بسم الله الرحمن الرحيم

اعتبار المآلات

فى الفقه الإسلامى

(دراسة أصولية)

إعداد الدكتور

محمد عبد العاطى محمد على

الاستاذ بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بالقاهرة

خطة هذا البحث تقع فى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : معنى اعتبار المآلات.

الفصل الثانى : أدلةاعتبار المآلات .

الفصل الثالث : القواعد المبنية على اعتبار المآلات .

والله تعالى أسأل أن يلهمنى الصواب ، ويبصرنى بالحق ، وأن يجعل عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم . وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن سار على هديه إلى يوم الدين .

الفصل الأول
معنى اعتبار المآلات

المآلات جمع مآل ، والمآل مصدر ميمى من آل بمعنى رجع ، وبابه قال يقال : آل الشئ يئول أولا ومآلا : رجع ، ويقال أيضا : طبخ الشراب فآل إلى قدر كذا وكذا أى رجع [1] .

والمراد باعتبار المآلات : أن يقدر المجتهد عواقب حكمه وفتواه ، فلا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يئول إليه ذلك الفعل . وقد علل الشاطبى ذلك بقوله : « فقد يكون مشسروعا لمصلحة فيه تُستجلَب ، أو لمفسدة تُدْرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه ؛ وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فإذا أطلق القول فى الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية ؛ وكذلك إذا أطلق القول فى الثانى بعدم المشروعية ، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أو تزيد ، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، ثم أردف كلامه هذا بقوله : « وهو مجال للمجتهد صعب المورد ؛ إلا أنه عذب المذاق ، محمود الغب ، جار على مقاصد الشريعة »[2] .

فهذا الأصل مبنى على أن الفعل يشرع لما يترتب عليه من المصالح ، ويمنع لما يؤدى إليه من المفاسد ، وأن المجتهد إذا أداه اجتهاداً إلى التوصل إلى معرفة المصلحة التى من أجلها شرع الفعل ، أو المفسدة التى من أجلها

---

(١) أنظر لسان العرب جـ١ ص ١٧١ ، ومختار الصحاح ص ٣٣ ، والمصباح المنير ص ٤٠ ، مادة : أول .

(٢) أنظر : الموافقات للشاطبى جـ٤ ص ١٩٤ ـ ١٩٥ .

منع ، فإنه يحكم بمشروعية هذا الفعل طالما كان محققاللمصلحة التى قصد بها تحقيقها ، فإذا كان الفعل فى بعض الحالات غير محصل لهذه المصلحة ، أو كان مع تحصيله لها مفوتاً لمصلحة أهم أو مؤدياً إلى حدوث ضرر أكبر ، منع المجتهد منه . وبالمثل يحكم المجتهد بالمنع من الفعل دفعاً لمفسدته طالما كان المنع منه لا يؤدى إلى حدوث مفسدة تساوى أو تزيد ، أما إذا أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوى أو تزيد ، فإنه لا يمنع من الفعل ، فقد جعل الشاطبى - رحمه الله تعالى - الفعل مناطاً لمصلحة ومفسدة وعلى المجتهد أن يوازن بين مصلحة الفعل ومفسدته ، ويجعل الحكم للراجح منها وفقاً للقوانين التى راعاها الشارع فى تصرفاته ، وسار عليها التفريع وتشريع الأحكام ، فالشارع مثلاً يقدم المصلحة الضرورية على الحاجية ، والأصلية على المكملة ، والنفس على المال ، والعامة على الخاصة ، والمحققة على المتوهمة ، والحالة على المستقبلة .

وهكذا يسلك المجتهد فيما لا نص فيه نفس الطريقة التى راعاها الشارع فى الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة [1] .

وسنضرب بعض الأمثلة لتوضيح ذلك :

المثال الأول : جاء النص الشرعى بالإذن فى البيع ، وبذلك يقال : إن البيع فعل مشروع بإطلاق النص وعموم الأدلة ، وهذا البيع قد أذن الشارع فيه لمصلحة بناء على أن الشارع لا يشرع الأحكام عبثاً ، وهذه المصلحة هى حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشترى إلى السلعة ، فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ، ثم اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً ، فإن البيع فى الأصل مشروع للمصلحة المذكورة ، ولكن مآل هذا البيع فى هذه الحالة يحقق مفسدة هى الإقراض بالربا ،

(١) أنظر : نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ص ١٩٤ - ١٩٥ .

أو كما يقول الشاطبى : « لأن المصالح التى لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شئ »[1] .

المثال الثانى : الهبة عقد مشروع لمصالح قصدها الشارع منه ، من هذه المصالح الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له ، والتوسيع عليه غنياً كان أو فقير ، وجلب مودته وألفته ، ودفع رذيلة الشح والبخل ، فإذا وهب شخص ماله فى آخر الحول هرباً من الزكاة ثم إذا كان فى حول آخر استوهبه ، فإن المصلحة التى لأجلها شرع الله سبحانه الهبة ليست موجودة ، بل إن هذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له ، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين . فالعمل فى الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه ، بل إن مآل هذه الهبة المنع من الزكاة ، وهو مفسدة ، أو فوات مصلحة تربو على المصلحة التى قصدت بشرع الهبة ، هذا إذا فرضنا أن هناك مثل هذه المصلحة .

المثال الثالث : جاءت النصوص الشرعية بوجوب طلب الحلال وتحرى طرقه والتحرز من الشبهات ، فإذا تبين للمكلف أن النكاح يلزمه طلب قوت العيال ونفقة الزوجة مع ضيق طرق الحلال ، واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وأنه قد يلجأ إلى الدخول فى التكسب لهم بما لا يجوز ، فإن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يقتضى المنع من الزواج لما يلزمه من المفاشد المتوقعة ، ولكن المنع من الزواج يئول إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، ذلك أن أصل النكاح يحقق مصالح هى حفظ النسل ، فضلاً عن أن التحرز من مفسدة التكسب الحرام قد يئول إلى الوقوع فى مفسدة أشد هى الزنا ، فاغتفر الأول خشية الوقوع فى هذا المآل[2] .

---

(١) أنظر : الموافقات جـ٤ ص ١٩٩ .
(٢) أنظر : نظرية المصلحة ص ١٩٥ ـ ١٩٧ .

الفصل الثانى
أدلة اعتبار المآلات

أقام الشاطبى - رحمه الله - الأدلة الكثيرة على اعتبار المآلات ، وأنه مقصود للشارع ، وإليك بعضها [1] .

الدليل الأول : أن التكاليف مشروعة لمصالح العباد ، ومصالح العباد إما دنيوية وإما أخروية ، أما الأخروية ، فراجعة إلى مآل المكلف فى الآخرة ليكون من أهل النعيم لامن أهل الجحيم ، ، وأما الدنيوية ، فإن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح ، فإنها أسباب لمسببات هى مقصودة للشارع ، والمسببات هى مآلات الأسباب ، فاعتبارها فى جريان الأسباب مطلوب ؛ وهو معنى النظر فى المآلات .

الدليل الثانى : أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة ، فإن اعتبرت فهو المطلوب ، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال ، وذلك غير صحيح ، لما تقرر من أن التكاليف شرعت لمصالح العباد ، ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد . وأيضاً فإن ذلك يؤدى إلى ألا نتطلب مصلحة بفعل مشروع ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع وهو خلاف وضع الشريعة .

الدليل الثالث : الأدلة الشرعية والاستقراء التام أن المآلات معتبرة فى أصل المشروعية ، ومن هذه الأدلة قوله تعالى : « يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون » [2] . وقوله تعالى : « كتب عليكم الصيام كما كتب

---

(١) انظر : الموافقات جـ٤ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢١ .

على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » [1]، وقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم ...» [2]، وقوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » [3]، وقوله تعالى : « رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » [4]، وقوله تعالى : « ولكم فى القصاص حياة » [5]، وهذا كله يدل على أن الشارع يمنع من الفعل أو يجيزه نظراً لما يترتب عليه ويئول إليه .

يقول الشاطبى بعد ذكره للأدلة السابقة : « وهذا مما فيه اعتبار المآل فى الجملة » [6].

ثم ذكر أمثلة من السنة تتعلق مآلاتها بوقائع خاصة ، ألخص بعضها فيما يلى :

المثال الأول : لما طلب من الرسول ﷺ قتل بعض االمنافقين وقد ظهر منهم ما يستوجب القتل قال : « أخشى أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » [7].

فقد امتنع الرسول ﷺ عن قتلهم مع أنه مباح وفيه التخلص من طائفة طالما آذت المسلمين ، ولكنه تركه لما يترتب عليه من مفسدة أكبر ، وهى أن قتلهم ينفر الناس من الإسلام إذا سمعوا أن رسول الله ﷺ يقتل أصحابه ، فلولا اعتبار المآل لأمر بقتلهم .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٨٣ . (٢)سورة البقرة : آية ١٨٨ .
(٣) سورة الأنعام : آية ١٠٨ . (٤) سورة النساء : آية ١٦٤ .
(٥) سورة البقرة : آية (٦) أنظر : الموافقات جـ٤ ص ١٩٧ .
(٧) الحديث رواه البخارى فى كتاب التفسير جـ٣ ص ٢٠٣ ، ومسلم فى كتاب البر والصلة جـ٤ ص ١٩٩٩ .

المثال الثانى : قول الرسول ﷺ لعائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - : « لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت ثم بنيته على أساس إبراهيم »[1]. فقد امتنع عن هدم البيت وبنائه على قواعد إبراهيم الأولى التى رسمت له بطريق الوحى مع ما فيه من المصلحة ، لما يترتب عليه من نفرة العرب من هذا العمل لقرب عهدهم بالجاهلية ، فلولا اعتبار المآل لأعاد بناءه .

المثال الثالث : قوله الرسول ﷺ : « إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه ، قيل : يا رسول الله ، كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال : « أن يسب الرجل أبا الرجل فيسب أباه ، ويسب أمه فيسب أمه »[2].

فقد جعل الرسول ﷺ سب الرجل أبا الأجنبى أو أمه سباً لأبيه أو أمه ، لأنه وسيلة إليه على أن يسب والدى غيره ، فهو فساد ذاتى ، أى هو ممنوع من الأصل ، غير أنه يفضى فى نفس الوقت إلى سب والدى الشاتم الأول ، فقد تسبب فى لعن والديه وإن لم يقصده ، فهذا اعتبار للمآل .

المثال الرابع : حديث الأعرابى الذى بال فى المسجد ، فقام الصحابة لزجره ومنعه ، فأمر النبى ﷺ بتركه حتى يتم بوله وقال : « لا تزرموه[3] دعوه .....»[4]. إلى نهاية الحديث . فلولا مراعاة المآلات والنتائج لمنع الأعرابى من إتمام عمله المنكر ، والذى قد يؤدى إلى أن ينجس البائل جسمه وثوبه ، وربما

---

(١) الحديث رواه البخارى ومسلم بروايات متعددة وألفاظ مختلفة عن عائشة رضى الله عنها . الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ٣ ص ٥٢ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن بعد الله بن عمرو . سبل السلام جـ٤ ص ١٦٦ .

(٣) أى لا تقطعون بوله .

(٤) الحديث رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن أنس بن مالك رضى الله عنه ، سبل السلام جـ١ ص ٢٤ .

نجس مواضع أخرى فى المسجد ، لكنه ﷺ نظر إلى الضرر الصحى الذى سيلحقه لو أنه منع من ذلك فأمر بتركه حتى يتم بوله .

يقول الشاطبى بعد ذكره للأمثله السابقة : وجميع ما مر فى تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى ، حيث يكون العمل فى الأصل مشروعاً لكن يُنهى عنه لما يئول إليه من مفسدة ، أو ممنوعاً لكن يترك النهى عنه لما فى ذلك من المصلحة . وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها ، فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز ، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع . والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها ، فإن غالبها سماح فى عمل غير مشروع فى الأصل لما يئول إليه من الرفق المشرع [1].

(١) أنظر : المرفقات جـ٤ ص ١٩٨ .

الفصل الثالث
القواعد المبنية على اعتبار المآلات

حين تحدث العلماء عن أصل اعتبار المآل ، بنوا عليه القواعد التالية [1]:

١ ـ قاعدة الذرائع .

٢ ـ قاعدة الحيل .

٣ ـ قاعدة مراعاة الخلاف .

٤ ـ قاعدة الاستحسان .

٥ ـ قاعدة الأمور الضرورية والحاجية إذا اكتنفها من الخارج مالا يرضى شرعاً.

وسنتكلم ـ بإذن الله وتوفيقه ـ عن كل قاعدة من هذه القواعد ووجه رجوعها إلى أصل اعتبار المآل .

أولاً : قاعدة الذرائع :

الذرائع : جمع ذريعة ، والذريعة فى اللغة تستعمل فى عدة معان أشهرها الوسيلة التى يتوصل بها إلى الشئ ، يقال : تذرع فلان بذريعة ، أى توسل بوسيلة [2].

وفى الاصطلاح : ماكان طريقاً إلى مصلحة أو مفسدة .

وهى بهذا المعنى قد تُسد إذا كانت طريقاً إلى الشئ الممنوع المشتمل على مفسدة ؛ وقد تفتح إذا كانت طريقاً إلى الشئ المشروع المشتمل على مصلحة . فالنظر إلى عورة الأجنبية ذريعة ، لأن هذا النظر يوصل إلى الزنا المشتمل على

---

(١) أنظر : الموافقات للشاطبى جـ٤ ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) أنظر : لسان العرب مادة ذرع جـ٣ ص ١٤٩٨ .

المفاسد ، والسعى إلى البيت الحرام ذريعة ، لأنه يوصل إلى الحج المشروع المشتمل على المصالح . والمنع من النظر إلى الأجنبية والحيلولة دون ذلك يسمى « سد باب الذريعة » ، والحث على السعى إلى البيت الحرام والعمل به يسمى « فتح باب الذريعة » .

ولعلك لا حظت أيها القارئ الكريم أن الذريعة بالمعنى السابق تكون وسيلة وطريقاً إلى الشئ سواء أكان مشروعاً أم محظوراً ، وأن الذريعة تأخذ حكم المقصود أو حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم غير أنها أخفض رتبة من المقاصد فى حكمها وإلى هذا الرأى ذهب القرافى وابن القيم وغيرهما من العلماء [1].

وذهب الشاطبى والقرطبى وغيرهما إلى أن الذريعة لا تكون وسيلة إلى إلا أمر محظور ، وأثبتوا كلمة « سد » قبلها فأصبحت معروفة بـ « سد الذرائع » ، وقالوا فى تعريفها : ما كان ظاهره مباحاً ويتوصل به إلى محرم [2].

وهذا هو الغالب المشهور فى استعمالها ، ومعنى سدها : منعها بالنهى عنها [1] . ويكون المراد منها باختصار : أن الفعل أو القول إذا كان مباحاً لما يترتب عليه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، ولكنه فى نفس الوقت ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر ، فإن هذا الفعل أو القول يكون منهياً عنه تحصيلاً لأرجح المصلحتين ودفعاً لأشد الضررين .

هذا ، ولقد نسب بعض علماء الأصول العمل بسد الذرائع إلى الإمام مالك

---

(١) انظر : تنقيح الفصول للقرافى ص ٤٤٨-٤٤٩ ، وإعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ١١١ - ١١٢ .

(٢) انظر : شرح الكوكب المنير ـ ٤ ص ٤٣٤ بتحقيق الدكتور الزحيلى ، والموافقات جـ٤ ص ١٩٩ ، وإرشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٧ ، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٥٧ ـ ٥٨ .

(٣) انظر : شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٣٤ .

وحده ، والواقع أن الفقهاء جميعاً أخذوا بأصل الذرائع مع اختلافهم فى مقدار الأخذ به قلة وكثرة ، والإمام مالك هو الذى توسع فى الأخذ به عن غيره .

قال القرافى فى فروقه : « وليس سد الذرائع من خواص مالك ، كما يتوهم الكثير من المالكية ، بل الذرائع ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ، وقسم أجمعت الأمة على عدم سده ، وقسم مختلف » [1] وقال فى تنقيحه بعد ذكره للأقسام والتمثيل لها : « فحاصل القضية أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا » [2] .

واليك هذه الأقسام بالتفصيل :

القسم الأول : ذريعة تفضى إلى مفسدة على وجه القطع . كحفر الرجل بئرا فى مدخل داره وهو يعلم أن شخصاً يزوره فى ظلام الليل ، فهذا الفعل فى ذاته مباح لكنه يوصل قطعاً إلى مفسدة . وهذا القسم اتفق العلماء على سده . ومن أمثلة هذا القسم أيضاً : إلقاء السم فى أطعمة المسلمين ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ [3] .

ويلحق بهذا القسم فى الحكم : الذريعة التى يغلب على الظن إفضاؤها إل يمفسدة ، كبيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع السلاح وقت الفتنة ونحوها ، وذلك لأن الظن فى الأحكام العملية يجرى مجرى العلم ، فالظاهر جريانه هنا ، ثم إن معنى سد الذرائع هو الاحتياط للفساد ، والاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن [4] وظاهر كلام الشاطبى أن ذلك موضع إجماع العلماء ، ولكنه فى الحقيقة مذهب مالك وأحمد فقط [5] .

---

(١) انظر : الفروق للقرافى جـ٢ ص ٣٢ .
(٢) انظر : تنقيح الفصول للقرافى ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩ .
(٣) انظر : المرجعين السابقين و الموافقات جـ٢ ص ٣٤٨ .
(٤) انظر : الموافقات جـ٢ ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠ .
(٥) انظر : أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ص ٢٩١ .

القسم الثانى : ذريعة تقضى إلى المفسدة نادرا وإفضاؤها إلى المصلحة أرجح ، كالمنع من زراعة العنب خشية اتخاذ الخمر منه ، فإنه لم يقل به أحد ، لأن فى زرع العنب نفعاً كثيراً ، فلا يترك ذلك باحتمال اتخاذ الخمر منه . ومنه أيضاً النظر إلى المخطوبة ، وحفر البئر فى موضع لا يؤدى غالباً إلى وقوع أحد فيه ، والشركة فى سكنى الدار خشية الزنا . وهذا القسم اتفق العلماء على عدم سده [1]، فهو باق على أصل الإذن العام من إباحة ، أو استصحاب ، أو وجوب ، حسب درجته فى المصلحة ؛ لأن الشارع أناط الأحكام بغلبة المصلحة ، ولم يعتبر ندرة المفسدة ، إذ ليس فى الأشياء خير محض ولا شر محض ، ولا توجد فى العادة مصلحة خالية فى الجملة عن المفسدة . فالشارع قبل خبر المرأة فى انقضاء عدتها أو عدم انقضائها ، مع احتمال عدم صدقها ، وشرع القضاء بالشهادة مع احتمال كذب الشهود ، وقبل خبر الواحد العدل مع احتمال عدم ضبطه . ولكن لما كانت هذه الاحتمالات مرجوحة لم يلتفت الشارع إليها ولم يعتد بها لأن مفسدتها مغمورة فى مصلحتها الراجحة [2].

القسم الثالث : الذريعة التى تتردد بين أن تكون مفضية إلى مفسدة وبين ألا تكون . وهذا القسم اختلف فيه العلماء . ومن أمثلتها : البيوع التى تتخذ ذريعة إلى الربا ، كمن باع سلعة لآخر بمائة مؤجلة إلى أجل معين ، ثم اشتراها البائع منه بتسعين حالة ودفعها إليه ، فإن البائع توصل بهذا البيع إلى إعطاء المشترى تسعين نقداً بمائة مؤجلة ، وبذلك يكون البيع ذريعة إلى الربا [3].

وقد اختلف الأئمة فى هذا البيع ، فذهب مالك - رحمه الله - إلى منعه سداً

(١) انظر : تنقيح الفصول ص ٤٤٨ ، الموافقات جـ٢ ص ٣٥٨ .
(٢) انظر الموافقات جـ٢ ص ٣٥٩ .
(٣) انظر : الموافقات جـ٢ ص ٣٦١ ، ج٣ ص ١٩٩- ٢٠٠ ، وتنقيح الفصول ص ٤٢٨ .

لذريعة الربا ، وصحح أبو حنيفة وأحمد بن حنبل ـ رحمهما الله ـ العقد الأول دون الثانى ، لأنه الذى يحقق الربا فيقتصر الفساد عليه ، وصحح الشافعى العقدين معاً ، لأن كلاً منهما قصد به ما يترتب عليه ، فالمشترى قد قبض السلعة وصارت ملكاً له يتصرف فيها كيف يشاء (١) .

وهذا الخلاف السابق بين العلماء ينبغى أن يقيد بما إذا لم يظهر بالدليل أن المتبايعين قصدا بذلك البيع التوصل إلى الربا ، إما إذا ظهر بالدليل أنهما يقصدان بذلك التوصل إلى الربا ، فلا خلاف بينهم فى منعه (٢) .

ومن أمثلة هذا القسم : قضاء القاضى بعلمه ، فإنه متردد بين أن يكون ذريعة إلى حفظ الحق إذا لم تقم عليه بينة ، وأن يكون ذريعة إلى مفسدة الجور فى القضاء لمن ضعف سلطان الإيمان فى نفسه . ولهذا اختلف العلماء فيه : فمنهم من جوزه ومنهم من منعه سداً لذريعة الفساد .

ومنه أيضاً : حفر الرجل بئراً فى داره بجوار حائط جاره ليتجمع فيه الماء ، فإنه مأذون فيه باعتبار أنه تصرف فى خالص ملكه يؤدى إلى مفسدة أحياناً هى هدم حائط الجار ، فاجتمع فى هذا مصلحة للمالك ومفسدة للجار . فوقع الخلاف فى الترجيح : فمنهم من منعه وألزمه بالضمان إذا ترتب عليه الهدم ، لان درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة . ومنهم من لم يمنعه لأنه تصرف فى خالص ملكه فهو مأذون فيه فلا ضمان عليه ، لأنه لا يجتمع إذن وضمان إلا إذا وجدت قرينة تدل على أنه قصد بهذا الفعل الإضرار بغيره (٣) .

---

(١) انظر : بداية المجتهد جـ٢ ص ١١٧ ـ ١١٩ ، والمغنى جـ٤ ص ١٧٤ وما بعدها ، والمدونة الكبرى جـ٢ ص ١٧١ ، والأم جـ٣ ص ٣ ـ ٦٩ ، وفتح القدير جـ٥ ص ٢٠٧ .

(٢) انظر : الموافقات جـ٤ ص ٢٠٠ .

انظر : الفروق للقرافى جـ٢ص ٣٢ ، وأصول الفقه الإسلامى للأستاذ مصطفى شلبى ص٣٠٧.

ويؤخذ مما سبق : اتفاق الفقهاء على أن ما يوصل إلى المفسدة قطعاً أو ظناً قريباً منه يمنع ، وما لا يوصل إلى مفسدة إلا نادراً لا يمنع ، وغير ذلك وهو المتردد بين المصلحة والمفسدة ، فقد قال بسده مالك وأحمد بن حنبل ، وخالف أبو حنيفة والشافعى . ونحن إذا عرفنا أن هذا القسم تعارضت فيه المصلحة والمفسدة ، فإن تبين رجحان إحداهما على الأخرى عمل بالراجح ، وإن تساوى الأمران ، فالأصل المقرر أن درء المفاسد مقدم عل يجلب المصالح ، فيترجح سد الذريعة فى هذا القسم [1] . قال ﷺ : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » [2] . وقال : « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمو مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه ... » [3] .

- أما وجه رجوع قاعدة الذرائع إلى أصل اعتبار المآل ، فلأن الأصل فى اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال ، فيأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يئول إليه سواء أكان يقصد ذلك الذى آل إليه الفعل أم لا يقصده ، فإن كان الفعل يؤدى إلى مطلوب فهو مطلوب و وإن كان لا يؤدى إلا إلى شر فهو منهى عنه [4] . وتكون العلاقة بين قاعدة الذرائع ومآلات الأفعال هى السببية والمسببية ، فالذريعة سبب والمآل مسبب ، ويكون المراد بكل منها تحقيق مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم .

---

(١) انظر : المرجع السابق ص ٣٠٨ .

(٢) الحديث أخرجه الترمذى فى كتاب صفة القيامة جـ٤ ص ٦٦٨ .

(٣) الحديث متفق عليه .

(٤) انظر : أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ص ٢٨٨ .

ثانياً : قاعدة الحيل

الحيل : جميع حيله ، وهى فى اللغة : الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف [١].

وهى فى الأصل تصرف يتحول به فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب استعمالها فى الطرق الخفيه التى يتوصل بها المرء إلى غرضه ، بحيث لا يدرك الناس مقصده إلا بشئ من الذكاء والفطنة [٢].

والمراد بالحيل الممنوعة : التصرفات المشروعه فى ذاتها إذا أتى بها المكلف ليبطل حكما شرعياً ، فقد عرفها الشاطبى بقوله : « تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعى وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخر » [٣].

فإذا قدم المكلف فعلاً مشروعاً فى الظاهر قاصداً منه إسقاط واجب عن نفسه ، أو إباحة محرم عليه ، بحيث يصير ذلك الواجب غير واجب فى الظاهر ، ويصير المحرم غير محرم فى الظاهر ، فإن هذا التوسل يعتبر تحيلاً وحيلة . . فالتحيل يتحقق إذا كان المحتال يهدف إلى غاية محرمة تناقض قصد الشارع ، وتوسل إلى قصده المحرم بفعل مشروع فى الأصل .

ومن أمثلة الحيل الممنوعة : من وهب ماله قبيل حولان الحول لمن يثق برده إليه فراراً من وجوب الزكاة عليه . فإن الهبة فعل مشروع فى الأصل لما يترتب عليه من مصالح كثيرة هى الإرفاق والإحسان إلى الموهوب له والتوسعة عليه غنياً كان أو فقير وجلب مودته ومحبته ، ورفعاً لرذيلة البخل لدى الواهب ،

---

(١) انظر : لسان العرب مادة حول جـ٢ ص ١٠٥٥ .
(٢) انظر : إعلام الموقعين جـ٣ ص ١٩٥ .
(٣) انظر الموافقات جـ٤ ص ٢٠١ .

لكن الهبة فى هذه الحالة تئول إلى المنع من فريضة الزكاة وهو مفسدة ، كما أنها لم تحقق المصلحة التى شرعت من أجلها وهى الصلة ودفع الحاجة .. الخ . وبالتالى فإن هبته تكون حراماً ، وتبطل إذا ثبت بإقراره ، أو بالقرائن أنه وهب النصاب بقصد الفرار من هذا الواجب [1].

ومن أمثلتها أيضاً : من يقيم أركان الإسلام بقصد أن ينال حظاً من حظوظ الدنيا دفعاً أو نفعاً ، فينطق بالشهادتين قاصداً إحراز دمه وماله لا لغير ذلك ، ويصلى ويزكى ويصوم ويحج رئاء الناس ليُحمد على ذلك أو ينال رتبة فى الدنيا ، فهذه الأعملا فى الأصل مشروعة لمصلحة التقرب إلى الله تعالى والرجوع إليه وإفراده بالتعظيم والإجلال ، لكنها فى هذه الحالة وبهذا القصد لا تحقق تلك المصلحة ، بل المقصود بها ضد تلك المصلحة [2].

والحيلة بهذا المعنى غير مشروعة ، والفعل المتحيل به غير صحيح يقول الشاطبى ـ رحمه الله ـ : « لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها ، فإن كان الأمر فى ظاهرة وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان ظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحسح وغير مشروع [3] » .

= أما وجه رجوع الحيل إلى أصل اعتبار المآل ، فلأن المجتهد فى أصل اعتبار المآل لا يحكم على فعل بالإذن أو المنع إلا بعد نظره إلى ما يئول إليه ذلك الفعل ، والتحيل على الأحكام الشرعية بالمعنى السابق باطل فى الجملة نظراً إلى المآل ، فأصل اعتبار المآل ينطبق على التحيل ، وذلك أن الفعل المتحيل به فعل

---

(١) انظر : الموافقات جـ٢ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦ ، جـ٤ ص ٢٠١ .
(٢) (٣) انظر : المرجع السابق جـ٢ ص ٣٨٥ .

مشروع لمطلحة فى الظاهر لكن المتحيل لم يقصد به تحصيل هذه المصلحة ، وإنما قصد به مفسدة محرمة . فالفعل مشروع فى الظاهر لكن مآله مفسدة محرمة [١] .

والحيل ومآلات الأفعال وإن كانا يتفقان فى مبدأ تحقيق المصالح ورده المفاسد ، إلا أنهما يفترقان فى أن الحيلة يلاحظ فيها القصد والنية ، بخلاف المآل ، فإن الملاحظ فيه - كما بينا من قبل - مايئول إليه الفعل وينتهى بصرف النظر عن القصد والنية .

ثالثاً : قاعدة مراعاة الخلاف

وخلاصة هذه القاعدة : أن المكلف إذا أتى بفعل صححه بعض العلماء وأبطله البعض الأخر ، ترتبت آثاره الشرعية عند من يبطله قبل وقوعه مراعاة للخلاف الواقع بينهم وبين من صححه . وذلك لأن المكلف حين أوقعه كان لدليل وإن كان مرجوحاً فى نظر الذى منعه [٢] .

فإن زوجت المرأة نفسها بلا ولى ، فإنها تستحق المهر و الميراث عند من قال بفساد هذا النكاح ، ويثبت بزواجها هذا حرمة المصاهرة ويحتاج فى فسخه إلى الطلاق ، وذلك نظراً لمراعاة الخلاف الواقع بينهم وبين غيرهم فى هذه المسألة ، فإن الجمهور وإن قالوا بفساد هذا النكاح قبل وقوعه ، فإن الحنفية قالوا بصحته . فالمخالف واقع دليلاً على الجملة وإن لم يكن هذا الدليل راجحاً فى نظر الآخرين . وبالتالى فإن آثاره الشرعية تترتب عليه عند من قال بفساده مراعاة لخلاف غيرهم [٣] .

---

(١) أنظر الموافقات جـ٤ ص ٢٠٢ .
(٢) أنظر الموافقات جـ٤ ص ٢٠٤ .
(٣) أنظر المرجع السابق .

وفى هذا يقول الرسول ﷺ : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، فإن دخل بها فلها المهر . بما استحل منها .... »[1] ، وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه ، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب وتحرم المصاهرة[2] .

أما وجه رجوع هذه القاعدة إلى أصل اعتبار المآل ، فإنه التفريع على البطلان الراجح سيؤدى إلى ضرر ومفسدة أقوى من مقتضى النهى على ذلك القول[3] . بمعنى : أن التفريع على قول الجمهور ببطلان النكاح سيؤدى إلى مفسدة تساوى أو تزيد على مفسدة النهى عن ذلك ، فينظر المجتهد فى هذا المآل ويفرع على القول الآخر المرجوح باجتهاد ونظر جديد .

وقد راعى الأئمة هذه القاعدة فى اجتهاداتهم حتى حكى عنهم الإجماع على مراعاتها[4] ، ويؤكد ذلك : إجماعهم على القول بصحة صلاة الشافعى خلف الحنفى وبالعكس رغم اختلافهم فى مسح الرأس ، وفى نقض الوضوء بلمس المرأة وغير ذلك . غير أن العلماء قيدوا هذه القاعدة بألايلزم من مراعاتها الأخلال بسنة ثابته أو وقوع فى خلاف آخر ، فإن أدت المراعاة إلى ذلك لم يراع الخلاف[5] .

ومن المسائل المفرعة على هذه القاعدة أيضاً : من دخل الصلاة مع الإمام فى الركوع ، ونسى تكبيرة الأحرام ، لكنه كبر للركوع يستمر فى صلاته مع الإمام مراعاة لقول من قال : « إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام .

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب النكاح جـ٢ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ ، كما أخرجه ابن ماجة فى باب لا نكاح إلا بولى جـ١ ص ٦٠٥ .

(٢) أنظر الموافقات ـ جـ٤ ص ٢٠٤ .

(٣) أنظر : المرجع السابق مع تعليق فضيلة الشيخ عبد الله دراز عليه جـ٤ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٤ .

(٤) إنظر صحيح مسلم بشرح النووى جـ٢ ص ٢٣ .

(٥) أنظر : المرجع السابق .

ومنها أيضاً : من قام إلى ثالثة فى النافلة وعقدها يضيف إليها رابعة ، مراعاة لقول من يجيز التنفل بأربع [1] .

وإذا كان الإمام الشاطبى تكلم عن هذه القاعدة بطريقة تجعلها ضمن أصل اعتبار المآل ، فإن العلماء قد توسعوا فيها فجعلوها تشمل المختلف فى وجوبه ، والمختلف فى تحريمه ، وما اختلف فى كراهته . ولفضيلة الدكتور حمدى صبح طه الاستاذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة بحث قيم فى هذه الجزئية ، فارجع إليه إن شئت وبالله التوفيق .

رابعاً : قاعدة الاستحسان

الاستحسان فى اللغة : عد الشئ حسناً ، تقول : استحسنت هذا الشئ إذا رأيته من الأمور الحسنه [2] .

وفى الاصطلاح : عرف الاستحسان بتعريفات متعددة :

ـ فعرفه الكرخى من الحنفية : قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى . أى هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم فى مسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها إلى الحكم بخلافه لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول [3] . وذلك كتخصيص أبى حنيفة قول القائل : مالى صدقه – بالمال الزكوى دون غيره – فإن الدليل الدال على وجوب الوفاء بالنذر يقتضى وجوب التصدق بجميع أمواله عملاً بلفظه ، لكن

(١) أنظر : الموافقات جـ٤ ص ١٥٠ .
(٢) أنظر : القاموس المحيط جـ٤ ص ٢١٤ .
(٣) أنظر : الأقوال الأصولية للكرخى بتحقيق الدكتور حسن الجبورى ص ١١٢ ، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ .

ههنا دليل خاص يقتضى العدول عن هذا الحكم بالنسبة إلى غير الزكوى وهو قوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة »[1] ، فإن المراد بالمال فى الآية هو الزكوى فليكن كذلك فى قول القائل : مالى صدقة ، والجامع هو قرينة إضافة الصدقة إلى المال فى الصورتين[2] .

ـ وعرفه ابن رشد من المالكية : بأنه طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى توضيح يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس[3] .

ـ عرفه الطوخى من الحنابلة فى مختصره فقال : أجود تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص . وهو مذهب أحمد[4] .

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف الاستحسان بأنه العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته لتبادرها إلى الذهن أولاً ، أو هو عدول المجتهد عن حكم كلى إلى حكم استثنائى لدليل رجح لديه هذا العدول .

وبهذا التعريف يكون الاستحسان شاملاً أمرين :

الأول : القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى .

الثانى : استثناء مسألة جزئية من أصلى كلى أو قاعدة عامة لدليل خاص يقتضى هذا الاستثناء سواء أكان نصاً أم إجماعاً أم ضرورة أم عرفاً أم مصلحة أم غيرها . وهذ الدلى الشرعى المقتضى للاستثناء هو سد الاستحسان ، والحكم الثابت به هو الحكم المستحسن.

---

(١)سورة التوبة الآية ١٠٣ .

(٢) أنظر الأقوال الأصولية للكرخى ص ١١٢ .

(٣) أنظر : الاعتصام للشاطبى جـ٢ ص ١٣٩ .

(٤) انظر : نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٧ .

وأكثر من أخذ بالاستحسان فى الاستدلال الحنفية ، وقد استعمله أيضاً المالكية والحنابلة . أما الشافعية فقد أبطلوا الاستدلال به حتى قال الإمام الشافعى - رحمه الله : « من استحسن فقد شرع »[1] . أى وضع شرعاً جديداً ، وقد ذهب الكثير من العلماء إلى أن الخلاف بين الإمام الشافعى وغيره من الأئمة فى حجية الاستحسان هو خلاف لفظى ، لأن الاستحسان الذى أنكره الإمام الشافعى هو الاستحسان الذى يثبت الحكم بالهوى والتشهى من غير دليل عليه ، ولاشك أن هذا استحسان باطل لا يقول به عاقل ، لاتفاق الأمة على امتناع القول فى الدين بالهوى والتشهى ، فلا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع[2] . ولذا قال بعض الشافعية : إن كان مذهب الحنيفية فى الاستحسان على ما قاله الكرخى ، فنحن نقول به وارتفع الخلاف[3] .وإن كان لا يستبعد أن يكون بعض رؤساء الطوائف الشاذة فى عصر الإمام الشافعى قد قالوا به من غير دليل ، فانكره الإمام الشافعى وقام بالرد عليهم ، وهذا ما تطمئن إليه النفس .

أنواع الاستحسان

الاستحسان عند القائلين به يتنوع تارة باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، وتارة باعتبار السند الذى بنى عليه العدول .

(أ) فأما أنواعه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، فقد يكون الاستحسان عدولاً عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفى ، وقد يكون عدولاً عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص ، وقد يكون عدولاً عن حكم كلى إلى حكم استثنائى .

(١) أنظر : المحصول للغزالى ص ٣٧٤ .
(٢) أنظر الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل للأمير الصنعانى ص ٢٢٠ .
(٣) أنظر : الأقوال الأصولية للكرخى ص ١١٢ .

ـ مثال الأول : حقوق الرى والصرف والمرور ، فإنها لا تدخل فى وقف الأرض الزراعية تبعاً دون ذكرها قياساً وتدخل استحسانا ، وهذا مقرر فى الفقه الحنفى.

وتوضيح ذلك [1]: أن وقف الأرض الزراعية يتجاذبها قياسان ؛ الأول : قياسها على البيع ، والثانى : قياسها على الإجارة ، والأول هو الأظهر المتبادر إلى الذهن ، بجامع ما فى البيع والوقف من إخراج الملك عن مالكه . ومقتضى هذا القياس الجلى عدم دخول الحقوق الارتفاقية فى الوقف تبعاً للأرض دون ذكرها والنص عليها كما هو الحكم فى البيع ـ والقياس الثانى ، أى قياسها بالإجارة مبناه أن كلا من الإجارة والوقف ، يفيد ملك الانتفاع بالعين ولا يفيد تملك رقبتها ، وهذا قياس خفى لا يتبادر إلى الذهن ، بل يحتاج إلى شئ من التأمل . ومقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية فى الوقف تبعاً بلا حاجة للنص عليها كما هو الحكم فى الإجارة ، فترجيح المجتهد للقياس الخفى علَى القياس الجلى هو الاستحسان ووجهه أى سنده : أن القياس الخفى أقوى تأثيراً من القياس الجلى ، لأن المقصود بالوقف الانتفاع من الموقوف لا تملك رقبته كما قلنا ، وحيث إن الانتفاع لا يتأتى بدون حقوقها الارتفاقية ، فيلزم دخولها فى الوقف تبعاً كما هو الحكم فى الإجارة[2] .

ـ ومثال الثانى : تخصيص السارق فى عام المجاعة من عموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .. »[3] ، كما ذهب إليه عمر ـ رضى الله عنه ـ وتخصيص الأم الرفيعة المنزلة التى ليس من شأن مثلها أن ترضع ولدها

(١) أنظر : الوجيز فى أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٣٢ .
(٢) أنظر : المرجع السابق .
(٣) سورة المائدة آية ٣٨ .

من عموم قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة .. »[1] كما ذهب إليه مالك بن أنس ـ رحمه الله ـ [2] .

ـ ومثال الثالث : المحجور عليه للسفة ، لا يصح الوقف منه ؛ لأنه غير أهل للتبرع ، ويستثنى من هذا استحسان ، وقف المحجور عليه للسفه على نفسه ، لان وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين نفسه من أن يصير عبئا على غيره[3] .

(ب) وأما أنواعه باعتبار سنده فهى كما يلى :

١ ـ استحسان سنده القياسى الخفى وتقدم مثاله .

٢ ـ استحسان سنده النصى . ومعناه : أن يرد النص فى مسألة يتضمن حكماً بخلاف الحكم الكلى الثابت بالدليل العام ، وهو إما من القرآن الكريم أو السنة المطهرة .

مثال الاستحسان بالقرآن : الوصية ، فإن مقتضى القياس عدم جوازها ؛ لأنها تمليك مضاف إلى زمن زوال الملكية وهو ما بعد الموت ، إلا أنها استثنيت من تلك القاعدة بقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين »[4] .

ومثال الاستحسان من السنة : جواز عقد السلم ، فإن مقتضى القياس أى الدليل العام أنه لا يجوز ؛ لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ولكنه استثنى من ذلك بدليل خاص وهو قوله ﷺ : « من أسلف فى

(١) سورة البقرة آية
(٢) أنظر : مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ص ٧٣ .
(٣) أنظر : المرجع السابق .
(٤) سورة النساء : آية ١١ .

ثمر فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم [١] ، وسند العدول فى المثالين السابقين هو النص نفسه من القرآن والسنة ، وتسمية هذا استحساناً تجوز ظاهر ، لأن الحكم ثابت بالنص لا بالاستحسان [٢] .

٣ ـ استحسان سنده الإجماع ، ومثاله : عقد الاستصناع (وهو أن يتعاقد شخص مع صانع على صنع شئ نظير ثمن معين) فهو جائز استحساناً والقياس عدم جوازه ، لأن المعقود عليه وقت العقد معدوم ، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة ، ووجه الاستحسان : جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد ، فكان إجماعاً يترك به القياس مراعاة لحاجة الناس إليه ودفع الحرج عنهم [٣] .

٤ ـ استحسان سنده العرف ، كمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكاً لا يحنث استحساناً لجريان العرف العام أن السمك ليس بلحم ، فمن أجل هذا العرف ترك القياس الذى يقضى بالحنث كما نطق بذلك القرآن الكريم ، قال تعالى : « وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحماً طريا » [٤] . فالقرآن الكريم سمى السمك لحماً طريا ، فبمقتضى هذا الدليل يجب أن يحنث الحالف ، ولكن ترك هذا الدليل وقيل بعدم الحنث الذى يقضى به القياس أى الدليل العام ، إلى عدم الحنث نظراً للعرف العام ـ استحسان بالعرف ـ [٥] . ويتحقق هذا فى كل مسألة جرى العرف عليها على خلاف ما يقتضيه القياس [٦] .

---

(١) رواه البخارى فى كتاب البيوع . نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٢٦ .
(٢) انظر : أصول السرخى جـ٢ ص ٢٠٣ .
(٣) انظر : المرجع السابق ، وكشف الأسرار لشيخ البخارى جـ٤ ص ٥ .
(٤) سورة فاطر : آية ١٢ .
(٥) انظر : أصول الفقه للشيخ البرديس ص ٣١١ ـ ٣١٢ .
(٦) والمراد بالقياس هنا نا يعم القياس الأصولى ، أو الدليل العام ، أو القاعدة المقررة الشرعية .

٥ ـ استحسان سنده الضرورة ، بأن يوجد فى المسألة ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها ، مثل تطهير الأحواض والآبار إذا وقعت فيها نجاسة بنزح مقدار معين من مائها مفصل فى كتب الفقه ، مع أن القياس يقتضى عدم تطهيرها إذا تنجست ، لأنه لا يمكن صب الماء عليها حتى تطهر ، ولا يمكن عصرها حتى تخرج منها النجاسة ، والذى ينبع من البئر يتنجس بالملاقاة ، ولأن نزع بعض الماء لا يؤثر فى طهارة الباقى ، وكذا خروج بعضه عن الحوض ، فللضرورة حكم بطهارتها بنزح مقدار معين حسبما وقع فيه من النجاسة دفعاً للحرج عن الناس ، فاستحسن العلماء ترك العمل بموجب القياس للضرورة المحوجة ، وللضرورة أثرها فى سقوط الخطاب[١] .

٦ ـ استحسان سنده المصلحة ، ويتحقق ذلك فى كل مسألة ثبت لها حكم بنص عام شامل لها ولأمثالها ، أو بقاعدة مقررة ، ووجد أن تطبيق ذلك الحكم العام عليها يؤدى إلى مفسدة أو يفوت مصلحة ، فإنها تستثنى ويعطى لها الحكم الذى يحقق المصلحة .

ومثاله : ما روى عن أبى يوسف من أنه قضى بتوريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت فى مرض موتها استثناء من القاعدة العامة وهى عدم إرثه لانتهاء الزوجية بالردة . وجه الاستحسان هنا هو زجر المرتدة وأمثالها ومعاملة لها بنقيض مقصودها من الفرار من الأرث[٢] .

ومنه أيضاً صحة وصية المحجور عليه لسفه فى سبيل الخير ، فإن مقتضى

(١) أنظر : كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ٤ ص ٦ ، وأصول السرخى جـ٢ ص ٢٠٣ .
(٢) أنظر : أصول الفقه الإسلامى للأستاذ محمد مصطفى شلبى ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧ .

القياس و أى القاعدة العامة عدم صحة تبرعات المحجور عليه ؛ لأن فيها تبديداً لأمواله ، ولكن الاستحسان يقضى بجواز تبرعاته فى سبيل الخير ، لأن المقصود من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه وعدم ضياعه حتى لا يكون عبئا على غيره ، والوصية فى سبيل الخير لا تعارض هذا المقصود ، لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه ، فاستثنت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية وهى تحصيله الثواب وجلب الخير له مع عدم الإضرار به فى حياته ، وهذا هو الاستحسان[1] .

تلك هى أنواع الاستحسان وإن كان القائلون به قد اختلفوا فى تعدادها قلة وكثرة ، فينما تكلم الحنفية عن كل الأنواع السابقة ، اقتصر المالكية على ذكر ثلاثة أنواع منها فقط وهى الاستحسان الذى سنده العرف أو المصلحة أو الإجماع[2] . ويتبين من تعريفاته وأنواعه السابقة ، أنه ليس تشريعاً بالهوى وإنما هو عمل بدليل معتبر وله أساس فى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وهو : نصوص الاستثناء ورفع الحرج وتشريع الرخص .

ومع هذا فنحن نؤثر أن نسمى الحكم الثابت استحساناً - بأى دليل من الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها - حكماً ثابتاً بهذا الدليل لا بالاستحسان ؛ فالحكم الثابت استحساناً بالنص هو ثابت بالنص ، وكون هذا النص استثناء أو كالاستثناء ، لا يخرجه عن أنه دليل الحكم والحكم ثابت به ... والحكم الثابت استحساناً بالعرف يكون ثابتا بالعرف ، والحكم الثابت استحساناً بالقياس الخفى ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس سعارضه لا يخرج القياس عن أنه دليل الحكم ،

---

(١) انظر : أصول الفقه الاسلامى للدكتور وهبة الزحيلى جـ٢ ص ٧٤٦ .
(٢) انظر الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ .

والحكم ثابت به . وعلى هذا : لا يوجد دليل مستقل يصح أن يكون دليلاً شرعياً يسمى الاستحسان [(١)] . ويكون دور المجتهد فى هذه الحالة ، ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً ، أما إذا اصطلح الحنفية أو غيرهم على تسمية الحكم الثابت بأى نوع من الأنواع السابقة بأنه ثابت استحساناً ، فهذا اصطلاح منهم ولا مشاحة فى الاصطلاح .

- أما وجه رجوع الاستحسان إلى أصل اعتبار المآل - وبخاصة عند المالكية الذين نظروا إليه على أنه من لوازم الأدلة ومآلاتها - [(٢)] ؛ فلأن الاستحسان بجميع صوره يرجع إلى هذا الأصل فى تحصيل المصالح أو درء المفاسد ، حيث إن الإبقاء على أصل الدليل العام يقتضى منع ذلك ، فروعى المآل وهو الحكم المستحسن [(٣)] .

بيان ذلك : أنه إذا عرضت واقعة يقتضى عموم النص حكما فيها ؛ أو يقتضى القياس الظاهر المتبادر حكما فيها ، أو يقتضى تطبيق عموم النص حكما فيها ، وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام ، أو الحكم الكلى عليها أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدى إلى مفسدة ، فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناؤها من الكلى أو اقتضاه قياس خفى غير متبادر ، فهذا العدول هوالاستحسان وهو فى نفس الوقت إعمال لأصل اعتبار المآل [(٤)] .

---

(١) انظر : مصادر التشريع فيما لانص فيه ص ٧٥ (والنقل بتصرف) .
(٢) انظر : الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧ - ٢٠٩ .
(٣) انظر: المرجع السابق جـ٤ ص ٢٠٧ .
(٤) انظر : مصادر التشريع فيما لانص فيه ص ٦٨ .

خامساً : قاعدة الأمور الضرورية والحاجية إذا اكتنفها من الخارج مالام يرضى شرعاً ووجد رجوعها إلى الأصل اعتبار المآل

وتتلخص هذه القاعدة : فى أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجية أو التكميلية إذا اكتنفها من خارج أمور لا ترضى شرعاً ، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج [1] .ومثل لها الشاطبى بالنكاح الذى يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال واتساع أوجه الحرام والشبهات ، وكثيراً ما يلجئ إلى الدخول فى الاكتساب لهم بما لا يجوز ، فيتوقع المسلم من نكاحه مفسدة هى التعرض للكسب الحرام ، لكنا لا نمنعه من النكاح نظراً لما يئول إليه من التحرز من تلك المفسدة ، فإن التحرز منها يئول إلى الوقوع فى مفسدة أشد وهى خشية الزنا بل وإبطال أصل النكاح ، وهو ضرورى أو حاجى ، فاغتفر الأول خشية الوقوع فى هذا المآل الذى هو أشد ضرراً من التعرض ، وعليه أن يعمل جهده فى تحرى وجه الكسب المشروع وطريق العيش الحلال .

كذلك طلب العلم إذا كان فى طريقه مناكر يسمعها طالب العلم ، وشهود الجنائز وإقامة الوظائف الشرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة ما لا يرضى ، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها ، لأنه ترك لمصلحة أصلية تشوفاً إلى حصول مصلحة كمالية ، والمكمل إذا عاد على أصله بالبطلان لا يلتفت إليه .

يقول الشاطبى بعد ذكره لما تقدم : « والحاصل أنه مبنى على اعتبار مآلات الأعمال ، فاعتبارها لازم فى كل حكم على الإطلاق » .