

جامعة آكلي محند أولحاج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس المصادر التبعية لقانون الأسرة الجزائري

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص قانون الأسرة

الأستاذ الدكتور الصادق ضريفي

السنة الجامعية 2026/2025م

مقدمة

صدر قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون 84/11 المعدل والمتمم بتاريخ 9 يونيو 1984، وتولى بالتنظيم مسائل الأحوال الشخصية، مقسماً إياها إلى أربعة كتب، حيث تضمن الكتاب الأول الزواج وانحلاله مقسماً إياه إلى بابين: الباب الأول: الزواج (المواد من 4 إلى 46)، الباب الثاني: انحلال الزواج (المواد من 47 إلى 80)، الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية)، وقد قسمته إلى سبعة فصول على النحو الآتي: أحكام عامة (81 إلى 86)، الولاية (87 إلى 91)، الوصاية (92 إلى 98)، التقديم (المادتان 99 و100)، الحجر (المواد من 101 إلى 108)، المفقود والغائب (109 إلى 111)، الكفالة (116 إلى 125). بينما خصص الكتاب الثالث لأحكام المواريث (المواد 126 إلى 183) وقد تضمن عشرة فصول. وأخيراً تناول أحكام التبرعات (الهبة، الوصية- الوقف) في الكتاب الرابع (المواد من 184 إلى 220)، مقسماً إياها إلى ثلاثة فصول حيث خصص لكل تصرف من التصرفات السابقة فصلاً مستقلاً.

وغني عن البيان أنّ أغلب ما ورد من قواعد قانونية في تقنين الأسرة استمدّت من الشريعة الإسلامية، حتى أنّ المشرّع أحال القاضي إلى أحكامها في كل ما لم يجد فيه نصاً يفصل به في النزاع الذي يتولى النظر فيه، تطبيقاً لنصّ المادة 222 من ذات التقنين حيث جاء فيها: ((كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))¹.

وإن كانت لنا ملاحظات على هذا النص، حيث ذكر المشرع عبارة (الشريعة الإسلامية)، ولعلّه كان يقصد الفقه الإسلامي، علماً أنّ ثمة فرقاً بين العبارتين، حيث يقصد بالأولى جملة الأحكام التي شرعها الله عزّ وجلّ على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلّم، وهي تشمل المصدرين الأساسيين: القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، بينما يقصد بالفقه الإسلامي كما عرفه العلماء: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية، وبالتالي فهو يتسع ليشمل كافة مصادر التشريع الإسلامي الأصلية منها والتبعية- أو المتفق عليها بين جمهور الفقهاء والمختلف فيها.

وتتمثل المصادر الأصلية أو المتفق عليها بين جمهور العلماء في القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الإجماع والقياس، مع مراعاة الترتيب فيما بينها من حيث الاحتجاج بها، بينما تتعدد المصادر التبعية أو المختلف فيها حيث نذكر منها: الاستحسان، المصالح المرسلّة (المناسب المرسل)، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، سدّ الدّرائع، الاستصحاب، مع

¹. قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر عدد 24 صادر بتاريخ 12 يونيو 1984.

الإشارة إلى استقلال المذهب المالكي بمصدر دون غيره من المذاهب يتمثل في عمل أهل المدينة.

والصحيح أن القاضي يرجع في حالة غياب النص في تقنين الأسرة إلى أحكام الفقه الإسلامي المبنية في كتب الفقه، وهنا نلاحظ أن المشرع لم يقيد القاضي بمذهب بعينه كما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة كالمشرع المغربي أو الموريتاني على سبيل المثال، مما يعني - حسب النص السابق - أنه بإمكانه الرجوع إلى المذهب الذي يقتنع به ويطمئن إليه عند اختلاف المذاهب في المسألة الواحدة، وهذا من شأنه أن يفضي إلى اختلاف الأحكام القضائية مما قد يترتب عنه فقدان الثقة في جهاز العدالة لدى المتقاضين.

فضلا عن ذلك فإن القضاة عندنا غير مختصين في الفقه الإسلامي وليس لهم تكوين مناسب في هذا الإطار، مما يعني أن مسألة البحث والترجيح بين الآراء ستصبح عبئا يلقى على عاتق هؤلاء فضلا عن أعبائهم الأخرى، ثم هل يصبح دور القاضي الفصل في النزاعات أم البحث عن حلول للمسائل غير المنصوص على حكمها؟

وفضلا عن المصادر المتفق عليها بين جمهور العلماء، والمتمثلة في: القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الاجماع، والقياس، ثمة الكثير من المصادر الأخرى التي وقع الخلاف فيها بين الجمهور، لعل من أهمها: الاستحسان، المصالح المرسلّة، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، سدّ الذرائع، والاستصحاب.

وفي الواقع تعدّ هذه مصادر تبعيّة للمصادر الأصلية الأربعة، لأنها ترجع إليها، وسنحاول دراستها دون إطناب مملّ ولا اختصار مخلّ.

المبحث الأول

الاستحسان

يعد الاستحسان أحد مصادر التشريع الإسلامية التي كانت محلّ خلاف كبير بين العلماء في شأن حجّيته واعتباره دليلاً من أدلّة الأحكام الشرعيّة، ومصدراً من مصادر التشريع، وهو طريق من طرق الاجتهاد بالرّأي، ولا يقصد بذلك الرّأي المحض، من غير دليل، لأنّ الرّأي بمفرده لا عمل له في مجال الحلّ والحرمة باتّفاق العلماء من السلف والخلف.

وقد فضلنا أن نبدأ به كأول مصدر من المصادر التبعية لأنه وكما سنرى لاحقاً يرتبط في نوعه الأول بالقياس، علماً أن القياس هو المصدر الرابع من المصادر الأصلية بعد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع كما ذكرنا سابقاً، وتقتضي دراسته تعريفه، بيان أنواعه، حجّيته، مع التّعرض لحقيقة الخلاف القائم بين العلماء بشأنه.

المطلب الأول

تعريف الاستحسان

قبل تعريف الاستحسان اصطلاحاً، نقدم لذلك بالوقوف عند تعريفه من الناحية اللغوية.

الفرع الأول: تعريف الاستحسان لغة

الاستحسان لغة عدّ الشيء حسناً، كما يطلق أيضاً على ما يميل إليه الإنسان ويشتهيهِ ويهواه حتى وإن كان مستقبلاً عند غيره، سواء كلن في الحسيّات أو المعنويات.

الفرع الثاني: تعريف الاستحسان اصطلاحاً

عرّف الاستحسان عند الأصوليين بتعاريف متعدّدة منها: ((عدول المجتهد عن مقتضى قياس جليّ، إلى مقتضى قياس خفيّ، أو عن حكم كليّ إلى حكم استثنائيّ لدليل انفذ في عقله رجّح لديه هذا العدول))، أو هو: ((العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول))⁽¹⁾.

وتوضيحاً لذلك يمكن القول أنّه قد تعرض واقعة لم يرد نصّ يبيّن حكمها، وبالتأمّل فيها يلاحظ

(1) عبد الوهاب خالّف: علم أصول الفقه، ط2، دار الزّهاء، الجزائر، 1993، ص79؛ وانظر في تعريفه أيضاً عند علماء الأصول زياد محمد احميدان: مقاصد الشريعة الإسلامية: مؤسسة الرسالة ناشرون: ط1، دمشق، سوريا، 2008، ص350 وما يليها؛ وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج2، دار الفكر، ط1، دمشق، سورية، 1986، ص737؛ محمد سعد بن أحمد بن مسعود البيهقي: مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط1، دار الهجرة، الرياض، 1998، ص562.

أنّ ثمة قياسان يتجاذبانها أحدهما ظاهر جلي يقتضي حكماً، والآخر خفيّ يقتضي حكماً مخالفاً، وقام بنفس المجتهد دليل رجح القياس الثاني (الخفيّ)، فيعدل عن القياس الظاهر ويعمل بالثاني، فسمى هذا العدول استحساناً.

وكذلك الحال إذا وجدت قاعدة عامّة أو دليل عامّ، يقضي بحكم معيّن على مجموعة من المسائل في موضوع واحد، ثمّ تعرض مسألة من مثيلات هذه المسائل غير أن المجتهد يستثنيها ولا يعطيها الحكم العام الثابت لنظائرها، لوجود دليل آخر من نص أو عرف أو مصلحة أو ضرورة أو غير ذلك، فيسمى هذا الاستثناء كذلك استحساناً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أمثلة عن الاستحسان

يضرب الفقه أمثلة كثيرة عن الاستحسان نذكر منها:

- قرّر فقهاء الحنفيّة أنّ الأرض الزراعيّة لو تمّ وقفها تدخل حقوق الارتفاق كحق المرور وحق المسيل وحق الشّرب في الوقف تبعاً للعين الموقوفة دون النصّ عليها في الوقف استحساناً، والقياس يقضي بعدم دخولها إلا إذا نصّ عليها كالبيع، ووجه الاستحسان أنّ المراد من الوقف انتفاع الموقوف عليهم، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعيّة إلا بالطريق والشّرب والمسيل، فتدخل في الوقف دون الحاجة إلى النصّ عليها لأنّ المقصود لا يتحقّق إلا بها كما في الإجارة، فالقياس الظاهر في هذا المثال هو إلحاق الوقف بالبيع، بجامع أنّ في كلّ منهما خروج الملك من مالكه، أمّا القياس الخفيّ فيكون بقياسه على الإجارة لأنّ كلا منهما المقصود منه الانتفاع، فكما تدخل حقوق الارتفاق في إجارة الأرض الزراعيّة دون ذكرها تدخل في وقفها دون النصّ عليها استحساناً⁽²⁾.

- جواز نظر الطّبيب إلى ما عدا وجه وكفّي المرأة الأجنبيّة عنه، وهذا من أجل تشخيص الداء ووصف الدّواء استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز نظر الرجل إلى عورة المرأة الأجنبيّة وهذا استحساناً (استحسان الضّرورة)، قال الإمام السرخسيّ الحنفيّ: ((والمرأة عورة مستورة، ثمّ أبيع النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضّرورة، فكان ذلك استحساناً، لكونه أرفق بالنّاس))⁽³⁾.

(1) - انظر رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2005، ص143.

(2) - انظر عمر سليمان عبد الله الأشقر: الواضح في أصول الفقه، ط2، دار النفائس، دار السلام، عمان، 2004، ص147. عبد الكريم زيدان: المرجع السّابق، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، دون سنة نشر، ص232؛ محمّد مصطفى شليبي: المدخل في الفقه الإسلامي (تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد)، ط10، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص258.

(3) - يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: الاستحسان - حقيقته، أنواعه، حجّيته، تطبيقاته المعاصرة - ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2007، ص105.

المطلب الثاني

أنواع الاستحسان

من خلال التعاريف السابقة للاستحسان يمكن القول أنّ الاستحسان نوعان: ترجيح قياس خفي على قياس جليّ (الاستحسان القياسي)، أو استثناء جزئية من دليل كليّ.

الفرع الأول: ترجيح قياس خفي على قياس جليّ (الاستحسان القياسي)

ويعني العدول بالمسألة التي لم يرد بشأنها نصّ أو إجماع عن حكم نظائرها الثابت بأصل معيّن لها شبه ظاهر به، يتبادر إلى الذهن إلحاقها به لأوّل وهلة، إلى حكم مخالف ثابت بأصل آخر، لها شبه خفيّ به لا يتبادر إلى الذهن إلحاقها به، ويكون الحكمان متعارضان، فيعدل المجتهد عن القياس الظاهر إلى القياس الخفيّ لرجحان هذا الأخير⁽¹⁾، يقول شمس الأئمة السرخسيّ ((الاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جليّ ضعيف الأثر يسمى قياساً، والآخر خفيّ قويّ الأثر فيسمّى استحساناً، أي قياساً مستحسناً، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح))⁽²⁾، وهذا الاستحسان في الحقيقة إنّما هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد أوجه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة، فهي من القياس وإليه⁽³⁾، وإذا ذكر الفقهاء أنّ حكم المسألة الفلانية قياساً كذا واستحساناً كذا، فحكم الاستحسان هو الرّاجح المعمول به دائماً، باعتبار أنّ الاستحسان هو في الواقع علاج لما قد يترتب من مشكلات عند إعمال القياس⁽⁴⁾.

ومثال ذلك: نصّ فقهاء الحنفية على أنّه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع، فادّعى البائع مثلاً أنّه ألف دينار، وادّعى المشتري أنّه ثمانمائة يتحالفان استحساناً، مع أنّ القياس يقتضي ألاّ يحلف البائع، لأنّه يدّعي الزيادة وهي مائتا دينار، والمشتري ينكرها، والقاعدة تقول: ((البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر))، فلا يلزم البائع باليمين، ووجه الاستحسان: أنّ البائع مدّع ظاهر بالنسبة إلى الزيادة ومنكر حقّ المشتري في تسلّم المبيع بعد دفع الثمانمائة دينار، والمشتري منكر ظاهر للزيادة التي يدّعيها البائع (مئتا دينار)، ومدّع حقّ تسلّم المبيع بعد دفع الثمانمائة دينار، فكلّ منهما مدّع ومنكر فيتحالفان استحساناً. فالقياس الظاهر هنا يقتضي إلحاق هذه الواقعة بكلّ واقعة فيها مدّع ومنكر، فالبيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر،

(1) - رمضان علي السيّد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 147.

(2) - نقلاً عن الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 265.

(3) - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط 1، دار القلم، دمشق، 1998، ص 88.

(4) - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المرجع نفسه، ص 94.

والقياس الخفي يقتضي إلحاقها بكل واقعة فيها طرفان كل منهما مدع ومنكر في نفس الوقت(1).

الفرع الثاني: استثناء جزئية من قاعدة كلية أو أصل عام بدليل

وفي هذا النوع تستثنى جزئية من قاعدة كلية ر قد يكون نصا، أو إجماعا، أو مصلحة، أو عرفا، أو ضرورة.

أولا: الاستحسان بالنص أو الاستحسان بالأثر

فالاستحسان بالنص معناه: العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى وأرجح ثبت بالقرآن أو السنة يقتضي هذا العدول، ومثاله: جواز الوصية التي تعدّ تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت عن طريق التبرّع، والقواعد العامة تأبى جوازها، باعتبار أنّ الموت مزيل للملك، فالموصي يتصرف في ملكه بعد وفاته، أي بعد زوال ملكيته، فهو يتصرف في ملك ورثته، أي فيما لا يملك، ذلك أنّه بالوفاة لا يصبح مالكا، غير أنّها استثنيت من هذه القاعدة العامة بقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينَ﴾ (2) وهذا لحاجة الناس إليها(3)؛ وقال الفقهاء الأحناف أنّ مشروعيتهما راجعة لحاجة الناس لتدارك ما فاتهم في حياتهم، لأنّ الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاتته من التقصير(4).

ثانيا: الاستحسان بالإجماع

يقصد به العدول بالمسألة عن حكم مثيلاتها إلى حكم آخر، لوجه أقوى وأرجح ثبت بالإجماع يقتضي هذا العدول، ومثاله: جواز عقد الاستصناع، وهو عقد بين شخص وصانع، يطلب فيه الأول من الثاني أن يصنع له شيئا معيّنا بمقابل متفق عليه بينهما، والقاعدة العامة هنا تقضي بعدم جواز هذا العقد لأنّه بيع لمعدوم وهو منهي عنه لحديث حكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك)) غير أنّ العلماء استثنوه من القاعدة العامة لجريان التعامل به دون أن ينكره أحد من العلماء،

(1) - عبد الوهاب خلاّف: المرجع السابق، ص80؛ الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص265؛ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: المرجع السابق، ص69؛ محمّد مصطفى الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه الإسلامي - المدخل، المصادر، الحكم الشرعي، دار الخير، ط2، دمشق، بيروت، 2006، ص248.

(2) - سورة النساء: من الآية11.

(3) - زياد محمّد احميدان: المرجع السابق، ص358؛ وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج2، ص743؛ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: المرجع السابق، ص88.

(4) - أشار إليه يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: نفس المرجع والموضع.

لحاجة الناس إليه، ودفع الحرج المتولد عن منعه⁽¹⁾.

ثالثاً: الاستحسان بالعرف

كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه، مثل: الكتب، الأواني، أدوات الإضاءة، السجاد اللازم لفرش المسجد، ونحو ذلك، كما ذهب إلى ذلك جانب من الفقه (بعض فقهاء المذهب الحنفي)، استثناء من القاعدة العامة في الوقف والتي تقضي بوجوب أن يكون الوقف مؤبداً، فلا يصح بالتالي إلا في العقار دون المنقول، لأن هذا الأخير عرضة للتلف والهلاك، فأجاز الفقهاء وقف المنقول استحساناً لجريان العرف به⁽²⁾.

ومثاله أيضاً أن القاعدة العامة تقضي بأن المشتري إذا تسلم المبيع صار في ضمانه، فإذا هلك المبيع أو تلف تحمّل هو تبعة الهلاك، كما تقضي ذات القاعدة بفساد شرط الضمان على البائع بعد التسليم لأيّ مدة قصيرة كانت أو طويلة، لمخالفته لمقتضى العقد والحكمة من مشروعيتها، وارتباط الشروط الفاسدة بعقود المفاوضات المالية يؤدي إلى فسادها، ومعنى ذلك فساد شرط الضمان في عقود الآلات الكهرو منزلية كالثلاجات، أجهزة التلفزيون والغسالات، وأجهزة الكمبيوتر، والسيارات وغيرها، مما جرى به العمل في زماننا هذا لمخالفته للقاعدة العامة، غير أن الفقهاء أجازوا شرط الضمان لجريان العرف به⁽³⁾.

رابعاً: لاستحسان بالمصلحة

يقصد به العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لمصلحة أقوى وأرجح تقتضي هذا العدول، ومثاله صحة وصية المحجور عليه لسفه في سبل الخير، خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بعدم صحة تبرعاته، لأنه يترتب على ذلك تبديد أمواله، ولكن أجاز الفقهاء تبرّعه في أوجه الخير، لأن الغاية من الحجر هو المحافظة على أموال المحجور عليه، حتى لا يكون عالة على غيره، والوصية في سبل الخير لا تتعارض مع هذه الغاية، لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه باعتبارها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فاستثنيت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية وهي تحصيله الثواب، مع عدم الإضرار به حال حياته⁽⁴⁾.

(1) - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة: الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقها على المذهب الراجح، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2000، ص384؛ الشيخ عبد الوهاب خالاف: المرجع السابق، ص81؛ محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: المرجع السابق، ص564.

(2) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص233.

(3) - نصر فريد محمد واصل: المرجع السابق، ص157.

(4) - وهبة الزحيلي: المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، المكتبة التوفيقية، ط2، القاهرة، دون سنة نشر، ص147؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص149.

خامسا: الاستحسان بالضرورة

يراد به العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لضرورة أقوى وأرجح تقتضي هذا العدول، ومن أمثلة ذلك: تطهير الأحواض والآبار التي تقع فيها النجاسة، فالقياس يقتضي أنه لا يمكن تطهيرها بنزع الماء كله أو بعضه، ذلك أن نزع بعض الماء لا يؤثر في طهارة الماء الباقي، ونزع كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد لملاقاته محل النجاسة أسفل البئر، إلا أن الفقهاء استحسنوا طهارته للضرورة، قال الإمام السرخسي: ((تركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فإن الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس، فكان متروكا بالنص))⁽¹⁾.

المطلب الثالث

حجية الاستحسان

اعتبر الكثير من الفقهاء الاستحسان دليلا من أدلة الأحكام ومنهم الأحناف والمالكية والحنابلة، بينما أنكره الشافعية، الظاهرية، المعتزلة، وعلماء الشيعة.

الفرع الأول: المنكرون للاستحسان

من أشد المنكرين للاستحسان الإمام محمد بن إدريس (الشافعي) الذي قال قوله المشهور: ((من استحسن فقد شرع)) أي؛ ابتداء من عنده شرعا، وله في كتابه الأم فصل طويل سمّاه (إبطال الاستحسان) ذكر فيه أنه: لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم أو يفتي بالاستحسان، وقال في الرسالة: ((وإنما الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين، لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل أحد لنفسه شرعا))، وقال ابن حزم رحمه الله: ((الحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنته الناس، فصح أن الاستحسان شهوة وإتباع للهوى وضلال))⁽²⁾، غير أن كلام الشافعي وابن حزم هنا يمكن حمله على الاستحسان من غير دليل⁽³⁾.

وقد استدلل المنكرون للاستحسان بعدة أدلة لإبطاله منها:

(1) - محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: المرجع السابق، ص565.

(2) - نقلا عن وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص749.

(3) - محمد سليمان عبد الله الأشقر: المرجع السابق، ص145.

أولاً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي

شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾ (1)،
فإن الله عز وجل أمر المؤمنين عند التنازع بالرد إلى الكتاب والسنة، وليس في الاستحسان رد
إليهما، إنما أمر غير ذلك فهو تزيد عليهما، فلا يقبل إلا بدليل منهما على قبوله، ولا دليل
عليه (2).

ثانياً: أن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، قال عز وجل: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ
سُدًى ﴿٣٣﴾﴾ (3)، بل بين شرعه بالكتاب والسنة والقياس عليهما، واتباع جماعة المسلمين،
فيكون استنباط الأحكام بغير هذه الطرق باطلاً، وهذا ما ينطبق على الاستحسان الذي يعدّ
عملاً بالهوى والتشهي، قال الله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ
مِنَ الْحَقِّ﴾ (4).

ثالثاً: أن العمل بالاستحسان يؤدي إلى تعدد الأحكام بالنسبة للمسألة الواحدة، لأنه لا ضابط له
ولا معيار لتمييز الحق من الباطل، فإنه من أجاز لنفسه الاستحسان أجاز له غيره، فيحدث تباين
في القضاء والفتيا.

رابعاً: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعمل برأيه واستحسانه بل كان ينتظر الوحي،
فلو جاز الاستحسان لكان النبي أولى به من غيره، وهو القدوة والأسوة، بل أنه أنكر على
أصحابه اللجوء إليه كإنكاره على أسامة بن زيد رضي الله عنهما قتل من نطق بالشهادة في
الحرب (5)، وعندما سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت علي كظهر أمي لم يستحسن، بل
انتظر حتى نزلت آية الظهار، كما سئل عن الرجل يجد مع امرأته رجلاً، فانتظر حتى نزلت
آية اللعان (6).

(1) - سورة النساء: الآية 59.

(2) - الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 170.

(3) - سورة القيامة: الآية 36.

(4) - سورة المائدة: من الآية 48.

(5) - يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: المرجع السابق، ص 133.

(6) - الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 271.

خامساً: الاستحسان أساسه العقل، وفيه يستوي العالم والجاهل، فلو جاز لأحد الاستحسان لجاز لكل شخص أن يشرع لنفسه شرعا جديداً⁽¹⁾.

ويظهر من كلام الشافعي ومن وافقه أنهم يقصدون إبطال الاستحسان الغير مستند إلى دليل، أي الرأي المحض من غير أن يكون مستندا إلى دليل شرعي، ولو كان الاستحسان يؤدي إلى تضارب الأحكام لأدى ذلك إلى سدّ باب الاجتهاد، مهما كانت مصادره، لأن الخلاف يقع بين المجتهدين في الاستنباط من المصادر كافة، أمّا القول بأنّ الرّسول صلّى الله عليه وسلّم لم يستحسن فیردّ عليه بأنّ الرّسول عليه السلام استثنى الكثير من المسائل من باب الاستحسان بالسنة كما هو الحال في إجازة بيع السلم، حتى وإن لم يستعمل مصطلح (الاستحسان) ولا مشاحة في الاصطلاح كما يقول علماء الأصول، والاستحسان ليس تشهياً أو عملاً بالهوى بل له أصوله وضوابطه⁽²⁾، وأنه راجع للأصول الشرعية وما قرّره المبادئ العامة فيها⁽³⁾.

الفرع الثاني: المثبتون للاستحسان

ذهب جمهور العلماء إلى اعتبار الاستحسان دليلاً من أدلة الأحكام، حتّى وإن لم يكن دليلاً مستقلاً بذاته، ويأتي في مقدّماتهم الأحناف والمالكية، وكان الإمام أبو حنيفة بارعاً في الاستحسان، قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: ((كان أبو حنيفة يناظر أصحابه في المقاييس، فبنتصفون منه ويعارضونه، حتى إذا قال: أستحسن لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد في الاستحسان من مسائل))⁽⁴⁾، وقد نقل عن الإمام مالك أنّه قال: ((الاستحسان تسعة أعشار العلم))⁽⁵⁾.

استند المثبتون للاستحسان بأدلة من المنقول والمعقول.

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 749.

(2) - من ضوابط الاستحسان: أن يحقق الحكم الاستحساني مقاصد الشريعة العامة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ألا يعارض أصلاً من أصول الشريعة أو نصاً محكماً من الكتاب أو السنة أو معلوماً من الدين بالضرورة، أن يندرج تحت أصل من أصول التشريع العامة، أن يكون معتداً به عند قبح القياس، ألا يؤدي إلى ذريعة فساد، أن تتوافر لدى المستحسن أهلية الاجتهاد، انظر في هذه الضوابط زياد محمد احميدان: المرجع السابق، ص 353.

(3) - يعقوب بن عبد الوهاب الباسين: المرجع السابق، ص 139؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 235.

(4) - نقلاً عن عياض بن نامي السلمي: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، ط1، الرياض، 2005، ص 193.

(5) - نقل هذا القول عن الإمام مالك أصبغ وهو من تلاميذه، كما قال أصبغ: ((قد يكون الاستحسان أغلب من القياس))، وقال: ((إنّ المغرق في القياس يكاد يفارق الجماعة، وإنّ الاستحسان عماد العلم))، أشار إليه نعيم جعيم: تحرير القول في مسمى الاستحسان عند المالكية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 33، يناير 2008، ص 151، هامش 15.

أولاً: قوله تعالى: الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ ﴿١٨﴾ (1)، وقوله عز وجل: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ بَغْةً وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ﴾ (2)، ووجه الاستدلال من الآية الأولى ورودها في معرض الثناء والمدح لمتّبع أحسن القول، وبالآية الثانية من جهة أنّه أمر باتّباع أحسن ما أنزل، ولولا كونه حجة لما كان كذلك (3).

ثانياً: أنّ في الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر، وهو أصل في الدين، قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (4)

ثالثاً: أنّ ثبوته كان بالأدلة المتفق على حجيتها بين العلماء، لأنّه إمّا أن يثبت بالكتاب والسنة كبيع السلم، جواز الوصية، وصحة صيام من أكل أو شرب ناسياً، وإمّا بالإجماع كعقد الاستصناع، وإمّا بالقياس الخفي، وإمّا بالعرف كدخول الحمامات من غير تحديد مدة المكث فيها ولا كمية الماء المستعمل، وإمّا بالضرورة كجواز نظر الطبيب لعورة المرأة الأجنبية عنه بغرض كشف الداء ووصف الدواء، أو بالمصلحة كتضمين الأجير المشترك (5).

الفرع الثالث: حقيقة الخلاف بين العلماء حول الاستحسان

ويظهر من تحليل موقف المنكرين والمثبتين للاستحسان أنّهم لم يتفقوا على تحديد معناه، وأنّ الخلاف بينهم لفظي ليس إلّا، فالمثبتون قصدوا معنى غير الذي فهمه المنكرون، ولو اتفقوا حول تحديد معناه لما اختلفوا في الاحتجاج به، ذلك أنّ الاستحسان عند من يأخذ به ويعتبره دليلاً من أدلة الأحكام ليس تشريعاً من غير دليل، ولا عملاً بالهوى، ولا قولاً بالرأي والتشهي، فهذا ليس في الحقيقة موضع خلاف، ولم يقل به أحد من أهل العلم، لأنّ القول في الدين من غير دليل مرفوض عند العلماء جميعاً من السلف والخلف.

قال الإمام البزدوي في هذا الصدد: ((أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأجل قدره وأشدّ ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي أو عمل بما استحسنته من دليل قام عليه شرعاً)) (6)، وفي المعنى ذاته

(1) - سورة الزمر: الآية 18.

(2) - سورة الزمر: الآية 55.

(3) - سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص214.

(4) - سورة البقرة: من الآية 185.

(5) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص750.

(6) - أشار إليه وهبة الزحيلي: المرجع نفسه، نفس الموضع.

قال الإمام الشاطبي رحمه الله: ((من استحسّن لم يرجع لمجرّد ذوقه وتثّنيه، وإنّما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة، كالمسائل التي يقضي فيها القياس أمرا، إلّا أنّ ذلك الأمر يؤدّي إلى تفويت فرصة من جهة أو جلب مفسدة كذلك))⁽¹⁾.

ويمكن القول أنّ المثبتين للاستحسان قد لاحظوا جملة من الأحكام المتماثلة في كونها مستثناة من قياس أو أصل مقرر عندهم، أو عموم، فأطلقوا على كل منها مصطلح استحسان، وأطلقوا على الدليل الذي يبنى عليه العدول وجه الاستحسان، وقد يكون هذا الدليل نصا أو إجماعا، أو عرفا، أو مصلحة، أو ضرورة، أو قياسا خفيا.

وعلى هذا فالاستحسان مفهوم كليّ مرتبط بالتيسير ورفع الحرج، واستخراجه هو مظهر من مظاهر الفهم العميق والصّحیح لروح الشريعة التي ترمي إلى دفع الضرورة والتيسير ورفع الحرج، وجلب المصالح ودرء المفاسد، يقول الإمام ابن رشد رحمه الله: ((إنّه- أي الاستحسان- النفات إلى المصلحة والعدل))⁽²⁾، ويمكن القول أيضا أنّ الاستحسان حجة بسبب الأدلة التي يعدل بها إليه، فالاستحسان بالنصّ حجة، ودليل ذلك حجية النصّ ذاته، والاستحسان بالإجماع حجة، ودليله حجية الإجماع نفسه، والأمر نفسه مع بقية الأدلة⁽³⁾.

غير أنّ الاستحسان لا يمكن عدّه دليلا مستقلا من أدلة الأحكام، قال الإمام الشاطبي في هذا الصّد: ((إنّ الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلّا أنّه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها))، وقال الإمام الشوكاني: ((إذا ذكر الاستحسان في بحث مستقلّ لا فائدة فيه أصلا، لأنّه إذا كان راجعا إلى الأدلة المتقدّمة فهو تكرار، وإن كان خارجا عنها فليس من الشّرع في شيء، بل هو من التّفوّل على هذه الشريعة ممّا لم يكن فيها تارة، وبما يضادها أخرى))⁽⁴⁾.

المطلب الرابع

تطبيقات الاستحسان في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري وعلى غرار تشريعات الأحوال الشخصية العربية، نجد تطبيقات عديدة للاستحسان كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها بين جمهور العلماء، علما أنّ هذا المصدر يعد أحد الأصول المعتمد عليها في المذهب المالكي المنتشر في بلدان المغرب العربي⁵، ومن هذه التطبيقات نذكر على سبيل المثال: إجازة الوصية كتصرف

(1) - نقلا عن الشّيخ عبد الوهاب خالف: المرجع السابق، ص 83.

(2) - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 149.

(3) - يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: المرجع السابق، ص 153.

(4) - أشار إليه وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 751.

⁵. امتاز المذهب المالكي بوفرة أصول وكثرة مصادره، والتي تتمثل في الكتاب، السنة، الاجماع، القياس، عمل أهل المدينة. مذهب الصحابي، الاستحسان، المصلحة المرسلّة (المناسب المرسل)، سد الذرائع، العرف، الأخذ بالأخف، مراعاة الخلاف، الاستصحاب، وهذا التنوع أعطى المذهب قوة وحيوية، ووضعت بين يدي علمائه من وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط ما

تبرعي مضاف إلى ما بعد الموت (المواد من 184 إلى 201 ق.أ.ج)، تحديد السن القانونية للزواج (المادة 7 ق.أ.ج)، حماية مصلحة المحضون (المادة 64 ق.أ.ج)، مسكن ممارسة الحضانة (المادة 72 ق.أ.ج)، إثبات النسب (المادة 40 ق.أ.ج).

الفرع الأول: إجازة الوصية

تعرف الوصية عند الأحناف بأنها: ((تمليك مضاف إلى ما بعد الموت))، بينما يعرفها المالكية بأنها: ((تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع))، كما عرفها البعض بأنها: ((عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه))، أما الشافعية فعرفوها بأنها: ((تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت))، وأخيرا عرفها الحنابلة بقولهم: ((الوصية هي التبرع بالمال بعد الموت))¹.

وعرفها المشرع الجزائري في نص المادة 184 من تقنين الأسرة بأنها: ((الوصية تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع))، وهذا التعريف مستمد من الفقه المالكي، والوصية مقيدة بضرورة عدم تجاوز ثلث مال الموصي من جهة (المادة 185 ق.أ.ج) وألا تكون لأحد ورثته من جهة أخرى (المادة 189 من ذات التقنين) إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

أما عن وجه ارتباط الوصية المنصوص عليها في النصوص السابقة، فنجد أن فقهاء الحنفية يرون أن القياس يأبى إجازة الوصية ذلك أنها عبارة عن تمليك مضاف إلى ما بعد الموت كما ذكرنا آنفاً، ومن المعلوم أن الملكية تزول عن صاحبها بالموت، فتقع الإضافة إلى زمن زوال الملك، فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح، لأن الملكية تؤول إلى الورثة، فيكون المورث قد تصرف فيما لا يملك وهذا غير جائز، إلا أنهم استحسنوا جوازها بالنص، حيث ورد النص عليها في الكثير من الآيات القرآنية وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، كقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾².

الفرع الثاني: تحديد السن القانونية الدنيا للزواج

بالرجوع للشرعية الإسلامية نجد أنها لم تحدد سنا معينة للزواج، لأن الأمر يرتبط عند الفقهاء المسلمين بالبلوغ من جهة، والرشد من جهة أخرى، حتى وإن كان هناك من الفقهاء من أجازوا

يؤهلهم لبلوغ درجة الاجتهاد، ويمكنهم من ممارسته، ويسهل عليهم مهمته. انظر جواد الفلاقي: الاستحسان في الفقه المالكي، مجلة المعرفة، العدد 14، مارس 2024، ص 47.

¹ - انظر في تعريف الوصية في الفقه الإسلامي عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 3، مكتبة الإيمان، ط 1، المنصورة، مصر، 1999؛ زياد أحمد احميدان: المرجع السابق، ص 357؛ السيد سابق: فقه السنة، المجلد 3، الفتح للإعلام العربي (القاهرة)، مؤسسة الرسالة (بيروت)، 1996، ص 336.

² سورة النساء من الآية 11.

لولي الأمر تحديد سن دنيا للزواج¹، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة حيث حدد سما دنيا للزواج وهي ذاتها سن الرشد لكلا الجنسين، حيث جاء في نص المادة 7 من الأمر 02/05 المعدل للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة : ((تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج)).

ويمكن القول إن في تحديد المشرع لهذه السن الدنيا للزواج أخذ بالاستحسان المبني على مراعاة مصلحة العاقلين (الزوج والزوجة)، حتى يكونا مدركين لما هما مقبلين عليه من ارتباط بهذا الرباط الذي سماه الله عز وجل (ميثاقا غليظا)².

¹ - للتفصيل أكثر في هذه المسألة انظر محمد مطلق محمد عساف، معتصم يوسف عمر كميل: حكم تشريع حد أدنى لسن الزواج في الفقه الإسلامي، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار 39، يوليو 2022. ص 225 وما يليها.

² - محمد مصطفى أثير المصاير الشرعية التبعية في قانون الأسرة الجزائري — الاستحسان نموذجا — مداخلة في الملتقى الوطني الموسوم ب (مصادر قانون الأسرة الجزائري). كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، جويلية 2022، ص 89.

المبحث الثاني

المصالح المرسلة

من الأسس التي يقوم عليها التشريع الإسلامي رعاية مصالح الناس، فالأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح العباد في الدارين؛ الفانية والباقية، وذلك بجلب المنافع ودرء المفسدات، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: ((إن وضع الشرائع إنما هو لمصلحة العباد في العاجل والآجل معا. . . والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد. . . وتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق))⁽¹⁾.

وفي نفس المعنى يقول العلامة محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله: ((. . . أن المقصد الأعظم من الشريعة هو جلب الصلاح ودرء الفساد، وذلك يحصل بإصلاح حال الإنسان ودفع فساد. . .))⁽²⁾، كما قال الإمام العزّ بن عبد السلام في هذا الصدد: ((ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب مصالح ودرء المفسدات حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك))⁽³⁾.

المطلب الأول

تعريف المصلحة

الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة

المصلحة في اللغة كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة، وهي ضدّ المفسدة، أو هي اسم للواحد من المصالح، والإصلاح ضدّ الإفساد والاستصلاح ضدّ الاستفساد، والصلاح: أن يكون الحال على استقامة، والفساد: أن يكون الخل والاضطراب، ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَكُكُمْ إِنَّا اللَّهُ عَزِيزٌ

حَكِيمٌ ﴿٢٢٠﴾﴾⁽⁴⁾.

(1) - نقلا عن رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 153.

(2) - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، عمان، 2000، ص276.

(3) - أشار إليه محمد فتحي عثمان: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، مرجع سبق الإشارة إليه، ص50.

(4) - سورة البقرة: من الآية 220.

الفرع الثاني: تعريف المصلحة اصطلاحاً

أمّا في الاصطلاح فيقصد بها: ((المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معيّن فيما بينها)). والمنفعة: هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، أو دفع الألم أو ما كان وسيلة إليه، وهي كما يقول الرازي: ((اللذة تحصيلًا أو إبقاءً، فالمراد بالتّحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها))⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أقسام المصالح من حيث الاعتبار

يقسم العلماء المصالح من حيث ما شرعت لأجله أو من حيث مراتبها إلى: مصالح ضرورية، حاجيّة، وتحسينيّة، وقد سبق لنا تناولها عندما تعرضنا لرعاية مصالح النّاس كأساس من أسس التشريع الإسلامي، أمّا من حيث اعتبار الشارع الحكيم لها فتتقسم إلى ثلاثة أقسام كذلك، تتمثل في المصلحة المعتبرة، الملغاة، والمرسلة، وهذه الأخيرة هي التي وقع الخلاف بين العلماء حول مدى اعتبارها دليلاً من أدلة الأحكام.

الفرع الأول: المصالح المعتبرة

هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع، ويشهد لها أصل خاص من كتاب، سنة، إجماع، أو قياس، بمعنى أنّه قام دليل على اعتبارها، وشرعت الأحكام لتحقيقها، مثل كافة الأحكام التي قصد منها المحافظة على مقاصد الشرع الكلية الخمسة، وهي حفظ الدين، النّفس، العقل، النّسل، والمال، فالجهاد وحدّ الردّة شرعا حفظاً للدين، والقصاص شرع للحفاظ على نفوس النّاس، وتحريم الخمر وكافة المسكرات شرع صيانة للعقل، وحدّ الزنا والقتل شرعا حماية للعرض، وحدّ السرقة شرع حفظاً للمال⁽²⁾.

الفرع الثاني: المصالح الملغاة

هي المصالح التي لم يعتبرها الشارع الحكيم، بل بالعكس ثمة دليل من الكتاب أو السنة، أو الإجماع أو القياس بقضي بردها وإلغائها، لما يترتب عنها من أضرار ومفاسد وإن توهم الإنسان أنّ فيها مصلحة، لذا يطلق عليها العلماء أيضاً تسمية (المصلحة المتوهمة)، وهذه لا يجوز بناء

(1) - محمّد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2 مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة رحاب، الجزائر، دون سنة نشر، ص 27.

(2) - انظر الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 84؛ وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 752؛ محمد سعد بن أحمد بن مسعود البوي: المرجع السابق، ص 528؛ الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 278.

الأحكام الشرعية عليها بلا خلاف، ومن أمثلتها دعوى مساواة الذكر للأنثى في الميراث⁽¹⁾، فهي ملغاة بصريح قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾⁽²⁾، وكذلك ما يدعى من مصلحة للدولة في تصنيع الخمر والاتجار بها وتعاطيها، لأنها ملغاة بصريح قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽³⁾، ونفس الأمر بالنسبة للمصلحة المتوهمة في ترك الجهاد، والتعامل بالربا، والرهبانية وغيرها⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: المصالح المرسلة

ويعبر عنها البعض بالمناصب المرسل، والبعض بالاستصلاح، وآخرون بالاستدلال، وتكاد تتطابق تعاريف الأصوليين للمصلحة المرسلة، حيث تعني عندهم: المصالح التي لم يعتبرها الشارع الحكيم ولم يلغها، يقول الإمام الغزالي في هذا الصدد: ((ما لم يشهد له من الشرع بالبطان، ولا بالاعتبار نصّ معيّن))⁽⁵⁾؛ بينما عرفها الشيخ الطاهر بن عاشور بقوله: ((معنى مرسلة أنّ الشريعة أرسلتها، فلم تنط بها حكماً معيّنًا، ولا يلفى في الشريعة لها نظير معيّن له حكم شرعيّ فتقاس هي عليه، فهي إذا كالفرس المرسل غير المقيد))⁽⁶⁾.

المطلب الثالث

حجية المصالح المرسلة

لا خلاف بين العلماء في أنّه لا يعمل بالمصالح المرسلة في مجال العبادات، لأنّه لا مجال

(1) - والشريعة تعطي للأنثى نصف ما للذكر ليس من باب المحابة أو تفضيل الرجال على النساء كما يدعي بعض المتباكين على حرية المرأة ومساواتها بالرجل، بل مراعاة للوظيفة الاجتماعية المنوطة بكلّ منهما، حيث يضطلع الرجال بتحصيل الرزق والضرب في الأرض طلباً له، والإنفاق على العيال، بينما تضطلع المرأة بتربية الأبناء لينشئوا معافين من الأسقام الجسدية والنفسية والذهنية والروحية، ورغم ذلك نجد أنّه قد تعرض حالات تحظى فيها المرأة عند توزيع التركة بنصيب يفوق نصيب الرجل؛ كما لو هلك هالك عن: بنت وأب وزوجة فيكون لهذه الأخيرة الثمن، وللبنت النصف، وللأب الباقي عصبه وهو هنا أقل من النصف الذي أخذته البنت. انظر أمير عبد العزيز: نظام الإسلام، ط1، دار بن الجوزي، القاهرة، 2005، ص125.

(2) - سورة النساء: من الآية 11.

(3) - سورة المائدة: الآية 90.

(4) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص155؛ عبد المجيد محمد السوسنة: فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم، دبي، 2004، ص35.

(5) - أشار إليه زياد محمد احميدان: المرجع السابق، ص266.

(6) - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: المرجع السابق، ص309.

لإعمال الرأي والاجتهاد فيها، وتعدّ الزيادة فيها من الابتداع في الدين، وهو مذموم.

غير أنهم اختلفوا في حجيتها في مجال المعاملات، وقد اشتهر الإمام مالك رحمه الله بالعمل بها، قال الإمام الشاطبي رحمه الله: ((أما قسم العادات الذي هو جار على المناسب الظاهر للعقول، فإنه-أي الإمام مالك-استرسل فيه استرسل المدلّ العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع ألا يخرج عنه، ولا يناقض أصلاً من أصوله. . .))، كما أخذ بها الإمام أحمد بن حنبل، وإن لم يعدّها أصلاً قائماً بذاته، بل كان يعدّ ذلك معنى من معاني القياس، فهو أصل في استنباط المعاني من جملة الأدلة الأخرى(1).

ويذكر الكثير من الباحثين عدم اعتداد الأحناف والشافعية بالمصالح المرسلة، إلا أنّ بعض المحققين يؤكّدون أنهم لم يعتبروه دليلاً مستقلاً، والحقّ أنهم يعملون بها ويبنون الأحكام عليها، وهذا ما أشار إليه الإمام القرافي (المالكي) بقوله: ((وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تفقّدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرّقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا أو فرّقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، في جميع المذاهب)) (2).

ومن المنكرين صراحة للعمل بها الظاهرية الذين يلتزمون ظواهر النصوص، وكان هؤلاء قد أنكروا القياس من قبل رغم أنّ جمهور العلماء يعتبرونه، والشيعة الذين يقولون بعصمة أئمتهم، كما أنكروا بعض الأصوليين كأبي بكر الباقلاني، والآمدي رحمهما الله، وإن كان الغالب أن إنكارهما له بمعنى عدم اعتباره أصلاً مستقلاً بذاته، وبين هذين الفريقين هناك من قيّد المصلحة بشروط تجعلها من قبيل الضرورات التي لا خلاف فيها أصلاً، وهذا ينسب إلى الإمام الغزالي الذي اشترط للعمل بها أن تكون ضرورية، قطعية، وكلية(3).

الفرع الأول: أدلة المنكرين لحجية المصلحة المرسلة

أولاً: أنّ الشريعة الإسلامية راعت مصالح الناس بالنصوص، وبما أرشدت إليه من القياس، فقد اعتبر الشارع الحكيم كافة المصالح، أمّا المصلحة التي لا يوجد دليل يشهد لها بالاعتبار فهي مصلحة وهمية، غي حقيقية، ولا يمكن بناء الأحكام الشرعية عليها.

وهذه الحجة قوية في ظاهرها، ضعيفة عند التدقيق والتأمل، فالشريعة راعت مصالح العباد، وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها، غير أنّها لم تنصّ على كافة جزئيات المصالح إلى يوم الدين، بل نصّت على البعض منها، وأشارت بمجموع أحكامها ومبادئها أنّ تحقيق مصالح الناس هو مقصود الشارع، وعدم النصّ على كافة المصالح يعدّ من محاسن الشريعة، لأنّ جزئيات

(1) - انظر محمّد سعيد رمضان البوطي: المرجع السابق، ص 319 وما يليها.

(2) - نقلاً عن زياد محمّد احميدان: المرجع السابق، ص 269؛ محمد سعد بن أحمد بن مسعود البويهي: المرجع السابق، ص 530.

(3) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 759؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 238.

المصالح متغيرة، وهذا ما يتفق مع عموم الشريعة وبقائها⁽¹⁾.

ثانيا: أن بناء الأحكام على المصلحة يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام أصحاب الهوى، الذين يتوهمون المفساد مصالح⁽²⁾، فيتصرفون وفقا لمآربهم وأغراضهم، فيكون القول بالمصلحة من باب التلذذ والتشهي، قال بن حزم رحمه الله: ((وهذا باطل؛ لأنه اتباع الهوى، وقول بلا برهان))⁽³⁾.

ويردّ عليه بأنّ الأخذ بالمصلحة المرسلة لا يمكن عدّه عملا بالهوى، لأنّه يشترط فيها أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة، كما أنّ في منع العمل بها تضيقا على العباد، وأنّ القائلين بها من أهل الاجتهاد لا من أهل الأهواء⁽⁴⁾، يقول الإمام القرافي في هذا الصدد: ((فإنّ مالكا يشترط في المصلحة أهلية الاجتهاد ليكون الناظر متكيّفا بأخلاق الشريعة فينبو عقله وطبعه عمّا يخالفها))⁽⁵⁾.

ثالثا: المصالح منقسمة إلى قسمين: ما عهد من الشّارع اعتبارها، وما عهد منه إلغاؤها، والمصلحة المرسلة مترددة بين هذين القسمين، وليس إلحاقهما بأحدهما أولى من الآخر، فيمتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار، يعرف أنّه من قبيل المعتبر دون الملغى⁽⁶⁾.

وهذه الحجّة أيضا ضعيفة؛ وتفسير ذلك أنّ الشريعة مبنية على رعاية مصالح الناس والإلغاء –أي إلغاء المصلحة– يعدّ استثناء، فيكون إلحاق المصالح المسكوت عنها –الظاهر صلاحها– بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة⁽⁷⁾.

رابعا: أنّ في بناء الأحكام الشرعيّة على المصلحة المرسلة نيل من وحدة التشريع وعمومه، حيث تختلف الأحكام باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان، بالنظر لتغير المصالح من زمن لآخر.

ويردّ عليه بأنّ العمل بالمصلحة المرسلة ليس فيه نيل من وحدة التشريع وعمومه، بل بالعكس حيث يجعل الأخذ بها من الشريعة صالحة للتطبيق في كلّ زمان ومكان، بما يتوافق مع المصالح العامّة، ويدفع المفساد عن العباد⁽⁸⁾.

(1) - عبد الكريم زيدان: المرجع نفسه، 239.

(2) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص157.

(3) - نقلا عن وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص761.

(4) - وهبة الزحيلي: نفس المرجع والموضع؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص240.

(5) - نقلا عن محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: المرجع السابق، ص534.

(6) - سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، دار الكتب العلميّة، بيروت،

1983، ص216.

(7) عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص239.

(8) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص762.

الفرع الثاني: أدلة المثبتين لحجية المصلحة المرسلة

استدل هؤلاء بجملة من الأدلة نذكر منها:

أولاً: أن الشريعة الإسلامية إنما وضعت لتحقيق مصالح العباد، فيكون الأخذ بالمصلحة المرسلة متوافقاً مع طبيعة الشريعة، والأساس الذي قامت عليه، يقول الإمام ابن القيم رحمه الله: ((إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه))⁽¹⁾.

ثانياً: من المعلوم أن وقائع الناس ومساائلهم لا تنحصر جزئياتها، ولا تنتهي أفرادها، إنما هي متغيرة ومتجددة بتغير أحوال الناس، وتبدل بيئاتهم، فإذا دل نص من الكتاب أو السنة على اعتبار هذه الوقائع أو إلغائها عمل به، أما إذا لم يدل نص على ذلك، وكان في هذه الوقائع تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، مع عدم مصادمة النصوص الشرعية ولا المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، ولا يترتب عليها مفسدة، حكم المجتهد بناء على المصلحة المرسلة، لأن في عدم الأخذ بها تعطيل لمصالح الناس⁽²⁾.

ثالثاً: أنه إذا لم يأخذ بالمصالح في كل موضع تحققت فيه، وكانت من جنس المصالح الشرعية، لوقع الناس في الضيق والحر، والله عز وجل يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽³⁾.

رابعاً: يظهر من تتبع فتاوى الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم أنهم كانوا يفتون ويقضون في الكثير الوقائع المعروضة عليهم لتحقيق مطلق المصلحة، لا لقيام شاهد باعتبارها، دون إنكار من أحد، فكان فعلهم إجماعاً على اعتبار المصلحة المرسلة، ومن الأمثلة على ذلك:

أ- جمع أبي بكر الصديق رضي الله عنه القرآن الكريم بعد أن استحر القتال بالقراء في معركة اليمامة بمشورة من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكان المقصد من ذلك حفظ القرآن الكريم من الضياع.

(1) - أشار إليه عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 241.

(2) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 157؛ الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 85؛ اسماعيل كوكسال: تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ص 189.

(3) - سورة الحج: من الآية 78.

ب- اتَّفَق الصحابة على تضمين الصَّنَاع، ومع أنَّ الأصل أنَّهم أمناء على ما في أيديهم من أموال النَّاس، لتهاونهم، مع حاجة النَّاس إليهم، قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: ((لا يصلح النَّاس إلَّا ذلك))⁽¹⁾.

ج- حارب أبو بكر الصديق رضي الله عنه مانعي الزكاة⁽²⁾، واستخلف عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع أنَّ النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم لم يعهد بالخلافة لأحد من بعده، لأنَّه خشي تفرُّق المسلمين، ورأى أنَّ عمر رضي الله عنه أقدر على جمعهم.

د- أمضى عمر بن الخطاب طلاق الثلاث بكلمة واحدة زجرا من كثرة استعماله، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات، ودوّن الدواوين، واتَّخذ السجون، وأوقف تنفيذ حدِّ السرقة عام المجاعة، ولم يوزع الأراضي المفتوحة على المجاهدين والمقصد تقوية بيت المال، وسد حاجات الدولة، وكان يشاطر المتهم من الولاة ماله منعا للظلم والاستغلال، وقتل الجماعة بالواحد لما اشتركوا في قتله حتى لا يتَّخذ الاجتماع ذريعة للخلاص من القصاص.

هـ- اتَّفَق الصحابة في عهد عمر رضي الله عنه على حدِّ شارب الخمر ثمانين جلدة، وكان مستندهم هو المصلحة الداعية إلى مزيد من الزجر عن شرب الخمر، بسبب استهانة النَّاس بما قد يلحقهم بسبب الشرب.

و- جمع عثمان بن عفان المسلمين على مصحف واحد، وأحرق ما عداه، وورث زوجة من طلق زوجته فرارا من إرثها، معاملة له بنقيض مقصوده.

ز- أباح المالكية حبس المتهم وتعزيره توصلا إلى إقراره، كما أجازوا فرض الضرائب على الأغنياء من المسلمين، إذا خلا بيت المال من المال اللازم لنفقات الدولة الضرورية كسد حاجات الجند، إلى أن يظهر ما في بيت المال؛ وأجازوا شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات لأنَّه لا يحظر في الغالب لعبهم غيرهم.

ح- أجاز فقهاء الحنفية الحرج على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، كما أجازوا حرق ما يغنمه المسلمون في الحرب من غنائم إذا عجزوا عن حمله.

ط- أفتى الشافعية بجواز قتل الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء، وإتلاف شجرهم، إذا كانت حاجة القتال والظفر عليهم تستدعي ذلك.

(1) - محمّد سعيد رمضان البوطي: المرجع السابق، ص310.

(2) - قال أبو بكر رضي الله عنه في هذا: ((والله لأقاتلن من فرّق بين الصلاة والزكاة، فإنّ الزكاة حقّ المال، والله لو منعوني عقالا كانوا يؤدّونه إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم لقاتلتهم على منعه))، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ((فو الله ما هو إلّا أن رأيت الله شرح صدر أبي بكر للقتال حتى عرفت أنّه الحق)). نقلا عن الخطيب البغدادي: صحيح الفقيه والمنقّه، ط1، دار الوطن، الرياض، 1997، ص55.

ي- أفتى الإمام أحمد بن حنبل بنفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه شرهم، كما أفتى بجواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمصلحة معينة، كأن يكون مريضاً أو محتاجاً أو طالب علم⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الرأي الراجح

يتبين بعد عرض رأي المنكرين للمصلحة المرسلة أنهم لم يلتقوا على محل واحد للنزاع مع المثبتين لحجيتها، ذلك أنه لا يقصد بالعمل بها التشريع بالهوى، بل لا بد من مراعاة الكثير من الضوابط لبناء الأحكام على المصالح المرسلة، سنتعرض لها لاحقاً عند الحديث عن شروط العمل بها، وهذا المصدر التشريعي يكشف عن مرونة وخصوبة الفقه الإسلامي، وصلاحيته الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان، وأنها تتلاءم مع الظروف المستجدة، والنوازل الطارئة⁽²⁾، وعند التحقيق يتبين أنها محل اتفاق بين العلماء، يقول ابن دقيق العيد رحمه الله: ((الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، يليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهما ترجيح في الاستعمال على غيرهما))⁽³⁾، ويرى بعض أهل العلم⁽⁴⁾ أنه يستحسن العمل بها عن طريق جمعي لا فردي كلما أمكن اجتماع المجتهدين.

المطلب الرابع

أمثلة تطبيقية معاصرة للمصالح المرسلة

- ضرب العملة التي يتعامل بها الناس في البيع والشراء وسائر المعاملات المالية.
- وضع قانون للمرور ووجوب احترامه، مع معاقبة المخالفين بالحبس أو الغرامة أو سحب رخصة القيادة.
- تسجيل عقود الزواج، حتى يمكن إثباته عند إنكار أحد الطرفين، وللحيلولة دون ضياع الحقوق خاصة حقوق الزوجة والأولاد.
- توسعة المساجد لاستيعاب أكبر عدد من المصلين كما هو جارٍ في الحرم المكي حالياً.

(1) - انظر في هذه الأمثلة وغيرها الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص85؛ الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص280 وما يليها؛ عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم العويد: أصول الفقه عند الصحابة رضي الله عنهم - معالم في المنهج - ط1، الإصدار 25، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2011، ص104 وما يليها؛ نصر فريد محمد واصل: المرجع السابق، ص164.

(2) - عبد الكريم بن علي بن محمد التلمة: المرجع السابق، ص390.

(3) - نقلاً عن محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: المرجع السابق، ص231.

(4) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص242.

-تسجيل عقد البيع الوارد على عقار لنقل الملكية.

المطلب الخامس

شروط العمل بالمصالح المرسلّة

يشترط العلماء القائلون بحجّية المصالح المرسلّة عدّة شروط للعمل بها من أهمّها:

الفرع الأول: أن تكون مصلحة حقيقية لا وهمية

بمعنى أنّه يترتّب على تشريع الحكم بناء عليها جلب منفعة أو دفع مفسدة، فمثلاً تسجيل العقود في مصلحة التّسجيل يقلّل من شهادة الزور، ويحقّق استقرار المعاملات، أمّا مجرد توهم أنّ التّشريع يجلب نفعاً، فلا يصح بناء الحكم على مثل هذه المصلحة المتوهّمة، كمن يتوهم المصلحة في إعطاء المرأة الحق في إيقاع الطّلاق، أو سلب الرّجل حق تطليق زوجته وجعله بيد القاضي في جميع الأحوال، أو منع الطّلاق كليّة واستمرار الحياة الزوجيّة دون النّظر إلى طبيعة العلاقة بين الزوجين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشّارع

بحيث لا يعارض التّشريع لهذه المصلحة حكماً ثابتاً بنصّ أو إجماع، ففي هذه الحالة تكون المصلحة ملغاة لا مرسلّة، ومن الأمثلة على ذلك ما ذكر أنّ الفقيه المالكي يحيى بن يحيى اللّيثي تلميذ الإمام مالك حيث أفتى أحد ملوك الأندلس الذي انتهك حرمة شهر رمضان بإفطاره عمداً بوجوب صيام شهرين متتابعين، ورأى أنّ المصلحة تقتضي ذلك، حيث أنّ المقصود من الكفّارة زجر المذنّب وردعه، حتى لا يعاود فعله مرّة أخرى، ولا يرتدع مثل هذا الملك إلّا بهذا، أمّا الإعتاق فلا يردعه لأنّه قادر على إعتاق ما شاء من الرّقاب، ولا يتحقّق فيه الرّدع، فهذه الفتوى بنيت على مصلحة غير أنّها تعارض نصّاً، لأنّ النصّ صريح في أنّ كفّارة من أفطر عمداً في رمضان هي إعتاق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فمن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً، بلا تمييز بين النّاس، فقراء كانوا أم أغنياء⁽²⁾.

(1) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السّابق، ص159؛ وهبة الزحيلي: المرجع السّابق، ص799؛ اسماعيل كوكسال: المرجع السّابق، ص187.

(2) - الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السّابق، ص87؛ علّال الفاسي: المرجع السّابق، ص143.

الفرع الثالث: أن تكون المصلحة عامة

حيث لا ينبغي أن تكون خاصة بفرد بعينه أو طائفة معينة، بحيث توجب نفعا لجمهور الناس، أو تدفع عنهم ضررا، لأن أحكام الشريعة موضوعة لتطبق على الناس جميعا، أما لو كانت المصلحة غير عامة بأن كانت مصلحة فردية لشخص أو أشخاص قلائل من أصحاب المال أو ذوي الجاه والسلطان والتفوذ فلا يمكن بناء الأحكام عليها⁽¹⁾.

المطلب السادس

تطبيقات المصالح المرسلة في تقنين الأسرة الجزائري

ثمة عدة تطبيقات للمصالح المرسلة في تقنين الأسرة الجزائري سنقتصر منها على ذكر مسألة الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج، ومسألة توثيق أو تسجيل عقد الزواج على سبيل المثال.

الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج

أدرج المشرع الجزائري الفحص الطبي قبل الزواج² بموجب المادة 7 مكرر من الأمر 02/05 المعدل للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، كإجراء وقائي يهدف إلى توفير حماية للمقبلين على الزواج من الأمراض الوراثية والمعدية التي قد تنتقل من أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، بما يؤثر عليه وعلى الأولاد الناتجين عن هذا الزواج، حيث جاء فيها: ((يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوص الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)).

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري قد جعل من خضوع الطرفين المقبلين على إبرام عقد الزواج أمرا وجوبيا لا اختياريا، وهذا يظهر من استعماله في بدايته مصطلح **يجب** الذي يفهم منه أن القاعدة القانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، كما ألزم الموثق

(1) - محمد سليمان عبد الله الأشقر: المرجع السابق، ص 151؛ محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: المرجع السابق، ص 532.

2. . للتفصيل أكثر في موضوع الفحص الطبي قبل الزواج انظر سارة لشطر الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2009/2008، ص 1 وما يليها؛ عبد العزيز يحي: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة - العدد 49، جوان 2018، ص.ص 242/235؛

وضابط الحالة المدنية من التأكد من خضوعهما للفحوصات الطبية اللازمة والتأشير على ذلك في العقد.

وفيما يتعلق بعلاقة هذا الاجراء بالمصلحة المرسلة كمصدر تشريعي من المصادر التبعية، فيلاحظ أنّ الفحص الطبي قبل الزواج هو من الأمور المستحدثة أو النوازل المستجدة التي لم يرد نص خاص في القرآن أو السنة النبوية الشريفة يبين حكمها الشرعي، وما من شك في أنّ فيه مصلحة للطرفين المقبلين على الزواج، وأنّ هذه المصلحة لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعدها العامة، وهي حقيقية وملائمة لمقاصد التشريع، كما أنّها عامة لا خاصّة، وهي بالتالي مصلحة مرسلة، توافرت فيها شروط العمل بها، وعليه تعد تطبيقاً من تطبيقات المصلحة المرسلة في تقنين الأسرة الجزائري.

والفحص الطبي قبل الزواج يعطي صورة واضحة عن الحالة الصحية للخطيبين، منعا للتدليس، ورفعاً للرج، وقد يؤخر الزواج من أجل علاج المريض، وقد يمنع زواجه دفعا للضرر، فالمصالح التي يحققها الزواج من استمتاع وإنجاب للذرية وسكن الزوجين لبعضهما البعض لا تتحقق في حالة مرض أحدهما أو كليهما، بل أنّ ذلك يؤثر على حالة الأسرة النفسية والاجتماعية والاقتصادية، فلا يتحقق بالتالي المبتغى من الزواج.

الفرع الثاني: توثيق عقد الزواج

من تطبيقات المصالح المرسلة في تقنين الأسرة الجزائري توثيق عقد الزواج، حيث أنّ المشرع نصّ عليه في المادة 18 منه: ((يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون)).

يتبين من هذا النص أنّ عقد الزواج في التشريع الجزائري يتم إبرامه أمام الموظف أو الموظف المؤهل قانوناً، والشكلية مطلوبة فيه للإثبات لا للانعقاد، حيث أنّه لا يتم اثبات قيام العلاقة الزوجية إلا بمستخرج من سجلات الحالة المدنية حسب نص المادة 22 من ذات التقنين حيث جاء فيها: ((يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...)).

وقد أسند المشرع مهمة تسجيل عقد الزواج كما أسلفنا إما إلى الموثق أو إلى موظف مؤهل قانوناً، حتى وإن لم يحدد لنا من هو هذا الأخير، غير أنّه بالرجوع لنص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية 20/70¹ المعدل بالقانون 08/14 يتبيّن أن المقصود هنا هو ضابط الحالة المدنية، إذا تم إبرام هذا العقد داخل إقليم الدولة، وكذا رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دوائر قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية إذا تم إبرامه خارج الوطن.

¹ - أمر 20/70 مؤرخ في 19 فيفري 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر عدد 21 صادر بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل بالقانون 08/14 مؤرخ في 9 أوت 2014 ج.ر عدد 49 صادر بتاريخ 20 أوت 2014 والمعدل بالقانون 03/17 مؤرخ في 10 يناير 2017 ج.ر عدد 2 صادر بتاريخ 11 يناير 2017.

والملاحظ أنه لا توجد نصوص شرعية تلزم المتقدمين على الزواج بتوثيق العقد، غير أنّ المصلحة تقتضي ذلك من باب حفظ حقوق الزوجين والأولاد الناتجين عن هذا الزواج، فيكون التوثيق هن باب العمل بالمصالح المرسلّة.

المبحث الثالث

العرف

يعدّ العرف من أهم مصادر التشريع الإسلامي، بحيث بنى عليه الفقهاء الكثير من الأحكام الشرعيّة، وبعد أن نقف على تحديد مفهومه (مطلب أول)، نبسط الحديث عن أنواعه (مطلب ثان)، ثم عن حجّيته (مطلب ثالث)، وشروطه (مطلب رابع)، مع التعرّض لمسألة تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان (مطلب خامس)، وأخيرا نذكر بعضا من الفروع الفقهيّة التي بنيت على هذا المصدر التشريعي على سبيل المثال (مطلب سادس).

المطلب الأول

مفهوم العرف

بعد تعريف العرف لغة واصطلاحا، نبين أنواعه المختلفة.

الفرع الأول: تعريف العرف لغة

العرف في أصل اللّغة بمعنى المعرفة، ثمّ استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المألوف الذي تتلقّاه العقول السليمة بالقبول⁽¹⁾، كما استعمل عند العرب في كل ما هو مصاد للشرّ، فهو: من المعروف ضدّ المنكر، قال الله تعالى على لسان لقمان الحكيم: ﴿يَبْنِيْ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾⁽²⁾

الفرع الثاني: تعريف العرف اصطلاحا

أمّا في اصطلاح الأصوليين فقد عرّف بتعاريف كثيرة، منها أنّه: ((ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقّته الطّباع السليمة بالقبول))⁽³⁾، ومنها أنّه: ((ما اعتاده النّاس وألفوه سواء كان قولاً أو فعلاً))، وهو بمعنى العادة عند الفقهاء، والعادة من المعاودة بمعنى التّكرار، والعرف هو

(1) - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 137.

(2) - سورة لقمان: الآية 17.

(3) - هذا التعريف منسوب للإمام النّسفي، أورده في كتابه المستصفى في فروع الحنفية، وقد نسب به بعض أهل العلم للإمام الغزالي، لتشابه عنوان كتابه مع كتاب النّسفي، أشار إليه عادل بن عبد القادر بن محمّد قوته: العرف حجّيته وأثره في المعاملات الماليّة، ط 1، المكتبة المكيّة، 1997، ص 89، هامش 1.

العادة الجماعية⁽¹⁾.

يفهم من هذا التعريف أنّ وجود العرف في أمر من الأمور إلّا إذا كان مطّردا بين النّاس في المكان الجاري فيه، أو غالبا بحيث يعمل به أغلب النّاس، وإلّا كان تصرفا فرديا لا عرفا، وعلى هذا وضع العلماء قاعدة ((إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت))⁽²⁾.

الفرع الثالث: التمييز بين العرف والإجماع

يختلف العرف عن الإجماع من عدّة نواح:

أولا: الإجماع يتمثّل في اتّفاق جميع المجتهدين خاصّة، فلا عبّرة بموافقة غير المجتهدين من العامّة أو بمخالفتهم، بينما يتحقّق العرف باعتبار كلّ النّاس أو أغلبهم دون الالتفات إلى وجود مجتهد بينهم أو عدم وجوده.

ثانيا: أنّ العرف لا يتكوّن ولا يمكن تحكيمة إلّا إذا تكرّر فعله حتّى يستقرّ في النفوس، وتطمئنّ إليه القلوب، أمّا الإجماع فيتحقّق بمجرد اتّفاق المجتهدين على حكم شرعيّ، دونما حاجة إلى التّكرار.

ثالثا: أنّ الإجماع لا بدّ له من مستند: نص، قياس، مصلحة، ضرورة، أمّا محلّ العرف وسنده فهي حوائج النّاس، وتحقيق مصالحهم، ورفع الحرج عنهم.

رابعا: لا يتحقّق الإجماع إلّا باتّفاق جميع المجتهدين، على خلاف العرف الذي يحصل تحكيمة بتعارف جميع النّاس أو أغلبهم، ولا ينقضه مخالفة البعض.

خامسا: أنّ العرف قد يكون فاسدا كما لو تعارف النّاس على أمر مخالف لنصوص الشريعة ومبادئها العامّة، ولا يمكن أن يكون الإجماع فاسدا، لعصمة الأمة من الخطأ.

سادسا: الإجماع إذا وقع كان حجة على الجميع، أي على المجمعين وغيره ممّن يأتي بعدهم، فيكون حكمه كالنصّ، بينما لا يكون العرف حجة إلّا على من تعارفوا عليه، دون من لم يتعارفوا عليه سواء في زمانهم أو بعدهم⁽³⁾.

(1) - هيثم هلال: معجم مصطلحات علم الأصول، ط1، دار الجيل، بيروت، 2003، ص203.

(2) - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص138.

(3) - نصر فريد محدّد واصل: المرجع السابق، ص183؛ عادل بن عبد القادر بن محدّد قوته: المرجع السابق، ص117؛ إسماء فهمي ناجي: العرف ودوره في استنباط الحكم الشرعيّ، مجلّة رسالة الحقوق، كليّة الحقوق، جامعة كربلاء، السّنة الثالثة، العدد3، 2011، ص109.

المطلب الثاني

أنواع العرف

ينقسم العرف إلى أقسام متعدّدة باعتبارات مختلفة أهمّها:

الفرع الأول: أنواع العرف باعتبار مظهره

يمكن تقسيم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف قولي وعرف عملي (فعلي)

أولاً / العرف القولي (اللفظي)

هو اعتياد الناس على استخدام لفظ معيّن لمعنى معيّن، بحيث إذا أطلق هذا اللفظ انصرف الذهن إلى معناه العرفي، حتى وإن خالف معناه في اللغة، ومثال ذلك: تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنّه في اللغة يقصد به الاثنان، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (1)، وكاعتيادهم على إطلاق لفظ اللحم على غير السمك، مع أنّ اللغة لا تمنع ذلك، وقد سمّاها القرآن الكريم لحماً، قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ (2)، وعليه لو حلف شخص ما على أن لا يأكل لحماً فأكل سمكا أو طيراً لا يحنث (3)، وكتعارف الناس في بعض البلاد على إطلاق لفظ الذّابة على الفرس أو على الحمار، مع أنّه يراد به في اللغة كلّ ما يدبّ على الأرض كالفرس الإنسان، النملة وغيرها (4).

ثانياً/ العرف العملي (الفعلي)

يقصد به اعتياد الناس على فعل أو تصرّف معيّن، مثل تعارفهم على بيع التعاطي دون صيغة لفظيّة؛ أي تبادل المبيع والثمن دون أن يتمّ التعبير عن الإرادة باللفظ كما هو الحال في البيع الوارد على الأشياء البسيطة (الجرائد، الأدوات المدرسيّة، الخبز، الحليب. . .)، وكتعارفهم على تقسيم المهر في بعض المناطق إلى معجل ومؤجل، بالرغم من أنّ المهر مؤجل إلى أقرب الأجلين

(1) - سورة النساء: من الآية 11.

(2) - سورة النحل: من الآية 14.

(3) - نصر فريد محدّد واصل: المرجع السابق، ص 184؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 163.

(4) - محدّد سليمان عبد الله الأشقر: المرجع السابق، ص 154.

الموت أو الطلاق، وكتعارفهم على دفع بدل إيجار المساكن والمحلات التجارية مقدّما قبل استيفاء المنفعة، وكتعارف الناس على دخول الحمامات، المقاهي، والأندية دون تحديد مدّة المكث فيها، أو على ضمان البائع المبيع لمدّة معيّنة، أو تقديم الهدايا في المناسبات، أو على جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الهلاك من البساتين على المعتمد ما لم توجد دلالة المنع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع العرف باعتبار نطاقه

العرف بنوعيه القولي والفعلّي قد يكون عاما أو خاصا.

أولا / العرف العام

هو اعتاد الناس جميعا أو أغلبهم وتعارفهم في زمن معيّن على شيء معيّن، كتعارفهم على إطلاق لفظ الحرام بمعنى الطلاق على فكّ الرابطة الزوجيّة، وتعارفهم على البيع بالتعاطي دون صيغة لفظيّة، وتعارفهم على بيع الاستصناع، ودخول الحمامات دون تحديد مدّة المكث فيها ولا مقدار الماء المستعمل.

ثانيا/ العرف الخاص

هو ما تعارفه أهل بلد أو إقليم أو منطقة معيّنة، أو ما اعتاد وتعارف عليه أرباب مهنة معيّنة كالّتجار، الحرفيّين، المحامين، الموثّقين، الأطّباء، وغيرهم، ومثال ذلك ما تعارف عليه المحامون في الجزائر من قيام المحامي المتربّص بزيارة مجاملة لعدد معيّن من المحامين القدامى، وتعارف التّجار على إمساك دفاتر تجارية لإثبات معاملاتهم، وأنّ لها حجّة في إثبات الدّيون التّجارية⁽²⁾.

الفرع الثالث: أنواع العرف باعتبار الصّحة أو المشروعيّة

نميّز هنا بين العرف الصّحيح والعرف الفاسد.

أولا / العرف الصّحيح

هو ما تعارفه النّاس دون أن يخالف دليلا شرعيّا، أو يحلّ حراما، أو يحزّم حلالا، أو يفوّت مصلحة معتبرة، كتعارف النّاس على تقسيم المهر إلى معجل وموَجّل، وأنّ ما يقدّمه الخاطب لخطيبته من حلّي وثياب هو هدايا وليس جزء من المهر، وتقديم عربون في عقد الاستصناع،

(1) - انظر عبد الكريم زيدان: المرجع السّابق، ص252؛ وهبة الزّحيلي: المرجع السّابق، ص829؛ محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص265؛ مصطفى إبراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، ط10، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، العراق، د. س. ن، ص79.

(2) - الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص274؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السّابق، ص166؛ عبد الكريم بن علي بن محمّد التّملة: المرجع السّابق، ص393.

وأنّ الزوجة لا تنتقل إلى بيت الزوجية إلا بعد قبض جزء من صداقها.

ثانياً/ العرف الفاسد

هو ما تعارفه الناس إلا أنّه يخالف دليلاً شرعيّاً، أو يحلّ حراماً، أو يحرمّ حلالاً، كتعارف الناس في بعض المناطق على حرمان المرأة من الميراث، أو أكل الربا والتعامل مع البنوك والمصارف بالفائدة، اختلاط الرجال بالنساء في الحفلات والأعراس، ترك الصلّة في الاحتفالات العامّة، تقديم الخمر في الضيافة، البناء على المقابر، إحياء ليلة الأربعين للوفاة، تقديم أهل الميت الطّعام للمعزّين، وغيرها؛ يقول الشيخ محمّد أبو زهرة في هذا الصّدّد: ((. . . وإذا خالف العرف الكتاب أو السنّة كتعارف الناس في بعض الأوقات تناول بعض المحرّمات كالخمر، وأكل الربا، فعرفهم مردود عليهم، لأن إعماله إهدار لنصوص قاطعة، وإتباع للهوى وإبطال للشرائع، لأنّ الشرائع ما جاءت لتقرير المفسد، وإنّ تكاثر الآخذين بها يدعو لمقاومتها، لا إلى الإقرار بها))⁽¹⁾.

أمّا إذا كان العرف صحيحاً، بحيث لا يخالف نصوص الشريعة ومبادئها، فهو دليل من أدلّة الأحكام متى تحقّق شروط العمل به، ومنها عدم وجود نصّ في المسألة لأنّ هذا الأخير مقدّم على العرف وهو أقوى منه، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفيّة، المالكيّة، الشافعيّة وغيرهم قال الإمام القرافي المالكيّ رحمه الله: ((وأما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرّحون بذلك فيها))⁽²⁾.

فينبغي العمل إذا بالعرف الصّحيح في التّشريع وفي القضاء، لأنّ ما تعارف عليه النّاس وساروا عليه صار من حاجاتهم، ومحققاً لمصالحهم، ما دام لا يخالف الشّرع، وقد راعى الشارع الحكيم الصّحيح من عرف العرب في التّشريع، ففرض الدية على العاقلة، واشترط الكفاءة في الزّواج، واعتبر العصبة في الولاية والإرث، ولهذا وضع العلماء قاعدة ((العادة محكمة))، وقد بنى الإمام مالك الكثير من الأحكام على عمل أهل المدينة، واختلف الإمام أبو حنيفة مع أصحابه في بعض الأحكام بناء على الاختلاف في الأعراف، وقد ألف الإمام ابن عابدين رسالة سماها: (نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف)، ومن العبارات التي يتداولها الفقهاء (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)، (المعروف عادة كالمعروف حقيقة)، (العادة محكمة)⁽³⁾.

(1) - الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص273.

(2) - نقلاً عن عادل بن عبد القادر محمّد قوته: المرجع السّابق، ص120.

(3) - الشيخ عبد الوهاب خالف: المرجع نفسه، ص90.

المطلب الثالث

حجية العرف

استدل جمهور العلماء بجملة من الأدلة المثبتة لحجية العرف منها:

الفرع الأول: الدليل من الكتاب

أولاً: أنّ الشريعة تحيل في بعض أحكامها على العرف، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ (1)، قال ابن جرير: ((ويعني بقوله " بالمعروف " بما يجب لمثلها على مثله، إذا كان الله تعالى ذكره علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأنّ منهم الموسع والمقتّر وبين ذلك، فأمر كلاً منهم أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته))، ولا يمكن معرفة المثلية التي أشار إليها ابن جرير إلا بمعرفة العرف السائد في المجتمع، وهذا ما أشارت إليه الآية السابقة (2)، ولا يصحّ أن يقال أنّ المراد بالمعروف هنا الإحسان وإسداء الجميل، ذلك أنّ النفقة واجبة على الوالد، وحقّ للمرضعة، وليست تفضلاً منه وإحساناً (3).

كما تمّ الإحالة إلى العرف في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّئْ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾ (4)، وقوله عزّ وجلّ: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ (5)، وقوله جلّ شأنه: كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ (6)، وقوله عزّ وجلّ: وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ

(1) - سورة البقرة: من الآية 232.

(2) - محمد سعد بن أحمد بن مسعود البويهي: المرجع السابق، ص 606.

(3) - حسنين محمود حسنين: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، 1991، ص 23.

(4) - سورة البقرة: من الآية 178.

(5) - سورة البقرة: من الآية 229.

(6) - سورة البقرة: الآية 180.

قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٣٦﴾ (١) يقول الإمام العزّ بن عبد السلام في هذا الشأن: ((الغالب في كلّ ما ردّ في الشّرع إلى (المعروف) أنّه غير مقدّر، وأنّه يرجع فيه إلى ما عرف في الشّرع، أو إلى ما يتعارفه النّاس)) (٢).

ثانيا: قول الله عزّ وجلّ: (٣) فالآية تفيد جواز الأخذ بالعرف فيما لم يرد فيه دليل شرعيّ، يقول الإمام القرافي في هذا الصّدّد: ((فكلّ ما شهدت به العادة قضى به لظاهر الآية)) (٤)، ويرى الدكتور عبد الكريم زيدان أنّ الاستدلال بهذه الآية لإثبات حجّية العرف في غير محلّه، لأنّ المقصود بالعرف في الآية هو المعروف، وهو ما عرف حسنه، ووجب فعله، وهو كلّ ما أمرت به الشريعة (٥)، بينما يرى بعض اهل العلم بأنّ المعنى الفقهي للعرف وإن لم يكن مقصودا في الآية لكنّه قد يستأنس به في تأييد المعنى الاصطلاحي، لأنّ عرف النّاس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسّوه وألفته عقولهم، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى المتعارف، فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة (٦).

الفرع الثاني: الأدلة من السنّة النبوية الشريفة وأقوال الصحابة رضي الله عنهم

أولا: ما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال لهند بنت عتبة زوج سفيان رضي الله عنهما، حينما اشتكت إليه شحّ أبي سفيان وتقتيره في النفقة: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)) (٧)، فجعل النبيّ صلّى الله عليه وسلّم العرف ضابطا للواجب –النفقة– الذي لم يقع تحديده لا بالنصّ ولا بحكم القاضي (٨).

ثانيا: كما استدلوا بقول ابن مسعود رضي الله عنه: ((ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء)) (٩)، فإن استحسّن المسلمون شيئا فدلّ ذلك أنّه معتبر عند الله عزّ وجلّ، ولعلّ الاستدلال بقول ابن مسعود في غير محلّه، لأنّ دلالاته

(١) - سورة البقرة: من الآية ٢٣٦.

(٢) - أشار إليه عادل بن عبد القادر محمّد قوته: المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٣) - سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٤) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٥) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٦) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص ٨٣١؛ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٣.

(٧) - رواه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرّجل فللمرأة أن تأخذ بدون علمه ما يكفيها وولدك بالمعروف، ر. ح (٥٣٦٤)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ح. ر (٧) ١٣٣٨.

(٨) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، الموضوع نفسه.

(٩) - قال ابن عابدين في هذه الرواية أنّها ليست بحديث لأنّه ليس لها سند مرفوع أو ضعيف، إمّا هو قول عبد الله بن مسعود (الرسائل - العرف - ص ١١٣/٢، نقلا عن اسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص ١٦٨، هامش ٥).

تتصرف إلى الإجماع لا إلى العرف، إلا إذا كان مستند الإجماع عرفا صحيحا، فتكون دلالة هذا الأثر قاصرة على أحد أنواع العرف، لا على مطلق العرف⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الدليل من الإجماع

أخذ الفقهاء بالعرف وبناء الأحكام الشرعية عليه في مختلف العصور، دليل على صحة اعتباره، لأنّ عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي، فضلا عن تصريح بعضهم به، وسكوت الآخرين عنه، فيكون اعتباره حينئذ ثابتا بالإجماع⁽²⁾.

الفرع الرابع: الدليل من المعقول

إذا تعارف الناس على أمر فدلّ ذلك أنّه محقق لمصالحهم وملبّ لحاجاتهم، فإن كان غير مخالف للشرع وجب اعتباره، لأنّ الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في معاشهم ومعادهم، وثبت أنّ الشارع الحكيم راعى الصحيح من أعراف العرب في التشريع فأبقى عليها⁽³⁾، يقول الشيخ علي الخفيف رحمه الله: ((إنّ بناء الحكم على العرف الصحيح إنّما هو في الواقع بناء لها على المصالح، لا على عمل الناس))⁽⁴⁾.

المطلب الرابع

شروط العمل بالعرف

اشتراط العلماء للعمل بالعرف واعتباره دليلا تبنى عليه الأحكام الشرعية جملة من الشروط منها:

الفرع الأول أن يكون العرف متفقا مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة

أمّا إذا كان يخالف نصوص الشريعة ومبادئها وأسسها العامة، فكّل عرف ورد نصّ بخلافه فهو غير معتبر، ذلك أنّ النصّ أقوى من العرف، وهو في هذه الحالة عرف فاسد، وقد قال الفقهاء في هذا الصدد أنّ النصّ يهيمن على العرف، ويترتب على ذلك أنّ ما ورد فيه نصّ لا يغيّره، فلو تعارف الناس على التعامل مع البنوك والمصارف بالرّبا، فيبقى الحكم كما هو لورود

(1) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص254؛ وانظر أيضا عادل بن عبد القادر بن محمد قوته: المرجع السابق، ص190.

(2) - عبد الكريم زيدان: المرجع نفسه، ص257.

(3) - انظر اسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص169؛ مصطفى إبراهيم الزلمي: المرجع السابق، ص81؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المدخل إلى الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة دمشق، 2006، ص73؛ حسنين محمود حسنين: المرجع السابق، ص28.

(4) - نقلا عن عادل بن عبد القادر محمد قوته: المرجع السابق، ص141.

النصّ بتحريم الربا، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (1)، ولا يصحّ أن يقال أنّ العرف السائد اليوم إجازة التعامل بالربا لتغيّر الزمن (2).

الفرع الثاني: أن يكون العرف مطّردا بين المتعارفين عليه في كافة معاملاتهم أو غالبا فيها.
فإن كانوا يتعاملون به في بعض الحوادث، ويذرونه في أخرى، فلا يمكن بناء الأحكام عليه، ومعنى الغلبة؛ أن تكون أغلبية، أي ألا تتخلّف إلا قليلا، والغلبة والاطراد يعتبران متى وجدا عند أهل العرف لا في الكتب الفقهيّة لاحتمال تغيّرها (3)، ومن الأمثلة على الأعراف المطّردة نذكر على سبيل المثال:

- ما تعارف عليه الناس من حمل المشتري بضاعته دون البائع.

- استعمال النقود الغالبة في البلد.

يقول الفقهاء في هذا الشأن أن العادة المطّردة تنزّل منزلة الشرط، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا (4).

الفرع الثالث: أن يكون العرف موجودا عند إنشاء التصرف

فلا عبرة بالعرف الحادث بالنسبة للماضي، بمعنى أنّ العرف يؤثّر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله، لذا قال العلماء: ((لا عبرة بالعرف الطارئ))، فمثلا لو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات، ثم حدث بينهما نزاع، فإنّ العرف الذي يجب تحكيمه هو العرف الذي كان موجودا عند إنشاء التصرف، لا العرف الحادث بعده (5)، كما لو عقد رجل على امرأة ولم يبيّنا في العقد إن كان المهر مؤجلا أم معجلا، وكان العرف الجاري هو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه، ثم دعى الزوج زوجته للدخول في طاعته بعد أن أصدقها شطر صداقها، وكان العرف قد تغيّر حينها فأصبح المتعارف عليه تعجيل كلّ المهر، فامتنعت وحدث نزاع بينهما، فيعمل هنا بالعرف السابق لا بالعرف الطارئ، وعليها طاعته (6).

(1) - سورة البقرة: من الآية 275.

(2) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص. 168، 169؛ بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 214؛ إسماعيل فاهمي ناجي: المرجع السابق، ص 119.

(3) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 258؛ اسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص 170.

(4) - جمال كركار: أثر العرف في تغير الفتوى، رسالة ماجستير، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، جامعة الجزائر، 1997، ص 38.

(5) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 170.

(6) - نصر فريد محمّد واصل: المرجع السابق، ص 185؛ مصطفى إبراهيم الزلمي: المرجع السابق، ص 86؛

الفرع الرابع: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه

فلو كان العرف السائد مثلاً يقضي بتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، واشترطت الزوجة تعجيل المهر كله، كان شرطها صحيحاً، ويقدم على العرف، لأن من شروط تطبيق العرف ألا يتعارض مع شرط أحد المتعاقدين، فحيث وجد الشرط لا يلتفت إلى دلالة العرف، إذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح⁽¹⁾، ومثاله أيضاً لو كان العرف الجاري في السوق تقسيط الثمن واتفق المتعاقدان على الأداء، أو كان يقضي بأن نفقات التسليم على المشتري واتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، فلا يلتفت هنا للعرف بل العبرة تكون بما اتفق عليه المتعاقدان، ويقدم شرطهما على العرف، والقاعدة تقضي هنا بأن: ((ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه))⁽²⁾، يقول الإمام العز بن عبد السلام في هذا الصدد: ((كل ما يثبت بالعرف، إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح، فلو اشترط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب، ويقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجات في الإجارة مع الجهل بحال الأجير في قضاء الحاجة، لم يصح ولو شرط عليه أن لا يصل الرواتب وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صح، ووجب الوفاء بذلك لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، وإذا صرح بخلاف ذلك ممّا يجوّزه الشرع في الإجارة بالنص عليه، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً اللّيل والنّهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء))⁽³⁾.

المطلب الخامس

تغير الأحكام بتغير الأعراف المبنية عليها

يترتب على تغير الأعراف بتبدل الأزمان تغير الأحكام الشرعية المبنية عليها، لهذا كان من الشروط الواجب توافرها في المجتهد العلم بأعراف الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل زمان، بحيث لو بقي الحكم على حاله لوقع الناس في حرج وضيق، وهذا مخالف لمبادئ الشريعة القائمة على التيسير ورفع الحرج ودفع المفسد، ويقول الفقهاء في هذا الاختلاف أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، كما يقولون: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان⁽⁴⁾.

ويذكر في هذا الصدد أن الإمام الشافعي رحمه الله كان قد أفتى وهو في العراق بالكثير من

(1) - بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ص 216؛ محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 264.

(2) - أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المرجع السابق، ص 74؛ إسراء فهمي ناجي: المرجع السابق، ص 120.

(3) - نقلاً عن جمال كركار: المرجع السابق، ص 39.

(4) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 171؛ وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 835.

الفتاوى مستنداً إلى أعراف الناس، فلمّا ارتحل إلى مصر سنة 199هـ واستقر بها، تراجع عن الكثير من فتاواه السابقة نظراً لاختلاف أعراف أهل مصر عن أعراف أهل العراق، لذا كثيراً ما تتردّد في كتب الشافعية عبارات: الشافعي في القديم، والشافعي في الجديد، ويعمل الشافعية بالمذهب الجديد عند التعارض، قال الإمام القرافي رحمه الله: ((وعلى هذا القانون- أي مراعاة العرف- تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول العمر، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك لا تجرّه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك، والمقرّر في كتبك، فهذا هو الحقّ المبين، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين))⁽¹⁾؛ وفي نفس المعنى يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله: ((إنّ تغيّر الفتوى بحسب العوائد معنى عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل بين غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أنّ الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به))⁽²⁾.

وقد قرّر مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي أنّه: ((ليس للفقيه- مفتياً كان أو قاضياً- الجمود على المنقول في كتاب الفقهاء من غير مراعاة تبدل العرف))⁽³⁾.

ومن الأمثلة على تغيّر الأحكام الناجم عن تغيّر الأعراف نذكر:

أولاً: أفتى المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على الإمامة والأذان وتعليم القرآن وسائر الطاعات، نظراً لتبدل الزمان وانقطاع العطايا التي كان يتحصّل عليها الأئمة والمؤدّنون ومعلّمو القرآن من بيت المال، فلو انصرف هؤلاء إلى المهن الأخرى كالزراعة والتجارة والصناعة لترتب عن ذلك ضياع القرآن وإهمال الشعائر الدينية⁽⁴⁾.

ثانياً: أفتى أبو يوسف ومحمّد بن الحسن الشيباني صاحباً أبي حنيفة باشتراط تزكية الشهود (إظهار عدالتهم وصلاحيته للشهادة عن طريق ثقة)، لتجنّب إهدار حقوق الناس، مخالفين بذلك شيخهم أبا حنيفة الذي كان يكتفي بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص، دون اشتراط التزكية، لغلبة الصلاح وتعامل الناس بالصدق في زمانه المشهود له بالخيرية، فلمّا تغيّر الحال في زمن الصحابان، وقلّت المروءة، وشاع الكذب وشهادة الزور اشتراط التزكية على خلاف شيخهما وإمام مذهبهما⁽⁵⁾.

(1) - أشار إليه محمد سعد بن أحمد بن مسعود البيهقي: المرجع السابق، ص 609.

(2) - نقلاً عن اسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص 171.

(3) - الدورة الخامسة، ج 4، 1988م، ص 3466، أشار إليه عادل بن عبد القادر بن محمد قوته: المرجع السابق، ص 66، هامش 1.

(4) - زياد محمد احميدان: المرجع السابق، ص 365؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 259.

(5) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 835؛ عبد الكريم زيدان: المرجع نفسه، ص 258.

ثالثاً: تضمين الأجير المشترك كالخياط مثلاً، حيث شاع الفساد وانتشر، وأصبح أصحاب الحرف لا يحافظون على أمتعة وأمانات الناس، فصار تضمينه واجبا ليضمن ما تحت يده من أمانات من باب الاحتياط، وحتى لا يدّعي هلاكه، إلا إذا كان الهلاك بسبب حريق غالب، رغم أن ذلك مخالف لما كان مقرراً بأنه لا ضمان إلا بالتعدي لتغيّر الزمان(1).

رابعاً: منع النساء الشّابات من ارتياد المساجد، لحضور صلاة الجماعة، على خلاف ما كان عليه الحال على عهد النبي صلى الله عليه وسلم نظراً لفساد الأخلاق وانتشار الفساد(2).

خامساً: فرض النبي صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من زبيب، أو صاعاً من أقط، وهذه كانت غالب أقواتهم في المدينة، فإذا تبدّلت الأقوات أخرجت الزكاة من الأقوات الجديدة كالأرز أو الطّحين مثلاً(3).

سادساً: أفقّى فقهاء الأحناف المتقدّمون بأن من اشترى داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها حتى يتحقّق له العلم الكافي بالمبيع، وعند المتأخّرين لا بدّ من رؤية كلّ بيت على حدة، لاختلاف العرف في كيفة تشييد البيوت، حيث كان يتم بناء جميعها بكيفة متساوية وعلى طراز واحد فكانت رؤية بعضها تغني عن رؤية الأخرى، إلا أنّ العرف تغيّر فأصبحت الدار الواحدة تتكوّن من بيوت مختلفة في المساحة والهندسة، فلزم من ذلك رؤيتها جميعاً لتحقق العلم الكافي(4).

المطلب السادس

فروع فقهية مبنية على العرف

ثمّة الكثير من الفروع الفقهية التي بنيت على العرف نذكر منها على سبيل المثال:

أولاً/ لو حلف شخص ألا يدخل بيتاً، ثم دخل مسجداً لا يحنث بيمينه، لأنّ المسجد لا يقال له بيتاً في عرف الناس، حتّى وإن سماه المولى عزّ وجلّ بيتاً في كتابه العزيز حيث قال تعالى:

﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُمْ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ ﴾ (٣٦) ﴿٥﴾.

(1) - الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص276؛ زياد محمّد احميدان: المرجع السابق، ص365.

(2) - زياد محمّد احميدان: المرجع نفسه، ص366؛ وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص836.

(3) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص259.

(4) - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، المجلد الأول، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2002، ص47.

(5) - سورة النور: الآية 36.

ثانيا/ لو حلف شخص ألا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بيمينه رغم أنّ الله عزّ وجل سماه لحما، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبُسُونَهَا﴾ (1)، ولو حلف على ألاّ يجلس على بساط، أو تحت سقف أو في ضوء سراج، لم يحنث بالجلوس على الأرض، مع أنّ الله عزّ وجلّ سماها بساطا، قال عزّ وجلّ: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بَسَاطًا﴾ (2)، ولا تحت سماء حتى وإن سماها الله عزّ وجلّ سقفا، قال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفًا مَحْفُوظًا وَهُمْ عَنْ آيَاتِهَا مُعْرِضُونَ﴾ (3)، ولا في الشمس وإن سماها المولى عزّ وجلّ سراجا، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا وَجَعَلَ الشَّمْسُ سِرَاجًا﴾ (4)، ومنه كلّ لفظ عرف بمعنى إنّما يحمل عليه.

ثالثا/ توزيع الرّيح في المضاربة: إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الرّيح المتفق عليه لكلّ منهما يعاد في ذلك للعرف، ويكون القول قول العامل مع يمينه، قال الإمام مالك رحمه الله: ((في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا، فربح فيه ربحا، فقال العامل: قارضتك على أنّ لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك على أنّ لك الثلث، قال مالك: القول قول العامل، وعليه في ذلك اليمين، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله، وكان ذلك نحو ما يتقارض عليه الناس، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس لم يصدّق، وردّ إلى قراض مثله)) (5).

ويمكن القول أخيرا أنّ العرف عند التّحقيق لا يمكن عدّه دليلا مستقلا، بل الغالب ارتباطه بالمصلحة المرسلّة، وكما يراعى في تشريع الأحكام يراعى أيضا في تفسير التّصوص، فيخصّص به العام، ويقيد به المطلق، وقد يترك القياس بالعرف، ولهذا قال العلماء بجواز عقد الاستصناع وإن كان قياسا لا يصحّ لأّنه بيع وارد على معدوم (6).

(1) - سورة النّحل: من الآية 14.

(2) - سورة نوح: الآية 19.

(3) - سورة الأنبياء: الآية 32.

(4) - سورة نوح: الآية 16.

(5) - مصطفى ديب البغا: الجوانب التربوية في أصول الفقه الإسلامي، دار جدار للكتاب العالمي، ط1، عمّان، الأردن، 2006، ص185.

(6) - الشّيخ عبد الوهاب خالّف: المرجع السّابق، ص91.

المطلب السابع

تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: تطبيقات العرف المتعلقة بمقدمات الزواج (الخطبة والفاثحة)

نص المشرع الجزائري على أحكام الخطبة كمقدمة للزواج في المادتين 5 و6 من تقنين الأسرة 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05، حيث حدد طبيعتها في المادة 5، معتبرا إياها مجرد وعد بالزواج لا يرتقي لمرتبة العقد الشرعي، كما أعطت ذات المادة لكلا الطرفين (الخطيب والمخطوبة) الحق في العدول عنها وفسخها، وأقرت بالحق في التعويض إذا ترتب عن هذا العدول ضرر لأحد الطرفين، كما أن الفقرة الثانية من ذات المادة تناولت حكم رد الهدايا في حالة ما إذا كان العدول من الخطيب أو من المخطوبة.

بينما تعرض في المادة 6 منه إلى اقتران الفاثحة بالخطبة وأكد أنه لا يعد زواجا إلا إذا توافر ركن الرضا، فضلا عن الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من القانون نفسه والمتمثلة في: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

تجدر الملاحظة أنّ المشرع الجزائري راعي أعراف الناس فيما يتعلق بالأحكام المنظمة للخطبة والفاثحة، مستمدا ذلك من الشريعة الإسلامية التي تراعي الأعراف متى كانت صحيحة وتحققت فيها الشروط التي تناولناها سابقا.

أولاً: من حيث طبيعة الخطبة

يلاحظ أنّه وطبقا للأعراف السائدة في المجتمع الجزائري تعدّ الخطبة مجرد وعد بالزواج، لا عقدا مرتبا لحقوق والتزامات تعاقدية، فهي بالتالي تمثل مرحلة تعارف بين طرفيها، وعليه فثمة توافق بين هذه الأعراف وما جاء في نص المادة 5 من تقنين الأسرة المشار إليها آنفا، وما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعتبرون الخطيبين أجنيين عن بعضهما البعض في فترة الخطوبة، وبالتالي فلا تجوز الخلوة بينهما، وإن حدثت لقاءات بغية التعرف على بعضهما البعض فيكون ذلك بحضور محرم للمخطوبة.

ثانياً: حكم العرف في رد الهدايا

جاء حكم العرف فيما يتعلق برد الهدايا والتعويض متوافقا مع الفقه الإسلامي وبخاصة المذهب المالكي والقانون، حيث يتعين على الذي عدل عن الخطبة رد الهدايا، وإن استهلكت عليه رد قيمتها، غير أنّ العرف السائد عندنا أنّ الخطيب هو الذي يقدم الهدايا وليست المخطوبة، ولعل الحكمة من ذلك هو ردع الخطيب حتى لا يقدم على العدول من غير سبب مقبول، تاركا المخطوبة في مواجهة المجتمع، كما أن الأضرار المادية أو المعنوية التي يتعرض لها الطرف الآخر خاصة المخطوبة يجب جبرها عملا بالقاعدة الفقهية (الضرر يزال)، خاصة وأنه في كثير من الأحيان ينظر إلى المرأة المعدول عنها نظرة شكّ واتهام، وتطرح تساؤلات كثيرة حول سبب العدول،

وهذا ما قد يؤثر سلبا على المخطوبة¹.

الفرع الثاني: مشتملات النفقة

تنص المادة 78 من تقنين الأسرة على أنه: ((تشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة))، من خلال هذا النص يتبين أن النفقة تشمل الغذاء، السكن، وكل ما يعتبر من ضرورات الحياة كنفقات العلاج، والتدريس، وغيرها بالرجوع للعرف السائد، ويستنتج من هذا النص ما يلي:

- أن مشتملات النفقة المذكورة في النص السابق مذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، حيث ذكر المشرع في النص (ما يعتبر من الضرورات) ولفظ الضرورات جاء من غير تحديد.

- أن عبارة (ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)، يدل على أن المعتبر في النفقة ما كان من ضروريات المعيشة بالنظر لعادات الناس وأعرافهم، من غير تكلف في الانفاق على ما يعدّ من الكماليات.

- أن العرف والعادة معتبران في تحديد مشتملات النفقة وحدودها.

- الضرورة في النفقة من جهة العرف تقدّر بقدرها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان.

يشار إلى أن الفقه الإسلامي يتفق مع قانون الأسرة الجزائري، فيما يتعلق بمشتملات النفقة، وحدّها الأدنى: الغذاء، المسكن، الكسوة، فضلا عن نفقة التعليم².

الفرع الثالث: النزاع حول الصداق

ذهب المشرع الجزائري في حالة النزاع حول الصداق بين الزوجين إلى الفصل في المسألة بالرجوع إلى العرف، فقبل الدخول يكون القول قول الزوجة مع اليمين، أما بعد الدخول فالقول قول الزوج مع اليمين، وهذا قول المالكية الذي استندوا فيه إلى أعراف الناس، والعرف معتبر عند المالكية³، حيث جاء في نص المادة 17 من تقنين الأسرة: ((في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين.

¹. ثامر خالدي: أثر العرف في الخطبة والفتحة في التشريع الجزائري، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، المجلد 9، العدد 1، ص 33.

². عبد المنعم النعيمي: توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، العدد 1، 2021، ص.ص 28/29.

³. علي جدي: مقاربات فقهية وقانونية لبعض نصوص قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، العدد 8، 2016، ص 241.

وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثاه مع اليمين)).

الفرع الرابع: النزاع حول متاع البيت

يعد النزاع حول متاع البيت من النزاعات التي تنثور غالبا عقب الطلاق أو الوفاة، حيث يدعي أحد الطرفين أو كلاهما ملكية بعض المقتنيات الموجودة في بيت الزوجية، بينما يدعي الطرف الآخر أو ورثته خلاف ذلك، أو ينكر وجودها أصلا، وقد تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في نص المادة 73 من تقنين الأسرة، حيث جاء فيها: ((إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يقاسمانها بالتساوي)).

من خلال هذا النص يتبين أنه في حالة وقوع نزاع بين الطرفين أو ورثتهما حول متاع البيت، وكان لأحدهما بيّنة كأن تكون لديه فاتورة شراء شيء معين من متاع البيت باسمه، فتكون له دون الحاجة لدليل آخر، ولا يكون مضطرا لأداء اليمين على ما يدعيه، تطبيقا للقاعدة الشرعية (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر))، وهنا يكون قد أثبت ملكيته بالبيّنة، حتى وإن كان هذا المتاع عادة من المعتاد للطرف الآخر، فقد يشتري الرجل حليًا ذهبيًا، وتكون فاتورة الشراء باسمه فيعابر مالكا لها، ولا يضطر للحلف، على الرغم من أن الذهب عادة من لوازم النساء.

أما في حالة عدم وجود بيّنة يقدمها أحد الطرفين، فإنه يلجأ إلى اليمين، فما يكون بحسب العرف مما تملكه النساء ويتعلق بهنّ كالحلي والملابس الخاصة بالنساء، فإنه من حقهن مع ضرورة حلف اليمين على ذلك، أما ما يكون بحسب العرف مما يملكه الرجال فيكون من حقهم بشرط أدائهم لليمين.

بينما يقتسمان المتاع المشترك بينهما مع اليمين، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنابلة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 21 أبريل 1998، حيث جاء فيه: ((من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانها مع اليمين، ومتى تبين في قضية الحال أنّ القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل بالرغم من أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 7" من قانون الأسرة في فقرتها الثانية، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا...))¹.

¹. المحكمة العليا غ.أ.ش قرار بتاريخ 21 أبريل 1998، ملف رقم 189245، م.م ع عدد خاص 2001، ص 242. مقلا عن شامي أحمد: إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2019، ص 34.

المبحث الرابع

مذهب الصحابي

بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم الذي كان هو المرجع الذي يرجع إليه في التشريع والإفتاء، وجد جماعة من الصحابة ممن عرفوا بالعلم والفقه وطول صحبة النبي عليه السلام أنفسهم مضطرين إلى الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص من الكتاب أو السنة⁽¹⁾، وقد صدرت عنهم الكثير من الفتاوى والاجتهادات في العديد من الوقائع والأقضية التي تصدّوا لها، وقد تمّ تدوين العديد من تلك الفتاوى من قبل التابعين وتابعي التابعين، حتّى أنّ البعض دوّنوا مع أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم خاصة في بداية تدوين السنة منتصف القرن الثاني للهجرة وسمّيت بأقوال الصحابة، أو آثار الصحابة، وهنا يمكن التساؤل: هل هذه الفتاوى والأقضية تعتبر دليلاً تشريعياً ملزماً، بحيث يتعيّن على المجتهد الرجوع إليها قبل القياس؟ أم أنّها لا تعدو أن تكون مجرد اجتهادات فردية غير ملزمة لجموع المسلمين؟

وقبل التطرّق لحجية مذهب الصحابي، والتّمثيل لبعض هذه الاجتهادات يجدر بنا تعريف الصحابي ابتداءً.

المطلب الأول

تعريف الصحابي

يختلف تعريف الصحابي عند المحدثين عنه عند الأصوليين، حيث يعرفه المحدثون بأنّه: ((من لقي النبي صلى الله عليه وسلم مؤمناً به ومات على ذلك)) وبذلك تتحقّق الصحبة باللقيا والموت على الإسلام بينما يعرفه جمهور الأصوليين بأنّه: ((من لقي النبي صلى الله عليه وسلم مؤمناً به، ولازمه مدّة تكفي عرفاً لوصفه بالصحبة، ومات على الإسلام)). ويرى بعض أهل العلم أنّ الخلاف في تعريف الصحابي هو مجرد خلاف لفظي، لا ثمرة له⁽²⁾.

(1) - يقول ابن القيم رحمه الله: ((الذين حفظت عنهم الفتوى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة ونيف وثلاثون نفساً ما بين رجل وامرأة))، والمكثرون منهم سبعة: عمر بن الخطّاب، عليّ بن أبي طالب، عبد الله بن مسعود، عائشة أم المؤمنين، زيد بن ثابت، عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. نقلاً عن عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 150.

(2) - عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم العويد: المرجع السابق، ص. 23، 26.

المطلب الثاني

حجية قول الصحابي

لا خلاف بين العلماء في وجوب الأخذ بقول الصحابي فيما لا مجال للرأي والاجتهاد فيه، لأنه يحتمل أن يكون قد سمعه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيكون من قبيل السنة، ولا اجتهد في الأمور التي لا يمكن العلم بها إلا بالتوقيف، بالرأي بمعنى أن ما لا يدرك بالرأي لا يفتى به الصحابة من غير مستند شرعي، وقد مثل الحنفية لذلك بما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وأنس بن مالك أنه قال: ((إن أقل الحيز ثلاثة أيام))⁽¹⁾، وبما ثبت عندهم أن بعض الصحابة قالوا: ((أقل الصداق عشرة دراهم))⁽²⁾.

كما أنه لا خلاف فيما أجمع عليه الصحابة رضوان الله عليهم، ولا فيما اشتهر ولم يعلم له مخالف، وهنا يكون إجماعا سكوتيا، وهو حجة عند القائلين بحجية هذا الأخير، لأن اتفاقهم على حكم في واقعة مع قرب عهدهم بالرسول صلى الله عليه وسلم، وعلمهم بأسرار التشريع وحكمه، مع اختلافهم في مسائل كثيرة غيرها، دليل على أنهم استندوا إلى دليل قاطع، كاتفاقهم على توريث الجدات السدس، فيكون واجب الاتباع، ولا خلاف فيه بين المسلمين⁽³⁾.

كما اتفقوا على أن آراء صحابي مجتهد لا تعد حجة على صحابي مجتهد آخر في المسائل الاجتهادية، وقد اختلفت الصحابة في عدة مسائل كاختلافهم في ميراث الجد مع الإخوة، ولم يرى أحدهم أن قوله حجة على الآخرين ولو كان رأي أحدهم حجة على غيره من الصحابة لما أمكن تصور وقوع الخلاف بينهم⁽⁴⁾.

وقول الصحابي الذي ثار بشأنه خلاف بين العلماء هي فتواه التي أفتى بها بالاجتهاد المحض بالنسبة للتابعي ومن جاء بعده، هل تعتبر حجة شرعية أم لا؟

الفرع الأول: آراء العلماء في حجية مذهب الصحابي

ذكر العلماء في مذهب الصحابي أربعة أقوال:

(1) - أشار إليه محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي - مصادره ونظرياته العامة - دار الكتاب الحديث، الكويت، دون سنة نشر، ص10؛ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص224.

(2) - نقلا عن عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص261؛ وانظر أيضا أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المرجع السابق، ص76.

(3) - الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص95؛ نصر فريد محمد واصل: المرجع السابق، ص178؛ محمد سلام مذكور: المرجع السابق، ص225.

(4) - عياض بن نامي السلمي: المرجع السابق، ص185؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص261؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص174؛

* الأول: أنه ليس بحجة مطلقاً، وذهب إلى ذلك المعتزلة، الأشاعرة، الشيعة، أحمد في رواية عنه، ابن حزم الظاهري، وهو الرّاجح عند الشّافعيّة.

* الثاني: أنه حجة، ويقدم على القياس، وقال بذلك أئمة الحنفية، كما نقل عن مالك، الشّافعي في قول قديم له، وأحمد في رواية أخرى له، فعلى المجتهد أن يرجع إلى أقوالهم في إذا لم يكن ثمة دليل من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع.

* الثالث: أنه حجة إذا عضده القياس، فيقع عندئذ تقديمه على قول صحابي آخر، وهو ظاهر مذهب الشّافعيّ الجديد.

* الرابع: أنه حجة إذا خالف القياس خلافا للرأي السابق، وبه قال بعض الأحناف(1).

وعلى كلّ يمكن أنّ هذه الآراء ترجع في الحقيقة إلى رأيين: مذهب يعتبر مذهب الصحابي حجة وهو ما ذهب إليه الأحناف، المالكية، والحنابلة، فقد قال الإمام أبو حنيفة ومن وافقه: ((إذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسوله، أخذت بقول أصحابه من شئت، وأدع قول من شئت، ثم لا أخرج عن قولهم إلى غيرهم))(2)، ومذهب لا يعتبره حجة وهو مذهب الشّافعيّة المعتزلة، الأشاعرة، الشيعة، وابن حزم الظاهري، يقول الإمام الشافعي: ((لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب أو السنة - أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا))(3).

الفرع الثاني: أدلة المنكرين لحجية مذهب الصحابي

استدلّ المنكرون لحجية مذهب الصحابيّ بجملة من الأدلة نذكر منها:

أولاً: قول الله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا هُوَ أَوَّلُ الْآبَصِرِ﴾ (4)، والاعتبار هنا الاجتهاد كما قال طائفة من العلماء، وهو ينافي التقليد، والتقليد يعني أخذ قول الغير من غير دليل، والاجتهاد هو البحث عن الدليل، فلو كان مذهب الصحابي حجة لوجب تقديمه على القياس، ونحن نعلم أنّ هذا الأخير يتقدّم على قول الصحابي، إذ إنّ من المصادر المتفق عليها بين جمهور العلماء، ويحتل عندهم المرتبة الرابعة بعد الإجماع(5).

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص. ص 851، 853.

(2) - الشيخ عبد الوهاب خالف: المرجع السابق، ص 95.

(3) - أشار إليه الشيخ عبد الوهاب خالف: المرجع نفسه، ص 96.

(4) - سورة الحشر: من الآية 2.

(5) - أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل: الواضح في أصول الفقه، ج 5، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999، ص 211؛ وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 854.

ثانيا: أنّ الصّحابي من أهل الاجتهاد، والمجتهد قد يصيب وقد يخطئ، لأنّه ليس معصوما من الخطأ، فلا يجب على التّابعي المجتهد ولا من بعده العمل بمذهبه، لأنّ من لا عصمة له لا حجة لقوله؛ أمّا فضل الصّحابة ومنزلتهم فلا ينكرها إلّا جاهل، غير أنّها لا تعدّ سببا لوجوب العمل باجتهاداتهم⁽¹⁾؛ يقول الإمام الغزاليّ في هذا الصّدّد: ((. . . ليس حجة لانتفاء الدّليل على العصمة، ووقوع الخلاف بينهم، وتصريحهم بجواز مخالفتهم، ففي هذا ثلاثة أدلّة قاطعة على جواز مخالفة الصّحابي))⁽²⁾.

ثالثا: خالف بعض التّابعين الصّحابة في الكثير من المسائل، فلو كان قول الصّحابي حجة لما حصلت هذه المخالفة، كما أنّه لم ينقل عن الصّحابة إلزامهم التّابعين على اتّباع أقوالهم، ومثال ذلك أنّ عليّا رضي الله عنه تنازع في درع له وجدها مع يهوديّ إلى شريح القاضي، الذي كان عمر بن الخطّاب رضي الله عنه ولّاه القضاء، فخالف عليّا في ردّ شهادة الحسن له لعلاقة القرابة المباشرة القائمة بينهما، وكان عليّ يرى جواز شهادة الابن لأبيه⁽³⁾.

وكان أنس بن مالك رضي الله عنه إذا سئل عن مسألة قال: سلوا عنها مولانا الحسن، وفي هذا دلالة على أنّ مذهب الصّحابيّ ليس حجة على غيره⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أدلّة المثبتين لحجية مذهب الصّحابي

استدلّ المثبتون لحجية مذهب الصّحابيّ بجملة من الأدلّة نذكر منها:

أولا: قوله سبحانه وتعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾⁽⁵⁾، والخطاب في هذه الآية قصد به الصحابة رضي الله عنهم، فدلّ ذلك على أنّ ما يأمرون به معروف، والأمر بالمعروف واجب القبول، وبالتالي يكون قولهم حجة على من بعدهم⁽⁶⁾.

ثانيا: وبقوله عزّ وجلّ: ﴿وَالسَّابِقُونَ السَّابِقُونَ أُولَئِكَ الْمُقَدَّمُونَ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ

(1) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص176.

(2) - محمّد سلام مذكور: المرجع السابق، ص225.

(3) - محمّد سلام مذكور: المرجع نفسه ص224.

(4) - وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص855.

(5) - سورة آل عمران: من الآية 110.

(6) - وهبة الزّحيلي: المرجع نفسه، ص855.

الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٠٠﴾ (1)، فقد امتدح الله تعالى الذي اتبعوهم، فكان اتّباعهم في هديهم أمرا

يستوجب المدح، والعمل بكلامهم إنّما هو نوع من الاتّباع، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((أنا أمان لأصحابي، وأصحابي أمان لأمتي))، ولأنّهم أمان للأمة وجب الرجوع لأقوالهم(2).

ثالثا: كما استدّلوا بالكثير من الأحاديث النبويّة التي تؤكد على فضل الصحابة رضي الله عنهم منها:

أ/ قوله عليه الصلّاة والسلام: ((خير أمتي قرني ثمّ الذين يلونهم، ثمّ الذين يلونهم، قال عمران: فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين أو ثلاثا. ثمّ إنّ بعدكم قرنا يشهدون ولا يستشهدون، ويخونون ولا يؤتمنون، وينذرون ولا يفون، ويظهر فيهم السّمَن)) (3).

ب- وقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا تسبوا أصحابي، فلو أنّ أحدكم أنفق مثل أحد ذهبا ما بلغ مدّ أحدهم ولا نصيفه)) (4).

ج- وقوله عليه الصلّاة والسلام: ((عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي)) (5).

د- قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: ((إنّ الله تعالى نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمّد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه، وبعثه برسالته، ثمّ نظر في قلوب العباد بعد قلب محمّد صلى الله عليه وسلم، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيّه يقاتلون على دينه)) (6).

رابعا: ومن المعقول قالوا: أنّ قولهم حجة لاحتمال السّماع عن النبيّ صلى الله عليه وسلم، لأنّهم كثيرا ما كانوا يذكرون الأحكام التي بيّنها لهم النبيّ عليه السلام دون أن يسندوها إليه، لأنّهم لم يسألوا عن ذلك، فلمّا كان هذا قائما كان قولهم أجدر بالاتّباع، لأنّه قريب من المنقول، متّفق مع المعقول (7).

(1) - سورة التوبة: الآية 100.

(2) - الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص 213.

(3) - رواه البخاري: كتاب فضائل أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم، باب: فضائل أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم، ومن رآه من المسلمين فهو من أصحابه، ر. ح (3650).

(4) - رواه البخاري: كتاب فضائل أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم، باب: قول النبيّ صلى الله عليه وسلم: ((لكنّ متّخذا خليلا))، ر. ح (3673).

(5) - رواه أبو داود ر. ح (4607)، والترمذي ر. ح (2676)، وابن ماجه ر. ح (440).

(6) - رواه الإمام أحمد في المسند 84/6 (3600).

(7) - الشيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص 213.

-أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لَقُوا الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَحَضَرُوا نَزُولَ الْوَحْيِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُمْ أَعْلَمُ النَّاسَ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَيَتَرَتَّبُ عَنْ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُمْ مُقَدَّمٌ عَلَى قَوْلِ غَيْرِهِمْ⁽¹⁾.

قال ابن القيم رحمه الله: ((. . . فتلك الفتوى التي يفتي بها الصحابي لا تخرج عن سنة وجوه: -أحدها: أن يكون سمعها عن النبي صلى الله عليه وسلم.

-الثاني: أن يكون سمعها ممن سمعها عن النبي صلى الله عليه وسلم.

-الثالث: أن يكون فهمها من آية من كتاب الله فهما خفي علينا.

-الرابع: أن يكون قد اتفق عليها ملوهم ولم ينتقل إلينا إلا قول المفتي وحده.

- الخامس: أن يكون رأيه لكمال علمه باللغة، ودلالة اللفظ على الوجه الذي انفرد به عنّا، أو لقرائن حالية اقترنت بالخطاب، أو لمجموع أمور فهمها على طول الزمان من رؤية النبي صلى الله عليه وسلم، ومشاهدة أفعاله وأحواله، وسيرته وسماع كلامه، والعلم بمقاصده، وشهود تنزيل الوحي، ومشاهدة تأويله بالفعل، فيكون فهم ما لم نفهمه نحن، وعلى هذه التقارير الخمسة تكون فتواه حجة علينا.

- السادس: أن يكون فهم ما لم يرده النبي صلى الله عليه وسلم، وأخطأ في فهمه، وعلى هذا التقرير لا يكون قوله حجة، ومعلوم قطعا أن وقوع احتمال من خمسة أغلب على الظن من وقوع احتمال واحد معيّن، هذا ما لا يشكّ فيه عاقل. . .))⁽²⁾.

وقد رجح الشيخ محمد بن صالح العثيمين رأي من قال: إن قول الصحابي حجة لوجوه ثلاثة: الأول: سلامة عقيدتهم لأنهم أسهل الناس عقيدة، وسلامة العقيدة من أسباب التوفيق للصواب. الثاني: أنهم أعلم بحال النبي صلى الله عليه وسلم ومقاله من غيرهم بلا ريب.

الثالث: أنه لم يظهر في زمنهم الأهواء والآراء بل كانوا على الهدى، ومعلوم أنه إذا كثرت الأهواء كثرت الضلال⁽³⁾.

(1) - عياض بن نامي السلمي: المرجع السابق، ص187؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع

السابق، ص175؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص261.

(2) - نقلا عن الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص215.

(3) - الشيخ محمد بن صالح العثيمين: المرجع السابق، ص142.

المبحث الخامس

شرع من قبلنا

هذا المصدر مرتبط بالعلاقة القائمة بين الشرائع السماوية والتي سبق لنا الحديث عنها، فقد اتفقت هذه الشرائع في مسائل العقيدة والأخلاق، واختلفت في بعض الأحكام العملية، لأنّ المراعى في تشريعها هو حال الأقوام الذين بعث فيهم الأنبياء والرسل عليهم السلام وبيئاتهم وأعرافهم، لاسيما وأنّ كل نبي كان يبعث في قومه خاصّة حتى بعث الله محمّدا صلى الله عليه وسلّم بالشريعة الإسلامية الإنسانية العالمية إلى النّاس عامّة، حتى تكون صالحة للتطبيق في كلّ زمان ومكان، وهي ناسخة للشرائع السابقة إلّا ما أقرّته من أحكام واردة في هذه الأخيرة، دون أن ينال ذلك من قدسيّتها باعتبارها ربّانيّة المصدر، لأنّ سنّة الله عزّ وجلّ اقتضت أنّ ما يصلح لقوم معيّنين في زمن معيّن قد لا يتناسب مع قوم آخرين في زمن آخر.

وإذا كان من الجائز نسخ بعض الأحكام الواردة في القرآن بالقرآن نفسه، فإنّه يجوز للقرآن أن ينسخ بعضا من الأحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة، علما أنّ شريعتنا لم تنسخ جميع الأحكام الواردة في الشرائع السابقة، إذ لم تنسخ على سبيل المثال وجوب الإيمان، وتحريم الزنا والسّرقة والقتل.

لكن ما المقصود بشرع من قبلنا الذي ثار بشأنه الخلاف بين العلماء حول حجّيته؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول أنّ شرع من قبلنا أنواع.

المطلب الأول

أنواع شرع من قبلنا

الفرع الأول: أحكام شرع من قبلنا التي لم تذكر في القرآن الكريم أو السنّة

فهذه لا تعدّ شرعا لنا باتّفاق العلماء، لأنّها واردة في كتب أهل الكتاب المحرّفة، ولا سبيل هنا لتمييز الصّحيح من الدّخيل المحرّف، ما لم يرد ذكره في الكتاب أو السنّة الصحيحة، قال الله تعالى: ﴿أَفَتَطْمَعُونَ أَنْ يُؤْمِنُوا لَكُمْ وَقَدْ كَانَ فَرِيقٌ مِّنْهُمْ يَسْمَعُونَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ يُحَرِّفُونَهُ

مِنْ بَعْدِ مَا عَقَلُوهُ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٧٥﴾ (1).

(1) - سورة البقرة: الآية 75.

الفرع الثاني: الأحكام التي نسختها شريعتنا

لا تعدّ شرعا لنا باتفاق العلماء، مثل تحريم بعض الطّيّبات على بني إسرائيل جزاء لهم على بغيهم وظلمهم، قال الله تعالى:

وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا

حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَهُمْ بِبَغْيِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ ﴿١٤٦﴾ ﴿١٤٦﴾

(1)، فقد حرّم الله عليهم في الآية كلّ ذي مخلب من الطّيّر أو حافر من الدّواب كالإبل، البطة، والإوز، والشحوم التي في

بطون الأنعام، غير أنّ هذا الحكم منسوخ في شريعتنا بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى

طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا

أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٤٥﴾ ﴿١٤٥﴾

(2)، ومثل تحليل الغنائم في الشريعة الإسلامية بعد أن كانت محرّمة في الشرائع السابقة، قال

الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٦٩﴾﴾ (3)، وقال رسول

الله صلّى الله عليه وسلّم: ((... وأحلّت لي الغنائم ولم تحل لأحد من قبلي)).

ومثاله أيضا ما كان في شريعة موسى عليه السلام من تكفير العاصي عن ذنبه بقتل نفسه،

وأنّ الثوب الذي أصابته نجاسة لا يطهره إلا قطع الجزء الذي أصابته النجاسة، وغيره من

الأحكام التي كانت إصرا عليهم رفعه الله عنّا (4)، قال الله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا

كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا﴾ (5)

الفرع الثالث: الأحكام التي أقرتها شريعتنا

ولا خلاف في أنّ هذه الأحكام نتعبد بها وهي شرع لنا، مثل فرضيّة الصيام، قال الله تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

(1) - سورة الأنعام: الآية 146.

(2) - سورة الأنعام: الآية 145.

(3) - سورة الأنفال: الآية 69.

(4) - الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 93.

(5) - سورة البقرة: من الآية 286.

﴿١٨٣﴾ (1)، والأضحية، قال عليه الصّلاة والسّلام: ((ضحوا فإنّها سنّة أبيكم إبراهيم))، قال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾ ﴿١٧﴾ (2)، وهذا الحديث شرع الأضحية في الشريعة الإسلامية، فهو مصدر حجّيتها وليس شرع من قبلنا (3).

الفرع الرابع: الأحكام التي وردت في الكتاب أو السنّة من غير إقرار أو نسخ

مثل آية القصاص في شريعة موسى عليه السّلام، قال الله تعالى: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴿٤﴾ (4)، ومثل قوله تعالى في قصّة يوسف عليه السّلام: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ﴿٧٢﴾ (5)، فهذه الآية تدلّ على مشروعيّة الجعالة (6) في شريعة يوسف عليه السّلام.

لذا يمكن القول أنّ شرع من قبلنا كمصدر تشريعي هو: ((ما نقل إلينا بطريق صحيح من الشرائع السماوية السابقة))، والطّريق الصّحيح لمعرفة شرع من قبلنا هو نقل القرآن الكريم والسنّة الثّابتة (7)، وهذا النوع من شرع من قبلنا هو الذي وقع بشأنه الخلاف بين العلماء (8).

المطلب الثاني

حجيّة شرع من قبلنا

انقسم العلماء بين مؤيد ومعارض لاعتبار شرع من قبلنا شرعا لنا.

(1) - سورة البقرة: الآية 183.

(2) - سورة الصّافات: الآية 107.

(3) - الشّيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص 306.

(4) - سورة المائدة: من الآية 45.

(5) - سورة يوسف: الآية 72.

(6) - الجعالة: هو أن يجعل شخص مكافأة معيّنة لمن يقوم بعمل معيّن، كأن يقول من وجد شيئا ضاع منّي له المبلغ الفلاني.

(7) - عياض بن نامي السّلمي: المرجع السّابق، ص 189.

(8) - وهبة الزحيلي: المرجع السّابق، ص. ص 842، 843؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السّابق، ص 263 وما يليها.

الفرع الأول: المؤيدون لحجية شرع من قبلنا

ذهب جمهور الحنفية والمالكية، وبعض الشافعية، وأحمد في رواية رجحها أغلب أصحابه إلى القول بأن شرع من قبلنا هو شرع لنا، من طريق الوحي للنبي صلى الله عليه وسلم، لا من جهة كتبهم التي وقع تحريفها، فينبغي العمل به ما لم ينسخه شرعنا، وقد استدلوا بالأدلة الآتية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾ (1)، فالآية الكريمة تؤكد على وحدة

الشرائع السماوية، لأن مصدرها واحد وهو الله عز وجل، وعليه يلزم العمل بالأحكام الواردة في الشرائع السابقة إذا تم ذكرها في الكتاب أو السنة، ما لم يتبين أنها خاصة بأمة بعينها، أو قام دليل على كونها منسوخة (2)، ومما يؤكد على ذلك هو خطاب الله عز وجل لنبيه عليه الصلاة والسلام بقوله عن الأنبياء السابقين: ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَّتْهُمْ أَفْتَدَهُ قُلْ لَا

أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِنْ هُوَ إِلَّا ذِكْرٌ لِلْعَالَمِينَ ﴾ (3)، فقد أمر الله جلّ وعلا باتّباع الأنبياء السابقين والافتداء بهم، وشرعهم من هديهم، فيجوز الاقتداء به (4).

ثانياً: كما استدلوا على وجوب قضاء الصلاة بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها))، وقرأ قوله تعالى: ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾ (5)، رغم أن الخطاب في الآية لسيدنا موسى عليه السلام، فلو لم يكن الرسول صلى الله عليه وسلم متعبداً بشرع من قبله فما الفائدة من ذكر الآية (6).

ثالثاً: عندما قدم النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة المنورة مهاجراً وجد اليهود يصومون عاشوراء، فسألهم عن ذلك، فقالوا: يوم صالح نجى الله فيه موسى عليه السلام من فرعون فصمناه، فقال عليه الصلاة والسلام: ((أنا أحق بموسى منهم))، وصامه وأمر بصيامه.

(1) - سورة الشورى: من الآية 13.

(2) - الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 307.

(3) - سورة الأنعام: من الآية 90.

(4) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 190.

(5) - سورة طه: الآية 14.

(6) - أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المرجع السابق، ص 83.

رابعاً: كما استدلوا بكون النبي صلى الله عليه وسلم كان يحبّ موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل فيه عليه وحي من ربه عز وجلّ، ولو لم يكن شرعهم حجة لم يكن لمحبتة موافقتهم فائدة(1).

ثانياً: المنكرون لحجية شرع من قبلنا

ذهب بعض الحنابلة والشافعية والشيعة الإمامية وغيرهم إلى القول بأنّ شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، ولا يجب علينا اتباع هذه الأحكام الواردة فيها ولا العمل بها ولا القياس عليها، حتى وإن أشير إليها في القرآن أو السنة، ما دام لم يقم دليل على اعتبارها في حقنا، وقد استدلوا بما يلي:

أولاً: قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمَنْهَاجًا﴾ (2)، حيث تشير الآية أنّ لكلّ رسول شريعة ومنهاجا يدعو إليه، ويقتضي هذا ألا يكون شرع من قبلنا شرعاً لنا.

ثانياً: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل رض الله عنه إلى اليمن قاضياً، سأله عما يحكم به إذا عرض له قضاء، فأجاب بالقرآن ثم السنة ثم الاجتهاد بالرأي ولم يذكر شرع من قبلنا، فلو كنّا متعبدين بشرع من قبلنا لذكره معاذ، أو لنبيه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ذلك(3).

ثالثاً: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ((كان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة))، فالشرائع السابقة كانت محدودة زمنياً ومكانياً، وكانت ذات طابع مؤقت، الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع وتمتاز بكونها عالمية إنسانية، وهي ناسخة لما سبقها من شرائع، ويترتب على هذا أنّه إذا لم تعتبر شريعتنا حكماً من الأحكام الواردة في شرع من قبلنا في القرآن أو السنة فلا يعدّ شرعاً ولا نطالب به مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ (4)، فشرعية محمد صلى الله عليه وسلم شاهدة على بقاء الشرائع السابقة أو عدم بقائها(5).

(1) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 845.

(2) - سورة المائدة: من الآية 48.

(3) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 846؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المرجع السابق، ص 82.

(4) - سورة البقرة: من الآية 143.

(5) - الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 307.

رابعاً: أنّ شرع من قبلنا شرعاً لنا لأمر الصحابة بتعلمه وحفظه، ولرجعوا إليه عند الاختلاف، غير أنّه لم يثبت أخذهم بشيء من تلك الأحكام فكان هذا بمثابة تقرير منهم بعدم حجّيتها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التّرجيح بين الآراء السابقة

وقد رجّح الكثير من العلماء المعاصرين الرأي القائل بأنّ شرع من قبلنا شرع لنا، شريطة ثبوت صحّته بنقل مسلمين عدول ضابطين، أو بأن يرد حكمه في القرآن الكريم أو السنّة الصحيحة، باعتباره تشريعاً سماوياً ربّانياً، يقول الشّيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله: ((...)). والحق هو المذهب الأوّل (المؤيّدون)، لأنّ شريعتنا إنّما نسخت من الشّرائع السابقة ما يخالفها، ولأنّ قصّ القرآن علينا حكماً شرعياً سابقاً بدون نصّ على نسخه هو تشريع لنا ضمناً، لأنّه حكم إلهي بلغة الرسول إلينا ولم يدلّ دليل على رفعه عنّا، ولأنّ القرآن مصدّق لما بين يديه من التوراة والإنجيل، فما لم ينسخ حكماً في أحدهما فهو مقرّر له⁽²⁾.

ويرى بعض أهل العلم أنّ الخلاف حول شرع من قبلنا لا يترتّب عليه خلاف في العمل، لأنّه ما من أمر قرره القرآن أو ذكرته السنّة على أنّه من شرع من قبلنا إلا ورد ما يدلّ على كونه خاصاً بهم، أو ما يفيد بقاء الحكم باقياً في كلّ الأزمنة، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ

فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ

الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾﴾⁽³⁾، فالأحكام الواردة في هذه الآية ثابتة في حق المسلمين بأدلة أخرى، منها

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ

فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٨﴾﴾⁽⁴⁾، وقوله عليه الصلّاة والسّلام: ((العود قود))؛ أي قصاص، ومنها ما روي أنّه قضى بالقصاص في الجروح والسّن⁽⁵⁾.

(1) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 191.

(2) - الشّيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 94.

(3) - سورة المائدة: الآية 45.

(4) - سورة البقرة: من الآية 178.

(5) - الشّيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 308؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 194.

المطلب الثالث

أمثلة على الاستدلال بشرع من قبلنا

أولاً: الاستدلال على جواز الجعالة بقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٧٢) ﴿١﴾.

ثانياً: الاستدلال على صحة الضمان بقوله تعالى في الآية السابقة: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٧٢) ﴿٢﴾؛ أي كفيل وضامن، ذكره الزركشي في البحر المحيط، ونسبه للشافعي، وهو مذكور في أغلب كتب الحنابلة (٣).

ثالثاً: كما استدلل بعض الفقهاء بجواز إعطاء وليّ اليتيم بعض مال هذا الأخير للسلطان الجائر متى خشي أن يأخذ هذا السلطان كلّ المال أو يتلفه، مستدلين بقصة الخضر عليه السلام مع الملك الذي كان يأخذ كلّ سفينة غصبا، قال الله عزّ وجلّ: ﴿فَأَنْطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ (٤)، ووجه الاستدلال أنّ الخضر خرق السفينة لعلمه بأنّ الملك الظالم يأخذ كلّ سفينة صالحة، فرأى أنّ الانتفاع بها بعد إصلاحها أفضل من استحواذ الملك عليها، قال تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ (٥)، والمقصود هنا كلّ سفينة صالحة (٦).

رابعاً: استدلل الحنابلة على جواز أن يكون المهر منفعة عملاً بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ

(١) - سورة يوسف: من الآية 72.

(٢) - سورة يوسف: من الآية 72.

(٣) - عياض بن نامي السلمي: المرجع السابق، ص 191.

(٤) - سورة الكهف: من الآية 71.

(٥) - سورة الكهف: من الآية 79.

(٦) - عياض بن نامي السلمي: المرجع السابق، ص 192.

وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْلِكَ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٢٧﴾ (1)، وهذه الآية نزلت في قصة سيدنا موسى عليه السلام.

خامسا: استدلل الإمام مالك رحمه الله بأفضلية الكباش في الأضحية ثم البقر ثم الإبل، بما فعله سيدنا إبراهيم عليه السلام من فدائه ولده بكبش (2).

(1) - سورة القصص: من الآية 27.

(2) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 848.

المبحث السادس

سدّ الذرائع

قبل التعرض لأنواع الذرائع (مطلب ثان)، وبيان اختلاف العلماء حولها (مطلب ثالث)، وذكر أهم الأدلة على اعتبارها (مطلب رابع)، وبعض تطبيقاتها (مطلب خامس)، وبيان العلاقة بينها وبين المصلحة المرسل (مطلب سادس)، لا بد من تعريفها ابتداء (مطلب أول).

المطلب الأول

تعريف الذريعة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الذريعة لغة

الذريعة في اللغة هي الوسيلة، ومنه يقال: فلان ذريعتي إليك؛ أي سببي وصلتي التي أتسبب به إليك، وهذا المعنى يشمل كلّ ما له صلة تؤدّي إلى غيره بغضّ النظر عن صفة الجواز أو المنع، لأنّ ذلك من خصائص الأحكام الشرعيّة، وسدّها معناه: رفعها وحسم مادتها، وذلك بمنع هذه الوسيلة ودفعها.

الفرع الثاني: تعريف الذريع اصطلاحاً

أمّا اصطلاحاً فقد عرّفها الأصوليون بعدّة تعاريف منها: ((ما ظاهره مباح ويتوصّل به إلى محرّم))، أو ((التوسّل بما هو مصلحة إلى مفسدة))، كما عرّفت بأنّها: ((المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصّل بها إلى فل المحظور))⁽¹⁾، وهذا هو المعنى الخاص للذريعة المقصود عند الفقهاء والأصوليين.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أنّ المقصود بسدّ الذرائع: أنّ الفعل المباح إذا كان ذريعة إلى محرّم فالشارع يحرمّ هذه الذريعة حتى وإن لم يقصد بها المحرّم، لكونها مفضية إليه في الغالب، والمطلوب شرعاً في الذرائع المفضية إلى مفسد سدّها ومنعها سعياً لمنع المفسد وإبطالها⁽²⁾.

(1) - الباجي: الإشارات في الأصول المالكيّة، ص113، نقلاً عن محمد هشام البرهاني: الذرائع في الشريعة الإسلاميّة، دار الفكر، دمشق، 1985، ص74.

(2) - انظر محمّد بن حسين الجيزاني: إعمال قاعدة سدّ الذرائع في باب البدعة، ط1، مكتبة المنهاج، الرياض، 1428هـ، ص. 10، 11.

المطلب الثاني

أنواع الذرائع

قسم العلماء الذرائع باعتبارات متعدّدة، يمكن إيجازها -حسب تقسيم الإمام الشاطبي - في الأنواع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: ما يكون مفضيا إلى المفسدة قطعاً

كحفر بئر خلف الدار في مكان مظلم، بحيث يقع المار فيها حتماً، وإلقاء السموم في أطعمة الناس وأشربتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنّه يسبّ الله عزّ وجلّ حينئذ، وكتصرف المالك في ملكه ببناء أو عمل يلحق ضرراً حتمياً بجاره مثل بناء سور يحجب عنه الضوء والهواء فهذا ممنوع باتّفاق العلماء، وإذا فعله الإنسان عدّ متعيّداً، ويكون بالتّالي ضامناً لمن يناله الضرر (المضروب)، إمّا لتقصيره وعدم تقديره للأمور على وجهها الصّحيح وهذا ممنوع، أو لقصده إلحاق الأذى بغيره وذلك ممنوع من باب أولى (1).

الفرع الثاني: ما يكون أدؤه إلى المفسدة نادراً أو قليلاً

بحيث تكون مصلحته راجحة ومفسدته مرجوحة، كالنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها، وزرع العنب، وبيع الأغذية التي غالبها ألاّ تضرّ أحداً، أو حفر بئر في مكان لا يؤدّي غالباً إلى وقوع أحد فيها، أو صنع الأسلحة الدفاعية في الطّروف الاعتياديّة، فلا تمنع هذه الأعمال بذريعة ما قد تفضي إلى من مفسد، باعتبار أنّ مصلحتها الراجحة تستغرق مفسدتها المرجوحة، وهذا باق على أصله من الإذن فيه باتّفاق العلماء، وعلى هذا دلّ اتّجاه تشريع الأحكام، من ربطها بغلبة المصلحة، إذ ليس في الأشياء خير محض ولا شرّ محض، فالشارع قبل خبر المرأة في انقضاء عدّتها أو عدم انقضائها مع احتمال كذبها، كما شرع القضاء بالشهادة مع قيام احتمال عدم صدق الشّهود، غير أنّه لما كانت الاحتمالات غير راجحة لم يعتبرها الشارع الحكيم (2).

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصّدّد: ((لا يعدّ قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته بندرة المضرة عن ذلك تقصيراً في النّظر، ولا قصداً إلى وقوع الضرر، فالعمل إذا باقيا على أصل المشروعية، والدّليل على ذلك أنّ ضوابط المشروعات هكذا وجدناه، كالقضاء بالشّهادة في الدّماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط، ولكن ذلك كلّ نادراً، فلم

(1) - وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص885.

(2) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص246؛ وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص885؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص85.

يعتبر واعتبرت المصلحة(1)).

الفرع الثالث: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا

حيث تكون مفسدته راجحة ومصلحته مرجوحة، ومثاله بيع السلاح في زمن الفتن إذا كان البائع يعلم أو باستطاعته أن يعلم أنه سيستخدم لقتل الأبرياء وإزهاق الأرواح، وإيجار السكن لمن يعلم أنه يستعمله في المنكرات كاتخاذة وكرا للفسق أو القمار، وكبيع العنب لمن عرف عنه أنه يعصره خمرا، وبيع ما يغشّ به ممّن شأنه الغشّ، وغير ذلك ممّا يقع غالبا إفضاؤه إلى المفسدة، وهذا النوع من الدّرائع محرّم، لأنّ الظنّ الغالب يلحق بالقطعيّ في الأحكام العمليّة(2)، ولأنّ إجازة هذا النوع من الدّرائع فيه تعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه بقوله تعالى: (3)

الفرع الرابع: أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيرا لا غالبا ولا نادرا

مثل بيوع الأجال التي تؤدّي إلى الربا كثيرا لا غالبا، وهذا النوع وقع الخلاف بشأنه بين العلماء، فنظر البعض إلى أصل الإذن بالبيع فأجازوها كالشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله، لأنّ العلم أو الظنّ بوقوع المفسدة منتفیان، ونظر البعض إلى كثرة المفسدة، وإن لم تكن غالبية فمنعوها سدا للدّريعة وهو مذهب مالك(4) وأحمد رحمهما الله(5).

المطلب الثالث

اختلاف العلماء في العمل بسدّ الدّرائع

هذا الأصل (سدّ الدّرائع) اشتهر به المالكيّة والحنابلة، وقد خلت كتب الشّافعية والحنفيّة الأصوليّة من ذكر الدّرائع، أمّا الإمام ابن حزم الظّاهريّ فقد أنكرها مطلقا، غير أنّه عند التّحقيق يتبيّن أنّ جمهور العلماء يعتبرون هذا الأصل ويعملون به في الفروع، وأنّه ليس مقتصرًا على المذهب المالكي كما هو شائع، وفي هذا المعنى يقول الإمام القرطبيّ: ((سدّ الدّرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر النّاس تأصيلا، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلا. . .))، ويقول الإمام القرافي: ((مالك لم ينفرد بذلك بل كلّ احد يقول بها، ولا خصوصيّة للمالكيّة بها

(1) - نقلا عن الشّيخ محمّد أبو زهرة: المرجع السّابق، ص291.

(2) - انظر وهبة الزّحيلي: المرجع السّابق، ص885؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السّابق، ص86؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السّابق، ص246.

(3) - سورة المائدة: من الآية2.

(4) - قال الدريدر: ((بيوع الأجال ظاهرها الجواز، لكنّها تؤدّي إلى ممنوع، منعه مالك ومن تبعه للثّمة، أي لأجل ظنّ قصده ما منع شرعا سدا للدّريعة، ثم ذكر الصّور المتفرعة عن هذه البيوع)). نقلا عن زياد محمّد احميدان: المرجع السّابق، ص371.

(5) - للتّصيل انظر وهبة الزحيلي: المرجع السّابق، ص886.

إلا من بحيث زيادتهم فيها. . .))(1).

المطلب الرابع: الأدلة على اعتبار الذرائع

ذكر الإمام ابن القيم تسعة وتسعين وجها تدل على اعتبار الشريعة لسد الذرائع، وقد استند القائلون بها إلى الكثير من الأدلة، من الكتاب، السنة، الإجماع، وعمل الصحابة والتابعين، مع الإشارة إلى أن موقفهم من هذا الأصل قائم على النظر في مآلات الأفعال، ونتائج الأقوال، بحيث يأخذ الفعل أو القول حكم ما يفضي إليه من نتائج، سواء قصد صاحبه ذلك أو لم يقصده، فما أدى منها إلى خير فهو مطلوب، وما أدى منها إلى مفسدة فهو ممنوع(2).

الفرع الأول: الأدلة من الكتاب

نزلت الكثير من الآيات القرآنية التي تدل على اعتبار الأخذ بسد الذرائع، باعتبار ما تؤدي إليه هذه الذرائع من نتائج فاسدة، وإن كانت في أصلها جائزة منها:

أولاً: قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (3)، حيث نهى الله سبحانه وتعالى عن سب آلهة المشركين، على الرغم من كون سبها إهانة لها، وحمية لله عز وجل، لأن ذلك يفضي إلى سب المشركين لله تعالى، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سب آلهة المشركين.

ثانياً: قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ (4)، حيث نهت الآية النساء عن الضرب بالأرجل، وإن كان مباحا في الأصل، حتى لا يفضي ذلك إلى سماع الرجال صوت الخلاخل التي كانت ترتديها النساء في أرجلهن، فتتولد الشهوة في نفوسهم إليهن، ويتطلعون لرؤية ما يخفين من زينتهن.

ثالثاً: قوله جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا أَنْظِرْنَا وَاسْمِعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (5)، وراعنا كلمة سب عند اليهود، وهي اسم فاعل من

(1) - نقلا عن وهبة الزحيلي: الذرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ط1، دار المكتبي، دمشق، 1999، ص35.

(2) - انظر الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص288؛ يوسف عبد الرحمان الفرت: التطبيقات المعاصرة لسد الذرائع، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص13.

(3) - سورة الأنعام: من الآية108.

(4) - سورة النور: من الآية31.

(5) - سورة البقرة: من الآية104.

الرَّعونة، وكان هؤلاء يقولونها للنبي صَلَّى الله عليه وسلّم، فمَنع الله عزَّ وجلَّ المؤمنين من قولها له، رغم أنَّهم كانوا يقولونها طلباً للمراعاة، أي؛ التفت إلينا، ويرى الإمام القرطبيَّ أنَّ في هذه الآية دليلين:

-أحدهما: تجنَّب الألفاظ المحتملة، التي فيها التعريض للتنقيص.

- وثانيهما: التمسك بسدِّ الذرائع وحمايتها(1).

رابعاً: قوله تعالى: ﴿قُلِ ادْعُوا اللَّهَ أَوْ ادْعُوا الرَّحْمَنَ أَيًّا مَا تَدْعُوا فَلَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَىٰ وَلَا تَجْهَرُوا بِصَلَاتِكُمْ وَلَا تَخَافُتْ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا﴾ (2)، فقد نزلت هذه الآية كما روى البخاري

بسند عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نزلت ورسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم مختف بمكة، كان إذا صَلَّى بأصحابه رفع صوته بالقرآن، فإذا سمع المشركون سبّوا القرآن، ومن أنزله، ومن جاء به، فقال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلّم: كَيْ كَيْ كَيْ؛ أي بقراءتك، فيسمع المشركون، فيسبّوا القرآن، (3)

الفرع الثاني: الأدلة من السنة

كما استدلوا بالكثير من الأحاديث النبوية المروية عن النبي صَلَّى الله عليه وسلّم منها:

أولاً: قوله عليه الصلّاة والسلام: ((إنَّ من أكبر الكبائر أن يلعن الرَّجل والديه: قيل: يا رسول الله: وكيف يلعن الرَّجل والديه؟ قال: نعم: يسبُّ أبا الرَّجل فيسبُّ أباه، ويسبُّ أمّه فيسبُّ أمّه)) (4). فهذا اعتبر الرسول صَلَّى الله عليه وسلّم الرَّجل لا عناً لوالديه، عندما يلعن أبا غيره، فيفضي ذلك إلى ردِّ هذا الأخير بلعن أبيه.

ثانياً: حديث النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم يقول: ((الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من النَّاس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يحوم حول الحمى يوشك أن يواقع، ألا وإنَّ لكلِّ ملك حمى، ألا وإنَّ حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإنَّ في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كلّهُ، وإذا فسدت فسد الجسد كلّهُ، ألا وهي القلب)) (5).

(1) - يوسف عبد الرحمان الفرت: المرجع السابق، ص14.

(2) - سورة الإسراء: من الآية110.

(3) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، (17) سورة بني إسرائيل، (14) باب ((ولا تجهر بصلاتك))، ر. ح (4722).

(4) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب لا يسبُّ الرَّجل والديه، ر. ح (5973).

(5) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب من استبرأ لدينه، ح. ر (52).

فالوقوع في الشبهات طريق إلى الوقوع في المعاصي، وسبيل إلى اقتراف الحرام، فكان الحديث دليلاً على سدّ ذرائع الفساد، وتجنّب الحرام بتجنّب الشبهات، وفي هذا يقول الإمام النووي: ((الأشياء ثلاثة أقسام:

-حلال واضح بيّن لا يخفى حلّه كالخبز، الفواكه، الزيت، العسل، والسمن. . . وكذلك الكلام والنظر، والمشى وغير ذلك من التصرّفات فيها حلال بيّن لا شكّ في حلّه.

-وأما الحرام البيّن فكالخمر، الخنزير، الميتة، والدّم المسفوح، وكذلك الزنى، الكذب، الغيبة، والنظر إلى الأجنبية وأشباه ذلك.

-وأما المشتبهات فمعناها أنّها ليست بيّنت الحل أو الحرمة، فلهذا لا يعرفها كثير من النّاس، ولا يعلمون حكمها، وأمّا العلماء فيعلمون حكمها بنصّ أو قياس، أو استصحاب، أو غير ذلك، فإذا تردّد الشيء بين الحلّ والحرمة، ولم يكن فيه نصّ ولا إجماع، اجتهد فيه المجتهد، فألحقه بأحدهما بالدليل الشرعيّ، فإذا ألحقه به صار حلالاً، وقد يكون دليله غير خال من الاحتمال البيّن، فيكون الورع تركه، ويكون داخلاً في قوله صلّى الله عليه وسلّم: (فمن اتقى المشتبهات استبرأ لدينه وعرضه))⁽¹⁾.

ثالثاً: ما روي عن عقبة بن الحارث أنّه تزوّج ابنة لأبي إهاب بن عزيز، فأنته امرأة فقالت: قد أرضعت عقبة والتي تزوّج، فقال لها عقبة: ما أعلم أنّك أرضعتني، ولا أخبرتني، فأرسل إلى آل أبي إهاب يسألهم فقالوا: ما علمناه أرضعت صاحبنا، فركب إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم بالمدينة، فسأله، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: ((كيف وقد قيل؟ ففارقها، ونكحت زوجاً غيره))، وفي رواية قال الرسول صلّى الله عليه وسلّم: ((وكيف وقد قيل؟ دعها عنك، أو نحوه))، وفي رواية أخرى قال: وكيف وقد زعمت أنّها قد أضعتكما؟ فنهاه عنها))⁽²⁾.

فقد أمر النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عقبة بفراق زوجته من باب سدّ الدريعة، قال الخطابي: قوله: ((دعها عنك)) إشارة منه صلّى الله عليه وسلّم بالكفّ عنها من باب الورع لا من طريق الحكم، وليس في هذا دلالة على قبول قول المرأة الواحدة في هذا، وفيما لا يطّلع عليه الرّجال من أمر النّساء⁽³⁾.

رابعاً: كما استدلوا بما روي عن صفية بنت حيي زوج النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّها أتته وهو معتكف، فلمّا رجعت مشى معها، فأبصره رجل من الأنصار، فلمّا أبصره دعاه، فقال:

(1) - نقلًا عن يوسف عبد الرحمان الفرت: المرجع السابق، ص17.

(2) - رواه البخاري، كتاب الشّهادات، باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء، وفي رواية أخرى: ما علمنا بذلك. . . يحكم بقول من شهد. ر. ح (2640)؛ وفي باب شهادة الإماء والعبيد، ر. ح (2659)، وباب شهادة المرضعة، ح. ر (2660).

(3) - نقلًا عن يوسف عبد الرحمان الفرت: المرجع السابق، ص19.

تعال، هي صفة، فإنّ الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم. . .))⁽¹⁾. فقد أراد النبي صلى الله عليه وسلم اتقاء الشبهات، وسدّ ذريعة سوء الظنّ به، على الرغم من أنّ صفة بنت حبيّ رضي الله عنه زوجته.

خامساً: واستدل الإمام ابن تيمية بشواهد أخرى من السنة القولية والفعلية منها: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف حتى لا يتخذ ذريعة للرّبا، كما نهى المقرض عن قبول هدية المقرض، حتى يحسبها من دينه، لئلا يتخذ ذريعة لتأجيل الدين لأجل الهدية، فيكون ربا، وحرّم الوارث القاتل لمورّثه من استحقاق الإرث حتى لا يتخذ القتل ذريعة لتعجيل الميراث، ثمّ علّق قائلاً: ((والكلام في سدّ الذرائع واسع لا يكاد ينضب، ولم نذكر من شواهد هذا الأصل إلّا ما هو متفق عليه أو منصوص عليه، أو مأثور عن الصّدر الأوّل شائع عنهم. . .))⁽²⁾.

الفرع الثالث: الأدلة من عمل الصحابة

كما استدلل القائلون بسدّ الذرائع كمصدر تشريعي باجتهادات الصحابة رضي الله عنهم نذكر منها:

أولاً: جمع أبو بكر الصديق رضي الله عنه القرآن سداً لذريعة ضياع شيء منه باستشهاد حفظته، كما جمعه عثمان بن عفان في مصحف واحد ونسخ منه نسخاً أرسلت لمختلف جهات الدولة الإسلامية، سداً لذريعة الاختلاف فيه.

ثانياً: توريث مطلقة الفارّ منه (أي من طلقها زوجها في مرض موته فراراً من الإرث)، حتّى لا يكون الطلاق ذريعة لحرمانها من الميراث، وقد أفتى بذلك بعض مجتهدي الصحابة، مستندين إلى أصل سدّ الذرائع.

ثالثاً: اتفق الصحابة على قتل الجماعة بالواحد، مع ما فيه من عدم المساواة، سداً لذريعة الإجماع، والتهرب من تحمل المسؤولية.

رابعاً: رأى بعض الصحابة ومنهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب تضمين الصّناع ما يتلف من أمانات النّاس في أيديهم رغم أنّ يدهم ليست يد ضمان، سداً لذريعة التهاون والتفريط فيها، أو جحودها وادّعاء تلفها أو ضياعها.

(1) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتكاف، باب هل يدرأ المعتكف عن نفسه، ر. ح (2039)، ومسلم: كتاب السلام، باب بيان أنّه يستحب لمن رُئي خالياً بامرأة، وكانت زوجته أو محرماً له، أن يقول: هذه فلانة، ليدفع ظنّ السوء به، ر. ح (2175).

(2) - نقلاً عن وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص. ص 290، 291.

خامسا: نهى عمر رضي الله عنه النساء الشابات من حضور صلاة الجماعة، سدا لذريعة افتتان الرجال بهنّ، والفتنة حرام، وما أدى إلى الحرام فهو حرام⁽¹⁾.

سادسا: امتنع عثمان بن عفان رضي الله عنه عن قصر الصلّة وهو مسافر بمنى، فقليل له ألم تقصر مع النبيّ صلى الله عليه وسلّم فقال: بلى ولكنيّ إمام الناس فينظر إليّ الأعراب وأهل البادية فيقولون هكذا فرضت)).

الفرع الرابع: الأدلة من المعقول

يقتضي العقل والمنطق أنّ إباحة الشيء يستتبع إباحة الوسائل والذرائع المفضية إليه، وأنّ تحريم الشيء يقتضي تحريم الوسائل والذرائع المؤدية إليه، وأنّ في منع وسائل المباح وإباحة وسائل المحرّم تناقض واضح، كما أنّه يوقع الناس في حرج عظيم، يقول الإمام ابن قيم الجوزيّة رحمه الله: ((إذا حرّم الربّ تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنّه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ومنعا أن يقرب حماءه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإنّ أحدهم إذا منع جنده أو رعيتّه أو أهل بيته من شيء ثمّ أباح لهم الطّرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعدّ تناقضا، ولحصل من رعيتّه ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطّرق والذرائع الموصلة إليه، وإلاّ لفسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظنّ بهذه الشريعة التي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال))⁽²⁾.

المطلب الخامس

تطبيقات قاعدة سدّ الذرائع

أولا: الأصل في التهادي وقبول الهدية هو الجواز، بل إنّ فعل محمود يفضي إلى إشاعة المحبة والمودة والتآلف بين الناس، غير أنّه يمنع أن تقدّم للحاكم أو القاضي أو من يتولى منصب عاما، حتى لا تكون ذريعة للجرور والظلم، ونيل حقوق الغير.

ثانيا: شراء السلع وادّخارها بغية بيعها بئمن أعلى مستقبلا، رغبة في الربح، والتوسعة على العيال أمر جائز، غير أنّه إذا ترتب عن ذلك الإضرار بمصالح الجماعة والتّحكم في أقواتهم، ف يحرم هذا الفعل لأنّه احتكار منهّي عنه، والقاعدة تقول (لا ضرر ولا ضرار).

(1) - انظر في هذه الأمثلة وغيرها: يوسف عبد الرحمان الفرت: المرجع السابق، ص 20 وما يليها؛ مصطفى ديب البغا: المرجع السابق، ص 192؛ أسامة الحموي وأحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص 88؛ محمّد بن حسين الجيزاني: المرجع السابق، ص 26 وما يليها.

(2) - نقلا عن محمد هاشم البرهاني: المرجع السابق، ص 334.

ثالثاً: الأصل في البيع والتجارة أنَّهما مباحان، ولكل من البائع والمشتري الاتفاق على المبيع والثمن، لأنَّ العقود قائمة على التراضي، كما أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، ومع ذلك أجاز المالكية والحنابلة لأولي الأمر تحديد أسعار محدّدة تفادياً للجشع والاستغلال والإضرار بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

رابعاً: تحديد أعداد الحجاج منعاً لحدوث حالات التدافع الذي كثيراً ما يتسبّب في وفاة المئات منهم، نتيجة كثرة عددهم، وعدم اتّساع أماكن المشاعر والمناسك لأكثر من العدد المحدّد، والذي يتمّ تحديده لكل بلد أخذاً بعين الاعتبار عدد سكانه، إذ لا يعقل أن يكون عدد الحجاج من مملكة البحرين مثلاً مساوياً لعدد الحجاج القادمين من اندونيسيا، أو نيجيريا، أو مصر.

خامساً: منع تقنية الحمل لحساب الغير (تأجير الأرحام) سدا لذريعة الفساد اللاحق بالأم البديلة⁽²⁾، الزوجين، والجنين، ومنعاً لاختلاط الأنساب⁽³⁾.

سادساً: بنوك الحليب البشري للرضاعة، حيث درجت بعض المؤسسات في الدول الغربية على جمع حليب المرضعات وتعقيمه وحفظه ليستفيد منه بعض المواليد خاصة الذين يولدون قبل الأوان، والذين عادة ما يعزلون في حاضنة اصطناعية قبل أن يتدفق حليب أمهاتهم، كما أنَّه لا يناسبهم عادة الحليب الاصطناعي، فيكونوا في حاجة للحليب البشري، ولما كانت بنوك الحليب تمزجه فيختلط ببعضه البعض، فيحدث أن يستعمل خليط من حليب عشرات بل مئات المرضعات، فهل نكون أمام أخوة شرعية من الرضاع؟ وهل يمنع حليب بنوك الحليب البشري رغم أنَّه يساهم في حفظ النفوس؟ فهذه مسألة خلافية بين العلماء المعاصرين، حيث ذهب جانب منهم إلى تحريم استعمال حليب البنوك سدا لذريعة الفساد والوقوع في الحرام حتى لا يجد الرجل نفسه متزوجاً من أمه أو أخته أو خالته أو عمته من الرضاع وهو لا يدري.

سابعاً: جهر المفطر بعذر في رمضان بفطره: ليس للمفطر بعذر في رمضان كالمريض والمسافر والحائض أن يأكل ويشرب أمام من يجهل أنَّه من أصحاب الأعذار، سدا لذريعة اتّهامه بالفسوق والمعصية.

(1) - نصر فريد محدّد واصل: المرجع السابق، ص170.

(2) - تمثل تقنية الحمل لحساب الغير إحدى صور التلقيح الصناعي الخارجي، والتي يتم فيها أخذ مني الزوج وبويضة الزوجة لتلقح هذه الأخيرة في أنبوب اختبار، ثم يتم زرع اللقبة في رحم امرأة أخرى، ويطلق على هذه الصورة مسميات عدّة منها: الرحم الظئر، الأم بالإنابة، المضيفة، الأم الكاذبة، شتل الجنين الحاضنة، الرحم المستعار، الأم المستأجرة، الرحم البديل، الأم البديلة، الحمل لحساب الغير، واستئجار الرحم، ويعدّ المصطلحان الأخيران الأكثر تداولاً واستعمالاً من قبل الكتّاب والباحثين. انظر بالتفصيل بحثنا المعنون بـ «الحمل لحساب الغير بين الحظر والإباحة» مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة- العدد 18، جوان 2015، ص.ص1، 31.

(3) - انظر في هذه الأمثلة وغيرها يوسف عبد الرحمان الفرت: المرجع السابق، ص85 وما يليها.

قال الشيرازي في المهدّب: ((فإن قدم المسافر وهو مفطر، أو برئ المريض وهو مفطر، استحَبَّ لهما امساك بقيّة النّهار لحرمة الوقت، ولا يجب ذلك لأنّهما أفطرا بعذر، ولا يأكلان عند من لا يعرف عذرهما، لخوف التّهمة والعقوبة)).

ثامنا: قضاء القاضي لمن يتهم فيه، حيث قال بعض العلماء أنّه لا يصحّ أن يفصل القاضي في قضية يكون أحد طرفيها شخص من معارفه أو أقاربه يتهم بمحabbاته، وإن اختلفوا في هذا الذي لا ينفذ قضاؤه فيه، فقال بعضهم: لا يقضي لأبويه وإن علوا، ولا لأولاده وإن سفلوا، ولا لزوجته، ولا لكلّ من لا تقبل شهادته له، ومنهم من قال: لا يقضي لأصوله وفروعه، ويقضي بغيرهم، ومنهم من قال غير ذلك⁽¹⁾.

المطلب السادس

سدّ الذرائع والمصالح المرسلّة

يرتبط أصل سدّ الذرائع ارتباطا وثيقا بأصل المصلحة، لأنّه يقوم على منع الأسباب والوسائل المفضية إلى المفساد، وفي هذا تحقيق للمصلحة، وعلى هذا نجد أنّ من أخذ بالمصلحة كدليل من الأدلة الشرعية كالمالكيّة ومن وافقهم أخذوا أيضا بالذرائع، فقالوا بسدّها إذا أدت إلى مفسدة، وبفتحها إذا أدت إلى مصلحة راجحة، ولو كانت الوسيلة محرمة في حد ذاتها كمسألة التترس بالمسلمين، ومعناه أن يتخذ الأعداء في حربهم مع المسلمين بعض المسلمين (المدنيين) كدروع بشرية ويتترسون بهم حماية لأنفسهم، فأجاز بعض الفقهاء الهجوم على الأعداء بغية النيل منهم وهزيمتهم رغم احتمال مقتل بعض المسلمين الذين يحتمون بهم، لأن مصلحة انتصار المسلمين راجحة على استشهاد البعض منهم⁽²⁾.

(1) - مصطفى ديب البغا: المرجع السابق، ص194.

(2) - شكري الدقاق، ومحمود سمير عبد الفتاح: المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2002، ص47.

المبحث السابع

الاستصحاب

يعد الاستصحاب كما يقول بعض أهل العلم آخر مدار الفتوى؛ بمعنى أنّه آخر مصدر يرجع إليه المجتهد إذا لم يجد مصدرا آخر من المصادر التي تقدّم بيانها سابقا، وبعد تعريفه (مطلب أول) نعرّج على بيان أنواعه (مطلب ثان)، مع التعرض لحجّيته (مطلب ثالث)، وأخيرا نستعرض أهم القواعد المبنية على هذا المصدر التشريعيّ (مطلب رابع).

المطلب الأول

تعريف الاستصحاب

الفرع الأول: الاستصحاب في اللغة

معناه طلب المصاحبة، أو استمرار الصّحبة، يقال: استصحب الكتاب وغيره حملته صحبتي، ومن هنا قيل استصحبته الحال؛ إذا تمسّكت بما كان ثابتا، كأنّك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاستصحاب اصطلاحا

عرّف الاستصحاب بتعاريف كثيرة، غير أنّها متقاربة في المعنى منها:

أولا: ((البقاء على الأصل فيما لم يعلم ثبوته أو انتفاؤه بالشرع))، يستخلص من هذا التعريف أن الاستصحاب معناه البقاء على الأصل من ثبوت الأمر أو نفيه، ما دام أنّه لم يعلم وجود المغيّر له.

ثانيا: ((استدامة إثبات ما كان ثابتا، ونفي ما كان منفيّا))، وحسب هذا التعريف فإنّ الاستصحاب معناه بقاء الحكم نفيّا أو إثباتا حتى يقوم دليل على تغيّر تلك الحال من الإثبات إلى النفي إذا كان الحكم ثابتا، ومن النفي إلى الإثبات إذا كان الحكم منفيّا، وهذه الاستدامة غير محتاجة إلى دليل، بل يبقى الحكم على حاله حتى يوجد دليل يغيّره⁽²⁾.

وبناء عليه إذا ثبت حكم معيّن لمسألة معيّنة، ثمّ حصل شكّ في زواله، فإنّه يبقى ثابتا بطريق

(1) - أحمد بن محمّد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص127.

(2) - الخضر علي إدريس: الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهيّة، رسالة ماجستير، قسم الدراسات العليا الشرعيّة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1984، ص11؛ علي الخفيف: بحوث ومقالات في الشريعة الإسلاميّة، ط1، دار الفكر، القاهرة، 2010، ص144.

الاستصحاب، أخذاً بعين الاعتبار وجوده السابق، حتّى يقوم الدليل على النفي، وإذا انتفى حكم معيّن لمسألة ما، ثمّ حصل شكّ في زواله ظلّ منتفياً، حتّى يقوم دليل على ثبوته، وإذا لم يوجد دليل شرعيّ يبيّن حكم شيء معيّن، اعتبر مباحاً بناءً على أنّ الأصل في الأشياء الإباحة، وهي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعاً، مادام لم يوجد دليل على التّغيير⁽¹⁾.

وعلى هذا يحكم ببقاء حياة الإنسان، وصحّة تصرّفاته حتّى يقوم الدليل على وفاته، كما يحكم ببقاء العلاقة الزوجيّة ما لم يقدّم دليل على انتهائها وانحلالها بوفاة أو طلاق، ومن تزوّج امرأة على أنّها بكر، ثمّ ادّعى الثبوت بعد الدّخول فلا تقبل دعواه إلّا ببيّنة استصحاباً لوجود البكارة.⁽²⁾

وجدير بالذّكر أنّ الاستصحاب لا يلجأ إليه ولا يعمل به، إلّا في حالة عدم وجود دليل شرعيّ آخر يعتمد عليه، حيث قال الإمام الخوارزمي في كتابه الكافي: ((الاستصحاب آخر مدار الفتوى))، فإذا سئل الفقيه أو المفتي عن حكم مسألة معيّنة بحث عن حكمها في الكتاب، ثمّ في السنّة، ثمّ في الإجماع، ثمّ في القياس، فإن لم يجد لها حلاً لها، أخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التّردّد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته، وإن كان التّردّد في زواله فالأصل بقاؤه⁽³⁾.

المطلب الثاني

أنواع الاستصحاب

يمكن تقسيم الاستصحاب إلى الأنواع الأربعة الآتية: استصحاب حكم البراءة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل بتحريمها، استصحاب عدم الأصلي، استصحاب العموم إلى أن يرد التّخصيص واستصحاب النصّ إلى أن يرد النسخ، استصحاب ما دلّ العقل أو الشرع على دوامه وبقائه.

الفرع الأوّل: استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل بتحريمها

يقصد به الحكم بإباحة شيء بالنظر إلى عدم وجود دليل على التّحريم، باعتبار أنّ الأصل في الأشياء الإباحة حتّى يدلّ دليل شرعيّ على حرمتها كما يقرّر ذلك جمهور الأصوليين، وبناءً عليه فإن كلّ شيء لم يرد فيه دليل مخالف لحكم البراءة الأصليّة، فهو مباح بطريق الاستصحاب، فإن سئل فقيه أو مفت عن حكم الانتفاع بحيوان أو نبات أو جماد، أو عن حكم تصرّف من التّصرّفات ولم يجد دليلاً يبيّن حكمه في الكتاب أو السنّة أو غيره من الأدلّة حكم بإباحته بناءً

(1) - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص181؛ الشيخ عبد الوهّاب خلّاف: المرجع السابق، ص91.

(2) - أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص91؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص267.

(3) - وهبة الرّحيلي: المرجع السابق، ص860.

على أنّ الأشياء الإباحة⁽¹⁾.

وقد وردت الكثير من الأدلة من الكتاب والسنة على اعتبار هذا النوع، وأنّ الأصل في الأشياء الإباحة نذكر منها:

- قوله تعالى: **وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴿١٣﴾ ﴿١٤﴾ (2) فقد جاء في هاتين الآيتين أنّ ما خلقه الله عزّ وجلّ من مخلوقات جعلت للنّاس، وسخّرت لهم، و(ما) مفيدة للعموم، وقد أكّدها المولى عزّ وجلّ بكلمة (جميعاً)، أمّا اللّام في لكم فإنّها تقتضي الاختصاص على جهة الانتفاع، فيكون معنى الآية أنّ كلّ ما خلقه الله في الأرض من أشياء نافعة مختصّ بكم لتنتفعوا به، ولا يكون ما في الأرض مخلوقاً للنّاس ومسخّراً لهم إلّا إذا كان مباحاً، لأنّه لو كان محظوراً عليهم ما كان لهم، أمّا الأشياء الضّارة فالأصل فيها التّحريم (3).

- قوله عزّ وجلّ: **﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَاطَّيَّبَتْ مِنَ الرِّزْقِ﴾** (4)، ورد في هذه الآية استفهام إنكاري، حيث أنكر الله تعالى تحريم الزينة التي يختصّ النّاس بالانتفاع بها، كما هو مفهوم من اللام المفيدة للاختصاص، في قوله تعالى: **﴿لِعِبَادِهِ﴾** (5)، قال الأسنوي: ((هذا الاستثناء ليس على حقيقته، بل هو للإنكار، فحينئذ يكون الباري عزّ وجلّ قد أنكر تحريم الزّينة التي يختصّ بنا الانتفاع بها، وإنكار التّحريم يقتضي انتفاء التّحريم، وإلّا لم يجز الإنكار، وإذا انتفت الحرمة تعيّن الإباحة)) (6).

- قوله تعالى: **﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾** (7)، فاللام في الآية تدلّ على أنّ الطّيّبات مخصوصة بنا على جهة الانتفاع، وليس المقصود بالطّيّبات هو المباحات، وإلّا لزم منه تكرار المعنى، إنّما المراد بها ما تستطيبه النّفس (8).

(1) - الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص 31؛ محمّد سلام مذكور: المرجع السابق، ص 250.

(2) - سورة الجاثية: من الآية 13.

(3) - وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص 861؛ الشّيخ عبد الوهاب خالّف: المرجع السابق، ص 92؛ عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 268.

(4) - سورة الأعراف: من الآية 32.

(5) - وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص 861.

(6) - نقلاً عن الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص 33.

(7) - سورة المائدة: من الآية 5.

(8) - وهبة الزّحيلي: المرجع السابق، ص 861.

-قوله صلى الله عليه وسلم: ((إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يَحْرَمْ فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ))⁽¹⁾. قال ابن تيمية بعد أن أورد هذا الحديث: ((دَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْأَشْيَاءَ لَا تَحْرَمُ إِلَّا بِتَحْرِيمٍ خَاصٍّ، لِقَوْلِهِ (لَمْ تَحْرَمْ)، وَدَلَّ عَلَى أَنَّ التَّحْرِيمَ يَكُونُ لِأَجْلِ الْمَسْأَلَةِ، فَبَيَّنَ ذَلِكَ أَنَّهَا بَدُونَ ذَلِكَ لَيْسَتْ مُحَرَّمَةً، وَهُوَ الْمَقْصُودُ))⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يكون للإنسان أن يستثمر الأراضي الفلاحية غير المملوكة ملكية عامة أو خاصة لشخص طبيعي أو معنوي، وله اصطياد الطيور والحيوانات البحرية والجبليّة والصّحراويّة، ما لم يكن ثمة محظور شرعي⁽³⁾.

الفرع الثاني: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية

كالحكم ببراءة ذمة الإنسان من حقوق الغير إلا إذا قام الدليل على ذلك، وبراءتها من التكاليف الشرعية حتى يوجد دليل شرعي يدلّ على التكليف، ومنه إذا ادّعى أحد دينا على آخر، كان عليه إقامة البينة على ما يدّعيه لأنّ البينة على من ادّعى، فإن لم يقمها كانت ذمة المدّعي عليه بريئة من الدين، لأنّ الأصل هو براءة الذمة من الدين حتى يقيم المدّعي البينة على ما يدّعيه، وإذا ادّعى المضارب عدم الربح، فالقول قوله، لأنّ الأصل عدم الربح، فيستصحب هذا العدم إلا إذا ثبت خلافه⁽⁴⁾.

كما أنّ الأصل عدم الالتزام بالتكاليف الشرعية، فإذا ألزما الشارع بخمس صلوات مفروضات، يكون القول بصلاة سادسة قولاً بخلاف الأصل، فيطلب عليه الدليل (ولا دليل)، وكذلك ألزما الشارع بصيام رمضان فيكون القول بصيام شوال قولاً على خلاف الأصل فيطلب عليه الدليل⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: استصحاب العموم إلى أن يرد التخصيص واستصحاب النصّ إلى أن يرد النسخ

وهذا النوع محلّ اتفاق بين جمهور العلماء، ومعناه أنّه إذا ورد حكم عام كان شاملاً لجميع الأفراد الداخلة تحته، فإذا حدث نزاع في مسألة أو فرد من الأفراد، هل هي باقية على العموم،

(1) - متفق عليه، رواه البخاري في الصحيح: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال ومن تكلف ما لا يعنيه، ح. ر (7289)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب توقيره صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله، ح. ر (2358).

(2) - نقلاً عن الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص 34.

(3) - مصطفى إبراهيم الزلمي: المرجع السابق، ص 188.

(4) - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 268؛ نصر فريد محمد واصل: المرجع السابق، ص 173؛ الشيخ محمد الخضري بك:

المرجع السابق، ص 356. محمد سليمان عمر الأشقر: المرجع السابق، ص 167.

(5) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 864.

أم خرج بالتخصيص، فإذا بحث المجتهد ولم يجد دليلاً على التخصيص استصحب الحكم العام في هذا الفرد المتنازع فيه، وإذا لم يدل دليل على ديمومة واستمرار حكم معين، ولم يدل دليل أيضاً على نسخه، فإن الاستصحاب يدل على دوامه واستمراره وعدم نسخه⁽¹⁾، ويرى بعض أهل العلم أنه لا يمكن تسمية هذا النوع استصحاباً لأن العمل به عمل بالنص لا بدليل الاستصحاب⁽²⁾.

الفرع الرابع: استصحاب ما دلّ العقل أو الشرع على ثبوته

وقد عبر عنه الإمام ابن القيم باستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه، كبقاء الوضوء بعد التوضؤ عند الشك في النقض استصحاباً للطهارة الثابتة، وثبوت حل العشرة بين الزوجين بعد العقد ما لم يقد دليل على انحلال الرابطة الزوجية، وكالحكم بثبوت الملك متى وجد سببه كالعقد أو الإرث، إلا إذا قام الدليل على زوالها ببيع أو هبة أو وقف أو غيرها، وكشغل الذمة بالدين عند وجود موجه كالتزام الناشئ عن العقد أو العمل غير المشروع الذي يستلزم تعويضاً عن الضرر⁽³⁾.

المطلب الثالث

حجية الاستصحاب

يعدّ الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض عليه من مسائل، لهذا قال الرّازي في الكافي: ((الاستصحاب آخر مدار الفتوى))، وقال في المعنى نفسه ابن تيمية: ((فالاستصحاب في كثير من المواضع من أضعف الأدلة))⁽⁴⁾، فالمفتي يطلب حكم المسألة في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإذا لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات⁽⁵⁾، وهو لا يثبت حكماً جديداً بل يستبقي حكماً موجوداً، فهو تمسك بالأصل الذي كان ثابتاً ما لم يوجد دليل على تغييره، والاستصحاب طريق في الاستدلال فطر الناس عليه وساروا عليه في شتى معاملاتهم وتصرفاتهم، فمن علم أنّ فلانة زوجة فلان شهد بقيام الزوجية ما لم يقد دليل على انقضائها من وفاة أو طلاق، ومن علم إنساناً حياً حكم بحياته وبني تصرفاته على أساس الحياة، وهكذا كلّ من علم وجود أمر حكم بوجوده ما لم يقد دليل على

(1) - انظر الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص 40 وما يليها.

(2) - عياض بن نامي السلمي: المرجع السابق، ص 200.

(3) - محمد سليمان عمر الأشقر: المرجع السابق، ص 168؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص 92؛ عبد

الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 268؛ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع السابق، ص 262.

(4) - أشار إليه محمد بن حسين بن حسن الجيزاني: المرجع السابق، ص 213.

(5) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 860.

عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده(1).

الفرع الأول: اختلاف العلماء حول الاستصحاب

وقد اختلف العلماء في حجّة الاستصحاب عند عدم الدليل، حيث ذهب فريق منهم إلى أنّه ليس بحجة أصلاً، بينما رأى فريق ثان أنّه حجة مطلقاً، واعتبره فريق ثالث حجة لإبقاء ما كان على ما كان ودفع ما يخالفه، ومعناه أنّه حجة في الدّفع لا في الإثبات.

القول الأول: ذهب أكثر المتكلمين، والمتقدّمون من الحنفيّة وبعض الشافعيّة والحسن البصريّ إلى أنّ الاستصحاب ليس بحجة أصلاً، لا لإثبات أمر لم يكن ثابتاً، ولا لإبقاء ما كان على ما كان.

القول الثّاني: وذهب جمهور العلماء من المالكيّة والشافعيّة والظاهرية والحنابلة إلى أنّ الاستصحاب حجة مطلقاً لتقرير الحكم الثّابت حتى يقوم الدليل على تغييره، فيصلح للإثبات كما يصلح للنفي، ما لم يقم دليل على الاستمرار.

القول الثّالث: وهو مذهب أكثر المتأخرين من الحنفيّة، الذين يرون أنّ الاستصحاب حجة للدفع والنفي لا للإثبات والاستحقاق، بمعنى أنّه يصلح لدفع ما ليس بثابت، لا لإثباته، وتعبير آخر هو حجة لبقاء الحقوق المقررة الثّابتة من قبل، ولا يثبت حكماً جديداً، إنّما يستمر به حكم العقل بالإباحة الأصليّة، أو البراءة، أو بقاء حكم الشّرع بشيء، بناء على تحقق السبب الذي ربط به هذا الحكم(2).

الفرع الثّاني: أثر اختلاف الفقهاء حول الاستصحاب

وقد ترتّب على اختلافهم هذا اختلافهم في مسائل منها مسألة المفقود، حيث اعتبره الأحناف حيّاً استصحاباً، فيأخذ حكم الأحياء فيما يتعلّق بأمواله وحقوقه القائمة وقت فقده، فلا تورّث عنه، ولا تبين منه زوجته، غير أنّ حياته هذه لا تصلح لاكتساب حقّ جديد، أي لإثبات أمر لم يكن للمفقود وقت فقده، حيث لا يرث من مورّثه إذا مات قبله، بل يوقف له نصيبه حتّى يتبيّن حاله، فإنّما أن يظهر حياً فيأخذ نصيبه الموقوف، وإما أن يحكم القاضي بوفاته، فيقسم نصيبه على ورثته الذين كانوا أحياء وقت فقده.

أمّا عند الجمهور فتثبت حياة المفقود، ويكون له حكم الأحياء تماماً، فلا تزول عنه أمواله، ولا تبين منه زوجته، ويستحق نصيبه من الإرث متى مات مورّثه قبله، ومثل هذا الخلاف خلافهم

(1) - الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص92؛

(2) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص867؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص182؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص90.

في الصّٰلِح عند الإنكار، فيصحّ هذا الصّٰلِح بين المدّعي والمدّعى عليه المنكر عند الأحناف، ولا يصحّ عند الجمهور (1).

الفرع الثالث: أدلة الجمهور على حجّية الاستصحاب إثباتا ونفيا

استدلّ الجمهور بجملّة من الأدلّة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول:

أولا/ من القرآن

أ/ قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (١٤٥) (2)

ووجه الاستدلال بالآية أنّها احتجّت على إباحة ما سوى الأشياء المذكورة في الآية بعدم وجود الدليل وهو الاستصحاب.

ب/ قول عزّ وجلّ: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (٢٧٥) (3)

ووجه الاستدلال بالآية أنّه لما نزلت الآية المحرّمة للرّبا تحرّج المسلمون من الانتفاع بالأموال التي اكتسبوها قبل التّحريم، فبيّنت الآية أنّ تلك الأموال باقية على البراءة الأصليّة، وتحليلها لم يرد فيه نصّ بل هو مستند إلى استصحاب البراءة الأصليّة.

ثانيا/ من السنة

عن عبّاد بن تميم عن عمّه أنّه شكّا إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: الرّجل يخيل إليه أنّه

(1) - عبد الكريم زيدان: المرجع السّابق، ص 269.

(2) - سورة الأنعام: من الآية 145.

(3) - سورة البقرة: من الآية 275.

يجد الشيء في الصلّاة فقال: ((لا ينتقل-أو لا ينصرف-حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا))⁽¹⁾.
فهذا الحديث يدلّ على استدامة الوضوء عند الشك في الحدث، وهذا لا يكون إلا باستدامة الطهارة الثابتة، قبل الشك في الحدث الناقض، وهو عين الاستصحاب⁽²⁾.

ثالثا/ من الإجماع

أجمع العلماء على أنّه في حالة الشك في الطلاق مع سبق اليقين بوجود العقد لا يوجب حرمة الوطء والاستمتاع، والشك في وقوع عقد النكاح ووجوده يوجب حرمة الوطء والاستمتاع، وليس من فرق بينهما إلا الاستصحاب⁽³⁾.

رابعا/ من المعقول

استند الجمهور لأدلة من المعقول منها:

أ/ إنّ ما ثبت في الزّمن الأول من وجود أمر أو عدمه، ولم يتبيّن زواله قطعا أو ظنا، فإنّه يلزم بداهة حصول الظنّ ببقائه كما كان، والعمل بالظنّ واجب.

ب/ أنّ بقاء الباقي يترجّح على عدمه، والراجح ينبغي العمل به اتّفاقا، وكان البقاء راجحا على العدم لأنّ هذا الأخير محتاج إلى سبب جديد يحدث به.

المطلب الرابع

بعض القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب

من أهم القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب نذكر ما يلي:

أولا/ اليقين لا يزول بالشك

ويطلق عليها أيضا (ما ثبت بيقين لا يرفع بشك)، ومعنى ذلك أنّ ما ثبت باليقين السابق لا يزول بمجرد الشك الطارئ، بل بيقين مثله، وهو الأصل، ولما كان هذا الأخير معلوما ثابتا بعكس الشك الذي هو التردد والظنّ، فإنّ الأصل أن يبقى اليقين ثابتا على حاله، فلا يؤثر فيه الشك والتردد، فمن تيقّن الوضوء وشكّ في الحدث فهو متوضّئ، ومن أكل في آخر الليل وشكّ في طلوع الفجر صحّ صومه، لأنّ الأصل بقاء الليل، ومن تيقّن الفعل وشكّ في القليل أو الكثير حمل على القليل لأنّه هو المتيقّن، ومن ثبت نكاحه بامرأة فلا تزول الزوجية عنه إلاّ بتيقّن، ومن ثبت

(1) - رواه البخاري: كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ح. ر (137).

(2) - الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص64.

(3) - أسامة الحموي، أحمد أبو زاهر: المرجع السابق، ص91.

ملكه بسبب من أسباب التملك كالبيع والهبة والميراث فلا تزول ملكيته إلا بثبوت ما يزيل ملكيتها. قال الإمام السيوطي عند الكلام عن هذه القاعدة: ((واعلم أنّ هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر))⁽¹⁾.

إلا أنّ الإمام مالك لا يجيز الصلاة مع الشك في الطهارة، ويوجب الوضوء، لأنّه وإن كان بقاء الطهارة هو الأصل، فإنّ الأصل أيضا بقاء الصلّة في ذمّته، فإن قيل لا نخرجه من الطهارة بمجرد الشك، قال مالك: ولا ندخله في الصلّة بالشك، فيكون قد خرج منها بالشك⁽²⁾.

ثانيا/ الأصل في الأشياء الإباحة

ومعناها أنّه يجوز الانتفاع بكلّ ما خلقه المولى جلّ وعلا، إلا ما ورد النصّ بتحريمه، فالشارع الحكيم إذا قصد تحريم شيء نصّ على تحريمه، وما سوى ذلك يدخل في عموم الحلال، فكل طعام وشراب وملبس وغير ذلك لم يوجد دليل على تحريمه فهو مباح لأنّ الأصل في الأشياء النافعة للإباحة⁽³⁾، ومن الأمثلة على هذه القاعدة:

- النبات المجهول تسميته ولا ضرر في استعماله يحمل على الحلّ والإباحة.
- إباحة العقود والتصرفات التي لم يرد نص صريح بجوازها أو تحريمها، وليس فيها شبهة الربا والضرر.

ثالثا/ الأصل بقاء ما كان على ما كان

ومعنى هذه القاعدة أنّه يتمّ النّظر إلى الشيء على الحالة التي كان عليها، فيحكم ببقاء الأمر على حاله، ما لم يقدّم دليل على خلافه. ومثال هذه القاعدة:

- لو ادّعى مدين أنّه وفّى بدينه، وأنكر الدائن حصول ذلك، فالقول للدائن وعلى المدين إثبات الوفاء به، كما لو ادّعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، أو ادّعى المستقرض دفع القرض إلى المقرض، أو ادّعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، وأنكر المؤجر أو المقرض أو البائع ذلك، فالقول قولهم لأنّ الأصل بقاء مبلغ الأجرة والقرض والثمن بعد ثبوتها في الذمّة.
- لو ادّعى المستأجر سقوط الأجرة بحجّة أنّ المأجور غصب منه (أخذ منه عنوة) ففات الانتفاع به، وأنكر المؤجر ذلك ولا بينة لأيّ منهما، فإنّه يحكم بالحال الحاضر، فإن كان

(1) - نقلا عن عماد علي جمعة: القواعد الفقهية الميسرة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2006 ص49.

(2) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص872.

(3) - رمضان علي السيد الشرنباصي، عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص183؛ أسامة الحموي، أحمد أبو ضاهر: المرجع السابق، ص92.

المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في يد الغاصب فالقول للمؤجر⁽¹⁾.

رابعاً/ الأصل في الإنسان البراءة

والمقصود براءة الذمة من التكاليف الشرعية التي لم يدل دليل على التكليف بها، والحقوق المالية التي لم يدل الدليل على شغل الذمة بها⁽²⁾، وقد أخذ بهذه القاعدة على نحو واسع في القضايا المدنية والجزائية، فكان نطاق تطبيقها واسعاً، ومن أمثلتها:

- إذا اختلف المستقرض والمقرض في مقدار القرض، فالقول قول المستقرض، وعلى مدعي الزيادة وهو المقرض البيّنة.

- إذا اختلف البائع والمشتري في ثمن المبيع بعد ل أو بعد خروجه من ملكه، فالقول قول المشتري، وإذا اختلف المستأجر والمؤجر في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة فالقول قول المستأجر وعلى البائع والمستأجر البيّنة لإثبات الزيادة التي يدّعيها، أمّا في حالة وقوع الخلاف بينهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكية البائع أو قبل استيفاء المنفعة فإنهما يتحالفان إذا لم يكن لأحدهما بيّنة على ما يدّعيه.

(1) - عماد علي جمعة: المرجع السابق، ص51.

(2) - الخضر علي إدريس: المرجع السابق، ص151.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

أ/ القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم الكوفي.

ب/ كتب السنة

- 01- أبو داود (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني): سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 2009.
- 02- البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري): صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، 2002.
- 03- الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي): سنن الترمذي، المجلد2، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1996.
- 04- مسلم (أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري): صحيح مسلم، دار طيبة، ط1، الرياض، السعودية، 2006.

ج/ القواميس والمعاجم

- 1/ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، مكتبة لبنان، بيروت، 1987.
- 2/ هيثم هلال: معجم مصطلحات علم الأصول، ط1، دار الجيل، بيروت، 2003.

ثانياً: قائمة المراجع

أ/ الكتب

- 1/ أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل: الواضح في أصول الفقه، ج5، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999.
- 2/ أسامة الحموي، أحمد أبو ظاهر: المدخل إلى الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة دمشق، 2006.
- 3/ إسماعيل كوكسال: تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
- 4/ أمير عبد العزيز: نظام الإسلام، ط1، دار بن الجوزي، القاهرة، 2005.

- 5/ الباجي:** الإشارات في الأصول المالكية، ص113، نقلا عن محمد هشام البرهاني: الدرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 6/ بدران أبو العينين بدران:** تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 7/ الخطيب البغدادي:** صحيح الفقيه والمتفقه، ط1، دار الوطن، الرياض، 1997.
- 8/ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي،** المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2005.
- 9/ زياد محمد احمدان:** مقاصد الشريعة الإسلامية: مؤسسة الرسالة ناشرون: ط1، دمشق، سوريا، 2008.
- 10/ السيد سابق:** فقه السنة، المجلد3، الفتح للإعلام العربي(القاهرة)، مؤسسة الرسالة(بيروت)، 1996.
- 11/ سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي:** الإحكام في أصول الأحكام، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.
- 12/ شكري الدقاق، ومحمود سمير عبد الفتاح:** المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2002.
- 13/ عادل بن عبد القادر بن محمد قوته:** العرف حجته وأثره في المعاملات المالية، ط1، المكتبة المكية، 1997.
- 14/ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري:** الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد3، مكتبة الإيمان، ط1، المنصورة، مصر، 1999.
- 15/ عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم العويد:** أصول الفقه عند الصحابة رضي الله عنهم – معالم في المنهج- ط1، الإصدار25، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2011.
- 16/ عبد الكريم زيدان:** المرجع السابق، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، دون سنة نشر.
- 17/ عبد الكريم بن علي بن محمد النملة:** الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقها على المذهب الراجح، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2000.
- 18/ علي حيدر:** درر الحكام شرح مجلّة الأحكام، المجلد الأول، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2002.

- 19/ علي الخفيف:** بحوث ومقالات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر، القاهرة، 2010.
- 20/ عبد الوهاب خلاّف:** علم أصول الفقه، ط2، دار الزّهراء، الجزائر، 1993.
- 21/ عبد المجيد محمّد السّوسوة:** فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم، دبي، 2004.
- 22/ علي الخفيف:** أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- عماد علي جمعة:** القواعد الفقهية الميسرة، ط1، دار النفائس، عمّان، الأردن، 2006.
- 23/ عمر سليمان عبد الله الأشقر:** الواضح في أصول الفقه، ط2، دار النفائس، دار السلام، عمان، 2004.
- 24/ عياض بن نامي السّلمي:** أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، ط1، الرياض، 2005.
- 25/ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الحفيد:** بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2.
- 26/ محمّد بن حسين الجيزاني:** إعمال قاعدة سدّ الذرائع في باب البدعة، ط1، مكتبة المنهاج، الرياض، 1428هـ.
- 27/ محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي:** مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط1، دار الهجرة، الرياض، 1998.
- 28/ محمّد سعيد رمضان البوطي:** ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2 مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة رحاب، الجزائر، دون سنة نشر.
- 29/ محمّد سلام مذكور:** المدخل للفقه الإسلامي – مصادره ونظرياته العامة- دار الكتاب الحديث، الكويت، دون سنة نشر.
- 30/ محمّد مصطفى الزحيلي:** الوجيز في أصول الفقه الإسلامي – المدخل، المصادر، الحكم الشرعي، دار الخير، ط2، دمشق، بيروت، 2006/
- 31/ محمّد مصطفى شلبي:** المدخل في الفقه الإسلامي (تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد)، ط10، الدار الجامعية، بيروت، 1985.
- 32/ مصطفى إبراهيم الزلمي:** أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، ط10، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، العراق، د. س. ن.
- 33/ مصطفى أحمد الزرقا:** المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، 1998.

34/ مصطفى ديب البغا: الجوانب التربوية في أصول الفقه الإسلامي، دار جدار للكتاب العالمي، ط1، عمان، الأردن، 2006.

35/ وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ج2، دار الفكر، ط1، دمشق، سورية، 1986.

36/ وهبة الزحيلي: المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، المكتبة التوفيقية، ط2، القاهرة، دون سنة نشر.

37/ وهبة الزحيلي: الدّرائع في السياسة الشرعيّة والفقه الإسلاميّ، ط1، دار المكتبي، دمشق، 1999.

38/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين: الاستحسان – حقيقته، أنواعه، حجّيته، تطبيقاته المعاصرة- ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2007.

39/ يوسف عبد الرحمان الفرت: التّطبيقات المعاصرة لسدّ الدّرائع، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003.

ب/ الأطاريح والمذكرات

1/ جمال كركار : أثر العرف في تغير الفتوى، رسالة ماجستير، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، جامعة الجزائر، 1997.

2/ الخضر علي إدريس: الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهيّة، رسالة ماجستير، قسم الدّراسات العليا الشرعيّة، جامعة أم القرى، مكّة المكرّمة، 1984.

3/ سارة لشطر الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2009/2008.

ج/ المقالات العلمية

1/ أحمد شامي: إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد1، 2019.

2/ إسراء فهمي ناجي: العرف ودوره في استنباط الحكم الشرعيّ، مجلّة رسالة الحقوق، كليّة الحقوق، جامعة كربلاء، السّنة الثّالثة، العدد3، 2011.

ثامر خالدي: أثر العرف في الخطبة والفتاحة في التشريع الجزائري، مجلة التراث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، المجلد9، العدد1.

3/ جواد الفلاقي: الاستحسان في الفقه المالكي، مجلة المعرفة، العدد14، مارس 2024.

- 4/ **حسنين محمود حسنين:** العرف وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة الفقه والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، 1991.
- 5/ **ضريفي الصادق:** الحمل لحساب الغير بين الحظر والإباحة" مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج – البويرة- العدد 18، جوان 2015.
- 6/ **عبد العزيز يحي:** الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة – العدد 49، جوان 2018.
- 7/ **عبد المنعم النعيمي:** توظيف العرف في تقدير النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، العدد 1، 2021.
- 8/ **علي جدي :** مقاربات فقهية وقانونية لبعض نصوص قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، العدد 8، 2016.
- 9/ **نعيم جعيم:** تحرير القول في مسمى الاستحسان عند المالكية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 33، يناير 2008.
- 10/ **محمد مطلق محمد عساف، معتصم يوسف عمر كميل:** حكم تشريع حد أدنى لسن الزواج في الفقه الإسلامي، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي، الإصدار 39، يوليو 2020.

و/ المداخلات العلمية

- 1/ **محمد مصطفىاوي** أثر المصادر الشرعية التبعية في قانون الأسرة الجزائري الاستحسان نموذجاً – مداخل في الملتقى الوطني الموسوم ب (مصادر قانون الأسرة الجزائري -) كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، جويلية 2022.

ه/ النصوص القانونية

- أمر 20/70 مؤرخ في 19 فيفري 1970 يتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر عدد 21 صادر بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل بالقانون 08/14 مؤرخ في 9 أوت 2014 ج.ر عدد 49 صادر بتاريخ 20 أوت 2014 والمعدل بالقانون 03/17 مؤرخ في 10 يناير 2017 ج.ر عدد 2 صادر بتاريخ 11 يناير 2017.
- قانون 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري. ج.ر عدد 24 صادر بتاريخ 12 يونيو 1984.

الفهرس

1	مقدمة
3	المبحث الأول: الاستحسان
3	المطلب الأول: تعريف الاستحسان
3	الفرع الأول: تعريف الاستحسان لغة

- 3.....الفرع الثاني: تعريف الاستحسان اصطلاحاً
- 4.....الفرع الثالث: أمثلة عن الاستحسان
- 5.....المطلب الثاني: أنواع الاستحسان
- 5 الفرع الأول: ترجيح قياس خفي على قياس جليّ (الاستحسان القياسي)
- 6 الفرع الثاني: استثناء جزئية من قاعدة كلية أو أصل عامّ بدليل
 - 6.....أولاً: الاستحسان بالنصّ أو الاستحسان بالأثر
 - 6.....ثانياً: الاستحسان بالإجماع
 - 7.....ثالثاً: الاستحسان بالعرف
 - 7.....رابعاً: لاستحسان بالمصلحة
 - 8.....خامساً: الاستحسان بالضرورة
 - 8.....المطلب الثالث: حجّة الاستحسان
 - 8.....الفرع الأول: المنكرون للاستحسان
 - 10.....الفرع الثاني: المثبتون للاستحسان
 - 11 الفرع الثالث: حقيقة الخلاف بين العلماء حول الاستحسان
- 12 **المطلب الرابع: تطبيقات الاستحسان في قانون الأسرة الجزائري**
 - 13.....الفرع الأول: إجازة الوصية
 - 13.....الفرع الثاني: تحديد السن القانونية الدنيا للزواج
 - 15.....المبحث الثاني: المصالح المرسلة
 - 15.....المطلب الأول: تعريف المصلحة
 - 15.....الفرع الأول: تعريف المصلحة لغة
 - 16.....الفرع الثاني: تعريف المصلحة اصطلاحاً
 - 16.....المطلب الثاني: أقسام المصالح من حيث الاعتبار...
 - 16.....الفرع الأول: المصالح المعتمدة
 - 16.....الفرع الثاني: المصالح الملغاة
 - 17.....الفرع الثالث: المصالح المرسلة
 - 17.....المطلب الثالث: حجّة المصالح المرسلة
 - 18.....الفرع الأول: أدلة المنكرين لحجّة المصلحة المرسلة
 - 20.....الفرع الثاني: أدلة المثبتين لحجّة المصلحة المرسلة
 - 22.....الفرع الثالث: الرأى الراجح

- المطلب الرابع: أمثلة تطبيقية معاصرة للمصالح المرسلة 22
- المطلب الخامس: شروط العمل بالمصالح المرسلة.. 23
- الفرع الأول: أن تكون مصلحة حقيقية لا وهمية..... 23
- الفرع الثاني: أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشارح 23
- الفرع الثالث: أن تكون المصلحة عامة..... 24
- المطلب السادس: تطبيقات المصالح المرسلة في تقنين الأسرة الجزائري 24
- الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج..... 24
- الفرع الثاني: توثيق عقد الزواج..... 25
- المبحث الثالث: العرف..... 27
- المطلب الأول: مفهوم العرف..... 27
- الفرع الأول: تعريف العرف لغة..... 27
- الفرع الثاني: تعريف العرف اصطلاحاً..... 27
- الفرع الثالث: التمييز بين العرف والإجماع..... 28
- المطلب الثاني: أنواع العرف..... 29
- الفرع الأول: أنواع العرف باعتبار مظهره..... 29
- أولاً / العرف القولي (اللفظي)..... 29
- ثانياً/ العرف العملي (الفعلي)..... 29
- الفرع الثاني: أنواع العرف باعتبار نطاقه..... 30
- أولاً / العرف العام..... 30
- ثانياً/ العرف الخاص..... 30
- الفرع الثالث: أنواع العرف باعتبار الصحة أو المشروعية 30
- أولاً / العرف الصحيح..... 30
- ثانياً/ العرف الفاسد..... 31
- المطلب الثالث: حجية العرف..... 32
- الفرع الأول: الدليل من الكتاب..... 32
- الفرع الثاني: الأدلة من السنة النبوية الشريفة وأقوال الصحابة رضي الله عنهم
- 33.....
- الفرع الثالث: الدليل من الإجماع..... 34
- الفرع الرابع: الدليل من المعقول..... 34

المطلب الرابع: شروط العمل بالعرف.....	34
الفرع الأول أن يكون العرف متّفا مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة	34
الفرع الثاني: أن يكون العرف مطّردا بين المتعارفين عليه في كافة معاملاتهم أو غالبا فيها.....	35
الفرع الثالث: أن يكون العرف موجودا عند إنشاء التّصرف	35
الفرع الرابع: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه...	36
المطلب الخامس: تغير الأحكام بتغير الأعراف المبنية عليها	36
المطلب السادس: فروع فقهية مبنية على العرف....	38
المطلب السابع: تطبيقات العرف في قانون الأسرة الجزائري	40
الفرع الأول: تطبيقات العرف المتعلقة بمقدمات الزواج (الخطبة والفاضة)	
.....	40
الفرع الثاني: مشتملات النفقة.....	41
الفرع الثالث: النزاع حول الصداق.....	41
الفرع الرابع: النزاع حول متاع البيت.....	42
المبحث الرابع: مذهب الصحابي.....	43
المطلب الأول: تعريف الصحابي.....	43
المطلب الثاني: حجية قول الصحابي.....	44
الفرع الأول: آراء العلماء في حجية مذهب الصحابي	44
الفرع الثاني: أدلة المنكرين لحجية مذهب الصحابي	45
الفرع الثالث: أدلة المثبتين لحجية مذهب الصحابي..	46
المبحث الخامس: شرع من قبلنا.....	49
المطلب الأول: أنواع شرع من قبلنا.....	49
الفرع الأول: أحكام شرع من قبلنا التي لم تذكر في القرآن الكريم أو السنة	49
الفرع الثاني: الأحكام التي نسختها شريعتنا.....	50
الفرع الثالث: الأحكام التي أقرتها شريعتنا.....	50
الفرع الرابع: الأحكام التي وردت في الكتاب أو السنة من غير إقرار أو نسخ	
.....	51
المطلب الثاني: حجية شرع من قبلنا.....	51
الفرع الأول: المؤيدون لحجية شرع من قبلنا.....	52

ثانيا: المنكرون لحجية شرع من قبلنا.....	53
الفرع الثالث: التّرجيح بين الآراء السابقة.....	54
المطلب الثالث: أمثلة على الاستدلال بشرع من قبلنا	55
المبحث السادس: سدّ الذرائع.....	57
المطلب الأول: تعريف الذريعة لغة واصطلاحا.....	57
الفرع الأول: تعريف الذريعة لغة.....	57
الفرع الثاني: تعريف الذريع اصطلاحا.....	57
المطلب الثاني: أنواع الذرائع.....	58
الفرع الأول: ما يكون مفضيا إلى المفسدة قطعاً.....	58
الفرع الثاني: ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا أو قليلا	58
الفرع الثالث: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا.....	59
الفرع الرابع: أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيرا لا غالبا ولا نادرا	59
المطلب الثالث: اختلاف العلماء في العمل بسدّ الذرائع	59
المطلب الرابع: الأدلة على اعتبار الذرائع.....	60
الفرع الأول: الأدلة من الكتاب.....	60
الفرع الثاني: الأدلة من السنة.....	61
الفرع الثالث: الأدلة من عمل الصحابة.....	63
الفرع الرابع: الأدلة من المعقول.....	64
المطلب الخامس: تطبيقات قاعدة سدّ الذرائع.....	64
المطلب السادس: سدّ الذرائع والمصالح المرسلة....	66
المبحث السابع: الاستصحاب.....	67
المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.....	67
الفرع الأول: الاستصحاب في اللغة.....	67
الفرع الثاني: الاستصحاب اصطلاحا.....	67
المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب.....	68
الفرع الأول: استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل بتحريمها.....	68
الفرع الثاني: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية.....	70

- الفرع الثالث: استصحاب العموم إلى أن يرد التخصيص واستصحاب النصّ
إلى أن يرد النسخ.....70
- الفرع الرابع: استصحاب ما دلّ العقل أو الشرع على ثبوته 71
- المطلب الثالث: حجّة الاستصحاب.....71
- الفرع الأول: اختلاف العلماء حول الاستصحاب....72
- الفرع الثاني: أثر اختلاف الفقهاء حول الاستصحاب 72
- الفرع الثالث: أدلة الجمهور على حجّة الاستصحاب إثباتا ونفيا 73
- أولا/ من القرآن.....73
- ثانيا/ من السنّة.....73
- ثالثا/ من الإجماع.....74
- رابعا/ من المعقول.....74
- المطلب الرابع: بعض القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب 74
- أولا/ اليقين لا يزول بالشكّ.....74
- ثانيا/ الأصل في الأشياء الإباحة.....75
- ثالثا/ الأصل بقاء ما كان على ما كان.....75
- رابعا/ الأصل في الإنسان البراءة.....76