

المحاضرة الاولى

الاستحسان

تمهيد:

انتهينا من دراسة المصادر التشريعية المتفق عليها بين جمهور العلماء وسنتناول الآن المصادر التي اختلفوا فيها من حيث اعتبارها أو عدم اعتبارها من الأدلة والأصول التي تستقل بالكشف عن الحكم الشرعي .
والاستحسان واحد من هذه الأدلة وتقتضينا دراسته أن نبين بياناً موجزاً - حيث لا يتسع المجال للبيان التفصيلي - تعريفه, وحجيته, وانواعه.

تعريفه:

وردت كلمة: "استحسان" في بعض كتب الفقه نقلاً عن بعض الأئمة من قولهم: نستحسن دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل ولا تقدير مدة المكث فيه, وقولهم: نستحسن شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير في الماء وعوضه.

وقد نقل عن الأمام مالك قوله: الاستحسان تسعة أعشار العلم, ونقل عن محمد بن الحسن قوله - أيضاً - أن أصحاب أبي حنيفة كانوا ينازعونه المقاييس, فإذا قال: أستحسن: لم يلحق به احد فما هو تعريف هذا المصطلح الذي شاع في كتب الفقه ودار على السنة الفقهاء؟ .

الاستحسان في اللغة:

عد الشيء حسناً سواء كان ذلك الشيء من الأمور الحسية أو المعنوية يقال استحسنت الرأي أو القول أو الصورة أو الطعام من إطلاق اللفظ على ما يميل اليه الإنسان وبهواه من الصور والمعاني وان كان مستقبلاً عند غيره, والاستحسان في اصل الوضع استفعال من الحسن.

اما في الاصطلاح:

فانه لم ينقل عن ابي حنيفة وصاحبيه تعريف للاستحسان او بيان للمراد من القياس الذي يطلق الاستحسان في مقابلته, بل وجدنا في عصر الصحابين من انكر الاستحسان وابطله فهذا هو الشافعي يعقد في رسالته فصلاً لابطال من انكر الاستحسان, ويشتهر عنه قوله: "من استحسنت فقد شرع" مما يوحي ان الاستحسان - الذي انكره فريق وشنع الشافعي على من اعتبره دليلاً من ادلة الاحكام - هو من قبيل المصير الى الحكم بالتشهي والهوى هكذا دون ضوابط او معالم .

فبدأ الاصوليون من الحنفية بدفع هذه التهم عن ائمتهم في امر الاستحسان واثبات انه دليل للحكم يقوم على ضوابط وحدود تعصمه عن الزيغ والهوى الا ان عبارتهم تفاوتت في تعريفه وبيان حقيقته.

ف قيل: "انه عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد ولا يقدر على اظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه".

وقيل: "انه عبارة عن العدول عن موجب قياس الى قياس اقوى منه " .

وعرفه الكرخي من الحنفية : انه اعدول في مسألة عن مثل عن مثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه هو اقوى اقتضى العدول.

وهذا التعريف فيما نعتقد هو التعريف الجيد من بين تعاريف الاستحسان :
لانه جامع لافراد المعرف مبين ماهيته وحقيقته.

حججته:

اختلف الاصوليون في اعتبار الاستحسان دليلاً ومصدراً للحكم الشرعي فذهب الحنفية والمالكية الى انه حجة شرعية تثبت به الاحكام كسائر الأدلة الاخرى وذهب الشافعي وكثير من الاصوليين المتكلمين الى انه دليلاً شرعياً على اساس ان الاستحسان تلذذ وقول بالهوى فلا يكون اصلاً للاحكام الشرعية وهؤلاء وان لم يخالفوا من قال بالاستحسان في حكم التطبيقات والامثلة التي تذكر له الا انهم راوا انها تندرج تحت أدلة اخرى لا تحت دليل مستقل اسمه الاستحسان .

ومن يحقق في امر الخلاف في الاستحسان ويحرر محل النزاع فيه لا يجد ان هناك خلافاً حقيقياً .

فالاستحسان ان كان قولاً بما يستحسنه المجتهد ويشتهيهِ من غير دليل فهو باطل باتفاق الاصوليين.

وان كان هو العدل عن موجب دليل الى موجب دليل اخر اقوى منه فهذا حق بالاتفاق.

وكل ما هنالك ان بعض العلماء سمي ما ثبت بالدليل الاخر الذي اقتضى العدل استحسانا ولما يسمه بعضهم بهذه التسمية.

فهو خلاف يرجع الى التسمية لا يصلح ان يكون محل جدل ونزاع بين العلماء .

وفي هذا يقول التفتازاني : " والحق انه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محل للنزاع.

ومما يؤيد هذا ان الامام الشافعي قد ثبت عنه القول بالاستحسان في بعض المسائل فنقل عنه الامدي انه قال : " استحسن ثبوت الشفعة للشفيع الى ثلاثة ايام " وعلى ما روى ذلك حرمة عن الشافعي.

ويقول الشوكاني : " قال جماعة من المحققين: الحق انه لا يتحقق استحسان مختلف فيه, لانهم ذكروا في تفسيره اموراً لا تصلح للخلاف " فهو في الحقيقة محض اصطلاح على ما يتضح من الامثلة والتطبيقات التي سنذكرها للاستحسان ولكل فريق ان يصطلحوا على ما يشاؤون .

انواعه:

من يتتبع المسائل التي استتبط الفقهاء حكمها بالاستحسان يجد انها ترجع الى نوعين:

النوع الاول: مسائل وجد لكل منها قياسان متعارضان, احدهما ظاهر جلي والآخر خفي, الا ان الفقيه يرجح اللاحق بالخفي لان في الحقيقة هو الاقوى وبه تتحقق المصلحة .

فيسمى هذا اللاحق استحساناً والحكم الثابت به حكماً مستحسناً ثابتاً على خلاف القياس, اي القياس الاصولي المعروف الذي هو ظاهر يتبادر الى الذهن ويعبر عنه بانه استحسان بالقياس الخفي.

وسمي القياس الخفي بالاستحسان-على ما ذكر ذلك البخاري-:لانه في الاكثر والاغلب يكون اقوى من القياس الظاهر فيكون الاخذ به مستحسناً ومن امثله ما ياتي:

1- وقف الارض الزراعية فانه يشبه البيع حيث ان كلا منهما يخرج العين من ملك صاحبها, ومقتضى هذا الا تدخل الحقوق الارتفاقية في الوقف الا بالنص عليها كما هو الحكم في البيع.

وهو يشبه الاجارة من حيث ان كلا منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين ومقتضى هذا ان تدخل الحقوق الارتفاقية ولو لم ينص عليها كما هو الحكم في الاجارة, الا ان شبه الوقف بالبيع لما كان اظهر من شبهه بالاجارة لتبادر الاول الى الذهن واحتياج الثاني الى التأمل وامعان النظر: اصطلاح

فقهاء الحنفية على ان دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف مع عدم النص عليها من باب الاستحسان .

2- هلاك العين المرهونة في يد المرتهنة بعد ان ابرء الراهن من الدين فانه في القياس الظاهر مضمون, قياساً لحالة الابراء على حالة الاستيفاء: اذ بقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يعاد.

لكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الابراء عن الدين, اعتبار المرتهن بعد ابرائه للمدين كالفاسخ للرهن لان الدائن المرتهن يستقل بفسخ الرهن, اذ هو توثيق لحقه واذا فسخه انقلب المرهون امانة في يده, فلا يضمن هلاكه عندئذ الا بالتعدي .

3- الدين المشترك الثابت لاثنين, مثلاً في ذمة ثالث بسبب المتحد: اذا قبض احد الشريكين مقدار حصته , لا يحق له الاختصاص بها بل لشريكه ان يطالبه بحصته من المقبوض.

فاذا هلك المقبوض في يد القابض قبل ان يؤخذ الشريك حصته, فان مقتضى القياس الظاهر ان يهلك من حساب الاثنين: لانهما كما يتقاسمان المقبوض اذا سلم ينبغي ان يتحملا معاً تبعة هلاكه اذا هلك .

لكن حكم فقهاء الحنفية بان الهالك في يد القابض هالك من حصته فقط وتكون الحصة التي لم تقبض للشريك الثاني: استحساناً ذلك لانه في الاصل لم يكن ملزماً بمشاركة القابض فيما قبضه, بل له ان يترك المقبوض للقابض ويلحق المدين بحصته .

النوع الثاني: مسائل يتناولها دليل عام او قاعدة كلية من ادلة الشرع وقواعده الا انه يوجد لكل مسألة دليل معين من نص او اجماع او ضرورية او عرف او مصلحة يقتضي استثنائها واخراجها من الحكم الكلي الثابت لنظائرها .

واصطلح الحنفية وكذلك المالكية على تسمية ذلك استحساناً، والحكم الثابت به مستحسناً ثابتاً على خلاف القياس، اي الدليل الشرعي العام او القاعدة الكلية وهذا النوع ينقسم باعتبار سنده الذي يعتمد عليه الى عدة اقسام كما يلي :

1- استحسان يستند الى النص:

وذلك بأن تقتضي القاعدة المقررة حكماً في مسألة ويرد النص فيها من كتاب او سنة على خلافه.

فالقاعدة المقررة في التمليك انه لا يجوز ان يضاف تمليك الى زمن زوال الملك، ومقتضى هذه القاعدة بطلان الوصية وعدم جوازها، لانها تمليك للعين مضاف الى زمن زوال الملكية ولكنها استثنت من ذلك استحساناً للنص الوارد بجوازها، وهو قول الله تعالى: **چئأ ئه ئه ئو ئو ئو ئو ئو** **چ النساء: ١١** والقاعدة المقررة في البيوع ان يكون المبيع موجوداً لدى البائع وقت انشاء العقد، فلا يجوز بيع المعدوم اخذاً من قول الرسول (عليه السلام) لحكيم بن حزام: " لا تبع ما ليس عندك " ومقتضى ذلك ان يدخل في النهي بيع السلم ويسمى السلف (وهو بيع اجل موصوف في الذمة بثمن

عاجل) لأنه بيع لما ليس عند الانسان لكنه استثنى من ذلك استحساناً بالنص الخاص الوارد بالجواز فقد ورد ان النبي (عليه السلام) قدم المدينة والناس يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: " من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم" .

وهذا القسم شامل لجميع الصور التي استثناها الشارع من حكم نظائرها وعند التحقيق يتبين ان الحكم فيها ثابت بالنص, فتسميته استحساناً ضرب من التساهل والتسامح ومحض اصطلاح.

2- استحسان يستند الى الاجماع:

وذلك بان يجمع المجتهدون واهل الفتوى في مسألة على حكم مخالف للقاعدة المقررة في امثالها .

كالاستصناع: وهو عقد مقاوله مع اهل الصنعة على ان يعملوا شيئاً نظير مبلغ معين بشروط مبينة في كتب فقه .

فمقتضى القاعدة المقررة ان هذا العقد غير جائز لان المعقود عليه غير موجود وقت العقد, والعقد على المعدوم لا يجوز .

لكنه جاز استحساناً على خلاف هذا القياس (أي القاعدة المقررة) لجريان التعامل به في كل زمان من غير انكار احد من اهل الاجتهاد فهو اجماع منهم على الجواز وهذا الاجماع مبني على مراعاة الحاجة ودفع الضرر المترتب على المنع من ذلك التعامل.

3- استحسان يستند الى الضرورة والحاجة:

وذلك بأن تكون هناك ضرورة تدعو الى مخالفة ما يقضي به حكم القاعدة العامة. وقد مثلوا لهذا بأغتنار الغبن اليسير في المعاوضات المبادلات المالية: اذ قلما يخلوا عقد من هذه العقود عن الغبن اليسير, فلو لم يغتفر ذلك للحق الناس الحرج والعسر في معاملاتهم ومن ذلك تطهير الآبار والحياض اذا تلوثت, فالقاعدة ان لا تظهر مطلقاً, اذ نزح بعض الماء لا يوتر في رفع النجاسة, ونزح جميع الماء لا يفيد طهارة ما ينبع او يصب بعد النزح لانه ان يلاقي نجساً في قاع ابئر والحوض وجدرانهما, فيتنجس بذلك.

الا ان العلماء استحسنا ترك العمل بموجب القياس (أي القاعدة المقررة) وقالوا بطهارتها بنزح مقدار ممن الماء - على ما هو مفصل في كتب الفقه - للضرورة الداعية الى ذلك.

4- استحسان يستند الى العرف:

وذلك بأن يقوم عرف صحيح بين الناس على تصرف يخالف قاعدة من القواعد المقررة.

وامثلة هذا كثيرة في الفقه الحنفي, تظهر للمنتبع لمسائل العرف والاحكام المبينة عليه.

فمن ذلك ان كل شرط يجري به العرف فهو معتبر عند جمهور الحنفية, وهو استحسان ثابت بالعرف على خلاف القياس, أي الاصل الكلي الثابت ينهي النبي (عليه السلام) عن بيع وشروط .

ومن ذلك وقف المنقول كالكتب والقذور ونحوها, فالقاعدة المقررة في ان يكون الوقف مؤبداً ان ذلك لا يجوز: واذ المنقول على شرف الهلاك فلا يكون قابلاً للتأبيد, ولكن محمد بن الحسن لما رأى الناس تعارفوا على مثل هذا الوقف: اجازه استحساناً بالعرف على خلاف القياس, أي القاعدة المقررة.

5. استحسان يستند الى المصلحة:

وذلك بأن تقوم مصلحة تقتضي استثناء مسألة من حكم كلي أو قاعدة مقررة, واعطاءها حكماً مخالفاً له.

فمن ذلك ان اعتقد المزارعة ينتهي بموت العاقدين أو احدهما كما في الاجارة, لكن الحنفية استثنوا من ذلك بعض الصور, ومنها: اذا مات صاحب الارض والزرع لم يدرك بعد, فحكموا ببقاء العقد استحساناً على خلاف القياس أي القاعدة المقررة عندهم, حفظاً لمصلحة العامل .

ومن ذلك ان القاعدة المقررة في الضمان أن الامين لا يضمن الامانة الا بالتعدي, ومقتضى هذه القاعدة ان لا يضمن الخياط او صاحب المكوى ما يكون في يده من امتعة الناس الا اذا ثبت تعديه وتقصيره .

لكن افتى اكثر الفقهاء بوجوب الضمان استحساناً على خلاف القاعدة المقررة, روعي فيه المحافظة على اموال الناس من الضياع, نظراً لانتشار الخيانة وضعف سلطان الايمان على النفوس, الا اذا ثبت أن الهلاك وقع من شيء لا يمكن الاحتراز عنه كالحريق الشامل أو النهب العام.

هذه اقسام الاستحسان, وواضح أن العمل به فيه حد من غلو القياس او مقتضى القاعدة الكلية, المؤدي الى مشكلة أو جور أو حرج في التطبيق.

ولهذا المنهج شاهد من عمل الاصحاب, اتضح في المسألة المعروفة بالمشتركة في علم الفرائض, وهي أن تموت امرأة عن زوج وام واخوين والأم والاخوين شقيقين .

فالزوج والام والاخوة لام من اصحاب الفرائض, سهامهم مقدرة محدودة أما الاخوة الاشقاء فهم العصبات, والقاعدة المقررة في امر العصبات .

المحاضرة الثانية

المبحث الثاني/الاستصلاح (المصالح المرسله)

تمهيد:

يقول الشاطبي ان وضع الشرائع انما هو لمصالح العباد في العاجل والاجل معا. وقد استدل على هذه الدعوى بقوله: "انا استقرينا من الشريعة انها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه (منازع)".

وهذا الذي ذكره الشاطبي يبرز لمن تأمل سنة الله في تشريعه الاحكام: من ربطه الاحكام بأوصاف ظاهرة مناسبة ملائمة لما شرعت من اجله, تدور معها

وجودا وعدما, يغلب الظن معها تحقيق المصالح المقصودة من التشريع. وهي

ما يسمى بالمعاني المناسبة للحكم.

الا ان هذه المصالح تتنوع بالنظر الى اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها الى ثلاثة انواع:

الاول: مصالح معتبرة قام الدليل الشرعي المعين من نص او اجماع على رعايتها ويسمىها الاصوليون بالمناسب المعتبر وهذه المصالح يجوز التعليم بها وبناء الاحكام عليها باتفاق القائلين بالقياس ويدخل في هذا النوع جميع المصالح التي جاءت الحكام المشروعة لتحقيق كحفظ العقل الذي شرع لتحقيقه تحريم الخمر وايجاب الحد على شاربه, وحفظ النفس الذي شرع لتحقيقه تحريم القتل وايجاب القصاص من القاتل عمدا الى غير ذلك من المصالح المعتبرة مما شرعت الاحكام لتحقيقها.

الثاني: المصالح قام الدليل الشرعي المعين على الغائها وعدم اعتبارها وهي ما يسمى بالمناسب الملغى, وهذه لا يصح التعليل بها وبناء الحكم عليها باتفاق فاستسلام للعدو قد تبدو فيه مصالح : من حفظ النفوس وصيانة الاموال وسلامة الديار من الخراب لكن المشرع الغى هذه المصالح ولم يعتد بها, وامر بالجهاد وردع الاعداء مراعاة لمصالح اكد ومنافع ارجح , وهي حفظ كيان الاكرامتها.

وعدم تعدد الزوجات قد تبدو فيه مصلحة , وهي قطع ما يحدث بين الضائر من الخصومة المنازعة مما يكون له اسوا الاثار على الاسرة الواحدة .

الا ان الشرع الغى هذه المصلحة اولم يعتد بها , وابعاح التعدد اكتفاء باشتراط العدل, مراعاة لمصلحة اكد, كصون الشهوات الحادة من الانحراف

ونامين تكثير النسل عندما يعرض للامة نقص في افرادها في اعقاب الآفات والحروب .

الثالث: مصالح سكت الشرع عنها , فلم يقم دليل معين على اعتبارها او الغائها , ولم يرتب حكما على وفقها او على خلافها وقد اطلق بعض الاصوليين اسم "الاستصلاح" على هذه المعاني حين يراد بناء الاحكام عليها وسماها بعضهم "الاستدلال المرسل والمصالح المرسلة" أي المطلقة عن دليل يدل على اعتبارها او الغائها.

هذا النوع هو محور الدراسة وفيه وقع الخلاف بين الاصوليين: منهم من رأى انها يعد اصلا من الاصول تبني الاحكام عليه, ومنهم من توقف فيه الا بشروط , ومنهم من لم يعمل بها ملم يعتبرها اصلا ودليلا من الادلة الاحكم .

تعريف الاستصلاح:

عرفه الامام الغزالي بان: التعلق بمجرد المصلحة من غير استشهاد بأصل معين فالمصلحة المرسلة على هذا, هي الوصف المناسب لتشريع الحكم اذي يترتب على ربط الحكم بها جلب نفع او دفع ضرر, ولم يدل شاهد من الشارع على اعتباره او الغائه .

وواضع ان المصالح المرسله تقوم في الوقائع التي سكت الشرع عنها وليس لها اصل معين تقاس عليه, ويوجد فيها معنى مناسب يصلح ان يكون مناظرا لحكم, يحكم به المجتهد بناء على ذلك المعنى.

حجته:

من يتأمل كلام الاصوليين في امر الاستصلاح والعمل بالمصالح المرسله, الآراء التي ينسبونها الى الائمة المجتهدين: يجد ان فيها ذكروه اضطرابا وغموضا.

فقد ذكر الاسنوى مذاهب متعددة في الاحتجاج بالمصالح وقال:

وفيه ثلاثة مذاهب :

احداها: انه غير معتبر مطلقا, قال ابن الحاجب: وهو المختار . وقال الامدى : انه الحق الذي يتفق عليه الفقهاء.

الثاني: انه حجه مطلقا ,وهو مشهور عن مالك ,واختاره امام الحرمين.

وقال ابن حاجب : وقد نقل ايضا عن الشافعي وكذلك امام الحرمين الا انه شرط فيه ان تكون تلك المصالح مشبهة بالمصالح المعتبرة.

الثالث : وهو رأى الغزالي واختاره المصنف (البيضاوي) :انه ان كانت المصلحة ضرورية قطعية, كلية, اعتبرت, والا افلا.

ويقول الغزالي : فالمنقول عن مالك _رحمة الله_ الحكم بالمصالح المرسلة, ونقل عن الشافعي فيه تردد, وفي كلام الاصوليين ايضا نوع اضطراب فيه الا ان الزركشي رأى في حكاية مذاهب الائمة رايا اخر فقال: وقد اشتهر انفراد المالكية بالقول بالمصلحة المرسلة, وليس كذلك, فان العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة ولا معنى للمصلحة المرسلة الا ذلك .

والقرافي ايضا حقق المصلحة معمول بها في عامة المذاهب فقال: والذي جهل امره هو المصلحة المرسلة التي نحن نقول نحن بها, وعند التحقيق هي عامة في المذاهب.

ومما يرجح ما ذهب اليه القرافي والزركشي, ان من يتأمل تطبيقات المصالح المرسلة لا يجد فيها خلافا يعتد به بين الائمة: من اشتراط منهم بشرط للأخذ بها او من لم يشترط.

واذا كان الامام الشافعي يشترط غي المصلحة ان تكون مشابه لمصلحة معتبرة, واذا كان كثير من الاصوليين يشترط في المصلحة المقبولة ان تكون ضرورية (او حاجة) عامة قطعية _فاق مالكا_ وهو لم يضع شروط للعمل بالمصلحة _لم يقبل كل مصلحة ايضا وفي هذا يقول الامدى: ان مالكا :

ان صح النقل عنه بالقول بالمصالح لا يقول بذلك فيكل مصلحة, بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعا.

فعلى هذا نظر المجتهدين متقارب في الاحتجاج بالمصلحة, و ما نقل من خلاف فيها فإنما هو خلاف في الاسلوب والنهج.

فمالك اعتبر المصالح دليلا فقهيا مستقلا قعد له المالكية قواعد اجتهادية خاصة به, اما الشافعي فانه يرى ان الاخذ بهذه المصالح لا ينبغي ان يكون شيئا يعجز اسم القياس عن الدلالة عليه,, بل اعتبره وجها من وجوه القياس.

وبهذا نصل الى ما قاله القرافي والزرکشي له وجه كبير في الصحة حيث ان اصحاب المذاهب المختلفة يتأثرون في استنباط احكام للفرع بوجوه المصالح والمناسبات المعقولة, وان كان بعضهم لا يراها دليلا مستقلا بل يرى ربطها بقياس فقهى.

بعد هذا, يقدح في خاطر سؤال: وهو انه اذا كان امر المصالح بهذا الوضوح وهذا القرب, واذا كان الائمة في تفرعاتهم قد عملوا بتلك المصالح, والاصوليين قاموا بتأصيل تلك الفروع : فما اساس هذا الاضطراب الذي عانت منه المصالح المرسله, حتى ذهب ذاهبون الى ردها مطلقا, وذهب اخرون الى وضع شروط للأخذ بها, تخيل للناظر ان القول بها متعسر او معتذر؟

ولا نجد الا جابة على هذا السؤال افضل مما ذكره القرافي في هذا الصدد اذ يقال: وانما فر اكثر علماء الامة من تقرير هذا الاصل تقريرا صريحا مع اعتبار كلهم له, خوفا من اتخاذ ائمة الجور اياه حجة لاتباع اهوائهم,

وارضاء استبدادهم في اموال الناس ودمائهم, فراوا ان يتقوا ذلك بإرجاع جميع الاحكام الى النصوص, ولو بضرب من الاقيسة الخفية فجعلوا مسألة المصالح المرسله من ادق مسالك العلة في القياس, ينيطوها باجتهاد الامراء والحكام, وهذا الخوف في محله, لكن لم يق الاثمة من اهواء الحكام كما ينبغي, اذ كان يوجد في عهد كل ظالم _من علماء السوء_ من يمهده له الطريق ولو لبعض ما يريد من اتباع الهوى.

فاذا الظروف واختلاف البيئات هي اساس هذا الاضطراب فمن ضيق سبيل الاخذ بالمصالح المرسله وشدت في شروطها, فانه يراعي واقعه الذي يعيشه ويحسه, اذ يرى الحكام لا يألون جهدا في الحصول على ما تهفوا اليه اهوائهم, ويريدون في نفس الوقت اضعاف الشريعة على تصرفهم وسلوكهم ليتخلصوا من نفرة ابناء امتهم فيميلون الى علماء السوء ليمهدوا لهم سبيل ما يريدونه بابتئائه على المصلحة او غيرها.

فنظر علماءنا _رحمهم الله_ الى هذه العوامل, فوجدوا ان التصريح بجواز العمل بالمصالح المرسله يفتح بابا لهؤلاء وهؤلاء, فوصدوه في وجوههم ومن اجاز العمل بها من اسلافنا, كانه لم يبتل من عصره بمثل هذه الشرور, بل كان الحق رائد الجميع, ومعرفة الحكم الشرعي غايتهم وطلبتهم والكل يصدر في تفكيره وما يذهب اليه, عن رغبه في خدمة الشريعة الغراء, والدفاع عن تعاليمها واحكامها فجزاهم الله عن الشريعة وعباده خير الجزاء واحسنه, وهذا: ولحجية الاستصلاح ادلة كثيرة نذكر منها:

1. علم بالاستقراء وتتبع اسرار التشيع ان الغرض الاساسي والمقصود الاصيلي من التشريع احكام المعاملات انما هو تحقيق مصالح الناس بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم, واذا لم يوجد في الواقع نص او اجماع او قياس كان الحكم فيها بما يحقق المصلحة ويكون هذا الحكم الذي بني على مراعاة المصلحة موافق للشرع لان تشريعات لمشرع انما قصد بها تحقيق المصلحة.

2. ان الاصحاب (رضوان الله عليهم) افتوا بعد وفاة رسول الله (صلى

الله عليه وسلم) في حوادث ووقائع لم تكن معهودة ولا معروفة في عهد الرسول (عليه السلام) وكانت فتاواهم فيها مبنية على مراعاة المصالح المرسله وحدها.

يبقى في الامر الاستصلاح ان هناك رايًا شاذًا يؤخذ من مناهج الائمة والادلة المستقيمة انه مردود باطل لا وجه له ذلك هو رأى نجم الدين الطوقي فقد غالى في الاخذ بالمصالح المرسله حتى قدم العمل بها على العمل بمقتضى النص عند التعارض فتكون المصلحة في هذه الحالة مخصصة للنص.

وهذا راي غير مقبول فالمصلحة لا يصار اليها اذا كان هناك في الواقعة نص وان تعارض نص ومصلحة في واقعة من الوقائع قدم النص وصرف النظر عن مقتضى المصلحة

وقد قدم عنى المتأخرون من الاصوليين بوضع قيود للعمل بالمصالح حتى لا يكون هناك هوى او حيف في استعمال هذا الاصل فمن هذه الشروط ما يلي:

1. ان تكون المصلحة من المصالح التي لم يقم دلي شرعي على الغائها فاذا اقام دليل على الغائها ما يعتبر مصلحة لم يصح العمل بها وعلى هذا لم تعتبر المصلحة التي تقتضي التسوية بين البنات والابن في الميراث.

2. ان تكون المصلحة محقق, اما اذا كانت متوهمة فلا يجوز العمل بها.

3. ان تكون المصلحة من المصالح العامة, بان تحقق منفعة لأكبر عدد من الناس, وعلى هذا لا تكون المصلحة معتبرة اذا كانت تحقق منفعة امير او رئيس او افراد قلائل بصرف النظر من جمهور الناس.

4. ان يفوت اعتبار المصلحة مصلحة اخرى اكد واهم.

5. ان تكون المصلحة معقولة في ذاتها, بحيث لو عرضت على العقول السليمة لرضيتها وتلقته بالقبول.

المحاضرة الثالثة

المبحث الثالث

العرف

يرى فقهاء الشريعة الاسلامية ان العرف والعادة في الاصطلاح لفظان مترادفان على معنى واحد, فالعرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول . والعادة: ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا اليه مرة بعد الاخرى, والى هذا ذهب الجرجاني وابن عابدين وعلي حيدر "شارح مجلة الاحكام العدلية".

فما ورد من عطف احدهما على الاخر كقول بعض الفقهاء, هذا الحكم ثابت بدلالة العرف والعادة انما هو من باب تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد اذ لا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف.

يمكن ان نعرف العرف الذي نبحث عنه في اعتباره دليلا من الادلة الاحكام الشرعية بانه: ما اعتاد جمهور الناس والفوة من شاع بينهم او لفظ استقروا على اطلاقه على معنى خاص بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره. والعرف ينقسم _قسمة اولى_ الى عرف عملي و عرف قولي.

فالعرف العملي: ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارف الناس على البيع بالتعاطي دون صيغة لفظية لعقد البيع, وتعارفهم على ان ما يدفعه الرجل لخطيبه يعتبر هدية لا يدخل في نطاق المهر, وتعارفهم على دخول الحمام العام دون تعيين زمن المكث او مقدار الماء.

والعرف القولي: اتفاق اهل العرف على ان ياد من اللفظ غير معناه الاصلي اللغوي, كتعارف الناس على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الانثى, مع انه لغة تشمل الاثنتين بشهادة الآية القرآنية: "يوصيهم الله في اولادكم للذكر حظ الاثنتين"

ومثل الالفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع كالطلاق والنكاح والصوم والصلاة, والالفاظ التي اصطلح عليها اهل العلوم وارباب الصناعات, بحيث يراد ويفهم من تلك الالفاظ عند اطلاقها المعاني الاصطلاحية دون المعاني اللغوية لتلك الالفاظ: لان المعنى الاصلي اللغوي اصبح مهجورا بعد ان صارت دلالة هذه الالفاظ على معانيها الجديدة حقيقة عرفية.

والعرف سواء كان عمليا ا قوليا ينقسم _قسمة ثانية_ الى عرف عام وعرف خاص.

فالعام: هو ما يتعارفه اهل البلاد جميعا, كتعارف الاستصناع, واستعمال لفظ الطلاق في انهاء رابطة زوجية.

والخاص: هو ما يتعارفه اهل بلد معين او طائفة معينة من الناس ومن هذا تعارف النجار اثبات الديون في دفاتر خاصة من غير اشهاد عليها واعتبار هذا حجة فيما بينهم.

والعرف بأنواعه المتقدمة ينقسم قسمة ثالثة الى عرف فاسد وعرف صحيح.

فالعرف الفاسد: ما كان مخالفا لا دلة الشرع واحكامه الثابتة التي لا تتغير كتعارف الناس شرب الخمر, والتعامل بالربا ولعب القمار ورهان سباق الخيل وخروج المرأة الى الاماكن العامة شبه عارية, وغير ذلك من الامور التي حرمتها الشريعة لما يترتب عليها من المفساد الدينية والاجتماعية, فمثل هذا الصرف لا يعتد به ولا تبني على مثل الاحكام.

والعرف الصحيح ما لا يخالف دليلا من الادلة الشرعية ولا قاعدة من القواعد الاساسية ومثل هذا العرف يعتبر وعتد به في الاستنباط وتشريع الاحكام اذ عدم اعتباره والاعتداد به يوقع الناس في الضيق والحرص ويجعل الشريعة في روحها مجافية للغرض الذي جاءت من اجله.

ولابد من توافر شروط: لاعتبار العرف دليلا يرجع اليه الفقيه اذا اعوزه دليلا
ارجح منه , وهذه الشروط كما يلي:

1. ان يكون العرف غالبا مطردا وفي هذا يقول ابن نجيم: انما تعتبر العادة
اذا اطرت او غلبت ولذا قال الفقهاء في البيع: لو باع بدرهم او دنانير
وكانا في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المايه والروح, وانصرف
البيع الى الاغلب لانه المتعارف فينصرف المطلق اليه وفي هذا جاءت
القاعدة الفقهية: "العبرة بالغالب الشائع لا بالنادر"

2. ان لا يخالف العرف نصا.

وفي هذا يقول السرخسي: وكل عرف ورد انص بخلافة فهو غير معتبر
والمخالفة القادحة في العرف هي ما اذا كان في العمل به ابطال للنص من
كل وجه وبالكلية.

تما اذا لم يكن كذلك كما اذا كان النص عاما وقام عرف خالفه في بعض
افراده فانه يعمل بهما معا, ويكون العرف مخصصا النص العام لا مبطلا
له.

ولذلك جوز الفقهاء الاستصناع لتعارف الناس عليه وتعاملهم به مع ان
النص ورد بالنهي عن الاسان ما ليس عنده, وهو صادق على الاستصناع
فعمل بمقتضى النص في غير الاستصناع وعمل بالعرف في الاستصناع.

3. ان لا يكون هناك اتفاق على استبعاد العرف.

فاذا قام اتفاق على استبعاد ما يتعارف عليه الناس في بعض المعاملات والعقود نفذ الاتفاق واهمل العرف فلو كان هناك عرف على ان تكون مصاريف تسجيل العقد او نفقات شحن البضاعة على المشتري واتفق العاقدان على ان يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف. 4. ان يكون العرف الذي تحمل عليه الصيغ والنصوص والتصرفات موجودا وقت ورودها فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على التصرف او النص, ولا عبرة ايضا بالعرف السابق على التصرف اذا تغير قبل نشأته.

فلو ان شخصا وقف مزرعة على العلماء سنة الف وكان المتعارف من هذا اللفظ علماء الدين واللغة مثلا, ثم تعورف الان هذا اللفظ فيما يشمل هؤلاء والعاملين بالطب والكيمياء والطبيعة, واريد توزيع الريع الان: فسر كتاب الوقف بالعرف الموجود وقت انشاء الوقف لا بالعرف الحادث.

5. ان يكون العرف ملزما: اي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس, وهو خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامه مقام الشرط او العقد

مثاله الهدايا في الاعياد والاعراس والمناسبات الاخرى, فاذا كان هناك عرف واعتياد في المكافاة عليها لزم ذلك في الفتيا والقضاء.

حجية العرف:

الفقهاء قديما اخذوا العرف واعتبروه دليلا يبنى عليه كثير من الاحكام ومرجعا في تفسير النصوص وبيان ما ترمى اليه.

يقول ابن العربي, عند تفسير قوله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعته" العادة دليل اصول بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام .

ويقول الفرافي: اما العرف فمشارك بين المذاهب ومن استقرها وجدهم يصرحون بذلك.

ومن يتتبع كتب القاعد الفقهية يجد كثيرا من الشواهد على مراعاة عرف الناس وعاداتهم في الاحكام الشرعية, حتى اصبح من القواعد المقرر المعروف فاكالشرط شرطا, و العادة محكمة والثابت بالعرف كالثابت بالنص فهذه العبارات وامثلتها لا تدع مجالا للشك في ان العرف يرجع اليه حيث لا نص بل ويرجع اليه في تطبيق النص وفهمه.

ومن يتتبع كتب الفروع يجد الكثير من الاحكام والفتاوى مبنيا على العرف والعادة.

فالاستصناع اجازة جمهور الفقهاء لجريان العرف العام به مع انه مخالف لما تقتضي به القواعد العامة التي لا تجيز بيع معوم.

واشترط بعض الشروط التي لا يقتضيها العقد اجازة بعض الفقهاء اذا جرى به العرف واعتاد الناس في عقودهم وتصرفاتهم من ذلك شراء ثلاجة على ان يتعهد باصلاحها معينة, اجازة بعض الفقهاء اعتبارا للعرف في مقابلة النهي عن بيع وشرط.

ووقف المنقول اجازة بعض الفقهاء لجريان عرف الناس به, مع ان الاصل العام في الوقف ان يكون مؤيدا ومقضيا عدم جواز وقف المنقول والفقهاء في اعتبارهم للعرف استدلوا بأمرين:

الاول: التاسي بالشارع الحكيم, اذ اقر الكثير من اعراف العرب وعاداتها قبل الاسلام بعد ان نظمها لهم, يتمثل هذا في بعض العقود كالبيع والمضاربة والاجارة وفرض الدية على العاقلة, ولم يلغ عن ذلك الا الفاسد الضار الذي لا يصلح للبقاء, كالربا والميسر والتبني وحرمان النساء من الميراث وواد البنات.

الثاني: نصوص من الكتاب والسنة النبوية, رأى فيهم بعض العلماء دلالة على جية العرف, فاستدل السرخسى والكاساني وابن الهمام والسوطي بما روى عن رسول الله (عليه السلام) من قوله "ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" وذكر ابن عابدين ان بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى: "خذ العفو وامر بالمعروف", واستدل بهذه الآية على اعتبار العرف دليلا فقال: فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية.

تغير الاحكام بتغير العرف:

كان من اثر اعتبار العرف دليلا من ادلة الاحكام, ان يتغير الحكم المبني على العرف تبعا لتغير الاصل الذي ابني عليه .

وفي هذا يقول القرافي: الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت وبهذا القانون تعتبر جميع الاحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه, بل قد ويقع الخلاف في تحقيقه هل وجد ام لا؟

وتبعاً لذلك فالمجتهد يغير رايه في المسألة الواحدة لتغير العرف الذي بنى عليه الحكم وهذا ما وقع للامام الشافعي بعد ان انتقل الى مصر, فانه خالف بعض رايه في العراق المبنية على العرف حينما وجد عرف اهل مصر يخالف عرف اهل العراق.

وقد يخالف فقهاء المذهب الواحد صاحب المذهب في الاحكام بنيت على العرف بعد ان اختلفت وتغير, وهذا يتمثل في كثير من الاحكام خالف فيها الصحابان ابا حنيفة.

كما وجود بعض الفقهاء المتأخرين يخالفون فقهاء المذهب القدامى في بعض ما حكموا به لتبدل العرف وكتب الفقه تعبر عن هذا الاختلاف بانه اختلاف عصر لا اختلاف حجة وبرهان لان صاحب المذهب والقدامى من فقهاء المذهب لو وجدوا في الزمن الذي وجد فيه المتأخرون من العلماء لذهبوا الى مثل ما ذهب باليه هؤلاء ومن امثلة ذلك:

1. كان الفقهاء لا يجوزون اخذ الاجرة على تعليم القران لأنه طاعة وعبادة, وهذا الحكم كان مناسباً للزمان الذي صدر فيه هذا الحكم اذ كان لمعلمي القران عطايا في بيت المال لكن بعد ان تغير هذا العرف وانقطع ما كان

مخصصا لهم في بيت المال افتوا بجواز اخذ اجرة على تعليم القران والامامة والاذان.

2. ذهب المتقدمون من ائمة المذهب الحنفي الى ان رؤية الدار المبيع مسقط لخيار الرؤية وقد عدل المتأخرون من هذا عن هذا الراي وقالوا: لا بد من رؤية جميع الدار لا اختلاف العرف في بناء ال دور في زمنهم عما كان عليه في زمن المتقدمين

فقد كانت الحجر في ذلك الزمن تبنى كلها على شكل واحد, فكانت رؤية بعضها كافية في الحصول العلم بكل الدور ثم تغير هذا في زمن المتأخرون وصارت حجر الدار الواحدة تبنى على اشكال مختلفة, فرؤية البعض لا تسقط خيار الرؤية.

3. ذهب ائمة الحنيفة الى ان الغاصب اذا فعل بالمغصوب ما يزيد في قيمته كان للمالك الخيار بين اخذ المغصوب ودفع قيمة الزيادة او ترك المغصوب للغاصب واذا فعل الغاصب بالمغصوب ما ينقص قيمته كان للمالك ان يضمه النقصان.

ثم اختلفت الامام وصاحباها فيما لو غصب شخص ثوبا وصبغه بلون اسود, فاعتبره ابو حنيفة نقصانا في قيمته, وقال الصحابان انه زيادة ومرجع هذا الاختلاف العرف فكانت فتوى ابي حنيفة في زمن الامويين وكانوا يكرهون لبس السواد فكان مذموما وكانت فتوى الصحابين على عهد بني العباس وكانوا يلبسون السواد فكان ممدوحا.

الى امثلة كثيرة في ثنايا كتب الفروع وعلى اساس هذا وضعت القاعدة
الفقهية القائلة: لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان.

الا انه ينبغي ان تشير الى قضية تغير الاحكام بتغير الزمان لا تقتصر
على الاحكام المبنية على العرف, بل هي تشمل ايضا الاحكام الاجتهادية
الآخري من قياسية ومصلحة.

وفي هذا يقول ابن عابدين: "كثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان
لتغير عرف اهله, او لحوث ضرورة او لفساد اهل الزمان.

المحاضرة الرابعة

المبحث الرابع

سد الذرائع

الذرائع جمع ذريعة, وهي في اللغة التي يلجأ اليها الشخص ليصل الى امر من الامور سواء كان خيراً او شراً .

وفي اصطلاح الاصوليين خصت الذرائع بالوسائل المفضية الى الحرمات, فيكون معنى سد الذرائع: منع التوسل بما هو مباح الى ما هو مفسدة اذ ان الوسائل لما كانت مفضية الى مقاصدها: كانت تابعة لها ومعتبرة بها, فوسائل المحرمات يكون حكمها بحسب ما تقضي اليه من الغايات, فاذا حرم المشرع شيئاً وله وسائل تقضي اليه: فانه يحرمها تحقيقاً لتحريمه ولو كانت ذاتها مباحة ومن غير المعقول أن يكون الشيء في ذاته ممنوعاً وتباح الوسائل الموصلة اليه, ومن غير المعقول أن يكون الشيء في ذاته ممنوعاً وتباح الوسائل الموصلة اليه .

والفعل المفضي الى المفسدة من حيث هو قسمان:

احدهما: أن يكون موصلاً الى مفسدة وهو منهي عنه في ذاته, كشراب الخمر المؤدي الى مفسدة ضياع العقل, والسرقة المؤدية الى ضياع الاموال وهذا القسم لا خلاف في منعه وسده من حيث هو مفسدة في نفسه لكنه لا يدخل في باب الذرائع ولا ينطبق عليه تعريفها.

الثاني: أن يكون موصلاً الى مفسدة وهو أمر جائز في ذاته وهذا القسم هو الذي ادخله الاصوليون في باب سد الذرائع, وهذا القسم من حيث تحققه والمفسدة فيه ينقسم الى ثلاثة انواع:

النوع الاول: يتمثل في ان الوسيلة قد تفضي الى المفسدة ولكن المصلحة ارجح وذلك مثل كلمة الحق عند سلطان جائر, مع احتمال افضائها الى مفسدة ضياع النفس, ومثل الحكم بشهادة اثنين والرجوع في امر انتهاء العدة الى قول المرأة, مع احتمال افضائه الى مفسدة من طريق التواطؤ على الكذب.

وهذا النوع جاءت الشريعة باباحته نظراً لان المصلحة فيه راجحة فلا يمنع ولا يسد.

النوع الثاني: ان يفضي الى المفسدة غالباً والمفسدة ارجح من المصلحة وذلك مثل بيع العنب لمن يتخذه خمراً وتأجير الدار للبغاء وبيع السلاح في اوقات الفتنة وهذا النوع لا خلاف في منعه وسده بين الفقهاء الا ان منهم من يعتبر منع مبنياً على اصل سد الذرائع كالمالكية والحنابلة ومنهم من يعتبر ذلك من باب التعاون على الاثم والعدوان ومن منهي عنه بالنص بقوله تعالى " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " او بغيره من الاصول المقررة كالقياس والاستحسان وهذا ما ذهب اليه اغلب الاصوليين .

النوع الثالث: استعمال حل مشروع او امر جائز في غير ما جاء لاجله وذلك كمن يتوصل الى الخلاص من الزكاة عن طريق هبة مالية قرب

نهاية الحول, وكمن يتوصل الى تحليل المطلقة لمطلقها بائناً بينونة كبرى عن طريق النكاح, وكمن يتوصل الى الربا عن طريق البيع, كما في بيوع الاجال (العينة) وهي ان يبيع متاعه الى اجل ثم يشتري في المجلس بثمن حال.

وهذا النوع قد اختلف فيه الفقهاء.

فمنهم: كالمالكية والحنابلة وغيرهم من ذهب الى ان هذه الذرائع ينبغي ان تسد وتمنع مطلقاً لأنها تتخذ طريقاً للتحلل من التكاليف, والتجاوز على حدود الله ورتبوا على ذلك بطلان هذه العقود, وعدم ترتب اثارها عليها .

ومنهم: كالإمام الشافعي وغيره من ذهب الى التفرقة بين حالة ما اذا ظهر قصد المتعاقدين للوصول الى الممنوع في مثل العقود التي ذكرناها, وحالة اذا لم يظهر ذلك, فمنع في الحالة الاولى دون الثانية .

وهذا من الامام الشافعي يرجع الى حسن ظنه بالناس, وهو لم يتهم من لم يظهر منهم قصد ممنوع اما مالك ومن رأى رأيه فإنه راعى كثرة قصد الناس للممنوع في مثل عقود العينة, ونكاح المحلل, وكل عمل ظاهره الجواز يقدم عليه الانسان لا بطل حكم شرعي فانهم بسبب ظهور القرائن الدالة على القصد الى الممنوع .

وفي هذا يقول القرافي: " وليس سد الذرائع من خواص مذهب ملك كما يتوهمه كثير من المالكية بل الذرائع ثلاث اقسام: قسم اجمعت الامة على سده ومنعه وحسمه كحفر الابار في طرق الناس فانه وسيلة الى اهلاكهم

فيها, وقسم اجمعت الامة على عدم منعه وانه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم, كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر, فانه لم يقل به احد, وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية من الزنا, وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد ام لا كبيع الاجال عندنا, كمن باع سلعة بعشرة دراهم الى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك يقول: " انه اخرج من يده خمسة الان واخذ عشرة اخر الشهر فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة الى اجل توسلا باظهار صورة البيع لذلك والشافعي يقول: " ينظر الى صورة البيع ويحمل الامر على ظاهره فيجوز ذلك, فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي فليس سد الذرائع خاصاً بمالك (رحمه الله) بل قال بها هو اكثر من غيره, واصل سدها مجمع عليه .

سند الاخذ بسد الذرائع :

لقد دلت النصوص من الكتاب والسنة, على مراعاة سد الذرائع والايماء الى انها اصل للاستنباط اساسه النظر الى مآلات الافعال من ذلك:

1- قال تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم" فقد ورد النهي عن سب الاوثان مع انها باطل في باطل حتى لا يكون ذريعة الى سبهم الله تعالى وفي هذا تصريح بالمنع من الجائر لئلا يكون سبيلا وسببا لفعل مالا يجوز .

2- كف النبي (عليه السلام) عن قتل المنافقين مع ظهورهم وفسادهم لأن قتلهم ذريعة لأن يقال: ان محمداً يقتل اصحابه, وما فيه من اصرار الكافرين على عنادهم.

3- نهى النبي (عليه السلام) على ان يأخذ الدائن هدية من المدين لئلا يؤدي ذلك الى الربا واتخاذ الهدايا بدل الفوائد.

4- نهى النبي (عليه السلام) عن شراء الرجل صدقته ولو وجدها في السوق تباع سداً لذريعة العود فيما خرج عنه لله ولو بعوض.

وقد جمع ابن القيم تسعة وتسعين مثلاً من امثلة سد الذرائع, ثم قال: وباب سد الذرائع ربع التكليف, فانه امر ونهي, والامر نوعان: احدهما مقصود لنفسه, الثاني: وسيلة الى المقصود, والنهي نوعان: احدهما ما يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه, والثاني: ما يكون وسيلة الى النفس فصار سد الذرائع المفضية الى الحرام احد ارباع الدين, اي ربع التكليف.

وبهذا يتضح ان قول القرافي: واصل سد الذرائع مجمع عليه له وجه كبير من الصحة, فالفهاء اخذوا به جميعاً ولكنهم اختلفوا في مقداره او في تسميته, بل نجد المالكية لا يقصدون الذرائع على الوسائل المفضية الى الفساد ويقرر القرافي هذا بقوله: اعلم ان الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها, وتكره وتتدب وتباح فكأنهم راعوا جانب المصلحة في امر الذرائع, ومن بعض التطبيقات التي ذكروها للذرائع نلمح انهم عمدوا الى طائفة

منها, هي في ذاتها محرمة, فأباحها او اوجبوها بأعتبار ما يترتب على فعلها من مصلحة, فمن ذلك:

1- دفع مال فداء لشخص اختطفه اعداؤنا, فاصل الدفع للعدو محرمة لكنه هنا ابيح لما فيه من تخليص احد افراد الامة او طائفة منها من الضرر .

2- دفع مال لدولة عدوة محاربة اتقاء اذاها اذا لم تكن للأمة قوة تستطيع بها ان تحارب وترد الاذى.

3- دفع الرشوة لرد الظلم او تخليص الحقوق الخالصة اذا لم يقدر على دفع ذلك الا بها وتعينت الرشوة طريقاً لتحصيل المصلحة ودفع المفسدة .

فكأن النظر في اعتبار الذرائع يدور على مراعاة مآلات الفعال , فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول عليه فاذا كان الفعل يؤدي الى مطلوب فهو مطلوب وان كان يؤدي الى منهي فهو منهي عنه .

وينبغي ان نشير الى ان باب سد الذرائع قد يوقع في الحرج وتعطيل التكاليف اذا غالينا فيه فقد يتحرج بعض الناس عن امر واجب او جائز خشية الوقوع في مفسدة موهمة مثل ان يمتنع شخص ورع حقيقي التدين عن ولاية اليتيم في ماله, او عن تولي ادارة وقف من الاوقاف خشية التهمة من الناس او الوقوع في المحذور, وقد بحث القرطبي هذا المر وهو بصدد مناقشة اراء العلماء في ان ولي اليتيم هل له ان يشتري لنفسه من مال يتيمة؟ والمفروض ان الولي لا يبقى ولياً اذا بدر منه تقصير او تهاون او خيانة .

فذكر ان مالكا في مشهور الاقوال يبيح للولي الشراء ثم قال القرطبي: فأن قيل: يلزم ترك مالك اصله بالتهمة والذرائع اذا جوز له الشراء من يتيمه فالجواب ان ذلك لا يلزم, وانما يكون ذلك (الإشارة الى اصل مالك في سد الذرائع) ذريعة فيما يؤدي من الافعال المحظورة الى المحظورة منصوص عليها.

اما هاهنا فقد اذن الله سبحانه في سورة المخالطة, ووكل حاضنين في ذلك الى امانتهم بقوله " والله يعلم المفسد من المصلح" وكل امر مخوف وكل الله سبحانه المكلف الى امانته لا يقال فيه: انه ينذر الى محذور به فيمنع منه, كما جعل الله النساء مؤتمنات على فروجهن مع عظيم ما يترتب على قولهن في ذلك من الاحكام ويرتبط به من الحل والحرمة والانساب .

وما ذكره القرطبي اذا كان مسلماً في ان سد الذرائع لا ينبغي الغلو فيه, فإنه غير مسلم في التطبيق الذي ذكره له من امر شراء الولي مالاً من موليه فجمهور الفقهاء نظروا الى ان هذا من الوسائل الموصلة الى مفسدة راجحة بعد ان فسد الزمان واضطربت الذمم وكأن هذا هو نظر الامام مالك في رأيه الاخر حينما قال: لا ينبغي للولي ان يشتري مما تحت يده شيئاً لما يلحقه في ذلك من التهمة الا ان يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملأ من الناس وترجمة ذلك بلغة عصرنا: البيع الذي تؤذن به جهة رسمية بالمزاد العلني .

