٣٥).

فالوقائع تخضع لمؤثراتٍ مختلفة في تفصيلاتها وجزئياتها، قد تندُّ بعضها لخصوصية فيها -زمانية أو مكانية- عن أن تنصلح بالاقتضاء الأصلي لحكمها، ولا يتحقّق مقصدُ الشرع فيها بإجرائه كما هو، مما يستوجب عدولاً واستثناءً عن مقتضاها الأصلي، إلى حكمٍ واجتهادٍ استثنائيٍّ يكون أجدَر بتحقيق العدل والمصلحة.

ولا شكّ أنّ اعتبار المآل ولحظ نتائج الأفعال هو المنبئ بذلك؛ فمتى ما دلّنا اللحظُ المآلي على وجود مفسدٍ رابية على مصالح الأصل في ظلّ خصوصيات زمانية أو مكانية-: وجب على المجتهد العدول بواقعه -محل البحث- عن حكمها الأصلي إلى حكمٍ استثنائيٍّ يتواءم ومقصد الشرع في إصلاحها^(٦٣٦).

وفي ذلك يقول الدريني: «قد يحتفُّ بالواقعة أو الجزئية من الظروف والملابسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامة عليها، تلك النتائج التي قد تكون ضرورية، لا تنفق والمصلحة التي شرع أصل القاعدة لأجلها،... الأمر الذي يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الأصل العام، والحكم عليها بحكم آخر مناسب، بناءً على دليل أقوى من شأنه أن يحول دون الإفضاء إلى تلك النتائج غير المشروعة، أو قد يوقف تطبيق تلك القاعدة أو النص العام، ريثما تزول تلك الظروف؛ تجنباً لتلك النتائج التي لم يقصدها المشرع قطعاً»^(٦٣٧).

ولما كانت هذه المصالح إضافيةً تختلف بحسب الزمان والمكان والأحوال؛ كان لزاماً على المجتهد لحظ ذلك في اجتهاده؛ ليعصمه من الجنْف والحيد عن سواء السبيل، ويجذو به

() : (/) .

()

(/ -) :

: :

() : (/) .

حذو النسق التشريعي المتكامل؛ ويتطلب منه أن يكون في فتواه دائراً مع المصلحة الاعتبارية المشروعة، متبصراً بتغيّرات الوقائع والأحوال مما له صلة بتغيير المناط الذي يؤثر في تغيير الحكم تبعاً.

الفرع الثالث: شواهد الاستثناء الناجم عن اعتبار الخصوصيات الزمانية والمكانية:

١- ترك النبي ﷺ تجديد بناء الكعبة

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال لي رسول الله ﷺ: «لولا حادثة قومك بالكفر؛ لتقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه السلام؛ فإن قريشاً استقصرت بناءه، وجعلت له خلفاً»^(٦٣٨).

فإرجاع بناء الكعبة إلى أصله هو تغيير لمنكر - حتى يكون البيت قائماً على أسسه الأصلية -، لكنّ النظر المألّي الذي يتلمّس نتائج الأفعال، -وبفعل الخصوصيات الزمانية التي كان ينبىء بها الواقع وقتئذٍ- أسفر عن توفّع مفاصد كبرى جرّاء تغيير هذا المنكر، من نفور الناس من الإسلام، وخوف ردة بعض ضعاف الإيوان؛ أن كانوا يعظمون هذا البيت ويجرّمون الجراءة عليه، والسبب في ذلك خصوصية زمانية، وهي "حادثة عهدهم بالكفر"، وصرّح النبي ﷺ بكونها سواغ العدول عن الحكم الأصلي الذي يقضي بوجوب تغيير هذا المنكر^(٦٣٩).

جاء في تحفة الأحوذى: «ويستفاد من هذا الحديث ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة ومنه ترك إنكار المنكر خشية الوقوع في أنكر منه»^(٦٤٠).

(/) : ()

(/) :

(/) : (/) : (/) : ()

(/) : ()

وغدت تلك قاعدةً مقرّرةً عند أهل العلم، يقول ابن القيم: «إن النَّبِيَّ ﷺ شرع لأمته إيجاب إنكار المنكر؛ ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله ﷺ، فإذا كان إنكارُ المنكر يستلزم ما هو أنكر منه، وأبغض إلى الله ورسوله-: فإنه لا يسوغ إنكاره وإن كان الله يبغضه ويمقتُ أهله»^(٦٤١).

ومن هنا؛ لما أصيبت الكعبة على عهد ابن الزبير ﷺ بناه على ما سمعه من حديث عائشة رضي الله عنها، ذلك أن النبي ﷺ صرح بإمكان إعادته على قواعده الأولى؛ إذا اقتضاهم أمر لإعادة بنائه؛ فقد روى مسلم عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لها: «إن قومك استقصروا من بنيان البيت، ولولا حداثة عهدهم بالشرك أعدت ما تركوا منه؛ فإن بدا لقومك من بعدي أن يبنوه؛ فهلمي لأريك ما تركوا منه، فأراها قريبا من سبعة أذرع... ولجعلتُ لها بايين موضوعين في الأرض شرقيا وغربيا»^(٦٤٢).

بل لما أعاد عبد الملك بناءها - بعد مقتل ابن الزبير ﷺ - على ما كانت عليه في عهد رسول الله ﷺ، ثم بلغه الحديث قال: «لو كنت سمعته قبل أن أهدمه؛ لتركته على ما بنى ابن الزبير»^(٦٤٣).

٢- حرم مكة والمدينة:

عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ طلع له أحد؛ فقال: «هذا جبلٌ يحبُّنا ونحبه؛ اللهم إن إبراهيم حرم مكة وإني حرمت ما بين لابتيها»^(٦٤٤).

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

هذا الحديث صريح في كون كل من مكة والمدينة من الحرم وتنسحب عليه أحكامه لا يقطع شجره ولا يعضد شوكة ولا يتعرّض لصيده ولا يحل فيه القتال وغيرها، لكننا نجد الاستثناء يدخل في الحرم المكي فيجيز الإذخر لحاجة الناس إليه في سقف بيوتهم ولحد قبورهم^(٦٤٥)، فعند البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يُحتلّ خلالها ولا يُعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف»، فقال العباس: «يا رسول الله إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا؟ فقال: «إلا الإذخر»^(٦٤٦).

ومن عجب؛ أن أهل المدينة رخص لهم في أشياء غير ذلك لاختلاف الطبيعة المكانية؛ فيجوز أن يؤخذ من شجر حرم المدينة ما تدعو إليه الحاجة من اتخاذ آلة الحرث ونحوه كالمسند، وآلة الرحل من شجر حرم المدينة، كما يباح الحشيش من حرم المدينة للعلف^(٦٤٧).

وقد روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حرّم المدينة قالوا: يا رسول الله: إنا أصحاب عمل وأصحاب نضح^(٦٤٨)، وإنا لا نستطيع أرضا غير أرضنا؛ فرخص لنا فقال: القائمتان والوسادة والعارضة والمسد^(٦٤٩)، فأما غير ذلك فلا يُعضد ولا يخبط منها شيء^(٦٥٠).

(/) : (/) : (/) :
 : : :
 (/) : (/) : (/) :
 ... » : »
 : : «
 " : : : (/) :
 (/) : " : (/) :
 (/) : : (/) :

فاستثناء الحرم المكي وكذا الحرم المدني إنما سوَّغته خصوصيته المكانية وأبلغ من ذلك أن اختلف الاستثناء ان لاختلاف الخصوصيات المكانية في كلٍّ منهما، ومدرك الجميع حاجة أهل تلك البلدة.

قال ابن قدامة معللاً ذلك التمايز بين الحرمين مع أنها خاضعين لنفس الحكم بالاقتضاء الأصلي: «ولأن المدينة يقرب منها شجر وزرْع فلو منعنا من احتشاشها مع الحاجة أفضى إلى الضرر بخلاف مكة»^(٦٥١).

قال شلبي: «ومن أوضح الواضحات على أن الشريعة جاءت لجلب المصالح ودفع الحاجات؛ أننا نرى الشيئين يأخذان حكماً واحداً في الأصل ثم يدخل ذلك الاستثناء قلة وكثرة بحسب الحاجة ومقدارها»^(٦٥٢).

وبالموازاة فإنه من بديع هذا التشريع؛ أن يكون الأصل في شيئين واحداً ثم يدخل الاستثناء في كلٍّ بحسبه لاختلاف الخصوصيات المكانية.

فتبدى من هذا جلياً؛ كيف أن الخصوصيات المكانية تسيغ الاستثناء من الأصل، تطلباً لمصالح الناس ورفع الإصر والعنت عنهم، بل علاوة على ذلك تختلف في الاستثناء كماً ونوعاً تبعاً لاختلاف عناصر المكان كما هو متضح جلياً، فأنعم به من تشريع أمست دُررُ حكمته وجلالُ منطِقِهِ لدى العقلاء أشهر من نار على رأس جبل.

() : (/) :
«
»
(/) :
() : (/) :
(/) :
() : (/) :
() : (/) :

٣- امتناع النبي ﷺ عن قتل مردة المنافقين في بدء الأمر:

رعيًا لخصوصياتٍ زمنيةٍ من حداثة عهد الناس بالإسلام وعدم انتشار حقائقه بين الناس، وخوف نفور الناس من الإسلام. لكن لما تغير الزمان وأمنت هذه الذريعة؛ أوجب الله قتالهم، ولا بن عاشور نصٌ يجلي تلك الحقيقة عند تفسير قوله ﷺ: ﴿يا أيها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم﴾ (التوبة: ٧٣)، قال: «وهذه الآية إيدان للمنافقين بأن النفاق يوجب جهادهم قطعاً... وإنما كان النبي ﷺ ممسكاً عن قتلهم؛ سداً لذريعة دخول الشك في الأمان على الداخلين في الإسلام... فلما كثرت الداخلون في الإسلام، واشتهر من أمان المسلمين ما لا شك معه في وفاء المسلمين وشاع من أمر المنافقين وخيانتهم ما تسامعته القبائل وتحققه المسلم والكافر: - تمحضت المصلحة في استئصال شأفتهم، وانتفت ذريعة تطرق الشك في أمان المسلمين» (١).

فبان جلياً أن الخصوصيات الزمانية أثرت في الحكم واقتضت استثناءً وعدولاً عن الأصل، وعند رجوع الأوضاع الاعتيادية عاد الحكم الأصلي، مما ينبئ أن لها أثراً بيناً في تسويغ الاستثناء وكذا الرجوع عنه.

٤-: توظيف الضرائب عند الحاجة والضرورة:

من المسائل التي يلحظ فيها أثر الحاجة والمصلحة التي أملتها الخصوصية الزمانية في الاستثناء والعدول عن الأصل؛ مسألة فرض الضرائب على أهل اليسار؛ إذا ضاق بيت المال عن الوفاء بمستحقّاته؛ خاصة ما كان متعلقاً بنفقات الجيش الذي يحمي البلاد ويقوم على حفظ أمن الأمة.

وقد تناول العلماء هذه المسألة بالبحث والنظر؛ لا سيما أيام الضعف الذي بدأ يسري في كيان الأمة مما ضرى عليها الأعداء المتأخمين لها؛ فأفتى علماء المالكية كابن العربي

() : (/) : (/) : (/) : (/) :

والشَّاطِبيِّ وغيرهم؛ بوجوب فرض هذه الضَّرائب استناداً منهم إلى المصالح المرسلة التي تقتضي حفظ أمن الأُمَّة بكلِّ سبيل () .

والاقتضاء الأصليُّ يقضي بعدم وجوب شيء في المال غير الزكاة؛ فهذا مقتضى الأصل، لكنَّ المصلحة العامَّة أوجبت اجتهاداً استثنائيًّا؛ أمَلته الضرورات الزمانية تقاضت بعض أهل العلم إلى العدول عن الحكم الأصليِّ، فقد قال الشاطبيُّ: «توظيف الخراج على المسلمين من المصالح المرسلة ولا شك عندنا في جوازه وظهور مصلحته في بلاد الأندلس في زماننا الآن؛ لكثرة الحاجة... وضعف بيت المال الآن عنه، فهذا يُقطع بجوازه الآن في الأندلس» () .

فوجه المسألة أن الخصوصيات الزمانية في تلك الفترة اقتضت الفتيا بجواز فرض الضرائب في هذه الحال تحقيقاً لمصلحة ضروريَّة؛ ذلك أنَّ الجريَّ على الأصل من عدم فرضها آيلٌ إلى إضعاف قوَّة الدولة وتوهين شوكة الإسلام؛ وفي ذلك ما يجعل بلاد المسلمين عرضة للضرر والخطر؛ من استيلاء مباشر أو تبعيَّة للعدوِّ؛ وهذا ممَّا يُعلم قطعاً من شريعة الله السَّعيِّ إلى تلافيه؛ فما أدَّى إلى تحقيق قوَّة الأُمَّة واجِبُ الأخذُ به اعتماداً على الأصل القطعيِّ في الشَّرع الذي يُفيد بأنَّ من قصد الشَّارع أن تكون الأُمَّة قويَّة مرهوبة الجانب () .

فالمصلحة الشرعية في ظل تلك الخصوصيات الزمانية لائحةٌ بيَّنة تقاضت أهل العلم يومئذ في تلك البلاد أن يعدلوا عن الاقتضاء الأصليِّ إلى اقتضاء تبعيٍّ سوَّغته خصوصيات ذاك الزمان، مؤدِّاه فرض الضرائب على أهل اليسار استثناءً من الأصل.

٥-: قضاء عمر رضي الله عنه في قسمة سواد العراق:

()	:	(/)	:	(/)
()	:	(/)	:	(- /)
()	:	(/)	:	(- /)
()	:	(- /)	:	(- /)
()	:	(/)	:	(/)

الأصل أن تقسم الغنائم أخماسًا بما فيها الأراضي عملاً بعموم آية الأنفال، لكنَّ عمر رضي الله عنه لاحظ خصوصيةً زمانيةً في وقته، وقد كان عهد استوبلت فيه الفتوحات وكثرت، واتَّسعت رقعة الإسلام، وكثر أفرادها، ولا زالوا يتوافدون عليه بشتى طرق الدعوة آنذاك؛ فأُمسّت قسمة تلك الأراضي مآلاً ممنوعاً آيلةً إلى نتائج محذورة، وأضرار تلحق الأمة، فتصير الدولة عاجزةً عن تغطية حاجات أفراد المجتمع، وتأمين الرعاية الاجتماعية لضعفة المسلمين، ودفع رواتب الجنود المرابطين على الثُّغور، وكان عهد الفتوحات والمعارك المتوالية^(٦٥٧).

فرأى عمر رضي الله عنه في تطبيق الاقتضاء الأصليِّ بقسمة أراضي العراق التي فتحت عنوة؛ مآلاً ضرورياً يتعلّق بإهدار المصلحة العامة للأمة، جراء ملابسات ذاك الزمان - زمن استوبلت فيه الفتوحات وتكاثرت فيه المعارك-؛ فاستثنى هذه الأراضي ولم يُقسّمها على الفاتحين، وتركها للدولة يصرّفها الإمام في مصالح المسلمين العامة.

لذا؛ كان رضي الله عنه يقول لهم: «فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها، وأرض الشام بعلوجها؛ فما يسدُّ به الثُّغور؟! وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره»^(٦٥٨)، ويقول: «تريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيء... لولا آخر الناس ما فتحت قري إلا قسمتها»^(٦٥٩)، مبيّناً المضارَّ اللاحقة بالمسلمين والمرتبة على التقسيم في حاضرهم ومستقبلهم.

فكانت تلك الظروف والملابسات سواغاً للعدول عن الأصل، وقضى عمر رضي الله عنه بعد مشورة أصحابه رضي الله عنهم باستثناء هذه الأراضي من القسمة وبقيها ملكاً عاماً للمسلمين.

٥-: اختلاف البيئة وأثرها في بعض الأحكام:

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

إنَّ التباين في الأماكن وخصوصياتها له أثر في تشكيل مناطات الأحكام الشرعية، مما قد يستوجب عدولاً عن الاقتضاء الأصلي إلى اقتضاءٍ تبعيٍّ استثنائيٍّ نظراً لاعتبارات مكانيةٍ وزمانيةٍ، وذلك ملحوظ في نهج الشَّرْع ذاته، ومن ذلك:

١-: في إقامة الحدِّ على الجاني؛ فإنه لا يجوز حده في وقت البرد الشديد، ولا الحرِّ الشديد؛ بل يُلتَمَس الجَوْ المعتدلُ خوفاً من أن يهلك الجاني؛ وليس مقصود الشرع من الحدِّ إهلاك الجاني بل الانزجار والارتداع () .

وعلى هذا؛ ففي ظرف الحرِّ الشديد أو البرد الشديد يؤجَّل الحكم إلى حين عودة الظروف الاعتيادية استثناءً ظرفياً سوَّغه لحظُ الخصوصيات الزمانية والمكانية.

قال ابن رشد: «أما الوقت؛ فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض» () .

٢-: الجمع بين الصلوات للمطر والثلج وما في معناه؛ مما يجزُّ على المكلف مشقةً وحرَجاً (٦٦٣)؛ فقد ثبت أن النَّبِيَّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فِي لَيْلَةِ مَطِيرَةٍ (٦٦٣)، فإنَّ تلك الخصوصية الزمانية والحالية سوَّغت الاستثناء والترخيص، وأمثلة ذلك كثيرة.

ففي سابق الأمثلة المسوقة وجه الاستثناء جليُّ، لمكان تأثير خصوصيات زمانية ومكانية عند تنزيل الحكم؛ فاستقرَّ ذاك مسوَّغاً يجب على المجتهد لحظة ساعة اجتهاده؛ إذ قد يستوجب منه استثناءً وعدولاً عن الأصول.

المطلب الرابع: مراعاة أحوال المكلفين:

(/) :	() :
(/) :	() :
(/) :	(- /) :
(/) :	() :

الفرع الأول: مراعاة حال المكلف في تنزيل الأحكام:

المكلف محور التشريع ومتعلق أحكامه، وهذا الأخير ليس سائراً في الحياة على نحو يتطرّد في ظلّ تغيرات الأحوال وتقلبات الدهر وتصرفاته، وصدق القائل:

ثمانية تجري على الناس كلهم ولا بد للإنسان يلقي الثمانيه

سرور وحزن واجتماع وفرقة ويسر وعسر ثم سُقْمٌ وعافيه^(٦٦٤).

فهذه أحوال تُعرض لابن آدم على التّوارد، لا يسلم منها في الجملة أحدٌ، ولما كان التشريع واقعياً يتغيّر صلاح المكلفين في عاجلهم وآجلهم -: كان جائياً على وفق يرى فيه أحوال أولئك المكلفين، ويلحظ هاتيك التّعيرات، ولأجل ذلك كانت أحكامه عامّة مجردة، تحتاج حال تنزيلها على شخصٍ معيّنٍ إلى تحقيق المناط المتعلّق بكل فردٍ على حدّته، إذ لا إمكان للإفادة من النصّ العامّ المجرد ما لم ينزل على كلّ واقعة باختلاف تشخّصات فاعليها وتفصيلات ظروفها.

يقرّر ذلك الشاطبي في قوله: «الشريعة لم تنصّ على حكمٍ كلّ جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كليةٍ وعباراتٍ مطلقةٍ تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معيّن خصوصيةٍ ليست في غيره ولو في نفس التّعيين... وهو تحقيق المناط بعينه»^(٦٦٥).

من هذا المنطلق الواقعيّ الهامّ؛ كانت شرعة الإسلام البديعة ناظرةً في اختلاف تلك الأحوال تراعي أحوال المشقة والعجز والمرض والسفر، فأنت ترى الحكم يتغاير بين رخصة وعزيمة، والحكم يتعالى ويرتقي في سلّم الأوامر من حدّ أدنى إلى درجة كمال، فمن الوجوب إلى السُنّة الأكدية إلى الفضيلة والندب إلى طلب المقامات العالية، وفي النهي من

() : (/) .

() : (/) .

الحرمة إلى الكراهة إلى خلاف الأولى، ولا تزال الأمة في جميع مراحلها؛ منهم الظالم لنفسه ومنهم المقتصد، ومنهم السابق بالخيرات.

وأئني مجتهد لم يجز على اعتبار خصوصيات أشخاص المكلفين، ولم يعتبرها في اجتهاده؛ فقد وقع اجتهاده مجافياً للعدل، مجانباً لما طُلب إليه أهل الاجتهاد؛ لم يستحقّ الدخول في مصافّ المجتهدين ().

وقد فقه هذا النهج علماؤنا الكرام فاعتبروا تغيرات الأحوال موجبةً لأحكام مغايرة لما يقتضيه أصلها، وهو ما يعرف بمسائل صُغف الوازع وفساد الزمن، وسأعرضها في الفرع الموالي ذلك أنها من تجليات سوغ الاستثناء الناجم عن مراعاة أحوال المكلف.

وهنا أودُّ الإلماع إلى قضية دقيقة قد تلتبس على الناظر بادئ الرأي، فيرى فساد الزمن من الخصوصيات الزمانية، وليس ذلك كذلك -: بل هو من تغير حال المكلف، فالعبرة بحال المكلف وضعف وازعه وفساد حاله، لذلك يعبر عن نفس القضية بضعف الوازع، وفساد الناس، فمقصودهم بفساد الزمن فساد أهله، ومنطلق الفساد هو ذوات المكلفين وحالهم، فالعبرة بهم لا بخصوصية الزمن المجرد، فاقضى دقيق النظر إدراجَه في مراعاة أحوال المكلفين لا في الخصوصيات الزمانية.

ومن عجبٍ؛ أنا نلمس نفسية المكلف مراعاةً في تباين أنواع التشريع؛ فلما يرخص ويسهل لا يزيد عن الحكم وبيان المقصد أحياناً بالنص وأحياناً يتركه لاجتهاد النظار، أمّا حال طروق المنهيات خاصة منها ما استمكن من نفسيات الناس؛ يتدرج ويبيّن أضرارها ومفاسدها، ولا أصدق لذلك كالخمر مثلاً.

وقد أشار إلى ذلك شلبي فقال: «ولعلك تلمس من تغاير الأسلوب بين هذا التشريع () وغيره كتحرير الخمر مثلاً فرقاً مؤثراً... ففي تحريم الخمر أسهب في بيان

() : (/) : (/) : (/) : (/) .

()

المفاسد الناشئة عن شربها، اجتماعية ودينية... كل ذلك للتنفير منها وقد سكنت سويداء قلوبهم، وأمّا شرعية القصر فلم يزد على أن نفى الجناح، وهو مقام لا يحتاج لأكثر من هذا؛ حيث رخص وخفف بها يوافق النفوس في راحتها»^(١). فله ما أبدع هذا التشريع!!.

الفرع الثاني: مراعاة أحوال المكلفين مسوغ للاستثناء:

تقرّر أنّ المكلف تعثره أحوال متباينة مختلفة بحسب الظروف والملابسات المعيشة، بل هي في نفس الظروف قد تختلف من مكلف إلى آخر، فالنظر في الأحكام يقتضي إفراد كل شخص بتحقيق لحاله^(٢).

فليس من الفقه ولا من الدين مطالبة المكلف بالحد الأقصى للتكليف، وهو لا يطبق إلا الحد الأدنى، والمدى المطروح للتدين يتلاءم بحسب الحال التي عليها المكلف ابتداءً من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ (النحل: ١٠٦) إلى قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ (البقرة: ١٩٣)، تخليصاً للناس من العبودية وإزالة العوائق، وتحقيقاً لحرية الاعتقاد، والارتقاء بالإنسان إلى مستلزمات الحد الأعلى للتكليف^(٣).

فهذا مثال رائع على مراعاة حال المكلف، وكيف أنّها في بادئ الحال اقتضت استثناءً بيناً، وسوّغت عدولا ظاهرا عن الأصل؛ فأبيح الممنوع نظرا لحال الإكراه، وفي الموضوع ذاته طلب بالقتال لحماية الحريات العقديّة وتخليصاً للناس من عوائق حرية الاعتقاد، أو دفعاً لفتنة قوم تسلط عليهم ظالم وأبى إلا فتنتهم في دينهم، أو لإزاحة من وقف حجرة عشرة تُعيق طريق الدعوة^(٤).

() (/) .

() (/) .

() : (/ -) .

() : (/) .

فلم يترك اللهُ ﷻ أهلَ الحقِّ والإيمانِ عزَّلاً يُكافِحون قُوى الطُّغيانِ والشَّرِّ والباطلِ
اعتماداً على قُوى الإيمانِ في النُّفوسِ، وتغلُّلِ الحقِّ في الفِطْرِ، وعمقِ الخيرِ في القلوبِ، فالقُوَّةُ
المادِّيَّةُ التي يَمْلِكُها الباطلُ قد تُزلزلُ القلوبَ، وتفتِنُ النُّفوسَ وتُزيغُ الفِطَرَ؛ لذا شرَّعَ وَسيلةً
مُكافِئَةً لتلك الوسيلةِ فأذنَ للمؤمنينَ في القتالِ^(١٧٢).

والمكلفُ دائراً بين الحالين؛ حسب تقدير ظروفه وطاقاته التكليفية، وقدرته على
الاحتمال في كل ظرف وحال، يقول الشاطبي: «تحقيق المناط الخاصَّ نظراً في كلِّ مكلف
بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية... وهو النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه،
بحسب وقت دون وقت وحال دون حال وشخص دون شخص إذ النفوس ليست في قبول
الأعمال الخاصة على وزان واحد» فالنظر السليم في الأحكام يقتضي النظر فيما ينصلح به كلُّ
فردٍ بخصوصيَّاته، وإهمال ذلك وإغفاله بعدُّ عن مقصود ربِّ العالمين في وضع التشريع.

لذلك تابع قوله: «فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نُوراً يعرف به
النفوس ومراميها، وتفاوت إدراكها، وقوَّة تحمُّلها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو
ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها؛ فهو يحمل على كلِّ نفس من أحكام
النصوص ما يليق بها، بناء على أنَّ ذلك هو المقصودُ الشرعيُّ في تلقي التكاليف»^(١٧٣).

فذاك من صميم مقصود الشرع في تلقي التكاليف، ولا يتأتى العدول عن مقصود
الشرع في ذلك، وإلاَّ كان إيقاعاً للتكاليف لا على الوجه المشروع، وعلى غير مراد الشرع؛ بل
إننا نجد الشرع في أفانين أحكامه يرمي الخصوصيات والعوارض اللاحقة بحال المكلفين،
مما قد يستوجب استثناءً من الأصول كما سيأتي في الأمثلة.

() : (/) .

() : (/ -) .

قال السنوسي: «الترخيص في بيع العرايا والسلم واغتفار يسير الغرر، كل ذلك أمثلة على افتراض وجود أحوال تستوجب خصوصية حكمية تُستثنى بها من المقررات التشريعية العامة؛ درءًا للتعسف في حمل الناس على ما لا قدرة لهم عليه، ولا طاقة لهم على احتمالها، وهو نوع من البناء على الواقع الوجودي»^(٦٧٤).

ويتجلى الاستثناء ههنا في أمرين:

- ١- ما جاء من تشريعات خاصة استثنائية ورخص روعي فيها حال المكلف من عجز ومشقة وضرورة وحاجة، وهذا ملحوظ في التشريع نفسه وكذا في اجتهادات الأعلام.
- ٢- اجتهادات الصحابة والعلماء في استثناء بعض الأحوال نظرًا لتغير حال المكلفين وما اعتراهم من فساد في الدين وضعف للوازع.

وكان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه يقول: «تُحَدَّثُ للناس أفضية، على قدر ما أحدثوا من الفجور»^(٦٧٥)، أي تُستحدث أحكام جديدة للناس بقدر ضعف وازعهم وقلة دينهم؛ فيضيق عليهم في أمر كان لهم فيه سعة، وهذا تأصيل للاستثناء واضح جلي؛ لذلك علّق عليه القرافي قائلاً: «أي يُحدثون أسبابًا يقتضي الشرع فيها أمورًا لم تكن قبل ذلك»^(٦٧٦).

» : () : ()

. (/) : « - -

. (/) : (/) : ()

. (/) : ()

ولا غرو في ذلك؛ فقد رأوا هذا الأخير ملحوظاً في وضع التشريع الأصلي للأحكام؛ فمتى قوي الوازع خفت درجة الحكم، والعكس كذلك () .

ومن هنا؛ أفاد الفقهاء المجتهدون قاعدةً في اجتهادهم وإفتائهم مفادها أن للضعف الوازع الديني أثراً في تغيير الأحكام؛ فراحوا يطبقونها لا يجيدون عن سننّها؛ فكثيراً ما كانوا يتركون الإيجاب والإلزام إلى قوّة الوازع الملحوظ في زمانٍ ما؛ فإذا ما تغير ذلكم الوضع رأينا أهل المذهب ذاته يقرّرون أن مقتضى قواعدهم الإلزام والإجبار نظراً للضعف الوازع الذي كان ملحوظاً في عدم الإلزام، وعلى هذا يقاس التحريم وغيره؛ نظراً لما لحال المكلف من أثر في تشكيل مناط الحكم الذي يسوق إلى نتيجته.

الفرع الثالث: شواهد الاستثناء الناجم عن مراعاة أحوال المكلفين:

١-: الرخص التي لوحظت فيها المشقة اللاحقة بالمكلف أو الضرورة الملجئة، كجواز التلفظ بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، وكجواز الميتة والخنزير للمضطر في مخمصة وغيرها، وجواز التيمم للمريض العاجز عن استعمال الماء، وجواز الصلاة من قعود لمن لا يطيق قياماً، واجمع ليلة المطر والثلج والوحل، والفطر للمريض والمسافر وغيرها كثير () .

كل هذه الأمثلة وغيرها نلاحظ حال المكلف وما يعتره من ضرر ومشقة؛ سوّغت الاستثناء عن الأصل والعدول إلى تشريع تبعية استثنائي يتناسب وحاله التي هو عليها، وهذا كله من صاحب الشرع نفسه.

() : »

« :

(/ -) .

() : (/) : (/) : (/) :

((/) : (/) : (/) :

٢- خروج النساء إلى المساجد:

صحَّ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»^(٦٧٩)، فالأقتضاء الأصلي صريح من الحديثين السالفين في الدلالة على جواز خروج النساء للمساجد بل وعلى النهي عن منعهنَّ كما هو متَّضح () .

لكنه وبعد عهد النبوة تعيَّر حال النساءِ واستحدثوا ما لم يكن على عهد رسول الله ﷺ من وسائل الزينة والطيب عند الخروج، وقلة الستر وغيرها؛ ممَّا يُفْضِي إلى مفاسد من خروجهنَّ-: فرأت عائشة ؓ أنَّ تجتهد اجتهادًا استثنائيًا سِوَاغُهُ ذاك التغيُّر الطارئ الذي عرض على حال المكلفين في عهدها؛ فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت: «لو أدرك رسولُ الله ﷺ ما أحدث النساءُ؛ لمنعهنَّ المساجدَ كما مُنِعَ نساءُ بني إسرائيل»^(٦٨١).

فتغيَّر حال النساءِ وقلة السُّتر وتسرَّع كثيرات إلى المناكر شكَّل مناطا جديدا؛ استوجب اجتهادا استثنائيًا وسوَّغ العدول عن الأصل؛ أن كان الشرعُ غيرَ قاصد لتلك المفاسد التي انجرت عن تغيُّر الأحوال، بل هي رابيةٌ على مصلحة الأصل، واتساق منطق التشريع يقتضي الاستثناء هنا؛ هذا المنطق استحال يقينا في رُوع عائشة ؓ يجعلها تجزم أن لو عاش رسول الله لغيَّر الحكم على وفق اجتهادها كما هو صريح قولها، وصدقت في ذلك وبرَّت.

٣- حقُّ الارتفاقِ بين الجيران عند مالك - رحمه الله -:

سلف الحديث عن قضاء عمر ؓ في قصة الضحاك ومحمد بن مسلمة ؓ؛ وإلزامه لمحمد بن مسلمة فقال عمر: «والله ليمرن به ولو على بطنك» ففعل الضحاك ؓ () .

() : ﷺ : «

() : (/) : (/) :

() : (/) :

() : : (/) :

هذا قضاء عمر مفاده ثبوت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض: من حق إمرار الماء في أرض الغير أو استطرقتها، ما لم يلحق به ضرراً بيئياً، وإذا امتنع المالك عن ذلك أجبر قضاءً على تمكين جاره من الارتفاق () .

ولكن روي عن مالك - رحمه الله - أنه قضى في واقعة بعدم إجبار المالك على تمكين جاره من الاستطراق؛ رغم أن أصله يقتضي الإجبار ()؛ لكنه عدل عن أصله، واستثنى منه ساعة رأى تغيير أحوال الناس وفسادهم؛ كما صرح قائلًا: «وأخذ بها من يوثق به؛ فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب منه أولاً وآخراً، ولا يضرك؛ ولكن فسد الناس واستحقوا التهم؛ فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جري هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك» () .

فتعليقه جليٌّ بينٌ في إيضاح المسوغ للعدول عن قضاء عمر رضي الله عنه؛ وهو ما رآه من تغيير الناس وفساد ذمهم.

٤-: حق الملكية - عند الحنفية -:

المالك عند أبي حنيفة رضي الله عنه له حرية التصرف في ملكه مطلقاً، ولا يتقيد ذلك بعدم الإضرار بالغير، هذا هو الحكم القضائي وأما الإضرار بالغير ديانةً فممنوعٌ حرامٌ؛ لذا قلنا إن الإمام - رحمه الله - ترك تقييد هذا الحق للوازع الديني.

وفي ذلك يقول الكساني: «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه؛ إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

إذا تعلق به حق الغير؛... فنقول للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحي أو تنوراً... وإن كان يهين من ذلك البناء، ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه؛ لأنَّ الملكَ مُطْلَقٌ لِلتَّصَرُّفِ فِي الْأَصْلِ» هذا الحكم القضائي، ثم يُبيِّن أنَّ الحكمَ الدينيَّ يقضي بمنعه؛ فيواصل قائلاً: «إلا أنَّ الامتناعَ عمَّا يؤذِي الجارَ ديانةً واجبٌ؛ للحديث: "المؤمن من أمن جاره بوائقه"» () ().

ويمكننا القول إنَّ الحنفيةَ أطلقوا حريةَ التصرف للمالك - عملاً بموجب القياس - لأنَّ مقتضى حق الملكيةَّ يخوّل لصاحبه حريةَ التصرف في ملكه كما يشاء، ما دام في حدود ملكه الموضوعية؛ بيد أنَّنا نلاحظ الإمام أبا حنيفة ترك تقييده بعدم الإضرار بالغير للديانة اعتماداً منه على هيمنة سلطان العقيدة، وقوة الوازع الديني.

وعلى هذا؛ فإنَّ مقتضى مذهبه تقييدُ حقِّ الملكيةِّ إذا خفَّ الوازعُ وضعف بتغيُّر الزمن إذا اقتضت المصلحة ذلك؛ لذا وجدنا متأخري الحنفية أفتوا بتقييد تصرف المالك في ملكه بعدم الإضرار بالغير ضرراً بيِّنا^(٦٨).

فالتغير الحادث في أحوال المكلفين وقلة الديانة عندهم سوَّغ لهم العدول عن الأصل، ولم يكونوا مخالفين لمنهج الإمام ﷺ بل هم في ذلك سائرون على نسجه وأصوله، فالأمر كان متروكاً لديانة الناس، لكنَّ نشوءَ ظروف مستجدةٍ يخفُّ فيها الوازع ويقلُّ الدين؛ سوَّغت الاستثناءً واقتضت عدولاً عن الأصل.

ويؤكِّد ذلك الزيلعيُّ بقوله: «ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين؛ لم يجز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً

() : (/) .

() : (/) .

() : (/ -) .

ظاهراً فاحشاً لا يمكن التحرُّز عنه، والقياس أن يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة»^(٦٨٩).

فهذه أمثلة، وغيرها كثير؛ معلومة لمن خبر قنأوى أهل العلم أنهم كانوا يرعون لتغيرات أحوال المكلفين ونزناً، تجعلهم يسرون مع الأصول العامة متى ما استقام معها السير، حتى إذا نذت بعض الأحوال واستوجب استصلاحها عدولاً عن تلك الأصول؛ سوَّغ لهم ذلك عدولاً واستثناءً، لحظاً منهم لتغيرات أحوال المكلفين.

وفي آخر هذا المبحث يتجلى بوضوح أن الاجتهاد الاستثنائي ليست دعوى سيالة لا تنضبط، تحوّل لصاحبها أن يقول في شرعة الله ما شاء، يُجري ما شاء ويستثني ما يريد، أبداً لا!!! بل لها مسوغات معتبرة تبرّرها، وموجبات تستدعيها، متى وجدت ساغ الاستثناء وإلا فهو غير معتبر، ولم يكن عن الزلل والخطأ ببعيد، وهو محاكم إليها إن ارتجى سلامة الرأي وسداد النظر.

المبحث الثاني:

القواعد الموجهة للاجتهاد الاستثنائي:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: قواعد الضرر.

المطلب الثاني: قواعد الرفق والتيسير.

تمهيد:

وهنا يأتي بنا البحث إلى محطة رئيسة أيضًا؛ أن كانت سائرة في فلك ضبط هذا النوع الخطير من الاجتهاد، وحفظه من الانفراط والتسيب، وهي القواعد التي توجه الاجتهاد الاستثنائي، وهي قواعد أصيلة في الأدب الأصولي، وسيتجلى من خلال هذا المطلب وجه ارتباطها بالاستثناء وتوجيهها له، وقد انتظمت في مجموعتين ثنتين: قواعد الضرر، وقواعد الرفق والتيسير.

المطلب الأول: قواعد الضرر:

في هذا المطلب سأطرق بالبحث جملة من قواعد الضرر؛ التي تشظت عنها صدفة حديث النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦٩٠)، فمنها ما يعمل قبل وقوع الضرر يجتاط له بطريق الوقاية؛ يرفعه، كقاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وما يعمل بعد وقوع الضرر؛ يزيله ويمنع دوامه واستمراره؛ كقاعدة "الضرر يزال"، ومنها حاکمة حال تعارض المضرات، أيها يقدم في الأولويات، فالعامّة تقدم على الخاصة وهنا تعمل قاعدة: "يُتحمّل الضرر الخاصّ لدفع الضرر العامّ"، وفي تزامن المضرات الخاصة يزال الأشد بالأخف؛ للقاعدة: "الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ"، وقواعد للتقييد والضبط.

فالحاصل أن تلك القواعد بعضها مرتبط ببعض؛ تتكامل لتشكّل وحدة متناغمة؛ تتظافر لترفع لواء محاربة الضرر ونفي الفساد وحسم مادّته، وسأفتح الباب بتعريف الضرر ومشروعية إزالته باختصار، وبعدها أثنّي بإيراد هاتيك القواعد التي لها أثر في الاستثناء، مع شرح مجمل لها، في ظلّ بعض من تطبيقاتها، مبيّنًا وجه الاستثناء فيها:

() : (/) .

الفرع الأول: الضَّرُّ مفهومه، ومشروعيَّة رفعه:

أولاً: مفهوم الضرر: الضرر اسم من الضَّرَّ؛ وهذا الأخير يُفتح ويُضم؛ لغتان، وقيل: الضَّرُّ المصدر، والضَّرُّ الاسم^(٦٩١).

وفي الاصطلاح غالباً ما يطلق الفقهاء الضرر بمعنى: ضد النفع؛ فقد قال ابن العربي: «الضَّرُّ هُوَ الألم الذي لَا نَفْعَ فِيهِ يُوَازِيهِ أَوْ يُرْبِي عَلَيْهِ، وَهُوَ نَقِيضُ النَّفْعِ»^(٦٩٢)، فهو كلُّ ما يلحق مفسدة لا نفع فيها يوازيها أو يزيد عليها، وهذه المفسدة ممَّا تتعلَّق بالكليات الخمس، التي جاءت تكاليف الشريعة بحفظها؛ ومن هنا؛ يكون تعريف الضَّرُّ كالآتي: «الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير»^(٦٩٣).

ثانياً: مشروعيَّة رفع الضرر ودفعه:

ليس بخاف على من له بصيرة بوضع الشريعة أنها جاءت في تشريعاتها قاصدةً إلى تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل؛ والمصلحة لها شقان: شقٌّ وجوديٌّ وهو جلب منفعة، وشقٌّ عدميٌّ وهو درء مفسدة ومضرة.

وعلى هذا؛ فمنع الضرر ورفعها مما هو معلوم من الدين ضرورةً؛ وأدلتها تبلغ مبلغ القطع واليقين؛ فنصوص الشريعة مستفيضة في دعم هذا المعنى، وأصل هذه القاعدة بالتحديد: ما يُروى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضررَ ولا ضرارَ»^(٦٩٤)،

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

(/) :

() : " " :

(- /) : (- - -) :

(/) : " " :

(/) :

"لا ضرر ولا ضرار" يشمل القاعدتين: "الضرر يزال" و"الضرر يدفع قدر الإمكان"؛ سأستغني بهما وتطبيقاتهما عنها؛ أن كانت حاويةً لهما، وما تفرع عنهما بالضرورة هو من مشمولاتها.

وقد سبق أن الضرر في الشريعة منتفٍ لا يجوز إيقاعه بغير وجهٍ حقٍّ، وهذه القاعدة تعمل في إزالة الضرر بعد وقوعه، فتمنع استمراريته ودوامه، ولهذا القاعدة أهمية كبيرة في التشريع أن كانت فرعاً من فروع ذلك الأصل الوثيق الذي بُنيت عليه أحكام الشرع وهو جلبُ المصالح ودرءُ المفاسد فهذه القاعدة تمثل الحفاظ على المصلحة من جانب عدم بدرءِ المفاسد^(٧٠٢).

وهذه القاعدة من أصول قواعد رفع الضرر قال الزرقا: «وهذه هي القاعدة الثانية من القواعد الثلاث الأصول المسوقة بشأن الضرر من حَظَرِ إيقاعه، ووجوب إزالته بعد الوقوع... وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع»^(٧٠٣).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- رجعة الضرار:

قال الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (البقرة: ٢٣١).

وفي ذلك قال الطبري: «ولا تراجعوهن إن راجعتوهن في عددهن مضارةً لهن؛ لتطوّلوا عليهن مدة انقضاء عددهن، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتوهن؛ بطلبهنَّ

()

: (/) .

() : (/) .

الخلع منكم؛ لمضارَّتكم إياهن - بامساككم إياهن ومراجعتكموهن -؛ ضرارًا واعتداءً»^(٧٠٤).

والرجعة من المباحات، بل هي من المستحسّنات أن يرجع الرجل زوجته؛ ليحفظ عائلته وتستمرّ علاقتها في تحقيق مقاصد الشرع في النكاح؛ بيد أنّها صارت محرّمة لما تعلّق بها قصد الإضرار؛ إذ أن الضرر ممنوع في الشريعة^(٧٠٥).

لذلك قال بعض أهل العلم وهو قول عند المالكية ورواية عند الحنابلة، أنّ من راجع المرأة من غير مسيس ثمّ طلقها قصدًا إلى مضارّتها بتطويل العدة؛ فإنها تبني ولا تستأنف، إذ أنّ "الضرر يُزال"^(٧٠٦)، وفيه قال ابن تيمية: «ذلك نصّ في أن الرجعة إنّما ثبت لمن قصد الإصلاح دون الضرر»^(٧٠٧).

قال القرطبي: «الرّجل مندوبٌ إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما؛ فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من ربيعة النكاح فمحرّم»^(٧٠٨).

فهذا الاستثناء بيّن إذ أن الرجعة حقّ مباحّ له لكنّه أضحى ممنوعًا محرّمًا عليه لما قصد الإضرار، والضرر منتفٍ في الشرع؛ ويزال إذا وقع، للآية والقاعدة تقضي بإزالة الضرر.

		(/) :	()
:	(/) :	(/) :	()
		(/) :	(/) :
		(/) :	(/) :
		(/) :	(/) :
		(/) :	(/) :
		(/) :	(/) :

٢- وصية الضرار:

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ (النساء: ١١).

فالوصية من التبرعات المندوب إليها لكنها صارت محرمة أن تلبست بقصد الإضرار بالورثة، بل قال ابن عباس رضي الله عنهما: «الإضرار في الوصية من الكبائر ثم تلا هذه الآية»^(٧٠٩).

وعلى هذا لم تجز تلك الوصية ولو كانت للأجنبي في حدود الثلث؛ إذا قصد بها المضارة؛ استثناءً من أصل استحبابها، أن تلبست بقريضة الإضرار؛ بل هناك رواية عن مالك - رحمه الله - أن هذه الوصية ترد^(٧١٠)، وقال ابن رجب: «وقيل: هو قياس مذهب أحمد»^(٧١١)، فالضرر يزال، ويستثنى هذا من الأصل القاضي بجواز تصرفه بملكه للقاعدة الأنفة التي توجب إزالة الضرر.

٣- بيع المضطر:

وذلك بأن يكون الرجل في حاجة ماسة تلجئه اضطراراً إلى بيع الشيء بأقل من ثمنه لحاجته إلى المال، بغية سد بعض الضرورات المعاشية^(٧١٢)؛ قال ابن عابدين ممثلاً له: «بأن اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغين فاحش»^(٧١٣).

() : (/) .

() : (/) : »

() : (/) : « " " ﴿ ﴾ :

() : (/) .

() : (/) : (/) :

() : (/) .

وقد اعتبره الحنفية فاسداً؛ ذلك أن الرضا قد شابه شائبة الإكراه، ولو سرنا على الأصل والقياس العام فالعقد واقعٌ بشروطه وأركانه، فهو باع برضاً منه ولا إكراه عليه في الظاهر، بيد أن حافّات الظروف التي تلبّست بالعقد دلّتنا على وجود اضطرارٍ وحاجة ملجئة^(٧٤).

فالأصل صحة العقد لوقوعه تاماً الأركان والشروط، والتمسك بالأصل هو مُدرَك من صحح العقد من الجمهور كالمالكية والشافعية والحنابلة^(٧٥)، بيد أن الحنفية رأوا أن الاضطرار قرينة مؤثرة تلجئنا إلى نوع من العدول عن الأصل والاستثناء؛ للقاعدة القائلة: "الضرر يزال"؛ فلا يصحُّ البيع إلا إذا كان البيع بالثمن المعتاد ممّا لا يتابه غبنٌ فاحشٌ، رفعاً للضرر والضيم عن المضطر^(٧٦).

ولأجل ذلك قال ابن تيمية - في شراء المضطر وهي نظيرة مسألتنا وشبيهتها - : «وكذلك المضطر الذي لا يجد حاجته إلا عند هذا الشخص؛ ينبغي أن يربح عليه مثل ما يربح على غير المضطر؛ فإنّ في السنن أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر^(٧٧)، ولو كانت الضرورة إلى ما لا بد منه؛ مثل لو يضطر الناس إلى ما عنده من الطعام واللباس فإنّه يجب عليه أن لا يبيعهم إلا بالقيمة المعروفة»^(٧٨).

() : (/) : (/) .

() : (/) : (/) .

(/) : (/) : (- /) .

(/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

٣-: بعض حالات التعسف في استعمال الحقّ ممّا يلحق بالغير ضرراً:

فهو وإن تصرف في حدود ملكه الذي يخوّله له القياس العام، والاختصاص الأصلي، إلاّ أنه ساعة أفضى إلى إيقاع ضررٍ بالغير؛ فإنّ القاعدة تعمل عملها في العدول عن الأصل واستثناء هذه الحالة - وهي حالة إلحاق الضرر بالغير -؛ فيُمنع من ذلك لأن القاعدة تقول: "الضرر يزال"، ومثال ذلك:

أ-: من فتح نافذة وطاقه تشرف على جاره يتضرر بها وينكشف؛ فإنّه يُجبر على غلقها وسدّها؛ كما هو مذهب مالك وأحمد^(٧١٩)، قال عيش: «ومن فتح في جداره كُوَّةً أو باباً يضر بجاره في الإشراف عليه منه؛ مُنِع»^(٧٢٠).

وهذا متصرف في خالص ملكه والأصل والقواعد العامّة تبيح له إحداث الشرفات والطيقان؛ لكنّه لما أضرّ بجاره عدّ معتسفاً مسيئاً في استعمال حقّه، وهنا يجيء الاجتهاد الاستثنائي ليقضي العدول عن الأصل، وفق القاعدة التي تقول: "الضرر يزال"، التي عملت عملها بطريق الاستثناء، وقضت عليه بوجوب سدّ ما فتحه في جداره أن كان مضرّاً بجاره.

الفرع الثالث: الضرر يدفع قدر الإمكان^(٧٢١):

وهذه القاعدة تمثّل الدور الوقائيّ لقواعد الضرر، فإنها تفيد وجوب دفع الضرر، المتوقّع قبل الوقوع بكلّ الوسائل، وجميع الإمكانيات المتاحة، فوضع الفقهاء هذه القاعدة بغية قمع الضرر ونفيه، وحسم مادّة الفساد، واجتثاث شأفته^(٧٢٢).

(/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :
 (/) : (/) : (/) :

وهي من متعلقات الاستثناء؛ إذ أنه قد يستدعي دفع الضرر العدول عن بعض الأصول، سيراً مع مبدأ رفع الضرر الذي يؤيده أصل وضع التشريع، ومبدأ سدّ الذرائع قائمٌ على هذه القاعدة، وكثيرٌ من تطبيقاته تدرج فروعاً للقاعدة؛ وسيأتي مزيد إيضاح في الأمثلة الآتية مما يعتبر فروعاً للقاعدة:

١-: حقّ الشفعة:

والمقصد من ثبوت حق الشفعة إنما هو دفع الضرر المتوقع في الشركة بتكثير الشركاء؛ قال ابن عابدين: «إن ثبوت حق الشفعة للشفيع... إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع»^(٧٢٣).

وهي جائزة على خلاف الأصل استثناءً؛ إذ الأصل أن المرء يتصرّف في خالص ملكه كيف شاء، يبيع لمن شاء، ولا قيد عليه في ذلك؛ لكنّه لما كان في تصرّفه يبيع نصيبه في شركة قد يلحق الضرر بشريكه عدلٌ عن الأصل؛ للحدّith والقاعدة التي معنا.

وقد قال ابن القيم: «من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة؛ ولا يليق بها غير ذلك فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين... ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب؛ فإنّ الخلطاء يكثر فيهم بغيّ بعضهم على بعض؛ شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر: بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه وبالشفعة تارة... ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد»^(٧٢٤).

ولذلك عدّها بعض الباحثين في تقاسيم الحقوق من جملة الحقوق التي شرعت لدفع الضرر المتوقع^(٧٢٥)، كما ذكرها كثيرون ممن صنفوا في القواعد من تفرّعات هذه القاعدة^(٧٢٦).

(/) . ()

(/) : ()

(/) : (/) : (/) :

(/) : (/) : (/) :

(/) : (/) :

٢-: مشروعية الحجر على المدين المفلس:

والمفلس هو المدين الذي لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود؛ وسُمِّيَ مفلسًا وإن كان ذا مال؛ لأنَّ ماله مستحقُّ الصَّرف في جهة دينه فكأنَّه معدومٌ، وهو ممنوع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به^(٧٢٧).

فإنما شرع الحجر على المدين المفلس لمكان تعلق حقَّ الغرماءِ به، وللضرر اللاحق بهم من جراء إطلاق يده في ماله الذي لا يستغرقه الدين، فإن طالبوا بالحجر عليه؛ يحجر عليه^(٧٢٨).

ولعل العدول عن القياس في مثل هذا واضح جليٌّ، والاستثناء بين؛ ذلك أن الأصل يقتضي إطلاق يد المالك في ملكه يتصرَّف فيه بحريَّة؛ إذ ذاك من مستلزمات الملك؛ لكنَّه حال تلبُّسه بالدين أضحي في إجراء الأصل وإطلاق تصرُّفه إضرارًا بغرمائه؛ فعُدل عن الأصل استثناءً للقاعدة التي تقول: "الضرر يدفع قدر الإمكان"^(٧٢٩).

وأعجب منه وأبدع في التفقُّه، الحجر على السفية؛ أن كان ملحقًا للضرر بنفسه-: فيستثنى من الأصل دفعًا للضرر أيضًا، فهي قاعدة هامة من قواعد دفع الضرر وتمثل الدور الوقائي له؛ قال الزرقا: «وكذلك أنواع الحجر؛ شرَّعت توقيًا لوقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور، وتارة لغيره، فإنَّ مَنْ وَجَبَ حَجْرُهُ إذا ترك بدون حجر قد يضرُّ بنفسه وقد يضرُّ بغيره»^(٧٣٠).

(/) : (/) : ()

(/) : (/) : ()

(/) : (/) : ()

(/) : (/) :

(/ -) :

الفرع الرابع: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف^(٧٣١).

وللقاعدة مرادفاتٌ أُخرٌ منها: "يُختارُ أهونُ الشرِّين وأخفُ الضررين"^(٧٣٢)، ومنها:
 "إذا تعارضت مفسدتانِ رُوعي أعظمُهما بارتكاب أخفِّهما"^(٧٣٣)
 وهذه القاعدة من جملة المقيّدات للقواعد الأصل في رفع الضرر؛ فلا شكَّ أنّ إزالة
 الضرر قد يترتب على إزالته ضرر، ومعلوم أنّ الضرر لا يزال بالضرر، لكنّ هذا التزاحم لا
 يخلو من حالين:

١-: ضررٌ خاصٌّ مقابل ضررٍ خاصٍّ؛ أو عامٌّ مقابل عامٍّ، وتحكمه قاعدتنا هذه^(٧٣٤).

٢-: ضررٌ خاصٌّ مقابل ضررٍ عامٍّ؛ تحكمه القاعدة الموالية.

ومفاد القاعدة أنّ الأضرار الخاصّة حال تعارضها؛ يرتكب أخفّها لدفع أعظمها،
 وهي قاعدة الترجيح بين المفسد المتفاوتة؛ قال الفتوحى: «إذا دار الأمر أيضا بين درء إحدى
 مفسدتين؛ وكانت إحداهما أكثر فسادا من الأخرى؛ فدَرءُ العليا منها أولى من دَرءِ غيرها،
 وهذا واضح يقبله كلُّ عاقلٍ، واتفق عليه أولو العلم»^(٧٣٥).

ولتلك القاعدة تطبيقات عدة نحت فيها منحى الاستثناء؛ منها:

١-: قصة سمرة بن جندب مع الأنصاريّ:

وقد سلف بيان هذا المثال، وأريد هنا الإبانة عن وجه تعلُّقه بالقاعدة، وكذا الاستثناء
 الواقع في القضية^().

(/) : ()

(/) : ()

(/) : (/) : ()

(/) : ()

(/) : ()

(/ -) : ()

ذلك أن سمرة رضي الله عنه مالك لنخلته والاقضاء الأصلي لا يجبره على بيع ولا هبة ولا مناقلة وهو حرّ تمام الحرّية، على مقتضى الأصل والقياس العام، ثم إن الضرر لاحق له بالبيع أو المناقلة أو الهبة، فصعب أن يعتاض بنخلته غيرها مما هي في مواصفاتها^(٧٣٧).

لكن هذا الضرر إذا ما قورن بضرر الأنصاري؛ يلحظ فارق بينهما؛ فتأذي الأنصاري بدخول سمرة عليه أشد وأبلغ من الضرر اللاحق بسمرة ساعة يبعه للنخلة أو مناقلتها؛ قال ابن القيم: «وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير؛ فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه...»^(٧٣٨).

وعلى هذا اقتضت العدالة استثناء من الأصل والقياس العام بإجبار البائع على البيع أو المناقلة، دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف.

٢- جواز دفع المال للكفار فداء لأسارى المسلمين:

فدفع المال إليهم فيه تقوية لهم على المسلمين، وفيه مضرة بينة، وهذا هو الاقتضاء الأصلي لحكم دفع المال للكفار المحاربين؛ لكن وقوع جماعة من المسلمين في الأسر عندهم، واستدامة أسرهم ضرر أكبر وأشد، قال الشيوطي: «كذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره؛ لأن مفسدة بقائهم في أيديهم... أعظم من بذل المال»^(٧٣٩).

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

والقاعدة تُقرّر ارتكاب أخفّ الضررين لدفع الأشدّ، فعُدلّ عن أصل الحرمة، وأبيح دفع المال إليهم استثناءً لافتكاك أسارى المسلمين، ودفع ضرر الأسر عنهم^(٧٤٠).

٣-: دفع مال على سبيل الرشوة لدفع ظلمٍ أعظم من ضرر الرشوة:

فدفع الرشوة حرامٌ وجرمٌ كبيرٌ، وهذا هو الأصل الجاري في حكمها^(٧٤١)؛ لكنّه قد يقع المرء في ظلمٍ ظالمٍ يحكم عليه بسجنٍ؛ أو يأخذ له من ماله قدرًا ذابالٍ؛ يُلحق به ضررًا بليغًا؛ تعمل هذه القاعدة التي تقرّر ارتكاب أهونِ الضررين وأخفّ الشرين عملها في العدول عن الأصل واستثناء تلك الواقعة؛ بإباحة دفع مقدارٍ من المالٍ للتخلص من ذلك الظلم الذي لا مساعٍ لدفعه إلا بتلك الطريقة؛ قال ابن القيم: «فإن رشا لدفع الظلم عن نفسه اختص المرتشي وحده باللعنة»^(٧٤٢).

وفي المسألتين السابقتين يقول الشاطبي: «ومن ذلك^(٧٤٣) الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين وللكفّار في فداء الأسارى... كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية»^(٧٤٤).

() : (/) : (/) : (/) :
() : « : » : (/) : (/) :
() : « : » : (/) : (/) :
() : (/) : (/) : (/) :
() : (/) : (/) : (/) :

الفرع الخامس: يتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام^(٧٤٥):

وهي نفسها تقديم المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة، فالشرع جاء جالباً للمصالح دافعاً للمفاسد والمضارّ، يستجلب الجميع ما أمكن؛ فإن تعذّر ووقع تعارض وتزاحم؛ جاءت قواعد الترجيح؛ وفي ذلك قال العز: «إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد؛ فعلنا ذلك... وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة وإن استوت المصالح والمفاسد فقد يتخير بينهما وقد يتوقف فيهما، وقد يقع الاختلاف في تفاوت المفاسد»^(٧٤٦).

فعند التزاحم يعمل مبدأ الأولويات؛ مراعيًا في ذلك تقديم الأعلى على الأدنى والأشد على الأخر، والقاعدة السابقة تعدّ من قبيل تقديم الأولى باعتبار القوّة، وهذه باعتبار العموم والخصوص^(٧٤٧).

وهذه بعض أمثلة القاعدة التي يستبين فيها وجه الاستثناء:

١- منع الاحتكار:

وهو حبس مالٍ أو منفعةٍ أو عملٍ، والامتناع عن بيعه، أو بذله، حتى يغلو سعره غلاءً فاحشاً غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظّانه، مع شدة حاجة الناس إليه^(٧٤٨).

(/) :	:	(/) :	:	()
		(/) :		
		(/) :		()
		(/) :	:	()
		(/) :		()
(/) :	:	(/) :	:	
		(/) :		

وقد ذهب الجماهير من العلماء إلى حرمة^(٧٥٢)، فيجبر البائع على بذله بقيمة المثل، وإن كان الأصل يقضي بوجوب التراضي في البيع، وعدم جواز أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه، لكن تلك الاقتضات الأصلية تعمل في الظروف الاعتيادية، أما وقد آل الأمر إلى المغالاة وظلم الناس؛ والإضرار العام، فإن ذلك يقتضي العدول عن الأصل والاستثناء منه في ذاك الظرف الاستثنائي، ويُجبرُ البائع على ذلك، تقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(٧٥٣).

قال ابن نجيم: «بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع؛ دفعا للضرر العام»^(٧٥٤).

٢- نزع ملكية خاصة كأرض أو بيت لبناء مسجد أو مستشفى أو إحد المرافق العامة التي يحتاجها الناس، ويتضررون بفواتها^(٧٥٥):

ولا شك أن الأصل يقتضي عدم انتزاع الملكيات إلا بطيب النفس، وفي هذا المثال استثناء من ذاك الأصل تحصيلاً للمصلحة العامة، وإن كان المالك يلحقه نوع ضرر بذلك، إلا أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وهذا هو مدرك الاستثناء والعدول عن الأصل في مسألتنا.

٣- من كان له جدار مائل إلى طريق العامة ومتوهن آيل إلى السقوط؛ فإنه يجبر على هدمه، وكذلك الحال لو كانت عمارة آيلة إلى السقوط:

() : (/) : (/) :
 (/) : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :
 () : (/) :

فخاصة الملاك يتضررون بالهدم، لكن الضرر العام مقدم على الضرر الخاص، وهذا الأخير يتحمل لدفع الضرر العام، قال ابن نجيم: «ومنها: وجوب نقض حائط مملوك، مآل إلى طريق العامة على مالِكها؛ دفعاً للضرر العام»^(٧٥٣).

ووجه الاستثناء بين إذ الأصل أن لا يُحكَم عليه بتصرف في ملكه لا يرضاه، ولكن الاستثناء والعدول عن الأصل توجه واستقام؛ لمكان الضرر المتوقع لحوقه بالعامة، فأجبر على هدمه لأن القاعدة تقول: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"^(٧٥٤).

٤- مسألة الترس:

وهي إذا ما ترس الكفار بجماعة من أسارى المسلمين عندهم، فلو أننا رمينا الترس هلك أفراد من المسلمين من غير جريرة؛ والأصل أن دمائمهم معصومة، ولا سبيل لرد العدو إلا برمي الترس؛ إذ أن الامتناع آيل إلى تأمين الكفار ووصولهم إلى حصن المسلمين، ومن ثمة يلحق الضرر بعامة المسلمين، وليسوا في درجة عالية من الإحسان والرحمة لتركوا أسارى الترس يهنؤون بالحياة، فهم إلى القتل لا محالة سائرون.

ههنا تعمل قاعدتنا في الاستثناء؛ ويرمى الترس؛ ولو لحق ضرر بأحد المسلمين؛ حفظاً للمصلحة العامة؛ ذلك أننا لو كفنا عن الترس لسأطنا الكفار على جميع المسلمين، والقاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"^(٧٥٥).

() : (/) .

() : (/) : (/) :

(/) .

() : (/) : (/) :

(/) : (- /) .

قال الغزالي: «فحفظُ جميع المسلمين أقربُ إلى مقصود الشرع؛ لأننا نقطع أنَّ الشارع يقصد تقليل القتل كما يقصد حسمه عند الإمكان، فحيث لم يُقدَّر على الحسم فقد قدرنا على التقليل، وهذه المصلحة عُلِمَ بالضرورة كونها مقصودة للشارع»^(٧٥٦).

هذه بعض الأمثلة، وهناك أمثلة أخرى كمنع بيع الحاضر للبادي وتلقي السلع وتضمين الصناع؛ كلها من صور الاستثناء وهي تطبيق لهذه القاعدة؛ كما قال الشاطبي: «المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضي أهله وما لا»^(٧٥٧).

الفرع السادس: درء المفسد مقدم على جلب المصالح^(٧٥٨):

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة؛ قدم دفع المفسدة غالباً؛ لأنَّ اعتناء الشارع بالمنهيات أشدُّ من اعتناؤه بالمأمورات^(٧٥٩)؛ سواءً كانت المفسدة أعلى أو استوت المصلحة والمفسدة؛ قال ابنُ السبكي: «تقديم درء المفسد على جلب المصالح عند التعارض إنما هو فيما إذا تساويا من حيث المصلحة والمفسدة»^(٧٦٠).

ولهذه الأمثلة تطبيقات كثيرة يظهر فيها الاستثناء والعدول عن الأصل؛ منها:

()	:	(/)	:	()
()	:	(/)	:	()
()	:	(/)	:	()
:	:	(/)	:	()
()	:	(/)	:	()
()	:	(/)	:	()
«	:	(/)	:	»
()	:	(/)	:	()

١- ترك النبي ﷺ تجديد بناء الكعبة:

إرجاعُ بناء الكعبة إلى أصله تغيير للمنكر، وهذا واجب في الاقتضاء الأصلي، لكنَّ تطبيقه مفضٍ إلى مفسدة تستتبعه؛ وهي نفرةُ الناس من الإسلام، وردّةُ بعض ضعاف الإيمان؛ والقاعدة تقول: "درءُ المفسد مُقدّمٌ على جلب المصالح".

فهذه الملابس تقتضي استثناءً من الاقتضاء الأصلي؛ ولذلك امتنع النبي ﷺ عن تجديد البناء؛ جاء في تحفة الأحوذى: «ويستفاد من هذا الحديث ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة»^(٧٦).

٢- ترك النبي ﷺ قتل مردة المنافقين:

في قتل مردة المنافقين مصلحة بيّنة للمسلمين لما فيها من قطع ما كانوا يحدثونه من شقايات ونزاعات بين المسلمين، وتشكيك في هذا الدين، وهذا منكرٌ، والأصل يقضي بوجوب تغيير المنكر وإزالته.

لكنَّ هذه المصلحة عارضتها مفسدة نفور الناس من الإسلام إذا سمعوا أنّ محمد ﷺ يقتل أصحابه^(٧٧)، وعلى ذلك يمتنعون من اعتناق هذا الدين، فهنا تعمل قاعدتنا في الاستثناء من أصل وجوب تغيير المنكر، لأنَّ درءَ المفسد مُقدّمٌ على جلب المصالح^(٧٨).

٣- مشروعية الكذب للمصلحة في بعض المواضع:

الصدق من أكد الواجبات لما يستتبعه من مصالح بيّنة، والأصل المقرّر هو وجوب الصدق على الإطلاق وحرمة ضده وهو الكذب، لكنَّ ثمة حالاتاً تعترض فيها مصلحة

() : (/) :

() : ﷺ (/) :

() : (/) :

الصدق مفسدٌ إبقاء الخصومة والشقاق بين الإخوان، وههنا يستثنى من الأصل القاضي بوجوب الصدق؛ للقاعدة: "درء المفاصد مقدّم على جلب المصالح" (٧٦٥).

وقد قال المناوي: «وإنما نفى - النبي ﷺ - عن المصلح كونه كذاباً باعتبار قصده وهذه أمور قد يضطر الإنسان فيها إلى زيادة القول، ومجاوزة الصدق؛ طلباً للسلامة ودفعاً للضرر، ورخص في اليسير من الفساد لما يؤمل فيه من الصلاح» (٧٦٥).

فإنما رخص في ذلك استثناءً من الأصل؛ ذلك أن انفصام عرى الأخوة، العداوة المستحكمة بين الإخوان من أكبر المفاصد والشور؛ فأجيز الكذب استثناءً؛ درءاً لتلك المفاصد العظام، وهو وإن عارضته فوات مصلحة الصدق إلا أن درء المفاصد مقدّم (٧٦٦).

هذه وغيرها من النصوص والقواعد الشرعية الطافحة بما تقرّر من منع الضرر، وعدم مشروعيته؛ تشكل مبدأً وقاعدةً هامةً يتوجب على المجتهد أن يصدر عنها في اجتهاده - وهي اتفاء مشروعية الضرر ومنع إقراره ووجوب إنزاله ومنع استمراره؛ مما يضطره أحياناً إلى اللجأ إلى الاجتهاد الاستثنائي بإحدى مناهجه الأصولية وخططه التشريعية؛ متمثلة في أحد المسالك السالفة؛ موجهاً بتلك القواعد العاصمة له من الزلل والخطل.

فكانت قواعد منع الضرر موجّهةً للاجتهاد الاستثنائي؛ تسوق المجتهد وتوجّهه في مساره لمنع الضرر ورفعها؛ سيراً على سنن التشريع وحفظاً لاتساق منطقته ووحدة المتكاملة؛ التي تحكم آحاد مسائله وفروعه التفصيلية التي تفقأ عنها الأصل الوطيد القاضي بأن الشريعة تغياً استجلاب المصالح والخير، وتنفي المضار وتدمر الشرور.

() ﷺ: »

« (/) : .

(/) : .

(/) : (/) : .

المطلب الثاني:

قواعد الرّفق والتيسير:

وهذه الأخرى جملة من القواعد الفقهية التي تقضي برفع الحرج والعنت، وتنحو منحى الرّفق والتيسير، وقبل خوض شعاب هاتيك القواعد أريدُ إيضاح الارتباط القائم بين ما سيرد من قواعد.

فالقاعدة الأمّ هي "المشقة تجلب التيسير" وهي ذاتها "إذا ضاق الأمر اتسع"، وهي الأصل في رفع الحرج والمشقات، واستدعائها للتخفيف والتيسيرات.

ثم تأتي قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" أخص منها لتشمل من المشقات أعلاها، وهذه الأخيرة تعمل معها جنباً لجنب ثلاث قواعد تتبعها ضرورةً وهي "الضرورة تقدر بقدرها" "وما جاز لعذر بطل بزواله" "الاضطرار لا يبطل حق الغير" هي قيدها: "زمننا وقدرنا وأنرا"، فالأولى تقيدها قدرًا، والثانية تقيدها زمنًا، والثالثة تقيدها أثرًا.

يتكامل الجميع في نسج قواعد الرّفق والتيسير ودفن المشقات، ولو تقاضى ذلك استثناءً من الأصول والأقيسة العامة؛ توسعة على الناس وإرفاقاً بهم كما اخبرنا الباري ﷻ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾ (الحج: ٧٨).

وهذه من أهم مدارك الاستثناء والعدول عن الأصول؛ ذلك أن قاعدة الرّفق بالناس والتوسعة والتيسير عليهم لا تنزل في الأهمية عن سابقتها؛ بل إن اللجأ إليها في الاستثناء معهود أكثر، والصغور إليها فيه أوفر، فحيثما كان العلوق بالاقتضاء الأصلي موجباً للضيق والحرج الذي علم من الشرع رفع مثله؛ فإن قاعدة الرّفق تُخفف من غلواء تطرد ذاك القياس.

قال الشَّاطِبيُّ في سياق إيرادِه لأدلة اعتبار المآل: «والأدلة الدالة على التَّوسعة ورفع الحرج كلَّها؛ فإنَّ غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل؛ لما يؤوّل إليه من الرِّفق المشروع»^(٧٦).

والشَّرع في أحكامه قد اعتمد قاعدة الرِّفق والارتفاق في استثناء بعض الأحكام من الاقتضاءات الأصليَّة التي توجب الحرج والمشقة، فأعمل الرِّفق في تلك المحالِّ للتَّوسعة العامَّة: قال مالكٌ مُعلِّلاً تخفيفه لبعض المعاملات: «...ولما للنَّاس في ذلك من الرِّفق بهم وقلة غناهم عنه... ألا ترى أنه لا يجوز لأحد دخول مكة إلا بإحرام، وقد جُوِّزَ لمن قاربها من الحطَّابين وغيرهم؛ لكثرة تردادهم عليها، وأنهم لا غنى بهم عن إدامة ذلك-: أن يدخلوها بغير إحرام»^(٧٧)، وقال المقرئ: «قاعدة: التَّوسعة العامَّة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول؛ قياساً على ما وردت به النُّصوص... قياساً على القرض ونحوه»^(٧٨).

وللعزِّ في البناء على هذه القاعدة، والاستثناء من أصول الشَّرع كلام بديع؛ وقد أجاد إذ قال: «هذا وأمثاله داخلٌ في قول الشَّافعي: بُنيتِ الأصولُ على أنَّ الأشياءَ إذا ضاقت اتَّسعت يريد بالأصولِ قواعدَ الشريعة، وبالاتِّساع التَّرخيص الخارج عن الأقيسة واطِّراد القواعد، وعبرَ بالضيق عن المشقة»^(٧٩).

الفرع الأول: "المشقة تجلب التيسير"^(٧٧) أو "إذا ضاق الأمر اتسع"^(٧٨):

		(/) :	()
		(/) :	()
		() :	()
		(/) :	()
:	(/) :	(/) :	()
		(/) :	()
	(/) :	(/) :	()

هذه القاعدة من أمّات القواعد وأصولها جاءت بمعنى تضافرت عليه أدلّة الشّرع حتى بلغ مبلغ القطع، وهو رفع الحرج والآصار، ومفادها أنّ المشقة إذا اعترت أحوال المكلفين استتبعت ترخيصًا وتخفيفًا، وليست مطلق المشقة معتبرة في ذلك؛ فإنّ العلماء بيّنوا ضابطها^(٧٧٣)، والذي يهمننا هو أنّ المشقة المعتبرة تجلب تخفيفًا إمّا بالأصالة كمختلف مظاهر رفع الحرج في الشريعة أصالة، كما أنها قد تستوجب استثناءً بالنصّ كغالب الرخص في الشريعة الإسلامية.

وإذا كان الشيء بالشيء يذكر فلا تفوت هنا الإشارة إلى قيد هذه القاعدة، وشطريها الثاني: "وإذا اتسع الأمر ضاق"^(٧٧٤)، وذلك يفيد أنّ الترخيص والتخفيف والاستثناء يزول ويعادُ حكم الأصل إذا زال العذر والظرف الاستثنائيّ الموجب للتخفيف، يقول ابن أبي هريرة: «وُضعت الأشياء في الأصول؛ على أنّها إذا ضاقت اتسعت، وإذا اتسعت ضاقت، ألا ترى أن قليل العمل في الصلاة لما اضطر إليه سومح به، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به»^(٧٧٥).

ومن فروع هذه القاعدة التي يتجلّى فيها الاستثناء:

١-: غالب الرّخص الشّرعيّة؛ كالفطر للمسافر والمريض، والقصر والجمع للمسافر، والجمع في الليلة المطيرة والمثلجة^(٧٧٦).

()

:

(/) : (/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) : (()

(/) : () :

(/) : () :

ولا أظنني بحاجة إلى بيان الاستثناء والعدول عن الرخصة فقد ثبت في المبحث السالف كونها خطة إجرائية من خطط الاستثناء.

٢-: جواز فسخ الإجارة بالأعذار عند الحنفية، ووضع الجوائح عند المالكية والحنابلة، وقد سبقت في بحث النظريات المنبثقة عن الاجتهاد الاستثنائي، فقد كانت مراعاة التوسعة وحاجة الناس والمشقة اللاحقة بالعائد موجباً للاستثناء من أصل لزوم العقد في الإجارة، وكون الضمان بعد التسليم على المبتاع في الجوائح^(٧٧).

٣-: جواز نظر الطبيب إلى المرأة المريضة إذا تعذر وجود طبيبة امرأة، لمكان دفع المشقة ورفع الضيق عنها^(٧٨).

٤-: شهادة الصبيان فيما وقع بينهم في الجراح^(٧٩):

ذهب مالك وأحمد في رواية عنه -رحمة الله عليهما-، إلى جواز شهادة الصبيان فيما يقع بينهم؛ دفعاً لخرج فوات الحقوق وضياعها؛ لكن شريطة أن تكون شهادتهم قبل التفريق، وقبل أن يُعلموا^(٨٠).

قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم، ... إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يُحببوا أو يُعلموا؛ فإن افترقوا فلا شهادة لهم؛ إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا»^(٨١).

() : (/) (/)
 (/) :
 (/) : (/) : (/)
 (/) :
 (/) : (/) : (/) : (/)
 (/) :

وكان جمعٌ من الصحابة والتابعين يجيزونها بينهم؛ إذا جيء بهم من حال حلول المصيبة ونزول النازلة قبل أن يعلمهم أهلوهم؛ وهو قول علي وعروة بن الزبير رضي الله عنهما، وسعيد بن المسيّب والشعبيّ، وابن أبي ليلى، وابن شهاب الزهريّ، وإبراهيم النخعي ^(٧٨٢).
وهنا يظهر الاستثناء بجلاء؛ إذ الأصل أن البلوغ شرط رئيس في الشهادة ^(٧٨٣)، لكنهم استثنوا شهادة الصبيان فيما يقع بينهم، لأن السير على مقتضى الأصل يوقع في مشقة وحرَج لمكان ضياع الحقوق وفوات مصالح الناس؛ فتدخل القاعدة: "الأمر إذا ضاق اتسع"، فتقضي باستثناء تلكم الحالة من إجراء الأصل العام عليها.

وقيدوها بما قبل تفرّقهم لعدم أمن خداعهم وتغريهم من قبل من ضعف وأزعه من أهليهم، فالصبيّ قد يلقن فيتلقن، وليس له من الدين والعقل ما يجعله يميّز بين الحقّ والباطل؛ إذ هو غير مكلف أصلاً.

الفرع الثاني: الضرورات تبيح المحظورات ^(٧٨٤):

من أهل العلم من عدّ هذه القاعدة من فروع قاعدة "الضرر يُزال" ^(٧٨٥)، وعدّها آخرون من فروع قاعدة "المشقة تجلب التيسير" ^(٧٨٦).

			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):
			(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):	(/):

١- ما ورد في القرآن من جوازٍ للمحرمات لتلبسها بحالة المخمصة والاضطرار؛ ومنها، قوله ﷺ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَحَلْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (المائدة: ٠٣).

فمن اضطرَّ إلى إحدى تلك الممنوعات وخاف هلاكاً أبيحت له استثناءً إذ أصلها الحرمة لكنَّ الضرورة تبيح المحظور، ومثله التلفظ بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، وغير ذلك مما أبيح استثناءً للاضطرار.

٢- يجوز إتلاف مال الغير -ولو دون إذنه وعلمه^(١) - عند خوف الهلاك إذا كان فيه حفاظٌ على النفوس والأرواح؛ كمن اضطر في مخمصة وليس معه إلا مال الغير جاز له استعماله ولو دون إذنه ودون رضاه^(٢).

والاستثناء بين في هذه الحالة؛ فالأصل يقضي بعدم جواز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه ورضاه، لكنَّ حالات الضرورة تستدعي الاستثناء وفق قاعدتنا فيصير المحظور مباحاً لمكان الاضطرار؛ استثناءً^(٣).

ومثاله أيضاً لو كانوا في سفينة وأوشكوا على الهلاك ولا نجاة لهم إلا بإغراق المتاع وإتلاف مال؛ جاز ذلك ولو بغير رضا أهله؛ استثناءً لمكان قاعدة الضرورة التي تعمل في الاستثناء عملها^(٤).

٣- جواز دفع الصائل المعتدي الذي يتبغي السطو على مال الإنسان، ومثله الباغي، ولو أدى ذلك إلى قتلهم، ما لم يمكن الدفع بغيره؛ فالأصل ألا يقتل وإنما يُدفع بقدر ما يندفع

()

() : (/) :

() : (/) :

(/) .

() : (/) :

به شره؛ ولذلك كان عليٌّ عليه السلام يقول: «لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح، ومن ألقى سلاحه فهو آمن»^(١)، وقال القرافي - في دفع البغاة -: «أن يقصد بالقتال ردعهم لا قتلهم ويكف عن مدبرهم ولا يجهز على جريحهم»^(٢).

لكنَّ حالة الضرورات في حال إقبال الباغي أو الصائل القاصد للسطو على مال المريء وغيره؛ ولم يندفع إلا بالقتل؛ فله أن يدفع شره ولو بقتله؛ ذلك أن الضرورة تبيح الممنوع استثناءً للقاعدة^(٣).

الفرع الثالث: "الضرورة تقدر بقدرها" و"ما جاز لعذر بطل بزواله" و"الاضطرار لا يبطل حقَّ الغير":

هذه ثلاث قواعد تتبع قاعدة الضرورات ضرورةً، فهي قيدها: "زمنًا وقدرًا وأثرًا"، وهي وإن لم تتعلَّق بالاستثناء في تفرعاتها استقلالاً، لكنَّها مهمَّة جدًّا؛ لأنها تقيِّد الاجتهاد الاستثنائيَّ وتوجِّهه، وتجاهل هذا أمرٌ في غاية الخطورة، إذ هو آيلٌ إلى تغيير الشريعة باسم المصالح والضرورات، وباسم أصالة منهج الاستثناء في الشرع، ولكنَّ الشرع لما أجاز الاستثناء قيَّده ووجَّهه وضبطه.

أولاً: "ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها"^(٤):

وهذه القاعدة تقيِّد قدرَ الضرورة فهي إذا اقتضت الاستثناء وأباح الممنوع، ينبغي ألاَّ يتجاوز بها حدَّ اندفاعها، وألاَّ يتوسَّع المراء في الممنوع، وهي شبيهة بقاعدة: "إذا تسع

() (/) :

() (/) :

() (/) : (/) :

() (/) : (/) :

الأمر ضاق " التي تعمل كمتقيدة في المشقات، وهذه في الضرورات فلا ينبغي أن يتعدى بالضرورات غير مواضعها () .

ومن أمثلة القاعدة:

١- من أبيع له أكل الميتة أو أكل مال الغير اضطراراً؛ فلا يحلُّ له إلا بمقدار ما يدفع به عن نفسه الخطر والهلاك، ولا يتوسّع في الشُّبَع والترفُّه () .

٢- إذا كانت بالمرأة ضرورة للتداوي عند طبيبٍ رجلٍ؛ فلا يحلُّ لها أن تكشف إلاَّ محلَّ ما تتطلبه ضرورة المعالجة () .

٣- مسألة رمي الترس السالفة؛ لا يباح من الرمي إلاَّ بمقدار ما يصرف أذاهم عن المسلمين، ويحاول تجنُّب موقع الأسرى إن أمكن () .

٤- من استشير في خاطب إن كان يكتفي بالتعريض عن ذكر معاييه؛ كقوله: " لا يصلح لك " وكان ذلك صارفاً للخطيئة عنه؛ لم يجز له تعداد معاييه ومساوئه لحرمة غيبته، وإن اضطر فلا يتوسع وإنما بقدر ما يحقق الغرض () .

قال الغزالي: «فإن علم أنه يترك التزويج بمجرد قوله: "لا تصلح لك" فهو الواجب وفيه الكفاية» () .

ثانياً: " ما جاز لعذر بطل بزواله " (٨٠٤) .

() : (/) : (/) :

() : (/ -) : (/) :

() : (/ -) : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

() : (/) :

وهذه من قيود قاعدة الضرورة، وهو قيدٌ زمنيٌّ، فمن اضطرَّه وضع استثنائيٍّ إلى أن يستبيح ممنوعاً، فإذا زال الظرف الاستثنائيُّ زال موجبُ الاضطرارِ ويعود الأصل ليعمل عمله في الظروف الاعتياديَّة فيعود لوضع الحرمة.

ومن أمثلة ذلك:

١- من اضطرَّ للتيمم لمرضٍ يمنعه من استخدام الماء؛ فإنه متى زال عذره وشُفي من مرضه وانقضى الظرف الاستثنائيُّ؛ عادت الأصول للعمل، وليس يجوزُ له تجاوز الضرورة في ظرف عادت فيه الأحوال العاديَّة (٨٠٦).

٢- من كان مريضاً لا يقدر على القيام فإنه يباح له الترخُّص استثناءً ويصلِّي قاعداً؛ لأنَّ الضرورة تبيح المحظور؛ فمتى شفي وزال عنه المرض صار فرضه القيام، ولو صلَّى قاعداً وهو على القيام مقتدرٌ؛ بطلت صلاته؛ لأنَّ القيام ركن من أركانها (٨٠٧).

ثالثاً: "الاضطرارُ لا يبطل حقَّ الغير" (٨٠٧).

وهذه ثالث مقيدات قاعدة الضرورة، وهو قيدها في الأثر؛ فالضرورة إذا أباحت الممنوع، فهذا الأخير أحياناً يتعلَّق باستباحة محرَّم لا تعلُّق له بملك الغير ولا بحقه، فهنا لا إشكال، لكن ثمة ضرورات تتعدَّى إلى حقوق الآخرين؛ فتلجئُ صاحبها اضطراراً أن يتلف مالَ غيره أو يستعمله، فهنا لا يبطل حقُّ غيره، وإنما يعوِّضه بعد اندفاع الضرورات (٨٠٨).

(/) :	(/) :	(/) :
(/) :	(/) :	(/) :
(/) :	(/) :	(/) :
(/) :	(/) :	(/) :
(/) :	(/) :	(/) :
(/) :	(/) :	(/) :

مثال ذلك:

١- من اضطر في مخمصة إلى أكل مال غيره لدفع الهلاك عن نفسه؛ فإنه يضمنه، نظيره من كان في سفينة مثلاً وطراً عليهم ما يلجئهم إلى إتلاف متاع الغير وإغراقهم لضرورة نجاتهم؛ فإن المضطرين ضامنون لما تلف؛ كل هذا؛ لأن الاستثناء الذي خولته الضرورة موجه ومقيّد بالتعويض وعدم إبطال حق الغير (١).

وهذا متفرّع عن النظرة البديعة التي امتازت بها الشريعة من التوفيق بين المصالح ما أمكن عند تزامهما، فلا يعني -بحال- تقديم أشد المصالح وأعلاها أن تهدر مقابلتها بالكلية، بل يصار إلى البديل فيما له بدل، ويعوّض صاحب المصلحة الفاتئة إذا أمكن التعويض كمسألتنا هذه.

الفرع الرابع: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة؛ عامة كانت أو خاصة" (٢):

وهذا معناه أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورات في إباحة المنوعات، وهذا بيّن واضح فيه الاستثناء للحكم الممنوع غداً مسموحاً به في حالة الاضطرار، وبعضهم خصّها بالحاجة العامة (٣)، وبعضهم عدّها للخاصة، ومن ذلك:

جواز لبس الحرير للمريض بداء لا يناسبه إلا هو كداء الجرب والحكة وغيره (٤)، وكجواز اتخاذ السن من ذهب (٥)، مع أن الأصل يقتضي منع الحرير والذهب على الرجال كما هو مقرّر، وغير ذلك من الحاجات الخاصة التي أثرت في الحكم الأصلي وأباحت

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

(/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

الممنوع، ولا ضيرَ فقد سبق لنا في قاعدة المشقة أنها تستوجب التخفيف والاستثناء في مراتب الحاجات التي لم تبلغ مبلغ الضرورات^(٨١٥).

فمراتب الحاجات تستدعي تسهيلاً وتيسيراً على الناس وهذا منطلق كثير من المعاملات التي خولف فيها القياس العام؛ إما بنص أو اجتهاد، ذلك أن الحاجة أثراً في الاستثناء من الأصول والأقيسة العامة، وكما قال الشاطبي: «والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلّها؛ فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل؛ لما يؤول إليه من الرفق المشروع»^(٨١٥).

وقال العزّ - في إطار بيانه عدم دخول بعض الفروع تحت قاعدة الاستثناء -: «فهذا ممّا لا تمسُّ الحاجة العامة ولا الصّورة الخاصّة إليه، فلا وَجَهَ لمخالفة القاعدة فيه لندرته وسهولة الانفكاك منه والانفصال عنه»^(٨١٦).

وأمثلة هذا كثيرة منها:

١- جواز السلم والإجارة استثناءً من بيع المعدوم^(٨١٧).

٢- جواز الاستصناع:

ولا شك أن الاستصناع يأباه تطرّد القياس، فهو استثناءً من بيع المعدوم قياساً على السلم لمكان الحاجة العامة إليه، قال الكاساني: «وأما جوازه؛ فالقياس أن لا يجوز؛ لأنه بيع

() : (/) .

() : (/) .

() : (/) .

() : (/ - /) .

ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم،...ويجوز استحسانا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر» () .

٣-: جواز الحوالة: وهي تحوُّل الدَّين من ذمَّة إلى ذمَّة، تبرأ بها الأولى () ، وذلك بأن يكون للرجل على الرجل دينٌ، وللمدِينِ دينٌ على رجلٍ آخرٍ مثله؛ فيحيلُ به غريمه على الذي عليه مثله () .

فهذه مستثناة من النَّهي عن الدَّينِ بالدَّينِ، كما استثني القرض وكذا العريَّة من الرِّبَا، ذلك أنَّ هذه المعاملات من قبيل التَّبَرُّعات المبنية على المكارمة والمعروف والمساحة، ومن مقاصد التشريع الإكثار منها، فكان في أحكامها تساهلٌ وترخيصٌ ليس يوجد مثله في المعاوضات التي تبتني على المشاحَّة والممكاسة () .

قال ابن يونس: «لم يُخْتَلَف في جواز الحوالة، وهي في الحقيقة بيع دين بدين فاستثنت منه؛ لأنها معروف كاستثناء العرية من بيع الرطب بالتمر» () .

٤-: ونظير ذلك: جواز بيع الخلوِّ في الأوقاف، وبيع الوفاء عند متأخري الحنفية، وقد سلف تفصيل كلِّ منهما () .

فهذه جملة من الحاجات العامة التي استوجبت ترخيصاً واستثناءً من الأصول بالنصِّ أحياناً، وبالاجتهاد أخرى جرياً على سنن التشريع ومحافظة على اتساق منطقته ووحدته.

() : (/) : (/) :

() : (/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) :

(/) : (/) :

(/) : (/) :

تلك أهم القواعد المتعلقة بالتيسير والرفق لدفع المشاق ورفع الحرج والعنت، على منهاج اختطه الشرع لها في الاستثناء، فوجب على المجتهد السير على ذلك الدرب والطريق اللأحب؛ ليكون ناسجاً على منوال الشرع فتناغم الأحكام - تشرعاً واجتهاداً - في وحدة متكاملة منسجمة.

وبعد هذه المحطة الهامة في الاجتهاد الاستثنائي؛ يستبين لنا أنه ليس دعوى مطلقة عن التقييد والانضباط، تستر بساتر الحاجة والضرورات، لينفرد عقد الشريعة، ويكثر الخرق في ثوبها، ويدخل عليها من تعطيل المعطلين، واتحال المبطلين وتحريف الزائغين، باسم المصالح واجتهادات الأولين؛ ما هي منه براءً - بل هو سنن تشريعي ومنهج اجتهادي منضبط بضوابط أصولية، وموجه بقواعد شرعية، وسائر على خطط إجرائية أصيلة في الاستنباط والاستدلال، وله مسوغات تسوغه وتستدعيه.

وحيثما فقد شيء مما سبق؛ كان سيراً في طريق الخطأ، ولم يؤمن على صاحبه الانحراف والزيف عن تعاليم الدين الحنيف، والتقول على الله ﷻ، والكذب على دينه وشرعه، وصاحب تلك الأوصاف منقح باب النيران، نرائع عن منهج الرحمن، نسأل الله العفو والغفران.

ولله الحمد أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه والتابعين.

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا... وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا﴾.

القياسية: وفيها أهم التوصيات والنتائج:

وفي آخر هذه الرسالة يخلص البحث إلى نتائج أجملها فيما يأتي:

١- الاستثناء والعدول عن الأصل والأقيسة العامة مبثوث في تصاريف التشريع؛ معهود معروف لدى كل من له وصل بالصناعة الأصولية والفقهية، يلجأ إليه عند أول تطرّد القياس إلى خلاف مقصود الشرع، ومن أهم تجلياته في التشريع، ما يعرف "بالمعدول به عن القياس" إذ أننا وجدنا صاحب الشرع ذاته ينزِعُ إلى الاستثناء والعدول عن الأصول حيث يوجد مقتضاه ويستدعيه مسوغه.

٢- إن المجتهد مطلوب بمسايرة المنطق التشريعي ومساهمته والنسج على منواله، حتى يتسق منطق التشريع ويتكامل في وحدة منسجمة -تشريعا واجتهادا-، وهذا معنى وراثته العلماء للأنبياء، ومن هنا؛ وجب عليه أن يلحظ الفوارق المؤثرة في مناطات الأحكام: فإن استقام السير على الأصول والأقيسة العامة، أمضاها، -وإمّا لا فحكمها في اللجأ إلى الاجتهاد الاستثنائي، حيث يقوم مسوغه، لذا وجدناه طريقا لاجبا انتحاه الصحابة الكرام ﷺ، وكما لحظه الأئمة الأعلام في اجتهاداتهم.

٣- الاجتهاد الاستثنائي ذو خصائص هامة تجعله سائرا على نهج قويم، ومنطقي أصيل؛ فهو غائي يلحظ الأهداف والمقاصد من التشريعات، لذا وجدنا من مسوغات العدول عن الأصل: ملاحظة علل الأحكام ومقاصدها، ففسر في ضوء حكمة تشريعها، كما أن الحرص على التطابق بين الأحكام الشرعية وغاياتها حال التنزيل سواغ للعدول عن الأصل أيضا.

فالحاصل: أن تعقل النصوص واكتناه معانيها وكذا تطبيقها على الواقع يجب أن يكون على ضوء غايتها ومقصد الشرع منها؛ لتتوجه نسبتها إلى الشرع وتكون واقعة على وفق مراد الله ﷻ فيها.

٤-: ومن خصائصه الواقعية فهو يراعي اختلاف الوقائع وتبدل ملابسها؛ ولذا وجدنا من مسوغاته مراعاة الخصوصيات الزمانية والمكانية وأحوال المكلفين.

٥-: كما أن من خصائصه **لحظ المآل**، فالنظر المآلي هو الوجه الرئيس للاجتهاد التنزيلي، وهو الكفيل بالموازنة المصلحية بين الاقتضات الأصلية ومآلات تطبيقها على الوقائع المختلفة بحافات ظروفها وملابس قرائنها، وعلى ضوء ذلك يقرر المجتهد مدى انصلاح تلك الوقائع بإجرائها على طرد الأقيسة العامة فيها، أو وجوب اللجوء إلى الاجتهاد الاستثنائي.

٦-: الاجتهاد الاستثنائي غالباً ما يرد على التنزيل والتطبيق، فهو من أهمّ الموجّهات التي تكفل سلامة الاجتهاد التنزيلي، الذي يعنى بالتطبيق الفعلي للأحكام الشرعية على آحاد الوقائع، فهو يتدخل في ظروف معينة تستوجبها، للمحافظة على التّطابق بين الأحكام الشرعية المجردة، ومقاصدها وغاياتها؛ فكانت أهميته بالغة في واقع التشريع؛ لا جرم وقد رأينا نظريات فقهية كبرى انبثقت عن الاجتهاد الاستثنائي كنظرية التعسف ونظرية الظروف الطارئة بما فيها أحكام وضع الجوائح والفسخ بالأعداء، ونظرية الرخص وأحكام الضرورات.

٧-: الاجتهاد الاستثنائي ليست دعوى مطلقة عن الضبط والتقييد، بل هو مضبوط بضوابط تجعله سائراً على استقامة وهدى؛ إن لم يلتزمها المجتهد كان اجتهاده مدعاة للخطأ والخلل والزلل، وهي متمثلة في الخطط الإجرائية المتهضة به، وكذا القواعد الموجّهة له.

٨-: للاجتهاد الاستثنائي **خطط إجرائية** يقوم عليها، ويكون المجتهد سائراً على وفق إحداها عند استثنائه، وهي مناهج أصولية معهودة أصيلة في أدبنا الأصولي، وهي الاستحسان ومبدأ الذرائع والقياس على الرخص ومراعاة الخلاف، تلك ضبطها علماءنا بضوابط وشروط، يجب على المجتهد السير عليها والتزامها، حال ادّعاء الاستثناء.

وهنا أشير إلى أمر هام وهو أن الاستثناء ليس دوماً ينحو فيه المجتهد منحى إباحة الممنوع، - وإن كان هو الغالب-، فأحياناً يكون فيه تضيق في المباح؛ فيُمنع، كما هو مضمون سدِّ الذرائع، وما تعلق بقضايا منع التعسف وضعف الوازع وغيرها، وجماع ذلك الدوران مع المصلحة المعترية شرعاً، وتحقق مقصود الشرع عند تنزيل أحكامه على الوقائع المختلفة، في ظل حافات القرائن والملابسات.

٩-: للاجتهاد الاستثنائي مسوغات تستدعيه، ومستوجبات تطلبه، كما هو لائح في أفانين الرسالة، يجب توافرها في كل واقعة يدعي فيها المجتهد العدول عن الأصول.

١٠-: وللاجتهاد الاستثنائي قواعد توجهه وتضبطه هي قواعد فقهية معهودة في كتب أهل العلم، يلتزمها المجتهد حال استثنائه، منتظمة في مجموعتين: قواعد الضرر، وقواعد الرفق والتيسير، وهذه الأخيرة لها دور هام في ضبط هذا النوع من الاجتهاد الخطير.

١١-: الاجتهاد الاستثنائي من أخطر أنواع الاجتهاد وأصعبها مورداً؛ إذ أنه لا يختص بمساحة العفو، بل يعمل في مساحة المنصوص عليه، حيث يستدعيه مسوغه، ويقوم موجبه؛ لذلك كان خطره عظيماً إذا ما تصدّره غير الكفء، واعتلى منبره من لم يتأهل له، فينبغي للسائر أن يكون على حذر وهو سالك ذاك المضمار.

١٢-: إن محور أحكام التشريع "ما كان سائراً وفق الأصول أو مستثنى منها"، المصلحة والعدل، وهذا لائح جلي لمن خبر تصاريف أحكامه، ولذلك فهي تكفل كل التدابير والمسالك والطرائق لإصلاح واقع الناس باختلاف ظروفه والملابسة، ولا حاجة بأهلها إلى استيراد النظم والأحكام من قوانين أرضية بشرية لم تسعد واضعيها، علاوة على أن تسعد غيرهم، وهذه المرونة من أسرار صلوحية الشريعة لكل زمان ومكان.

ومن أهم التوصيات:

ثمة وصيتان خلص إليهما البحث؛ أولاهما تتعلق بآلية الاجتهاد الاستثنائي، كمنهج في النظر الاجتهادي، والثانية تتعلق بدراسة الموضوع وبحثه، والتفريع عليه، وانتحاء منحاه في التطبيق.

١-: لما كان الاجتهاد الاستثنائي بالغاً في الخطورة مَبْلَغاً عظيماً؛ فإن الذي يراه الباحث متوجّهاً وواجب الاستحضار لدى كل من كان من أهل النظر في الأحكام الشرعية -: أنه لا ينبغي البت في القضايا العامة والمصيرية التي تستوجب اجتهاداً استثنائياً، من قبل آحاد العلماء؛ بل يجب أن يعتمد فيه الاجتهاد الجماعي المؤسسي، حيث تلتقي فيه القدرات وتتلاقح الأفكار، من مجالات مختلفة بحسب القضايا المطروحة، فيصدرون عن رأي إجماعي أو أغلبي؛ يكون أقرب إلى سداد الرأي، وصواب النظر، ومن أهم تلك القضايا مثلاً: مسألة التدرج التنزيلي، والأحكام الاجتماعية العامة.

٢-: ومما توصي به هذه الدراسة تكملة المشروع الذي يعد هذا الموضوع إحدى حلقاته، فمن أهم المجالات التي ينبغي أن تُعنى بالبحث والدراسة، وهذا شامل لكثير من المجالات الهامة: في المعاملات المالية، وفي القضايا الطبية، وفي العلاقات الدولية، وفي الشؤون الاجتماعية... .

فهذه الدراسة جاءت في جانب التأسيس للموضوع، ولن تكتمل ثمرتها ولن تتباهى بحلّتها؛ إلا بدراسة قسيمتها تطبيقياً؛ في مختلف شعاب الحياة؛ لیسهم ذلك في المقصد من التشريع الذي جاء نبراساً للعالمين، يرشد الناس ويغيثهم ببلالة تشريعهم المصلحي حيث تفجؤهم النّازلات، وتشتبك لديهم المستجدات.

رنا ارزقنا بالإسلام والتمسك به والقول بالعدل والاعتقاد بالله والهدى من قبل من بع
وصلى الله على سبنا محمد وآله وصحبه والاتباع.

الفهارس:

ويشتمل على:

- ١- فهرس الآيات القرآنية.
- ٢- فهرس الأحاديث النبوية.
- ٣- فهرس الآثار.
- ٤- فهرس المصادر والمراجع.

١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة:

الآية	السورة	الصفحة
وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ مُّهِينٌ	(البقرة: ٩٠)	٣٨
إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحَلْمَ الْخِنْزِيرِ ...	(البقرة: ١٧٣)	١٣٩-٣٩
كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا	(البقرة: ١٨٠)	٣٥
يريد الله بكم اليسر	(البقرة: ١٨٥)	١٣٩
وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله	(البقرة: ١٩٣)	٢٦٩-١٠٣
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ ... ولا تمسكوهن ضرارا	(البقرة: ٢٣١)	٢٨١
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ	(البقرة: ٢٨٢)	٣٨-٣٧
وإن كان رجل يورث... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ	(النساء: ١١)	٢٨٣-٣٥
يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى...	(النساء: ٤٣)	١٤٤
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَحَلْمُ الْخِنْزِيرِ	(المائدة: ٣)	٣١٠
الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ...	(المائدة: ٥)	٥٠
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا	(المائدة: ٦)	١٤٦
وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةَ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا.	(المائدة: ٣٨)	٦٧-٦٤
وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ	(المائدة: ٤٥)	٤٨
وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدْوًا بَغِيرٍ.	(الأنعام: ١٠٨)	٣٤
وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ	(الأنفال: ٤١)	٥٥
يا أيها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلب عليهم	(التوبة: ٧٣)	٢٦٣-١٧٧
مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ	(النحل: ١٠٦)	-١٠٣-٣٨

٢٦٩		
١٣٩	(الحج: ٧٨)	وما جعل عليكم في الدين من حرج
١٨٣	(النور: ٣٠)	قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ
٥٧	(الحشر: ٧)	مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى
٥٦	(الحشر: ١٠-٠٨)	لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ ...
١٤٦	(الطلاق: ٠٣)	ومن يتق الله يجعل له مخرجا

٢- فهرس الأحاديث النبوية:

الصفحة	الحديث
٢٧٣-٥٣	إذا استأذنت امرأة أحدكم إلى المسجد؛ فلا يمنعها
٢٤١-١٨٤	إذا وُضِعَ العشاء وأُقيمت الصلاة؛ فابدؤوا بالعشاء
١٣٠	أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك
٤٣	اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه
٢٣٥	أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله
٢٤٢-٨٠	أما بعد؛ فإنه لم يخف علي شأنكم الليلة
١٣٩	إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه
٣٦	إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم
٢٦١	إن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي
١٧٩	إن الله هو المسعر، القابض الباسط الرزاق
١٣٩	إن الله يحب أن تؤتى رخصه
٢٦٦-٢٠٧	أن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة
١٤٧	أن النبي ﷺ مسح على الخفين ومقدم رأسه وعلى عمامته

١٣٢	إن بعث من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا
٢٦٠	إن قومك استقصروا من بنيان البيت
٢٤٩	أنت مضارٌّ
٢٣٨-١٨٣	انظر إليها؛ فإنه أحرى أن يؤدم بينكما
١٨٣	أنظرت إليها؟... أنظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا
١٠٠	إنك ستأتي قوما أهل كتاب
١٠١	إنكم في زمان من ترك منكم عشر ما أمر به هلك
١٣١-٤٥	إنما نهيتكم من أجل الدافّة
١٤٧	أنه ﷺ مسح على الخفين
٢١٩	أيها امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل
١٢٠	الجارُّ أولى بصقبه
١٨٧	الحربُ خدعةٌ
١٧٧	دعه؛ لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه
٢٠٢	صلّ قائما، فإن لم تستطع؛ فقاعدا
٢٠٣	فأذن رسول الله ﷺ وهو على راحلته وأقام
-	فإنه لم يخف علي شأنكم الليلة....
١٢٠	قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم
١٦٣-٤٠	لا تبع ما ليس عندك
٣٧	لا تبيعوا الذهبَ بالذهبِ إلا مثلا بمثل
٦٤	لا تقطع الأيدي في الغزو
١٧٣	لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد
٢٧٣-٥٣	لا تمنعوا إماء الله مساجد الله

٢٨٠-٢٧٩	لا ضررَ ولا ضرارَ
١٧٥	لا يبيع حاضر لباد؛ دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعضٍ
٢٥٩-١٤٥	لا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ
٤٦	لولا حداثة قومك بالكفر
٢٩٥-١٨٦	ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، ويقول خيراً
١٠٥	ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم
٤٠	من أسلف في شيء؛ ففي كيل معلوم ووزن معلوم
٤١-٢١	من أكل ناسياً وهو صائم؛ فليتم صومه
٢٨٠	من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه
٢٣٥	ناد في الناس فيأتون بفضل أزوادهم
٢٨٤	نهى ﷺ عن بيع المضطر
٢٠٤	نهى ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ
٢٦١	هذا جبل يحبنا ونحبه
١٤٥	وجهوا هذه البيوت؛ فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب

٣- فهرس الآثار:

الصفحة	الأثر
٤٠	أتيت رسول الله ﷺ قلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع
٦٧	أراك تجيعهم...
٦٩	استشرت الذين حولي؛ فأشاروا عليّ بذلك
٥٥	أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بيانا
٧٦	الإضرار في الوصية من الكبائر
٢٥٢-٦٩	إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة

٥٢	إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَتَأَلَّفُكُمْ وَالْإِسْلَامَ يَوْمَئِذٍ قَلِيلٌ
٤٨	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ ضَمَّنَ الصَّنَاعَ
٥٠	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ قَتَلَ نَفَرًا خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ
٢٤٢-٨١	إِنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ الْمَدَائِنِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ؛ فَطَلَّقَهَا
٢٤٢-٨١	إِنِّي أَرَى لَوْ جَمَعْتَ هَؤُلَاءِ عَلَى قَارِيٍّ وَاحِدٍ؛ لَكَانَ أَمْثَلٌ
٢٧١-٧٣	تَحَدَّثَ لِلنَّاسِ أَقْضِيَّةَ عَلَى قَدَرِ مَا أَحْدَثُوا مِنَ الْفُجُورِ
٢٣٩	جَعَلَ عُمَرَ ﷺ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الدِّيْوَانِ بِدِ الْعَاقِلَةِ
٥٦-٥٤	فَإِذَا قَسَمْتَ أَرْضَ الْعِرَاقِ بَعْلُوجِهَا...
٥٤	فَكَيْفَ بَمَنْ يَأْتِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَيَجِدُونَ الْأَرْضَ بَعْلُوجِهَا قَدْ قَسِمَتْ
٤٥	لَا بَأْسَ لِلْحَائِضِ وَالْجَنِّبِ أَنْ يَمْرَأَ فِي الْمَسْجِدِ، مَا لَمْ يَجْلِسَ فِيهِ
٢٣٧	لَا تَأْكُلُوا مِنْ لَحُومِ أَضْحَايِكُمْ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ؛
١٠٤-٩٨	لَا تَعْجَلْ يَا بُنَيَّ؛ فَإِنَّ اللَّهَ ذَمَّ الْخَمْرَ فِي الْقُرْآنِ مَرَّتَيْنِ، وَحَرَّمَهَا فِي الثَّلَاثَةِ
٦٨	لَا قَطْعَ فِي عَذْقٍ، وَلَا فِي عَامِ سَنَةٍ
٧٦-٥٢	لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ
٢٧٣-٥٣	لَوْ أَدْرَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ؛ لَمَنْعَهُنَّ الْمَسَاجِدَ
٤٩	لَوْ أَنَّ مِائَةَ قَتَلُوا وَاحِدًا؛ قَتَلُوا بِهِ
٤٨	لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ؛ لَقَتَلْتَهُمْ جَمِيعًا
٢٦٠	لَوْ كُنْتُ سَمِعْتُهُ قَبْلَ أَنْ أَهْدِمَهُ؛ لَتَرَكْتُهُ عَلَى مَا بَنَى ابْنُ الزُّبَيْرِ
٢٣٥	مَا بَقَاؤُكُمْ بَعْدَ إِبْلَاكُمْ!!؟
٢٤٢-٨١	نِعْمَتِ الْبِدْعَةُ هَذِهِ، وَالَّتِي تَنَامُونَ عَنْهَا أَفْضَلُ عَنِ الَّتِي تَقُومُونَ
٢٧٣-٧٢	وَاللَّهِ لِيَمْرَنَ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ
١٨٧	وَلَمْ أَسْمِعْهُ يُرَخِّصُ فِي شَيْءٍ مِمَّا يَقُولُ النَّاسُ كَذِبًا إِلَّا فِي ثَلَاثٍ

المصادر والمراجع

- أحمد ابن حنبل، أبو عبد الله، (ت ٢٤١هـ)، المسند، ٦م، مؤسسة قرطبة، مصر.
- الإسنوي، جمال الدين، (ت ٧٧٢هـ)، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول، ط ١، (تحقيق شعبان إسماعيل)، ١م، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٩م.
- الألوسي، أبو الفضل محمود، (ت ١٢٧٠هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ط ١، ٣٠م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (ت ١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ٨م، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (ت ١٤٢٠هـ)، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ٧م، دار المعارف، الرياض.
- الألباني، محمد ناصر الدين، (ت ١٤٢٠هـ)، صحيح سنن ابن ماجه، ٢م، مكتب التربية العربي، الرياض، ١٩٨٦م.
- ابن أمير الحاج، (ت ٨٧٩هـ)، التّقرير والتّحجير شرح التّحرير، (ط ١)، ٣م، دار الكتب العلميّة، بيروت.
- الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤م، دار الكتاب الإسلامي.
- أوزيقان، أكرم بن محمد، (١٤١٨هـ)، الاستثناء عند الأصوليين، (ط ٢)، ١م، الرياض، دار المعارف الدوليّة للنشر.
- البابرّي، محمّد بن محمّد، العناية شرح الهداية؛ دار الفكر، بيروت.
- الباجي، سليمان بن خلف، (ت ٤٧٤هـ)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، ط ٢، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤١٥هـ.
- —، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، (تحقيق محمد علي فركوس)، المكتبة المكيّة، مكة، ط ١، ١٤١٦هـ.

- _____، المتتقى شرح موطأ مالك بن أنس، دار الكتاب الإسلامي (ط: ١) بيروت.
- الباحثين، يعقوب عبد الوهاب، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، (دم) رسالة دكتوراه في الأزهر سنة ١٩٧٢م.
- باي، حاتم، الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، حزيران ٢٠٠٦م.
- _____ مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن مالك، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، الصحيح، (اعتنى به مصطفى البغا)، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار على أصول البزدوي، (ط ١)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
- البهوتي، منصور بن يوسف، شرح منتهى الإرادات؛ دار عالم الكتب، بيروت.
- _____، كشاف القناع عن متن الإقناع؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
- البورنو، محمد صدقي أحمد أبو الحارث، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤، ١٤١٦هـ.
- البصري، أبو الحسين محمد بن علي (ت ٤٣٦هـ)، المعتمد في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، (دت).
- البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤، ١٤٠٢هـ.
- البيهقي، أحمد بن الحسين (٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، مكتبة دار الباز، مكة، ١٤١٤هـ.
- الترمذي، محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ)، الجامع، أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- التسولي، علي بن عبد السلام (ت)، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، بيروت ١٤١٢هـ.
- الفتازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، (ط ١)، مكتبة صبيح، مصر.
- التنبكتي، أحمد بابا (ت ١٠٣٦هـ)، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، (تحقيق علي عمر)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط ١، ١٤٢٣هـ.
- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم (ت ٧٢٨هـ) الفتاوى الكبرى، (تحقيق حسنين محمد مخلوف)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ.
- _____، قاعدة في الاستحسان، (تحقيق محمد عزيز شمس)، دار عالم الفوائد، ط ١، ١٤١٩هـ.
- _____، مجموع الفتاوى، (جمع عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد)، مكتبة المعارف، الرباط، (دت).
- آل تيمية، أبو البركات مجد الدين (ت ٦٥٢هـ) وعبد الحلیم (ت ٦٨٢هـ) وأحمد (ت ٧٢٨هـ)، المسودة في أصول الفقه، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد)، دار المدني، القاهرة.
- الجرجاني، عبد العزيز (ت ٣٦٦هـ)، الوساطة بين المتنبي وخصومه، (تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي البجاوي)، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، (دت).
- ابن جزري، محمد بن أحمد (ت ٧٤١هـ)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، (تحقيق محمد المختار الشنقيطي)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط ١، ١٤١٤هـ.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله (ت ٤٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه، (تحقيق عبد العظيم الديب)، دار الوفاء، مصر، ط ٢، ١٤١٨هـ.
- الجيدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المغرب، ١٩٨٢م.
- ابن الحاجب، جمال الدين أبو عمر عثمان بن عمر، (ت: ٦٤٦هـ)، منتهى الوصول والأمل، (ط ١)، دار الكتب العلميّة، بيروت: ١٩٨٥م.

- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، (ت ٤٠٥هـ)، المستدرك على الصحيحين، (ط ١)، (تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت: ١٩٩٠م.
- ابن حبان، محمد البستي (٣٥٤هـ) الصحيح، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤هـ.
- حبيبي، سامي، الحقوق المجردة في الفقه المالئ الإسلامي، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية، أيار، ٢٠٠٥م.
- ابن حجر، أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، (تحقيق: عبد الله هاشم ياني)، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، (تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب)، دار المعرفة، بيروت: ١٣٧٩هـ.
- حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق، وإلغاء العقود، دار عالم الكتب، مصر، ١٣٧٩هـ.
- حسين، محمد الخضر (ت ١٩٥٨م)، رسائل الإصلاح، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٩٣٩م.
- حسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السنئة في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، بيروت، (دت).
- الخطاب، محمد بن محمد (٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (دت).
- حلولو، أحمد عبد الرحمن (ت ٨٩٥هـ)، التوضيح قي شرح التنقيح، المطبعة التونسية، تونس، ١٣٢٨هـ.
- الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام؛ دار الجيل، بيروت.
- الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، (دت).

- ابن خلدون، عبد الرحمن (ت ٨٠٨هـ)، المقدمة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت ٢٧٥هـ)، السنن، (تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد)، دار الفكر، بيروت، (د ت).
- الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر (ت ٤٣٠هـ)، تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع، تحقيق عبد الرحيم صالح أفغاني (د ت).
- الدردير، أحمد بن محمد العدوي (ت ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي عليه، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د ت).
- _____، الشرح الصغير، مع بلغة السالك للصاوي، (تحقيق مصطفى كمال وصفي)، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.
- الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، ١٤١٨هـ.
- _____ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
- _____ الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي، ط ١، ١٩٨١م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ)، الحاشية على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، (د ت).
- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (ت ٦٠٦هـ)، المحصول في علم الأصول، (تحقيق جابر فياض العلواني)، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط ١، ١٤٠٠هـ.
- الرّاغب، الأصفهاني، (ت: ٤٢٥هـ)، المفردات في غريب القرآن، (تح: صفوان داودي)، دار القلم، دمشق: ١٩٩٢م.
- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد (ت ٧٩٥هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ.

- عبد الرحمن صالح عبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، ط ١، ١٤٢٣ هـ.
- الرحوني، محمد الشريف، الرُّخص الفقهية من القرآن والسنة النبوية، ط ٢، مؤسسة عبد الكريم بن عبد الله، تونس.
- الرحيباني، مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، (دت).
- ابن رشد الجد، محمد بن أحمد (ت ٥٢٠ هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٨ هـ.
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد (ت ٥٩٥ هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (تحقيق عبد المجيد طعمة)، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٤٢٠ هـ.
- الرِّصاع، محمد بن قاسم (ت ٨٩٤ هـ)، شرح حدود بن عرفة، دار المكتبة العلمية، بيروت، (دت)
- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط ٤، ١٤١٦ هـ.
- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت ١٢٠٥ هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، (تحقيق عبد الكريم العزباوي وآخرين)، مطبعة حكومة الكويت، ١٣٨٦ هـ.
- الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٣ هـ.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت ٧٩٤ هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب، القاهرة.
- _____، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.
- أبو زهرة، محمد، أبو حنيفة حياته عصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة.
- _____ مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧ م.

- العلاقات الدولية في الإسلام، الدار القومية، القاهرة، (ط ١): ١٩٦٤ م.
- الزيلعي، عبد الله بن يوسف (ت ٧٦٢هـ)، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق محمد البنوري، دار الحديث، القاهرة، ١٣٥٧هـ.
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (ط ١)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
- السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـ)، الإبهاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٤هـ.
- سحنون، ابن سعيد التنوخي (ت ٢٤٠هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، (ط ١)، دار المعرفة، بيروت.
- أصول السرخسي، (ط ١)، (تح: أبو الوفاء الأفغاني)، دار المعرفة، بيروت.
- ابن السمعاني، منصور بن محمد (ت ٤٨٩هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، (تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي) دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٧٠ م.
- السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية، ط ١، ١٤٢٤هـ.
- ، مراعاة الخلاف، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- ، الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، آيار، ٢٠٠٥ م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ)، الاعتصام.
- ، الموافقات، تحقيق وشرح عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- الشافعي، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ)، الرسالة، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٨هـ.

- شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (ط ١)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- شقرون، محمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٣هـ.
- شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت. ط ٢، ١٩٨١م.
- الشنقيطي، محمد الأمين، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، (اعتنى به سامي العربي)، دار اليقين، مصر، ١٤١٩هـ.
- —، نثر الورود على مراقبي السعود، (تحقيق وتتمة محمد ولد سيدي ولد حبيب)، دار المنارة، جدة، ط ٢، ١٤٢٠هـ.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت: ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، مع تعليقات: محمد منير الدمشقي، دار الطباعة المنيرية، القاهرة.
- — فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، (ط ١)، دار الفكر، بيروت.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر (ت ٢٣٥هـ)، المصنف، تحقيق كمال الحوت، دار الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ)، شرح اللمع، (تحقيق عبد المجيد تركي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ.
- الصاوي، أبو العباس أحمد (ت)، بلغة السالك في إلى أقرب المسالك، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٢م.

- الطبراني، سليمان بن أحمد (٣٧٠هـ)، المعجم الكبير، (تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ١٤٠٤هـ.
- الطبريُّ، محمَّد بن جرير أبو جعفر، (ت: ٣١٠هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت: ١٤٠٥هـ.
- تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلميَّة، ط ١، بيروت: ١٤٠٧هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).
- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت ١٣٩٣هـ)، التحرير والتنوير، الدر التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤م.
- حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، مطبعة النهضة، تونس، ط ١، ١٣٤١هـ.
- مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط ٢، ١٤٢١هـ.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (ت ٤٦٣هـ)، الاستذكار، (اعتنى به: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري) وزارة عموم الأوقاف-المغرب، ١٣٨٧هـ.
- عبد الوهاب، القاضي ابن نصر البغدادي (ت ٤٢٢هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، (تحقيق الحبيب بن طاهر)، دار ابن حزم، ط ١٤٢٠، ١هـ.
- العجلوني، إسماعيل بن محمد (ت ١١٦٢هـ)، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر على ألسن الناس، دار التراث الإسلامي، القاهرة.
- العدوي، علي الصعيدي، الحاشية على كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت.
- الحاشية على شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

- ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري (ت ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، (دت).

- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، (تحقيق محمد ولد كريم)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٢م. ونسخة دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ.

- المحصول في أصول الفقه، (تحقيق حسين البديري)، دار البيارق، عمان، ط ١، ١٤٢٠هـ.

- العزُّ بن عبد السلام، عبد العزيز السلمي، (ت: ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (ط ١)، دار الكتب العلمية، بيروت.

- العطار، حسن بن محمد، حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت.

- العلوي، عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي (ت ١٢٣٠هـ)، نشر البنود على مراقبي السعود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٩هـ.

- عlish، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩هـ)، منح الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

- العمري، إسماعيل، الحقُّ ونظريَّة التعسُّف في استعمال الحقِّ في الشريعة والقانون، منشورات مكتبة بسام، العراق، ط ١، ١٤٠٥هـ.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ)، المستصفي من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١.

- إحياء علوم الدين، (ط ١)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

- ابن فارس، أحمد أبو الحسين، (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، (اعتنى به: محمد عوض، وفاطمة أصلان)، دار إحياء التراث العربي، بيروت: ٢٠٠١م.

- الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء.
- الفتوحى، تقي الدين أبو البقاء (ت: ٩٧٢هـ)، شرح الكوكب المنير، مطبعة السنة المحمدية.
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (ت: ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام عن أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٦هـ.
- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مصطفى البابي الحلبي، ١٩١٣م.
- الفيومي، حمد بن محمد المقرئ، (ت: ٧٧٠هـ)، المصباح المنير، (اعتنى به: الشيخ حمزة فتح الله)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر: ١٩٠٦م.
- القراني، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ) الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
- شرح تنقيح الفصول، (تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٩٣هـ.
- أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، بيروت.
- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، (ت: ٦٢٠هـ)، المغني شرح مختصر الخرقي، (ط ١)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- القرضاوي، يوسف، (١٩٩٩م)، فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء الكتاب والسنة، (ط ٢٤)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت ط ١، ١٤٢هـ.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت: ٦٧١هـ): الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٧م.

- (:) () :

- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت.

- —، بدائع الفوائد، تحقيق: (هشام عبد العزيز عطا - عادل عبد الحميد العدوي) كتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة، ط ١، ١٤١٦ هـ.

— الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: (محمد غازي) مطبعة المدني، القاهرة.

— مفتاح دار السعادة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. (د ت).

— الروح دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. ١٣٩٥ هـ.

- الكاساني، مسعود بن أحمد، (ت ٦٩٩هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط ١)، دار الكتب العلمية، بيروت.

- كامل، عمر عبد الله، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات، دار الكتبي، مصر، ط ١، ١٤٢١ هـ.

- ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء، (ت: ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت: ١٤٠١ هـ.

- اللقاني، إبراهيم بن إبراهيم (ت ١٠٤١هـ)، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، (تحقيق عبد الله الهلالي)، وزارة الأوقاف المغربية، ٢٠٠٢ م.

- ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت ٢٧٥هـ)، السنن، (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت، (د ت).

- مالك، ابن أنس (ت ١٧٩هـ)، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، (اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.

- محمد النور، زين العابدين العبد، رأي الأصوليين في المصالح المرسله والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٥هـ.
- المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن مفلح، محمد بن محمد المقدسي، الفروع؛ دار عالم الكتب، بيروت.
- المشاط، حسن بن محمد (ت ١٣٩٩هـ)، الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤١١هـ.
- المقرئ، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت ٧٥٨هـ)، القواعد، (تحقيق أحمد بن حميد)، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، (د.ت). ونسخة أخرى: (تح: الدردابي؛ رسالة دكتوراه في المغرب؛ وهي نسخة كاملة للكتاب.
- المناوي، عبد الرؤوف، (١٣٥٦هـ)، فيض القدير، (ط ١)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
- المنجور، أحمد بن علي (ت ٩٩٥هـ)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق محمد الشيخ الأمين، دار عبد الله الشنقيطي (د.ت).
- منصور، محمد حسين، نظرية الحق، رمضان وأولاده للطباعة، مصر، (دم)
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، ط ١٤١٢، ٢هـ.
- الموافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٨هـ.
- المواق، محمد بن يوسف (ت ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٤١٦، ١هـ.
- النجار، عبد المجيد، (١٩٩٠م)، المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، (ط ١)، دار المستقبل، الجزائر.
- — (١٤١٠هـ)، فقه التدين فهماً وتنزيلاً، كتاب الأمة، قطر، عدد ٢٢.

- النَّجَّار، عبد الله مبروك، تعريف الحق ومعيار تطبيق الحقوق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٠ م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
- _____ الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- النسائي، أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣هـ)، السنن "المجتبى"، (تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة) كتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط ٢، ١٤٠٦ هـ.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف الدين، (ت: ٦٧٦ هـ)، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ط ٠٢: ١٣٩٢ هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، (ط ٢)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥ هـ.
- المجموع شرح المذهب، مطبعة المنيرية، (دت)
- الهيثمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى (ت ٩١٤ هـ)، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١ هـ.
- أبو يوسف، القاضي يعقوب بن إبراهيم، (ت: ١٨٢ هـ)، كتاب الخراج، (ط ١)، (تح: إحسان عباس)، دار المعرفة، بيروت: ١٩٧٩ م.