جمهورية إندونسيا
وزارة الشؤون الدّينية

الدراسات الدينية العليا
الجامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية، ميدان

الإستدلال بالإستصلاح (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة) في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)

أطروحة الماجستير

(قدّمت لاستيفآء الشروط لنيل الشهادة الجامعية في درجة الماجستير في قسم الحكم الإسلامي للدراسات الدينية العليا للجامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية بميدان)

إعداد:

رحمت إبراهيم هراهف
٣٠٠٢٢٠٣٠٠٣

تحت الإشراف:

أ. د. محمد شحنان
أ. د. حسن معصوم

العام الجامعي
(١٤٤٣ هـ/ ٢٠٢٢ م)

صفحة الإقرار

أنا الموقّع أدنى هذا:

الإسم الكامل	: رحمت إبراهيم هراهف
رقم دفتر القيد	: ٣٠٠٢٢٠٣٠٠٣
محل الولادة وتاريخها	: ميدان، ٣٠ سبتمبر ١٩٩٦ م/ ١٧ جماد الأول ١٤١٧ هـ. طالب دراسة الدينية العليا من جامعة إسلامية حكومية سومطرة الشمالية.
مـسكن	: جالن سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر ٥،٥/ جالن غارو ٢ (أ) رقم ١٢ (أ)، ميدان، سومطرة الشمالية.

أذكر بأن هذه الأطروحة تحت الموضوع "**الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)**" صحيح عملي الأصلي الذي أعدتها وكتبتها بنفسي، وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخر. وأما الإقتباسات المذكورات التي وردت في هذه الأطروحة فهي هامشتها ومن المصدر منها.

إذا كانت فيها أخطاء وغلطات على صورة إذا ادّعى أحد استقبالا أنها من تأليفه وتبين أنها فعلا ليست من بحثي، فقد تصير تماما تحت مسؤوليتي وأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على الجامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية. وبالتالي أقر هذا الإقرار مع كل صدق هذا، وقد حررت هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك.

ميدان، ٣٠ يوليو ٢٠٢٢ مـ

القائم بالإقرار

رحمـــت إبـــراهيم هراهـــف

صفحة تقرير المشرفين

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصّلاة والسّلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بعد الإطلاع على هذه أطروحة الماجستير تحت الموضوع "**الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)**" التي أعدها الباحث رحمت إبراهيم هراهف، برقم التسجيل ٣٠٠٢٢٠٣٠٠٣، فقد تمت كلمة التقرير عليها وثبتت الموافقة لها من المشرفين على تقديمها إلى مجلس امتحان المناقشة الأخيرة استيفاءً للشروط لنيل الشهادة الجامعية في درجة الماجستير في قسم الحكم الإسلامي للدراسات الدينية العليا من جامعة إسلامية حكومية سومطرة شمالية.

ميدان، ٣٠ يوليـــو ٢٠٢٢ مـ
الموافق ١ ذوالحجة ١٤٤٣ هـ

المشرف الأول

د. محمد شحنان، الماجستير
١٩٦٦٠٩٠٥١٩٩١٠٣١٠٠٢

المشرف الثاني

د. حسن معصوم، الماجستير
١٩٦٩٠٩٢٥٢٠٠٨٠١١٠١٤

صفحة تصحيــح امتحان الأطروحة

بحث أطروحة الماجستير بعنوان؛ "**الإستدلال بالإستصلاح (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة) في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا ودراسة)**" اعداد من طالب **رحمت إبراهيم هراهف**، رقم دفتر القيد؛ **٣٠٠٢٢٠٣٠٠٣/** قد أقيم امتحان مناقشتها الحاصلة في كلية الدراسات الدينية العليا في التاريخ ١٦ يونيو ٢٠٢٢ مـ /الموافق ١٦ ذو القعدة ١٤٤٣ هـ وهذه الأطروحة قبلت عليها لجنة الإمتحان وتمت كلمة التقرير منها ثم ثبتت الموافقة لها من الممتحنين على تقديمها إلى مجلس امتحان المناقشة الأخيرة استيفاءً للشروط لنيل الشهادة الجامعية في درجة الماجستير في قسم الحكم الإسلامي للدراسات الدينية العليا من جامعة إسلامية حكومية سومطرة شمالية.

ميدان، ٣٠ يوليو ٢٠٢٢ مـ/ ١ ذو الحجة ١٤٤٣ هـ

لــجنة تصحيــح امتحان الأطروحة الحاصلة،

الممتحنون

رئيــس اللــجنة

د. حفصــــــة، الماجستير

١٩٦٤٠٥٢٧١٩٩١٠٣٢٠٠١

سكريتاريــس اللجنة

محـــــب الصبر، الماجستير

١٩٦٩٠٩٢٥٢٠٠٨٠١١٠١٤

الممتــحن الأول

أ. د. ناويـــــ يوسليم، الماجستير

١٩٥٨٠٨١٥١٩٨٥٠٣١٠٠٧

الممتــحن الثاني

د. شفر الدّين شام، الماجستير

١٩٧٥٠٥٣١٢٠٠٧١٠١٠٠١

الممتــحن الثالث

د. محمــد شــحنان، الماجستير

١٩٦٦٠٩٠٥١٩٩١٠٣١٠٠٢

الممتــحن الرابع

د. حســـــر معصوم، الماجستير

١٩٦٩٠٩٢٥٢٠٠٨٠١١٠١٤

عرفت رئيسة الإدارة لقسم الحكم الإسلامي

د. حفصــــــة، الماجستير

١٩٦٤٠٥٢٧١٩٩١٠٣٢٠٠١

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين حمدا يليق بجلاله وعظمته الذي علم بالقلم، وأشكره شكرا يوافي نعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، سبحانه وتعالى لا أحصي ثناء عليه هو كما أثنى على نفسه، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة أرجو أن يكفر بها عنا سيئات أعمالنا ويرفع بها درجاتنا وينجينا بها من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله، إمام المتقين وخاتم الأنبياء والمرسلين، خير من اصطفى وبعثه إلى جميع الأمم بالبينات الواضحة، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه الذين فقهوا هذا الدين، وعرفوا أسرار الشرع المتين رضي الله عنهم وأجزل لهم الأجر والغفران وجعلنا من الذين اتبعوهم بإحسان.

فقد منّ الله عليّ بالإنتهاء من إعداد هذه أطروحة الماجستير العلمية لنيل درجة الماجستير، فاعترافاً بالحق لأهله كما قال رسوله الله ﷺ ؛ (**من لا يشكر الناس لا يشكر الله**).[1]

فقد تم بحمد الله تعالى وحسن توفيقه للباحث تأليف هذه الأطروحة ويرجو الباحث بإنتهاء تأليفها ستكون زيادة في خزانة العلم لنفس الباحث وللقراء عليها وأيضا للباحث الآتي، ومع ذلك إني فعلت ما فعلت لا أدعي العصمة والصواب في كل ما كتبته وذكرته في هذه الأطروحة، وإنما هو من إكتسابي، فبذلك إن كان فيه من الصواب فمن الله فأسأل الله أن يثيبني عليه وإن كان فيه من الخطأ فمن خطائي وجهلي ونقصاني فأسأله الله أيضا أن يغفر لي.

أتقدم بالشكر الجزيل للجامعة الإسلامية التي أتاحت لي فرصة للدراسة تحت رعايتها وهيأت لنا العلماء الصالحين، ووفرت لنا كلّ ما نحتاج إليه طيلة دراستنا بها. وأرجو الله أن يديمها نعمة علينا ويسدد خطاها فيما ترجوه وتصبو إليه، وليس ذلك عليه بعزيز.

ثم لا أغفل عن الشكر على من يساعدوني في تأليف هذا البحث، هذا البحث لن يكتمل بدون إرشاد ولا تشجيع منهم، وبناء على ذلك يقدمّ الباحث كلمات الشكر إلى:

١. أوجه الشكر والتقدير إلى عميد الكلية الأستاذ **فروبيسور الدكتور حسن باكتي، الماجستير**. كما يسرني أن أشكر إدارة الكلية الموقرة: هنا تتم كتابة اسم الجامعة والكلية أو الأكاديمية التي يدرس بها الطالب بالإضافة إلى الأقسام ويكتب قسم التخصص، وأسأل الله أن يكون بحث الماجستير هذا في صحيفة أعالمهم جميعًا، وأن يجزيهم تعالى خير الجزاء والحمد لله رب العالمين

---

[1]. أخرجه الترمذي ٤/ ٣٣٩، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك وقال: حسن صحيح. انظر: صحيح الجامع الصغير ٥/ ٣٦٩ أيضا.

٢. أوجه الشكر والتقدير إلى رئيس الإدارة لقسم الحكم الإسلامي الأستاذة الدكتورة **حفصة**، الماجستير، وإلى سكريتاريس الإدارة الأستاذ **محب الصبر**، **الماجستير**.

٣. وأتقدم بالشكر والدعاء وبالغ التقدير والإحترام إلى جميع أساتذتي الأحباء في الدراسة الدينية العليا في قسم الحكم الإسلامي الذين ربوني تربية إسلامية وغرسوا علما نافعا في قلبي ومهدوا لي الطريق إليه. فبارك الله في أعمارهم وجمعني بهم في الدار الآخرة مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين، آمين.

٤. أوجه كل الشكر والامتنان للأساتذة الذين ساعدوني وخصوصا على مشرفي في إتمام هذه الأطروحة وإتقانها، إذ أعترف بفضل المشرف الأول أستاذي ومعلمي الأستاذ **الدكتور محمد شحنان**، **الماجستير** والمشرف الثاني أستاذي ومعلمي الأستاذ **الدكتور حسن معصوم**، **الماجستير** لما بذلا من جهد كبير معي لكي أنال درجة الماجستير في (مجال التخصص)، فهما لم يدخرا أي وقت أو جُهد لمساعدتي ومدا يد العون لي، كما أنه ساعداني بكل ما أوتي من قوة ولم يبخلا علي في تقديم المعلومات العلمية والمراجع البحثية المفيدة التي تُثري بحثي، كما أنهما يعطيان إلي الكثير من النصائح في مجال البحث. والذين لم يدَّخرا جهدًا في تقديم المساعدة لي، فقد فتحا لي بيتهما وقلبهما كما هي عادته مع كل الطلاب، وكنت أجلس عندهما لساعات طويلة أقرأ عليهما وأتعلم منهما ولا يتضايق من ذلك بل يساعدان مساعدة كل طالب، وكانا دائمًا إلي يحثنان على البحث والنجاح، ويرغِّبان في ذلك ويقوّان عزيمتي عليه، فلهما من الله الأجر والثواب العظيم ومني كل تقدير وشكر وامتنان، حفظهما الله ومتّعهما بالصحة والعافية ونفع الجميع بعلمهما وعطائهما.

٥. ولا يمكنني أن أنسى أمي وأبي وأخوتي في توجيه الشكر والعرفان والاحترام لدورهم البارز في حياتي ومساندتي، وادعوا الله أن يجمعنا دوماً على خير.

٦. أشكر وأرفع وافر الإمتنان إلى والدي أبي (المرحوم) أغوس سليمان هراهف بن عبد الهجة هراهف وأمي (المرحوم) سيتي مصفوفة بنت هديمي رحمهما الله تعالى الذين ربياني وحفظاني من صغرى إلى هنا، جزاكما الله أحسن الجزاء. وأسأل الله تعالى أن يغفر لهما ويقبل جميع أعمالهما في الدنيا بقبول حسن ويجزيهما بثواب تام وأجر وافر وأسكنهما في جنة النعيم.

٧. وأشكر إلى أصحابي وأصدقائي وإخواني أجمعين في الفصل لقسم الحكم الإسلامي.

ملخص البحث

الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)

الإســـــم	؛ رحمـــت إبراهـــــيم هراهـــف
رقـم القيد	؛ ٣٠.٢٢.٣٠.٠٣
شـــعبة	؛ الحكـم الإسـلامي
المـــشرف الأول	؛ أ. د. محـمد شحنـــان
المـــشرف الثاني	؛ أ. د. حـسن معصـــوم

اختلف الآراء والأقوال من الأصوليين في الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية. فمنهم من يتمسك بهذه الأدلة في اخراج الحكم الشرعي وآخر من يلغيها وينفيها. وعلى هذه الحقيقة فإن المسائل الرئيسية التي يرى الباحث لبيانها في هذا البحث هي؛ الأولى كيف مكانة الإستدلال بالإستحسان والمصالح المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين مع بيان دراسة المقارنة فيها بمحاولة الإتحاد بين أرائهم حتى تحقق القول بعدم الإختلاف في حجية تلك الأدلة حقيقة ...؟ والثانية كيف تحقيق ضرورة تطبيق الإستدلال بهذه الأدلة (الإستحسان، والمصلحة المرسلة وسد الريعة) في المسائل العصرية في المحاولة عن تطوير الإجتهاد من حيث منهجيته ...؟. هذا البحث هو نوع من البحث القانوني المعياري، أي أن هذا البحث هو دراسة أدبية (اقرأ: بحث المكتبة). في إعداد هذه الأطروحة استخدم الباحث المنهجين. الأول؛ المنهج الوصفي في توصيف وتبيين آراء العلماء حول حجية الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة والثاني؛ منهج التحليلي في حلّ آراء الفقهاء المختلفة عن حجية تلك الأدلة ثم ختم بالترجيح. وأما طريقة هذه الأطروحة هي الطريقة المكتبية بجمع المصادر والمراجع من الكتب والرسالات العلمية التي تناول موضوع هذا البحث .أما مصادر البيانات التي يستخدمها الباحث أولا؛ مصدر البيانات الأساسي وهو آراء الأئمة الأصوليين كأبي حنيفة أو مذهبه الحنفية و أئمته، ومالك بن أنس أو مذهبه المالكية و أئمته، والشافعي أو مذهبه الشافعي و أئمته، وأحمد بن حنبل أو مذهبه الحنابلة و أئمته. آراءهم في هذه المسألة تؤخذ من كتاب أصول الفقه قديما وحديثا. ومصادر البيانات الثانوية هي آراء العلماء المعاصرين. ثم أخيرا قمت بتحليل جميع البيانات على دراسة المقارنة في الإتجاه والمقاربة. وأظهرت النتائج في هذه الأطروحة أن الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية متفق بين الأصوليين وليس فيها خلاف حقيقي بعد بيان دراسة المقارنة. وبعد كل هذا وصلت إلى حقيقة الأمر، وقضيت بأن الخلاف في حجية تلك الأدلة بين الأصوليين ليس موجودا إلا في خلافهم عن اللفظ والمعانى من تلك الأدلة، وبفهم من هذا أنهم متفقون بأخذ كل هذه الأدلة حجة شرعية في استنباط الأحكام الشرعية مع مراعاة الشروط والضوابط. تهدف هذه الأطروحة -كما أشار الباحث في الموضوع- إلى معرفة مكانة الإستدلال بتلك الأدلة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين. وفي غرض آخر إلى معرفة ضرورة تطبيق تلك الأدلة في المسائل العصرية في تعلقها لتطوير المنهجي للإستنباط. وفي مواجهة الوقائع الجديدة التي ليس لها حكم نطق عليه نص شرعي ولا إجماع ولا قياس، فرأيت أن تطبيق هذه الأدلة ضرورة، وهذا لحفظ المبدأ الأساسي لشريعة الإسلام وهو صالح لكل زمان ومكان. و أبين آثار تطبيق هذه الأدلة، وهذا الموضوع يقتضي تجديدا للحكم الشرعي في أحكام الأسرة الإسلامية خصوصا في مسألة تسجيل الزواج لدى الحكومة ورفع أمر وقوع الطلاق من الزوج إلى المحكمة. مثل؛ من عدم وجوب تسجيل الزواج لدى الحكومة عند إدارة الشؤون الدينية، وعدم اشتراط صحة الطلاق أن يكون و اقعا أمام المحكمة إلى وجوبهما. هذه القضية مبنية على أساس المصلحة التي ترجع إلى الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة.

الكلمات المفتاحية؛ الإستدلال، حجية الإستحسان، حجية المصلحة المرسلة، حجية سد الذريعة، الإجتهاد الإستصلاحي، الإستنباط المعنوي، المسائل العصرية.

ABSTRAKSI

***Istidlal* Dengan Metode *al- Istishlahi* (Menggunakan Dalil Hukum *Istihsan*, *al- Maslahah al-Mursalah*, *Sad ad- Dzari'ah*) Dalam Menemukan Hukum Hukum *Syar'i* Menurut Ahli Ushul Fikih dan Urgensitas Pengimplementasian Dalil Hukum Tersebut Pada Isu-Isu Hukum Kontemporer (Modern) Dalam Kaitannya Dengan Pengembangan Metode *Istimbat* Hukum *Syar'i* (*Jam'an wa Dirasatan*)**

Nama; Rahmad Ibrahim Harahap, S.H.I Nim; 3002. 2030. 03 Program Studi; Hukum Islam
Pembimbing I Tesis; Dr. Muhammad Syahnan, M.A. Pembimbing II Tesis; Dr. Hasan Matsum, M.Ag.

Para ahli ushul fikih berselisih pendapat tentang kedudukan penggunaan *istidlal* dengan dalil hukum *istihsan*, *al-maslahah al-mursalah*, *sad ad- dzari'ah* sebagai *manhaj* (baca; metode) yang berhubungan dengan ijtihad *istislahi* dalam pengembangan metodologi penggalian, penemuan, perumusan dan penetapan (baca; *istimbat*) hukum-hukum *syar'i*. Sebagian mereka berpegang padanya dalam peng-*istimbat*-an hukum *syar'i* dan sebagian lainnya membatalkannya. Berdasarkan latar belakang masalah di atas, maka dalam hal ini rumusan rumusan-masalah yang dipandang peneliti perlu untuk dijelaskan adalah; *Satu;* Bagaimana kedudukan penggunaan *istidlal* dengan dalil hukum sebagaimana yang dimaksud dalam peng- *istimbat*-an hukum-hukum *syar'i* menurut ahli ushul fikih serta bagaimana pula studi komparasi terhadapnya dengan kemungkinan melakukan unifikasi (penyatuan) pendapat di antara mereka dalam rangka mewujudkan kesepakatan untuk menggunakan dalil-dalil hukum tersebut dalam peng-*istimbat*-an hukum *syar'i*.? *Dua;* Bagaimana perwujudan pengimplementasian penggunaan *istidlal* dengan dalil-dalil hukum tersebut dalam merespon isu-isu hukum kontemporer sebagai bentuk pengembangan ijtihad (*istishlahi*) dari aspek metodenya?. Adapun metode penelitian yang dipakai oleh peneliti dalam menyelesaikan penelitiannya adalah sebagai berikut; Penelitian ini adalah jenis penelitian hukum normatif, dengan kata lain penelitian ini adalah penelitian studi pustaka (baca: *library research*), hal ini karena penelitian ini membahas mengenai pemikiran hukum para ahli ushul fikih (baca: *ushuliyyun*) mengenai metodologi peng-*istimbat*-an hukum *syar'i* dengan menggunakan dalil-dalil hukum sebagaimana yang dimaksud. Penelitian ini menggunakan 2 pendekatan yakni; pendekatan ushul fikih (baca; *ushul fikih approach*) dan pendekatan komparasi (baca; *komparative approach*). Sumber data penelitian ini dibagi ke dalam tiga kelompok, yakni; sumber primer yaitu pendapat ahli ushul fikih dalam hal ini mazhab hanafi, maliki, syafi'i dan hambali memungkinkan mazhab zhahiri dalam satu konteks. Yang kedua sumber sekunder yaitu buku-buku atau kitab-kitab ushul fikih yang ditulis dalam masing-masing mazhab. Yang ketiga sumber tersier yaitu buku dan pemikiran ahli ushul fikih kontemporer terkait dengan dalil-dalil hukum tersebut. Langkah pengumpulan data; yakni penulis mengambil pendapat para ahli ushul fikih dari buku-buku mereka baik dari sumber sekunder dan tersier, kemudian mengambil pendapat-pendapat mereka secara teratur sesuai dengan konteks masalah, lalu setelah itu penulis melakukan studi komparasi dengan cara menyebutkan pendapat, lalu dalil argumentasi masing-masing, lalu melakukan *munaqasyah al-adillah* (perbandingan dalil) kemudian menguraikan sumber perbedaan pendapat, kemudian menyimpulkan suatu sikap dengan melihat pertimbangan kepada sikap-sikap ahli ushul fikih kontemporer terhadap perselisihan pendapat tersebut. Analisis data yang digunakan penulis dalam penelitian ini adalah analisa telaah atau *conten analysis* dengan metode deduktif, yakni menganalisa seluruh pendapat-pendapat ahli ushul fikih lalu menarik suatu kesimpulan yang bersifat umum dari keseluruhan yang bersifat khusus. Penelitian Tesis ini bertujuan untuk memberikan pengetahuan tentang kedudukan *istidlal* dengan dalil-dalil hukum (sebagaimana yang dimaksud) dalam hal peng-*istimbat*-an hukum-hukum *syar'i* menurut ahli ushul fikih. Dalam tujuan yang lainnya, penelitian tesis ini untuk mengetahui urgensitas penerapan dalil-dalil hukum tersebut dalam isu-isu kontemporer dalam kaitannya dengan pengembangan metode *istimbat* hukum. Hasil penelitian menunjukkan bahwa dalam menghadapi fakta-fakta baru yang belum ada ketetapan hukumnya baik yang ditegaskan oleh suatu *nash syar'i*, *ijma'*, atau *qiyas*, peneliti melihat bahwa penerapan dalil-dalil hukum tersebut adalah suatu keniscayaan, hal ini untuk menjaga prinsip dasar bahwa hukum Islam itu berlaku untuk setiap waktu dan tempat. Peneliti menjelaskan akibat dari penerapan dalil-dalil tersebut dalam hal hukum perdata yakni hukum keluarga (*al- Ahwal al- Syakhsiyyah*), bahwasanya penggunaan dalil hukum *Istihsan*, *al- Maslahah al- Mursalah*, *Sad ad- Dzari'ah* menuntut pembaruan dan perubahan hukum, yaitu; bahwa perkawinan tidak wajib dicatatkan pada pemerintah di Departemen Agama, dan bahwa syarat sahnya perceraian tidak harus di pengadilan berubah menjadi wajib. Kasus ini dibangun atas dasar kemaslahatan yang kembali kepada menggunakan dalil hukum *Istihsan*, *al- Maslahah al-Mursalah*, *Sad ad- Dzari'ah* sebagai metode dalam penetapan hukum *syar'i*.

Kata Kunci: *Istidlal*, Dalil Hukum *Istihsan*, Dalil Hukum *al- Maslahah al- Mursalah*, Dalil Hukum *Sad ad-Dzari'ah*, *Ijtihad al- Istishlahi*, *Istimbat al- Ma'nawi*, Isu-isu Hukum Kontemporer.

ABSTRACT

Istidlal (Postulate) Using The al-Istishlahi Method (Legal Evidence Istihsan, al-Maslahah al-Mursalah, Sad ad-Dzari'ah) in Finding Shari'ah Laws According to Usul Fiqh Experts and the Urgency of Implementing These Legal Evidences on Contemporary (Modern) Legal Issues in Relation to Development of Istimbat Methods of Shari'ah Laws (Jam'an wa Dirasatan)

Name	; Rahmad Ibrahim Harahap, S.H.I
Student Number	; 3002. 2030. 03
Study Program	; Master in Islamic Law
Advisor I of Thesis	; Dr. Muhammad Syahnan, M.A
Advisor II of Thesis	; Dr. Hasan Matsum, M.Ag

The ushul fiqh experts disagree about the position of the use of istidlal with the legal arguments of *istihsan*, *al-maslahah al-mursalah*, *sad ad-dzari'ah* as a manhaj (read; method) related to *istislahi* ijtihad in the development of the methodology of excavation, discovery, formulation and determination (read; *istimbat*) shari'ah laws. Some of them hold on to it in interpreting the shari'ah law and some of them cancel it. Based on the background of the problem above, in this case the formulation of the problem formulations that are deemed necessary by the researcher to be explained, related to the position of the use of *istidlal* with the legal arguments of *istihsan*, *al-maslahah al-mursalah*, *sad ad-dzari'ah* as manhaj (read; methods) related to ijtihad *istislahi* in the development of the methodology of excavation, discovery, formulation and determination (read; *istimbat*) of shari'ah laws. So the formulation of the problem in question is; *One*; what is the position of the use of *istidlal* with the legal arguments of *istihsan*, *al-maslahah al-mursalah*, *sad ad-dzari'ah* in the interpretation of shari'ah laws according to ushul fiqh experts and how is a comparative study of them with the possibility of unifying opinions in between them in order to realize an agreement to use the legal arguments in the interpretation of shari'ah laws.? *Two*; How is the realization of the implementation of the use of legal arguments in responding to contemporary legal issues as a form of developing ijtihad (*istishlahi*) from the aspect of the method?. The research methods used by researchers in completing their research are as follows; This research is a type of normative legal research, in other words this research is a literature study (read: library research). This is, because this study discusses the legal thinking of ushul fiqh experts (read: *ushuliyyun*) regarding the methodology of *istimbat* shari'ah laws by using legal arguments such as *istihsan*, *al maslahah al mursalah*, *sad adz-dzari'ah*. This research uses two approaches, namely; ushul fiqh approach and comparative approach. The data sources of this research are divided into three groups, namely; The primary source is the opinion of the ushul fiqh experts in this case the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hambali schools, allowing the Zahiri school to be in one context. The second is secondary sources, namely books of ushul fiqh written in each school. The third is tertiary sources, namely books and thoughts of contemporary ushul fiqh experts related to these legal arguments. Data collection steps; namely the researcher takes the opinions of ushul fiqh experts from their books both from secondary and tertiary sources, then takes their opinions regularly according to the context of the problem, then after that, the researcher conducts a comparative study by stating opinions, then the arguments of each each, then perform *munaqasyah al-dillah* (comparison of propositions) then describe the source of the difference of opinion, then conclude an opinion by looking at the opnion of contemporary ushul fiqh experts towards the dispute. The data analysis used by the researcher in this study is a content analysis with a deductive method, namely analyzing all the opinions of ushul fiqh experts and then drawing a general conclusion from a specific whole. This thesis research -as implied by the researcher in the title- aims to provide knowledge about the position of istidlal with legal arguments as referred to in terms of the interpretation of shari'ah laws according to ushul fiqh experts. In another aim, the purpose of this thesis research is to find out the need for the application of these legal arguments in contemporary issues in relation to the development of the legal method of istimbat. The results show that in the face of new facts for which there is no legal stipulation, whether confirmed by a syar'i text, *ijma'*, or *qiyas*, the researcher sees that the application of these legal arguments is a necessity, this is to maintain the basic principles that Islamic law applies to every time and place. The researcher explains the consequences of applying these arguments in terms of family law, namely civil law (al-Ahwal al-Syakhsiyyah), that using the legal arguments of *Istihsan*, *al-Maslahah al-Mursalah*, *Sad ad-Dzari'ah* demands legal reform and change, that is; that marriages are not required to be registered with the government at the Ministry of Religion, and that the legal requirement for divorce does not have to be in the Court to become mandatory. This case is built on the basis of benefit (*al- maslahat*) which returns to using the legal arguments of *Istihsan*, *al-Maslahah al-Mursalah*, *Sad ad-Dzari'ah* as a method of determining shari'ah laws.

Keywords: *Istidlal*, *Istihsan* Legal Evidence, *al-Maslahah al-Mursalah* Legal Evidence, *Sad ad-Dzari'ah* Legal Evidence, *al- Ijtihad al-Istishlahi*, *al-Istimbat al-Ma'nawi*, Contemporary Legal Issues.

أسباب اختيار الموضوع

في إعداد بحث هذه الأطروحة ثم جمعها واستكمالها، هناك عدة عوامل ورآء اختيار الباحث موضوع هذا البحث، حتى يكون هذا الموضوع بحث الأطروحة. فقد قسم الباحث تلك الخلفية إلى مجموعتين؛ **خلفية خارجية وخلفية داخلية**؛ ثم إن تركيز هذا البحث في الأطروحة سيحلل قضية الزواج والطلاق بشكل شامل في تصميم مناهج بحث أصول الفقه.

هذا البحث هو نتيجة دراسة معيارية (نورماتيف) في مجال أصول الفقه، يريد الباحث من هذا البحث لحَلِّ مخاوف الباحث منذ جلوسه في الفصل الدراسي الأخير في مدرسة عالية حتى جلوسه في الدراس الأول من الدراسة العليا في الجامعة بشأن حكم الزواج والطلاق في القانون الوضعي.

هناك لا نتحدث فقط عن الإتقان في الحكم (kepastian hukum)، ولكن أيضًا الوصول إلى جوانب المنفعة في الحكم (kemanfaatan hukum)، والعدالة في الحكم (keadilan hukum) أساسًا لبناء التفكير الفلسفي والذي يحث في الوقت نفسه على التطوير والتغيير في منهج استنباط الأحكام.

سيتم الرد على هذه المخاوف علميًا في النظريات الأكاديمية. وهذا ما يشار إليه بالخلفية الإجمالية لموضوع البحث في هذه الأطروحة. وبحضور هذا البحث، تتوفر المعرفة

لدى الباحث في شأن حكم الزواج والطلاق لتحقيق الإستعداد له لدخوله إلى عقد الزواج الذي قد يكون في هذا العصر سيأتي وقته في المستقبل القريب.

أما **الخلفية الخارجية** من هذه الأطروحة ما يلي في النقاط التالية؛

١. تهدف النتائج في هذه الأطروحة إلى حل القضايا التي ظلت تزعج الباحث لفترة طويلة في رحلته التعليمية ابتداءً من مدرسة عالية حتى وصوله إلى الجامعة فيما يتعلق بأحكام الفقه الكلاسيكي مقارنة بأحكام قانون الزواج رقم ١ لسنة ١٩٧٤، خاصةً KHI في مسائل الزواج والطلاق. على وجه التحديد، هناك تناقضات أو بعبارة لسان الأصوليين هناك تعارض فيما يتعلق بتسجيل الزواج والطلاق في المحكمة. ففي الفقه الكلاسيكي - (يقول الباحث "الفقه الكلاسيكي" لأن في رأي الباحث الأحكام الواردة في قانون الزواج و KHI هي الفقه الذي صاغه الفقهاء من أجيال السلف والخلف، لأن كلاهما حكم شرعي المستنبط من أدلته التفصيلية وهي القرآن والسنة الذي اقتضى الإجتهاد عليه، والفرق بين الفقه و KHI/ UU الذي يسميه الباحث بالفقه المعاصر إذا كنت لا توافق على أنه يسمى الفقه الحديث) - لا يجب تسجيل الزواج لدى الحكومة لصحة الزواج، ولكن يتوقف صحته بتوفير الأركان؛ الزوج، الزوجة، والولي ، وشاهدان ذكران عادلان، والصيغة مع توفر الشروط من جميع الأركان. وهذا يختلف عن التشريع في أحكام قانون الزواج رقم ١ لسنة ١٩٧٤ و KHI. نصه؛

(أ) الزواج أوالنكاح لم تعتبر ذاته وليس له ثبوتية في الحكم إن لم يسجل عند إدارة الشؤون الدينية".[٢]

(ب) وجود الطلاق أو إيقاع الطلاق لم تعتبر ذاته وليس له ثبوتية في الحكم إلا أن يكون الطلاق و اقعا أمام المحكمة.[٣]

Adapun teks asli UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, UU Nomor 7 Tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam adalah sebagai berikut;

[2]. Lihat: **UU. No 1 Tahun 1974** Tentang Perkawinan sebagaimana telah diubah dengan **UU. No 16 Tahun 2019**, Pasal 2 ayat (2), **Kompilasi Hukum Islam**, Pasal 5 ayat (1).

[3] .Lihat**: UU. No 1 Tahun 1974** Tentang Perkawinan sebagaimana telah diubah dengan **UU. No 16 Tahun 2019**, Pasal 39 ayat (1), **UU Nomor 7 Tahun 1989** Tentang Peradilan Agama, Pasal 65**, Kompilasi Hukum Islam**, Pasal 115, Pasal 123, Pasal 131 ayat (3), Pasal 146 ayat (2).

- Pasal 2 ayat (2) **UU Nomor 1 Tahun 1974**; “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundan-gundangan yang berlaku”.
- Pasal 39 ayat (1) **UU Nomor 1 Tahun 1974**; “Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak”.
- Pasal 65 **UU Nomor 7 Tahun 1989**; “Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak”.
- Pasal 5 ayat (1) **Kompilasi Hukum Islam**; “Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat”.
- Pasal 115 **Kompilasi Hukum Islam**; “Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan Agama tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak”.
- Pasal 117 **Kompilasi Hukum Islam**; “Talak adalah ikrar suami di hadapan sidang Pengadilan Agama yang menjadi salah satu sebab putusnya perkawinan, dengan cara sebagaimana dimaksud dalam pasal 129, 130, dan 131”.
- Pasal 123 **Kompilasi Hukum Islam**; “Perceraian itu terjadi terhitung pada saat perceraian itu dinyatakan di depan sidang pengadilan”.
- Pasal 129 **Kompilasi Hukum Islam**; “Seorang suami yang akan menjatuhkan talak kepada isterinya mengajukan permohonan baik lisan maupun tertulis kepada Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal isteri disertai dengan alasan serta meminta agar diadakan sidang untuk keperluan itu”.

٢. الحاجة إلى تقويم هذا الأمر عن الخطأ والغلط في الفكرة إلى صحيحها، يريد الباحث أن يقول إن قانون الزواج رقم ١ لسنة ١٩٧٤ و KHI حكم الإسلام على صورة القانون، وهذا الحكم الإسلامي هو الإجتهاد الذي يأتي من القرآن والسنة. وكذلك الفقه الكلاسكي وهو اجتهاد الفقهاء السابقين المستمد من القرآن والسنة. وبالتالي ، فمن غير المناسب ومن الخطأ القول إن الشريعة الإسلامية تقتصر فقط على الفقه أو ما هو موجود في كتب الفقه، ثم الاعتقاد بأن الصياغة القانونية في أحكام قانون الزواج و KHI ليست شريعة إسلامية، حتى يريد الباحث أن يقول أنه في التسلسل الهرمي للأنظمة، يقف قانون الزواج و KHI بمكانة أقوى عند مقارنتها بالفقه من حيث السلطة الملزمة للأفراد والمجتمع، وهذا لأن قانون الزواج و KHI هما نتاج من الشريعة الإسلامية التي تم تشريعها أو سنها بحيث لم يعد موقفها مقصورًا على صورة الرأي الذي ليس له سلطة ملزمة ليطاع، فهذه هي طبيعة الفقه أو الفتاوى التي ليس له سلطة

لإجبار على تنفيذه وممارسته من قبل الأفراد، بمعنى أنه إذا قام شخص بتنفيذ أحكام الفقه والفتاوى أو لم ينفذها فلن تكون هناك عقوبات قانونية عليه إلا إلى حد الحكم الأخلاقي الذي يلزمه فرديًا. أما الشريعة الإسلامية في شكل القانون الوضعي مثل قانون الزواج و KHI أو في شكل آخر وهو القضاء فهي ملزمة وتجبر الجميع على الانقياد لها وإطاعتها أي إذا لم يقم أحد بتنفيذها (سواء كانت قانونية أو قضائية) ستكون هناك عقوبات قانونية عليه لا تقتصر فقط على العقوبات الأخلاقية الفردية ولكن أيضًا العقوبات القانونية المفروضة لدى الدولة.

٣. ثم إذا تتبعنا تاريخياً صياغة ولادة KHI، فهذا هو إجماع العلماء (اقرأ: اتفاقهم) للفقه الإندونيسي. تتضمن صياغة KHI بحيث هي الآن في شكلها الحالي من مختلفة الأشخاص الذين صاغوها بحيث يرى الباحث هذا اجتهادًا جماعيًا يضم العلماء والخبراء القانونيين/ الممارسين القانونيين والقضاة والمحاضرين/ الأكاديميين. لهذا السبب، يرى الباحث من الخطأ جدًا أن يقول أي شخص أن KHI ومحتوياتها ليست من الشريعة الإسلامية، في حين أن المعدّين هم خبراء في العلوم ولديهم قدرة معرفية عميقة للغاية، ولديهم أهلية الإستنباط واستخراج الأحكام ولهم غاية النزاهة وموثوقة في أفعاله. بدلاً من ذلك، يريد الباحث أن يسأل مرة أخرى، إذا كانت KHI لا تستند إلى الشريعة الإسلامية فمن أين تأتي KHI؟.

وأما **الخلفية الداخلية** من هذه الأطروحة وهي؛

١. بحث هذه الأطروحة هو بحث علمي إضافي من البحث العلمي لرسالة البحث للباحث على المستوى الجامعي (S1). وهذه الأطروحة متكاملة (مرتبط) وشاملة (مستمر) وخطي (خط مستقيم واحد) لتلك الرسالة.

٢. أنا متخرج الدراسة الإسلامية العليا من كلية الشريعة والقانون في شعبة مقارنة المذاهب من جامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية بميدان. قضيت مدة التعلم في هذه الدراسة العليا أربع سنين بتحصيل درجة المقبولة. وحينما تعلمت مدة التعلم في تلك الشعبة لم يحصل علي كثير من علم وفهم في تلك الشعبة سواء كان من جانب الموضوع أو من جانب المنهج ولا سيما في فن أصول الفقه وما يتعلق به، ثم أريد أن أكمل كل ذلك بأن أستمرّ في التعلم والدرس إلى درجة الماجستير

بأخذ خصوصية الفقه وأصول الفقه. ثم أخبرت إليكم بأني أحب أن أقرأ كتب أصول الفقه طالبا وراغبا لمزيد المعرفة فيها ثم أيضا أردت أن أكون متخذا درجة الماجستير بأطروحة البحث على هذا الفنّ اتباعا لأستاذي في الجامعة الذي حصل له درجة الدكتورة في الفقه وأصول من أحد الجامعة في المملكة المغربية.

والنقطة الأخيرة، أخترت التخصص في بحث أصول الفقه والكتابة بهذا الموضوع خاصة لأن هذا العلم له امتياز مع أن دراسة علم أصول الفقه والبحث فيه تقرر أمورا مهمة قال عليها الأستاذ الدكتور مصطفى ديب البغا في تقديم كلمات المقدمة على رسالة الدكتورة للأستاذ مصطفى سعيد الخن **"أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء"**؛

١. **أولا**؛ "هذه الشريعة إنما جاءت لتنظيم أفعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم ولربطهم في كل شأن من شؤونهم بخالقهم ومعبودهم الذي له العبودية وله الحاكمية في كل شيء. إذ إنّ في دراسة أصول الفقه بيان أن هذه الشريعة لها أسسها ولها قواعدها في التشريع والتقنين، ولها طرقها ومناهجها في استخراج هذا التشريع وهذا التقنين".
٢. **ثانيا**؛ دراسة أصول الفقه مع مباحثه ومواضيعه إنما هي بيان لمصادر التشريع المتفق عليها والمختلف عليها في الإحتجاج، وفي هذا جلاء ساطع ودليل قاطع لما امتازت به هذه الشريعة من عموم وشمول وعناية بشؤون الحياة بحيث تكون مطية للنجاة مع قيامها على أحسن حال من أحوال العمران، وأنها شريعة أبدية خالدة لا يعوزها – بما امتازت به من شمول – أن تمد الحياة بمختلف أطوارها وتصدد جوانبها بالأحكام الشّرعية لكل حادثة تحدث أو واقعة تقع إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها".
٣. **ثالثا**؛ "دراسة أصول الفقه وما فيه من قواعده وضوابطه بيان أن هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان مع المحافظة على ذاتيتها، لا تناله أيدي العبث بالتغيير والتبديل أو التحريف والتأويل ثم التلاشي والضّياع".
٤. **رابعا**؛ "دراسة أصول الفقه بيان لحقيقة اختلاف الأئمة والفقهاء وأنه اختلاف اجتهاد واستنباط واحتجاج واستدلال، وبالتالي اختلاف في المنهج والمسالك، لا

اختلاف في الأصل. وإنه اختلاف بقصد إحقاق الحق لا بدافع الشهوة والهوى، بل إنه من مزايا هذه الشريعة التي امتازت بالمرونة ورفع الضيق والحرج، واحترمت العقل وأطلقت الفكر ومنعت التقليد الأعمى وحذرت الموافقة مع عدم الإقتناع فيما كان مجال رأي واجتهاد. وبهذا كان اختلاف الفقهاء في مسالك الإجتهاد والإستنباط مزية من مزاياها وليس وصمة عيب أو نقص يؤخذ عليها".

٥. **خامسا**؛ "اختيار الباحث لهذا الموضوع خاصة: فلأنه وجه من وجوه علم أصول الفقه وجانب من جوانبه، ولأن فيه - على الخصوص – جلاء لكثير من النقاط التي أشار الباحث إليها. والناحية الأهم فيه: إبراز الغاية من دراسة علم أصول الفقه بشكل عملي حيث إن الغاية من علم أصول الفقه تعرف الأسس التي بنيت عليها الأحكام الشّرعية، وبالتالي معرفة ارتباط هذه الأحكام الفرعية بأسسها وأصولها، وفي دراسة الأدلة وبيان أثرها تتجلى لنا الأسس التي بنيت عليها الفروع، وبالتالي كيف انبنت عليها وارتبطت بها، ويبرز بشكل عملي أيضا ما للخلاف في القواعد والأسس من أثر في الفروع والمسائل الجزئيّة، ويكشف لنا سرّ اختلاف المذاهب الفقهيّة في كثير من الأحكام".

٦. **سادسا**؛ "نجد الكثيرين من المسلمين يتساءلون عن أسباب الإختلاف بين الفقهاء والمذاهب، وربما يذهب الظنّ ببعضهم - أحيانا – أن هذا الإختلاف اختلاف في أصل الدين والتشريع، فهو كختلاف أصحاب الدّيانات الأخرى التي نالها التغيير والتحريف والتبديل، وربما يذهب الظنّ ببعض آخر أنه اختلاف ناشئ عن الهوى والتعصب وحب الظهور، والحصول على المراتب والمناصب لتحقيق الغايات والمآرب. ويستقل هذا التسائل وهذا الظن أو ذاك أصحاب الأغراض والمقاصد الذين يتربصون بهذه الشريعة وأهلها الدوائر، فينشطون إلى تشوية حقائقها والطعن في حامليها، وينفسوا عن حقدهم الذي امتلئت به قلوبهم على هذه الشريعة وأهلها.

فـــهرس الموضوعات

(المحتويات)

صفـــحة الإقرار i

صفـــحة التقويم (تقرير المشرفين) ii

صفـــحة الإهداء iii

مستخلص البحث v

أسبـــاب اختيار الموضوع xi

فـــهرس الموضوعات (المحتويـات) xvii

الباب الأول: مقدمـــــة ١

أ. خلفيـــة البحث ١

ب. أســـئلة البحث ١٤

ج. حـــدود البحث ١٥

د. بيـــان الإصطلاحات ١٥

إ. أهـــداف البحث ١٨

ف. فوائـــد البحث ١٩

غ. الدراسـات السّـابقة ٢٠

هـ. منـــهج البحث ٢٨

ي. خـــطة البحث (تقسـيمات البحث) ٣٤

الباب الثاني: نظرية الإســتنباط ٣٥

أ. تعريـــف الإســتنباط ٣٥

ب. طـــرق اســتنباط الأحكام الشرعية ٣٨

ج. علاقـــة الإســتنباط بالإجتهاد في أصول الفقه ٤٢

د. مناهـــج المذاهب الفقهية في الإســتنباط ٤٥

الباب الثالث: الأدلـة الشرعية المختلف فيها ٦١

أ. الإستحسان ٦١

١. تـعريفه ٦٣

٢. حجيته ٦٧

٣. موقـف الأصوليين عليه ٧١

أ) أقوال المستدلين به ٧١
ب) أدلتهم ٧١
ج) أقوال المنكرين عليه ٧٢
د) أدلتهم ٧٣
٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع ٧٧
ب. المصلحة المرسلة ٨٧
١. تعريفها ٨٧
٢. حجيتها ٩٣
٣. موقف الأصوليين عليها ٩٤
أ) أقوال المستدلين بها ٩٤
ب) أدلتهم ٩٥
ج) أقوال المنكرين عليها ٩٧
د) أدلتهم ٩٧
٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع ١٠٠
ج. سـدّ الذريعة ١١٤
١. تعريفه ١١٤
٢. حجيته ١١٧
٣. موقف الأصوليين عليه ١١٨
أ) أقوال المستدلين به ١١٨
ب) أدلتهم ١٢٠
ج) أقوال المنكرين عليه ١٢٢
د) أدلتهم ١٢٤
٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع ١٢٥
٥. محاولة الجمع بين آراء الأصوليين ١٥٢
د. الحقائق الهامة في اختلاف الفقهاء ١٥٤
الباب الرابع: بحث ١٥٦
أ. ضرورة الإجتهاد الإستصلاحي في الوقائع الجديدة تطويرا لطرق الإستنباط من قواعد المعنوية وتطبيقا لمنهج الإجتهاد منه ١٥٦
ب. الإجتهاد الإستصلاحي وارتبط الإستحسان وسد الذريعة له ١٧١
١. الإستحسان وارتباطه بالمصلحة ١٧٢

٢. سـد الذريعة وارتباطه بالمصلحة ١٧٤
٣. المـــذاهب والإستصـلاح ١٧٦
ج. ضرورة تطبيق الإستدلـال (بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة) في المسائل العصرية الحديثة ١٧٩
د. آثـار تطبيق هذه الأدلة ١٩٦
١. وجوب تسـجيل الزواج لدى الحكومة ١٩٨
٢. وجوب إيـــقاع الطلاق أمام المحكمة ٢٠١
إ. دراســة تحليـلية حول الزواج وما ينـدرج فيه من عقد وطلاق (دراسة وتقويما) ٢٠٤
١. النقطة الأولى؛ (دراسة آية الطلاق على منهج القاعدة اللغوية في أصول الفقه) ٢٠٤
٢. النقطة الثانية؛ (تحليل عميق في ضرورة تسجيل الزواج وإيقاع الطلاق أمام المحكمة على منهج القاعدة المعنوية في أصول الفقه) ٢١٣
الباب الخامس: خـــاتمة البحث ٢٣٧
أ. نتيـــــــجة ٢٣٨
ب. إفتراحـــــات ٢٤٠
فـــهرس المـراجع ٢٤٢
فـــهرس آيـــات القرآن الكريم ٢٥٠
رســـم بيـــاني من الأطروحة ٢٥٣
رســـم بيـــاني من الأطروحة ٢٥٤
رســـم بيـــاني من الأطروحة ٢٥٥
فـــكرة إجمـالية أهميـة طرق الإستنباط ٢٥٦
فـــكرة إجمـالية من الأطروحة ٢٦٠
فـــكرة إجمـالية تحليلية من الأطروحة ٢٦١
قائـــمة تـــاريخ الباحث ٢٦٣

الباب الأول

مقدمة

أ. خلفيــة البـحث

الشّـرعية إنما تعرف بالأدلة التي أقامها الشارع لترشد المكلفين إليهم وتدلّهم عليها، وتسمّى هذه الأدلة بأصول الأحكام أو المصادر الشّـرعية للأحكام أو أدلّة الأحكام، فهي أسماء وألفاظ مترادفة والمعنى الواحد.[٤] والدليل في اللغة ما فيه دلالة وإرشاد إلى أي أمر من الأمور حسيا أو معنويا، أما في اصطلاح الأصوليين هو ما يمكن التوصّل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري أي الحكم الشرعي.[٥] وقد اشترط بعض الأصوليين في الدليل أن يكون موصلا إلى حكم شرعي على سبيل القطع، فإن كان على سبيل الظن فهو أمارة لا دليل. لكن المشهور عند الأصوليين أن هذا

---

[٤]. قال مُحَمَّد الزحيلي **في الوجيز**: فالطرق والوسائل التي نتوصل بها إلى معرفة حكم الله تعالى تسمّى: **الأدلة الشرعية** أو **أدلة التشريع**، وتسمّى أيضا **أصول الشرع** أو **أصول التشريع** كما تسمّى أيضا هذه الأدلة مصادر التشريع. ورجح التسمية الأخيرة لحصرها في الدلالة على المطلوب لأن المصدر ما يتفرع عنه غيره وتنبع من الأشياء، فمصدر التشريع هو ما تؤخذ منه الأحكام الشرعية. **انظر أيضا** – عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، (دار التوزيع والناشر الإسلامية، ط: ١/ ١٤١٤)، ص: ١٤١، عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**، (القاهرة : دار الفكر العربي، ١٩٩٦)، ص: ٢٤.

[٥]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ١٤٧.

ليس بشرط، فالدليل عندهم ما يستفاد منه حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو على سبيل الظن.[٦]

والضّابط الحاصر للأدلة: هو أن الدّليل إما وحي أو غير وحي، والوحي إما متلوّ أو غير متلوّ. فإن كان متلوّا فهو القرآن وإن كان وحيا غير متلوّ فهو السّنة. وإن كان غير وحي: فإن كان رأي المجتهدين من الأمّة فهو الإجماع، وإن كان إلحاق أمر بأمر آخر في حكم لاشتراكهما في العلة فهو القياس، وإن لم يكن شيئا من ذلك فهو الإستدلال وهو متنوّع إلى أنواع.[٧]

وفي مكانة العقل وعلاقته على الأدلة الشّرعية بأن الأدلة الشّرعية لا تنافي العقول لأنها منصوبة في الشريعة لتعرف بها الأحكام وتستنبط منها، فلو نافتها لفات المقصود منها. كما أن الإستقراء دلّ على جريان الأدلة على مقتضى العقول، بحيث تقبلها العقول السليمة وتنقاد لمقتضاها.[٨]

قال الشاطبي: الأدلة العقلية غير مستقلة بالدلالة وإنما تؤخذ مركبة على الأدلة السّمعيّة أو معينة في طريقها أو محققة لمناطها أو ما شابه ذلك لا مستقلة بالدلالة،لأن النظر فيها

---

[٦]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ١٤٧، عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٢٤، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ١٣٠.

[٧]. وهبة بن مصطفى الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، (بيروت: دار الفكر، ط: ١/ ١٩٨٦)، ج: ١/ ص: ٤١٧.

[٨]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز** ١٤٧.

نظر في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع.[٩] ثم قال بعد هذا، إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشّرعية فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعا ويتأخّر العقل فيون تابعا، فلا يسرى العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل.[١٠]

بعد وضوح لنا بأن الأدلة الشّرعية هي التي جعلها الشارع مرشدة للحكم الشّرعي إلى المكلفين بلا تقييد على الشرط بأن تلك الأدلة موصلة إلى الحكم الشّرعي على سبيل القطع، حتى يدخل على اطلاق الأدلة ما يوصل إلى سبيل الظن كما أشهر قول الأصوليين على ذلك. ثم للأدلة الشّرعية لها تقسيمات مختلفة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة أي بالنظر إلى الجهة التي ينظر منها إليها و تذكر هذه التقسيمات فيما يلي:[١١]

التقسيم الأول من جهة مدى الإتفاق والإختلاف[١٢] في هذه الأدلة، وهي بهذا الإعتبار الأنواع التالية: النوع الأول وهو محل اتفاق بين أئمة المسلمين كما سبق ذكره، ويشمل هذا النوع الكتاب والسنة. والنوع الثاني وهو محل اتفاق جمهور المسلمين وهو الإجماع والقياس. فقد خالف في الإجماع النظام من المعتزلة وبعض الخوارج، وخالف في القياس الجعفرية والظاهرية. النوع

---

[٩]. الشاطبي، **الموافقات في أصول الأحكام**، ج: ١، (رياض: وزارة الشؤون والأوقاف والدعوة والإرشاد المملكة العربية السعودية)، ص: ٢٤. — تحقيق: عبد السلام عبد الشاقي مُحَمَّد.

[١٠]. الشاطبي، **الموافقات**، ص: ٦١.

[١١]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ١٤٨-١٤٩، مُحَمَّد بن مصطفى الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، (بيروت: دار الخير، ط: ٢/ ٢٠٠٦)، ج: ١/ ص: ١٣٢.

[١٢]. وتسمّى أيضا المصادر المتفق عليها بالأصلية و المصادر المختلف فيها بالتبعية.

الثالث وهو محلّ اختلاف بين العلماء حتى بين جمهورهم الذين قالوا بالقياس، وهذا النوع يشمل العرف، والإستصحاب والإستحسان والمصالح المرسلة، وشرع من قبلنا، مذهب الصحابي و سدّ الذريعة وغيرها كما سبق ذكره. فمن العلماء من اعتبر هذا النوع من مصادر التشريع ومنهم من لم يعتبره. وإذا تقرر هذا، فالأدلة المختلف فيها، فهي ما عدا ذلك كشرع من قبلنا، وعمل أهل المدينة، ومذهب الصحابي، والعرف، والاستصلاح، والاستحسان، والاستصحاب، وسدّ الذرائع، وغيرها، فكل هذه الأدلة مختلف في الاحتجاج بها.[١٣]

وقال وهبة الزحيلي: "هذه الأدلة المختلف فيها داخلة تحت ما يسمّى بالإستدلال أو بما يتصل بالإستدلال. فوجود الإختلاف بين الأصوليين في الإحتجاج بهذه الأدلة المختلف فيها بحسب اختلافهم في طرق الإجتهاد أو بحسب كثرة الأخذ بها عندهم أو قلّته".[١٤]

التفسيم الثاني الأدلة من حيث رجوعها إلى النقل والرأي، تنقسم إلى قسمين: نقلية وعقلية. النوع الأول: الأدلة النقلية وهي الكتاب والسنة، ويلحق بهذا النوع الإجماع ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا على رأي من يأخذ بهذه الأدلة ويعتبرها مصادر التشريع. وإنما كان هذا النوع من الأدلة نقليا، لأنه راجع إلى التعبد بأمر منقول عن الشارع لا نظر ولا رأي لأحد فيه. النوع

---

[١٣]. علي بن سعد بن صالح الضويحي، **آراء المعتزلة الأصولية دراسة وتقويما**، (مكتبة الرشد؛ الرياض – ط:١/ ١٩٩٥)، ص: ٣١٥-٣١٨.

[١٤]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٣٣.

الثاني: الأدلة العقلية أي التي ترجع إلى النظر والرأي، وهذا النوع هو القياس، ويلحق به الإستحسان والمصالح المرسلة والإستصحاب. وإنما كان هذا النوع عقليا، لأن مردّه إلى النظر والرأي لا إلى أمر منقول عن الشارع.

وهذه القسمة التي ذكرت إنما هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، أما بالنسبة إلى الإستدلال بها على الحكم الشرعيّ فكل نوع من النوعين مفتقر إلى الآخر بعبارة أخرى هذان النوعان متكاملان، لأن الإستدلال بالمنقول عن الشارع لا بد فيه من النظر واستعمال العقل الذي هو أداة الفهم، كما أن الرأي لا يكون صحيحا معتبرا إلا إذا استندّ إلى النقل، لأن العقل المجرّد لا دخل له في تشريع الأحكام.[١٥]

بشكل عام، هناك طريقتان طورهما العلماء لإخراج الأحكام الشرعية، وهما الأساليب الحرفية أو اللفظية (الطريقة اللغوية) وطريقة الجدل (الطريقة المعنوية)، لكن الطريقتين ، إذا تم تحليلهما ستكونان ثلاث طرق تحليلية، الأساليب التي تم تطويرها بواسطة العلماء في إجراء الأحكام الشرعية، وهي؛

١) المنهج من خلال القواعد اللغوية (قواعد اللغة) ، وهي القواعد التي يتم ترتيبها لفهم معنى الألفاظ في سياقها على إفادة الحكم؛

---

[١٥]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ١٣١.

٢) المنهج من خلال تحليل منهج التعليل ، أي قواعد دراسة الموقف الشرعي للأحداث المختلفة غير المنصوص عليها صراحة في نصوص القرآن والسنة من خلال النظر في علة الحكم؛

٣) المنهج من خلال تحليل منهج الاستصلاح الذي يُطلق عليه غالبًا منهج المقاصدي أي قواعد دراسة الموقف الشرعي للأحداث المختلفة من خلال النظر في الفوائد التي تعود على حياة الإنسان والتي ستنجم عن صياغة الفكر على الحكم.[١٦]

الأدلة الشرعية المتفق عليها بين العلماء هي القرآن والحديث والإجماع والقياس. في حين أن الاستقراء مع كونها أقل شهرة (غير معروفة)، هي قضية محل نزاع (الأدلة المختلف فيها) مثل الاستصحاب، والمصالح المرسلة ، وقول الصحابي ، والاستحسان ، وشرع من قبلنا ، وسد الذريعة، وعرف. هذه الحقيقة تشير إلى أن فكرة الإسلام في الحكم الشرعي يميل إلى أن يكون نصيًا (لفظية).

إن مسألة الاستنباط في علم أصول الفقه هي مسألة تتعلق بالنص بجميع أنواع دلالتها (أي طرق دلالة الألفاظ على المعنى وعلى الحكم) التي تنقسم أشكالها إلى عدة جوانب

---

[١٦]. مُحَمَّد حسبي عمر، **نظرية الفقه المعاصر**، (جاكرتا: غ.ف فريس، ط: ١/ ٢٠٠٧)، ص: ٢٥٤.

للمراجعة، بدءاً من شكل عامّ، خاص، مشترك، صريح، كناية إلى محكم، مفسّر، نص، خفي، مشكل، مجمل، متشابه، ودلالة النص على الحكم مباشرة، وذلك يشمل لفظ الأمر من حيث إنه يفيد للوجوب، ولفظ النهي من حيث إنه يفيد الحرمة والوجوب والحرمة حكم شرعي.

يمكن معرفة اعتراف القرآن بدور العقل في مجال الإجتهاد للنصوص الشرعية من محتوى الآية ٥٩ من سورة النساء. فيها نجد بأن الأمر بطاعة أولى الأمر في الآية هو قبول اجتهادهم الحاصل من استفراغهم وسعهم وجهدهم في طلب حكم شرعي طاعة لهم مع الامتثال عليه. وبالتالي، فإن استخدام العقل في الأمور الدينية (الشريعة الإسلامية) هو دليل ديني.

إن الإعتراف من القرآن على استخدام العقل هو هبة من الله تسمح للبشر بالتدخل في تحديد قواعد حياتهم، كما يجعل مكانة العقل أكثر تكريمًا واعترافًا، وبالتالي يجرؤ العلماء على الظهور على أنهم المجتهدون. وإن طلب استخدام العقل في الأمور الدينية هو أحد العوامل الدافعة لظهور الفكر في الشريعة الإسلامية.

وظيفة العقل هي أداة لفهم المعنى المشار إليه في الآية أو الحديث، وليس في شكل إضافة أو تطوير أو إضافة قواعد في وضع الأحكام مجردة عن النصوص الشرعية. بشكل عام، يحتاج إلى استخدام العقل إلى الأمور التالية؛

١) في الحالات التي يكون فيها نص من القرآن أو السنة لا يُظهر فهمًا واضحًا، لذا فإن فهم المعنى يتطلب فهمًا أكبر مما يظهر على السطح (ظني الدلالة)

٢) لا يذكر القرآن إلا المبادئ الأساسية ، دون ذكر التفاصيل وقواعد تنفيذها ، طالما لم يكن هناك تفاصيل و قواعد لتطبيقه من رسول الله، فيمكن للعقل أن يعمل على التفصيل في وضع الأحكام لتنفيذه.

٣) في الحالات التي لا توجد فيها قضية من قضايا الأحكام الشرعية الواردة في القرآن أو السنة النبوية حرفية. في هذه الحالة، يلعب العقل دورًا في إجراء المقارنات أو "المقاربات الجوهرية" الأخرى ، مثل الاستحسان والاستصلاح. هذا المجال هو مجال واسع جدا لسلطة العقل في حل المشاكل الحديثة.

ليس هناك عدد قليل من آيات القرآن مفتوحة لقبول تفسيرات مختلفة، فضلا عن فتح التطور الحكم الشرعي من خلال نهج جوهري. كل هذا يجعل الشريعة الإسلامية ديناميكية ولديها قدرة غير عادية على استيعاب التطورات والتغيرات الاجتماعية المختلفة في جميع الأوقات والأماكن. وإن تطور الفكر الشرعي الإسلامي ممكن وثبت في تاريخه من خلال دور الاجتهاد.

في منهجية الشريعة الإسلامية، من المعروف بشكل أساسي، ما يقال بالثبوت في النصوص وهي الشريعة الإسلامية التي يجب أن تكون مستقرة ثابتة لا يمكن تغييرها بمرور الوقت، وما يقال بغير الثبوت وهي التي توجد العناصر فيها يمكن تطويرها ديناميكيًا وفقًا للعصر. وعليه، هناك اتفاق بين العلماء الكبار الذين لا يشكون في قدرتهم والتزامهم بدين الإسلام، على أن الشريعة الإسلامية تحتوي على عنصرين، وهما الثبوت والتطور.

الاجتهاد هو سلطة أعطاها الله لعباده المؤهلين للإجتهاد للمشاركة في شرح إرادة الله بوحيه. في الفقه، مع الاجتهاد ستكون ديناميكيات الشريعة الإسلامية أكثر تطوراً وديناميكية وتجريبية واستجابة.

في هذه الحالة ، وفقًا للدوليبي - كما نقله عبد الرحمن دحلان - يمكن تصنيف الاجتهاد إلى الطريقتين، أي من حيث المنهجية ومن حيث عدد المجتهدين.[١٧] من حيث المنهجية، يمكن تقسيم الاجتهاد إلى ٣ (ثلاثة) أنواع، على النحو التالي:

١) **الإجتهاد البياني**، هو الاجتهاد لبيان الأحكام الشرعية الواردة في النصوص الشرعية من ناحية اللغوية. بعبارة أخرى كما يقول به الشيخ وهبة الزحيلي؛ أن الإجتهاد البياني هو بيان الأحكام الشرعية من نصوص الشارع.[١٨]

---

[١٧]. عبد الرحمن دحلان، **أصول الفقه**، (جاكرتا: أمزة، ط: ٤/ ٢٠١٦) ، ص: ٣٥٣.

٢) **الإجتهاد القياسي**، هو الاجتهاد لمعرفة حكم المسألة غير موجودة في النصوص الشرعية من خلال تشبيهه بالحكم الوارد في النصوص. بعبارة أخرى الإجتهاد القياسي هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم لاشتراكهما في العلة. بعبارة أخرى وضع الأحكام الشرعية للوقائع الحادثة مما ليس فيها كتاب ولا سنة، بالقياس عا ما في نصوص الشارع من أحكام.[١٩]

٣) **الإجتهاد الاستصلاحي**، هو الاجتهاد لمعرفة حكم المسألة غير موجودة في النصوص الشرعية من خلال بناء الحكم على قاعدة الاستصلاح أو المصلحة. بعبارة أخرى وضع الأحكام الشرعية للوقائع الحادثة مما ليس فيها كتاب ولا سنة بالرأي المبني على قاعدة الاستصلاح.[٢٠]

بناء على ما سبق من الإجتهاد من حيث المنهجيه، يبدو أن تطور الفكرة في أصول الفقه مهم. وفي هذه الحالة، فإن أصول الفقه في الجانب المنهجي هو طريقة لتخريج الأحكام الإسلامية وتثبيتها. في هذا السياق، يعتبر علم الفقه مهمًا جدًا بالنسبة للمجتهدين في تصحيح استنباط الأحكام الشرعية، وهو ألة حلّ المشكلات المتعلقة بالأحكام الإسلامية.

---

[١٨]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ٢/ ص: ٣١٢.

[١٩]. راجع نفسه.

[٢٠]. راجع نفسه.

إن وجود الشريعة الإسلامية ثابت في الأساس ، ولا يتأثر بمرور الأماكن والعصور، يتغير تفسير المسلمين دائمًا على النصوص الشرعية وفقًا للتغيرات في الظروف الاجتماعية والتاريخية والحراك الاجتماعي وتطور العصر. ثم إنّ الشريعة الإسلامية تقبل وجود التفسير في حدود أنه لا يتعارض مع مقصود الشارع (مقاصد الشريعة)، حتى أصبح هذا التفسير آراء الأئمة المذاهب في الإسلام.[٢١]

القرآن والسنة هما المصدران الرئيسيان للمعرفة، وهما المصدران الرئيسيان للأحكام الإسلامية (مصادر الأحكام)، أو المصادر الأساسية لمنهجية الفقه الإسلامي. لقد نزل القرآن كاملاً وانتهى الحديث بموت النبي محمد ﷺ، لذلك، يجب ألا تتعارض الأنشطة في الإسلام مع القواعد الواردة في ذلك المصدر.

في نظر علم الفقه، الاجتهاد طريقة لاستخراج معنى المراد من النصوص الشرعية مع الاستفادة للحكم الشرعي بمراعاة مقاصد الشريعة. في السياق الحالي، يمكن أن يفهم بالاجتهاد هو العمل التدريجي لتحديث القواعد الواردة في نص القرآن أو السنة النبوية بحيث يكون كلاهما

[٢١] . أمير شريف الدين، **تجديد الفكر في الشريعة الإسلامية**، (فادغ: أنغكاس رايا، ١٩٩٠)، ص: ١٨.

قادرين على تغطية المواقف والظروف الجديدة من خلال توفير حل مختلف المشاكل الحديثة التي تحدثت.[٢٢]

بالنسبة للأصوليين، من الضروري طلب الحكم للمسائل الحديثة في مختلف المجالات ، لا سيما تلك المتعلقة بالأدلة الظنية التي لا يوجد فيها نص في إثبات حكمه. ,على الفقهاء المعاصرين تطوير مفهوم الاجتهاد الذي يتلاءم مع تطور الأوضاع والظروف في حياة المجتمع الحديث.

في هذه الحالة ، الاجتهاد هو الطريقة الوحيدة لمواجهة التغيير ويمكن أن تكون الشريعة الإسلامية متوافقة مع تطور المجتمع. ومع ذلك ، فإن الإجماع والقياس والاستحسان والعرف والاستصحاب لا يزالون في مواقع مختلفة. من ناحية أخرى ، فإن هذا الدليل الشرعي مع القرآن والحديث هو مصدر الاجتهاد، لكن من ناحية أخرى فإن الدليل الشرعي هو منهج الاجتهاد.

المشاكل تزداد تعقيدًا، في حين أن الحلّ لم يصوّغه فقهاء الأصوليين السابقين، ثم يشير إلى الاجتهاد بالرأي، أي تحديد الأحكام على أساس الفوائد (المصلحة)، وقواعد الكليات ، وعلة الحكم. وعلى مستوى التنفيذ تشمل هذه الأساليب: القياس، والاستحسان، والاستصلاح، والعرف، والاستصحاب، وسد الذريعة وغير ذلك.

---

[٢٢]. فضل الرحمن، **الإسلام والحداثة، تحويل التقاليد الفكرية**، (جيكاغو: مطبعة جامعة جيكاغو، ١٩٨٢)، ص: ٨.

الاجتهاد في الإسلام كما نقله أمير المعلم كما قال إقبال يحتوي على معنى "الحركة لتقدم المسلمين". الاجتهاد هو مفتاح ديناميات التعاليم الإسلامية، بما في ذلك مجال الحكم الإسلامي.[٢٣]

هذه الحياة المعقدة لا تنتهي أبدًا بالتغيرات والديناميكيات، وما هو أبدي هو التغيير والديناميكيات نفسها. إن الأحكام التي تم سنها في شكل قوانين أو الأحكام الإسلامية ستكون دائمًا مشروطة وتتخلف عن التغييرات وديناميكيات حياة الناس التي يمرون بها. لا يستطيع الحكم الإسلامي أبدًا أن يجيب تمامًا على المشكلات الحديثة التي تحدثت في المجتمع، أو بعبارة أخرى، تم الانتهاء من الشريعة، لكن الحياة لا تنتهي أبدًا بالتغييرات والديناميكيات. فهل يمكن للشريعة الإسلامية التي اكتملت أن تجيب على مشاكل الحياة المجتمعية التي لم تكتمل قط.؟[٢٤]

للتمكن من الإجابة على المشاكل المذكورة أعلاه ، من الضروري تطوير الشريعة الإسلامية في طريقة الإجتهاد وصارت مهمة لمواجهة تحديات العصر. يمكن ملاحظة ذلك في بداية النهضة الإسلامية، حيث أظهر المسلمون روحًا عالية من الاجتهاد واستندوا إلى الفقهاء في مجال الشريعة

---

[٢٣]. أمير المعلم، **منهج الاجتهاد في الشريعة الإسلامية في إندونيسيا: جهود توحيد الرسائل النصية مع الواقع الاجتماعي**، (الكلمة الافتتاحية في منصب أستاذ في الفقه، جامعة إسلامية أندونسية، ١٧ يونيو ٢٠٠٦)، ص: ١٣.

[٢٤]. خسني، **طريقة الإجتهاد والإستنباط (إجتهاد الحاكم في قضاء الإسلام)**، (سيماراغ: أونيسولا فريس، ط:١/ ٢٠١١)، ص: ٢.

الإسلامية. وعليه، بعد وفاة النبي محمد ﷺ فترة تكوين للشريعة الإسلامية. تقع مسؤولية التطور السريع للشريعة الإسلامية على أيدي المجتهدين الذين يتمتعون بالقوة والموثوقية في هذا المجال.

ب. أســـئلة البـحث

بناءً على إشكالية البحث أعلاه ، فإن المسائل الرئيسية التي يرى الباحث لبيانها في هذا البحث هي كيفية الإستدلال في تخريج الأحكام بالإستحسان ، والمصلحة المرسلة، و سدّ الذريعة في تطوير طريقة الإستنباط على الأحكام الشرعية من حيث المنهجية للإجتهاد الإستصلاحي، وضرورة هذه الحجج في الإجابة على المشاكلة الجديدة. ثم للإجابة على المشاكل الرئيسية المذكورة أعلاه ، هناك عدة أسئلة ناشئة عن ذلك الموضوع الأساسي، وهي على النحو التالي؛

١. كيف مكانة الإستدلال بالإستحسان والمصالح المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين مع بيان دراسة المقارنة فيها بمحاولة الإتحاد بين أرائهم حتى تحقق القول بعدم الإختلاف في حجية تلك الأدلة حقيقة ...؟

٢. كيف تحقيق ضرورة تطبيق الإستدلال بهذه الأدلة (الإستحسان، والمصلحة المرسلة وسد الريعة) في المسائل العصرية في المحاولة عن تطوير الإجتهاد من حيث منهجيته ...؟

ج. حـــدود البـحث

بعد عرض إشكالية البحث فيما سبق بيانها أراد الباحث تحديد بحثه لأن لا يكون واسعا ومطولا حتى لا يحصل للباحث أهداف بحثه. فبذلك حدد الباحث بحثه في الإجتهاد في الأدلة المختلف فيها بدون إحضار بيان الأدلة المتفق عليها لأنها لا يقصدها الباحث في تأليف هذه الأطروحة. ثم لمّا حدّد الباحث بحث أطروحته في الإجتهاد في الأدلة المختلف فيها أراد بحثها على التدقيق حتى يمكنه بيان مجال الإجتهاد في الأدلة المختلف فيها مع بيان دراسة المقارنة بين الأصوليين في الإحتجاج بها ثم في الأخير سيذكر الباحث أثر التطبيقات في الأدلة الشّرعية المختلف فيها في إشكالات المعاصرة أي في فقه النوازل المعاصرة.

د. بيان الإصطلاحات

في هذه الفقرة أراد الباحث تبيين الإصطلاحات الرئيسية أو الكلمات المفتاحية الواردة في عنوان البحث لتيسير فهم هذا البحث، ثم ليكون هذا البحث لم يخرج عمّا يريد الباحث ولوجود الإتساق في استخدام المصطلح أو استعماله وتجنب الخطأ والفهم المختلف من قبل القارئ عما يقصده الباحث في بحثه.

ثم لتجنب حدوث أخطاء في المصطلحات المستخدمة في هذا البحث أو أخطاء في فهم أو تفسير بعض المصطلحات الرئيسية المستخدمة كما هو مذكور في العنوان، يرى الباحث أنه من الضروري الحدّ من المصطلحات التي وردت في هذ البحث، وهي؛

١. مجال الإجتهاد؛ كل حكم شرعي عملي ليس فيه دليل قاطع.[٢٥]

٢. الأدلة الشرعية المختلف فيها؛ الأدلة التي لم يتفق الأصوليون في أخذها حجة وذكر وهبة الزحيلي بأن هذه الأدلة المختلف فيها داخلة تحت ما يسمّى بالإستدلال أو بما يتصل بالإستدلال.[٢٦]

٣. الإستدلال؛ طلب الدليل[٢٧] أو الطريق المرشد إلى المطلوب وفي الإصطلاح إنه يطلق تارة على معنى ذكر الدليل سواء كان الدليل نصا أو إجماعا أو قياسا أو غيره. ويطلق تارة على نوع خاص من أنواع الأدلة وهذا هو المطلوب بيانه هنا فإنه معرّف بما يلزم من الحكم وليس نصا ولا إجماعا ولا قياسا كما عرّفه

---

[٢٥]. مُحَمَّد بن على بن مُحَمَّد الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط: ٢ / ١٩٩٣ م)، ص: ٢٥٢-٢٥٣، يوسف القرضاوي، **الإجتهاد في الشريعة الإسلاميّة مع نظارات تحليلية في الإجتهاد المعاصر، (كويت: دار القلم للنشر والتوزيع، ط: ١/ ١٩٩٦)** ص: ٦٥.

[٢٦]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه**، ص: ٧٣٣.

[٢٧]. انظر تعريف الإستدلال وتفصيل الكلام عنه: في **لسان العرب**، لابن منظور، (بيروت: دار الصادر)، ج: ١١/ ص: ٢٤٨.

الآمدي بأنه عبارة عن دليل لا يكون نصا ولا إجماعا ولا قياسا.[٢٨] وقال سليمان المرداوي في التحبير شرح التحرير؛

"الإستدلال هو طلب الدليل لأنه من جملة الطرق المفيدة للأحكام فذكر بعد الفراغ من كلام الأدلة الأربعة وهي الكتاب (القرآن)، والسنة، والإجماع والقياس. ثم الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة داخل في الأدلة المختلف فيها، وإنما عبر عن الأدلة المختلف فيها بالإستدلال لا بالمصادر الأحكام؛ لأن كل ما ذكر فيها إنما قاله عالم بطريق الإستدلال والإستنباط، وليس به دليل قطعي ولا أجمعوا عليه.[٢٩]

٤. المسائل العصرية؛ الوقائع الحادثة مما ليس فيها كتاب ولا سنة ولا إجماع عليها.

٥. الإستحسان؛ العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.[٣٠]

٦. المصلحة المرسلة؛ المصالح التي لم تقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها.[٣١]

---

[٢٨]. محمود حامد عثمان، **القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين**، (الرياض: دار الزاحم للنشر والتوزيع، ط: ١/ ٢٠٠٢)، ص: ٤١-٤٢.

[٢٩]. سليمان المرداوي الحنبلي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، (الرياض: مكتبة الرشد)، ج: ٨/ ص: ٣٧٣٩.

[٣٠]. مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الإسلامي**، (دمشق: دار الإمام البخاري)، ص: ١٢٢.

[٣١]. مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٣٤.

٧. سد الذريعة؛ كل وسيلة مباحة قصد التوصل بها إلى المفسدة أو لم يقصد التوصل إلى المفسدة، لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها. وقد عرفها الإمام الشاطبي رحمه الله . بقوله: (منع الجائز لئلا يتوسل به إلى الممنوع).[٣٢]

إ. أهداف البحث

الغرض من هذا البحث هو المعرفة الصحيحة عن كيفية الإستدلال في تخريج الأحكام بالإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسدّ الذريعة في تطوير طريقة الإستنباط على الأحكام الشرعية، ثم معرفة ضرورة تطبيق هذه الحجج في الإجابة على المشاكلة الجديدة التي لا يوجد نص شرعي يدل على حكمها لا سيما أن النصوص الشرعية قد انتهت بوفاة الرسول ﷺ مع أن الوقائع والمستجدات غير متناهية.

ثم هذا البحث يهدف على الوجه الخاص الذي يمكن تلخيص أهدافه في النقاط التالية؛

[٣٢]. مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٥٧٠.

١. مكانة الإستدلال بالإستحسان والمصالح المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين مع بيان دراسة المقارنة فيها بمحاولة الإتحاد بين أرائهم حتى وقع القول بعدم الإختلاف في حجية تلك الأدلة حقيقة.

٢. معرفة تحقيق ضرورة تطبيق الإستدلال بهذه الأدلة (الإستحسان، والمصلحة المرسلة وسد الريعة) في المسائل العصرية في المحاولة عن تطوير الإجتهاد من حيث منهجيته.

ف. فوائد البحث

يرجى أن يكون هذا البحث يفيد للباحث وللقراء عليه على الفوائد التالية؛

١. زيادة العلم والمعرفة للباحث وللقراء عن مكانة الإستدلال بالإستحسان والمصالح المرسلة وسد الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين مع بيان دراسة المقارنة فيها بمحاولة الإتحاد بين آرائهم.

٢. زيادة العلم والمعرفة للباحث وللقراء في تحقيق ضرورة تطبيق هذا الإستدلال في المسائل العصرية.

٣. والأخير هذا البحث كونه رسالة الماجستير يصير شرطا للباحث لنيل شهادة الماجستير في قسم الحكم الإسلامي من جامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية، ميدان.

غ. الدراسات السّابقة

لا شك أن موضوع حول نظرية الإجتهاد ثم في الأدلة الشّرعية المختلف فيها قد كتب فيه كثيرا، قديما وحديثا إلا أن مناقشة موضوع الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورية تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا ودراسة) لم يحظَ – حسب علمي – بصورة البحث العلمي المستقل بعبارة أخرى لا خصصه أحد برسالة ماجستير، لكن العلماء قد تناولوا هذا الموضوع في كثير من الأحيان عند كلامهم عن الإجتهاد والأدلة الشّرعية حيث اعتبروه من المواضيع الجزئية التي تبحث عند الكلام عنهما في كل مصنّفاتهم بشكل عام.

لا يكاد كتاب من كتب أصول الفقه يخلو عن باب يتناول موضوع الإجتهاد وما يتعلق به وهكذا بالأدلة الشّرعية وما يتعلق بها، وما ذاك إلا لقوة علاقة الإجتهاد بعلم أصول الفقه الذي قد سبق ذكره في أول هذا البحث.

بعد الإطلاع لم يجد الباحث من أفرد مجال الإجتهاد في الأدلة الشّرعية المختلف فيها في الإستنباط على الأحكام وأثر تطبيقاتها في إشكالات المعاصرة ببحث مستقل. ولكن وجد الباحث بعض الرسائل التي تناولت موضوع الإجتهاد والأدلة الشرعية، وأهم الدراسات السابقة التي لها علاقة مباشرة بموضوع هذا البحث ما يأتي؛

١. **الإجتهاد ودوره في تجديد الفقه الإسلامي**، مجالة علمية التي أعدها عطاء رحمن الندوى.

٢. **تنشيط دور أصول الفقه كأساس منهجي لإستنباط الحكم في الإسلام**، مجال علمية التي أعدها محمد رافق.

نتيجتها؛ في بيان هدف بحثه، رأى الباحث أن هذا البحث يحاول الكشف والإظهار عن الخلفية التارخية وأسس تكوين علم أصول الفقه، والدور الأور لأصول الفقه في الفكر الشرعي الإسلامي وتطوره، وصيغة لإعادة تطوير الفقه في الإستجابة عن الوقائع الحادثة العصرية.

ثم بعد ذلك يرى الباحث أن ما نحتاجه الآن هو المحاولة لإعادة اكتشاف علم أصول الفقه، يعنى إنا نرى لهذا العلم هو نشأ ويكون منهجيا للخطوات في

تخريج الأحكام الشرعية. ويقول أن معظم الفقه التي وضعها المجتهدون في الماضي لم يقع عليها قول في الإتفاق على انتهائها وكانت تعتبر كاملة التي لا يجوز التغيير فيها كما يفهم الآن. بل وجدت فيها أحكام تصبح مؤقتة بحسب تلك الأزمنة. هناك من المعلوم بأن مجال الإجتهاد هو في النصوص الشرعية التي قبلت للإجتهاد فيها. فتبين أن علم أصول الفقه قد نشأ بحيث لا يمنع نتاج الفكر الفقهي كما زعم الكثيرون. وتمت صياغة أصول الفقه في الواقع لتوفير الضمانات لجهود تطوير الفكر الشرعي الإسلامي (الفقه)، على النحو الذي يرغب فيه الحداثيون. لذلك من غير المناسب أن يتهم الحداثيون الفقه بأنه سبب جمود الشريعة الإسلامية.

وبناءً على ذلك، فإن الخطوة التي يجب اتخاذها بعد استكشاف علم أصول الفقه هي إعادة دور الفقه كأساس منهجي في الاستنباط للأحكام الشرعية ، وهو في سياق حديث هو تخريج الحكم الإسلامي يتوافق مع الواقع الحديث. أصبحت عودة الدور كأساس منهجي ضرورة ، لأنه منذ البداية يظهر وجود الفقه في مثل هذا الدور.

٣. **أصول الفقه؛ إعادة بناء المنهج في ديناميك للحكم الإسلامي**، مجالة علمية التي أعدها إفرينالدي.

نتيجتها؛ في بيان بحثه، يرى الباحث أن إعادة بناء المنهج في ديناميك للحكم الإسلامي يتعلق بضرورة تطبيق الإجتهاد وتطوره. ويرى بأن تطور في الحكم الإسلامي - لا سيما في مواجهة سرعة التطور أو التغيير في الأماكن والأحوال - لا يحصل إذا كان الإجتهاد متوقفا عن التطور.

ثم يقول في هذه الحالة ، فإن الاجتهاد هو السبيل الوحيد لتوقع التغيير ويمكن للشريعة الإسلامية أن تستوعب تطور المجتمع. ومع ذلك، فإن الإجماع والقياس والاستحسان والعرف والاستصحاب لا يزالون في مواقع مختلفة. يعني من ناحية، فإن هذه الأدلة مصحوبة بالقرآن والحديث مصدر من مصادر الأحكام، لكن من ناحية أخرى، فإن هذه الأدلة هي طريقة الاجتهاد.

ثم يرى الباحث حول تطوير الإجتهاد من ناحية تطبيقه عملا، كما أشار إليه الدكتور يوسف القرضاوي، وهو يقسم طريقة الإجتهاد بالإجتهاد الإنتقائي، والإجتهاد الإنشائي، والإجتهاد الجماعي أو الفردي. ويدخل الباحث أيضا حول

تطوير الإجتهاد عن الإجتهاد المبني للمصلحة أو الإجتهاد الموافق للمقاصد الشرعية.

٤. **الإستدلال بالإستحسان في طريقة الإستنباط الأحكام في أصول الفقه**، مجالة علمية التي أعدها محمد رجال قاسم.

نتيجتها؛ في بيان هدف البحث، يرى الباحث بأن الإستدلال بالإستحسان هو الإجتهاد المبني على أساس الدين من مراعاة المصلحة بالعدول في المسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.

ويبين الباحث عن الإستحسان بدءا من تعريفه مع بيان قليل في اختلاف العلماء في اطلاق الإستحسان وتسميته، ثم بعد ذلك يبين أقسام الإستحسان كما عرفت بين الأصوليين، ثم يقول بعده في تعلق الإستحسان بعلم أصول الفقه باعتبار أن علم أصول الفقه هو العلم الذي يتعلق بالقواعد والبحوث التي يتوصل بها المجتهد إلى استفادة الأحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها التفصيلية. في بحثه هو يقول بأن الإستدلال بالإستحسان هو أحد الدليل من الأدلة الشرعية التي اتفقت عليها كلمة الأئمة الأصوليين على حجيتها عموما بعد

بيان محل النزاع بينهم في تسمية هذا الدليل، مع أنّ نجد بعض العلماء من الأصوليين نفواه نفيا مطلقا.

في ختام بحثه عن الإستدلال بالإستحسان، يرى الباحث بأن الإستدلال بالإستحسان هو العمل بالمصادر غير النصية، لأنه يرى أن المصادر الأحكام الإسلامية تنقسم إلى قسمين، قسم المصادر النصية وهي القرآن والسنة، والثاني المصادر غير النصية وهي تشمل الإجماع والقياس والمصلحة المرسلة والإستحسان والإستصحاب والعرف وسد الذريعة. ثم رأى من حيث المبدأ أن الأخذ بالإستحسان منهجية في الإجتهاد أن يمكن للمسلمين الإستفادة منه في تطور الأحكام الإسلامية.

٥. **سدّ الذريعة طريقة من استنباط الأحكام الاسلامية**، مجالة علمية التي أعدتها مسرانيتي

نتيجتها؛ في بيان هدف بحثها، ترى الباحثة بأن تطبيق الحكم الإسلامي في الفقه الإسلامي مرتبط بدور العلة فيه وجودا وعدما مع مراعاة مقاصد الشريعة في النفع والضر، ومع ذلك أن التطور من الديناميكية الإجتماعية في المجتمع مستمر في الوقوع حتى يؤثر أثرا قويا في النظام الحكمي فيه.

رأت الباحثة أن الإستدلال بسدّ الذريعة دليل من أدلة الأحكام في طريق الإستنباط وهذا الإستدلال إجابة في مواجهة التطور السريع في المجتمع بمراعاة المصلحة والمفسدة كما أرشدت إليها روح التشريع في تخريج الحكم.

ثم قالت بأن الإستدلال بسد الذريعة محل الإختلاف بين الأصوليين، فمنهم متمسكون به في الإجتهاد وآخر مبطلون به. وبعد تفصيل هذا الإستدلال بدءا من تعريفه وأقسامه، وأصله من النصوص الشرعية مع بيان موقف العلماء الأصوليين في أخذه حجة في الإستنباط للحكم الشرعي، ختمت ببيان تطبيق هذا الدليل في الوقائع الحادثة مثل مسالة نقل الدم للصائم، وتولية المرأة عاملة لشؤون الحاج في العبادة، ومسألة الفرقة بين الزوجين أمام المحكمة ومسألة زواج المسلم بالكافر ومسألة تحديد النسل في المناكحة والأسرة وغير ذلك.

وفي ختام بحثه قالت يمكن أن يكون أخذ سد الذريعة طريقة في الإجتهاد للإستنباط الأحكام يحقق المنفعة للناس وتجنبهم من الهلاك لأن الإستدلال به غرضه الحصول على المنفعة أو تجنب الضرر.

تحدّث كل الباحثين في رسالاتهم عن موقف علم أصول الفقه حيث يكون منهجا في طرق الإستنباط على الأحكام، ثم يتحدثون عن مكانة مصادر الأحكام المختلف فيها في كونها حجة من تخريج الحكم الشرعي. بل لم يتطرق أحد منهم عنها في الإقتراب بدراسة المقارنة، حيث يتحدثون عن تحرير محل الخلاف بين الأصوليين في أخذ تلك الأدلة حجة في استنتاج الحكم الشرعي. وعلى ذلك هذا بحث أطروحة الباحث يحاول الجمع بين نظرية الإجتهاد يعني مجالاته في الإستنباط الأحكام بالأدلة الشرعية المختلف فيها. ثم بعد محاولة الباحث لبيان علاقة الإجتهاد والأدلة الشرعية المختلف فيها في تخريج الأحكام، فكيف تجري الإختلافات من الأصوليين في الإحتجاج بالأدلة المختلف فيها، وأراد الباحث ذكر الآثار من تطبيق تلك الأدلة المختلف كلها في بيان الحكم الشرعي من مشكلات المعاصرة، ومع ذلك يقصد الباحث المحاولة لتطوير الإجتهاد بإدخال الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة في نوع الإجتهاد الإستصلاحي، لأن أساس تطبيق ذلك الإستدلال يتفق مع مقصود الشارع لتشريع الحكم. ويرجو الباحث أن يقدم رأيا جديدا في نزع كلمة "المختلف فيها" عن تلك الأدلة، ويبدله بكلمة المتفق عليها مع مراعاة شروط الإحتجاج بها ممن يتمسك بها بشروط مقصودة.

وبالنظر إلى الرسائل العلمية السابقة يتضح أنها لم تتطرق إلى موضوع البحث (الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند

الأصولين وضرورية تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا ودراسة) مما يجعل الحاجة ماسة إلى عرض الموضوع ودراسته من خلال بحث مستقل يعني أطروحة البحث نظرا لأهميته.

هـ. منـــهج البـحث

يعد منهج البحث من العوامل المهمة ومحددات نجاح الدراسة، لأنها تتضمن المشكلة الرئيسية في تنفيذ جمع البيانات التي تشتد الحاجة إليها في البحث. لذلك، فإن حقيقة منهج البحث هو كيفية إجراء البحث بشكل تسلسلي، أي بالأدوات والإجراءات التي يتم إجراء البحث بها.[٣٣]

في إجراء هذه الدراسة البحثية، يستخدم الباحث خطوات البحث ويتخذها منهجا لهذه الدراسة البحثية. فالمنهج الذي سيسير عليه الباحث في هذا البحث يرتكز على الأسس التالية، على الأقل هناك عدة خطوات اتخذت، وهي؛

[٣٣] مُحَمَّد ناصر، **مناهج البحث**، (جاكرتا: غالية إندونيسيا، ١٩٨٨، ط: ٣)، ص: ٥٢.

١. نوع البحث

هذا النوع من البحث نوع وصفي ، لأن أداة العمل هي البحث في المكتبة من خلال استيعاب الأفكار والأفكار في معالجة البيانات. وتفصيله هذا البحث عبارة عن بحث مكتبة والذي يعرف أكثر بالبحث النوعي (بحث المكتبة)، أي البحث من خلال الأقوال والآراء من الأصوليين في طريقة الإجتهاد بأخذ الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة استدلالا في تخريج الأحكام الشرعية مع دراسة المقارنة فيها حتى يبحث عنها الإمكان من تطوير طرق الإستنباط للأحكام الشرعية بأخذ تلك الأدلة المختلف فيها استدلالا على ما جاءت من الإشكالات المعاصرة والمسائل الجديدة، مع المحاولة من الباحث بيان ضرورة تطبيق تلك الأدلة تجديدا لطريقة الإجتهاد المعتبرة عند الأصوليين كما تعرف، كطريق الإجتهاد من ناحية اللغوية (الإجتهاد البياني) والإجتهاد من ناحية الأقيسة (الإجتهاد التعليلي) والإجتهاد من ناحية المصلحة (الإجتهاد الإستصلاح) تطويرا منها.

أ) منهج اقتراب البحث

(١) اقتراب دراسة أصول الفقه

بنيت هذه الدراسة باستخدام منهج دراسة أصول الفقه (الإقتراب الأصولية) أي الدراسة والتحليل من ناحية أصول الفقه المتعلقة بمنهج الاجتهاد باستخدام الأدلة المختلف فيها في أراء الأصوليين، وتلك الأدلة تنحصر في الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة.

لأنّ الموضوع من هذا البحث وثيق الصلة باستخدام الأدلة لتخريج الحكم لا سيما إثبات الحكم الشرعي بما وردت من المسائل المعاصرة الجديدة التي لم ترد بحكمها النصوص الشرعية. لذلك، يحاول الباحث الاقتراب في تحليل هذا البحث بمنهج دراسة أصول الفقه بناءً على علم أصول الفقه.

إذا تحدثنا عن الإستدلال بالأدلة المختلف فيها، فسنجد بالطبع آراء مختلفة من الأصوليين. سيحاول الباحث أيضًا أخذ آراء العلماء المختلفة عند التحليل في هذه الدراسة.

(٢) اقتراب دراسة المقارنة

هذا البحث يستعمل فيه الإقتراب بدراسة المقارنة بين الأقوال والآراء من الأصوليين في الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة مع

بيان محل النزاع بينهم حتى يمكن الجمع من آرائهم. و يرجو الباحث أن يقدم رأيا جديدا في نزع كلمة "المختلف فيها" عن تلك الأدلة، ويبدله بكلمة المتفق عليها مع مراعاة شروط الإحتجاج بها ممن يتمسك بها بشروط مقصودة.

٢. مصدر بيانات البحث

أ) مصدر الأصل؛ آراء الأصوليين في الإستدلال بالأدلة المختلف فيها حول الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة من المتكلمين الشافعية وفقهاء الحنفية و بالخصوص أقوال علماء المعاصرين فيها.

ب) مصدر الفرع الأول؛ كتاب أصول الفقه الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

ج) مصدر الفرع الثاني؛ كتب أصول الفقه المعاصرة التي صنف عليها المعاصرون كالشيخ الدكتور وهبة الزحيلي، والشيخ الدكتور عبد الكريم زيدان، والشيخ الدكتور عبد الكريم النملة، والشيخ أبو زهرة ، والشيخ عبد الوهاب خلاف. ثم أدخل الباحث رسائل الدكتورة المنشورة في اليوم من مؤلفات المتخرجون في درجة الدكتورة.

٣. خطوات جمع البيانات

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي المعتمد على الأسلوب المكتبي في جمع البينات مستفيدا في ذلك نتائج البحوث والكتابات والدراسات السابقة، ثم قام الباحث على دراسة المقارنة في الإتجاه والمقاربة في تشكيل هذا البحث فالمنهج الذي سيسير عليه الباحث في هذا البحث يرتكز على النقاط التالية؛

أ) جمع آراء الأصوليين من كتبهم المعتمدة من مدرسة الأصول المتكلمين وفقهاء الحنفية.

ب) الاستعانة بالكتب الأصولية الأخرى المساندة التي نقلت كثيرا من أرائهم في فن علم أصول الفقه لا سيما بالكتب الأصولية الحديثية.

ج) ترتيب نقل الأقوال في المسألة بحسب الترتيب.

د) بعد جمع هذه الأراء الأصوليّة المبثوثة في بطون تلك الكتب واستخلاصها، أقام الباحث بدراستها جمعا ومقارنة بحسب ما تقتضيه أمانة البحث في ذلك مع بيان إمكان الجمع لكل الأقوال من المستدلّين بها والمنكرين في جميع الأدلة الشرعية المختلف فيها.

إ) عزوت كل آية كريمة إلى موضعها من السور في كتاب الله تبارك وتعالى.

ف) إيضاح الألفاظ والمصطلحات بالرجوع إلى معاجم وقواميس اللغة.

غ) ختمت البحث بخاتمة اشتملت على نتائج البحث بشكل مختصر.

٤. تحليل البيانات

التقنيات المستخدمة في معالجة البيانات هي تقنيات التحرير والمراجعة، والبيانات التي تم الحصول عليها لم يتم تضمينها بالكامل ولكن يتم اختيار البيانات المتعلقة بالمشكلة، بحيث لا تنحرف المناقشة وتكون البيانات دقيقة.

بعد البيانات المتعلقة بالاستدلال مع الأدلة المختلف عليها حول الاستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة بالرجوع إلى كتب أصول الفقه من دوائر المتكلمين الشافعية وفقهاء الحنفية و كتب أصول الفقه من علماء المعاصرين.

الخطوة التالية هي تحليل الآراء والأقوال من الأصوليين الواردة في كتب هذه، وكذلك تحليل الخطابات الجديدة التي ظهرت في تطوير طرق الإستنباط على الأحكام يعني الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة التي دخلت كلها في الإجتهاد الإستصلاحي لدي الباحث عن تحدث عن تطوير طريقة الإجتهاد في تقديم إجابات للوقائع الحادثة الجديدة التي لم تذكر بشكل حقيقي وواضح في القرآن والأحاديث النبوية ، ويعرف هذا التحليل باسم (تحليل المحتوى) تحليل المحتوى.

ي. خـــطة البـحث (تقسـيمات البـحث)

لتيسر فهم هذه الأطروحة وتصورها وقراءتها، يقسّم الباحث هذه الأطروحة إلى خمسة أبواب بعضها يربط بعضه، وبيانها على النحو الآتي؛

الباب الأول: بحثت فيه مقدمة تشمل على إشـكالية البحث، أســئلة البحث، حـدود البحث، أهــداف البحث، فــوائد البحث، الدّراسات السّـابقة، منهــج البحث، و خطة البحث (تـقسيمات البحث).

الباب الثاني: بحثت فيه نظرية الإستنباط، وهي تعريفه ثم طريقه في تحصيل الأحكام وأردا الباحث إلى تخصيص البيان للطريقة الواحدة من الإستنباط عن الإستدلال الذي يكون من نوع الإجتهاد.

الباب الثالث: بحثت فيه الإستدلال بالإستحسان والمصالح المرسلة وسد الذريعة ترتيبا مع تحقيق دراسة المقارنة في آراء الأصوليين في الإحتجاج بها.

الباب الرابع: بحثت فيه ضرورة تطبيق هذه الأدلة في الإستدلال على المسائل العصرية.

الباب الخامس: خاتمة البحث تشمل النتيجة والإفتراحات.

الباب الثاني

نظرية الإســتنباط

أ. تعريف الإســتنباط

الأحكام الشرعية تؤخذ من النصوص الشرعية، وأن النصوص الشرعية كونها عربية، فإذا أراد المجتهذ أن يعرف حكمامنها فعليه أن يجتهد في طلب الحكم الشرعي من منها باتباع طرق الإستنباط للأحكام الشرعية التي وضعها الأصوليون.

قبل أن ندخل عليها حتى نتحدث بها تفصيلا، يجب علينا أن نقدم عليها بيانا في معرفة معنى من كلمة الإستنباط لغة واصطلاحا. غايته أننا نجد أولا فهما صحيحا في افتتاح هذا البحث. فلذلك أردت أن أبين تعريف الإستنباط ومعناه.

فالإستنباط لغة: هو استخراج الماء من العين، من قولهم: "نبط الماء" إذا خرج من منبعه.[٣٤] قال الإمام ابن حجاج السغناقي: الإستنباط: استفعال من النبط وهو الركية (أي البئر، جمعها رَكِيٌّ ورَكَايا) التي أخرجها الحافر بكد عظيم، والعلم منه بمنزلة الماء؛ لأن فيه حياة الدين

[٣٤]. علي بن مُحَمَّد الجرجاني، **معجم التعريفات**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط: ١/ ١٩٩٥ م)، ص: ٢٢.

كما أن الماء حياة الأرض.[٣٥] وقال: سمي الإجتهاد استنباطا؛ لأن الوقوف على المعنى المؤثر متعسّر، وهذا من ترشيح الإستعارة؛ لأن العلم لمّا كان ماء بطريق الإستعارة سمي استخراج المعنى المؤثر من النصّ استنباطا ترشيحا للإستعارة.

وقال ابن منظور: النبط هو الماء الذي ينبط من قعر البئر إذا حفرت، واستنبطه واستنبط منه علما وخبرا ومالا: أي استخرجه، والإستنباط: الإستخراج. واستنبط الفقيه إذا استخرج الفقه الباطن بإجتهاده وفهمه. قال الله عز وجل: (**لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ ..﴿٨٣﴾**)[٣٦]؛ قال الزجاج: معنى يستنبطونه في اللغة يستخرجونه، وأصله من النبط وهو الماء الذي يخرج من البئر أول ما تحفر.[٣٧]

وفي الإصطلاح: استخراج المعانى من النصوص بفرط الذهن وقوة القريحة.[٣٨] معناه في الفقه: استخراج المجتهد المعاني والأحكام الشرعية من النصوص ومصادر الأدلة الأخرى.[٣٩]

---

[٣٥]. حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي، **الكافي شرح البزدوي**، (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١ / ٢٠٠١) ج: ١/ ص: ٢٦٦.

[٣٦]. سورة النساء (٤): ٨٣.

[٣٧]. أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الأفريقى المصرى، **لسان العرب**، (بيروت: دار الصادر)، ج: ٧/ ص: ٤١٠.

[٣٨]. الجرجاني، **معجم التعريفات**، ص: ٢٢.

[٣٩]. قاموس معجم المعاني.

وقال أمير الحاج الحنبلي في التقرير والتخبير في بيان معنى الإستنباط، هو وآثر لفظ الاستنباط على الاستخراج ونحوه إشارة إلى ما في استخراج الأحكام من النصوص من الكلفة والمشقة الملزومة لمزيد التعب كما هو الواقع، فان استعماله الكثير لغة في استخراج الماء من البئر والعين والتعب لازم لذلك عادة.[٤٠]

فهمنا مما يقول به أمير الحاج عن الإستنباط عل أن عملية الإستنباط ليس بالأمر اليسير والسهل، بل كان الإستنباط عملية إخراج الحكم الشرعي من المجتهد مع جهده واستفراغ وسعه له حتى يصل إلى حد المشقة ولا يستطيع المزيد.

ويوافق هذا المعنى قول الأستاذ محمد الزحيلي حيث يقول أن موضوع أساسي من علم أصول الفقه هو الإستنباط الذي يكون هو استخراج الحكم الشرعي من أدلته التفصيلية. فالإستنباط هو إخراج الحكم الشرعي من النص بمراعاة اقتضاء دلالة النص عليه، بعبارة أخرى طريقة الإستنباط هو باتباع قواعد اللغوية (الإستنباط البياني).[٤١] كما أشار إلى هذا

---

[٤٠]. أمير الحاج الحنبلي، **التقرير والتخبير**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩)، ص: ٢٨ – تحقيق: عبد الله محمود مُحَمَّد عمر.

[٤١]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ١٣.

عياض السلمي حيث قال: (بطريق الاستنباط)؛ ليخرج المجتهد بذل الوسع لإدراك الحكم الشرعي بحفظ النصوص الشرعية الدالة صراحة على الحكم.[٤٢]

ب. طرق اســتنباط الأحكام الشرعية من النصوص

نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية هي التي يقوم عليها كل استنباط في الشريعة الإسلامية، فالأدلة الشرعية قسمان نصوص وغير نصوص. والأدلة التي لم تعتبر نصوصا كالقياس والاستحسان هي ذاتها مستنبطة من النصوص، ومشتقة منها عليها. ولابد من أن يعرف الفقيه طرق الاستنباط من النصوص. فإن علم أصول الفقه رسم المناهج لطرق الاستنباط من النصوص.[٤٣]

إذا كنا نرجع إلى تعريف علم أصول الفقه فعلم بأنه القواعد يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، والإستنباط كما تقدم قريبا أنه استخراج الحكم الشرعي من أدلته التفصيلية، فهناك نوعان من القواعد الموصلة إلى استنباط الأحكام؛

---

[٤٢]. عياض بن النامي السلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، (الرياض: دار التدمرية، ٢٠٠٥)، ص: ٤٤٨.

[٤٣]. أبو زهرة، **أصول الفقه**، (دار الفكر العربي)، ص: ١١٥.

فالأول تسمى بالقواعد اللغوية أو بالقواعد اللفظية أو الأصولية.[٤٤]
والآخر تسمى بالقواعد المعنوية أو بالقواعد الشرعية أو بقواعد مقاصد الشريعة [٤٥]

وزاد طريقة واحدة لطرق استنباط الأحكام الشرعية الأستاذ عبد الكريم زيدان وهي الناسخ والمنسوخ والتعارض والترجيح.[٤٦]

لقد وضع علماء أصول الفقه قديما وطوروا قواعد الاستنباط التي أصبحت أداة مهمة في استخراج الشريعة الإسلامية. وبشكل عام يمكن تقسيم طريقة الاستنباط إلى ثلاثة أنواع، هي باعتبار جانب قواعد اللغوية، وجانب مقاصد الشريعة، والتعارض والترجيح.

١. الإستنباط بالقواعد اللغوية أو اللفظية

نصوص القرآن والسنة باللغة العربية. وفهم الأحكام منها إنما يكون فهما صحيحا إذا روعي فيه مقتضى الأساليب في اللغة العربية وطرق الدلالة فيها وما تدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة.[٤٧] ولهذا عني علماء أصول الفقه الإسلامي باستقراء الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها، واستمدّوا من هذا الاستقراء ومما

---

[٤٤]. أطلق على الأول الاستاذ على حسب الله، وعلى الثاني الشيخ أبو زهرة، والثالث الأستاذ عبد الكريم زيدان.

[٤٥]. علي حسب الله، **أصول التشريع الإسلامي**، (مصر: دار المعارف، ط: ٥/ ١٩٧٦)، ص: ١١، أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص: ١١٥- ١١٦، عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٧٥-٢٧٦.

[٤٦]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٧٦.

[٤٧]. علي حسب الله، **أصول التشريع**، ص: ١١.

قرره علماء هذه اللغة قواعد وضوابط، يتوصل بمراعاتها إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهما صحيحا، يطابق ما يفهمه منها العربي الذي وردت هذه النصوص بلغته، ويتوصل بها أيضا إلى إيضاح ما فيه خفاء من النصوص، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض، وتأويل ما دل دليل على تأويله، وغير هذا مما يتعلق باستفادة الأحكام من نصوصها.[٤٨]

وهذه القواعد والضوابط لغوية مستمدة من استقراء الأساليب العربية وبما قرره أئمة اللغة العربية، وليست لها صبغة دينية. فهي قواعد لفهم العبارات فهما صحيحا؛ ولهذا يتوصل بها أيضا إلى فهم مواد أي قانون وضع باللغة العربية، لأن مواد القوانين الوضعية المصوغة باللغة العربية، هي مثل النصوص الشرعية في أنها جميعها عبارات عربية مكونة من مفردات عربية ومصوغة في الأسلوب العربي، ففهم المعاني والأحكام منها يجب أن يسلك فيه السبيل العربي في فهم العبارات والمفردات والأساليب.[٤٩]

---

[٤٨]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ١٤٠.

[٤٩]. راجع نفسه، ص: ١٤١.

٢. الإستنباط بالقواعد الشرعية أو المعنوية

وقد مر أن طرق الاستنباط من النصوص قسمان طرق لفظية وطرق معنوية. أما الطرق اللفظية فقوامها تعرف معانى ألفاظ النصوص وأساليبها وطرق دلالتها على معانيها[٥٠] وهذه القواعد لا تكفي وحدها لفهم النصوص وتفسيرها على الوجه الكامل، بل لا بد من معرفة مقاصد الشارع العامة من تشريعه الأحكام وهي داخلة في القواعد المعنوية.[٥١]

فالمعنوية هي الاستدلال من غير النصوص كالقياس والإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة وغير ذلك. وهي القضايا المتعلقة بالأسس التي بنى عليها الشارع أحكامه، والأغراض التى رمى إليها بتشريعه. فمن تلك الأسس المذكورة هي مقاصد الشارع. وذلك لأن الشارع ما وضع الشريعة وأمر الناس باتباعها إلا لإصلاح معاشهم ومعادهم.[٥٢]

---

[٥٠]. أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص: ١١٦، علي حسب الله، **أصول التشريع**، ص: ١١.

[٥١]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٧٦.

[٥٢]. علي حسب الله، **أصول التشريع**، ص: ١١.

بل ينبغي أيضا للمجتهد أن يعرف القواعد التي يستعان بها على دفع ما قد يبدو من تعارض بين النصوص أو بين الأحكام، وكيفية رفع هذا التعارض وطرقه بما في ذلك معرفة الناسخ والمنسوخ وقواعد الترجيح بين الأدلة والأحكام.[٥٣]

فخلاصة القول في طرق الإستنباط للأحكام الشرعية من النصوص وقواعده تقوم على العمل بالقواعد الأصولية أو اللفظية أو اللغوية، ثم بالقواعد المعنوية أو الشرعية أو المقاصد الشرعية، ثم بالقواعد التي تتعلق بكيفية رفع التعارض بين الأدلة وترجيح بعضها على بعض ومعرفة الناسخ والمنسوخ.

ولكن أقتصر الكلام في هذه القواعد للإستنباط في القواعد المعنوية أو القواعد الشرعية وفاءا على مقتضى هذه الأطروحة.

ج. علاقة الإســتنباط بالإجتهاد في أصول الفقه

بعد بيان طرق استنباط الأحكام الشرعية رأيت وجود الإرتباط أو العلاقة بين الإستنباط والإجتهاد في تعلقهما بتخريج الأحكام الشرعية، فالإجتهاد كما يعرّف في الإصطلاح بأنه بذل الجهد في استخراج الأحكام الشرعية من شواهدها الدالة عليها بالنظر المؤدي إليها.[٥٤]

---

[٥٣]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٧٦.

فالاستنباط هو استخراج الحكم الشرعي من نصوص القرآن أوالسنة عن طريق الاجتهاد. يعطي استخدام مصطلح الاجتهاد إشارة إلى أن الاستنباط يجب أن يكون بالقواعد الأصولية لبيان معاني الألفاظ. وفي علم أصول الفقه الاستنباط منهج بمعنى: طريقة للاستدالال بمعنى: استنتاج الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية واستخراجها واستخلاصها منها، والحصول على المعرفة بحكم لم يرد في الشرع نص يدل عليه بخصوصه.

فالاستنباط والاجتهاد مترادفان تقريبا ولذلك أخذ الاستنباط في تعريف الاجتهاد غالبا. ولعل الفرق بينهما هو: أن الاجتهاد هو القدرة على استخراج الحكم الشرعي من أدلته، والاستنباط هو الاستخراج الفعلي.

أنواع الإجتهاد؛ فالإجتهاد يقسم إلى ثلاثة أقسام؛

(١) **الإجتهاد البياني** والتفسير لنصوص الكتاب والسنة؛ وذلك فيما يتصل بالقواعد التي وضعت لفهم مراد الشارع فيما يتعلق بألفاظه أو فيما يتعلق بمعاني ألفاظه. هذا القسم يتعلق بتحديد معنى النص المبحوث فيه.
(٢) **الإجتهاد القياسي** على الاشباه والامثال مما في الكتاب والسنة؛ وذلك فيما يتصل بالقواعد التي وضعت لفهم مراد الشارع عن طريق القياس بما هو وارد في النصوص. هذا القسم يتعلق بتحديد العلل الموجبة للأحكام في كل حكم بصورة خاصة، وذلك ليتخذ منها مقايس من مقاييس الحكم فيما يراد إضافته على النصوص بطريقة القياس لحل تلك القضايا الجديدة المعروضة التي ليس فيها نص خاص.

---

[٥٤]. مُحَمَّد معروف الدواليبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، (القاهرة: دار الشواف، ط: ٦/ ١٩٩٥)، ص: ٥٩. ٣١٣ – ٣٤٩، ٣٥٠ –

(٣) **الإجتهاد الإستصلاحي** والرأي الذي لا يعتمد على نص خاص وإنما على روح الشريعة المبثوثة في جميع نصوصها. معناه: (أن غاية الشرع إنها هي المصلحة، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله). وذلك فيما يتصل بالقواعد التي وضعت لبيان العمل بالرأي في المصلحة المرسلة أي المصالح التي لم يرد فيها نص، ولك يمكن حملها على النص بطريق القياس. وهي كل تلك المصالح التي ليس لها نص خاص يشهد لنوعها بالإعتبار وتسمى المصلحة المرسلة. هذا القسم يتعلق بتحديد روح التشريع بصورة عامة وذلك ليتخذ منها أصل من أصول التشريع يعتمد عليه للحكم في كل حادث جديد بطريق الإستصلاح مما لم يمكن الحكم فيه عن طريق الإجتهاد البياني والإجتهاد القياسي.[٥٥]

التمييز ما بين أنواع الإجتهاد؛

أنت ترى أن كلاً من أنواع الاجتهاد الثلاثة تقوم بصورة عامة على استعمال الرأي، والتمييز بين كل أنواع الثلاثة على النحو التالي؛

(١) أن الأول منها في استعماله للرأي إنها يستهدف في الحقيقة بيان النصوص، وإن شئت فقل تحديد نطاقها. وذلك ليعرف ما قد أراد الشارع إدخاله من الوقائع في نطاق تلك النصوص مما قد أراد إخراجه عنها من الأحداث، وذلك بمجرد طريقة البيان لارادة الشارع والشكف عن معاني نصوصه.
(٢) وأما الثاني والثالث من أنواع الإجتهاد ففي استعمالها للرأي إنها يستهدفان في الحقيقة الإضافة إلى ما قد أراد الشارع إدخاله من الوقائع في نطاق النصوص، وذلك بطريقة القياس على ما في النصوص، وبالرأي المبني على قاعدة الاستصلاح والاستحسان وسد الذريعة التي تدخل جميعها إلى قاعدة الإستصلاح.[٥٦]

---

[٥٥]. الدواليبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، ص: ٨٩، ٣١٣، ٣٤٩-٣٥٠.

[٥٦]. الدواليبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، ص: ٣٥٦.

د. مناهج المذاهب الفقهية في الإســتنباط

١. مــذهب الحنــفية

أ) مــؤسـه

إمامه أبو حنيفة النعمان بن ثابت، المولود بالكوفة سنة (٨٠ ه)، والمتوفى ببغداد بالأعظمية سنة (١٥٠ ه). وهو زعيم مدرسة أهل الرأي، أهل القياس والاستحسان والفقه الفرضي، ومن أكثر الفقهاء ميلاً إلى الاجتهاد، وكان لا يهاب الفتوى، وقد أخذ هذا المنهج عن شيخه حماد بن أبي سليمان، المتوفى سنة (١٢٠ ه)، الذي تتلمذ على إبراهيم النخعي، المتوفى سنة (٩٥ ه)، الذي أخذ الفقه عن علقمة بن قيس، المتوفى سنة (٦٢ ه) تلميذ عبد الله بن مسعود الصحابي ﷺ، المتوفى سنة (٣٢ ه)، وأفراد هذه السلسلة كلهم أهل رأي.[٥٧]

ب) منــهجه في الإستنباط

ظاهر في قوله (أي أبي حنيفة) الذي نقله الخطيب البغدادي؛

---

[٥٧]. قحطان عبد الرحمن الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام وأسباب اختلافهم**، (لبنان: كتاب- ناشرون، ط: ١/ ٢٠١٥)، ص: ٣٩.

"آخد يكتاب الله، فما لم أجد فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ أخدت بقول أصحابه، آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت منهم، ولا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم. فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين والحسن وعطاء وسعيد بن المسيّب، وعدّد رجالاً، فقوم اجتهدوا، فأجتهد كما اجتهدوا".[٥٨]

وهذا يدل على أن منهجه هو الاعتماد على الكتاب أولا، ثم السنة النبوية ثانياً، ثم قول الصحابي، ثم الاجتهاد، وهذا في النصوص، أما في غير النصوص فكان يأخذ بالقياس، فالاستحسان، فالعرف.

لذلك فإن القول بأنه قليل العمل بالحديث، وأنه يقدم القياس عليه، مردود بما يأتي؛

(١) ما تقدم من منهجه في الاستنباط، حيث جعل السنة النبويّة مصدره الثاني بعد الكتاب.

(٢) له مجموعة من المسانيد، رواها عنه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والحسن بن زياد وغيرهم، جمعها الخوارزمي بكتاب سماه (جامع المسانيد) وهو مطبوع.

(٣) اعتباره الحديث المرسل حجة.

(٤) تقديمه الحديث الضعيف على القياس في مسائل منها: انتقاض الوضوء بقهقهة المصلي، وعدم قطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم.[٥٩]

---

[٥٨]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٣٩، أبو زهرة، **أبو حنيفة؛ حياته وعصره وآراءه و فقهه**، (-:دار الفكر العربي)، ص: ٢٦٦.

[٥٩]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤١.

وإذا كان أبو حنيفة أقل من غيره من الأئمة في رواية الحديث فسببه هو تشدده في شروط رواية الحديث وقبوله، لكثرة الوضع في الحديث في زمانه في العراق.

وإذا قدم القياس في مسألة ما على الحديث فمرده إلى أن الحديث لم يبلغه فاجتهد وقاس، أو أن الحديث قد يلغه لكنه لم تثبت عنده صحته فتركه، وأخذ بالقياس. وأخذ بالاستحسان والعرف، ومن الاستحسان ما يتفق مع المصالح المرسلة، فيكون من مذهبه المصالح المرسلة وإن لم يأخذ بها بهذا الاسم.

وعلى ذلك تكون الأدلة الفقهية عند أبي حنيفة سبعة: الكتاب، والسنة، وأقوال الصحابة، والإجماع، والقياس، والإستحسان، والعرف. وهذه هي الأدلة المعتبرة التى أقام عليها أبو حنيفة استنباطه الفقهي.[٦٠]

[٦٠]. أبو زهرة، **أبو حنيفة؛ حياته** ..، ص: ٢٦٧.

٢. مــذهب المالكية

أ) مــؤسـه

وإمامه مالك بن أنس الأصبحي، المولود بالمدينة المنورة سنة (٩٣ هـ)، والمتوفى فيها سنة (١٧٩ هـ)، نشأ في المدينة المنورة وهي موطن أحاديث الرسول ﷺ، وفي بيت علم بالحديث وآثار الصحابة. وجده مالك بن أبي عامر تابعي كبير، روى الكثير عن الصحابة رضي الله عنهم.

تفقه بابن شهاب الزهري، المتوفى سنة (١٢٤ هـ)، وعبد الله بن ذكوان الملقب بأبي الزِّناد، المتوفى سنة (١٣١ هـ)، وأخذ عنها الحديث. وأخذ فقه الرأي والحديث عن يحيى بن سعيد، وأخذ فقه الرأي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن المشهور بربيعة الرأي، المتوفى سنة (١٣٦ هـ)، كما أخذ عن جعفر الصادق، المتوفى سنة (١٤٨ هـ) وغيرهم رضى الله عنهم.[٦١] و ذكر القاضي عياض في ترتيب المدارك:

[٦١]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٣.

"تصدر مالك بن أنس للإفتاء بعد أهليته له، وقال: "ما جلست للإفتاء حتى شهد لي سبعون شيخاً من أهل العلم أني موضع لذلك".[٦٢]

ب) منـــهجه في الإستنباط

يتلخص فيما قاله القاضي عياض؛

"وجدت مالكاً رحمة الله ناهجاً في هذه الأصول منهاجاً، مرتباً لها مراتبها ومدارجها، مقدماً: كتاب الله ، ومرتباً له على الآثار، ثم مقدّماً القياس والاعتبار، تاركاً منها لما لم يتحمله عنده الثقات العارفون بما تحملوه أو ما وجد الجمهور الجمّ الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه".[٦٣] ونقل كلامه الشيخ أبو زهرة فقال: ولقد أحصاها في شرح البهجة نقلا عن ابن راشد ستة عشر أصلا ، فقال: والأدلة التي بني عليها مالك مذهبه ستة عشر : نص الكتاب العزيز، وظاهره، وهو العموم ودليله ، وهو مفهوم المخالفة، ومفهومه، وهو باب آخر، ومراده مفهوم الموافقة وتنبيهه، وهو التنبيه على العلة، كقوله تعالى : (**فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا...﴿١٤٥﴾**)[٦٤] ، ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة، والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر القياس، والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع، واختلف قوله في السابع عشر، وهو مراعاة الخلاف، فمرة براعيه ، ومرة لا يراعيه ، قال أبو الحسن: ومن ذلك الاستصحاب.[٦٥]

---

[٦٢]. القاضي عياض، **ترتيب المدارك**، ج: ١/ ص: ٥٩.

[٦٣]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٤.

[٦٤]. سورة الأنعام (٦): ١٤٥.

[٦٥]. أبو زهرة، **مـالك؛ حياته وعصره وآراءه و فقهه**، (-:دار الفكر العربي)، ص: ٢٧٥.

فقد ذكر الإمام القرافي في كتابه تنقيح الأصول، يقول أن أصول مذهب مالك هي القرآن، والسنة، والإجماع، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسلة، والعرف والعادات، وسد الذرائع، والإستصحاب والإستحسان.[٦٦]

فأخذ الإمام مالك بالحديث المنقطع، والمرسل، والموقوف، وقدمة على القياس، لكنه كان يتشدد في رواية الحديث، ويشترط في الراوي مع العدالة ألا يكون سعيها فيه حمق وجهل، ولا داعية إلى بدعة، وأن يكون معروفاً بالضبط والفهم.

فالإمام مالك يأخد بخبر الآحاد وهو الذي لم يتواتر ولم يشتهر في عهد التابعين ولا في عهد تابعي التابعين، لكنه يقدم عليه القياس أحياناً. فلم يأخذ الإمام مالك بحديث صيام ستة أيام من شوال بعد رمضان، لأنه قد يفضي إلى زيادة رمضان.

واشترط للأخذ بخبر الآحاد أن لا يخالف عمل أهل المدينة، لأنه كشيوخه يعتبرون عمل أهل المدينة بمنزلة رواية جماعة، فيكون أولى بالاعتبار وابتناء

---

[٦٦]. أبو زهرة، **مـالك؛ حياته**..، ص: ٢٧٦.

الأحكام من خبر الأحاد، فيقول ما قال شيخه ربيعة الرأي: (ألف عن ألف خير من واحد عن واحد). وحتى مع صحة الخبر فأهل المدينة أدرى بالسنة، فمخالفتهم للخبر دليل نسخه.[٦٧]

وهذا ما بينه الإمام مالك في رسالته إلى الليث بن سعد، واحتج الليث عليه بأن الناس تبع لأهل المدينة الذين مضوا، لأن القرآن نزل فيهم، أما وقد تفرقوا في الأمصار وخرج الكثير منهم فلا.

الإمام مالك روى حديث خيار المجلس عن عبد الله بن عمر وهو (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)، الذي يفيد أن كلا العاقدين له حق الفسخ ما لم يتفرقا، لكنه رده بقوله، (ليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه).

أما إذا لم يكن في المسألة نص ولا إجماع ولا أثر من الصحابة أو التابعين فإنه يجتهد رأيه، فتوسع بالقياس، فكان يقيس على ما أجمع عليه أهل المدينة، وعلى فتاوى الصحابة، وكان يعتبر الفرع المقيس أصلاً يقاس عليه، وبينما يشترط عامة الأصوليين أن لا يكون حكم الأصل ثابتاً بالقياس، وإنها فقط بنص أو إجماع.

---

[٦٧]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٥.

وبالغ في الاستحسان كما قال الشاطبي، واعتبر الذرائع أخذاً منه بمقاصد الشريعة، كما برى فتح الذريعة إذا أدت إلى مقصد هو قربة وخير، فأجار تقديم رشوة لحاكم.

ويرى استصحاب الأصل من طرق الرأي عنه، فالأصل إبقاء ما كان على ما كان عليه. ويأخذ الإمام مالك بالعرف، ويخصص به العام، ويقيد به المطلق، ويترك من أجله القياس. وما حمل على العرف إذا تغير تغير الحكم.

وأكثر ما يبنى عليه الإمام مالك هو المصلحة المرسلة، فأخذ بها في المعاملات خاصة، وروي عنه إذا عارضتها نصوص ظنية فإنه يرجح جانبها ويخصص النص. واشترط للعمل بها؛

(١) أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع.
(٢) ولا تنافي أصلاً من أصوله.
(٣) وأن تكون معقولة في ذاتها.
(٤) وأن يكون الأخذ بها حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين.[٦٨]

[٦٨]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٦-٤٧.

٣. مــذهب الشافعية

أ) مــؤسـه

مؤسس هذا المذهب الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المطلبي، الذي ولد في غرة سنة (١٥٠ هـ)، وتوفي في القاهرة سنة (٢٠٤ هـ). تتلمذ على شيوخ مكة، مثل مسلم بن خالد الزنجي، المتوفى سنة (١٨٠ هـ)، وسفيان بن عيينة، المتوفى سنة (١٩٨ هـ)، ثم لازم الإمام مالكاً في المدينة إلى وفاته، ثم انتقل إلى بغداد و لازم محمد بن الحسن الشيباني، وبذلك جمع فقه الحجاز وفقه العراق واستقر أخيراً في مصر إلى وفاته، غيّر خلالها بعض فقهه فصار له مذهبان القديم في العراق، والمذهب الجديد في مصر.[٦٩]

ب) منــهجه في الإستنباط

فالمنهج به في الإستنباط هو ما بينه في كتابه الأم، حيث قال؛

"العلم طبقات شتى؛
(١) الكتاب، والسنة إذا ثبتت.
(٢) ثم الإجماع فيها ليس فيه كتاب ولا سنة.

[٦٩]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٨.

(٣) وأن يقول بعض أصحاب النبي ﷺ قولاً ولا نعلم له مخالفاً منهم.

(٤) واختلاف أصحاب النبي ﷺ في ذلك.

(٥) والقياس على بعض.

ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان، وإنها يؤخذ العلم من أعلى".[٧٠]

ونص الشافعي على أن مرسلات سعيد بن المسيب حسان، قالوا: لأنه تتبعها فوجدها مشيدة ورأى أن مراسيل كبار التابعين إذا اعتضدت بها يُقَوِّيها حجة).

وأخد بالإجماع على أنه حجه، لكنه جابه ادعاء الإجماع ليمحص القول فيه. والإمام الشافعي حمل على الاستحسان وقال (من استحس فقد شرع)، لكنهم قالوا؛ إن الاستحسان الذي ذمه الإمام الشافعي ليس هو الاستحسان الذي يقول به أبو حيفة ومالك، وإنما هو ما إذا كان بالهوى من غير دليل. و هو لا يقول بحجيه عمل أهل المدينة التي يقول بها الإمام مالك واستغنى عن المصالح المرسلة بها سماه المناسبة.[٧١]

---

[٧٠]. أبو زهرة، **الشافعي؛ حياته وعصره وآراءه و فقهه**، (-:دار الفكر العربي)، ص: ١٨٩.

[٧١]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٤٩.

وختمت بيانا من منهج أصول الإستنباط للشافعي بنقل الكلام الإمام

الجويني الذي ذكر ما ذكر الإمام الشافعي في أصول استنباطه، قال الجويني:

" ذكر الشافعي في الرسالة ترتيباً حسناً فقال : إذا وقعت واقعة، فأحوج المجتهد إلى طلب الحكم فيها، فينظر أولاً في نصوص الكتاب، فإن وجد مسلكاً دالاً على الحكم فهو المراد، وإن أعوزه انحدر إلى نصوص الأخبار المتواترة، فإن وجده، وإلا انحط إلى نصوص أخبار الآحاد؛ فإن عثر على مغزاه، وإلا انعطف على ظواهر الكتاب، فإن وجد ظاهراً لم يعمل بموجبه حتى يبحث عن المخصصات فإن لاح له مخصص، ترك العمل بفحوى الظاهر، وإن لم يتبين مخصص، طرد العمل بمقتضاه، ثم إن لم يجد في الكتاب ظاهراً نزل عنه إلى ظواهر الأخبار المتواترة، مع انتفاء المختص ثم إلى أخبار الآحاد.

فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات، لم يخض في القياس بعد، ولكنه ينظر في كليات الشرع ومصالحها العامة ثم إذا لم يجد في الواقعة مصلحة عامة، التفت إلى مواضع الإجماع، فإن وجدهم أطبقوا على حكم نصوا عليه، فقد كفوه مؤنة البحث والفحص.

فإن عدم ذلك، خاض في القياس، ونظر فإن وجد الواقعة في معنى المنصوص عليه، فلا يثقل عليه سبر الطرق، فإن أعوزه فيقيس، ويطلب الإخالة والمناسبة والإشعار، فإذا هجم عليه، عمل به إذا لم يعارضه مثله، فإن عارضه ما يواريه في الإخالة يكلف الترجيح، فإن استويا في طرق التلويح، لم يفت بواحد منهما.

لا مزيد على هذا الترتيب إلا أن [يعينه الرب] فإنه لو قدم الإجماع ليفتي به، جاز، فإنه مقدم على كل مسلك في المرتبة العلية.[٧٢]

[٧٢]. أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، **البرهان في أصول الفقه**، (قطر: كلية الشريعة جامعة قطر، ط: ١/ ١٣٩٩ هـ)، ج: ١، ص: ١٣٣٧-١٣٣٩.

٤. مــذهب الحـنابلة

أ) مــؤسـسه

مؤسس هذا المذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، الذي ولد في بغداد سنة (١٦٤ هـ)، وتوفي فيها سنة (٢٤١ هـ). رحل ولاقى أعيان المحدثين والفقهاء، وتعرف على فقه الحنفية حين طلب الحديث من أبي يوسف، ودرس على الإمام الشافعي، وتعرف على فقه المالكية. وطلب الحديث من مصادره وفاق علماء عصره حفظاً وتمييزاً، وألف المسند وفيه أكثر من أربعين ألف حديث، وجلس للتحدث والفتيا، وكان يستمع إلى دروسه نحو خمسة آلاف، على ما ذكر ابن الجوزي، وهو الصابر في محنة خلق القرآن.[٧٣]

ب) منــهجه في الإستنباط

يتضح في ما قاله ابن قيم الجوزيه في إعلام الموقعين: "إن أصول الإمام أحمد في بناء فقهه وفتاويه هي خمسة؛

(١) نصوص الكتاب والسنة، فإن وجد النص منها أفتى به ولم يخرج إلى غيره، فقدم الحديث الذي يعتبر عدة الحامل المتوفى عنها زوجها

[٧٣]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٥٠.

بوضع الحمل، ولم يفت بأنها يعتد بأبعد الأجلين الواردة في فتوى ابن عباس.

(٢) ما أفتى به الصحابه ولم يعلم له مخالف لم يتجاوزه إلى غيره، ولا يسمي ذلك إجماعاً.

(٣) إذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما رآه أقربها إلى الكتاب والسنة، ولم يخرج عن أقوالهم، فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكى الخلاف، ولم يجزم بقول.

(٤) الأخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف ما دام راويه غير معروف بالكذب أو الفسق ولم يوجد ما يدفعه من دليل آخر ورجحه على القياس والرأي وكان يقول: ضعيف الحديث أحب إلي من رأي الرجال. وليس المراد بالحديث الضعيف عنده الحديث الباطل، ولا الحديث المنكر، ولا ما في روايته متهم، بل الحديث الضعيف عنده قسيم الصحيح، وقسم من أقسام الحسن.

(٥) القياس، فإذا لم يكن مما تقدم شيء يصار إلى القياس. فاستعمله للضرورة كما قال ابن القيم. وقد نقل الخلال عن أحمد أنه قال: سألت الشافعي عن القياس فقال: إنما يصار إليه عند الضرورة.[٧٤]

إلا أن الأصوليين ذكروا له أصولاً وهي الإجماع والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة والذرائع. والإجماع لا ينكر الإمام أحمد أصله، ولكه ينمي العلم بوقوعه بعد عصر الصحابة. وأما ما يدعى بعدهم فقد كان يقول لا يعلم له مخالفاً.

[٧٤]. أبو زهرة، **ابن حنبل؛ حياته وعصره وآراءه و فقهه**، (-:دار الفكر العربي)، ص: ٢٣٧-٢٣٨.

والقياس بالمعنى الاصطلاحي الأصولي قال فيه إن القياس لا يستغنى عنه، وإن الصحابة قد أخذوا به. ولكن بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم كانوا يقيسون بالأوصاف المناسبة لا لمجرد العلة المضبوطة.

وأخذ الامام أحمد بالمصلحة المرسلة- وهي التي لا يشهد لها دليل بالإثبات من الكتاب والسنة والإجماع، ولا يشهد لها دليل بالإلغاء - لأنه رأى أن الصحابة قد أخذوا بها.

والذرائع أصل من أصول الإمام أحمد بن حنبل، لأن الشارع إذا طالب بأمر فكل ما يوصل إليه مطلوب، وإذا نهى عن أمر فكل ما يؤدي إليه منهي عنه. فالمذهب الحنبلي أشد المذاهب أخذاً بالذرائع. ومن الأمثلة: تحريم الإمام أحمد بيع السلاح عند الفتنة، وبيعه لقطاع الطرق، لأنه إعانة على العدوان، وبيع العنب لمن يتأكد أنه يتخذه خمراً. وأخذ بالاستصحاب، وهو الحكم الثابت يستمر حتى يوجد دليل يغيره. ومن مسائل الحنابلة على هذا الأصل.

(١) لأصل في الأشياء الإباحة، فقالوا: الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يوجد دليل مانع.

(٢) والأصل في الماء أنه طاهر حتى يوجد دليل على نجاسته.[٧٥]

---

[٧٥]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٥١-٥٢.

وعلى ذلك يحق علينا في بيان فقه أحمد وأصوله أن نتكلم في بعض الكلام في الكتاب والسنة، والإجماع، وفتاوى الصحابة، والقياس، والإستصحاب، والمصالح المرسلة، والذرائع.[٧٦]

٥. مذهب الظاهرية

أ. مؤسسه

مؤسسه الإمام أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني، ولد في الكوفة سنة (٢٠٢ هـ)، وتوفي ببغداد سنة (٢٧٠هـ).

وتتلمذ في بغداد على مدرسة الإمام الشافعي وأئمة مذهبه. ونصره ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الذي ولد سنة (٣٨٤هـ)، وتوفي سنة (٤٥٦هـ)، واتجه أول أمره إلى الفقه المالكي السائد في الأندلس، ثم درس المذهب الشافعي ومذهب العراقيين، وانتهى إلى مذهب داود الظاهري، وألف في فقهه كتباً كثيرة، أشهرها كتاب المحلى، وهو المتداول اليوم.[٧٧]

---

[٧٦]. أبو زهرة، **ابن حنبل؛ حياته** ...، ص: ٢٤٠.

[٧٧]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٥٧.

ب. منــهجه في الإستنباط

ومنهج هذا المذهب في استنباط الأحكام الشرعية هو الأخذ بظاهر نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، ولا شيء غيرها، دون نظر إلى العلل والقياس. وبذلك خالف جمهور الفقهاء الذين يجعلون القياس والاستحسان وغير ذلك من الأصول، وأن النصوص معقولة المعنى، جاءت المقاصد تنظم بها أحكام الدين والدنيا. ولما أنكر فقهاء الشافعية على داود مخالفة إمامه الشافعي فأبطل القياس، قال لهم أخذت أدلة الشافعي في إبطال الإستحسان فوجدتها تبطل القياس.

واعتمد ابن حزم فيما لا نص فيه على أصل الإباحة الأصلية بالاستصحاب. فقرر أن إباحة الأشياء كلها إلا ما جاء به التحريم الثابت بالنص بقوله تعالى (وَلَكُمْ فِي ٱلْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَٰعٌ إِلَىٰ حِينٍ...﴿٣٦﴾)[٧٨]، فقال (أباح الله تعالى الأشياء بقوله إنها متاع لنا، ثم حظر ما شاء، وكل ذلك بشرع).[٧٩]

---

[٧٨]. سورة البقرة (٢): ٣٦.

[٧٩]. الدوري، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام**، ص: ٥٧-٥٨.

الباب الثالث

الأدلة الشرعية المختلف فيها

أ. الإستحسان

الإستحسان أحد من أدلة الأحكام الذي يطلق عليه كلمة "دليل مختلف فيه" كما انتشر اطلاقه في كتاب أصول الفقه. وفي الإجمال وجدت طائفتان أو مذهبان في استعماله دليلا أو عدم استعماله دليلا في استنباط الأحكام الشرعية. طائفة من الحنفية وغيرهم ثم الآخرى من الشافعية. نقلت من كلام الأستاذ وهبة الزحيلي حيث يقول؛

> "اشتهر الحنفية بالأخذ بالإستحسان حتى إن القارئ في كتبهم كثيرا ما يجد هذه العبارة: الحكم في هذه المسألة قياسا كذا، واستحسانا كذا، وقد اعتبروه دليلا خامسا في الشرع يترك به مقتضى القياس لأنه أحد نوعي القياسفهو قياس خفي في مقابلة القياس الجلي. وسمى كذلك إشارة إلى أنه أولى في العمل به كما قال البزدوي من الحنفية. ولكن كان الشافعي قد رفض الأخذ به، وقال عبارته المشهورة فيما تنقله كتب الأصول وإن لم تكن في كتابه (الرسالة) (من استحسن فقد شرع) أي وضع شرعا جديدا.[٨٠]

ظهرت كلمة الاستحسان بكثرة على لسان الإمام أبي حنيفة، وهو في الغالب يذكرها في مقابلة القياس فيقول القياس كذا ولكن الاستحسان كذا، وقال محمد بن الحسن: كان أبو حنيفة

---

[٨٠]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٣٥.

يناظر أصحابه في المقاييس فينتصفون منه ويعارضونه حتى إذا قال: أستحسن لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد في الاستحسان من مسائل[٨١]. ثم نقل عن الإمام مالك وتلاميذه الأخذ بالاستحسان حتى قال مالك **"الإستحسان تسعة أعشار العلم"** كما ذكره الشاطبي في **الموافقات**.[٨٢]

ومع ذلك فلم نجد عند أولئك الأئمة تعريفا للاستحسان، ولذلك أنكره الإمام الشافعي أشد الإنكار، وقال **"من استحسن فقد شرع"**، وألف كتاب إبطال الاستحسان، فيه انحصار الأدلة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وأن من قال بالاستحسان فقد جعل عقله مشرعا، وكذلك فعل داود الظاهري فأنكر الاستحسان كما أنكر القياس.[٨٣] (كما سأذكر قولهما في الآتي).

وأما الإمام أحمد فهو يعتمد على السنة والأثر، ولا يلجأ إلى القياس إلا عند انعدام الدليل من الكتاب والسنة والإجماع وأقوال الصحابة، ولكن الأصوليين من أتباع الإمام أحمد ذكروا أنه يحتج بالاستحسان، نص على ذلك ابن قدامة وصفي الدين البغدادي وغيرهما.[٨٤]

---

[٨١]. عياض بن نامي السلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، (الرياض: دار التدمرية، ط: ١/ ٢٠٠٥)، ص: ١٩٣.

[٨٢]. الشاطبي، **الموافقات**، ج: ٤/ ص: ٢٠٩.

[٨٣]. عياض السلمي، **أصول الفقه** ...، ص: ١٩٣.

[٨٤]. راجع نفسه.

لما ألف الإمام الشافعي إبطال الاستحسان والرسالة وغيرهما من كتبه، اضطر علماء الحنفية للدفاع عن إمامهم فلم يبحثوا عن أدلة تؤيد الاستحسان الذي أنكره الشافعي، وإنما لجأوا إلى تفسير الاستحسان الذي عمل به إمامهم بما لا يجعله مجرد ميل نفسي لا يمكن إقامة دليل عليه، أو (دليل ينقدح في ذهن المجتهد يعسر التعبير عنه)، كما فسره بذلك بعضهم.[٨٥]

باعتبار هذا التمهيد سأبحث هنا نظرية الإستحسان في حجيته في الإستنباط للأحكام الشرعية، وكيف بيان حقيقته وأنواعه حتى أبحث أيضا اختلاف الآراء والأقوال عنه من الأصوليين مع إحضار تحرير النزاع منهم للوصول إلى الفهم الصحيح.

١. تعريفه

الإستحسان في اللغة مأخوذ من الحسن أي استفعال من الحسن وهو: عد الشيء واعتقاده حسنا، فيقال استحس الرجل كذا: إذا عدّه حسنا. و يطلق على ما يميل إليه الإنسان و يهواه؛ سواء من الأمور الحسيّة كالثوب، أم من المعنوية كالرأي.[٨٦]

---

[٨٥]. راجع نفسه.

[٨٦]. إسماعيل بن حماد الجوهري، **تاج اللغة وصحاح العربية**، (ملايين: دار العلم، ط: ٣/ ١٩٨٤)، ج: ٥/ ص: ٢٠٩٩ – تحقيق أحمد عبد الغفور عطار–، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، **أساس البلاغة**،

وفي جواز استعمال لفظ الإستحسان ليس وجود الخلاف بين العلماء على الإثنين؛

الأول؛ لورود في القرآن الكريم حيث يقول تبارك وتعالى (**ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓ ..﴿١٨﴾**)[٨٧]، و **الثانى** لوروده أيضا في أقوال المجتهدين وعباراتهم؛ كاستحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض الماء المستعمل ولا تقدير مدة المكوث فيها، وكقوله الشافعي: أستحسن في المتعة أي (الهدية بعد الطلاق) أن ثلاثين درهما.

أما في الإصطلاح؛ لقد اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاستحسان فكثرت فيه الحدود، وتنوعت الصيغ. ومن قبل أن أذكر أهم تلك التعريفات وبيان المراد منها فأقمت بذكر عبارات التعاريف من بعض الأصوليين على اطلاق الإستحسان اصطلاحا؛[٨٨]

١. فقد عرفه الإمام العزالي الشافعي في كتابه المستصفى بقوله؛ الإستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله.
٢. وعرفه الموفق ابن قدامة المقدسي الحنبلي في كتابه روضة الناظر بقوله؛ بقوله إن المراد بالإستحسان هو العدول بحكم المسألة عن ظائرها، لدليل خاص أو سنة.
٣. وعرفه أبو إسحاق الشاطبي المالكي بقوله؛ الأخد بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي أو بعبارة أخرى الإستحسان تقديم الإستدلال المرسل على القياس.

(بيروت: دار صادر، ط: – / ١٩٧٩)، ص: ١٢٦، مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، (القاهرة: مؤسسة الحلبي وشركاه)، ج: ٤/ ص: ٢١٣.

[٨٧]. سورة الزمر (٣٩): ١٨. وآية أخرى، مثل في سورة الأعراف (٧): ١٤٥(**وَأۡمُرۡ قَوۡمَكَ يَأۡخُذُواْ بِأَحۡسَنِهَاۚ ﴿١٤٥﴾**).

[٨٨]. مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ١٢٢.

٤. وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي بقوله؛ الإستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.
وعرفه بعض متقدمي الحنفية بقوله؛ الإستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه. ولذلك أطلقوا عليه أنه القياس الخفي.
ويشبه تعريف الكرخي تعريفهم له؛ بأنه دليل يقابل القياس الجلي، وقولهم هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه.
وبعضهم بقوله؛ إنه دليل ينقدح في ذهن الم]تهد ويعسر عليه التعبير عنه.
وعرفه بعضهم بقوله؛ هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة، لمصلحة الناس.

فأهم المعاني التي يطلق عليها ثلاثة؛[٨٩]

(١) ما يستحسنه المجتهد بعقله
(٢) أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا يقدر على التعبير عنه.
(٣) أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها؛ لدليل خاص من كتاب أو سنة

بيان المراد من التعريف

التعريف الأول: أن الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله. **والمراد منه** : ما سبق إلى الفهم العقلي، دون أن يكون له دليل شرعي يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، أو أي دليل آخر معتمد شرعاً.[٩٠]

---

[٨٩]. عبد الرحمن بن عبد العزيز التريس، **المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المستصفى استقراء ودراسة مقارنة**، (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١/ ٢٠٠٦)، ص: ١١٣٤.

[٩٠]. مُحَمَّد عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه المقارن**، (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١/ ١٩٩٩)، ج: ٣/ ص: ٩٩٥.

التعريف الثاني: أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه. وهو لبعض الحنفية المتقدمين **ومرادهم** من هذا : أن الاستحسان دليل يستدل به المجتهد، وهذا الدليل ينقدح في ذهن المجتهد لا يستطيع أن يظهره بعبارة أو لفظ[٩١].

التعريف الثالث: أن الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص أقوى من الأول، **ومعناه**؛ أن القياس يقتضي حكماً عاماً في جميع المسائل، لكن خصصت مسألة وعدل بها عن نظائرها وصار لها حكم خاص بها نظراً لثبوت دليل قد خصصها وأخرجها عما يماثلها، وهذا الدليل هو أقوى من المقتضي العموم في نظر المجتهد. وهذا القياس قد يكون هو القياس الأصولي ، وقد يكون بمعنى القاعدة، أو الأصل العام، أو بمعنى الدليل العام[٩٢].

وعرف الإمام السرخسي الإستحسان بأنه؛ كل دليل في مقابلة القياس الظاهر، أو أنه؛ ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس. ثم يجعل السرخسي هذا التعريف في

---

[٩١]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، : ٩٩٩.

[٩٢]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، : ٩٩١.

أصوله نوعين رئيسين هما؛ (١) العمل بالإجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما لم يقدره الشارع (٢) الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر فوقه في القوة.[٩٣]

٢. حجيته

عند الكلام عن حجية الاستحسان لا بد أولا أن نبين المعاني المتعددة للاستحسان، وبيان تلك التعاريف قد سبقت كما بينتها. والقول بحجية الاستحسان من عدمه مبني على التعدد في تعريفه و أذكر حجيته؛

(١) بناء على التعريف الأول؛ فالإستحسان بهذا المعنى لا خلاف في منعه حجة شرعية بين الأصوليين لاتفاقهم على امتناع القول في الدين بالتشهي والهوى.

(٢) بناء على التعريف الثاني؛ فالإستحسان بهذا المعنى منتقد؛ لأن كلمة (ينقدح) في التعريف إن كان بمعنى أن المجتهد شاك بين اعتباره دليلا حقا أو وهما فاسدا؟ فهو أمر مردود لا يكون حجة شرعية؛ لأن الأحكام الشرعية لا تثبت

[٩٣]. أحمد بن أبي سهل السرخس الحنفي، **أصول السرخسي** (بيروت: دار المعرفة، ط:/ ١٩٧٣)، ج: ٢/ ص: ٢٠٠.

بمجرد الإحتمال والشك. وأما إن كان بمعنى أنه يتحقق ثبوته في الواقع وأنه دليل شرعي يجب العمل به، فهذا لا خلاف في قبوله اتفاقا.

(٣) بناء على التعريف الثالث؛ فالإستحسان حجة باتفاق العلماء؛ حيث لم ينكره أحد، وإنما الخلاف في تسميته استحساناً، فبعضهم سماه بهذا الاسم وبعض آخر لم يسمه بذلك وهو راجع إلى العمل بالدليل القويّ الذي ترجح بذلك على ما هو أضعف منه، وهذا لا نزاع فيه[٩٤]. وعلى هذا التعريف فالإستحسان ينقسم إلى ستة أقسام؛

(أ) الاستحسان بالنص؛ العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب والسنة. **مثل**؛ أن القياس لا يجوز السلم؛ لأنه عقد على معدوم وقت العقد، ولكن عدلنا عن هذا الحكم إلى حكم آخر وهو : الجواز؛ لدليل ثبت بالسنة، وهو قول الراوي : "ورخص بالسلم" أ بما روي عن النبي ﷺ أنه قال (من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) فتركنا القياس لهذا الخبر استحساناً.[٩٥]

(ب) الاستحسان بالإجماع؛ العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالإجماع. **مثل**؛ عقد الاستصناع وهو : أن يتعاقد شخص مع صانع على أن يصنع شيئاً له نظير مبلغ معين بشروط معينة – فالقياس يقتضي عدم جواز مثل ذلك العقد ؛ لأنه بيع معدوم من كل وجه ، لكن عدلنا عن هذا الحكم إلى حكم آخر ، وهو :

---

[٩٤]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، : ٩٩٤.

[٩٥]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ٩٩٢-٩٩٣، عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٣٣-٢٣٤، وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٤٣-٧٤٦.

جواز هذا العقد؛ نظرا لتعامل الأمة به من غير نكير، فصار إجماعاً. ومثله أيضا: دخول الحمامات بأجر معلوم، فالقاعدة العامة تقضي بفساده لجهالة ما يستهلكه الداخل من الماء، وجهالة المدة التي يمكثها في الحمام، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحسانا لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعا للحرج عن الناس فكان إجماعا.[٩٦]

(ج) الاستحسان بالعرف والعادة؛ العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر يخالفه ؛ نظراً لجريان العرف بذلك وعملاً بما اعتاده الناس. **مثل**؛ لو قال شخص : "والله لا أدخل بيتا" ، فالقياس يقتضي أنه يحنث إذا دخل المسجد؛ لأنه يسمى بيتا لغة، ولكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر، وهو : عدم حنثه إذا دخل المسجد، لتعارف الناس على عدم إطلاق هذا اللفظ على المسجد.[٩٧]

(د) الاستحسان بالضرورة؛ وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر مخالف له ضرورة. **مثل**؛ جواز الشهادة في النكاح والدخول ، فالقياس يقتضي عدم جواز الشهادة في النكاح والدخول؛ لأن الشهادة مشتقة المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل في هذه الأمور، لكن عدل عن حكم آخر، وهو جواز الشهادة في النكاح والدخول ضرورة ؛ لأنه لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامح ؛ لأدى إلى الحرج وتعطيل من هذا الحكم إلى الأحكام.[٩٨]

(إ) الإستحسان بالمصلحة؛ وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر مخالف له نظرا لمصلحة. **مثل**؛ يجوز دفع الزكاة لبي هاشم: فإن مقتضى القياس ألا يجوز ذلك كما ثبت عن الرسول محمد ﷺ ، ولكن أبا حنيفة استحسن إعطاء الزكاة لهم في عصره رعاية لمصالحهم وحفظا لهم من الضياع.[٩٩]

(ف) الاستحسان بالقياس الخفي؛ العدول عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم آخر بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول، لكنه أقوى حجة، وأسد نظراً، وأصح استنتاجا منه. **مثل**؛ عدم قطع

---

[٩٦]. راجع المرجع السابق.

[٩٧]. راجع المرجع السابق.

[٩٨]. راجع المرجع السابق.

[٩٩]. راجع المرجع السابق.

يد من سرق من مدينه، بيان ذلك ؛أن من له على آخر دين حال من دراهم فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها فلا تقطع يده ، أما إذا كان الدين مؤجلاً ، فالقياس يقتضي قطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل ؛ لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل ، لكن عدل هذا الحكم إلى حكم آخر وهو أن يده لا تقطع ؛ لأن ثبوت الحق (وإن تأخرت المطالبة) يصير شبهة دارئة وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن، فعدم قطع اليد هنا ثبت استحساناً.[١٠٠]

نظرا لجميع الأنواع من الإستحسان يتخلص تعريف الإستحسان في أمرين وإليه يرجع المعنى الحقيقي منه، والأمران المقصودان هما؛

(١) الإستحسان استثناء مسألة جزئية من أصلي كلّي أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك.
(٢) الإستحسان ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على الدليل.

لقد اختلف الأصوليين في حجية الإستحسان، ولهم في ذلك مذهبان مشهوران؛ **الأول** أنه حجة؛ وإليه ذهب أبوحيفة، ومالك، والإمام أحمد، مع خلافهم اللفظي في إيراد العبارات التي تدل عليه. **الثاني** عدم الإحتجاج به؛ وهو المشهور عن الإمام الشافعي رحمه الله حتى اشتهر قوله (من استحسن فقد شرع).[١٠١]

---

[١٠٠]. راجع المرجع السابق.

[١٠١]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه**، ص:٧٤٨، خلاف، **أصول الفقه**، ص: ٨٢، زيدان، **الوجيز**، ص:٢٤٣

٣. موقف الأصوليين عليه

أ) أقوال المستدلين به

قال الحنفية والحنابلة والمالكية: **إن الإستدلال بالاستحسان حجة شرعية**.[١٠٢]

ب) أدلتهم

الأقوال بحجية الإستحسان من المستدلين به بنيت على الأدلة التالية؛

(١) قوله تعالى؛ (ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ..﴿١٨﴾).[١٠٣]

(٢) قوله تعالى؛ (وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم ..﴿٥٥﴾).[١٠٤]

(٣) قوله تعالى؛ (يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ..﴿١٨٥﴾).[١٠٥]

(٤) قوله ﷺ (**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**).

(٥) إن ثبوته كان بالأدلة المتفق عليها بأنها حجة، إما أن يثبت بالنصّ، وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس الخفي، وإما بالعرف، وإما بالمصلحة.[١٠٦]

(٦) إن الاستدلال بالاستحسان إنما هو استدلال بقياس خفي، ترجح على قياس جلي أو هو ترجيح قياس على قياس يعارضه بدليل يقتضي هذا

---

[١٠٢]. المرجع السابق

[١٠٣]. سورة الزمر (٣٩): ١٨.

[١٠٤]. سورة الزمر (٣٩): ٥٥.

[١٠٥]. سورة البقرة (٢): ١٨٥.

[١٠٦]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٤٩

الترجيح، أو الإستدلال بالمصلحة المرسلة على استثناء جزئي من حكم كلي. وكل هذا استدلال صحيح.[١٠٧]

ج) أقوال المنكرين عليه

وأنكره بعض العلماء ومنهم الشافعي والظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة قاطبة، قالوا: **الاستحسان ليس بحجة شرعية**. قال الشافعي من استحس فقد شرع ، وقال الروياني معناه أنه ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع، وقد خصص الشافعي فصلاً من كتاب الأم لإبطال الاستحسان[١٠٨] وقال: الاستحسان باطل[١٠٩] وقال في الرسالة[١١٠] : 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 شرعاً. وقال ابن حزم: الحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال، وبالله تعالى يعوذ من الخذلان.[١١١]

---

[١٠٧]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٢.

[١٠٨]. ونقلت بيانا من الشيخ أبي زهرة عن كلام الشافعي في إبطال الإستحسان في الآتي.

[١٠٩]. (الأم ٢٧٧/٧)

[١١٠]. الرسالة ٥٠٧

[١١١]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٤٩

د) أدلتهم

الأقوال بعدم حجية الإستحسان من المنكرين به بنيت على الأدلة التالية؛

(١) إنه لا يجور الحكم إلا بالنص أو بما يقاس على النص؛ لأن في غير ذلك شرعا بالهوى. (**وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ...﴿٤٩﴾**).[١١٢]

(٢) حديث معاذ، وهو : أنه لما بعثه إلى اليمن قال له: (إن عرض عليك قضاء فبم تقضي؟ قال: بكتاب الله، قال : فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله ، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فصوبه النبي ﷺ.

(٣) إن الرسول ﷺ ما كان يفني بالاستحسان، وإنما كان ينتظر الوحي، ولو استحسن لما كان مخطئاً لأنه لا ينطق عن الهوى.[١١٣]

(٤) الاستحسان أساسه العقل وفيه يسوي العالم والجاهل ، فلو جار لأحد الاستحسان ، لجار لكل إنسان أن يشرع لنفسه شرعا جديداً.[١١٤]

(٥) إن الإستدلال بالاستحسان إن كان مع وجود نص فهو معارض للنص، وإن لم يكن نص في المسألة فهو تعطيل للقياس، وكلا الأمرين غير جائز، فالحكم الشرعي يكون بنصّ أو إجماع أو إجتهاد، والاجتهاد هو القياس، وإذا تعطل القياس جاز لأهل العقول أن يشرعوا من عندهم بما تستحسنه عقولهم.[١١٥]

(٦) ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعده الكتاب والسنة والإجماع والآثار وما وصفت

---

[١١٢]. سورة المائدة (٥): ٤٩، وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٤٩.

[١١٣]. راجع نفسه.

[١١٤]. راجع نفسه.

[١١٥]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٥٠.

من القياس عليها. وأن ليس للعالم أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة.[١١٦]

(٧) إن الاستحسان بمعناه ما يستحسنه المجتهد بعقله لا ضابط له، كما أنه ليس له مقاييس يقاس بها الحق من الباطل، فلو جاز لكل شخص أن يستحسن بعقله كيفما شاء؛ لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة لا ضابط لها، ولا معيار يبين الحق فيها.[١١٧]

(٨) إن الاستحسان بمعناه ما يستحسنه المجتهد بعقله لو كان يصلح طريقا لإثبات الأحكام الشرعية، لما احتيج إلى الأدلة الشرعية، وحفظها، والاهتمام بها، والحرص على دراستها دراسة دقيقة من الكتاب والسنة، ولما كان هناك فرق بين المجتهد العارف بتلك الأدلة والعامي العاقل الذي لا يعرف شيئا عن تلك الأدلة، ويلزم منه أيضاً : عدم اشتراط أهلية النظر.[١١٨]

(٩) إن لو جاز الاخذ بالاستحسان في الدين جاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم ، ولجاز ان يشرع في الدين في كل باب وان يخرج كل أحد لنفسه شرعا.[١١٩]

وفي إتمام هذه الأدلة عند القائلين بعدم حجية الإستحسان فأوردت كلاما من الشيخ أبي زهرة في كتابه أصول الفقه في إبطال الشافعي للإستحسان الذي ينقل عنه ثم يلخصه، فقال:

" أبطل الشافعي الاستحسان، حتى أنه عقد لذلك فصلا تاماً بذاته في كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التي ساقها، وهي

---

[١١٦]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٥٠.

[١١٧]. عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ص: ٩٩٥.

[١١٨]. راجع نفسه، ص: ٩٩٦.

[١١٩]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٣.

تتلخص في ستة أدلة ساقها في مواضع منتورة من الرسالة وكتاب إبطال الاستحسان، ولنلخصها فيما يلى:

(١) أن الشريعة نص وحمل على نص بالقياس ، وما الاستحسان؟ أهو منهما أم غيرهما؟ فان كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم وذلك يناقض قوله تعالى : ﴿أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾﴾ فالإستحسان الذي لايكون قياساً ولا إعمالا لنص يناقض تلك الآية الكريمة.

(٢) أن الآيات الكثيرة تأمر بطاعة الله تعالى وطاعة رسوله، و تنهى اتباع الهوى، وتأمر قاعند التنازع أن ترجع إلى كتاب الله تعالى، فالله سبحانه و تعالى يقول: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ...﴿٥٩﴾﴾، والاستحسان ليس كتاباً ولا سنة ولا ردا للكتاب والسنة، إنما أمر غير ذلك فهو تزيد عليهما، فلا يقبل إلا بدليل منهما على قبوله، ولا دليل عليه.

(٣) أن النبي ﷺ ما كان يفتى باستحسانه وهو الذي كان ما ينطق عن الهوى، فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته : "أنت على كظهر أمي"، فلم يفت باستحسانه ، بل انتظر حتى نزلت آية الظهار وكفارته ، وسئل عمن يجد مع امرأته رجلا ويتّهمها فانتظر حتى نزلت آية اللعان، وكذلك سئل عمن نفي نسب ولده لأنه على غير لونهما، فانتظر حتى كان حكم اللعان أيضاً. ولو كان لأحد أن يفتى بذوقه الفقهى أو باستحسانه لكان سيد المرسلين محمد ﷺ أولى به، فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن الاستحسان من غير اعتماده على نص، ولنا في رسول الله تعالى أسوة حسنة.

(٤) أن النبي ﷺ قد استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه وأفتوا باستحسانهم، فقد أنكر على بعض الصحابة أمم أحرقوا مشركا لاذ بشجرة، واستنكر أن أسامة قتل رجلا قال "لا إله إلا الله"، لأنه قالها تحت حر السيف ، ولو كان الاستحسان جائزا ما استنكر عملهم.

(٥) أن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل كالقياس، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أو مجتهد أن يستحسن من غير ضابط لكان الأمر فرطاً، ولاختلفت الأحكام في النازلة الواحدة على حسب استحسان كل مفت، فيكون في الشيء الواحد ضروب من الفتوى من غير ترجيح واحدة على الأخرى، إذ لا ميزان ولا ضابط يمكن له الترجيح به ما دام الأساس هو الاستحسان.

(٦) أنه لو كان الاستحسان جائزاً من المجتهد، وهو لا يعتمد على نص ولا حمل على النص بل يعتمد على العقل وحده، لكان يجوز الاستحسان ممن ليس عنده علم الكتاب والسنة ، لأن العقل متوافر عند غير العلماء بالكتاب والسنة، بل ربما كان منهم من له عقل يفوق عقول هؤلاء، وله إبانة خير من إبانتهم ، ويقول الشافعي في ذلك : (إن قلتم إنهم لاعلم لهم بالأصول، فقيل لكم فما حجتكم في علمكم بالأصول إذا قلتم بلا أصل ولاقياس على أصل، هل خفتم على أهل العقول الجاهلين بالأصول أكثر من أنهم لا يعرفون الأصول فلا يحسنوا أن يقيسوا بما لا يعرفون، وهل أ كسبكم علمكم بالأصول القياس عليها أو أجاز لكم تركها، فإذا جاز لكم تركها جاز لهم القول معكم.[١٢٠]

الجواب على الإعتراض من الشيخ أبي زهرة على الأدلة التي أقامها الشافعي

لإبطال الإستحسان، فقال الشيخ أبو زهرة؛

"وإن هذه الأدلة التي أقامها الشافعي لرد حجية الإستحسان كلها لاترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلا من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف، فإن كل أنواع الاستحسان الحنفى لا يرد عليه اعتراض

---

[١٢٠]. أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص: ٢٧٠-٢٧٢، انظر أيضا؛ مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ١٣٥-١٣٩.

من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صوره ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النصّ، أو الإجماع، أو الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف النصّ، فأولى أن يخالف بها القياس"[١٢١]

٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع

للوصول إلى غاية الفهم الصحيح، سأبين دراسة المقارنة في هذا الأمر بإحضار المناقشة بين الأدلة التي أقامها كلا الطائفتين. وبهذا أرجو أن أصل إلى حقيقة الإختلاف بينهم في الأخذ بهذا الدليل. وأقمت ببيانه كما يلي؛

أ) مناقشة الأدلة

(١) دليل من المنكرين واعتراضات عليه من المستدلين؛

(أ) حديث معاذ، وهو : أنه لما بعثه إلى اليمن قال له: (إن عرض عليك قضاء فبم تقضي؟ قال: بكتاب الله، قال : فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله ، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فصوبه النبي ﷺ. وجه الدلالة أن معاذا ذكر الكتاب، والسنة، والاجتهاد، ولم يذكر الاستحسان، فأقره النبي ﷺ على ذلك، فالاستحسان ليس بدليل، فلا يعتبر.

اعترض؛

إن الاجتهاد عام وشامل يضم القياس، والمصلحة والإستحسان، فيدخل الإستحسان ضمن الأدلة.[١٢٢]

---

[١٢١]. أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص: ٢٧٢.

[١٢٢]. عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ص: ٩٩٥.

جواب على الإعتراض للمستدل؛

إن المقصود بالاجتهاد هو الاجتهاد بالأدلة الشرعية، والاستحسان على التعريف (ما يستحسنه المجتهد بعقله) لا يدخل ضمن الأدلة المجتهد فيها، لعدم استناده إلى الأدلة الشرعية.[١٢٣]

(٢) دليل من المستدلين واعتراضات عليه من المنكرين؛

(أ) قوله تعالى؛ (**وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم ..۞**). وجه الدلالة؛ أن الله أمر باتباع أحسن ما أنزل، فدل على ترك بعض، واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان، فدل على أن الاستحسان حجة.

اعترض؛

١. أن اللفظ عام فيدخل فيه استحسان العوام والصبيان، فيلزم من ذلك اتباع استحسانهم، وهذا باطل ولا يقوله أحد، إذن الآية لا تصلح للاستدلال بهما على حجية الاستحسان.[١٢٤]

٢. أن اتباع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة، وهذا واجب. فبينوا أولا أن هذا مما أنزل إلينا فضلاً عن أن يكون من أحسنه.[١٢٥]

٣. أنا مستحسن إبطال الاستحسان، وأن لا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة، فليكن هذا حجة عليهم.[١٢٦]

(ب) قوله ﷺ (**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**). وجه الدلالة؛ أن هذا يدل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق؛ لأن الذي ليس بحق فليس بحسن عند الله تعالى، وما هو حق وحسن عند الله فهو حجة، ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسنا.

---

[١٢٣]. راجع نفسه.

[١٢٤]. عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ص: ٩٩٧.

[١٢٥]. راجع نفسه.

[١٢٦]. راجع نفسه.

اعترض؛

١. أنا لا نسلم أن هذا الخبر مرفوع، بل هو موقوف على ابن مسعود كما قال الزيلعي في كتابه (نصب الراية)، والسخاوي في كتابه (المقاصد الحسنة)، وغيرهما.[١٢٧]

٢. على فرض أن الحديث مرفوع، فإنه خبر واحد، وخبر الواحد لا تثبت به قاعدة أصولية مثل (حجية الاستحسان).[١٢٨]

٣. أن المراد به ما رآه جميع المسلمين؛ لأنه لا يخلو إما أن يريد به جميع المسلمين، أو يريد به آحادهم. فإن كان الأول (وهو : أن المراد به جميع المسلمين) فهو صحيح؛ لأن الأمة لا تجتمع على حسن شيء إلا عن دليل، والإجماع حجة وهذا لا يخالف فيه أحد. ولكن إن أراد به الآحاد من المسلمين لزم منه استحسان العوام والصبيان، وهذا لا يمكن[١٢٩].

جواب على الإعتراض للمنكرين؛

إنا نقصد استحسان من هو أهل للنظر في الأدلة الشرعية، أما من ليس أهلاً للنظر كالصبيان والعوام فلا يقبل استحسانهم[١٣٠].

جواب المنكرين؛

إن المجتهد إذا استحسن الشيء وحكم به بعقله دون النظر إلى الأدلة الشرعية، فلا فائدة في اشتراط أهلية النظر في الأدلة؛ لأن الذي عنده الأهلية للنظر في الادلة ولكنه لا ينظر هو مثل العامي والصبي الذي لا أهلية له أصلاً في النظر فيها سواء بسواء، فلا فرق بينهما. والجامع؛ الاستحسان بالعقل المجرد دون النظر في الأدلة الشرعية[١٣١].

---

[١٢٧]. راجع نفسه.

[١٢٨]. راجع نفسه.

[١٢٩]. راجع نفسه، ص: ٩٩٨.

[١٣٠]. راجع نفسه.

[١٣١]. راجع نفسه.

(ج) أن الأمة قد استحست دخول الحمام من غير تقدير أجرة، ولا تقدير للماء المصبوب ، ولا تقدير لمدة اللبث في الحمام إلا أن التقدير في مثل هذه قبيح في العادة، فاستحسن الناس تركه نظرا لجريان العادة والعرف، ووقع هذا دليل على جوازه.

اعترض؛

بأن عدم تقدير أجرة دخول الحمام، وعدم تقدير الماء واللبث يحتمل احتمالين؛ **الاحتمال الأول**: أنه يحتمل أن يكون سند ذلك السنة التقريرية؛ حيث إن النبي ﷺ كان يرى الصحابة يفعلون ذلك ولا ينكر عليهم، وهذا من رخص الإسلام، وسبب هذه الرخصة هو : المشقة في تقدير الماء والعوض؛ حيث إن الناس يختلفون في كمية الماء المستعمل ، وفي الوقت الذي يمكثون فيه بالحمام. **الاحتمال الثاني**: أنه يحتمل أن يكون سند ذلك القياس؛ حيث إن داخل الحمام مستبيح، فإذا أتلف ماء حمامي فعليه ثمن المثل، وذلك لأن قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما يبذله في الغالب، وما يبذله يكون ثمن المثل فيقبله الحمامي إن رضي به، وإن لم يرض به، طالبه بالمزيد إن شاء، فليس هذا أمراً جديداً، ولكنه مقاس والقياس حجة. فثبت إن عدم تقدير الماء والأجرة يثبت عن طريق السنة أو القياس، فالقول إنه ثبت عن طريق الاستحسان تحكم لا دليل عليه[١٣٢].

ب) تحرير النزاع

وبهذا أشرت في بيان حقيقة الإستحسان إلى أنه ليس هناك استحسان مختلف فيه. ولكنني قبل أن أصل إلى هذه النتيجة أريد تفصيل الكلام في تحرير النزاع عن اختلاف الأصوليين في حجية الإستحسان، فأوردت بيانا من العلماء.

---

[١٣٢]. راجع نفسه، ص: ٩٩٩.

(١) موقف الإمام الشاطبي؛ قال:

"من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع الى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة، كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك."[١٣٣]

(٢) موقف الشيخ عبد الوهاب خلاف؛ قال؛

والظاهر لي أن الفريقين المختلفين في الاستحسان لم يتفقا في تحديد معناه. المحتجون به يريدون منه معنى غير الذي يريده من لا يحتجون به . ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا في الاحتجاج به، لأن الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر أو عن حكم كلي لدليل اقتضى هذا العدول، وليس مجرد تشريع بالهوى. وكل قاض قد تنقدح في عقله في كثير من الوقائع مصلحة حقيقية تقتضي العدول في هذه الجزئية عما يقضي به ظاهر القانون وما هذا إلا نوع من الاستحسان.[١٣٤]

وختم كلامه في موقفه من هذا بقوله؛

"فمن احتجوا بالاستحسان وهم كثر الحنفية دليلهم على حجيته: أن الاستدلال بالاستحسان إنما هو استدلال بقياس خفي، ترجح على قياس جلي أو هو ترجيح قياس على قياس يعارضه، بدليل يقتضي هذا الترجيح أو الاستدلال بالمصلحة المرسلة على استثناء جزئي من حكم كلي. وكل هذا استدلال صحيح".[١٣٥]

---

[١٣٣]. الشاطبي، **الموافقات في أصول الأحكام**، ج: ٤/ ص: ٢٠٧.

[١٣٤]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٣.

[١٣٥]. راجع نفسه، ص: ٨٢.

(٣) **موقف الأستاذ محمد الزحيلي**؛ قال:

"والواقع أن الحنفية نظروا إلى الاستحسان من وجهة نظر معية تختلف عن وجهة نظر الشافعية، وأن اختلافهم في تحديد معناه أدى إلى اختلافهم في حجيته، وأن الشافعية والمالكية، لا ينكرون وجهة نظر الحنفية في مراعاة القياس القوي وتقديمه عند تحقق المصلحة، ويؤيدون ترجيح قياس على قياس لعلة أو سبب، وكذلك الحنفية يوافقون الشافعية إنكار الاستحسان الموسوم بالتشهي وإعمال العقل والتحكم والهوى في الأحكام الشرعية، ولو نظر كل طرف في المعنى الذي حدده الآخر لوافقه عليه، فالإختلاف بينهم هو اختلاف لفظي كما يقول علماء الأصول، وأنهم متفقون على استعمال لفظه وحقيقته في الأحكام العملية في مسائل كثيرة."[١٣٦]

(٤) **موقف الأستاذ عبد الكريم زيدان**؛ قال:

"والظاهر أن إطلاق لفظ الاستحسان أثار عند بعض العلماء معنى التشريع بالهوى فأنكروه، ولم يتبينوا حقيقته عند القائلين به، ولم يدركوا مرادهم منه، فظنوه من التشريع بلا دليل "فشنوا عليه الغارة وقالوا فيه ما قالوا" فالاستحسان بالهوى وبلا دليل ليس بدليل بلا خلاف بين العلماء. وعلى هذا النوع من الاستحسان -إذا امكن تسميته استحساناً- يحمل إنكار المنكرين، لأن الاستحسان عند القائلين به لا يعدو أن يكون ترجيحاً لدليل على دليل، ومثل هذا لا ينبغي أن يكون محل خلاف بين العلماء (فلا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع). وزاد في الأخير كلمة (ومع هذا فنحن نؤثر أن نسمي الحكم الثابت استحساناً بالنص حكماً ثابتاً بالنص لا بالاستحسان، ولكن الحنفية اصطلحوا على تسميته استحساناً ولا مشاحة في الاصطلاح)."[١٣٧]

---

[١٣٦]. محمد الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٥١.

[١٣٧]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٣٥.

(٥) موقف الأستاذ عبد الكريم النملة؛ حيث قال:

"الخلاف في الاستحسان خلاف لفظي ، بيان ذلك : أن متأخري الحنفية لما رأوا هذا الإنكار الشديد على التعريف الأول والتعريف الثاني للاستحسان اللذين نقلا عن بعض الحنفية المتقدمين حاولوا أن يصححوا هذين التعريفين بسبب استقرائهم وتتبعهم للفتاوى الصادرة عن أئمة الحنفية المتقدمين، فأتوا بتعريفات تناسب الاستحسان الذي كان يطبقه المتقدمون منهم".

"وإذا دققت في تعريف الجمهور للاستحسان، ودققت في كلام الحنفية المتقدمين ، وما ذكره الحنفية المتأخرون من تعريفات وشروح وتفسيرات لوجدت أن تعريف الإستحسان (العدول بحكم المسالة عن نظائرها لدليل خاص أقوى من الأول)، قد اتفق عليه الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلا أن الحنفية قد عبروا عنه بلفظ يخالف تعبير الجمهور"

"ومن تتبع واستقرأ ما ورد عن الحنفية من تعريفات، وشروح وتفسيرات وتطبيقات ، لثبت أنهم لا يقولون بأن الاستحسان هو (ما يستحسنه المجتهد بعقله)، ولا يقولون بأنه(دليل ينقدح في نفس المجتهد يعجز عن التعبير عنه) ، ولثبت أنهم يقولون : (إن الاستحسان العدول في الحكم عن دليل إلى دليل هو أقوى منه)، وهذا مما لا ينكره الجمهور فكان الخلاف لفظياً". [١٣٨]

(٦) موقف الأستاذ مصطفى ديب البغا؛

" وبعد هذا العرض لمذاهب العلماء، وموقفهم من الاستحسان، وأدلة القائلين به والمبطلين له؛ أعود للقول بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلا للنزاع، ويحتاج للاستدلال إلى إثباته أو إبطاله، كما صرح بهذا علماء الأصول، وهم الناقلون لمذاهب العلماء هذه، على أنني أقول إن ما قاله الشافعي رحمه

[١٣٨]. عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ص: ١٠٠٠-١٠٠١.

الله تعالى حق، فمن استحسن فقد شرع، وتجرأ على الله ورسوله ﷺ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان، ولكن هذا كله إذا كان الاستحسان والقول به بالمعنى الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى وبينه - وهو القول بالتشهي والهوى- دون الاستناد إلى دليل. لا إذا كان الاستحسان بالمعنى الاصطلاحي الذي قال عنه المالكية إنه تسعة أعشار العلم، ولا بالمعنى الذي قصده الحنفية، وهو راجع إلى الأدلة المقبولة والمتفق عليها إجمالا".[١٣٩]

(٧) **موقف الأستاذ وهبة الزحيلي**؛ استنتج نتيجتين في تحرير هذا النزاع، فقال:[١٤٠]

(أ) **النتيجة الأولى**؛ بالمقارنة بين أدلة المنكرين للاستحسان والمثبتين له، أقرر أنه ليس هناك ملتقى موحد في تأسيس الخلاف، فإن إنكار الشافعي رضي عنه للاستحسان إنما هو المبني على محض العقل ومجرد القول بالرأي والتشهي من غير اعتماد على دليل شرعي وهذا المعنى لم يقل به الحنفية ومشايعوهم، ونقلت ما قاله البزدوي: (أبو حنيفة رحمه الله تعالى أجل قدراً وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي أو عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعاً) والواقع أن الخلاف لفظي.

(ب) **النتيجة الثانية**؛ لا يتقيد الاستحسان بكونه قياساً خفياً في مقابلة قياس جلي وإنما قد يكون بنص أو إجماع أو ضرورة ونحو ذلك مما بان في أنواعه وقد لا يكون مقابل الاستحسان هو القياس الجلي، وإنما قد يكون دليلاً عاماً أو قاعدة كلية. والضابط لحالاته هو ما قاله المالكية: إنه العمل بأقوى

---

[١٣٩]. مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ١٤٠

[١٤٠]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٥٠-٧٥١.

الدليلين وإن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة المرسلة. وختم كلامه في هذا بقوله؛

"والحقيقة أني لا أجد خلافا جوهريا بين العلماء في الاستحسان، وإنما الخلاف لفظي كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب أو الآمدي وابن السبكي والإسنوي والشوكاني، وعبارتهم في ذلك هي الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العادة أو المصلحة صالحة لتخصيص الدّليل العام، أي أن الاستحسان يشبه ما يسمّى عند رجال القانون بالاتجاه إلى روح القانون وقواعده العامة الكلية".[١٤١]

موقف الباحث بعد تحرير النزاع وتحقيقه

بعد عرض الأقوال والآراء من الأصوليين في حجية الإستحسان وبيان الأدلة التي استدل بها المثبتون والمنكرون مع المناقشة على أدلتهم ثم حلّ اختلافهم ببيان حقيقة الإستحسان بنقل القول من العلماء في تحرير النزاع عن حجية الإستحسان، ينبغي للباحث الوقوف على كلمة انتهائية بعد أن أستخلص ما ذكرت بهذا الصدد، والذي يبدوا لي أن الاستحسان حجة وهو دليل متفق للحكم الشرعي، لأن الخلاف الذي وقع بين القائلين به وبين النافيين به إنما هو خلاف لفظي أعني في اختلافهم في ألفاظ التعاريف كما يظهر لنا، لهذا يتبين لنا أن الاستحسان الذي قالوا بحجيته ليس نفسه الاستحسان الذي قالوا بعدم حجيته.

---

[١٤١]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٣٩.

يتبين مما سبق بأن الإستحسان الذي هو عبارة عن العدول يحكم المسألة عن نظائرها إلى حكم آخر خلافه لوجه أقوى منه، أو نحو هذه العبارة، من العبارات التي تفيد أن لا بد أن يستند إلى دليل شرعي نقلي صحيح، أو عقلي صريح.

وهذا المعنى لا ينبغي أن يخالف فيه أحد، بل العلماء كلهم متفقون على قبوله كما صرح بذلك جمع من الأصوليين.

أما المنكرون للإستحسان وفي مقدمتهم الإمام الشافعي وأكثر أصحابه فإنهم ينكرون التسمية فقط، والمعاني الباطلة، كما ينكرون تخصيص نوع من الأدلة بهذا الاسم فيما يظهر. ولا ينكرون المعنى الصحيح للإستحسان، وهو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه، وإن كان بعضهم لا يسميه استحسانا، بل يدرجه تحت أدلة أخرى.

أما الاستحسان بمعنى استحسان المجتهد بعقله ونحو ذلك، فالكل متفق على بطلانه وعدم الإحتجاج به.

وبهذا يتبين أن الخلاف في حجية الاستحسان خلاف شكلي لفظي، لا معنوي حقيقي والعبرة بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ سواء عند العلماء عامة، وبذلك يقف الالباحث على حقيقة الأمر في هذه المسألة التي كثر فيها نزاع

الأصوليين، وتشعبت آراؤهم فيها، وأقول بأن الإستدلال بهذا (أي الإستحسان) حق ومتفق عليه بين الأصوليين ولم أوافق بعد هذا اطلاق كلمة "المختلف فيها" في أخذ الإستحسان استدلالا في استنباط الأحكام.

ب. المصـلحة المرسلة

١. تعريفها

الإستصلاح في اللغة: طلب الإصلاح، وهو العمل بالمصلحة؛ سواء كان الإستصلاح؛ حسيا أم معنويا، فيقال مثلا استصلح الرجل مسكنه؛ كما يقال استصلح خلقه. والمصلحة في اللغة: كالمنفعة، وزنًا ومعنىً ، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كما أنها اسم لمفرد المصالح، فكل ما كان فيه نفع وصلاح، جلبًا أو دفعًا فهو مصلحة.[١٤٢]

وفي الإصطلاح؛ ثبوت الحكم بعلة لمصلحة مقصودة للشارع تترتب على تشريعه من غير قياس على أصل خاص.[١٤٣]

---

[١٤٢]. الجوهري، **تاج اللغة وصحاح العربية**، ج: ١/ ص:٣٨٣، الزمخشري، **أساس البلاغة**، ص: ٣٥٩، الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج: ١/ ص: ٢٣٥، ابن منظور، **لسان العرب**، ج: ٣/ ص: ٣٤٨.

[١٤٣].

المصلحة في الأصل هي جلب المنفعة ودفع المضرة أي المفسدة، فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة، وجانب سلبي هو دفع المفسدة. وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط فيقرن معها درء المفسدة.[١٤٤]

أما كلمة "المصلحة المرسلة" واردة من وجود تقسيمات للمصلحة، والمعلوم لنا أن المصلحة لها التقسيمان؛ التقسيم الأول أقسام المصلحة باعتبار الإضافة إلى شهادة الشارع لها، والتقسيم الثاني أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها. وفي التقسيم الأول المصلحة تنقسم إلى ثلاثة أقسام من. وهذه الأقسام للمصلحة تتعلق بما ورد من الشرع الإعتبار لها والإلغاء لها أو عدم الإعتبار لها و عدم الإلغاء لها معا.

فالمصلحة منها ما شهد الشارع له بالإعتبار، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء ومنها ما سكت عنه. بناء على ذلك فالمصلحة ثلاثة أنواع؛

(١) الأولى هي المصلحة المعتبرة
(٢) الثانية هي المصلحة الملغاة
(٣) الثالثة هي المصلحة المرسلة[١٤٥]

---

[١٤٤]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٦.

[١٤٥]. عبد الكريم زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٦

وفي التقسيم الثاني المصلحة (أي المصلحة المرسلة لا المعتبرة بنص معين لأنها داخلة في باب القياس ولا الملغاة التي شهد النص بإلغائها) تنقسم إلى رتب ثلاثة؛ وهي ما في رتبة الضرورة، وما في رتبة الحاجات، وما يتعلق بالتحسينيات. وفي هذا لا حاجة لي أن أبين كلها لأن هذا خارج عن مقتضى هذه الأطروحة.

أقسام المصلحة؛

(١) **المصلحة المعتبرة**؛ هي المصالح التي جاءت الأحكام الشرعية لتحقيقها ومراعاتها من أجل المحافظة على مقصود الشارع في جلب المصالح أو دفع المفاسد والمضار. بعبارة أخرى؛ هي المصالح التي اعتبرها الشارع وأثبتها وشهد بذلك، وقام الدليل منه على رعايتها.
(٢) **المصلحة الملغاة**؛ هي المصالح التي وردت الأحكام الشرعية بإلغائها وعدم مراعاتها، لأنها مصالح من حيث الظاهر وتخفي وراءها أصرارا ومفاسد دينية واجتماعية. بعبارة أخرى؛ هي المصالح التي شهد الشارع ببطلانها وردها وإلغائها وعدم اعتبارها وجعلها ملغاة.[١٤٦]

بناء على ذلك، هذان القسمان متفق عليهما بين جميع المسلمين، لأن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ولرعاية أحوالهم ومنافعهم، فشرعت كل ما يحقق مصلحتهم وحرمت كل ما يضرّ هم ويوقع الإيذاء بهم. بعبارة أخرى؛ المصلحة المعتبرة حجة، لا إشكال في صحتها، ولا خلاف في

---

[١٤٦]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٧٠، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٣-٢٥٤، زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٦-٢٣٧، خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٤-٨٥، ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٣٢.

إعمالها بين العلماء الأصوليين، ويصح بناء الأحكام عليها وكذلك المصلحة الملغاة مردودة وليست بحجة، لاسبيل إلى قبوله، ولا خلاف في إهماله بين الأصوليين، ولا يصح بناء الأحكام عليها.

(٣) **المصلحة المرسلة أو المصلحة المطلقة**؛ هي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها. صورته إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكما ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم (أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعا) فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة. ووجه أنه مصلحة هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع. وإنما سميت مرسلة، لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء.[١٤٧]

لقد بينت قبل قليل أن المصلحة التي شهد لها الشارع بالإعتبار حجة بالإتفاق؛ وأن المصلحة التي شهد لها الشارع بالإلغاء ليست بحجة بالإتفاق. وأما المصلحة التي يراها المجتهد ولم يرد دليل من أدلة الشرع يشهد لها، وكذلك لا دليل منه يلغيها، فهذه التي اختلف العلماء هل هي حجة أو لا؟ بمعنى إن العماء الأصوليين اختلفوا في الأخذ بالمصلحة المرسلة بوصفها دليلا مستقلا في تشريع الأحكام.[١٤٨]

---

[١٤٧]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٣٤.

[١٤٨]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه**، ص: ٧٧٠، محمد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٣-٢٥٤، ديب البغا، **أثر الأدلة**، ص: ٣٢.

المصلحة المرسلة عند الأصولين؛

(١) الاستصلاح لدى الحنفية

نقل الأستاذ مصطفى ديب البغا قول الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الإسلامي: (أما الحنفية فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ولا يعتبرونه دليلا شرعياً). وهذا فيه نظر من عدة وجوه؛

١. أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه، وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها، والمصلحة المقصودة منها، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخدون بالاستصلاح، وقد كان زعيمهم إبراهيم النخي في بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة، ولا يحتج إلا بالمصلحة، وهم في مقدمة القياسين، وعمادهم مراعاة المصلحة.

٢. أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سده العرف والضرورة والمصلحة، وما هذا إلا استناد إلى المناسب المرسل، وأخذ بالاستصلاح، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح. والذي أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح.

٣. وإذا قلنا إن الحنفية يحتجون بالاستصلاح فهم لا يعتبرونه أصلا مستقلا، وإنما يدخل عندهم ضمن دليلين من أهم الأدلة التي امتاز بها فقههم وهما الاستحسان والعرف، كما أشار إليه الأستاذ خلاف.[١٤٩]

(٢) الاستصلاح لدى مالك

تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أن القول بالاستصلاح أمر مختلف فيه، وأن الراجح من الآراء أنه لا يصلح الاستدلال به، إذ لا دليل على اعتباره. وأنه لم يذهب إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه الله تعالى.[١٥٠]

---

[١٤٩]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٤٥.

[١٥٠]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٤٣.

(٣) الاستصلاح لدى الشافعية

إن الشافعي رحمه الله تعالى لم يعد الاستصلاح دليلا مستقلا في أصوله كالإجماع والقياس، ومن أجل هذا ظن كثير من الباحثين أنه لم يأخذ به، ولم يعتبر المصالح المرسلة مستندا في اجتهاده.

إلا أنه لا يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح أصلا مستقلا برأسه عدم اعتباره عنه، واعتماده عليه مدرجاً تحت باب القياس، بل الحق: أن الشافعي رحمه الله تعالى كان يذهب في اعتماد المصالح المرسلة إلى مدى بعيد، ولكنه كان يسمي كل ذلك قياسا، إذ القياس في مفهومه هو: مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها.

وفي بيان هذه الحقيقة يقول الشافعي: الاجتهاد أبدا لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.[١٥١]

وقد نقل إمام الحرمين في كتابه البرهان عن الشافعي اعتماده على المصالح المرسلة، فقال:

(المعروف من مذهب الشافعي التمسك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة).[١٥٢]

(٤) الاستصلاح لدى الحنابلة

على الرغم من أن أتباع الإمام أحمد رحمه الله تعالى لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة في جملة ما نصوا عليه من أصوله التي اعتمدها في الاجتهاد، بل إنهم صرحوا بإنكارها كما نقلنا عن ابن قدامة. فإنه لم يكن بمنجاة عن الأخذ بها، وسبب عدم ذكرها في أصول اجتهاده أنه لم يكن يعد الاستصلاح أصلا خاصاً، بل كان يعتبره معنى من معاني القياس.

---

[١٥١]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٤٩.

[١٥٢]. أبو المعالي يوسف الجويني، **البرهان في أصول الفقه**، ص: ٢٦١-٢٦٢.

٢. حجيتها

لقد بينت سابقا أن المصلحة تقسم على ثلاثة أقسام وهي مصلحة معتبرة، ومصلحة ملغاة، ومصلحة مرسلة. فوقوع الإختلاف بين الأصوليين في حجيتها دليلا لتشريع الأحكام، وكان الخلاف في القسم الأخير هل هي حجة أم لا؟، أما في القسمين الأوليين تحقق الإتفاق بين الأصوليين في حجيتها في الأول (لأن هذه المصلحة قد شهدت عليها النصوص الشرعية باعتبارها حتى تكون معتبرة) وعدم حجيتها في الثاني (لأن هذه المصلحة قد شهدت عليها النصوص الشرعية بإلغائها حتى تكون ملغاة).

نقلا من كلام الأستاذ وهبة الزحيلي حيث يقول بأن العلماء من الأصوليين قد اختلفوا في الأخذ بالمصلحة المرسلة دليلا مستقلا في تشريع الأحكام على ثلاثة مذاهب.

(١) المذهب الأول وعليه الجمهور من الأصوليين؛ **أن المصلحة المرسلة حجة شرعية مع مراعاة الشروط للعمل بها**، بعبارة أخرى لا يؤخذ بالمصلحة المرسلة مطلقا.
(٢) المذهب الثاني وعليه الإمام مالك ومذهب المالكية؛ **أن المصلحة المرسلة حجة شرعية مطلقا**.

(٣) المذهب الثالث وعليه الشافعية والحنفية[١٥٣] وبعض الحنابلة والشيعة والظاهرية وبعض المتكلمين؛ **أن المصلحة المرسلة ليست حجة شرعية مطلقا**.[١٥٤]

وفي تفصيل حجيتها أشرت بأن الإختلاف ينحصر في القولين فقط أعني بين المستدلين بها والمنكرين عليها. أما المستدلون بها مطلقا أم بغير مطلق بل مع الشروط فلا حاجة في فرقها استقلالا لكن سأبينها بعد الفراغ من بيان موقف المستدلين والمنكرين، وأقول أن الخلاف بين المستدلين بالمصلحة المرسلة حجة شرعية سواء كانت مطلقا أم بغير مطلق بل مع الشروط اختلاف معنوي.

٣. موقف الأصوليين عليها

أ) أقوال المستدلين بها

فقال الجمهور من الأصوليين وهم الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والحنابلة وغيرهم من الأئمة؛ **إن الإستدلال بالمصلحة المرسلة حجة شرعية**.

---

[١٥٣]. أما الحنفية أنهم كالشافعية في امتناع التمسك بالإستصلاح كما ذكر الآمدي في كتابه الأصول من علم الأصول، لكن الحنفية يأخذون المصلحة المرسلة من طريق الإستحسان أي أدخلوها فيه، لأن أكثر ما يعتمد عليه الإستحسان هو المصلحة.

[١٥٤]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٥٨-٧٥٩، عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ج: ٣/ ص: ١٠٠٩-١٠١٢.

ب) أدلتهم

الأقوال بحجية المصلحة المرسلة من المستدلين به بنيت على الأدلة التالية؛

(١) قوله تعالى؛ (وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ١٠٧). [١٥٥]

(٢) قوله تعالى؛ (فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٣). [١٥٦]

(٣) قوله تعالى؛ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدۡ جَآءَتۡكُم مَّوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَشِفَآءٞ لِّمَا فِي ٱلصُّدُورِ وَهُدٗى وَرَحۡمَةٞ لِّلۡمُؤۡمِنِينَ ٥٧). [١٥٧]

(٤) قوله ﷺ؛ (**لا ضرر ولا ضرار**).

(٥) ثبت بالإستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح الناس أي إن الشرعية الإسلامية قائمة على أساس توفير الشسعادة لهم. الإعتبار لجنس المصالح في جملة الأحكام يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام، لأن العمل بالظن واجب. [١٥٨]

(٦) إن الحياة في تطور مستمر، وأساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغير في كل زمن وبيئة، وفي أثناء التطور تتجدد مصالح الناس، وكذلك قد يؤدي تغير أخلاق الناس وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة، وقد يكون مصلحة في مجتمع ما هو مفسدة في مجتمع آخر. فلو اقتصرنا على الأحكام المبنية على مصالح نص الشرع على اعتبارها أو لم نجعل المصلحة حجة، لتعطل كثير من مصالح الناس وجمد التشريع عن مصالح الناس ووقف عن مسايرة الزمن، وفي ذلك إضرار بهم كبير لا يتفق مع قصد التشريع من تحقيق المصالح ودفع المفاسد، وحينئذ لا بد من إصدار أحكام جديدة تتلاءم مع مقاصد

---

[١٥٥]. سورة الأنبياء (٢١): ١٠٧.

[١٥٦]. سورة المائدة (٥): ٣.

[١٥٧]. سورة يونس (١٠): ٥٧.

[١٥٨]. شمس الدين مُحَمَّد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، **إعلام الوقعين عن رب العالمين**، (بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣هـ)، ج:٣ / ص: ١٤، عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ج: ٣/ ص: ١٠١٠.

الشريعة العامة وأهدافها الكلية، حتى يتحقق خلود الشريعة وصلاحيتها الدائمة.[١٥٩]

(٧) إن من يتتبع اجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم يجد أنهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد اشتمال الواقعة على مصلحة راجحة دون تقييد مقتضى قواعد القياس، أي بقيام شاهد على اعتبار المصلحة، دون إنكار من أحد. فكان فعلهم إجماعاً على اعتبار المناسب المرسل، والإجماع كما هو معروف حجة يجب العمل به. مثل اجتهاد الصحابة.[١٦٠]

(أ) جمع أبو بكر ﷺ القرآن الكريم من الصحف المتفرقة في مصحف واحد بإشارة عمر ﷺ دون سبق نظير له، بدليل ما قاله عمر"إنه والله خير ومصلحة الإسلام"، وحارب أبو بكر مانعي الزكاة، واستخلف أيضاً عمر دون وقوع نظير من قبل.

(ب) أبطل عمر ﷺ سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات مع أنه ثابت بالنص نظراً لعدم الحاجة إلى تأليف قلوبهم بعد أن عز الإسلام، وأسقط أيضاً حد السرقة عام المجاعة مع أنه منصوص عليه لعموم الابتلاء والحاجة، وقتل الجماعة بالواحد حين اشتركوا في قتله، حتى لا يتحد الاجتماع ذريعة إلى الخلاص من القصاص. وأيضا كان أمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زحراً عن كثرة استعماله، ووضع الخراج على أهلها لمصلحة جماعة المسلمين وترويد بيت المال ودون الدواوين واتخذ السجون إلى آخر ما أثر عنه من أحكام جديدة.

(ج) كتب عثمان ﷺ المصحف على حرف واحد ووزعه في الأمصار وأحرق ما عداه، وحكم بإرث الزوجة التي طلقها زوجها في مرض موته قرارا من إنها معاملة له بنقيض مقصوده وهذا رأي

---

[١٥٩]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦٢، خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٥، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٦، عبد الكريم النملة، **المهذب في علم أصول الفقه**، ج: ٣/ ص: ١٠١٠.

[١٦٠]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦٣، خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٦، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٥.

مالك و أحمد والحنفية وخالف الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك وقضى أنه لا توارث بين الرجل وامرأته المطلقة مطلقا. وعلي كرن الله وجهه حرق الغلاة من الشيعة الروافضة.

ج) أقوال المنكرين عليها

وقال الشافعية والظاهرية والشيعة وغيرهم من الأئمة: **إن الإستدلال بالمصلحة المرسلة ليست بحجة شرعية.**

د) أدلتهم

الأقوال بعدم حجية المصلحة المرسلة من المنكرين له بنيت على الأدلة التالية؛

(١) إن الشارع الحكيم قد شرع لعباده ما يحقق لهم مصالحهم، فما غفل عن مصلحة ولا تركها بدون تشريع. فالقول بالمصلحة المرسلة، يعني؛ أن الشارع ترك بعض مصالح العباد فلم يشرع لها من الأحكام ما يحققها.[١٦١] ألا هذا لا يجوز لمناقضته لقوله تعالى؛ (أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾).[١٦٢]

(٢) إن الشريعة راعت مصالح الناس بالنصّ والإجماع والقياس، فكل مصلحة لها شاهد هذه الأدلة، وأن المصلحة التي لا يشهد لها دليل شرعي ليست في الحقيقة مصلحة، وإنما هي وهم، كما أن بناء الأحكام على مجرّد المصلحة فيه فتح لباب التشريع أمام أصحاب الأهواء وحكام السّوء والفساد بأن يشرعوا ما يحقق أغراضهم

[١٦١]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٨.

[١٦٢]. سورة القيامة (٧٥): ٣٦.

وأهواءهم بحجة المصلحة. ولذا فإن حفظ مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، وكل مصلحة لا ترجع لواحد مما سبق فهي باطلة.[١٦٣]

(٣) إن الأخذ بالمصلحة المرسلة يؤدي إلى إهدار قدسية أحكام الشريعة بتصرف ذوي الأهواء فيها، وفقاً لأعراضهم ومآربهم تحت ستار المصلحة المرسلة بناء على تغير وجه المصلحة بتطور الزمان والمكان، فيكون القول بالمصلحة من باب التلذّذ والتشهي.[١٦٤] بعبارة أخرى؛ الأخذ بالمصالح يجرىء الجهال على تشريع الأحكام، فبقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة، ويفتح الباب لذوي الأهواء من الحكام والقضاة ونحوهم من ذوي السلطان إلى ما يريدون، فيبنون الأحكام على أهوائهم بعد أن يلبسوها ثوب المصلحة، ويصبغوها بصبغة الدين، وفي هذا طعن في الدين واتهام له بإسناد الظالمين والمفسدين[١٦٥].

(٤) إن المصلحة المرسلة مترددة بين اعتبارين؛ إلغاء الشارع لبعض المصالح واعتباره لبعضها الآخر. فلو وجب اعتبار المصلحة المرسلة لاشتراكها مع المصلحة المعتبرة في كونها مصلحة، لوجب إلغاؤها أيضاً لاشتراكها مع المصلحة الملغاة في ذلك. فبسبب وجود هذين الإحتمالين لا يصح الأخذ بها. إذ لا مرجح لاحتمال على آخر، فلا يصح اعتبارها حجة في إثبات الأحكام الشرعية، لأن الأصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها.[١٦٦]

هذا يوافق على ما قال الإمام الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام، حيث يقول؛

---

[١٦٣]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٥.

[١٦٤]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦١.

[١٦٥]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٠.

[١٦٦]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٢، زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٠.

"المصالح المرسلة مترددة بين ما عهد من الشارع اعتباره وما عهد منه إلغاؤه ، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغي".[١٦٧]

(٥) إن الأخذ بالمصلحة المرسلة يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص نظراً لتبدل المصالح على مرّ الأيام.[١٦٨]

(٦) أنا لم نعلم أن الشارع قد حافظ على تحصيل المصلحة بأبلغ الطرق، فلم تشرع المثلة في القاتل عمداً وعدواناً مع أن المصلحة تقتضيها؛ لأنها أبلغ في الزجر عن القتل، ولم يشرع القتل في السرقة وشرب الخمر والقذف مع أن المصلحة تقتضيه؛ لأنه أبلغ في الزجر عن العود لمثله. فلو كانت المصلحة حجة لحافظ الشرع على تحصيلها بأبلغ الطرق، ولكن لم يفعل شيئا من ذلك، فلا تكون حجة.[١٦٩]

(٧) إن الحكم الشرعي هو المستند إلى دليل أو أي أصل شرعي كالكتاب والسنة والإجماع والقياس ونحو ذلك. فلو أثبت المجتهد حكما مستنداً إلى مصلحة بدون دليل شرعي. كان حكما بالعقل المجرد ووضعا للشرع بالرأي والتشهّي، وهذا ظاهر البطلان.[١٧٠]

---

[١٦٧]. سيف الدين الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط: ٢/ ١٤٠٢)، ج: ٣/ ص: ١٣٨.

[١٦٨]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦٢.

[١٦٩]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٢.

[١٧٠]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٣.

٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع

للوصول إلى غاية الفهم الصحيح، سأبين دراسة المقارنة في هذا الأمر بإحضار المناقشة بين الأدلة التي أقامها كلا الطائفتين. وبهذا أرجو أن أصل إلى حقيقة الإختلاف بينهم في الأخذ بهذا الدليل. وأقمت ببيانه كما يلي؛

أ) مناقشة الأدلة

(١) دليل من المنكرين واعتراضات عليه من المستدلين؛

(أ) إن الشارع الحكيم قد شرع لعباده ما يحقق لهم مصالحهم، فما غفل عن مصلحة ولا تركها بدون تشريع. فالقول بالمصلحة المرسلة، يعني؛ أن الشارع ترك بعض مصالح العباد فلم يشرع لها من الأحكام ما يحققها. ألا هذا لا يجور لمناقضته لقوله تعالى؛ (أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾)

اعترض؛

١. و يجاب عن هذا الدليل؛ والواقع أن هذه الحجة قوية في ظاهرها، ولكنها ضعيفة عند التأمل والتمحيص. فالشريعة حقاً قد راعت مصالح العباد، وشرعت من الأحكام ما يوصل إليها، ولكنها لم تنص على جميع جزئيات المصالح إلى يوم الدين، وإنما نصت على بعضها، ودلت بمجموع أحكامها ومبادئها على أن المصلحة هي مقصود الشارع وغرضه من وضع الأحكام. وهذا المسلك من الشريعة - وهو عدم النص على جميع المصالح – من محاسنها، لا من مثالبها، ومن الدلائل على صلاحيتها للبقاء والعموم. لأن جزئيات المصالح تتغير وتتبدل، وإن كان أصل رعايتها قائماً

ثابتاً لا يتغير، فليس من المستطاع ولا من الضروري، إذن، عد جزئيات المصالح مقدماً وتشريع حكم خاص لكل واحدة منها على حدة.[١٧١]

٢. وعلى هذا فإذا طرأت مصلحة لم يرد في الشرع حكم خاص بها، وكانت ملائمة لتصرفات الشارع واتجاهه في رعاية المصلحة ولا تخالف حكما من أحكامه، فمن السائغ إيجاد الحكم الذي يحقق هذه المصلحة ولا يكون هذا افتئاتاً على حق الشارع في التشريع ولا يدل على ترك الخالق لخلقه سدىً، لأنه هو الذي أرشدنا إلى رعاية المصالح والأخذ بها.[١٧٢]

(ب) إن الشريعة راعت مصالح الناس بالنصّ والإجماع والقياس، فكل مصلحة لها شاهد هذه الأدلة، وأن المصلحة التي لا يشهد لها دليل شرعي ليست في الحقيقة مصلحة، وإنما هي وهم، كما أن بناء الأحكام على مجرّد المصلحة فيه فتح لباب التشريع أمام أصحاب الأهواء وحكام السّوء والفساد بأن يشرعوا ما يحقق أغراضهم وأهواءهم بحجة المصلحة. ولذا فإن حفظ مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، وكل مصلحة لا ترجع لواحد مما سبق فهي باطلة.

اعترض؛

يجاب عن هذا الدليل؛ بأن الأخذ بالمصلحة المرسلة ليس من قبيل التشريع بالهوى؛ لأن من شروط العمل بها وجود الملاءمة بين المصلحة وبين مقاصد الشرع وأن القائل بالمصلحة من أهل الاجتهاد والاستنباط.[١٧٣]

(ج) إن الأخذ بالمصلحة المرسلة يؤدي إلى إهدار قدسية أحكام الشريعة بتصرف ذوي الأهواء فيها، وفقاً لأعراضهم ومآربهم تحت ستار المصلحة المرسلة بناء على تغير وجه المصلحة

---

[١٧١]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٩.

[١٧٢]. راجع نفسه.

[١٧٣]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦١.

بتطور الزمان والمكان، فيكون القول بالمصلحة من باب التلذّذ والتشهي. بعبارة أخرى؛ الأخذ بالمصالح يجرىء الجهال على تشريع الأحكام، فبقع الخلط والتخليط في أحكام الشريعة، ويفتح الباب لذوي الأهواء من الحكام والقضاة ونحوهم من ذوي السلطان إلى ما يريدون، فيبنون الأحكام على أهوائهم بعد أن يلبسوها ثوب المصلحة ويصبغوها بصبغة الدين، وفي هذا طعن في الدين واتهام له بإسناد الظالمين والمفسدين.

اعترض؛

١. يجاب عن هذا الدليل؛ بأن الأخذ بالمصلحة المرسلة ليس من قبيل التشريع بالهوى؛ لأن من شروط العمل بها وجود الملاءمة بين المصلحة وبين مقاصد الشرع. وهذا فضلاً عن أنّ إنكار العمل بالمصلحة يؤدي إلى سد باب من أبواب الرحمة بالمخلوقات، وأن القائل بالمصلحة من أهل الاجتهاد والاستنباط.[١٧٤]

٢. ويمكن الرد على هذا الاعتراض، بأن الأخذ بالمصالح المرسلة يستلزم الوقوف على دلائل الشريعة للتأكد من اعتبارها أو إلغائها. وهذا غير ميسور لغير ذوي العلم والاجتهاد، فإذا تجرأ الجهال فإن أولي العلم يكشفون جهالتهم فيأمن شرهم الناس. أما الحكام المفسدون، فإن ردعهم لا يكون بسد باب المصلحة، وإنما يكون بقيام الأمة بواجبها الشرعي نحوهم بتقويمهم أو إقالتهم.[١٧٥]

(د) إن المصلحة المرسلة مترددة بين اعتبارين؛ إلغاء الشارع لبعض المصالح واعتباره لبعضها الآخر. فلو وجب اعتبار المصلحة المرسلة لاشتراكها مع المصلحة المعتبرة في كونها مصلحة، لوجب إلغاؤها أيضاً لاشتراكها مع المصلحة الملغاة في ذلك. فبسبب وجود هذين الإحتمالين لا يصح الأخذ بها.

---

[١٧٤]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦١.

[١٧٥]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٠.

إذ لا مرجح لاحتمال على آخر، فلا يصح اعتبارها حجة في إثبات الأحكام الشرعية، لأن الأصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها.

اعترض؛

١. يجاب عن هذا الدليل؛ بأن اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه؛ لأن الشارع راعى مبدأ المصالح في تشريع الأحكام مما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فيجب العمل به؛ لأن العمل بالظن واجب. بعبارة أخرى؛ أنا لم نجعل المصلحة المرسلة مع المصالح المعتبرة مطلقاً وبدون أدلة، بل جعلناها مع المصالح المعتبرة، وأنه يحتج بها بأدلة وبشروط قد رجحت اعتبارها على إلغائها، فيكون الاعتبار مظنونا، والعمل بالظن واجب.[١٧٦]

٢. ويجاب عنه أيضا؛ بأن المصالح التي ألغاها الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فيلحق الحكم بالأعم الأعلب.[١٧٧]

٣. وهذه الحجة ضعيفة أيضاً، لأن الأصل الذي ابتنت عليه الشريعة هو رعاية المصلحة، والإلغاء (أي إلغاء المصلحة) هو الاستثناء، فإلحاق المصالح المسكوت عنها - الظاهر صلاحها، بالمصالح المعتبرة أولى من إلحاقها بالمصالح الملغاة[١٧٨].

(إ) إن الأخذ بالمصلحة المرسلة يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص نظراً لتبدل المصالح على مرّ الأيام.

---

[١٧٦]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦٢.

[١٧٧]. راجع نفسه.

[١٧٨]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٩.

اعترض؛

ويجاب عن هذا الدليل بأن مجال العمل بالمصلحة المرسلة هو حيث لا نص على اعتبار المصلحة أو إلغائها، فلا يتنافي مع مبدأ وحدة التشريع وعمومه، وإنما يكون الأمر على العكس وهو جعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان بما يتفق مع المصلحة العامة ويدفع الحرج والضرر عن الجماعة.[١٧٩]

(ف) أنا لم نعلم أن الشارع قد حافظ على تحصيل المصلحة بأبلغ الطرق، فلم تشرع المثلة في القاتل عمداً وعدواناً مع أن المصلحة تقتضيها؛ لأنها أبلغ في الزجر عن القتل، ولم يشرع القتل في السرقة وشرب الخمر والقذف مع أن المصلحة تقتضيه؛ لأنه أبلغ في الزجر عن العود لمثله. فلو كانت المصلحة حجة لحافظ الشرع على تحصيلها بأبلغ الطرق، ولكن لم يفعل شيئا من ذلك، فلا تكون حجة.

اعترض؛

يجاب عن هذا الدليل إن المصلحة حجة بمراعاة الشروط والقيود، وما ذكرتم من الأمثلة وما بينتم فيها أن الشارع لم يحافظ عليها مع أنها أبلغ هذا لا يدخل في المصلحة المرسلة، بل إن كل ما قلتم هو من المصالح الملغاة؛ حيث إنه قد نص على تلك الحدود ولا اجتهاد مع النص، أما لو لم ينص على شيء فإن المصلحة تدخله، ألا ترى أنه إذا رأى الحاكم أن يعزر بالقتل، فإنه يجوز له إذا رأى المصلحة في ذلك.[١٨٠]

(غ) إن الحكم الشرعي هو المستند إلى دليل أو أي أصل شرعي كالكتاب والسنة والإجماع والقياس ونحو ذلك. فلو أثبت المجتهد حكما مستنداً إلى مصلحة بدون دليل شرعي. كان حكما بالعقل المجرد ووضعا للشرع بالرأي والتشهّي، وهذا ظاهر البطلان.

---

[١٧٩]. وهبة الزحيلي، ص: ٧٦٢.

[١٨٠]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٢.

اعترض؛

أنا قلنا بأن المصلحة المرسلة حجة بسبب أن هناك أدلة قد دلت على ذلك بصراحة، وقد ذكرناها. وتلك الأدلة وهي؛

- استقراء النصوص الشرعية، واستقراء فتاوى الصحابة وعلماء الأمة، وكون أننا لو لم يحتج بالمصلحة لخلت كثير من الحوادث بدون أحكام شرعية.
- وهذه الأدلة شرعية قد أثبتنا عن طريقها كثيراً من القواعد الأصولية كحجية القياس، وخبر الواحد، وصيغ العموم، ونحو ذلك. فلو كانت تلك الأدلة لا تصلح لإثبات المصلحة والاحتجاج بها للزم أنها لا تصلح لإثبات أي قاعدة أصولية، وهذا باطل.
- ثم إننا قد اشترطنا للعمل بالمصلحة شروطاً تبين أن حكمنا بالمصلحة ليس حكما بالعقل المجرد ، ولا وضعا للشرع بالتشهي والرأي، بل هو حكم بالشرع، ولا يخرج عن الشرع بأي حال.[١٨١]

(٢) دليل من المستدلين بالمصلحة المرسلة مطلقا واعتراضات عليه من المستدلين بغير مطلق بل بضوابط ومراعاة الشروط؛

القول بحجية المصلحة المرسلة مطلقا عند بعض الأصولين الذين يتمسكون بها منتقد؛ لأنه لا يمكن الأخذ بالمصلحة المرسلة إلا بتلك الشروط المقصودة؛ لأنه بعد الاستقراء والتتبع لفتاوى الصحابة، ومن جاء بعدهم من علماء الأمة، وجدنا هم يستدلون بالمصلحة، وهم قد راعوا تلك الشروط والقيود.

وكذلك فإن تلك الأدلة دلت على حجية المصلحة المرسلة التي أخذ بها هؤلاء حيث إنها منضبطة، ولم تدل على حجية المصلحة

[١٨١]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٣.

المرسلة مطلقاً؛ لأن هذا يؤدي إلى عدم انضباط من أخذ بها مما يفتح مجال الأهواء والشهوات فيقع في الزلل.[١٨٢]

ب) تحرير النزاع

وبهذا أشرت في بيان حقيقة المصلحة المرسلة إلى أنه ليس هناك مصلحة مرسلة مختلف فيها. ولكنني قبل أن أصل إلى هذه النتيجة أريد تفصيل الكلام في تحرير النزاع عن اختلاف الأصوليين في حجية المصلحة المرسلة، فأوردت بيانا من العلماء.

(١) موقف الشيخ عبد الوهاب خلاف، قال؛

"والظاهر لي هو ترجيح بناء التشريع على المصلحة المرسلة، لأنه إذا لم يفتح هذا الباب جمد التشريع الإسلامي، ووقف عن مسايرة الأزمان والبيئات.[١٨٣] وفي تأييد رأيه أضاف الشيخ خلاف قولا حسنا ويكون وسطيا في إجابة الرد من المنكرين في أخذ المصلحة المرسلة دليلا"، ثم قال بعد هذا؛

"من قال: إن كل جزئية من جزئيات مصالح الناس، في أي زمن وفي أي بيئة قد راعاها الشارع، وشرع بنصوصه ومبادئه العامة ما يشهد لها ويلائمها، فقوله لا يؤيده الواقع؛ فإنه مما لا ريب فيه أن بعض المصالح التي تجد لا يظهر شاهد شرعي على اعتبارها ذاتها. ومن خاف من العبث والظلم واتباع الهوى باسم المصلحة المطلقة، يدفع خوفه بأن المصلحة المطلقة لا يبنى عليها تشريع إلا إذا توافرت

---

[١٨٢]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١١.

[١٨٣]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٨.

فيها الشروط الثلاثة الّتي سبق بيانها، وهي أن تكون مصلحة عامة حقيقية لا تخالف نصّا شرعيا ولا مبدأ شرعيا".[١٨٤]

ثم نقل خلاف كلاما من ابن القيم في وضع الموقف الوسطي بين

التفريط والإفراط في استعمال هذا الإستدلال.

" قال ابن القيم : (من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة المرسلة، فجعلوا الشريعة قاصرة، لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق الحق والعدل. ومنهم من أفرطوا فسوّغوا ما ينافي شرع الله وأحدثوا شرا طويلا وفسادا عريضا".[١٨٥]

(٢) **موقف الأستاذ مصطفى ديب البغا**؛ قال:

"الذي يترجح عندي أن العمل بالمصالح المرسلة والقول بالاستصلاح (مع تحقق شروطه وقيوده التي ذكرها العلماء) أمر سائغ مقول، يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي جاءت برعاية مصالح العباد. فطلبت منهم أو أباحت لهم كل ما يجلب لهم النفع، وحرمت عليهم أو كرهت لهم كل ما يحقق لهم ضررا أو يجلب لهم مفسدة ."

"والذي يؤيد هذا الترجيح النصوص الكثيرة المأثورة عن الشارع، التي تعلل الأحكام بمصالح العباد، وما أثر عن الصحابة رضي الله عنهم من رعاية المصالح في كثير من فتاواهم وقضاياهم. وكذلك فعل من بعدهم التابعون والأئمة المجتهدون، ولا أدل على هذا مما ذكرناه من أقوال مشاهير الفقهاء والأصوليين، وما نقلناه من شواهد في فقه الأئمة المعتبرين، وما نراه من اختلاف في الفروع التي اعتمد فيها

---

[١٨٤]. راجع نفسه.

[١٨٥]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٨.

بعضهم على المصلحة المرسلة، وخالفه فيها غيره أو وافقه، إنما هو راجع إلى التوسع في هذا الباب أو التضييق، وترجيح بعض الأدلة لدى الأئمة على بعض."

"وما نسب إلى بعض الأئمة من إنكارهم للعمل بالمصلحة إنما هو منصب على ما يتوهم أنه مصلحة، ويؤخذ به مجردا عن كل قيود وشروط، وهذا مما لاشك أنه باطل ومردود، ولا يقول به أحد من المسلمين، فضلا عن الأئمة المجتهدين، رحمهم الله تعالى ورضي عنهم."[١٨٦]

(٣) **موقف الأستاذ وهبة الزحيلي**؛ فقد ناقش واستنتاج هذا الأمر (أي الإستدلال بالمصلحة المرسلة) حتى ينتهي إلى موقفه فقال:

"تبين من أدلة المنكرين لحجية المصالح المرسلة أنهم كشأنهم في قاعدة الاستحسان لم يلتقوا على محل واحد للنزاع مع القائلين بحجية المصالح المرسلة؛ إذ ليس في الأخذ بالمصلحة المرسلة تشريع بالهوى، وإنما هو مقيد ضمن قيود وضوابط معينة مقررة في شروط العمل بالمصلحة المرسلة كما تعرف، ولكن كل ما في الأمر هو أن الشافعية مع اعترافهم بأن المصلحة معتبرة في أحكام الفقه الإسلامي يتشددون في الأخذ بهذا المبدأ، ويوجبون إلحاق الوصف المناسب بقياس ذي علة منصبطة، أو أنهم يأخذون بمقتضى إرسال المصلحة على أساس تطبيق قاعدة شرعية كلية، أو مبدأ عام شهد به الشرع، كما يتبين المراد من فروع الأحكام الفقهية التي سردها الغزالي في كتابه (المستصفى) مثل قتل جماعة من الأسرى المسلمين الذين تترس بهم الكفار ، وقتل الزنديق المتستر إذا تاب في الظاهر ، وقتل الساعي في الأرض بالفساد لتعريض أموال المسلمين ودمائهم للهلاك، وتوظيف الضرائب على الأغنياء بمقدار كفاية الجيش حين خلو بيت المال فهده

---

[١٨٦]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٥٨-٥٩.

الأمثلة تدل على اعتبار المصالح المرسلة بدليل قول العرالي في تسويغها اجتهاداً.

إنما رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، فكل مصلحة لا يرجع إلى حفظ مقصوده فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع، فهي باطلة مطرحة ، ومن صار إليها فقد شرع، كما أن من استحس فقد شرع. وكل مصلحه رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين، وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال، وتفاريق الأمارات تسمى لذلك مصلحة مرسلة، وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، **فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة** فهذا اعتراف صريح بالأخذ بالمصلحة المرسلة إذ أن القائلين بها يشترطون ملاءمها لمقاصد الشارع.

ثم قال بعد ذلك؛

"فالذي ينكره الشافعية إذن ليس هو الاعتداد بالمصالح مطلقاً، بل هو الاعتداد بالمصالح التي لم يعتبرها الشارع ولو في الجملة، وهذا ليس من المصالح المرسلة عند التحقيق".

"إلا أن دائرة العمل بالمصالح المرسلة عند الشافعية أضيق منها عند غيرهم، وأنها ليست أصلاً قائماً بذاته. وبهذا يتبين أن العلماء كلهم متفقون في الأصل على الأخد بمبدأ المصلحة المرسلة، كما يظهر من كلام ابن دقيق العيد، إذ قال (لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح، لكن الاسترسال فيها وتحقيقها محتاج إلى نظر سديد، وربما يخرج عن الحد). وقال أيضاً (الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما، وقال القرافي المالكي (هي عند التحقيق في جميع المذاهب لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، ولا

يعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك). وقال الشاطبي الاستدلال المرسل اعتمده مالك والشافعي، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي".

ويخلص بقوله: إن العلماء يتفاوتون في مقدار الأخذ بها، وأكثرهم أخذا بها الإمام مالك ويليه أحمد، ثم يليه الحنفية، ثم الشافعي. ومع هذا فإنا نؤيد الغزالي وابن دقيق العيد في ضرورة الاحتياط في الأخذ بهذا المبدأ؛ لأن الاسترسال فيه حرج، ويحتاج إلى دقة في الفهم، وعمق في الاستباط.[١٨٧]

(٤) **موقف الأستاذ عبد الكريم النملة**؛ قال:

"الخلاف في هذه المسألة خلاف معنوي؛ حيث إن أصحاب المذهب الأول والثاني جعلوا المصلحة المرسلة من أدلتهم المعتبرة إلا أن أصحاب المذهب الثاني قد توسعوا في الاستدلال بها بخلاف أصحاب المذهب الأول، فقد ضيقوا فيها على حسب تلك الشروط والقيود. وزاد في الأخير؛ **تنبيه الحق**: أنه بعد تتبع واستقراء وتفقد كتب الفقه على المذاهب الأربعة، فإنه ثبت أن جميع العلماء يستدلون بالمصالح المرسلة، ولكن تختلف هذه المذاهب في التوسّع والتضييق في الأخذ بها، فبعضهم اشترط للأخذ بها شروطا، وبعضهم استدل بها مطلقا."[١٨٨]

موقف الباحث بعد تحرير النزاع وتحقيقه

بعد عرض الأقوال والآراء من الأصوليين في حجية المصلحة المرسلة وبيان الأدلة التي استدل بها المثبتون والمنكرون مع المناقشة على أدلتهم ثم حلّ اختلافهم ببيان حقيقة المصلحة المرسلة بنقل القول من العلماء في تحرير النزاع

---

[١٨٧]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٦٥-٧٦٧.

[١٨٨]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٥.

عن حجيتها، ينبغي لي الوقوف على كلمة انتهائية بعد أن أستخلص ما ذكرت بهذا الصدد، والذي يبدوا لي أن المصلحة المرسلة حجة وهي دليل متفق عليه لتشريع الحكم الشرعي، لأن الخلاف الذي وقع بين القائلين بها وبين النافيين بها إنما هو خلاف معنوي أعني وجود اختلافهم في فهم معنى المحلصة المرسلة كما يظهر ، فبعضهم يشترطون شروطا للعمل بها وبعضهم لم يشترطوا، ففهمنا أنهم اختلفوا في التوسيع والتضييق بأخذ المصلحة حجة في تشريع الحكمي الشرعي.

وختمت موقفي في هذا الأمر بنقل ما يقوله الشاطبي؛

"الشريعة الإسلامية في جملته قائمة على أساس اعتبار مصالح الناس، فكل ما هو مصلحة مطلوب وجاءت الأدلة بطلبه، وكل ما هو مضرة منهي عنه وتضافرت الأدلة على منعه، وهذا أصل مقرر مجمع عليه لدى فقهاء المسلمين. فما قال أحد منهم إن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة العباد، وما قال أحد منهم إنه يوحد شيء ضار فيما شرع للمسلمين من شرائع وأحكام، كما أنهم اتفقوا على أن جميع أحكامه سبحانه وتعالى متكفلة بمصالح العباد في الدارين، وأن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم".[١٨٩]

والمطلع على نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها ليجد الدلائل العديدة المتضافرة من كتاب الله تعالى، وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وفتاوى الصحابة

[١٨٩]. الشاطبي، **الموافقات في أصول الأحكام**، ج: ٢/ ص: ٦-٧.

رضوان الله عليهم ، والقواعد الشرعية المجمع عليها ثبتت بوضوح أن الشريعة الإسلامية قد راعت مصالح العباد، وأنها قائمة على أساس توفير السعادة لهم.

بعد ظهرت لدينا المناقشة للأدلة من المنكرين على حجية المصلحة المرسلة، فهمنا أن اعتراضات من المستدلين على أدلة المنكرين تكون دليلا لهم على نفي أدلة المنكرين، والأدلة من المنكرين مع كونها دليلا لهم لنفي حجية المصلحة المرسلة كانت اعتراضات لهم على أدلة المستدلين.

وبعد عرض تلك المناقشة، قمت على الموقف بأن المستدلين بحجية المصلحة المرسلة والمنكرين عليها كانا لم يختلفا في حجية المصلحة المرسلة حقيقة، وإنما اختلفا في فهم المصلحة المرسلة في عدم الإعتبار والإلغاء عليها من النصوص الشرعية. وقد ثبت من المناقشة السابقة تحقيق على هذا النزاع ولا خلاف بعده ويبقى الإتفاق.

٥. محـــاولة الجمع بين آراء الأصوليين في الإحتجاج بالمصلحة المرسلة

رأيت أن الجمع بين الآراء الأصوليين للإتفاق في الإحتجاج بالمصلحة المرسلة يمكن بتوفير هذه الشروط والضوابط؛

ذكر المالكية وهم أكثر الفقهاء أخذا بالمصالح المرسلة شروطاً لا بد من توافرها في المصلحة المرسلة لإمكان الاستناد إليها والاعتماد عليها، وهذه الشروط هي؛

١. **الملائمة**؛ أي أن تكون المصلحة ملائمة متفقة لمقاصد الشارع، فلا تخالف أصلا من أصوله ولا تنافي نصّا أو دليلا من أدلة أحكامه القطعية بعبارة أخرى؛ لا يعارض العمل بهذه المصلحة حكماً أو مبدءاً ثبت بالنص أو الإجماع، بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها أو قريبة منها ليست غريبة عنها وإن لم يشهد لها دليل خاص بها.
٢. **المعقولة**؛ أي أن تكون المصلحة معقولة بذاتها بحيث لو عرضت على العقول السليمة لتلقتها بالقبول، بعبارة أخرى؛ جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي يتقبلها العاقل بحيث يكون مقطوعاً ترتب المصلحة على الحكم، وليس مظنوناً ولا متوهمًا أي أن يتحقق من تشريع الحكم جلب نفع أو دفع ضرر.
٣. **ضرورية**؛ أي أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري أو لرفع حرج.[١٩٠]

وهذه الشروط في الواقع ضوابط للمصلحة المرسلة تبعدها عن مزالق الهوى ونزوات النفوس، ولكن ينبغي أن يضاف إليها **شرطان آخران** هما؛

١. **مصلحة حقيقية**؛ أي أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم مصلحة حقيقية لا وهمية بحيث يجلب بها نفع أو يدفع بها ضرر.
٢. **مصلحة كلية عامة**؛ أي وأن تكون المصلحة كلية عامة لا خاصة، بمعنى أخر؛ أن يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة؛ لأن أحكام الشريعة موضوعة لتطبق على الناس جميعاً.[١٩١]

---

[١٩٠]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٦، زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٢، محمد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٥٦، وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٧٤، ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٥٨.

[١٩١]. راجع المرجع السابق.

ج. ســـــدّ الذريعة

١. تعريفه

سد الذرائع مركب إضافي من كلمتين، يتوقف معرفة ماهيته على معرفة كل كلمة على حدة: فالسد في اللغة؛ يأتي بمعنى إغالق الخلل، وردم الثلمة، يقال: سدَّه - يَسُدُّه – سَدّاً فانسدّ واستدّ سدّده أي: أصلحه و أوثقه.[١٩٢]

قال ابن فارس؛

"السين والدال أصل واحد؛ وهو يدل على ردم الشيء وملائمته، ومن ذلك سددت الثلمة سداً، وكل حاجز بين الشيئين سد".[١٩٣]

ويأتي بمعنى المنع، يقال: "سدَّ عليه باب الكلام" أي: منعه منه.[١٩٤]

والذرائع في الإصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفها، وذلك بناء على اختالفهم في كونها وسيلة إلى الشيء سواء أكان مشروعا أم غير مشروع، أو كونها وسيلة إلى أمر محظور.

---

[١٩٢]. ابن منظور، **لسان العرب**، ج: ٣/ ص: ٢٠٧

[١٩٣]. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، (بيروت لبنان: دار النشر/ دار الجيل، ط: ٢/ ١٤٢٠هـ)، ج: ٣/ ص:٦٦. – تحقيق: عبد السالم مُحَمَّد هارون.

[١٩٤]. مُحَمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، (بيروت: دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥هـ)، ج: ١/ ص: ١٢٣. – تحقيق : محمود خاطر.

فالإتجاه الأول (أي وسيلة إلى الشيء سواء أكان مشروعا أم غير مشروع)؛

فقد لحظ المدلول العام للكلمة فاعتبر الذريعة هي الوسيلة إلى الشيء سواء كانت وسيلة إلى مباح أم إلى محظور. ومن أصحاب هذا الإتجاه الإمام القرافي حيث قال؛ (اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج).[١٩٥]

والإتجاه الثاني (أي وسيلة إلى أمر محظور)؛

ذهب أصحابه إلى أن الذرائع هي؛ الوسيلة إلى أمر محظور، لذا قالوا في تعريفها بأنها: (الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى المحظور).

وعرفها ابن العربي؛ كل عمل ظاهر الجواز يتوصل به إلى محظور، وعرفها الشاطبي بأنها؛ التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، ووافقهم في ذلك القرطبي.[١٩٦]

رأيت إن نلاحظ أن المصطلاح المركب هو الذي يتناسب مع الإتجاه الثاني؛ لأن كلمة السد لا تتناسب مع المعنى العام للذريعة كما في الإتجاه الأول بأنها؛ ما كانت وسيلة للشيئ سواء أكان جائزة أم محظورة؛ لأن وسيلة الشيئ الجائز تفتح ولا تسد.

هذه الملاحظة توافق على ما يقول عليه عبد الكريم زيدان حيث قال؛

---

[١٩٥]. أبو العباس القرافي، **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، (بيروت: دار الفكر، ط: ١/ ١٤٢٠هـ)، ص: ٤٤٨. – تحقيق: طه عبد الرؤوف

[١٩٦]. الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، **الموافقات في أصول الفقه**، (بيروت: دار المعرفة)، ج: ٤/ ص: ٩٩.

"وفي الإصطلاح؛ الذرائع: هي الوسائل؛ والذريعة: هي الوسيلة والطريق إلى الشيء سواء أكان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة، قولا أو فعلا. ولكن غلب إطلاق اسم الذرائع على الوسائل المفضية إلى المفاسد، فإذا قيل: هذا من باب سد الذرائع، فمعنى ذلك: أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد".[١٩٧]

وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية إلى هذه الإتجاهات في تعريفه فقال؛

" الذريعة ما كان طريقا إلى الشيء؛ ولكن صارت في عرف الفقهاء عبارة إلى ما أفضت إلى محرم".[١٩٨]

قبل أن أبين عن حجية سد الذريعة، قدمت على ذلك ببيان أقسام الذريعة

إشارة إلى تفصيل الأصوليين فيه.

أقسام الذرائع؛

الذرائع هي الوسائل، والوسائل باعتبار المشروعية تنقسم إلى قسمين؛

القسم الأول؛ الوسائل المحرمة لذاتها كشرب الخم، والزنا.

فهذه الوسائل ليست من الذرائع؛ لأنها تتنافي مع تعريف الذرائع؛ لكونها حراماً في أصلها. والذرائع هي الأمر المباح الذي يتوصل به إلى فعل محظور كما سبق بيانه.

القسم الثاني؛ الوسائل المباحة لذاتها وهي أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز كالبيع ونحوه.[١٩٩]

---

[١٩٧]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٥.

[١٩٨]. تقي الدين أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ)، ج: ٣/ ص: ١٣٩.

[١٩٩]. ابن القيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج: ٣/ ص: ١٥٩.- تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.

فتلك وسائل مباحة، ولكن قد تتعلق بأمور خارجية، وبسببها تفضي إلى المفسدة، فتكون الوسيلة حينئذ محرمة إما **بقصده** أو **بغير قصد منه**. فالأول: كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل أو يعقد البيع قاصدا به الربا ونحو ذلك. والثاني: كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم.

و هذا القسم على أنواع أربعة؛

(١) **ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعا**؛ كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بدّ وشبه ذلك. وسد هذا القسم من الذرائع واجب ولازم دفعاً للمفسدة.

(٢) **ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً**؛ كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه، وأكل الأغذية التي غالبها أن لا تضر أحدا وما أشبه ذلك. وهذا القسم على أصله من الإذن؛ لأن المصلحة فيه راجحة، والمفسدة نادرة، فلا اعتبار بالبذور في انحرافها؛ إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة.

(٣) **ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا نادرا**؛ كبيع السلاح وقت الفتن، وبيع العنب إلى الخما، فهذه الحالة متفق على سدّها ومنعها؛ لأن الإحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن، ولأن الظن الراجح في الأحكام العميلة يجري مجرى العلم، فيجري هنا مجراه.

(٤) **ما يكون أداؤه للمفسدة متساوياً مع أدائه للمصلحة**؛ كبيوع الآجال، فهي تؤدي إلى الربا في بعض الأحوال لا دائماً.[٢٠٠]

٢. حجيته

اختلفت آراء العلماء في هذه المسألة على قولين؛ ولكن بعد التحقيق كما سيأتي بيانه أن جميع الأصوليين (ما عدا الظاهرية الذين واقفوا عند ظواهر النصوص) قالوا؛ بسدّ الذرائع من حيث الجملة، وإن نقل بعض العلماء عنهم القول بعدم حجية

---

[٢٠٠]. الشاطبي ، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٢/ ص: ٣٤٨.

سد الذرائع.[٢٠١] لأن المتتبع لمناهج العلماء في الإستدلال يجد أن سد الذرائع من الأمور المتفق عليها بين العلماء من حيث الجملة.

٣. موقف الأصوليين عليه

أ) أقوال المستدلين به

أن سد الذرائع دليل من أدلة الأحكام وحجة شرعية، قال به الإمام مالك وأصحابه، حتى اشتهر عنهم الإنفراد بهذا الأصل لكثرة استدلالهم به.

قال الشاطبي؛ " قاعدة الذرائع التى حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه".[٢٠٢]
وقال الباجي:"ذهب مالك إلى المنع من الذرائع".[٢٠٣]

ويكاد الأصوليون يجمعون على نبة القول بسد الذرائع إلى الإمام مالك.[٢٠٤]

كما اشتهر عن الإمام أحمد القول بسد الذرائع والعمل به، فالحنابلة.[٢٠٥] يجيزون

---

[٢٠١] مُحَمَّد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، **شرح الكوكب المنير**، (الرياض: مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ)، ج: ٤/ ص: ٤٣٤. – تحقيق: د. مُحَمَّد الزحيلي.

[٢٠٢] الشاطبي ، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٤/ ص: ١٩٨.

[٢٠٣] أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط: ١/ ١٤٠٧هـ)، ص: ٦٨٩. – تحقيق: عبد المجيد تركي

[٢٠٤] الشاطبي ، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٤/ ص: ١٩٨.

[٢٠٥] سليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري الحنبلي، **شرح مختصر الروضة**، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط: ١/ ١٤١٠ هـ)، ج: ٣/ ص: ١٤. – تحقيق :الدكتور عبد هلال التركي.

الذريعة عند الحاجة، إلا أنهم يشترطون وجود الحاجة إليها، وأن لا يكون الغرض مجرد الحيلة.

قال ابن تيمية؛

"وهذا أصل لأحمد وغيره في أن ما كان من باب سد الذريعة إنما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه، وأما مع الحاجة للمصلحة التى لا تحصل إلا به وقد ينهى عنه، ولهذا يفرق في العقود بين الحيل وسد الذرائع، فالمحتال يقصد المحرم فهذا ينهى عنه، وأما الذريعة فصاحبها لا يقصد المحرم، لكن إذا لم يحتج إليها نهي عنها، وأما مع الحاجة فلا".[٢٠٦]

وأشار ابن القيم إلى أن سد الذرائع أحد أرباع الدين.[٢٠٧] نظرا على ما سبق من ذلك أستخلص؛ فقال المالكية والحنابلة بقبول الاحتجاج بسد الذريعة والرجوع إليه واعتباره مصدراً من مصادر التشريع. وقالوا؛ وردت نصوص شرعية كثيرة من الكتاب والسنة على الإعتبار والإعتماد على الذرائع حيث تعطيها حكم نتائجها، فتحرم بعض الأشياء، وتكون حرمتها ليست مقصودة بذاتها وإنما منعت لأنها تؤدّي إلى الحرام سواء أكان ذلك عن قصد أم عن غير قصد.[٢٠٨]

---

[٢٠٦]. بن تيمية، **مجموع فتاوى**، ج: ٢٣/ ص: ٢١٤ – ٢١٥.

[٢٠٧]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ١٥٩.

[٢٠٨]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٨٠.

ب) أدلتهم

استدل القائلون بسد الذرائع بأدلة كثيرة ووجوه متعددة حتى إن ابن القيم أوصلها إلى تسعة وتسعين دليلا.[٢٠٩] فالأقوال بحجية سد الذريعة من المستدلين به بنيت على الأدلة التالية؛

١. قوله تعالى؛ (وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ..﴿١٠٨﴾).[٢١٠]
٢. قوله تعالى؛ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا وَٱسۡمَعُواْۗ...﴿١٠٤﴾).[٢١١]
٣. قوله تعالى؛ (وَسۡـَٔلۡهُمۡ عَنِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلَّتِي كَانَتۡ حَاضِرَةَ ٱلۡبَحۡرِۘ إِذۡ يَعۡدُونَ فِي ٱلسَّبۡتِ إِذۡ تَأۡتِيهِمۡ حِيتَانُهُمۡ يَوۡمَ سَبۡتِهِمۡ شُرَّعٗا وَيَوۡمَ لَا يَسۡبِتُونَ لَا تَأۡتِيهِمۡۚ كَذَٰلِكَ نَبۡلُوهُم بِمَا كَانُواْ يَفۡسُقُونَ﴿١٦٣﴾).[٢١٢]
٤. قوله تعالى؛ (وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ...﴿٣١﴾).[٢١٣]
٥. **حديث**؛ (أن النبي ﷺ كان يكف عن قتل المنافقين. مع كونه مصلحة. للا يكون دريعة إلى تنفير الناس عنه وقولهم إن محمداً يقتل أصحابه).
٦. قوله ﷺ؛ **(دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)**.[٢١٤]

---

[٢٠٩]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ١٥٣.
[٢١٠]. سورة الأنعام (٦): ١٠٨.
[٢١١]. سورة البقرة (٢): ١٠٤.
[٢١٢]. سورة الأعراف (٧): ١٦٣.
[٢١٣]. سورة النور (٢٤): ٣١.
[٢١٤]. النهاية لابن الأثير (٢/ ٢٦٨)

٧. قوله ﷺ؛ **(إن الحلال بين وإن الحرام بين ، وبينها أمور مشتبهات..)**.[٢١٥]

٨. قوله ﷺ؛ **(من حام حوله الحمى يوشك أن يو اقعه)**

٩. قوله ﷺ؛ **(الإثم ما حاك في صدرك، وكرهت أن يطلع عليه الناس)**

١٠. قوله ﷺ؛ **(استفت قلبك وإن أفتاك المفتون)**

١١. قوله ﷺ؛ عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله قال: **(إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه، قيل يا رسول الله، كيف يلعن الرجل والديه؟ قال يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه)**.[٢١٦]

١٢. إجماع الصحابة ﷺ؛[٢١٧]

(أ) إنه ثبت في وقائع أنهم استدلوا بسد الذرائع، من ذلك : أن عمر بن الخطاب نهي عن الصلاة تحت شجرة بيعة الرضوان، ثم قطعها سدا للذرائع؛ حتى لا يعود الناس إلى أعمال الجاهلية.

(ب) وأن بعض الصحابة كعمر، وعلي، وابن عباس أفتوا بقتل الجماعة بالواحد، وإنما فعلوا ذلك لئلا يكون عدم القصاص منهم ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء، كل ذلك فعلوه من غير نكير، فكان إجماعاً.

(ج) جمع عثمان ﷺ المصحف على حرف واحد من الأحرف السبعة؛ لئلا يكون ذريعة إلى اختالفهم في القرآن، ووافقه على ذلك الصحابة رضى الله عنهم.

---

[٢١٥]. سبل السلام (٤/ ١٧١)، والنووي على مسلم (١١/ ٢٧)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٩٤)، سنن الدارمي (١/ ٥٤-٥٥).

[٢١٦]. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، (ج: ١/ ص: ٩٢)، رقم الحديث (٩٠).

[٢١٧]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ١/ ص: ١٤٣.

ج) أقوال المنكرين عليه

إن سد الذرائع ليس دليل من أدلة الأحكام، قال به الظاهرية، واشتهر به أكثر الشافعية، ونقل عن الحنفية.

وقال ابن حزم؛

"فكل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد فقد حكم بالظن، وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل، وهذا لا يحل، وهو حكم بالهوى وتجنب للحق. نعوذ بالله من كل مذهب أدى إلى هذا مع أن هذا المذهب في ذاته متخاذل متفاسد متناقض؛ لأنه ليس أحد أولى بالتهمة من أحد، وإذا حرم شيئاً حالاًلا خوف تذرع إلى حرام فليُخص الرجال خوف أن يزنوا، وليقتل الناس خوف أن يكفروا، وليقطع العناب خوف أن يعمل منها الخمر. وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض لأنه يؤدي إلى إبطال الحقائق كلها وبالله تعالى التوفيق[٢١٨]

أنكر ابن حزم أصل الذرائع على أنه باب من أبواب الإجتهاد بالرأي، وابن حزم عدوّ الرأي كله حيث قد خصص الصفحات الأولى من الجزء السادس في كتابه (الإحكام من أصول الأحكام) للردّ على القائلين بالذرائع والإحتياط. بل موقف الظاهرية هذا الذي يعلنه ابن حزم، قد صرح بالمنع من عمل سد الذريعة، فيتهم العمل به بأنه زيادة في الدين لا يأذن بها الله ولا رسوله، لأن فيها معنى

---

[٢١٨]. أبو مُحَمَّد علي بن أحمد ابن حزم الأندلسي، **الإحكام في أصول الأحكام**، (القاهرة: دار الحديث، ط: ١/ ١٤٠٤ هـ)، ج: ٦/ ص: ١٨٩.

المخالفة.[٢١٩] والحقيقة أن ابن حزم أنكر الذرائع تمشيا مع مبدئه المشهور وهو الأخذ بظواهر الألفاظ فقط دون الإتجاه إلى المعاني التي يقصده النص.[٢٢٠]

وفي نسبة هذا القول إلى الحنفية والشافعية نظر؛ لأنه لا يوجد لدى السادة الأحناف نص صريح يفهم منه عدم القول بسد الذرائع، وإنما وجدت في بعض الفروع الفقهية ما يشير إلى أنهم لم يسدوا الذرائع، وكذا الحال عند السادة الشافعية خصوصا في مسألة بيوع الآجال.

نظرا على ما سبق من ذلك أستخلص؛ خالف الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي وغيرهما من الظاهرية الاحتجاج بسد الذرائع، ولم يصرحوا بالأخذ به؛ وبنوا الأحكام التي وافقوا فيها المالكية والحنابلة على أدلة أخرى كالتحريم للذريعة والوسيلة بحد ذاتها، ولكن ليس باعتبارها موصلة إلى أمر آخر، أي اعتبر الحرمة في الواقعة لذاتها وليس لأنها سبب لأمر آخر.[٢٢١]

---

[٢١٩]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٩٠٤.

[٢٢٠]. راجع نفسه.

[٢٢١]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٨١.

د) أدلتهم

الأقوال بعدم حجية سد الذريعة من المنكرين عليه بنيت على الأدلة التالية؛

١. قوله تعالى؛ ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ.. ﴿١١٦﴾﴾.[٢٢٢]

٢. قوله تعالى؛ ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾﴾.[٢٢٣]

٣. قوله تعالى؛ ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ...﴿١١٩﴾﴾.[٢٢٤]

٤. قوله تعالى؛ ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا...﴿٢٩﴾﴾.[٢٢٥]

٥. أن الأدلة قد حصرت في حديث معاذ وهي: الكتاب، والسنة والإجماع المبني عليهما، والاجتهاد. ولا يصح من الاجتهاد إلا القياس الذي يتضمن المصلحة وهو مقاس على ما ثبت بالأصول الثلاثة الكتاب، والسنة، والإجماع، أما سد الذرائع فلم يكن مع تلك الأدلة. إذن لا يحتج به.

٦. إن الأصل في الأفعال أو الأشياء الإباحة، فلا يصير المباح محرما لظن أو احتمال ممكن، فهذا من الحكم بالظن، والظن لا يغني من الحق شيئا. ومن حرم المشتبه وأفتى بذلك، وحكم به على الناس فقد زاد في الدين ما لم يأذن به الله تعالى، وخالف النبي ﷺ، واستدرك على ربه تعالى بعقله أشياء على شرع الله.[٢٢٦]

---

[٢٢٢]. سورة النحل (١٦): ١١٦.

[٢٢٣]. سورة يونس (١٠): ٥٩.

[٢٢٤]. سورة الأنعام (٦): ١١٩.

[٢٢٥]. سورة البقرة (٢): ٢٩.

[٢٢٦]. ابن حزم الأندلسي، **الإحكام**، ج: ٦/ ص: ١٨٩.

٤. مناقشة الأدلة وبيان تحرير النزاع

للوصول إلى غاية الفهم الصحيح، سأبين دراسة المقارنة في هذا الأمر بإحضار المناقشة بين الأدلة التي أقامها كلا الطائفتين. وبهذا أرجو أن أصل إلى حقيقة الإختلاف بينهم في الأخذ بهذا الدليل. وأقمت ببيانه كما يلي؛

أ) مناقشة الأدلة

(١) دليل من المنكرين واعتراضات عليه من المستدلين؛

(أ) قوله تعالى؛ (وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٞ وَهَٰذَا حَرَامٞ لِّتَفۡتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلۡكَذِبَۚ.. ﴿١١٦﴾).[٢٢٧]

(ب) قوله تعالى؛ (قُلۡ أَرَءَيۡتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزۡقٖ فَجَعَلۡتُم مِّنۡهُ حَرَامٗا وَحَلَٰلٗا قُلۡ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمۡۖ أَمۡ عَلَى ٱللَّهِ تَفۡتَرُونَ ﴿٥٩﴾).[٢٢٨]

(ج) قوله تعالى؛ (وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ ...﴿١١٩﴾).[٢٢٩]

وجه الدلالة؛ أن المشتبهات ليست بيقين من الحرام، وإذا لم تكن مما فصل من الحرام فهي على حكم الحلال.

(د) قوله تعالى؛ (هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا...﴿٢٩﴾).[٢٣٠]

وجه الدلالة؛ يقول ابن حزم؛ إن الأصل في الأفعال والأشياء الإباحة، فلا يصير المباح محرماً لظن أو احتمال ممكن، فهذا من الحكم بالظن، والظن لا يغني من الحق شيئا، ومن حرم المشتبه وأفتى بذلك، وحكم به على الناس فقد زاد في الدين

---

[٢٢٧]. سورة النحل (١٦): ١١٦.

[٢٢٨]. سورة يونس (١٠): ٥٩.

[٢٢٩]. سورة الأنعام (٦): ١١٩.

[٢٣٠]. سورة البقرة (٢): ٢٩.

ما لم يأذن به الله تعالى وخالف النبي ﷺ، واستدرك على ربه تعالى بعقله أشياء على شرع الله.[٢٣١]

(إ) واستدل ابن حزم على بطلان الاحتياط، وسد الذرائع بحديث (فإن رسول الله ﷺ، أمر من توهم أنه أحدث، ألا يلتفت إلى ذلك، وأن يتمادى في صلاته على حكم طهارته. هذا في الصلاة التي هي أوكد الشرائع حتى يسمع صوتاً أو يشم رائحة. فلو كان الحكم بالاحتياط حقاً لكانت الصلاة أولى ما احتيط لها. ولكن الله تعالى لم يجعل لغير اليقين حكماً، فوجب بما ذكر، أن كل ما تيقن تحريمه فلا ينتقل إلى التحليل إلا بيقين آخر من نص أو إجماع، وكل ما تيقن تحليله فلا سبيل أن ينتقل إلى التحريم إلا بيقين آخر من نص أو إجماع وبطل الحكم بالاحتياط وصح أن لا حكم إلا لليقين وحده. والاحتياط كله هو أن لا يحرم المرء شيئاً إلا ما حرم الله تعالى، ولا يحل شيئا إلا ما أحل الله تعالى. وبطل بهذا أن تطلق امرأة على زوجها إذا شك أطلقها أم لا لأنها زوجة بيقين فلا تحرم عليه إلا بيقين آخر من نص أو إجماع وبالله تعالى التوفيق.

الجواب على هذا الدليل من المستدلين؛

يجاب عن هذا الدليل بأمور ثلاثة تالية؛

١. أن مسأله توهم الحدث تخالف ما نحن فيه لأن الذي دخل صلاته موقن بأنه على طهارة ثم توهم حدوث الناقض لا يرفع حكم طهارته المتيقنة بناء على الأصل العام المفيد بأن اليقين لا يزول بالشك وهو أحد قواعد الاستصحاب. فهذا الحد لا خلاف فيه، إذ كل الأئمة قالوا بأن كل ماتيقن تحريمه لا ينتقل إلى التحليل إلا بيقين آخر، وكل ماتيقن تحليله فلا سبيل إلى أن ينتقل إلى التحريم إلا بيقين آخر. لكن الخلاف في موضوع الاشتباه، فابن حزم يقطع بأنه من الحلال، فلا ينتقل إلى الحرام إلا بيقين، ونحن نقول باحتمال كونه من الحلال أو من الحرام، والواقع فيه ليس عنده أساس متيقن من الحل

---

[٢٣١]. ابن حزم الأندلسي، **الإحكام**، ج: ٦/ ص: ١٨٩.

أو الحرمة، يستصحبه ولا يخرج عنه إلا بيقين، بل هو متردد بين هذا وذاك، ولهذا نحتاط بالمنع وهو مؤدى قول رسول الله ﷺ (**إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينها أمور مشتبهات**).

٢. قوله بأن الاحتياط كله هو أن لا يحرم المرء شيئاً إلا ما حرم الله تعالى ولا يحل شيئا إلا ما أحل الله تعالى. هذا القول غير صحيح، لأن تحريم ما حرم الله تعالى وتحليل ما أحل هو أدنى درجات الامتثال، أما الاحتياط، فهو بترك المشتبهات حذراً من الوقوع في الحرام.

٣. أن العلماء متفقون على أن من شك: هل طلق زوجته أم لا، لم تطلق زوجته بناء على استصحاب أصل اليقين. أما الحنفية والشافعية؛ فمعلوم ذلك منهم، وأما الحنابلة فقد صرحوا بأن من شك في طلاقه فلم يدر أطلق أم لا، لا يزول يقين نكاحه بشك الطلاق، وإن كان من الورع عندهم التزام الطلاق بحيث لو كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً، راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها ، أو قد انقضت عدتها على سبيل الندب لا على سبيل الوجوب. ومثلهم المالكية الذين نصوا كذلك على أن من شك هل طلق أم لا، لا يؤمر بالعراق إلا أن يستند في شكه لشيء يدل عليه. ويفهم من عبارتهم (لا يؤمر بالفراق) أنه يندب له أن يفارقها ورعا، وهذا الحد متفق عليه أيضاً، وبه يظهر عدم قائدة قول ابن حزم (وبطل بهذا أن تطلق امرأة على زوجها، إذا شك أطلقها أم لا) لعدم القائل به إلا على سبيل الورع، الذي يقول به ابن حرم نفسه.

(٢) دليل من المستدلين واعتراضات عليه من المنكرين؛

(أ) قوله تعالى؛ (**وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ..﴿١٠٨﴾**).[٢٣٢]

[٢٣٢]. سورة الأنعام (٦): ١٠٨.

وجه الدلالة؛ أن الله تعالى قد حرم سب الأصنام التي يعبدها المشركون مع كون السب حمية الله وإهانة لأصنامهم لكون ذلك السبّ ذريعة إلى أن يسبوا الله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لأصنامهم. فلذلك أمرنا بترك سب أصنامهم لأنه يؤدي إلى سب الله تعالى، وهذا هو سد الذريعة.[٢٣٣]

(ب) قوله تعالى؛ (**يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْ...﴿١٠٤﴾**).[٢٣٤]

وجه الدلالة؛ أن الله تعالى نهى المؤمنين عن أن يقولوا للنبي ﷺ كلمة "راعنا" لأن اليهود اتّخذوا من كلمة "راعنا" وسيلة لشتم النبي، ونعته بالرعونة. فمنع المؤمنون أن يخاطبوه بهذا اللفظ سداً لذريعة المشابهة.[٢٣٥]

اعترض؛

يحاول ابن حزم إبطال الاحتجاج بهذه الآية على سد الدرائع، بإبطال التفسير الذي نقل في الصحيح عن ابن عباس رضي الله عنه وهو أن العرب كانوا يتكلمون بها، فلما سمعتهم اليهود يقولوها للنبي ﷺ، أعجبهم ذلك، وكان (راعنا) في كلام اليهود سبًا قبيحاً، فقالوا: إنا كنا نسب محمدا سراً، فالآن أعلنوا السب لمحمد، فإنه من كلامه، فكانوا يأتون النبي ﷺ، فيقولون يا محمد راعنا، ويضحكون ففطن لها رجل من الأنصار، هو سعد بن عبادة بلغة اليهود، وقال : يا أعداء الله، عليكم لعنة الله، والذي نفس محمد و كان عارفاً بيده لئن سمعتها من رجل منكم ، لأضربن عنقه، فقالوا ألستم تقولوها.؟ فنزلت الآية، ونهوا فيها عن قول راعنا، لئلا يقتدي بهم اليهود في

---

[٢٣٣]. عبد الكريم النملة، **المهذب**، ص: ١٠١٧، زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٨، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ٢٨٠.

[٢٣٤]. سورة البقرة (٢): ١٠٤.

[٢٣٥]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ١٣٧.

اللفظ ويقصدوا المعنى الفاسد. قد اعتمد ابن حزم في رد هذا التفسير بالأمور الآتية؛

(أ) أن هذا التفسير ليس مسندًا إلى النبي ﷺ ولم يرد نص الكتاب. فلم يقل الله سبحانه ولا رسوله ﷺ؛ إنكم إنما نهيتم عن قول راعنا لتعذركم بذلك إلى قول راعنا، لكنه قول صاحب، ولا حجة في قول أحد دونها، ولو كان صحابياً. فإن بعض الصحابة قال في الحمر: إنما حرمت لأنها كانت حمولة الناس، وقال بعضهم إنما حرمت لأنها كانت تأكل القدر. ومن الواضح فساد التعليلين لأن الدجاج تأكل من القدر ما لا تأكل الحمر، ولم يحرم عليه السلام الدجاج قط، والناس أحوج إلى الخيل للجهاد، منهم إلى الحمر. وقد أباح عليه السلام الأولى دون الثانية، فلما لم تثبت الحجة في قول الصحابي يبطل قول من قال منهم: إن الله تعالى إنما نهى عن قول (راعنا)، لئلا يتذرعوا إلى قول (راعنا)، لأنه أخبر عما عنده من غير إسناد إلى النبي ﷺ.

(ب) هذه الآية حجة عليهم لا لهم لأنهم إذ نهوا عن (راعنا) وأمروا بأن يقولوا (انظرنا) ومعنى اللفظتين واحد، صح بلا شك أنه لا يحل تعدي ظواهر الأوامر بالعلل ولا بوجه من الوجوه.

(ج) أن الله سبحانه خاطب بهذا النداء المؤمنين الفصلاء أصحاب رسول الله ﷺ الذين بلغوا في تعظيمه الغاية، ولا يتصور أن يعنوا بقول راعنا الرعوية قط. أما المنافقون الذين يقصدون به الرعونة ما كانوا يلتفتون إلى أمر الله تعالى ولا يؤمنون به، فظهر فساد قول المحتجين بهذه الآية وتمويهم.

الجواب على هذا الإعتراض؛

يجاب هذا الإعتراض بأمور ثلاثة؛[٢٣٦]

---

[٢٣٦]. مُحَمَّد هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١/ ١٩٨٥)، ص: ٧٤٠-٧٤٢.

الأمر الأول؛ فيرد من نقاط ثلاث؛

(أ) أن اشتراط النص على أن سبب النهي أو علته كذا وكذا، بالكتاب أو بالإسناد إلى الرسول عليه السلام، يقوم أصلاً على مذهبه في إبطال التعليل والعمل بالقياس، وهو شذوذ خالف به جماهير العلماء من الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة المجتهدين، فلا عبرة به. هذا إذا سلمنا له بأن ما نحن فيه ليس من باب المسند، والحق خلافه، ففي الإتقان (قال الحاكم في علوم الحديث؛ إذا أخبر الصحابي الذي شهد الوحي والتنزيل عن آية من القرآن أنها نزلت في كذا، فإنه حديث مسند، ومشى على هذا ابن الصلاح وغيره، ومثلوه بما أخرجه مسلم عن جابر، قال: كانت اليهود تقول: من أتى امرأة من دبرها في قبلها جاء الولد أحول فأنزل الله **(نساؤكم حرث لكم)**.

(ب) اعتاده في رد الاستدلال بالآية على سد الدرائع على مذهب القائلين بعدم حجية قول الصحابي لا ينفعه هنا، لأننا لسنا أمام واقعة قال فيها الصحابي برأيه، بل أمام سبب من أسباب النزول التي أعطاها العلماء حكم الإسناد كما مرّ.

(ج) نقضه لما نقل عن الصحابة من تعليل لحرمة لحوم الحمر بفرض إبطال القول بحجية قول الصحابي، فاسد كذلك من وجهين يتعلق أحدهما بكون التحريم لأكل القدر، ويتعلق الثاني بكون التحريم لأجل الحمولة. **الأمر الأول**؛ فلأن هذه العلة ليست قولاً لصحابي، وإنما هي مسندة إلى رسول الله ﷺ، فقد جاء في سنن أبي داود عن غالب عن أبحر قال: (أصابتنا

سنة، ولم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا شيء من حمر، وقد كان رسول الله ﷺ، حرم لحوم الحمر الأهلية، فأتيت النبي ﷺ، فقلت يا رسول الله أصابتا السنة، فلم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر، وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية..؟ فقال: أطعم أهلك من سمين حمرك، فإنما حرمها من أجل جوال القرية). فإن طعن في الحديث، يكونه مضطرباً، مختلف الإسناد كما يقول النووي، قلنا : كيف تحتج على الصحابة بما لم يثبت عنهم. والأمر الثاني؛ فلأن التعليل بكونها حمولة الناس، لا يجور أن ينسب إلى ابن عباس ، ﷺ على أنه رأي يقول به لأنه لم يجزم القول بذلك. ففي صحيح مسلم ، أن ابن عباس قال: (لا أدري إنما نهى عنه رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس ، فكره أن تذهب حمولتهم أو حرّمه في يوم خيبر لحوم الحمر الأهلية).

الأمر الثاني؛ فغير مسلم، لأن الفرق واضح بين لفظ(راعتا) الذي يعني في لغة اليهود اسم فاعل من الرعونة ، ويتيح لهم الفرصة للهزء بالرسول عليه السلام ، وشتمه ولفظ (انظرنا) الذي يحمل معنى لفظ (راعنا) الطيب السليم ولا يصلح في لغتهم لغرضهم الخبيث.

وأما الأمر الثالث : فإنا نقطع معه بأن الخطاب للمؤمنين الذين يعظمون الرسول، عليه السلام لكن ذلك لا يعني تعلق المحظور بهم، ومن قال بأن مسلماً، صادق الإيمان، يتذرع بلفظ راعنا للنيل من مقام الرسول عليه السلام؟؟ غاية ما في الأمر أنهم أمروا باستعمال (انظرنا) الذي يحمل معنى الأدب والاحترام الذي يتضمنه لفظ (راعنا) ويزيد عليه بأنه لا يمكن

المنافقين والكافرين من اتحاده طريقاً لأغراضهم الخبيثة كما هي الحال في لفظ (راعنا).

وكون المنافقين والكافرين لا يلتفتون إلى أمر الله تعالى ولا إلى نهيه، لا يعني أن نترك لهم حرية الدس والطع ولا أن نفتح لهم أبوابا، بل الواجب محاربة الكفر والكافرين في كل ميدان، والتضييق عليهم بكل سبيل لتكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى.

(ج) **(وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ ۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا۟ يَفْسُقُونَ﴿١٦٣﴾)**.[٢٣٧]

وجه الدلالة؛ منع بني إسرائيل من حبس الحيتان لأنه ذريعة إلى الصيد فيه.

(د) قوله تعالى؛ **(وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ۚ...﴿٣١﴾)**.[٢٣٨]

وجه الدلالة؛ أن الله تعالى منع النساء من الضرب بالأرجل لأنه ذريعة إلى ظهور زينتهن وإن كان جائزاً في نفسه؛ لئلا يكون سببا سمع الرجال صوت الخلخال، فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن ويدل على ما خفي من زينتها.[٢٣٩]

(إ) قوله ﷺ؛ عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله قال: **(إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه، قيل يا رسول الله، كيف يلعن الرجل والديه؟ قال يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه)**.[٢٤٠]

---

[٢٣٧]. سورة الأعراف (٧): ١٦٣.

[٢٣٨]. سورة النور (٢٤): ٣١.

[٢٣٩]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ١٣٧.

[٢٤٠]. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، (ج: ١/ ص: ٩٢)، رقم الحديث (٩٠).

(ف) قوله ﷺ: **(إن الحلال بين وإن الحرام بين، وبينها أمور مشتبهات..)**.[٢٤١]

اعترض؛[٢٤٢]

(١) أن المراد من الحديث الحض على الورع.

الجواب على هذا الإعتراض؛

مع التسليم بأن المراد من الحديث الحض على الورع، وأنه جلي في أن ما حول الحمى ليس من الحمى، يبقى القطع بأن المشتبهات ليست من الحرام غير صحيح، لأنها ترجع في الحقيقة إما إلى الحلال أو إلى الحرام، وإذا خفيت على بعض الناس أو على أكثرهم، فهي ليست كذلك بالنسبة إلى القليل، بنص رواية زكريا، لأن مفهوم قوله ﷺ: (وبينها أمور مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس)، يفيد أنها معلومة من جهة القليل منهم، وحكمها عند هؤلاء، لا يخرج عن مرتبتي الحلال والحرام، وليس في حقيقة الأمر مرتبة ثالثة بين هاتين. وهذا ما صرح به ابن حزم نفسه حيث قال (وما لم يفصل لما أنه من الحرام، فهو حلال بقوله تعالى: **﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا...﴿٢٩﴾﴾**.[٢٤٣]، وبقوله ﷺ: (أعظم الناس جرماً في الإسلام، من سأل عن شيء لم يحرم، فحرم من أجل مسألته) هذه ناحية. أما الأخرى فنتساءل فيها كيف تكون مشتبهات؟، وقد قطعنا بأنها ليست من الحرام، وأنها بلا شك من الحلال.؟ هذا تاقض لا يخرجنا منه إلا التسليم بجواز كون المتشابهات من الحلال، أو من الحرام.

(٢) أن الحديث نص جلي على أن ما حول الحمى ليس من الحمى.

---

[٢٤١]. سبل السلام (٤/ ١٧١)، والنووي على مسلم (١١/ ٢٧)، تحفة الأحوذي (٤/ ٣٩٤)، سنن الدارمي (١/ ٥٤-٥٥).

[٢٤٢]. ابن حزم الأندلسي، **الإحكام**، ج: ٦/ ص: ٧٤٦.

[٢٤٣]. سورة البقرة (٢): ٢٩.

(٣) أن المشتبهات ليست بيقين من الحرام، لأنها ليست مما فصّل لنا أنها منه لقوله تعالى؛ (**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ...﴿١١٩﴾**).[٢٤٤]، وما لم يفصل لنا أنه من الحرام فهو حلال بقوله تعالى؛ (**هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا...﴿٢٩﴾**).[٢٤٥] وبقوله ﷺ (أعظم الناس جرما في الإسلام من سأل عن شيء لم يحرّم، فحرّم من أجل مسألته.

(٤) هذا الحديث رواية زكريا عن النعمان بن بشير،[٢٤٦] ثم أورد ابن حزم بالحديث الآخر من رواية أبي فروة عن النعمان بن بشير.[٢٤٧] ثم أورد ابن حزم بالحديث الآخر من رواية ابن عوف عن النعمان بن بشير.[٢٤٨] وبعد ذكر روايات ثانية وثالثة، يقرر أمرين؛ **الأول** في طريق أبي فروة بيان استحباب ترك المرء لما أشكل عليه، وأن حكم من استبان

---

[٢٤٤]. سورة الأنعام (٦): ١١٩.

[٢٤٥]. سورة البقرة (٢): ٢٩.

[٢٤٦]. حدثناه عبد الله بن يوسف، ثنا أحمد بن فتح، ثنا عبد الوهاب، ثنا أحمد بن مُحَمَّد، ثنا أحمد بن علي، ثنا مسلم بن الحجاج، ثنا مُحَمَّد بن عبد الله بن نمير الهمداني، ثنا أبي، أنا زكريا عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، قال: سمعته يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: وأهوى النعمان بأصبعه إلى أذنيه (إن الحلال بين، وإن الحرام بين، وبينها مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات، استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات، وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه، وإن لكل ملك حمى ، وإن حمى الله محارمه).

[٢٤٧]. حدثاه عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد، ثنا إبراهيم بن أحمد البلخي، ثنا الفريري، ثنا البحاري، ثنا مُحَمَّد بن كثير، أنا سفيان، عن أبي فروة، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير قال النبي ﷺ (الحلال بين، والحرام بين، وبينها أمور مشبهة، فمن ترك ماشبه عليه من الإثم، كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان، والمعاصي حمى الله، من يرتع حول الحمى، يوشك أن يواقعه).

[٢٤٨]. حدثنا عبد الله بن ربيع، ثنا مُحَمَّد بن معاوية، ثنا أحمد بن شعيب، ثنا مُحَمَّد بن عبد الأعلى، ثنا خالد بن الحرث، ثنا ابن عون، عن الشعبي، قال سمعت النعمان بن بشير يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إن الحلال بين، وإن الحرام بين، وإن بين ذلك أموراً مشتبهات وسأضرب لكم في ذلك مثلاً، إن الله جل ذكره حمى حمىً ، وإن حمى الله محارمه، وإنه من يرع حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه، وإنه من يخالط الريبة يوشك أن يجسر.

له الأمر، بخلاف ذلك. **والثاني** في طريق ابن عوف بيان جلي، لكون المخوف على من واقع الشبهات إنما هو أن يجسر بعده الحرام. وهذا يوضح معنى رواية زكريا عن الشعبي التي يقول فيها : (وقع في الحرام)، وأنه جاء على معنى آخر، وهو كل فعل أدى إلى أن يكون فاعله متيقناً أنه راكب حرام في حالته تلك. ومثل على ذلك بنحو ماءين كل واحد منها مشكوك في طهارته، متيقن نجاسة أحدهما لا بعينه، فإذا توضأ بها جميعاً كنا موقنين بأنه إن صلى، صلى وهو حامل نجاسة، وهذا لا يحل وكذلك القول في ثوبين أحدهما نجس بيقين لا يعرف بعينه.

الجواب على هذا الإعتراض؛

فهم من طريق أبي فروة استحباب ترك المرء لما أشكل عليه، وهذا يعني كراهة الفعل، والكراهة أدبى درجات المنع. وقد رأينا في باب أحكام الذرائع كيف يمكن سد الذرائع إلى المحظور بمجرد الكراهة دون التحريم، وهذا إذا سلمنا بأن المفهوم من الحديث، مجرد الاستحباب دون الوجوب. والحق: الإطلاق الشامل للأمرين، والتقييد بمجرد الاستحباب تحكم لا دليل عليه في ألفاظ الحديث، بل فيه ما يخالف ذلك، وأظهره قوله ﷺ (من وقع في الشبهات، وقع في الحرام)، والتفسير الذي رآه ابن حزم لهذه العبارة، من أنه يعني كل فعل، أدى إلى أن يكون فاعله متيقنا أنه راكب حرام في حالته تلك، ومثل له بنحو ماءين، كل منها مشكوك في طهارته، متيقن نجاسة أحدهما بغير عينه، فإذا توضأ بها جميعاً، كنا موقنين بأنه إن صلى صلى وهو حامل نجاسة، وبنحو الصلاة في ثوبين، أحدهما نجس بيقين، غير معروف بعينه، هذا التفسير غير صحيح ، لأن المتيقن بأنه مواقع للحرام، لا يسمى مشتبها، والمثال الذي أورده لا يصح إيراده على حالة الاشتباه، لأن المتوضئ من ماءين، متيقن نجاسة أحدهما ، يقطع بأنه حامل للنجاسة، وإنما يصح ذلك،

فيما لو كان ذلك مع شخصين، توضأ أحدهما بأحد الماءين، وتوضأ الآخر بالماء الآخر، لأن كلا منها توضأ بما غلب على ظه طهارته، وأحدها متوضئ بجس بيقي ، وعلى هذا، فالحديث صالح للاستدلال به على كراهة فعل المشتبهات، وحرمته في آن واحد. ولو سلمنا بالتقييد بمجرد الاستحباب لما خرج الحديث عن كونه دليلاً على أصل سد الذرائع ، ولو في أدبى درجة منه.

(٥) أن سائر ألفاظ ما ذكر من الرواية على ما لا يتيقن فيه تحريم ولا تحليل، وأما ما يوقن تحليله فلا يزيله الشك عن ذلك إلى التحريم.

الجواب على هذا الإعتراض؛

بعد أن قطع بأن المشتبهات ليست من الحرام بيقين، وأنها من الحلال، وذلك في أول بحثه، عاد ليناقض نفسه، ويقرر الحقيقة المتفق عليها، وهي أن المشتبهات، مالا يوقن فيها تحريم ولا تحليل، بقوله (وسائر ألفاظ من ذكرنا على ما لا يتيقن منه تحريم ولا تحليل، وما دامت كذلك، فما كان منها أقرب إلى الحلال أخد حكمه مع كراهة الفعل بسبب الأشباه، وما كان أقرب إلى الحرام أخد حكمه.

(٦) أن الروايتين الثانية والثالثة، فيها زيادة على رواية زكريا بلفظ (أوشك) وهي مقبولة. لأنها زيادة من عدل مثل زكريا، وأجل منه وهما أبو فروة وابن عون. وهذا يؤكد عدم دخول الشبهات في إطار المحرمات.

الجواب على هذا الإعتراض؛

زيادة لفظ (أوشك) في الروايتين الثانية والثالثة، وإن دل على أن الشبهات غير واضحة الدخول في المحرمات، لا يدعو إلى إحلال مواقعتها، لأن مواقعها يوشك أن يواقع الحرام الصريح، بدليل ما فهمه ابن حزم نفسه من رواية ابن عوف، حيث قال: "فيها بيان جلي على أن المخوف على من واقع الشبهات، إنما هو أن يجسر بعدها على الحرام".

يبدو مما قرره ابن حزم هنا، أنه يحاول الوصول إلى أن الشبهات ليست داخلة في إطار المحرمات، ويستحب تركها ورعاً. وبناء على هذا فليس في حديث الباب متعلق لمن يحرم الجائر إذا أدى إلى محظور.

ولكن على هذا نستطيع أن نقرر، أن الشبهات في مرتبة بين الحلال والحرام، لا في واقع الأمر بل بالنسبة لحال من يواجهها. وأنها قد تلحق بالحلال أو بالحرام، وأن على المرء تركها حذراً من مواقعة الحرام. وتختلف قوة المنع بحسب درجة قرب الشبهات من إحدى المرتبتين، فنبدأ بالجوار مع الكراهة ويقابلها استحباب الترك، وتنتهي بالتحريم ويقابلها وجوب الترك.

(غ) الاستدلال بحديث عطية السعدي، وهو قوله ﷺ : (**لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين، حتى يدع مالا بأس به، حذراً لما به البأس**)

اعترض؛ يقرر ابن حزم على هذا الحديث بأمور آتية؛

١. هذا الحديث غير صحيح ، لأن فيه من لا يحتج به وهو أبو عقيل.

الجواب على هذا الإعتراض؛

زعمه عدم صحة الحديث زعم باطل، لأن أبا عقيل ثقة، وثّقه الإمام أحمد وغيره كأبي داود والنسائي وابن حبان، كما صحح الحديث الحاكم والذهبي.[٢٤٩]

٢. القول في هذا الحديث، على التسليم بصحته كالقول في حديث النعمان فهو حض على الورع لا إيجاب. فقد علمنا فيه أن من لم يجتنب المتشابه، وهو الذي لابأس به، فليس من أهل الورع، وأهل الورع هم المتقون، لأن المتقين جمع متق، وهو الخائف، ومن خاف مواقعة الحرام، فهو الخائف حقاً.

---

[٢٤٩]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٢٩.

الجواب على هذا الإعتراض؛

ما قرره في هذا الأمر الثاني مخالفه فيه من وجهين؛[٢٥٠]

الأول: أن الحديث وإن كان حضاً على الورع ولكن هو شرط لابد منه للتحقق بمقام التقوى، لأن العبد لا ينال درجة المتقين كما هو ظاهر الحديث، إلا بترك مالا بأس به. ثم إذا قلنا بأن وصف التقوى مطلوب على وجه الاستحباب، كان تارك التذرع إليه بفعل مالا بأس به، مواقعا لأمر مكروه، وإن قلنا بوجوب التحقيق بوصف التقوى، كان تارك التذرع إليه بفعل مالا بأس به، مواقعاً لأمر محرم. ويبدو من موقف ابن حرم، أنه يقول بالوجوب، كما جاء في عبارته في الرد على القائلين بعدم وجوب المتعة على المطلق وهي قوله: "ولعمري إن أولى الناس ألا يحتج بهذا الحديث من يرى قول الله تعالى(وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ...﴿٢٤١﴾)[٢٥١]، ليس فرضًا، بل قالوا المتعة ليست بواجبة، فقد صرحوا بأن كون المرء من المتقين، ليس عليه بواجب)، والحديث على الوجهين **شاهد لسد الذرائع**، لكنه على **الأول** في مرتبة الكراهة وعلى **الثاني** في مرتبة التحريم. وبهذا البيان نرد قوله (فلا يظن أن فيه حجة لمن قال بالاحتياط، وقطع الذرائع إلا جاهل ميت).

والثاني؛ يبدو من قوله: (فقد علمنا فيه، أن من لم يجتنب المتشابه، وهو الذي لا بأس به فليس من أهل الورع) أنه لا يفرق بين المتشابه وهو الذي لا يستبين فيه تحريم ولا تحليل وبين مالا بأس به وهو ما يظهر حله لكن تركه من باب أولى. من أن ملاحظة الفرق بينها تحدد رتبتين في الاستدلال لسد الذرائع، **إحداهما** أبلغ من الأخرى، لأن الأمر بترك المتشابه دليل على سد الدرائع

---

[٢٥٠]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٣١-٧٣٢.

[٢٥١]. سورة البقرة (٢): ٢٤١.

فيما يشكل أمره ولا يستبين حله ولا تحريمه، أما الأمر بترك ما لا بأس به، فأبلغ في الدلالة عليه، لأنه أمر بترك ما استبان حله، حذراً من الوقوع فيها استبانت حرمته.

٣. أولي الناس بعدم الاحتجاج بهذا الحديث على تحريم الشبهات، من لا يرى متعة المطلقة واجبة. مع أن قوله تعالى؛ (**وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ...﴿٢٤١﴾**)[٢٥٢]، صريح في الفرضية. وكان أولى بهم أن يعكسوا القضية، فلا يحرموا الشبهات على مواقعها، لأن حديثها ليس فيه أكثر من الحض، من غير إيجاب، ويفرضوا بالمقابل المتعة على المطلق، لأن قوله تعالى (**حقا على المتقين**) مشعر بالفرضية.

٤. لا يصح أن يفهم من الحديث تحريم ما لا بأس به، لأن ذلك يؤدي إلى أمرين ممنوعين؛ **الأول**: إباحة الشيء، والنهي عنه في آن واحد، لأن ما لا بأس به هو المباح فعله، وبالنهي عنه يكون المباح محظوراً، وهذا محال، لأنه تكليف مالا يطاق، والله تعالى يقول؛ (**لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ...﴿٢٨٦﴾**)[٢٥٣]، **والثاني**: نسبة ذلك إلى النبي ﷺ، لا يقول بها إلا جاهل، أو كافر، لكن الذي خافه ﷺ، أن يقدم المواقع مما لا بأس به إلى الحرام، كما مثل له في الحديث السابق (بالراتع حول الحمى) وهو الحرام ، وما حوله ليس منه، بل من الحلال.

الجواب على هذا الإعتراض:

لو كان العمل بسد الدرائع قاصراً على تحريم ما يؤدي إلى الحرام، للزم ما يخشاه من حصول الأمرين الممنوعين، لكنه يشمل ما هو أعم من ذلك، كمجرد الامتناع، والكف من غير تحريم، وقد ثبت هذا بفعله ﷺ، حين امتنع عن أكل الضب، ولم يحرمه، ويفعل الصحابة رضوان الله

---

[٢٥٢]. سورة البقرة (٢): ٢٤١.

[٢٥٣]. سورة البقرة (٢): ٢٨٦.

عليهم، حيث امتنعوا عن كثير من المباحات من غير أن ينقل عنهم القول بتحريمها. هذا إذا سلمنا له بأن النهي عن المباح من تكليف مالا يطاق، لكنا نقول بأن النهي عن المباح لا يلزمه ذلك، بدليل أن ابن حزم نفسه، يرى في الحديث حضا على ترك ما لا بأس به حذراً مما به البأس، ويجعله وصفاً مميزاً لأهل الورع، والحض على الترك أولى درجات النهي، وإلا فإنا نسأله على طريقته فنقول: كيف يكون مباحاً، ومأموراً بتركه، ولو على سبيل الندب.؟ فإن قال يصح ذلك لاختلاف الجهة، فقد يكون الأمر مباحاً لذاته ممنوعاً لغيره، لزمته الحجة، وهذا هو الذي نقول.[٢٥٤]

ويتأيد هذا بما هو متفق عليه، من أن للحاكم أن يأمر أو ينهى عن المباح سياسة، ولو صحت الاستحالة باجتماع النقيصين، لما جار الاتفاق على ذلك[٢٥٥].

٥. لا حجة لمن قال بالاحتياط وقطع الذرائع، في حديث عطية، ولا يظن ذلك إلا جاهل ميت، لأن النبي ﷺ، لم يبين فيه الشيء الذي ليس به بأس. والذي لا يكون العبد من المتقين إلا بأن يدعه، ولو كان هذا الحديث صحيحاً، وعلى ظاهره، لوجب به أن يجتنب كل حلال في الأرض، لأن كل حلال لا بأس به، ولم يخصّ في ذلك الحديث أي الأشياء التي لا بأس بها، لا يكون العبد من المتقين إلا بأن يدعها.

الجواب على هذا الإعتراض؛

من قال بأن على النبي ﷺ، بيانَ كل ما ينبغي للمرء أن يتركه مما لا بأس به ليبلغ درجة المتقين..؟ هذا هو المحال بعينه. فإن الوقائع أكثر من أن تحصر، لأنها تختلف بحسب المكلف والرمان والمكان، ويكفي من المشرع بيان القاعدة، وعلى المكلف أن يقيس عليها الوقائع بحسب

---

[٢٥٤]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٢٢.

[٢٥٥]. راجع نفسه.

ظروفه وأحواله. أما القول بأن على المرء أن يجتنب كل حلال في الأرض فهو مغالطة، إذ لابد من التفريق بين الحلال المطلق، وبين مالا بأس به وهو الذي تركه أولى من فعله، وعلى هذا لا يلزم ترك كل حلال. فالحديث إذاً صحيح في متنه كما هو صحيح في سنده، ويدل دلالة واضحة على أصلنا سد الذرائع.[٢٥٦]

وخلاصة القول من المنكرين: إن الحديث غير صحيح، سندًا ولا متنا، ولو صح لكان حضًا على الورع لا غير، والورع هو الخائف من مواقعة الحرام. وقد أجيبت دعوتهم بما بينت قبل قليل.

(ي) الاستدلال بحديث النواس بن سمعان الأنصاري وقد قال فيه: سمعت رسول الله ﷺ، (**وسئل عن البر، والإثم، قال: البر حسن الخلق، والإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس**)، وبما روي أن غلاماً من الأزد، قال له رسول الله ﷺ، وقد أتاه يسأله عن الحرام والحلال، فقال له رسول الله ﷺ (**إن الحلال ما اطمأنت إليه النفس، وإن الإثم ما حاك في صدرك وكرهته أفتاك الناس ما أفتوك**).

اعترض؛

يرد الاستدلال بهذين الحديثين من جهة السند والمتن.

أما **السند** فيقول فيه (فالأول فيه معاوية بن صالح، وليس بالقو ، وفي الثاني مجهولون، وهو مقطع أيضاً).

وأما المتن فيرده بقوله (معاذ الله أن يكون الحرام والحلال على ما وقع في النفس، والنفوس تختلف أهواؤها، والدين واحد لا اختلاف فيه)، قال تعالى؛ (**ولو كان من عند غير الله، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً**).

الجواب على هذا الإعتراض؛

١. وما زعمه في معاوية بن صالح غير صحيح، لأنه إمام ثقة، وثقه أحمد، وأبو زرعة وغيرهما، وقال فيه ابن عدي: هو عندي صدوق، وقد احتج بحديثه مسلم قال ابن سعد:

---

[٢٥٦]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٣٣.

كان معاوية بالأندلس قاضياً لهم، وكان ثقة كثير الحديث، وقد روى حديثه المذكور الترمذي وصححه، فلا عبرة بتضعيف ابن حزم إياه، والثاني لا يضيره أن يكون فيه مجهول أو مختلف فيه، كضمضم بن زرعة، وشريح بن عبيد. كما لا يضره الانقطاع برفعه من تابعي هو أيوب بن عبد الله بن مكرر، لأن معناه ثابت بالصحيح الذي قبله.[٢٥٧]

٢. وما زعم في رد المتن مغالطة، أساسها الخلط بين حقائق الأمور، فقد سوى فيها بين أمرين؛[٢٥٨]

(أ) اتباع الأهواء، والاحتكام إلى نزوات النفوس، وجعل العقل شارعاً من دون الله، يحل الحرام ويحرم الحلال، وهو أمر مردود، لا يقبله من فيه درة من عقل أو دين، كما أنه أصل الإختلاف في الشرائع السابقة التي عملت فيها الأهواء، وتنزهت عنه الشريعة الإسلامية السمحة التي تكفل سبحانه بحفظها ولم يجعل حق الحكم والتشريع فيها إلا لذاته عز وجل، وكان للرسول عليه الصلاة والسلام فيها شرف التبليغ عن ربه قال تعالى؛ (**وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى**)

(ب) فهم الشريعة بناء على أصول ثابتة وقواعد صحيحة، بما يتفق وأصولها الكلية وقواعدها المقررة، وهو أمر لا يصح خلافه، لأنه ضروري، تفرضه حاجة الناس، وضرورات الحياة، وتتسع له حقيقة خلود الشريعة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ومن مظاهره: أن يترك الإنسان مالا يطمئن قلبه إليه من الأفعال خشية الوقوع في المحظورات البينة، ويتأكد الترك، بحسب قوة احتمال الإفضاء إلى

---

[٢٥٧]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٣٤.

[٢٥٨]. هشام البرهاني، **سد الذريعة في الشريعة**، ص: ٧٣٥-٧٣٦.

المحظور، وهو مقتضى الورع الذي فهم ابن حزم نفسه الحض عليه، في كل ما مر من أحاديث.

ب) تحرير النزاع

وبهذا أشرت في بيان حقيقة سد الذريعة إلى أنه ليس هناك سد الذريعة المختلف فيها. ولكنني قبل أن أصل إلى هذه النتيجة أريد تفصيل الكلام في تحرير النزاع عن اختلاف الأصوليين في حجيتها، فأوردت بيانا من العلماء.

تحقيق على حجية سد الذريعة بين الأصولين؛

قال الشاطبي؛

"سد الذرائع أصل متفق عليه في الجملة وإن اختلف العلماء في تفاصيله فليس الخلاف في بعض الفروع مما يبطل دعوى الإجماع في الجملة".[٢٥٩]

ورأيت بعد ذلك بأن سد الذريعة أصل صحيح مؤيد بالعقل ومعتبر في الشرع بأدلة تفوق الحصر. والسبب الذي جعل العلماء يبدون وكأنهم منقسمون تجاه هذا الأصل يعود إلى أمرين؛

(١) إن بعض العلماء كالمالكية أكثروا من الأخذ بسد الذرائع واشتهر ذلك عنهم؛ وذلك لكثرة استدلالهم به واعتمدوا عليه في تفريعاتهم

---

[٢٥٩]. الشاطبي، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٣/ ص: ٢١٩.

الفقهية، وفي المقابل نجد أن بقية المذاهب الأخرى أخذوا به في مواضع قليلة ولم يشتهر ذلك عنهم. ويؤيد ذلك ما قاله القرافي حيث قال؛ (فليس سد الذرائع خاصاً بمالك بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه.[٢٦٠]

(٢) إن الخلاف بين العلماء إنما هو في تحقيق مناط التذرع في النوع المختلف فيه، فوسع بعض العلماء كالمالكية مناط الذريعة في النوع المختلف فيه، فعملوا على سد الذرائع التي توصل إلى المحرم ولو نادراً، واقتصر بعض العلماء على ما يجزم فيه بأنه يوصل إلى المحرم، وعلى ما ورد نص بالأمر بسدّه.[٢٦١]

منشأ الخلاف بين المستدلّين والمنكرين في الأخذ بسد الذريعة؛

نقلت بيانا على هذا الأمر من كتاب الوجيز في أصول الفقه للأستاذ عبد الكريم زيدان، ورأيت فيه بأن الخلاف بين هذين الطائفتين واقع في اختلافهما في نظر الأشياء الواقعة باعتبار مقاصدها أو بغيرها. قال؛

"المالكية والحنابلة هؤلاء نظروا إلى مقاصد الأفعال أو الأشياء وغاياتها ومآلاتها، فما دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة مع أن الشريعة جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ومنافذه، لا بد من منع هذا الفعل. أما الحنفية والشافعية وغيرهما من الظاهرية أولئك نظروا إلى الأحكام الظاهرة من الأشياء وإلى الأفعال عند حدوثها، دون النظر إلى غاياتها ومآلاتها بغض النظر عن نتيجتها.[٢٦٢]

---

[٢٦٠]. الإمام القرافي، **الفروق**، ج: ٢/ ص: ٣٢.

[٢٦١]. انظر: **محاضرات في أصول الفقه** لمحمد بن معجوز، ص: ١٤٥.

[٢٦٢]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٤٧.

يتبين من هذا أن الخلاف منهم واقع في النظر إلى الإحتمالات من الأشياء هل هي مفضية إلى المفسدة أم لا. هم الذين لم يعتبروا سد الذريعة دليلا مستقلا من أدلة الأحكام يحتجون بأن الأشياء ما دامت مباحة فلا يجوز منعه باحتمالا الإفضاء إلى المفسدة، ولكن هم الذين يعتبرونه دليلا مستقلا مخالفونهم.

وأما ابن حزم الذي أنكر الذرائع فحقيقته أنه ينكره تمشيا مع مبدئه المشهور وهو الأخذ بظواهر الألفاظ أو الوقوف عند حد ظواهر النصوص فقط دون الإتجاه إلى المعاني التي يقصده النص، بناء على نزعته الظاهرية فتبطل كلّ أدلة الرأي من القياس إلى الإستصلاح وما يتصل بهما من الإستحسان وسد الذريعة. وهو محجوج بالعموم القاطع الثابت بالنقل وبعمل الصحابة والتابعين والذي لا يدع مجالا لأي تردد، كما بين عليه الأستاذ وهبة الزحيلي.[٢٦٣]

وأما المنع من الشافعية بالعمل على سد الذريعة فأبطلوا العمل به لسببين أساسيين؛

١. **السبب الأول**؛ أن سد الذريعة مظهر من مظلهر الإجتهاد بالرأي وهو لا يأخذون منها إلا بالقياس. لأن العلم عندهم خمس طبقات نص عليها الإمام الشافعي بقوله؛ **الأولى** بالكتاب والسنة إذا ثبتتا ثم **الثانية**

---

[٢٦٣]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٩٠٤.

بالإجماع **والثالثة** قول الصحابي ليس له مخالف منهم **والرابعة** اختلافهم في ذلك **والخامسة** القياس على بعض الطبقات. ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان، وإنما يؤخذ العلم من الأعلى.

وبهذا فقد تضمن النص الأصول الخمسة كما ظهر، أما الإستحسان والمصلحة المرسلة وما إليهما من وجوه الأعمال بالرأي فقد أبطلها جملة حين خص الإجتهاد بالقياس وجعل الإثنين (الإجتهاد والقياس) اسمين لمعنى واحد. ففي الرسالة: قال: (فما القياس ؟ أهو الاجتهاد ؟ أم هما مفترقان ؟. قلت : هما اسمان لمعنى واحد، قال: فما جماعها ؟ قلت : كل مانزل بمسلم ، ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق، فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم - اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد بالقياس)"،[٢٦٤] وفي اختلاف الحديث: (العلم من وجهين: اتباع، واستنباط. والاتباع اتباع كتاب، فإن لم يكن فسنة، وإن لم يكن، فقول عامة من سلف، لا يعلم له مخالفا، فإن لم يكن، فقياس على كتاب الله عز وجل فإن لم يكن فقياس على سنة رسول الله ﷺ، فإن لم يكن فقياس على قول عامة من سلف لا مخالف له، ولا يجوز القول إلا بالقياس.[٢٦٥] وهو أيضا يرد الاستحسان ، لأن معناه عنده : كل اجتهاد لم يعتمد فيه المجتهد على الكتاب أو السنة أو أثر أو إجماع أو على قياس واحد منها. لأن المجتهد يكون قد أخذ فيه بما يستحسن لا بما أعطاه الدليل بنصه أو بدلالته. ولهذه العبارة نظائر أخرى في كتاب إبطال الاستحسان وفي كتاب جماع العلم وفي الرسالة وفي غيرها من ثنايا كتاب الأم،[٢٦٦] وكلها تلتقي على قضية واحدة هي أن الاجتهاد بالاستحسان وغيره من الوسائل التي لا تعتمد على نص ثابت، ومنها سد الذرائع اجتهاد باطل لا يمت إلى الشرع بصلة.

٢. **السبب الثاني**؛ أن الشافعي رحمه الله كان يرى أن الشريعة تبي على الظاهر وأنه يجب ألا نتجاور في تفسيرها حكم النص، ولهذا نجده يقصر مصادر الأحكام الشرعية على الكتاب والسنة والإجماع وأقوال

---

[٢٦٤]. الرسالة للشافعي، الفقرات: ١٣٢٣-١٣٢٦.

[٢٦٥]. اختلاف الحديث للشافعي بهامش الجزء السابع من كتاب الأم، ص: ١٤٨-١٤٩.

[٢٦٦]. انظر الأم الجزء السابع، وفي الرسالة للشافعي، الفقرات: ١٤٥٦-١٤٦٤.

الصحابة والقياس على النص. ولهذا أيضاً رفض الاستحسان لأنه لا يعتمد على النص في عبارته ولا إشارته ولا دلالته، بل يعتمد على ما ينقدح في نفس الفقيه الفاهم لأصولها وفروعها ومصادرها وموارداها أو على روح الشريعة ومعانيها الكلية.

ولما كانت الشريعة تبنى على الظاهر فإنها تنفذ كذلك على حسب الظاهر. فينبغي ألا يتجه أولياء الأمر في تطبيقها إلى الباطن، فليس للحاكم أن يتكشف نيات الناس وخفايا نفوسهم، بل يكتفي بالتعرف على ظاهرهم وما تقوم عليه الشواهد من حالهم وفي هذا يقول (الأحكام على الظاهر والله ولي الغيب من حكم على الناس بالإزكان)، جعل لنفسه ما حظر الله تعالى ورسوله ﷺ، لأن الله عز وجل إنما يتولى الثواب والعقاب على المغيب لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة كان ذلك لرسول الله ﷺ).

وقد أجيبت هذه المعارضات على حسب مقتضى الكلام، وأقول؛

الجواب عن السبب الأول؛

أن المحققين من علماء الأصول في القديم والحديث لم يسلّموا بأن الشافعي رضي الله عنه كان يرد الاستحسان والمصلحة المرسلة بإطلاق، بناء على الموازنة بين المعاني التي شنّ الغارة عليها وسماها تلذذاً وحكماً بالهوى وبين المعاني الإصطلاحية. لكل من هذين الأصلين والتي تؤول من قريب أو من بعيد إلى المصادر التي صرح الشافعي باعتبارها. بيان ذلك في النقاط الثالثة؛

(١) إن الاستحسان الذي قال به الحنفية لا يخرج عن الأدلة التي ساقها الشافعي رحمه الله وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، لأنه كما سبق أن أوضحنا في أنواع ستة من الإستحسان هي استحسان النص واستحسان الإجماع واستحسان القياس واستحسان الضرورة واستحسان المصلحة واستحسان العرف والعادة، وهي جميعها ليست تلّذاً ولا حكما بالهوى، وإنما ترجع إلى نص من كتاب أو سنة أو إلى إجماع أو إلى قياس خفي أقوى أثراً من القياس الظاهر أو استجابة

لحكم الضرورة التي تفرض وجودها ولا يجد المجتهد بُدًّا من اعتبارها. والاستحسان عند المالكية لا يخرج عن إطار الأدلة كذلك وإن كانت عباراتهم في تعريفه تبرز بشكل واضح النوع الرابع من غير أن تقيد المصلحة التي يترك القياس لأجلها بحد الضرورة كما فعل الحنفية حتى شملت ترك القياس للمصلحة وللتيسير ورفع المشقة.[٢٦٧] ورأى فيها الأستاذ الشيخ محمد أبو رهرة متعلقاً لاستنكار الشافعي رحمه الله فقال: (إن الاستحسان على هذا النحو المالكي ينصب عليه استنكار الشافعي لأنه مسلك في استخراج الأحكام غير الكتاب والسنة والإجماع والقياس. وقد حصر الشافعي مسالك الاستدلال في هذه الأمور الأربعة لا يعدوها المجتهد)[٢٦٨]، لأن المالكية وهم يستحسون بناء على مراعاة مصلحة جرئية في مقابلة قياس كلي لا يحكمون بالهوى ولا يعارضون القياس لمجرد التشهي والتلذّذ، بل يعارضونه بناء على أصل كلي آخر هو التخفيف عن الخلق ورفع الحرج والضيق عنهم. وهو معتبر في الشريعة بشكل قاطع لا يقبل الشك. وعلى هذا يمكننا أن نفهم قول مالك ﷺ (إن المغرق في القياس، يكاد يفارق السنة) ونستطيع أن نقرر ما قرره الشاطبي من أن الاستحسان (إذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة، فليس بخارج عن الأدلة البتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها ويخصص بعضها بعضاً، كما في الأدلة السنية مع القرآنية ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلا.[٢٦٩]

(٢) والنقطة الثانية : أن المصلحة المرسلة التي يأخذ بها المالكيون هي المصلحة الملائمة في الجملة لمقاصد الشارع من غير أن يشهد لها أصل خاص من الشريعة بالإلغاء ولا بالاعتبار. بهذا المعنى، ليست مما يرده الشافعي رحمه الله ولا يعني إغفالها في عداد مصادره عدم اعتباره لها، لأن القياس بمعناه الواسع، وكما يراه الحنابلة يشمل

---

[٢٦٧]. يدل على هذا ما أورده الشاطبي من تعريفات للاستحسان ومنها ما نقله عن ابن العربي من قوله (الاستحسان إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستشاء والترخ لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضيائه، وقد عد منه المالكية أربعة أقسام، وهي ترك الدليل للعرف، وتركه للمصلحة، وتركه للتيسير، لرفع المشقة وإيثار التوسعة وتركه لمراعاة خلاف العلماء) انظر : الاعتصام ٢/١٣٩.

[٢٦٨]. أبو زهرة، **الشافعي؛ حياته** ..، ص: ٢٩٨.

[٢٦٩]. الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، **الإعتصام**، (-) ج: ٢/ ص: ١٣٨.

المصلحة المرسلة، ولذلك فإنهم لم يعدوه أصلاً مستقلاً بذاته. وعلى هذا النحو يمكننا أن نفسر موقف الشافعي منها، فيكون القياس عده مجال الاجتهاد لكل ما ليس في الكتاب والسنة ومن ذلك أن ما يكون فيه معنى الحلال يكون بموجبه القياس حلالاً وما يكون فيه معنى الحرام فيكون بموجبه حراما وإن لم يشهد له أصل جرئي يقاس عليه، بل يكتفى بالشبه المطلق بينها وضابط التمييز بين ما يكون فيه معنى الحلال وما يكون فيه معنى الحرام؛ مقاصد الشارع ، ومعاني الشريعة العامة.[٢٧٠]

(٣) والنقطة الثالثة : ومما يؤكد اعتباره لخصوص المصلحة هذه النقول؛

(أ) يقول ابن حجر في شرحه لحديث؛

"(من أحدث في أمرنا هذا ماليس منه فهو رد). (قال الشافعي ﷺ ما أحدث وخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أثراً فهو البدعة الضالة، وما أحدث من الخير ولم يخالف شيئاً من ذلك فهو البدعة المحمودة)".[٢٧١] والمراد من الخير هنا؛ الملاءمة لمقاصد الشريعة وما عهد من أحكامها، لأن وصفها بالبدعة يقتضي ألا يكون لها شاهد خاص من الكتاب أو السنة، وهذا بالتحديد المصلحة المرسلة.[٢٧٢]

(ب) قال الرنجاني في تخريج الفروع على الأصول؛

"(ذهب الشافعي إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع - وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة - جائز)، ثم ساق أمثلة على ذلك وقال؛ (واحتج في ذلك بأن الوقائع الجرئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية والمتناهي لا يفي بغير المتناهي فلا بد إذاً من طريق آخر، يتوصل بها إلى إثبات الأحكام

---

[٢٧٠]. سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة**، (دمشق: المكتبة الأموية)، ص: ٢٧٣.

[٢٧١]. ابن حجر العسقلاني، **فتح المبين بشرح الأربعين**، ص: ٩٤.

[٢٧٢]. **ضوابط المصلحة**، ص: ٢٧٣.

الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جرئي".[٢٧٣]

(ج) وفي البحر المحيط للزركشي في صدد الكلام عن مذاهب العلماء الأربعة في اعتبار المصلحة يقول؛

"قال البغدادي في جنة المناظر: لا تظهر مخالفة الشافعي لمالك في المصالح، فإن مالكا يقول إن المجتهد إذا استقرأ بوادر الشرع، ومصادره، أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها، وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها، لكنه استثنى في هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة، قال وما حكاه أصحاب الشافعي عنه لا يعدو هذه المقالة).[٢٧٤]

وفي بيانه للمذهب الثالث في المصلحة يقول؛

"والثالث : إن كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع أو لأصل جزئي، جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا، نسبه ابن برهان في الوجيز للشافعي وقال : (إنه الحق المختار ومثله بقوله في المطلقة الرجعية إنه لا يحل وطؤها لأن العدة شرعت لبراءة الرحم، والوطء سبب للشغل، فلو جوزناه في العدة لاجتمع الضدان، فليس لهذا الأصل جزئي وإنما أصله مجتهد، وهو أن الضدين لا يجتمعان، وقال إمام الحرمين والغزالي معظم أصحاب أبي حنيفة إلى إعتماد تعليق الأحكام بالمصالح المرسلة، بشرط ملاءمتها للمصالح المعتبرة المشهود لها بالأصول.[٢٧٥]

(د) ومن فتاواهم التي روعي فيها محض المصلحة؛ جواز قتل الترس المسلم، وإتلاف الحيوان، الذي يقاتل عليه الكفار، والأكل من طعام الكمار في دار الحرب، وجواز التضبيب بالفضة لإصلاح موضع الكسر في الإناء أو شده وتوثيقه، مع ورود النهي عن استعمال الفضة، وجواز أحد بيات الحرم لعلف البهائم مع النهي عن قطعه، وقد عللوا ذلك كله بالضرورة أو الحاجة.

---

[٢٧٣]. ، **تخريج الفروع على الأصول**، ص: ١٦٩-١٧١.

[٢٧٤]. بدر الدين الزركشي، **البحر المحيط**، (-:دار الكتتب)، ج: ٣/ ص: ١٦٧.

[٢٧٥]. بدر الدين الزركشي، **البحر المحيط**، ص: ١٦٧.

هذه النقول الثلاثة تؤكد اعتبار الشافعي للمصالح المرسلة بشرط المشابهة بينها وبين المصالح المعتبرة ، ولذلك فإنها ليست عده أصلاً مستقلاً بذاته، بل من باب القياس ومعناه عنده يتسع لها.

وقال قال أبو زهرة؛

وهذا الشرط متفق تماماً مع الشروط التي قيد المالكية المصلحة بها وهي الملائمة بين المصلحة التي يأخذون بها وبين مقاصد الشرع، بحيث لا تتنافى مع أصل من أصوله ولا دليل من أدلته، وأن تكون جارية على المناسبات المعقولة، التي إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول، وأن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم في الدين.[٢٧٦]

الجواب عن السبب الثاني؛

الجواب عن السبب الثاني ، وهو اتجاه الشافعية الظاهري وما أوردته لهم من وجوه الاستدلال به وذلك فيما يلي؛[٢٧٧]

(١) **بيان موضع الخلاف**؛ الأصل الذي لا ينبغي الإختلاف فيه أن الله تعالى رتب على الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، فلم يرتب الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد الألفاظ مع العلم بأن المتكلم لم يرد بها معانيها وعلى هذا فالألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين وإراداتهم لمعانيها.

(٢) وبهذا ظهر أن قول الشافعي رضي الله عنه (والأحكام على الظاهر والله ولي الغيب) لا ينبغي أن يحمل على إطلاقه. وفي كل الظروف والأحوال، بل لابد من التفريق بين الوضع السليم الخالي من كل شائبة، والآخر الفاسد الذي تحُفَّ به القرائن الدالة على فساده.

---

[٢٧٦]. أبو زهرة، **الشافعي؛ حياته** ...، ص: ٣٠٢.

[٢٧٧]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ١٠٧- ١٣٠.

وختمت هذا بنقل الكلام من الأستاذ أبي زهرة في كتابه أصول الفقه؛

"هذا وإن الأخذ بالذرائع كما قررنا ثابت من كل المذاهب الإسلامية وإن لم يصرح به. وقد أكثر منه الإمامان مالك وأحمد، وكان دونهما في الأخذ به الشافعي وأبو حنيفة، ولكنهما لم يرفضاه جملة، ولم يعتبره أصلا قائما بذاته، بل كان داخلا في الأصول المقررة عندهما كالقياس والإستحسان الحنفي الذي لا يبتعد عما يقرره الشافعي".[٢٧٨]

٥. محـــاولة الجمع بين أراء الأصوليين

من مقاصد الشريعة الإسلامية اليسر ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين، إلا أن المبالغة في سد الذرائع قد تحرم الناس من خيرات كثيرة ومصالح كبيرة؛ لأن في هذا إخلال بأصل شرعي آخر مهم وهو رفع الحرج، كما أن المبالغة في فتحها قد تؤدي إلى شر مستطير وفساد كبير.[٢٧٩] وعليه فلا يجوز الإفتاء بناءً على سد الذريعة مطلقا مهما كانت، بل لا بد من تقييد أصل سد الذرائع بمجموعة من الضوابط حتى لا يخرج عن هدفه وهو حماية الشريعة من التالعب.

---

[٢٧٨]. زهرة، **أصول الفقه**، ص: ٢٩٤.

[٢٧٩]. قال أبو زهرة؛ إن الإخذ بالذرائع لا تصح المبالغة فيه، فإن المغرق فيه قد يمتنع عن أمر مباح أو مندوب أو واجب خشية الوقوع في ظلم أو خشية على أنفسهم أن يقعوا في ظلم. وهو يقول: لو لوحظ أن بعض الناس قد يمتنع عن أمور كثيرة خشية الوقوع في الحرام. ولذلك يتبع قول ابن العربي بقيود استعمال الذرائع بأن ما يحرم للذريعة إنما ثبت إذا كان المحرم الذي تسد ذريعته يثبت تحريمه بنص. (أصول الفقه لأبي زهرة، ص: ٢٩٤).

رأيت أن الجمع بين الآراء الأصوليين للإتفاق في الإحتجاج بسد الذريعة يمكن بتوفير هذه الضوابط. فضوابط العمل بسد الذرائع على النحو الآتي؛

(١) أن يكون الفعل المباح يؤدي إلى المفسدة قطعا أو كثيراً غالباً، أي؛ أن تفضي الذريعة إلى المقصود قطعا، كحفر البئر خلف باب الدار أو في الظلام بحيث يقع الداخل فيها بلا بد وشبهة، أو يكون أداؤه إلى المفسدة غالباً في كثرته بحيث يغلب على الظن أداؤه إلى المفسدة كبيع السلاح وقت الحرب.[٢٨٠]

(٢) أن تكون الذرائع مؤدية إلى مفاسد ممنوعة شرعاً سواء قصد الفاعل أم لم يقصد، أما إن كانت الذرائع مؤدية إلى مصلحة فإن الواجب حينئذ فتحه.[٢٨١]

(٣) أن تكون المفسدة راجحة على المصلحة في العمل، وليست مجرد مفسدة مرجوحة أو موهومة، فإذا زادت المصلحة على المفسدة فلا تمنع، كرشوة الظالم بالمال لمنعه من قتل مسلم، فإنه يعطى؛ لأن حفظ نفس المسلم أعظم مصلحة من إضاعة المال بدفعها للظالم دون وجه حق.[٢٨٢]

(٤) أن لا يعارض العمل بسد الذرائع النصوص الشرعية، كقول المالكية بكراهية صيام الست من شوال؛ لظن الناس إلحاقها بوجوب صيام رمضان، وهذا معارض بنص الحديث، وهو ما جاء وذلك لأن في ذلك ذريعة عن أبي أيوب الأنصاري ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال؛ (من صام رمضان ثم أتبعه ستاً من شوال فكان كصيام الدهر.[٢٨٣]

(٥) أن لا يعارض العمل بالذرائع المقاصد الشرعية، فمن مقاصد الشريعة الإسلامية اليسر ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين. فالمبالغة في سد

---

[٢٨٠]. الشاطبي، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٢/ ص: ٣٤٨.

[٢٨١]. الإمام مالك لأبي زهرة، ص: ٣٦٩.

[٢٨٢]. الإمام مالك لأبي زهرة، ص: ٣٦٩.

[٢٨٣]. أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصويام، بواب اسوتحباب صووم سوتة أيوام مون شووال أتباعا لرمضان (٢/٨٨٢) حديث ١١٦٤.

الذرائع قد تحرم الناس من خيرات كثيرة ومصالح كبيرة، كما أن المبالغة في فتحها قد تؤدي إلى شر مستطير و فساد كبير.[٢٨٤]

(٦) أن لا يعارض العمل بسد الذرائع حاجة ماسة، لذا نجد أن العلماء قرروا أن الأمانات لا تُمنع لظهور الخيانة في الناس أحياناً؛ لأن المفاسد التي تترتب على سدها أكثر من المفاسد التي تدفع بتركها، فلو تركت الولاية على اليتيم سدا للذريعة لأدّى ذلك إلى ضياع اليتامى، و كذلك لو ردت الشهادات سداً لذريعة الكذب لضاعت الحقوق.[٢٨٥]

(٧) أن يتحقق وقوع الذرائع المؤدية إلى المفاسد فعلاً، فلا يكفي النية فيه لعدم وقوعه حقيقة.[٢٨٦]

(٨) أن لا تُنقل الفتوى التي أعملت فيها الذرائع من مكان إلى مكان أو من زمان إلى زمان آخ؛ لإختلاف عادات الناس وتغير أحوالهم. فما يكون إفضاؤه إلى المقصود كثيرا أو غالباً في زمان أو مكان قد يكون إفضاؤه في زمان أو مكان آخر قليلا أو نادرا.[٢٨٧]

٦. الحقائق الهامة في اختلاف الفقهاء

نقلت بيانا مهما عن وجود الإختلافات لدي الأصوليين المجتهدين الذي قاموا في تخريج الأحكام الشرعية من النصوص. والحقائق في ذلك الأمر تؤدي إلينا إلى معرفة حكمتها البالغة. فذكرت في تلك الحقائق قول الأستاذ وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى حيث نص عليه:

---

[٢٨٤]. قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ج: ١ /١٢٨.

[٢٨٥]. فتاوى ابن تيمية: ٤٧/٢٩.

[٢٨٦]. الإمام مالك لأبي زهرة، ص: ٣٧٠.

[٢٨٧]. الفروق للقرافي ٣٢١/١، الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ٣/ ص: ٣.

١. إن الإختلاف في التشريع أمر طبيعي وعادي ولا غبار عليه، ولا يوجد تشريع في الدنيا يخلو من ذلك، سواء أكان التشريع سماوياً أم وضعياً، بل لا يوجد علم من العلوم الإنسانية يخلو منه، فالأدباء مختلفون في الكتابة والنقد، والشعراء مختلفون في قرض الشعر ومواربنه، وعلماء القانون مختلفون في تفسيره ومضمونه وشرحه، والمحاكم مختلفة في تطبيق القانون واللوائح على الرغم من اتباعها نظاماً واحدا، وعلماء التاريخ مختلفون في أحداثه ورواياته، والشخص الواحد يختلف رأيه من حين إلى حين وهكذا الأطباء والمهندسون والخبراء يختلفون في تقييم الموضوع الواحد وتشخيصه والنظر إليه، ولا يزول الإختلاف إلا إذا صار الإنسان آلة مصنعة، ولو لم يختلف الفقهاء لكانوا شواذاً عن البشر.

٢. إن الإختلاف في بقية مصادر التشريع اختلاف في الظاهر غالباً، أو هو اختلاف لفظي أو اصطلاحي، ولا مشاحة في الاصطلاح، وكثيراً ما تكون النتائج متفقة، وينحصر أثر الإختلاف في جزئيات محددة، فلا خلاف في حقيقة الاستحسان بين الحنفية وبين المالكية والشافعية، ولا خلاف في الواقع بين الحنفية والشافعية وبين المالكية في المصالح المرسلة، لأن الشافعية والحنفية كثيراً ما يعللون بالمصالح، ويبنون الأحكام عليها، وكذلك الأمر في العرف والعادة والاستصحاب وسد الذرائع وقول الصحابي وشرع من قبلنا.

٣. إن الإختلاف بين الأئمة يعتمد على أسباب موضوعية وعلمية، أبعد ما يكون عن التشهي والهوى أو الانتصار لذات أو شخص، ولا حاجة للتدليل وإقامة البرهان على ذلك.

الباب الرابــع

بـــحث

أ. ضرورة الإجتهاد الإستصلاحي في الوقائع الجديدة تطويرا لطرق الإستنباط من قواعد المعنوية وتطبيقا لمنهج الإجتهاد منه

وقد كان سبيل معرفة هدي الإسلام، في حياة الرسول الكريم صلوات الله عليه سهلة ميسورة، لأن الناس كانوا بين أحوال ثلاثة؛

١. فإما أن ينزل الوحي يوجههم ابتداءً
٢. إما أن يبادروا بالسؤال، ثم ينتظروا الوحي، أو يفتيهم الصادق الأمين بما له من وظيفة البيان.
٣. وإما أن يقع الأمر منهم ، فيقرهم الوحي عليه، أو يوجههم لسبيل الهدى فيه.

لكن الأمر لم يكن كذلك بعد أن لحق ﷺ بالرفيق الأعلى، وانقطع الوحي فالكتاب الكريم والسنة النبوية وإن كانا يمثلان المنار الهادي، والملجأ الأمين ويتضمان بما فيها من أحكام وأصول ومبادئ ، حلّ كل ما يواجه الناس في حياتهم، من أحداث و وقائع ومشكلات كما جاء في صريح قوله تعالى؛ ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ

لِلْمُسْلِمِينَ..﴿٨٩﴾)[٢٨٨] ، وفي قوله أيضا: (وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ..﴿٤٤﴾)[٢٨٩]، وكما أعلنه ﷺ حين قال (**تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بها: كتاب الله وسنة نبيه**)[٢٩٠]. لم تكن معرفة الأحكام التي فيها معبدة الطريق، ميسرة السبيل دائما، ولذلك واجه الصحابة رضوان الله عليهم بعد انتقاله ﷺ إلى الرفيق الأعلى، مهمة شاقة، وأمراً عظيماً، خصوصاً حين اتسعت الفتوحات الإسلامية، وامتد نفود المسلمين إلى ما وراء الجريرة، وبسطوا سلطانهم على مصر، والشام، وفارس، والعراق، فقد وجدوا أنفسهم أمام حوادث، ووقائع، لا عهد لهم بها من قبل، فلكل بلد أخلاقه، وعاداته، ونظمه، في معاملاته وسائر مرافق حياته. ولذلك قاموا - بما من الله عليهم به من صحبة نبيه الكريم، ومن معرفة الظروف والمناسبات التي نزل فيها الوحي، وبما كانوا عليه من فطرة سليمة، وعقول راجحة، وقلوب طاهرة نقية، ودربة على الاجتهاد، مهدها لهم رسول الله - قاموا بحل القضايا التي واجهتهم والمشاكل التي صادفتهم، وكان طريقهم في ذلك تطبيق النص حين يجدونه واضحاً أو الاجتهاد في فهمه لمعرفة مدلوله حين يكون فيه بعض خفاء أو النظر فيما يقرره من أصول كلية ومبادئ عامة.

---

[٢٨٨]. سورة النحل (١٦): ٨٩.

[٢٨٩]. سورة النحل (١٦): ٤٤.

[٢٩٠]. أخرجه الحاكم في المستدرك. انظر (جامع بيان العلم وفصله، ج: ٢/ ص: ١٨٠).

وإذا علمنا أن الوقائع التي ورد بشأنها نص صريح، قليلة ومحدودة وأن الوقائع الأخرى التي يستدل على حكمها من خلال النصوص أو بالقياس على ما وردت بشأنه النصوص أو بالنظر فيها على ضوء المبادئ العامة، والقواعد الكلية التي قررتها، وانتشرت في كليات الشريعة وجرئياتها كثيرة وغير محدودة، تبين لنا خطورة مهمة الاجتهاد وجلالة شأنها.

وبالنظر إلى مكانة الاجتهاد هذه، وخطورتها في بيان أحكام الشريعة، وإلى أن موضوع (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع) يدخل ضمن إطاره عموماً، وضمن الاجتهاد بالرأي خصوصاً.

وبعد ذلك أردت أن أبين في هذا الموضوع، بالحديث عن الاجتهاد أولاً، وعن الرأي ثانياً ، وعن أهم مظاهر الاجتهاد بالرأي ثالثاً، ليكون القارئ على بينة من مكان (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع) بين مصادر الشريعة وأصولها.

فالإجتهاد كما يعرف اصطلاحاً؛

"استفراغ الفقيه وسعه، في استنباط الأحكام الشرعية من شواهدها الدالة عليها، بالنظر المؤدي إليها".

وبهذا التعريف يقرر أموراً أربعة لا تخرج عنها تعاريف العلماء،

١. استفراغ الوسع ، وبذل الطاقة والجهد ،

٢. من الفقيه الذي يملك أهليته،
٣. في طلب حكم شرعي،
٤. بوسائله المعتبرة

فالأمر الأول: يخرج من الاجتهاد العمل مع التقصير، وذلك حين يحس المجتهد بأن في طاقته أن يعمل أكثر وأكثر.

والثاني: يخرج اجتهاد من لم يبلغ درجة الفقيه

والثالث: يخرج الاجتهاد لتحصيل حكم لغوي، أو عقلي، أو حسي

والرابع: يخرج العمل بغير الوسائل، والطرق الممهدة للاجتهاد والاستدلال بغير الأمارات والشواهد المعتبرة، في الدلالة على الأحكام.[٢٩١]

بعد بيان قليلا من معنى الإجتهاد، سأعقب ببيان محل الإجتهاد على حسب مقتضى هذا المقام من بيان ضرورة الإجتهاد في الواقعة الحديثة.

الوقائع التي تواجه المجتهد، بين حالين؛ فإما أن يجد فيها نصاً، أو لا يجد فيها نصا. وفي **الحالة الأولى** - أ. إما أن يكون النص قطعي الدلالة والثبوت، ب. أو ظني الدلالة، قطعي الثبوت، جـ. أو العكس، د. أو ظني الدلالة والثبوت.

أما الأولى؛ وهي الواقعة التي يوجد فيها نصٌّ قطعي الدلالة والثبوت، فمثله نصيب الزوج من زوجته المتوفاة عن غير ولد، في قوله تعالى؛ (**وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ**

---

[٢٩١]. راجع هذه التعريفات في؛ ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج: ٨/ ص: ١٣٣، أبي زهرة، **أصول الفقه**، ص: ٣٦٥، على حسب الله، **أصول التشريع الإسلامي**، ص: ٦٥، الدواليبي، **المدخل لأصول الفقه**، ص: ٣٤، وغير ذلك.

يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ..﴿١٢﴾) ومثله أيضا حد الزابي والزانية في قوله تعالى: (ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ..﴿٢﴾)

فالواجب في هذه الحالة أن يطبق ما يدل عليه النص بغير اجتهاد لأن لفظ النصف في الأول ولفظ المائة في الثاني لا يحتمل كل منها إلا مدلولاً واحداً. ولأن كلا منها قطعي الثبوت. وهكذا الأمر في كل آيات الأحكام التي تدل على المراد منها دلالة واضحة ولا تحتمل إلا معنى واحداً، تطبق على الوقائع الخاصة بها دون اجتهاد إطلاقاً كافتراض الصوم، والصلاة، والركاة، والحج، وحل البيع، وحرمة الربا، وكذا كل ماله في الكتاب نصاب مقدر، أو عدد معين.

ويلحق بهذا الوقائع التي ورد بشأنها نصوص قرآنية مجملة، ثم بينت يقاطع في ثبوته ودلالته كالصلاة في قوله تعالى؛ (**وأقيوا الصلاة**)[٢٩٢] لم يحدد مواقيتها ولا عدد ركعاتها، وإنما استفيد ذلك من الفعل المتواتر، والإجماع، والتحق بالقطعي الدلالة في عدم جواز الاجتهاد فيه.

والسنة المتواترة البينة في الدلالة، كالنصوص القرآنية الواضحة في الدلالة، لا يدخل فيها الاجتهاد، وكذلك الحكم الثابت بالإجماع، والمنقول إلينا بالتواتر، كبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وكتوريث الجدات السدس.

فكل واقعة لها حكم ثابت بالقرآن، القطعي الدلالة، أو بالسنة المتواترة التي تدل على أحكامها دلالة قاطعة، أو بالإجماع المنقول إلينا بالتواتر لا يجوز الحكم عليها ولا الفتيا فيها بما يخالف أحكامها الثابتة، لأنها واجبة الإتباع على كل مسلم.

وأما الثانية؛ فهي الواقعة التي نجد فيها نصًا قطعي الثبوت ظنيّ الدلالة، كعدة المطلقة في قوله تعالى؛ (**وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ..﴿٢٢٨﴾**)[٢٩٣] لأن لفظ القرء في لغة العرب لفظ مشترك بين معنيين فهو يطلق لغة على الطهر ويطلق أيضاً على المحيض، فيحتمل أن يراد من النص، ثلاثة أطهار، ويحتمل أن يراد ثلاث حيضات. ولذلك كانت دلالته ظنية غير قاطعة. وعلى المجتهد أن يبذل جهده لترجيح أحد المعنيين على الآخر، بما يتوافر لديه من أدلة.

---

[٢٩٢]. ورد هذا الأمر في آيات كثيرة/ أولها في البقرة (٢): ٤٣، وآخرها في المزّمّل (٧٣): ٢٠.

[٢٩٣]. سورة البقرة (٢): ٢٢٨.

فكل نص قطعي الثبوت ظني الدلالة، إنما يتناوله الاجتهاد في الإطار المظنون فقط، وفي حدود تفهم النص دون الخروج عن دائرته، وفي هذا المعنى نصوص القرآن والسنة المتواترة التي تتضمن لفظاً خفيًا، أو مشكلاً، أو مجملاً.

وأما الثالثة: فهي الواقعة التي نجد فيها نصاً، ظني الثبوت قطعي الدلالة، كعدد التكبيرات في صلاة العيد، المنصوص عليها، بحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده (أن النبي ﷺ كبر في عيد ثنتي عشرة تكبيرة، سبعاً في الأولى، وخمساً في الآخرة، ولم يصل قبلها ولا بعدها).[٢٩٤] والنص يدل دلالة قطعية على أن عدد التكبيرات سبع في الركعة الأولى، وخمس في الثانية. وأقوال العلماء في عددها ومحلها عشرة،[٢٩٥] ومنشأ الخلاف تعارض الأخبار، والآثا ، في عدد التكبيرات، وكل منها لم يصل في ثبوته إلى درجة القطع، حتى يرد ما عداه، والجميع مظنون في حجيته، وقد أخذ كل فريق بالعدد الّي صح عنده دليله.

وفي هذه الواقعة وأمثالها يتدخل المجتهد ليبحث في سد الدليل الظني الذي بين يديه، وطريق وصوله إليه، ودرجة رواته، من العدالة، والضبط، والثقة. فإذا اطمأن إلى كل ذلك أو تأيد بأدلة أخرى، أخد بما دل عليه دلالة قطعية ورد به ما يخالفه، وإلا قدم عليه ما هو أقوى منه سنداً، وثبوتاً.

وفي هذا المعنى؛ كل الأدلة، والأخبار، والآثار، من سنة الأحاد، التي تدل على أحكامها دلالة قطعية.

وأما الرابعة: فهي الواقعة التي نجد فيها نصا، ظني الثبوت والدلالة، كدلالة حديث عبادة بن الصامت، ﷺ (أن النبي ﷺ قال: لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)، فهل قراءتها بعينها هي الواجب ؟ **أما أنه ظني الثبوت**، فلأنه حديث آحاد، لم يبلغ درجة التواتر، وأما أنه ظني الدلالة، فلأن النفي فيه قد يتوجه إلى الدات أو إلى الصحة أو إلى الكمال، ويلزم من نفي الذات والصحة فرضية قراءة الفاتحة عيناً، وهو مذهب مالك، والشافعي، وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين. لكن الحنفية مع قولهم بتوجه النفي إلى الصحة، قالوا بالوجوب ، وهو عندهم دون الفرضية، لأن الفرض عندهم لا يثبت إلا بقطعي والخبر ظني لا ينسخ صحة الصلاة بقراءة ماتيسر، لأنها ثابتة بقطع وهو قوله تعالى؛ (**فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ**

---

[٢٩٤]. رواه ابن ماجه.

[٢٩٥]. انظر أقوال العلماء العشرة في **نيل الأوطار للشوكاني** (٣/ ٣٦٧)، و **بدائع الصنائع للكاساني** (١/ ٢٧٧)

ٱلْقُرْءَانِۚ...﴿٢٠﴾).[٢٩٦] وكذلك كل الوقائع التي ورد فيها نصوص، ظنية في دلالتها وفي ثبوتها، يتوجه الاجتهاد فيها إلى الناحيتين معا: الثبوت والدلالة.

وأما الحالة الثانية؛ فهي الوقائع التي لم يرد فيها نصوص ظنية ولا قطعية، ولم يقع على حكم بشأنه إجماع من علماء الأمة في عصر من العصور

وهي كثيرة، تستجد وتتوالد بمرور الأيام واختلاف البيئات والأحوال، وبتعقد العلاقات بين الناس، بل هي في كثرتها وتنوعها وتعددها، تفوق الوقائع التي ورد بشأنها نص أو إجماع **هي مجال خصب وميدان فسيح لعمل المجتهد**، ولا يجوز بحال أن يقف منها مكتوف اليدين، بل لابد من بيان موقف الدين منها وحكم الشارع عليها بمقتضى خلود الشريعة وعموم الرسالة وفاءً بحاجة الناس في مختلف العصور، وعلى مر الأزمان. يجب على المجتهدين أن يبحثوا عن حكمها بالأدلة العقلية التي أقرها الشرع، كالقياس، والاستحسان، والاستصلاح، والمصالح المرسلة، والاستصحاب، والعرف، وغيره من أدلة الأحكام ومصادر التشريع المختلف فيها، وكلها ندخل في باب الاجتهاد، وتكون محلاً للاجتهاد، ومجالاً للمجتهد، وهذا باب واسع جداً.[٢٩٧]

وهنا تختلف المذاهب، وتتنوع الوسائل باختلاف المسالك والطاقات، وتنوع الوقائع، وما يحيط بها من ظروف وأحوال وملابسات.

وإذا جاز الخلاف هنا تبعاً للإختلاف في الاستعدادات والوسائل، فإن هذا لا يعني أن يطلق للمجتهد العنان يحكم بالهوى أو بالتشهي. ولذلك وضع المجتهدون لأنفسهم أصولاً وقواعد، استنبطوها من الشريعة جملة وتفصيلاً وقيدوها بشروط، ثم حدوها بحدود يلتزمها المجتهد ولا يخرج عنها.

---

[٢٩٦]. سورة المزمل (٧٣): ٢٠.

[٢٩٧]. مصطفى إبراهيم السلمي، **دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي؛ دراسة تحقيقية**، (-: نشر الإحسان، ط: ١/ ٢٠١٤)، ص: ٣٢٣-٣٢٤، مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ص: ، زيدان، **الوجيز**، ص: ، وهبة الزحيلي، **أصول الفقه**، ص:

الاجتهاد في جميع صوره يقوم على الرأي؛

الاجتهاد في كل مجالاته سواء أكان في النص لتحديد نطاقه وما يدخل فيه وما يخرج عنه أم في غير النص حيث يستفرغ المجتهد وسعه ليلحق مالم ينص عليه بحكم ما نص عليه أو ليطبق الأصول والقواعد الكلية التي استنبطها من الشريعة جملة، إنما يقوم على عنصر شخصي يتعلق بالمجتهد نفسه، وهو الرأي.

ورأي المجتهد قطب مهم في الاجتهاد ، وآثاره واضحة لا تنكر في جميع الأحكام الاجتهادية وفي اتجاهاتها المتعددة. ولو كانت الآراء واحدة، والأفهام، والاستعدادات، متساوية، لما تجمعت لدينا كل هذه الثروة التشريعية العظيمة التي تعد من أجلّ مفاخرنا، ولما تفرعت لصياغتها عقول جبارة، خلال أجيال متعددة من صدر الإسلام إلى القرون الذهبية للاجتهاد بعده.

وإذا كان الاجتهاد في كل صوره يقوم على الرأي، فهل كل اجتهاد يسمى اجتهاداً بالرأي، أو أن للاجتهاد بالرأي معنى أخص من عموم معنى الاجتهاد؟

فالرأي لغة معناه ما اعتقده الإنسان من رأى الشيء رؤية ورأيا، يقال رأى في الأمر رأيا: ذهب إليه واعتقده.[٢٩٨] أما في الإصطلاح فيطلق على معنيين؛

الأول؛ الحكم في دين الله بما لم يشهد له النصوص بالقبول، أو التفكير بغير الطرائق التي مهّدها الشارع للإستنباط، أو اتباع الهوى. وعلى هذا المعنى ورد النهي والتحذير على لسان رسول الله ﷺ ولسان صحابته رضي الله عنهم أجمعين وفي أقوال العلماء المحققين.[٢٩٩]

الثاني؛ الإجتهاد في طلب الحكم بما عدا القرآن والسنة والإجماع من الأدلة. وهو ما كان يردّه ابن حزم وشيعته من الظاهرية،[٣٠٠] وقد ثبت اعتباره في السنة وعمل الصحابة ﷺ.

هنا رأيت بأنا نستبعدنا المعنى الأول وهو ما أخرجه علماء الأمة من جملة العلم لأنه ضلال يقوم على الهوى المجرد، فلا تصح تسميته **اجتهادا بالرأي**، أصبح المعنى الثاني هو المجال الحقيقي لما يسمّى بالإجتهاد بالرأي.

ومما يؤكد هذا ويلقي الضوء عليه؛

حديث معاذ بن جبل ﷺ لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن وقال له: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله.؟ قال فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله.؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو،

---

[٢٩٨]. القاموس، المصباح.

[٢٩٩]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ١/ ص: ٥٣، ٥٦، ٦١، ابن حزم، **الإحكام**، ج: ٦/ ص: ٤٢.

[٣٠٠]. ابن حزم، **الإحكام**، ج: ٥/ ص: ١٢٩، ٦/ ١٦. بل هو لا يقبل الإجماع إلا ما كان أصله في الكتاب أو السنة، أما ما يكون عن اجتهاد فلا. انظر الإحكام (٤/ ٤٩٥).

قال: فضرب رسول الله ﷺ صدري[٣٠١] وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله.[٣٠٢]

وقول عمر ﷺ لشريح عندما ولاه قضاءً في الكوفة، فقال: (انظر ما يتبين لك في كتاب الله، فلا تسأل عنه أحداً، ومالم يتبين لك في كتاب الله، فاتبع فيه سنة رسول الله ﷺ، وما لم تتبين لك فيه السنة فاجتهد فيه رأيك.[٣٠٣]

ففي هذين النصين نلتقي فكرة واحدة تؤكد ما انتهيت إليه، وهي أن حدّ الإجتهاد بالرأي يبدأ حيث لا يجد المجتهد حكم الواقعة التي يبحثها في نصوص الكتاب ولا في نصوص السنة أو الإجماع. ومعنى ذلك أنه لا بد للمجتهد في الحادثة الجديدة التي لا نص عليها من أن يعتمد في الحكم فيها على أصل شرعي تلحق به من كتاب أو سنة أو اجماع، وكل حكم لا يعتمد على شيء من ذلك فهو حكم بالهوى وقول بغير علم. وفي ذلك قد بين لنا أن الإجتهاد بالرأي مصدر من مصادر التشريع الإسلامي. وسمي هذا الرأي الذي يعتمد على أصل شرعي بالقياس؛ وألحق به الاحناف الاستحسان؛ كما ألحق به المالكية والحنبلية الاستصلاح. ثم سأبين بأن الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع من الإجتهاد بالرأي المذكور.

---

[٣٠١]. هذا اللفظ في **إعلام الموقعين**، واللفظ في كتاب **إرشاد الفحول** (صدره)، وآثرت الرواية الأولى، لأن الكلام لمعاذ نقسه.

[٣٠٢]. ووجدت في **الإحكام** (٣٥/٦)، أن ابن حزم رد هذا الحديث، لكن تلقاه سائر علماء الأمة بالقبول. انظر ما قاله الشوكاني فيه في **إرشاد الفحول** (٢٠٢)، وما قاله ابن القيم في **إعلام الموقعين** (١/ ٢٠٢). وما بعدها دفاعا عنه.

[٣٠٣]. الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج: ١/ ص: ٦٣.

عرفنا أن مجال الاجتهاد بالرأي حيث لا نص من كتاب أو سنة أو إجماع، فإذا وجد النص القطعي تمسك به المجتهد واعتمد عليه في الاستدلال، ولا يجوز له أن يغادره إلى رأي يراه، وإن وجد النص الظني قدمه أيضاً على الرأي إن لم يكن في الباب ما يدفعه من نص آخر، أو أثر، أو قول صحابي، أو إجماع على خلافه، وإن لم يوجد النص، لجأ المجتهد إلى أدلة الاجتهاد بالرأي، ليظهر حكم الشارع فيما نزل من وقائع.

الاجتهاد عن طريق الرأي الذي لا يعتمد على نص خاص، وإنما على روح الشريعة ومقاصدها المبثوثة في جميع نصوصها معلنة أن غاية الشرع إنها هي المصلحة، وحينها وجدت المصلحة فثم شرعا الله فهو طريقة في الاجتهاد عظيمة الخطر جليلة الأثر، ولا يجوز أن نمر بها دون أن نشير إلى مكانها في نفوس تلامذة النبي وخلفائه من بعده . كطريقة لفهم الإسلام ، والتفقه في ما أتى به من أحكام.

إن هذا النوع من الاجتهاد هو الطريقة التي شملت فيها بعد جميع المسائل التي عرفت أخيراً بالمصالح المرسلة عند المالكية وبعض مسائل الاستحسان عند الحنفية.

فالمصالح المرسلة هي المصالح التي جاء الشرع باعتبارها وبحمايتها بصورة مرسلة أي مطلقة دون أن تكون حمايتها مقيدة بورود نص خاص فيها، وإنها العمدة في اعتبارها على ما جاء في الشريعة من أصول عامة وقواعد كلية من شأنها أن تعتبر تلك المصالح وان تحميها.

وأما الاستحسان فهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول. وذلك حماية للمصالح التي جاء الشرع باعتبارها وتحقيقاً لغاية الشرع وهي المصلحة.[٣٠٤]

وقد اختلفت مناهج المجتهدين،[٣٠٥] في بيان حكم الله تعالى فيما لم يرد فيه نص بخصوصه، تبعاً لناحيتين؛

الأولى؛ طبيعة الواقعة المسكوت عنها، والوسيلة التي يعتمد عليها في بيان حكمها
والثانية؛ تقدير الواقعة، ومكانها بين المصالح والمفاسد.

فالمجتهد، إزاء الناحية الأولى يستفرغ وسعه ليجعل المسكوت عنه داخلاً في إطار المنطوق بالإلحاق تارة، وبتطبيق الأصول العامة والقواعد الكلية تارة أخرى، ولكل منها شروط ووسائل تختلف باختلاف الأنظار والأفهام والاتجاهات.

وفي إزاء الناحية الثانية يستفرغ وسعه ليصل إلى الحكم الذي يحقق المصلحة التي هي غاية الشرع، فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، وتحديد الطرق المؤدية إليها، والأخرى المؤدية إلى المفسدة. فيه مجال كبير للاختلاف أيضاً.

---

[٣٠٤]. الدوالبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، ص: ٩٤-٩٥.

[٣٠٥]. سبق بيان هذا في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

وتبعاً لهاتين الناحيتين نجد من المجتهدين مَنْ ضيق الأمر وألزم نفسه رَجْعَ كل الوقائع إلى النصوص على أساس إنكاره وجود وقائع سكت الشارع عنها، فلم يخل مذهبه من التعسف في كثير من المواطن، وهم الظاهرية.[٣٠٦]

وفي غيره نجد المجتهدين أيضاً مَنْ أخذ بمبدأ الاجتهاد بالرأي، وأجاز لنفسه الحكم بناءً على أدلة الرأي بعد تسليمه بوجود مالم يرد فيه نص بخصوصه. وعليه ذهب جمهور الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة المجتهدين، وعلى هذا ترجع الأدلة عندهم إلى النص أو إلى الرأي، وإذا اتفق هؤلاء على أن الكتاب والسنة والإجماع من الاستدلال بالنص، وأن القياس من الاستدلال بالرأي فإنهم اختلفوا فيها عدا ذلك، هل هو دليل مستقل أو قاعدة ترجع إلى واحد من الأدلة السابقة؟.

---

[٣٠٦]. يقول ابن حزم؛ (أحكام الشريعة كلها متيقن أن الله تعالى قد بينها بلا خلاف، ومن قال: إن الله تعالى ورسوله عليه السلام لم يبين لنا الشريعة التي أرادها الله تعالى منا وألزمنا إياها، فلا خلاف في أنه كافر. فأحكام الشريعة كلها مضمونة الوجود، لعامة العلماء، وإن تعذر وجود بعضها على بعض الناس. فمحال ممتنع أن يتعذر وجوده على كلهم، لأن الله تعالى لا يكلفنا ماليس في وسعنا، وما تعذر وجوده على الكل فلم يكلفنا الله تعالى إياه) انظر **الإحكام** (٨/ ١٣٣) ويقول أيضا: (**وإذ قد انحصرت وجوه الاجتهاد إلى ما قد أوضحنا براهينه من القرآن أو الخبر المسند بنقل الثقات إلى النبي ﷺ، إما نصاً على الاسم، وإما دليلاً من النص لا يحتمل إلا معنى واحداً، سقط كل ما عداها من الوجوه**) الإحكام (٨/ ١٣٥-١٣٦)، ويقول: (هذا الدين الذي كلفنا به ربنا، ولم يجعل لنا مخلصاً من النار إلا باتباعه، مبين كله في القرآن وسنة رسوله ﷺ، وإجماع الأمة. فلا يحل لأحد أن يفتي ولا أن يقضي ولا أن يعمل في الدين إلا بنص القرآن أو بنص حكم صحيح عن رسول الله ﷺ، أو إجماع متيقن من أولي الأمر منا، ولا خلاف فيه من أحد منهم).

وبعد هذا سأبين علاقة الإستدلال بالأدلة الشرعية.

فالاستدلال وهو لغة: طلب الدليل، والطريق المرشد إلى المطلوب حسيا كان أو معنوياً. وفي الإصطلاح يطلق على واحد من الأمور التالية؛

١. العمل بالمصلحة المرسلة، فهو يرادف كلمة الاستصلاح وقد استعمله بهذا المعنى إمام الحرمين في البرهان.
٢. محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة، وفيه بهذا المعنى قاعدتان؛ **الأولى**: قاعدة التلازم، وضابط الملزوم أن يحسن إيراده بعد (لو)، وضابط اللازم أن يحسن إيراده بعد (اللام)، كقوله تعالى؛ (**لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدتا** ﴿٢٢﴾)، **والثانية**: قاعدة الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع.
٣. نوع خاص من الأدلة، وهو ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس. ومما ذكروه من أنواعه بهذا المعنى: التلازم ، واستصحاب الحال، وشرع من قبلنا، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع.[٣٠٧]
٤. طلب الدليل الشرعي للتوصل بالنظر الصحيح فيه إلى الحكم الشرعي، سواء أكان الدليل من النصوص، أم من غير النصوص، فهو يرادف بهذا المعنى الاجتهاد.[٣٠٨]

وإذا نظرنا ونلاحظ في هذه الاستعمالات أن الاستدلال ليس دليلاً خاصاً مستقلاً عن باقي أدلة الشرع، فهو؛

إما أن يكون اسماً لنوع واحد أو لعدد من الأدلة،
أو بياناً لكيفية الاستدلال بواحد من الأدلة
أو استخداماً لقاعدة منطقية متعلقة بدليل شرعي

---

[٣٠٧]. الشوكاني، **إرشاد الفحول**، ص: ٢٣٦، الآمدي، **الإحكام**، ج: ٤/ ص: ١٦١.

[٣٠٨]. هذا موافق للتعريف من الأستاذ عبد الوهاب خلاف.

فإن تعلق بواحد من أدلة الرأي، كالقياس مثلاً، كان مظهراً من مظاهر الاجتهاد فيه، وإلا فلا.

ومن ذلك قول الصحابي، وهو في الواقع متردد بين أمرين: إما أن يكون في **أمر تعبدي**، لا مجال للرأي فيه، فهو في هذه الحالة يلحق بالنص كالسنة. وإما أن يكون **مبنيا على اجتهاد**، وبالنظر فيه لابد أن يرجع بالضرورة إلى واحد من الأدلة المعروفة، فإن تعلق بدليل نقلي، ألحق به، وإلا كان اجتهاداً بالرأي.

ومن ذلك الاستحسان ومعناه لغة: عد الشيء حسناً، فمعنى قول : استحست كذا، اعتقدته حسناً، ضد الاستقباح. وفي الإصطلاح: هو العدول عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.

وأن صور الاستحسان إما أن ترجع إلى النصوص والإجماع، فهي مؤيدة بأدلة النقل، فلا يكون الاستحسان فيها من أدلة الرأي.

وإما أن ترجع إلى القياس ورعاية المصلحة، فهي مؤيدة بأدلة الرأي، ويكون الإستحسان فيها مظهراً تبعيا من مظاهر الاجتهاد بالرأي.

ومن ذلك سد الذرائع: وهو موضوع البحث، وسيتبين أنه في معناه الاصطلاحي الخاص ، مظهر ولا شك من مظاهر الاجتهاد بالرأي، لكنه ليس مستقلاً عن غيره.

ويتبين لدي من هذا العرض، أن ماذكره العلماء من الأدلة إما راجع إلى النقل، وأدلته: الكتاب والسنة والإجماع، أو إلى المظهرين الأساسيين للاجتهاد بالرأي، وهما القياس، والاستصلاح.

ب. الإجتهاد الإستصلاحي وارتبط الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة له

الإجتهاد الإستصلاحي في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأي المبني على المصلحة، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها ولم يكن لها في الشريعة أمثال تقاس عليها، وإنما بني الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة، وعلى ذلك أن كل مسألة خرجت عن المصلحة فليست من الشريعة بشيء، وإنه حيثما وجدت المصلحة فثمّ وجه الله.

فيفهم من ذلك أن الإجتهاد الإستصلاحي يربط بالأدلة كالإستحسان وسد الذريعة وغيره الذي هو طريقة من طرق الإجتهاد الإستصلاحي بمحل الإجتهاد أو بما يسمى بمجالات الإجتهاد. فقد ذكر بأن الإجتهاد الإستصلاحي هو نوع الحكم بالرأي في كل حادثة أو واقعة لم يرد فيها نص من نصوص شرعية على حكمها ثم لم يكن لها في الشريعة أمثال تقاس عليها.

فالإجتهاد الإستصلاحي متضمن طريقة من طرق الإجتهاد، فكل هذه طرق الإجتهاد مرتبطة بالمصلحة مع ضوابطها وشروطها. بناء على هذا، سأبين عن الإرتباط والعلاقة بين الطرق من هذا الإجتهاد وبين المصلحة. وأقمت ببيان بأن هذا الأدلة استنادها إلى المصلحة.

١. الإستحسان واستناده للمصلحة

حقيقة الاستحسان وأنواعه كما بين عليها الأصوليون ثم إنه عمل بدليل شرعي وليس تشريعاً بالهوى والتشهي، ثم إنه قد يكون استحساناً بالنص، أو بالإجماع أو بالقياس الخفي، أو بالضرورة، أو بالمصلحة، أو بالعرف. وخلاصة كل ذلك أنه طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم أو مبالغة فيه، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة، بناء على دليل خاص في الحالتين.

والواقع أن كل أنواع الاستحسان ما عدا استحسان النص هي في الحقيقة استحسان بالمصلحة؛ لأن الاستحسان بالضرورة من أجل المصلحة، والمصلحة المعتبرة إما ضرورية أو حاجية عامة، والاسحسان بالعرف يرجع في الواقع إلى مصلحة حاجية عامة ، والاستحسان بالإجماع مستند إلى رعاية المصالح الضرورية أو الحاجية العامة؛ إذ أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورية، والاستحسان بالقياس الخفي هو

استثناء من عموم قاعدة أو نص أو أصل كلي عام مستفاد من صيغة لفظ لموجب قوي التأثير محقق لمصلحة في الواقع أو لدفع حرج ورفع مشقة شديدة.

وهذا يرشد إلى أن الاستحسان الحنفي كالاستحسان المالكي ليس قولاً بالرأي أو تشريعاً بالهوى والتشهي، أو مجرد الذوق وموافقة الطبع، وإنما هو ترك قاعدة عامة أو قياس لعدم تحقق مناط القاعدة أو علة القياس في القضية الطارئة، وذلك بأدلة شرعية لا منازعة فيها.

وسند الاستحسان في الواقع هو رعاية المصالح التي شهدت لها نصوص الشريعة سواء أكانت هذه الشهادة بنص معين، أم بمعقول نص معين أم بمعقول جملة نصوص متفقة على معنى واحد.[٣٠٩]

يتضح مما تقدم أن النسبة بين الإستحسان والإستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص؛ فالإستصلاح أعمّ، والإستحسان هو وجه من الإستصلاح. وليس كل ما

[٣٠٩]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٨٠.

بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعتبر استحسانا، لأنه ربما لا يخالف قاعدة قياسية، والإستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية.[٣١٠]

٢. سد الذريعة واستناده للمصلحة

بيان علاقة قاعدة الذرائع بالمصلحة المرسلة؛ إن بين الذرائع والمصلحة المرسلة تشابها في المبدأ؛ وهو أن كلا منهما مصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة في الجملة بغير دليل معين وغايتهما واحدة وهي حماية المصالح العامة ودفع المفاسد العامة.

فالمصلحة المرسلة كما أبنت: هي مصلحة لم يشهد لعينها نص معين، وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص. وقاعدة الذرائع تعني أن الفعل المشروع لمصلحة معينة، يمنع منه إذا ترتب على تحصيل تلك المصلحة مفسدة مساوية أو تزيد، وهنا يحكم الفقيه على الفعل بالمنع سدا للذرية وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة، بمعنى أنه ليس هناك نص يشهد للمصلحة القاضية بالمنع من الفعل في هذه الحالة، وإنما المنع من الفعل الجائر إذا كان

---

[٣١٠]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها**، (دمشق: دار القلم، ط: ١/ ١٩٨٨)، ص: ٥٨.

ذريعة إلى مفسدة يرجع إلى أصل قطعي، ومصلحة كلية شهدت لها نصوص الشريعة في الجملة بغير دليل معين.[٣١١]

قال أبو زهرة رحمه الله؛

"والنظر في هذا الأصل (الذرائع) ينتهي بنا إلى أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق (المصلحة المرسلة): وهو جلب المصالح ودفع المفاسد ما أمكن الدفع والجلب. فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان، فكل ما يؤدى إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلي وهو الطلب للمصلحة، والمنع من الفساد والأذى وأن المقصود بالمصلحة: النفع العام، وبالفساد ما ينزل الأذى بعدد كبير من الناس".[٣١٢]

والأحكام كما سبق ذكره قسمين وسائل ومقاصد، والمقاصد هي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، أما وسائل هي الطرق المفضية إليها والذرائع من قبيل الثاني، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل.

أصل سد الذرائع يؤكد أصل المصالح، ويوثقه ويشد أزره، لأنه يمنع الأسباب والوسائل المفضية إلى المفاسد، وهذا وجه أكيد من وجوه المصلحة. فهو إذن متمم لأصل المصلحة ومكمل له، بل وقد تعتبر بعض صور سد الذرائع من صور المصالح

---

[٣١١]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٩٧.

[٣١٢]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٩٨.

المرسلة. ولهذا نرى من أخذ بمبدأ المصلحة، وحمل لواءه وهم المالكية ومن تابعهم أخذوا أيضاً بالذرائع. فقالوا بسدها إذا أدت إلى مفسدة، ويفتحها إذا أدت إلى مصلحة راجحة ولو كانت الوسيلة بذاتها محرمة.[٣١٣]

٣. المذاهب والاستصلاح

رأيت الأئمة المجتهدين في مناهجهم من الإستنباط مع إختلافهم فيها كما حصل على هذا القول بيانه سابقا حتى إنتهيت إلى الموقف النهائي بأنهم متفقون في الأخذ لتشريع الأحكام بالإستدلال بالإستحسان والمصلحة الملرسلة وسد الذريعة في الجملة مع وجود خلافهم فيها خلافا معنويا لا خلافا حقيقيا. وبعد وقفت في هذا الموقف النهائي كنت أحاول للجمع بين آرائهم في تلك الأدلة بمراعاة شروطها والعمل عليها بضوابط مقررة.

وبعد ذلك كنت رأيت على تلك الأدلة بأنها راجعة إلى الإستصلاح باعتبار منهج الإجتهاد في طريقة الإستنباط للأحكام من ناحية قواعد معنوية أو تسمى بالقواعد التشريعية وفق مقاصد الشريعة. لأن الأحكام الشرعية المخرجة من تلك الأدلة كلها مبنية على المصلحة كما بينت استناد كل منها إلى المصلحة أو الإستصلاح.

---

[٣١٣]. زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص: ٢٥٠.

ويؤيد هذا رأيي بما قال الأستاذ معروف الدوالبي في كتابه المدخل إلى علم أصول الفقه، حيث يقول؛

"الأحناف لقولهم بالاستحسان يقولون بالاستصلاح؛ فانهم إن لم ينقل عنهم القول بالاستصلاح فقد قالوا بالاستحسان؛ والاستحسان كما عرفنا من قبل هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها والخروج عن القواعد العامة إلى الاستثناء لوجه أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة.

"فالأحناف إذن، إذا أخذوا بالاستحسان فقد قالوا بالخروج عن النظائر وعن القواعد العامة لضرورة المصلحة ومن قال بذلك فقد قال من باب أولى بالأخذ بالمصلحة المرسلة إذا لم يكن هناك نظائر تعارضها".[٣١٤]

"والمالكية ثم الحنابلة يأخذون بالاستصلاح ولا يتقيدون بالقياس ولا بشيء من الأوصاف. فالقواعد العامة للأخذ بالمصالح المرسلة عند المالكية والحنابلة؛ أما المالكية فانهم لم يقيدوا أنفسهم بالقياس للأخذ بالمصالح كما فعل الشافعية ولا بشيء من الأوصاف. ونحا الحنابلة منحى المالكية رغم أنهم عدوا المصالح ضرباً من ضروب القياس.

"وبناء على هذين المذهبين المالكي والحنبلي فإن الفقيه يستطيع أن يحكم؛ **الأول:** أن كل عمل فيه مصلحة لا ضرر فيها أو كان النفع فيه أكبر من الضرر فهو مطلوب من غير أن يحتاج إلى شاهد خاص لهذا النوع من النفع. **والثاني:** أن كل أمر فيه ضرر ولا مصلحة فيه، أو إثمه أكبر من نفعه، فهو منهي عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص".

" ولا شك أن الأخذ بهذا المنهاج الذي سلكه فقهاء المالكية والحنابلة يجعل الشريعة الإسلامية خصبة مثرية منتجة مشيعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان".[٣١٥]

" والشافعية يقيدون أنفسهم بالقياس للأخذ بالمصلحة ويرفضون الاستصلاح. لقد ضيق الشافعية على أنفسهم من جهة ولم يعتبروا المصلحة ما لم يأت بها النص، أو تحمل على النص بالقياس غير انهم وسعوا على أنفسهم من جهة ثانية واعتبروا كل

---

[٣١٤]. مُحَمَّد معروف الدواليبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، (القاهرة: دار الشواف، ط: ٦/ ١٩٩٥)، ص: ٢٦٣.

[٣١٥]. معروف الدواليبي، **المدخل**، ص: ٢٦٢-٢٦٣.

مصلحة لم يأت بها النص، ولكن شهد الشرع باعتبارها راجعة إلى القياس. وبذلك وسعوا دائرة القياس، وأدخلوا كثيراً من مسائل الاستحسان والاستصلاح في مسائل القياس وسموها قياساً. ولذلك رفضوا الاستصلاح والأخذ بالمصالح المرسلة كما رفضوا الاستحسان بل اعتبروا كل ذلك استحساناً، وقالوا ليس للمجتهد أن يشرع ومن استحسن فقد شرع[٣١٦].

وختمت هذا ببيان خلافهم (أي الأئمة الأصوليين) في نظر استعمال الرأي في تطبيق الإجتهاد. فالإجتهاد بكل أنواعه الثلاثة كما بينت سابقا حقيقتها تقوم بصورة عامة على استعمال الرأي، ولكن قد فصلت معنى الرأي هنا في اللغة بين الرأي بلا طريق صحيح للحكم في دين الله وبين الرأي بطريق صحيح في الإجتهاد لتشريع الحكم بما عدا القرآن والسنة من الأدلة، على أن الأول منه مردود وباطل والآخر صحيح ومقبول.

لقد أجمع الأئمة الأصوليون على جواز النوع الأول من الإجتهاد (الإجتهاد بطريقة البيان) استعمال الرأي من غير تضييق؛ لأن هدف من هذا النوع الأول من الإجتهاد؛ بيان ما قد أراد الشارع إدخاله من الوقائع في نطاق تلك النصوص وكشف معاني نصوصه. أما في النوعين الآخرين أنهم قد شذ بعض منهم من العلماء، فلم يجوزوا

---

[٣١٦]. معروف الدواليبي، **المدخل**، ص: ٢٦٠-٢٦١.

الحكم في الشرع إلا بدليل قاطع كالنص وما يجري مجراه؛ فالحكم بالإجتهاد عن طريق القياس والرأي فمنعوه؛ وهؤلاء أهل الظاهر المنسوبون إلى داود الظاهري.

فالشافعية فقد ضيقوا نطاق الإجتهاد ولم يعملوا إلا بما كان قياسا منه على أصل وحملا على ما في الكتاب والسنة، ورفضوا القول بالرأي المبني على الإستحسان والإستصلاح. ولكن الحنفية والمالكية والحنابلة فقد كانوا أوسع المذاهب صدراً بقية المذاهب التي قبلت للعمل بالإجتهاد، وقبلوه بجميع معانيه في هذين الإجتهادين الأخيرين، سواء كان طريقه بالقياس أو بالإستحسان أو بالإستصلاح.[٣١٧]

ج. ضرورة تطبيق الإستدلال (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة) في المسائل العصرية الحديثة

قبل أن أبين كيف طبق الإستدلال بهذه الأدلة المقصودة، أردت أن أبين مكانة الإجتهاد في العصر الحديث أيستمر أيقطع. بهذا الأمر قطع الشيخ الأستاذ يوسف القرضاوي بأن الإجتهاد مستمر لا منقطع بعد انقراد زمن السلف الصالح. أما الخلاف بين العلماء في استمرار الإجتهاد أو انقطاعه أي هل يجوز خلو العصر من المجتهدين أم لا فهو خلاف لفظي. هذا القطع منه بعد أن يبين أقوال الأصوليين فيه مع بيان منشأ خلافهم وجمع جميع

[٣١٧]. معروف الدواليبي، **المدخل**، ص: ٣٥٦-٣٥٧.

أقوالهم المختلفة بالقول الجامع على ما يقول عليه الشيخ الأستاذ محمد نور الحسن، وإليك أن أنقل نصه؛

"والحق أنه لا يجوز شرعا خلو العصر عن المجتهد لأنا قد علمنا أن الشريعة المحمدية خاتمة الشرائع، وأنها متكفلة ببيان أحكام أفعال العباد إلى قيام الساعة ، وحكمة الله جلت قدرته تأبى أن يترك الناس سدى من غير مرشد يرشدهم إلى ما فيه صلاحهم في معاشهم ومعادهم، ويبين أحكام الحوادث المتجددة والدائمة ما دامت السموات والأرض، وقد تقرر عند الكل أن الاجتهاد فرض كفاية، ولا يختص ذلك بعصر دون عصر، ولا بزمان دون زمان، فالواجب على العلماء أن يحصلوا من شروط الاجتهاد التي تقدم ذكرها ما يتأدى به فرض الكفاية، فإذا درسوا الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ودرسوا اللغة العربية دراسة تيسر عليهم فهم الكتاب والسنة، ودرسوا علم الأصول دراسة تؤهلهم لاستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية، وحصلت عندهم الملكة التي يقتدرون بها على استنباط الأحكام، وجب عليهم استنباط أحكام الحوادث المتجددة، فإذا قام بذلك بعضهم سقط الإثم عن الباقين، وإذا لم يقم به واحد منهم أثم الجميع. وهذا الحكم ثابت ودائم ما دامت الدنيا، فالقول بجواز خلو العصر عن المجتهد المطلق شرعا وأن الحق ينحصر في هذه المذاهب الأربعة، وأنه لا يجوز العمل بغيرها، تحجير على فضل الله وتضييق في رحمته الواسعة التي وسعت كل شيء".

وزاد عليه الشيخ الأستاذ القرضاوي؛

"هذا والذي يظهر لى أن النزاع في خلو العصر عن المجتهد وعدم خلوه عنه نزاع لفظي لم يتوارد فيه النفي والإثبات على محل واحد، فمورد النفي غير مورد الإثبات ، فمن قال بالخلو أراد الخلو عن المجتهد المطلق المستقل ، الذي يبني اجتهاده على الأصول التي وضعها هو، ولا شك أن الأصول التي يبنى عليها استنباط الأحكام قد فرغ منها وليس لأحد أن يزيد عليها، ومن قال بعدم خلو الزمان عن المجتهد أراد المجتهد المطلق المنتسب الذي يبنى اجتهاده على أصول إمامه الذي ينتسب إليه أو المجتهد في المذهب وهو الذي يعرف الأحكام الفقهية التي استنبطها إمامه ويعرف أدلتها ومآخذها، ويرجح منها ما يقضى الدليل بترجيحه أو المجتهد في الفتوى وهو الذي يعرف الراجح من مذهب إمامه فيفتي

به فهو لا يرجح، وإنما ينقل الراجح من مذهب إمامه فيفتي به. فمن قال بعدم الخلو أراد أحد هذه الأنواع الثلاثة الأخيرة ومن قال بالخلو أراد المجتهد المطلق المستقل".[٣١٨]

ويوافق على هذا ما يقول به الشيخ الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، حيث يقول إن السبب الموجب لفتح طريق الإستحسان أو الإستصلاح لتقرير الأحكام الشرعية للوقائع الحديثة أو النوازل الجديدة هو أن هذا من أمور العقيدة وهو مبدأ أساسي لأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل وقت إلى يوم القيامة، وإليك أن أنقل نصه؛

" فالسبب الموجب لفتح طريق الاستحسان والاستصلاح في سبيل تقرير الأحكام الشرعية للنوازل والتدابير الجديدة في نظر فقهاء الرأي من أئمة المذاهب الاجتهادية، هو أن هذا من لوازم العقيدة الإسلامية في أن شريعة الإسلام هي الشريعة الأخيرة الخالدة التي استكملت حاجة البشر من التنظيم الإلهي الحكيم، وتأسيس الأحكام والقواعد الصالحة لكل زمان ومكان في الحالات والحاجات الأصلية والطارئة، والأوضاع الثابتة الدائمة، والاستثنائية الموقوتة،مها تطورت الحياة البشرية وتعرضت لمختلف الظروف. فشريعة هذا شأنها وهذه عقيدة أصحابها بها لا بد فيها من فتح طريق القياس في المصادر الأصلية لأحكام الشريعة، وفتح طريق الاستحسان والاستصلاح والعرف لتكون مصادر تبعية ملحقة ضمن حدود وقيود، لكي تستدرك من الأحكام والتدابير كل ما لم يرد نص فيه، ولا في نظير له يقاس عليه، وتقوم بتنزيلها على منازلها الصحيحة من قواعد الشريعة ومقاصدها في العدل والإصلاح".[٣١٩]

ثم يقول الشيخ الأستاذ يوسف القرضاوي بعد ذلك بأن الإجتهاد في العصر الحديث المعصر محتاج وضرورة وينبغي أن يكون الإجتهاد في هذا العصر الحديث المعاصر بصورة

---

[٣١٨]. يوسف القرضاوي، **الإجتهاد في الشريعة الإسلامية**، ص: ٩٠-٩١.

[٣١٩]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٣٧-٣٨.

الإجتهاد الجماعي وأن يكون الإجتهاد يتجه إلى المسائل الجديدة والمشكلاة المعاصرة بإقامة إعادة النظر ويتجاوز الإجتهاد إلى دائرة أصول الفقه، حيث نصه؛

"وإذا كان الاجتهاد محتاجا إليه في كل عصر فإن عصرنا أشد حاجة إليه من أي عصر مضى نظرا لتغير شئون الحياة عما كانت عليه في الأزمنة الماضية وتطور المجتمعات تطورا هائلا بعد الثورة التكنولوجية التي شهدها العالم. لهذا كان من الضرورات المعاصرة أن يعاد فتح باب الاجتهاد فيه من جديد، لأن هذا الباب فتحه رسول الله ﷺ، فلا يملك أحد إغلاقه من بعده ولا نعنى بإعادته مجرد إعلان ذلك، بل ممارسته بالفعل. وينبغي أن يكون الاجتهاد في عصرنا اجتهادا جماعيا في صورة مجمع علمي يضم الكفايات الفقهية العالية ويصدر أحكامه في شجاعة وحرية بعيدا عن كل المؤثرات والضغوط الاجتماعية والسياسية ومع هذا لا غنى عن الاجتهاد الفردي فهو الذي ينير الطريق أمام الاجتهاد الجماعي بما يقدم من دراسات عميقة وبحوث أصيلة مخدومة بل إن عملية الاجتهاد في حد ذاتها عملية فردية قبل كل شيء".[٣٢٠]

ثم قال؛

"والاجتهاد الذي نعنيه ينبغي أن يتجه أول ما يتجه إلى المسائل الجديدة والمشكلات المعاصرة، يحاول أن يجد لها حلا في ضوء نصوص الشريعة الأصلية ومقاصدها العامة وقواعدها الكلية. ولا تقتصر إعادة النظر هذه على أحكام (الرأي) أو (النظر)، وهي التي أنتجها الاجتهاد فيما لا نص فيه. بناء على أعراف أو مصالح زمنية لم يعد لها الآن وجود أو تأثير، بل يمكن أن يشمل بعض الأحكام التي أثبتها نصوص ظنية الثبوت كأحاديث الأحاد أو ظنية الدلالة، وأكثر نصوص القرآن والسنة كذلك. فقد يبدو للمجتهد اليوم فيها فهم لم يبد للسابقين، وقد يظهر له رأى ظهر لبعض السلف أو الخلف ثم هجر ومات لعدم الحاجة إليه حينذاك، أو لأنه سبق زمنه أو لعدم شهرة قائله، أو لمخالفته للمألوف الذي استقر عليه الأمر زمنا طويلا أو لقوة المعارضين له، وتمكنهم اجتماعيا أو سياسيا، أو لغير ذلك من الأسباب. وأكثر من ذلك أن الاجتهاد الذي ندعو إليه لا ينبغي أن يقف عند حد الفروع الفقهية فحسب، بل ينبغي أن

---

[٣٢٠]. راجع نفسه؛ يوسف القرضاوي، ص: ٩٦.

يتجاوزها إلى دائرة أصول الفقه نفسها ، تكملة للشوط الذي بدأه الإمام الشاطبي في محاولة للوصول إلى أصول قطعية وتتمة لما قام به الإمام الشوكاني من الترجيح ود تحقيق الحق من علم الأصول ، على حد تعبيره ، ولا ريب أن كثيرا من مسائل الأصول لم يرتفع فيها الخلاف، فهي في حاجة إلى التمحيص والموازنة والترجيح، وبعضها يحتاج إلى مزيد من التوضيح والتأكيد وبعض آخر يحتاج إلى التفصيل والتطبيق ومن ذلك تمييز السنة التشريعية من غير التشريعية، والتشريعية المؤقتة من التشريعية المؤبدة، وتمييز تصرف الرسول ﷺ بمقتضى الإمامة والرئاسة للأم من تصرفه بمقتضى الفتوى والتبليغ عن الله. ومن ذلك القياس والإستحسان والإستصلاح متى يؤخذ بها ومتى لا يؤخذ وما ضوابط كل منها وحدود استخدامه".[٣٢١]

ثم يتحدث عن الإجتهاد في العصر الحديث الذي يشمل الكلام عن وجوب نظر ضرورة تطبيقه في العصر المعاصر الآن بعين معتدل دون تفريط ولا إفراط. ويقول أيضا إن من له أهلية للإجتهاد أن يجتهد في مواجهة كل مشكلات العصر وواقعه المتجددة ما دامت شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان وحاكمة في كل أمر من أمور الإنسان، حيث نصه؛

"هل نحن في حاجة إلى هذا الاجتهاد حقا؟ ربما يذهب بعض المشتغلين بالعلوم الإسلامية- لفرط إعجابهم بتراثنا الحافل وفرط ثقتهم بفقهائنا العظام - أننا لسنا في حاجة إلى اجتهاد جديد، فما من مسألة إلا وجدنا عند الأقدمين مثلها، فقد اجتهدوا للواقع وافترضوا لما قد يتوقع فلم نعد محتاجين إلى أن ننشىء اجتهادا بعد هؤلاء. فما علينا إلا أن نرجع إلى كتبهم وننقب في أحشائها لنجد فيها ضالتنا والإجابة عن مسألتنا أو بالنص أو القياس أو التخريج. ونحن لا نقلل من قيمة تراثنا ولا من عظمة فقهنا ومدارسه المتعددة ومشاربه المتنوعة وما فيه من اجتهادات واقعية أو افتراضية. ولكن الحق أقول: إنه من المبالغة وتجاهل الواقع، الادعاء بأن الكتب القديمة فيها الإجابة عن كل سؤال جديد. ذلك أن لكل عصر مشكلاته وواقعه وحاجاته المتجددة، والأرض تدور والأفلاك تتحرك والعالم يسير وعقارب الساعة لا

[٣٢١]. راجع نفسه؛ يوسف القرضاوي، ص: ٩٧.

تتوقف. ومع هذا الدوران المستمر، والحركة الدائمة، والسير الحثيث، تتمخض أرحام الأيام والليالي عن أحداث ووقائع جديدة لم يعرفها السابقون، وربما لم تخطر ببالهم، بل ربما لو ذكرت لهم لعدوها من المستحيلات! فكيف نتصور حكمهم عليها وهي لم تدر بخلدهم لحظة من الزمان؟. على أن بعض الوقائع والأمور القديمة قد يطرأ عليها من الأحوال والأوصاف ما يغير طبيعتها أو حجمها أو تأثيرها، فلا يلائمها ماحكم به الأقدمون أو ما أفتوا به في شأنها. وهذا ما جعلهم يقررون وجوب تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والعرف والحال. وكتب في ذلك من كتب من محققيهم في أكثر من مذهب من المذاهب المتبوعة. لهذا فالحاجة إلى الاجتهاد – إذن – حاجة دائمة ما دامت وقائع الحياة تتجدد وأحوال المجتمع تتغير وتتطور، وما دامت شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان وحاكمة في كل أمر من أمور الإنسان".[٣٢٢]

ثم يتحدث عن الموقف الإجتهاد المعاصر من التراث الفقهي ونوعه المناسب لهذا الزمان

لحصول المعرفة لنا كيف نستخدم الإجتهاد في مواجهة تغير المشكلات لكل عصر. حيث نصه؛

"إن الاجتهاد لا ينحصر في دائرة المسائل الجديدة، بل له مهمة أخرى مع التراث الفقهي لإعادة النظر فيه على ضوء ظروف العصر وحاجات الناس لاختيار أرجح الآراء وأليقها بتحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق بناء على قاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والإنسان. فليس صحيحاً أن الأول لم يترك للآخر شيئا، بل الصحيح ما قاله أهل التحقيق: "كم ترك الأول للآخر بل كم فاق الأواخر الأوائل! وينبغي أن يكون الاجتهاد في عصرنا اجتهاداً جماعياً. ثم إن الاجتهاد المطلوب لعصرنا نوعان؛ اجتهاد نسميه **الاجتهاد الانتقائي** واجتهاد نسميه **الاجتهاد الإنشائي**.

فالاجتهاد الانتقائي إنما الذي يدعو إليه هنا؛ أن نوازن بين الأقوال بعضها وبعض، ونراجع ما استندت إليه من أدلة نصية أو اجتهادية لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة وأرجح دليلا وفق معايير الترجيح. وهي كثيرة ومنها: أن يكون القول أليق بأهل زماننا وأرفق بالناس، وأقرب إلى يسر الشريعة وأولى بتحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق ودرء المفاسد عنهم. **وفي دائرة هذا الانتقاء** يجوز لنا أن نرجح رأيا من داخل

[٣٢٢]. راجع نفسه؛ يوسف القرضاوي، ص: ١٠١- ١٠٢.

المذاهب الأربعة، ربما كان هو الرأي المفتى به في المذهب وربما كان غير المفتي به. لأن المفتى به في عصر معين وفي بيئة معينة وفي ظل ظروف معينة قد يصبح غير صالح للإفتاء به إذا تغير العصر أو تغيرت البيئة أو تغيرت الظروف، وهو ما عبر عنه علماؤنا بتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والحال والعرف. ومن أجل هذا اختلفت التصحيحات والترجيحات داخل المذهب الواحد من عصر إلى عصر، فكم من قول في مذهب كان مهجورا جاء من أبرزه وشهره، وكم من قول كان مرجوحا ثم جدت وقائع وأحوال جعلت بعض العلماء يرجحه ويقويه حتى أصبح المعتمد والمفتى به. والأمثلة على ذلك كثيرة داخل المذاهب الأربعة وقد تأخذ في مسألة بمذهب مالك وفى أخرى بمذهب أبي حنيفة وفي ثالثة بمذهب الشافعي وفي رابعة بمذهب أحمد.

والآخر نعني **بالاجتهاد الإنشائي**: استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل لم يقل به أحد من السابقين سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة. ومعنى هذا أن الاجتهاد الإنشائي قد يشمل بعض المسائل القديمة بأن يبدو للمجتهد المعاصر فيها رأى جديد لم ينقل عن علماء السلف. والقول الصحيح الذي نرجحه أن المسألة الإجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء السابقون على قولين يجوز للمجتهد فيما بعد أن يحدث قولا ثالثا، وإذا اختلفوا على ثلاثة أقوال يجوز أن يحدث رابعا وهلم جرا. بل يمكن الجمع بين الإجتهاد الإنتقائي والإجتهاد الإنشائي معا فهو يختار من أقوال القدماء ما يراه أوفق وأرجح ويضيف إليه عناصر اجتهادية جديدة. "[٣٢٣]

وختم الشيخ الأستاذ يوسف القرضاوي الكلام في الإجتهاد مع تطوره حتى يقسم الإجتهاد بنوعين الإجتهاد الإنتقائي والإجتهاد الإنشائي بذكر العوامل العصرية المؤثرة في وجود هذين الإجتهادين، حيث نصه؛

"أن هناك عوامل جدت في عصرنا ينبغي أن يكون لها تأثيرها القوى في الانتقاء والترجيح بين الآراء المنقولة في تراثنا ولا ريب من هذه العوامل المؤثرة: **الأولى**؛ **التغيرات الاجتماعية والسياسية والعالمية** أي فمما لا ينازع فيه أحد أن عصرنا قد حدثت فيه تغيرات

[٣٢٣]. راجع نفسه؛ يوسف القرضاوي، ص: ١١٠ – ١٢٩.

ضخمة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية، وهذه تفرض على الفقيه أن يعرض عن بعض الأقوال القديمة التي لم تعد تلائم الأوضاع الجديدة بحال وأن يختار بعض الآراء التي لم يكن لها الأرجحية من قبل بل لعلها كانت مرجوحة أو مهجورة. **والثانية**: **ضرورات العصر وحاجاته**: أي عامل آخر له أهميته في مجال الاجتهاد الانتقائي، وهو ضرورات العصر وحاجاته التي تفرض على الفقيه المعاصر الاتجاه إلى مراعاة الواقع والتيسير والتخفيف في الأحكام الفرعية العملية سواء في العبادات أم المعاملات ولاسيما من كان يجتهد لعموم الناس".[٣٢٤]

انطلاقا من انتهاء الكلام عن الإجتهاد وضرورة تطبيقه مع تطوره حتى وصلت إلى نتيجة بأن الإستدلال بالأدلة المذكورة في هذا الأمر هو من تطوير الإجتهاد. فالإستدلال بهذه الأدلة يقوم على طريقة الإستنباط المعنوية حيث يستخرج الحكم الشرعي وفقا على تحقيق المصالح ودفع المضار، وهذا يسمى بناء الأحكام على قاعدة الإستصلاح. ثم بناء تشريع الأحكام على الإستصلاح ضرورة لأنه إذا لم يفتح هذا الباب جمد التشريع الإسلامي، ووقف عن مسايرة الأزمان والبيئات. من قال: إن كل جزئية من جزئيات مصالح الناس، في أي زمن وفي أي بيئة قد راعاها الشارع، وشرع بنصوصه ومبادئه العامة ما يشهد لها ويلائمها، فقوله لا يؤيده الواقع؛ فإنه مما لا ريب فيه أن بعض المصالح التي تجد لا يظهر شاهد شرعي على اعتبارها ذاتها. ومن خاف من العبث والظلم واتباع الهوى باسم المصلحة المطلقة، يدفع خوفه بأن

[٣٢٤]. راجع نفسه؛ يوسف القرضاوي، ص: ١٢٠ – ١٢٥.

المصلحة المطلقة لا يبنى عليها تشريع إلا إذا توافرت فيها الشروط الثلاثة الّتي سبق بيانها، وهي أن تكون مصلحة عامة حقيقية لا تخالف نصّا شرعيا ولا مبدأ شرعيا".[٣٢٥]

ثم إن الشريعة الإسلامية تمتاز بخصائص ترفعها إلى أرقى درجة من العظمة والكمال لا يرقى إليها أي قانون وضعي. ومن هذه الخصائص هي الشمولية، أي أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. ولقد دلت على شمولية الإسلام أدلة كثيرة من الكتاب والسنة النبوية، منها قوله تعالى؛ (وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ...١٠٧).[٣٢٦]

وإنه مما لا يخفى علينا بأن الشريعة الإسلامية غنية بمصادرها الأصلية والتبعية، ميزتها عن الشرائع السماوية السابقة. ومن بين هذه المصادر مصدر عظيم يعرف باسم الاستصلاح أو المصلحة المرسلة، فبواسطته يمكن إحداث التشريعات والقوانين اللازمة لكل ما يستجد من النوازل والوقائع وتقتضيه ظروف الحياة المعيشية من أجل تحقيق المنفعة وتلبية حاجات ومطالب الأمة المتجددة إذا أوزعنا الدليل الخاص من الكتاب أو السنة أو الإجماع.[٣٢٧]

---

[٣٢٥]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٨.

[٣٢٦]. سورة الأنبياء (٢١): ١٠٧.

[٣٢٧]. عبد الله مُحَمَّد صالح، **المصالح المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة**، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول/ ٢٠٠٠، ص: ٣٥٧.

وإن مما يدل على أهمية الاجتهاد الإستصلاحي أو المصلحة المرسلة في بناء الأحكام عليها وهو عمل الصحابة رضي الله تعالى عنهم في كثير من وقائع الحياة التي لم يأت نص معين يدل عليها ولا يوجد نظير لها تقاس عليه؛ مثل المصلحة في قتل الجماعة بالواحد، فهي واقعة لم يرد بها دليل من القرآن والسنة يدل على الاعتبار ولا الإلغاء. فلو لم يقتل الجماعة بالواحد لأدّى ذلك إلى إهدار الدماء وفوات الحكمة التشريعية من القصاص ولأدّى إلى انتشار القتل بالجماعة. وكذلك المصلحة في جمع القرآن الكريم ولم يقف الحد في العلة بها في عصر الصحابة بل وفي عصر التابعين، وهكذا يتبين لنا من الأمثلة السابقة أن العمل بالمصلحة المرسلة ولد في عهد الصحابة رضي الله عنهم وتعهده التابعون والآئمة المجتهدون بالاتباع.[٣٢٨]

كما لا يخفى علينا أيضا بأن الشريعة الإسلامية لها مقاصد، وهذه المقاصد ثبت بالاستقراء أنها جلب المصالح ودرء المفاسد. وإذا ثبت هذا باستقراء نصوص الشريعة فإنه يكون أصلا كليا. ويجري تطبيقه على الجزئيات التي ليس فيها نص ودليل خاص، أي على ما لم يكن من ضمن ما استقرئ. فإن المسائل التي ليس فيها نص أو إجماع يُنظر فيها بحسب ما ينتج عنها من مصالح أو مفاسد، ويعطى الحكم الشرعي لها بناء على هذا النظر. وغياب الدليل التفصيلي الدال على الحكم لا يعني أن الحكم المبني على جلب مصلحة أو درء

---

[٣٢٨]. صالح، **المصالح المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة**، ص: ٣٥٧.

مفسدة ليس شرعياً، إذ له دليل قد يكون أقوى من الدليل التفصيلي، وهو الدليل الكلي المستنبط بالاستقرا.[٣٢٩]

علاقته بالقواعد الأصولية المعنوية اللغوية/ التشريعية؛

هذه القواعد التشريعية استمدها علماء أصول الفقه الإسلامي من استقراء الأحكام الشرعية ومن استقراء عللها وحكمها التشريعية ومن النصوص التي قررت مبادىء تشريعية عامة وأصولاً تشريعية كلية. وكما تجب مراعاتها في استنباط الأحكام من النصوص تجب مراعاتها في استنباط الأحكام فيما لا نص فيه ليكون التشريع محققا ما قصد به موصلا إلى تحقيق مصالح الناس والعدل بينهم.[٣٣٠]

ومنطوق هذه القاعدة: أن المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس في هذه الحياة، بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، لأن مصالح الناس في هذه الحياة تتكون من أمور ضرورية لهم وأمور حاجية وأمور تحسينية. فإذا توافرت لهم ضرورياتهم و حاجياتهم وتحسيناتهم فقد حققت مصالحهم، والشارع الإسلامي شرع أحكاما في مختلف أبواب أعمال الإنسان لتحقيق أمهات الضروريات والحاجيات والتحسينات للأفراد

---

[٣٢٩]. محمود عبد الكريم حسن، **المصالح المرسلة دراسة تحليلية ومناقشة فقهية وأصولية مع أمثلة تطبيقية**، (بيروت: دار النهضة الإسلامية،)، ص: ٦١.

[٣٣٠]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ١٩٧.

والجماعات، وما أهمل ضروريا ولا حاجيا ولا تحسينا من غير أن يشرع حكما لتحقيقه وحفظه، ما شرع حكما إلا لإيجاد وحفظ واحد من هذه الثلاثة ف هو ما شرع حكما إلا لتحقيق مصالح الناس وما أهمل مصلحة اقتضتها حال الناس لم يشرع لها حكما.

أما البرهان على أن مصالح الناس لا تعدو هذه الأنواع الثلاثة فهو الحس والمشاهدة؛ لأن كل فرد أو مجتمع تتكون مصلحته من أمور ضرورية وأمور حاجية وأمور كمالية، مثلا: الضروري لسكنى الإنسان مأوى يقيه حر الشمس و زمهرير البرد ولو مغارة في جبل. والحاجي أن يكون المسكن مما تسهل فيه السكنى بأن تكون له نوافذ تفتح وتغلق حسب الحاجة، والتحسيني أن يحمل ويؤنث وتوفر فيه وسائل الراحة، فإذا توافر له ذلك فقد تحققت مصلحته في سكناه، وهكذا طعام الإنسان ولباسه وكل شأن من شئون حياته، تتحقق مصلحته فيه بتوافر هذه الأنواع الثلاثة له، ومثل الفرد المجتمع، فإذا توافر لأفراده ما يكفل إيجاد وحفظ ضرورياتهم وحاجياتهم وتحسيناتهم، فقد تحقق لهم ما يكفل مصالحهم.

أما البرهان على أن كل حكم في الإسلام إنما شرع لإيجاد واحد من هذه الأمور الثلاثة وحفظه فهو استقراء الأحكام الشرعية الكلية والجزئية في مختلف الوقائع والأبواب واستقراء العلل والحكم التشريعية التي قرنها الشارع بكثير من الأحكام.

علاقته بمجالات الإجتهاد؛

مالا نص فيه ولا إجماع؛ إن القضايا التي لم يرد فيها نص أصلا، ولم يقع عليها إجماع، يجب على المجتهدين أن يبحثوا عن حكمها بالأدلة العقلية التي أقرها الشرع، كالقياس والاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة والاستصحاب والعرف وغيره من أدلة الأحكام ومصادر التشريع المختلف فيها. وكلها تدخل في باب الاجتهاد، وتكون محلاً للاجتهاد ومجالاً للمجتهد. وهذا باب واسع جداً ومسائله لا تحد ولا تعد ولا تحصى وتتبع التطور وكل القضايا المستجدة والطوارىء في كل عصر حتى تقوم الساعة. ولذلك يعتبر باب الاجتهاد واسعاً ومجاله رحباً، ليستوعب كل ما يحتاجه المسلمون.[٣٣١]

فمحل الإجتهاد الإستصلاحي من طريقة الإستنباط بالقواعد المعنوية على الوقائع الجديدة تجري تطبيقاته في ميدان المعاملات لا في العبادات. ولا خلاف بين العلماء في أن العبادات لا يجرى فيها العمل بالمصالح المرسلة لأن أمور العبادة سبيلها التوقيف، فلا مجال فيها للاجتهاد والرأي، والزيادة عليها ابتداع في الدين، والابتداع مذموم، فكل بدعة ضلالة وكل ضلالة وصاحبها في النار.[٣٣٢] ويوافق على هذا ما نصه الأستاذ وهبة الزحيلي؛

---

[٣٣١]. مُحَمَّد الزحيلي، **الوجيز**، ج: ٢/ ص: ٣١٥.

[٣٣٢]. زيدان، **الوجيز**، ص: ٢٣٨.

"لا نزاع في أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية ودنيوية وفي مجال الدين أحكام تعبدية كأوضاع الصلاة والصيام لم تتمكن عقولنا من إدراك معنى معين قاطع لها. فهذه الأحكام لا مجال للقياس عليها فضلاً عن القول بالمصلحة المرسلة فيها وغيرها، لأنها مقصورة على الوحي السماوي الذي يسن لنا طريقة العبادة المرضية للرب عز وجل بحيث تكون ذات صفة دائمة موحدة بالنسبة لجميع الأجيال، وتعد من الصفات اللصيقه بشخص المسلم الملازمه له على كر الدهور والأعوام، فلا حاجة إلى القياس فيها ولا منفذ للابتداع والتجديد والابتكار في شأنها، وإلا أدى بنا الأمر إلى الضلال والانحراف. وأما الأحوال المدنية أو المعاملات: فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها عن طريق القياس والمصالح المرسلة ونحوها من الإستحسان وسد الذريعة الذين يرجعان إلى أساس المصلحة إلا أن الأصوليين اختلفوا في الأخذ بجميعها دليلا مستقلا في تشريع الأحكام.[٣٣٣]

وقال الأستاذ مصطفى ديب البغا؛

"أن مجال العمل بالاستصلاح إنما هو في المعاملات ونحوها مما هو من قبيل العادات، والأصل في هذا النوع من التكليفات، الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من أجلها الأحكام باتفاق الفقهاء، وهذه المعاني والبواعث إنما هي المصالح التي بنيت عليها هذه الأحكام، فهي إذن مصالح معقولة يدرك العقل فيها حسن ما طالب به الشرع وقبح ما نهى عنه، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره. فإذا حدثت واقعة لاحكم للشارع فيها، وبنى المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع أو ضرر - بناء على أن الإذن في شرع الله يدور مع المصلحة أينما دارت - كان حكمه على أساس صحيح معتبر لدى الشارع".[٣٣٤]

---

[٣٣٣]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ص: ٧٥٧-٧٥٨.

[٣٣٤]. ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها**، ص: ٥٥.

وخلاصة القول لدي في الواقع؛ إن الاجتهاد الاستصلاحي يتكون من طرق متنوعة وهي كما يلي؛

١. طريقة الاستحسان
٢. طريقة المصلحة المرسلة
٣. طريقة سد الذرائع

والمصلحة مبنية على القاعدة الأصولية **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**، وإذا نظرنا إلى هذا المنهج في الاجتهاد، وجدنا أن أساسه هو المصالح. فالإستصلاح هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة، والمصالح المرسلة هي كل مصلحة داخلة في مقاصد الشارع ولم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعيها، ولا على استبعادها أو إلغائها.[٣٣٥]

وأخيراً، في أخذ الإستصلاح طريقا من الإستنباط لتقرير الأحكام الشرعية المبنية على اقتضاء جلب المصالح والنفع ودفع المفاسد والضرّ، يجب علي أن أبين إيضاح فكرة سليمة في المصالح والمفاسد ليكون الإستدلال بالإستصلاح صحيحا مقبولا لا باطلا ومردودا. لأنه سيتضح لنا بأن الإستدلال بالإستصلاح لا يبنى الحكم عليه بالتشهي الفاسد بدون ضوابط شرعية، بل إنما يبنى عليه الحكم بما يقصد الشارع. ونقلت الكلام من الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء في إيضاح الفكرة للمصلح والمفاسد، حيث نصه؛

---

[٣٣٥]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٣٩.

"إيضاحاً لفكرة المصالح المرسلة في الإسلام إجمالاً نقول: إن المصلحة عكس المفسدة، وكلتاهما يتعلق بها نظران من وجهين: من جهة **المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة**، وضابطها: كل مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها وكل مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها بأي طريق حصلت. ومن جهة **اعتبارهما في نظر الشارع**، وضابطها: المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الإسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة. صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية، وضمان ما سواها من الأمورالتي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية بحسب أهميتها. فالأحكام التي شرعت لصيانة الأركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل. وبهذا الضابط تكون المصالح مصلحة الفرد والمجتمع معاً، مراعاة بين عاجل الحوائج وأجل النتائج، وهذا هو الإعتبار الشرعي لا إعتبار غير الشرعي".[٣٣٦]

<u>وتفصيل كلامه؛</u>

"(أ) **المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة**: فبالمعنى الذاتي تفسر المصلحة بالمنفعة، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً سواء أكان النفع أو الضرر شخصياً أوعاماً، غالباً أو مغلوباً، عاجلاً أو أجلاً . . . الخ". فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت. والجهل والخسارة والألم والتعب والمرض . . . إلخ، كلها مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها".

"ولكن هذا النظر الذاتي في تحديد المصلحة والمفسدة هو نظر قاصر لا يكفي، ولا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه؛ لذلك وجب أن يتخذ للمصالح والمفاسد التي يبنى عليها التشريع العام مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً، ويوازن بين عاجل الحوائج وأجل النتائج، فلا يعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة إلا ما اعتبره الشارع كذلك، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها، فتكون العبرة في ذلك إنما هي للاعتبار الشرعي".

"(ب) **الإعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة**: إن المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الإسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة، وإن أول

---

[٣٣٦]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٤٠.

مقاصدها صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي؛ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال؛ ثم ضمان ما سواها من الأمور التي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية بحسب أهميتها. وتلك الأركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الإلهية، بل والوضعية أيضاً، على وجوب احترامها وحفظها. وقد ذكر الإمام الغزالي في المستصفى، أن حرمتها لم تبح في ملة قط". وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الإسلامي قسموا الأمور التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي، بحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها إلى ثلاثة أقسام؛ **الأول الضروريات**: وهي الأمور التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة السالفة البيان، والثاني: **الحاجيات** وهي التي لا تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة لكنها تتطلبها الحاجة لأجل التوسعة ورفع الحرج، والثالث **التحسينيات**: وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق".

"والنظر الشرعي في هذا هو أن تلك الأركان الخمسة لا بد منها للحياة الصالحة، فإذا فقد بعضها انهارت الحياة الإنسانية أو اختلت وفسدت. فالأساس في اعتبار بعض الأعمال من المصالح الضرورية أنها لا تقوم تلك الأركان الخمسة التي هي أسس الحياة البشرية الصالحة إلا بتوافرها. وعلى هذا فالأحكام التي شرعت لصيانة الأركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل. ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو ضروري أو حاجي، لأن الفرع لا يراعى إذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الأصل. هذه هي الأسس التي يعتبرها الشرع الإسلامي في وزن المصالح المرسلة أنواعاً ودرجات، وهي ترسم مقاصد الشريعة كما تدل عليه دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والأحكام. فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أوضعيفاً بحسب موقعها من تلك الأقسام الكلية الثلاثة. وكل ما ينافيها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفا بحسب نوع المقصد الشرعي الذي تخلّ به".

<u>وزاد الضابط الآخر؛</u>

"ومن المقرر أيضاً أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لا عبرة لكونها موافقة لأهواء المكلفين وشهواتهم أو مخالفة، وإنما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسراً للآخرة، فتبني حياة صالحة فاضلة متعاونة على الخير والبر. ونقل الكلام من الشاطبي

"وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا، لا لنيل الشهوات، ولا لإجابة داعي الهوى".[٣٣٧] (الموافقات؛ ج ٢ / ص: ٢٦- ٢٧).

د. آثار تطبيق هذه الأدلة

لقد وصلت إلى موقف نهائي في الإستدلال بالأدلة من الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة بأن كلها حجة شرعية التي يصح الإحتجاج بها والعمل بها، وهذا الموقف لدي واقع بعد أن أقوم على دراسة هذه الأدلة بدراسة المقارنة بين الآراء والأقوال من الأصوليين. وصلت إلى عدم الإختلاف بينهم في أخذ كل هذه الأدلة دليلا أو حجة في تشريع الحكم الشرعي. فحقيقة وجود الإختلاف بينهم في الإحتجاج بها كما اشتهرت في كتب أصول الفقه قديما وحديثا راجعة إلى إختلافهم في فهم المعنى من كل هذه الأدلة أو يسمى بخلاف اللفظي أو المعنوي، وقد كنت أن أحرر هذا النزاع ببيان حقيقة الخلاف.

فخلاصة من تحرير النزاع أن الإختلاف بين الأصوليين غير موجود باعتبار الحقيقة، لأنه يمكن الجمع على ما يقصدون المثبتون من الأئمة وما يقصدون من المنكرين في الإحتجاج بهذه الأدلة بمراعاة الشروط والقيود والضوابط في العمل عليها. وإذا تم هذا الجمع فقد قلت بأن كلمة الأدلة المختلف فيها على العمل بهذه الأدلة صارت ملغاة ومردودة و ما يبقى إلا إتفاق القول على العمل بهذه الأدلة.

---

[٣٣٧]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٤٤.

ثم بعد أن انتهيت إلى هذا الموقف، رأيت ضرورة تطبيق تلك الأدلة في المسائل الحديثة التي لا نص عليها من كتاب أو سنة أو إجماع في حكمها. كما بينت من قريب بناء على ما سبق من ضرورة تطبيق هذه الأدلة (الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة) في المسائل العصرية الجديدة لتعلق كل منها بطريقة الإستنباط من قواعد التشريعية (الإستنباط المعنوية) على أساس الإستصلاح أو المصلحة لتشريع الحكم في الوقائع الجديدة، ولتعلقها بما يسوغ فيها الإجتهاد الذي نطق عليه الأصوليون بمحل الإجتهاد ومجاله.

نظرا على هذه المنطقة فرأيت بأن المسائل التي تتعلق الأحوال الشخصية كمسألة وجوب كتابة عقد النكاح (تسجيل الزواج) عند إدارة الشؤون الدينية، ومسألة عدم صحة إيقاع الطلاق إلا أمام المحكمة داخلة تحت الأمور الحادثة الجديدة التي يفتح فيها الإجتهاد المبني على الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة لتجديد الحكم الإسلامي على حسب مقتضيات تطور الأمكنة والأزمنة وفقا لمبدئ شريعة الإسلام التي تصلح في كل الأحوال والظروف. فأردت أن أبين بأن تطبيق هذه الأدلة في تلك الأمور لها أثر في مسألة الأحوال الشخصية كمسألة حكم وجوب كتابة عقد النكاح (تسجيل الزواج) عند إدارة الشؤون الدينية، ومسألة حكم عدم صحة إيقاع الطلاق إلا أمام المحكمة. وإني أردت أن

أبين رأيي في تلك الأمور متمسكا بأدلة الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة تجديدا لحكم هاتين مسألتين تطبيقا لطريقة الإستنباط المعنوية بالإجتهاد الإستصلاحي.

١. وجوب تسـجيل الزواج لدى الحكومة

عقد النكاح عند جمهور الفقهاء إنما يصح بخمسة أركان وهي الزوج، والزوجة، والولي، والشاهدان العادلان، وصيغة الزواج (الإيجاب والقبول).[٣٣٨] وهذا حكم الإسلام في صورة الفقه. ولكن إذا رأينا إلى القانون الوضعية الجارية في جمهور إندونسيا وهي قانون الزواج رقم (١) عام ١٩٧٤ مع القانون المجموعة للأحكام الإسلامية (KHI) كما حدد فيها؛ **بأن الزواج أو النكاح لم تعتبر ذاته وليس له ثبوتية في الحكم إن لم يسجل عند إدارة الشؤون الدينية.**[٣٣٩]

فرأيت بأن تسجيل الزواج عند إدارة الشؤون الدينية واجب لمن أراد الزواج، وهو شرط لصحته تجديدا لحكم الفقه القديم. وأستند قولي إلى الإستدلال بثلاثة أدلة كلها وهي الإستحسان ثم سد الذريعة والمصلحة المرسلة.

---

[٣٣٨]. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (دمشق: دار الفكر، ط: ٢/ ١٩٨٥)، ج: ٧/ ص: ٣٦.

[339]. Lihat: **UU. No 1 Tahun 1974** Tentang Perkawinan sebagaimana telah diubah dengan **UU. No 16 Tahun 2019**, Pasal 2 ayat (2), **PP. No 9 Tahun 1975** Tentang Pelaksanaan UU. No 1 Tahun 1974, Pasal 10 ayat (3), Pasal 11 ayat (1), (2), (3). **Kompilasi Hukum Islam**, Pasal 4, Pasal 5 ayat (1), (2), Pasal 6 ayat (1), (2). **UU. No 22 Tahun 1946** Tentang Pencatatan Nikah, Talak Dan Rujuk, Pasal 1 ayat (1), (2), Pasal 2 ayat (1), Pasal 3 ayat (1), (2).

وأنا أرى بأن الواقع في إن الزواج يترتب منه آثار وعواقب كثيرة قد تسبب

إلى ظلم وخسارة لأحد الزوجين إذا حدث النزاع بينهما. وإليك بيان من هذا الإستدلال.

إستناد رأيي إلى الإستحسان؛

(١) رغم أن الشريعة الإسلامية لا تشترط تسجيل الزواج وتوثيقه لدى الحكومة، لكنه اشتراط تسجيل الزواج هنا لا ينافي مقاصد الشريعة بل يكون توثيق الزواج موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية. وهذا نوع من الإستحسان أي استحسان المصلحة.

(٢) هذه المسألة (تسجيل الزواج وتوثيقه لدى الحكومة) تدخل فيما لا نص فيها فتشريع الحكم لهذه المسألة يكون من الإجتهاد الإستصلاحي بأخذ الإستحسان دليلا لها، باعتبار طريقة الإستنباط من القواعد الأصولية المعنوية التي أساسها الحفاظ على المقاصد الشرعية، فيكون هذا الإستدلال صحيح ولا يعارض حكم الشرع.

إستناد رأيي إلى سد الذريعة؛

(١) إذا حدث الطلاق بين الزوجين فالزوج يكفيه أن يطلق زوجته متى شاء، ففي هذه الحالة كانت الخسارة للزوجة لأنها لا تقدر على أن تدافع نفسها.

(٢) إن لم يكن الزواج مسجلا لدى الحكومة، ما استطاعت الزوجة أن تطلب النفقة من الزوج وأن ترفع أمرها إلى القاضي إذا امتنع الزوج عن نفقة زوجته.

(٣) إذا لم يكن الزواج مسجلا وموثقا لدى الحكومة عند إدارة الشؤون الدينية فلا يعتبر الزواج عند الحكومة، ففي النهاية إذا أراد أحد الزوجين طلب وثيقة الولادة لأبنائه فلا ينسب الأبناء إلى أبيهم وإنما ينسب إلى أمهم. كما يقرر في قانون الزواج في المادة ٤٣ رقم (١).

(٤) اشتراط صحة النكاح بتسجيل الزواج لدى الحكومة سدا لوجود الزواج العرفي (نكاح سيري)، ويكون هذا الزواج ينشأ فسادا وضررا للزوجة من عدم ثبوتيتها زوجة لمن يزوجه عند الحكومة (الدولة). إذا حدث النزاع بينهما لا قدرة للزوجة أن تدافع نفسها من ظلم زوجها.

إستناد رأيي إلى المصلحة المرسلة؛

(١) الأهداف من وجوب تسجيل الزواج هو الحفاظ على النفس، ومن نوع الحفاظ على النفس هو عدم تساهل الزوج في طلاق زوجته، وهذا قد يسبب إلى القلق والخوف من قِبَلِ الزوجة، حتى يتحقق الاستقرار والاطمئنان في الحياة الزوجية.

(٢) الأهداف من وجوب تسجيل الزواج هو الحفاظ على النسل. الحفاظ على النسل فمثال ذلك المحافظة على الحالة النفسية للأولاد، والسبب في ذلك أن الولد الناتج من الزواج الذي لم يكن مسجلا لدى الحكومة ينسب إلى أمه وهذا يسبب المضرة إلى الحالة النفسية له.

(٣) يهدف تسجيل الزواج هذا إلى توفير اليقين والحماية للأطراف التي تتزوج، وذلك لتقديم دليل حقيقي على حدوث الزواج ويمكن للطرفين الدفاع عن الزواج لأي شخص أمام القانون. ومن ناحية أخرى، إذا لم يتم تسجيل الزواج، فإن الزواج الذي يتم بين الطرفين لا يتمتع بالقوة القانونية والدليل باعتباره زواجًا.

(٤) تسجيل الزواج دليل لحدوث الزواج، وكأنه سيلة للإثبات. وعدم وجود شهادة زواج تأثير على عدم تنفيذ الشريعة الإسلامية خاصة تلك المتعلقة بقانون الأسرة مثل حقوق الزوجة كالنفقة الواجبة لها و للأطفال، وتعليم الأطفال، والميراث، والقوانين المتعلقة بموانع الزواج إذا أرادت الزوجة أن تتزوج بآخر بعد طلاق زوجها الأول ولم يثبت حكم فراقها منه من المحكمة.

فانطلاقا من الأسباب المذكورة وبالنظر إلى الناحية للمقاصد الشرعية لقد حدث تغيير الحكم في هذه المسألة من عدم وجوب تسجيل الزواج إلى وجوبه.

فوجوب تسجيل الزواج لدى الحكومة عند إدارة الشؤون الدينية لما فيه من فوائد ومصالح كثيرة في حياة المجتمع، وبالعكس فإن الزواج الذي لم يكن مسجلا لدى الحكومة أدى ذلك إلى المفسدة والمضرة وخاصة للنساء والأولاد. ورأيت أن هذا

الحكم من الحاجيات الضرورية التي يؤدي الإخلال بها إلى فقدان كثير من المصالح، وقطعت رأيي بأن تسجيل الأنكحة مما يحفظ الأنساب فتلحق بالضروريات. فهذا مما تدعو الحاجة إليه لضبط الأمن ومعرفة الأنساب والمحافظة على الأنفس والأموال.

٢. وجوب إيــقاع الطلاق أمام المحكمة

وجود الطلاق أو إيقاع الطلاق عند آئمة المذاهب إنما يصح بثلاثة أركان وهي المُطلّق، والمُطلّقة، والصيغة.[٣٤٠] وهذا حكم الإسلام في صورة الفقه، ولكن إذا رأينا إلى القانون الوضعية الجارية في جمهور إندونسيا وهي قانون الزواج رقم (١) عام ١٩٧٤ مع القانون المجموعة للأحكام الإسلامية (KHI) كما حدد فيها: **بأن وجود الطلاق أو إيقاع الطلاق لم تعتبر ذاته وليس له ثبوتية في الحكم إلا أن يكون الطلاق و اقعا أمام المحكمة.**[٣٤١]

فرأيت بأن إيقاع الطلاق أمام المحكمة واجب لمن أراد أن يطلق زوجته، وهو شرط لصحته تجديدا لحكم الفقه القديم. وأستند قولي إلى الإستدلال بثلاثة أدلة كلّها وهي الإستحسان ثم سد الذريعة والمصلحة المرسلة.

---

[٣٤٠]. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج: ٧/ ص: ٣٦١-٣٦٢.

[341] .Lihat**: UU. No 1 Tahun 1974** Tentang Perkawinan sebagaimana telah diubah dengan **UU. No 16 Tahun 2019**, Pasal 39 ayat (1), (2), (3), **PP. No 9 Tahun 1975 (**Tentang Pelaksanaan UU. No 1 Tahun 1974), Pasal 18, **Kompilasi Hukum Islam**, Pasal 115, Pasal 123, Pasal 131 ayat (3), Pasal 146 ayat (2).

وأنا أرى بأن الواقع في أن الطلاق الواقع خارج المحكمة يترتب منه آثار وعواقب كثيرة قد تسبب إلى ظلم وخسارة لأحد الزوجين وخاصة من قبل الزوجة والأبناء. وإليك بيان من هذا الإستدلال.

إستناد رأيي إلى الإستحسان؛

(١) رغم أن الشريعة الإسلامية لا يشترط صحة الطلاق أن يكون واقعا أمام المحكمة، لكنه اشتراط صحة الطلاق هنا لا ينافي مقاصد الشريعة بل يكون موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية بحيث تقليل وقوع الطلاق المجرد من حدود الشرع ويسمى هذا الطلاق بطلاق البدعة. وهذا نوع من الإستحسان أي استحسان المصلحة.

(٢) هذه المسألة (صحة الطلاق أن يكون واقعا أمام المحكمة) تدخل فيما لا نص فيها فتشريع الحكم لهذه المسألة يكون من الإجتهاد الإستصلاحي بأخذ الإستحسان دليلا لها، باعتبار طريقة الإستنباط من القواعد الأصولية المعنوية التي أساسها الحفاظ على المقاصد الشرعية، فيكون هذا الإستدلال صحيح ولا يعارض حكم الشرع.

إستناد رأيي إلى سد الذريعة؛

(١) عدم قدرة الزوجة المطلقة – خارج المحكمة – على الزواج إذا أرادت أن تعقد عقد النكاح برجل آخر عقدا رسميا مسجلا في إدارة الشؤون الدينية.

(٢) إن الزوج بإمكانه أن يطلق زوجته متى شاء ولو لم يكن هناك سبب يدعو إلى ذلك، ومع ذلك ليس للمرأة لامتناع هذا الطلاق، فيترتب منه ضررا لها.

إستناد رأيي إلى المصلحة المرسلة؛

(١) في الفقه القديم للزوج حق واسع في إيقاع الطلاق بحيث يقع الطلاق متى وأينما أعلنه وأوقعه. وينظر إلى هذه الحالة ومن وجهة نظر الحفاظ على مصالح الأسرة والحكم في القانون والنظام العام للمجتمع لا يحقق

الفوائد بل يجلب الضرر وخاصة بالنسبة للنساء (الزوجات). لذلك من أجل تحقيق المنفعة أو المصلحة يجب إيقاع الطلاق من خلال المحاكم أي إيقاعه أمام المحكمة.

فانطلاقا من الأسباب المذكورة وبالنظر إلى الناحية للمقاصد الشرعية ومن ثم لقد حدث تغيير الحكم في هذه المسألة من عدم وجوب إيقاع الطلاق أمام المحكمة إلى وجوبه. فوجوب هذا حفاظا على حقوق النساء والأولاد وتحقيقا للمصلحة و لما فيه من فوائد ومصالح كثيرة في حياة المجتمع عمومًا وحياة الزوجين خصوصًا، وبالعكس فإن الطلاق الذي وقع خارج المحكمة مؤدية إلى المفسدة والمضرة وخاصةً للنساء والأولاد.

بعد أن أبين رأيي ووجهة نظري حول تغيير الحكم الشرعي المتعلق بتسجيل الزواج والطلاق أمام المحكمة من غير وجوب إلى وجوب. وبهذا أرى من الضروري أن آتي التحليل العميق لتأييد رأيي وتقويته بأن وجود التغيير حول هذين الحكمين من تلك المسألة مستند إلى المبادئ الأساسية - **جلب المصالح ودفع الضرر** – المستمدة من الإستدلال بأدلة الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة.

إ. دراسة تحليلية حول الزواج وما يندرج فيه من عقد وطلاق (دراسة وتقويما)

قسمت هذا الفصل إلى **نقطتين رئيسيتين**؛ نقطة واحدة هي دراسة آيات الطلاق على منهج القاعدة اللغوية في أصول الفقه، وثانية هي تحليل عميق في ضرورة تسجيل الزواج وإيقاع الطلاق أمام المحكمة على منهج القاعدة اللمعنوية في أصول الفقه.

١. النقطة الأولى؛ (دراسة آيات الطلاق على منهج القاعدة اللغوية في أصول الفقه)

هذه الدراسة سوف تفصل بشكل كلي فيما يتعلق بآيات الطلاق لنيل الهدف في بناء مفهوم التفكير الجيد وليس جزئي (parsial) حول هذه الآيات. فصّلت هذه الدراسة آيات الطلاق بمنهج تفسير المعنى وفق القواعد اللغوية في علم أصول الفقه.

هناك أربعة احتمالات على الأقل يمكن أن تحدث في الحياة الأسرية ويمكن أن تؤدي إلى الطلاق، وهي؛[٣٤٢]

(١) **وقوع النشوز من الزوجة**؛ (وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤) - النساء (٤): ٣٤.

(٢) **وقوع النشوز من الزوج**؛ (وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ١٢٨) - البقرة (٢): ١٢٨.

(٣) **وقوع الشقاق بين الزوجين**؛ (وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ٣٥) - النساء (٤): ٣٥.

---

342. Ahmad Rafiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1995), hal: 269-272.

(٤) اللعان؛ يرتكب أحد الزوجين الزنا مما يسبب الاتهامات المتبادلة بينهما. وطريقة حلّ هذا الأمر هو إثبات الإتهامات المنسوبة إليه باللعان؛ (وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩)

دلت الآيات الكريمة للزوجين إذا حدثت الأمور المذكروة من نشوز أو شقاق على أنهما أن يتبعا هذه الطرق لحصول السبيل بينهما. ومع ذلك إذا لم تؤد هذه الطرق سبيلا، فإن الطلاق هو أفضل طريقة لهما لاستمرار حياتهم. فقال تعالى إرشادا لهذا الأمر؛

- (وَإِنۡ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ ۝٢٢٧) - البقرة (٢): ٢٢٨.
- (يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ ... ۝١ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ذَٰلِكُمۡ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤۡمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ۝٢) - الطلاق (٦٥): ١-٢.
- (وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيۡكُم مِّنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡحِكۡمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ۝٢٣١) - البقرة (٢): ٢٢٨.

وبهذه، أردت التفصيل في آيات الطلاق المتعلقة بالأسباب المذكورة في الأعداد ١ إلى ٣، ولم أبحث عن الرقم الرابع لأنه خارج عن مقصودي في دراسة آيات الطلاق.

(أ) آيتا النشوز والشقاق شرطان لأية الطلاق وليستا سببين لها.

(١) حكم القرآن في الخطوات التي يجب أن يقوم بها الزوجان عند نشوز أو شقاق بينهما كما وردت عليها الآيات السابقة هي شرط للطلاق وليست سببا عند المفسرين. ولذلك في حالة الطلاق لا تطبق قواعد أصول الفقه **"ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"**.[٣٤٣]

قال الشيخ الأستاذ أبو زهرة؛ "الأمور التي لايتم الواجب إلا بها قسمين؛ **(أحدهما)** مانص الشارع على أنه شروط، فهذه يثبت وجوبها مستقلا بمقتضى إثبات الشرطية ولاحاجة لأن يقال إنها وجبت بايجابه لأنها وجبت بايجاب خاص. **(والثاني)** أمور أخرى لا يمكن أن يوجد الواجب إلا بوجودها فهى أسباب من أفعال الانسان المقدورة لا يتحقق أداء الواجب إلا بها كالسعى للذهاب إلى الأراضي المقدسة لأداء فريضة الحج، فهذه إيجابها يثبت لأداء الواجب نفسه، فثبتت تبعاً، فتكون واجبة بوجوب أصل الأمر."[٣٤٤]

رأيت أن الأحكام التي وردت في البقرة (٢): ١٢٨ والنساء (٤): ٣٤، ٣٥ هي إلتزام مستقل يجب على الزوج القيام به وليس سببًا يتعلق بالطلاق (٦٥): ١. هذه مثل الآية التي تتحدث عن وجوب الصلاة في البقرة (٢): ٤٣ (وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱرۡكَعُواْ مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ ﴿٤٣﴾) بأية الوضوء في المائدة (٥): ٦ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ ..﴿٦﴾).

---

[٣٤٣]. أبو زهرة، **أصول الفقه**، ١٧٩.

[٣٤٤]. راجع نفسه، ص: ١٨٠.

(٢) الأحكام التي وردت في البقرة (٢): ١٢٨ والنساء (٤): ٣٤، ٣٥ لا يمكن جعلها وسيلة أو ذريعة لعمل صيغة الأمر في الأية الآتية، وهي؛

- أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴿٢٢٩﴾ - البقرة (٢): ٢٢٩
- وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴿٤٩﴾ - الأحزاب (٣٢): ٤٩
- فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴿١﴾ – الطلاق (٦٤): ١
- أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ ﴿٢﴾ - الطلاق (٦٤): ٢

لأن الأحكام في آيات النشوز والشقاق تعتبر شرطا ولا سببا خلافا إذا كانت الوسيلة لعمل صيغة الأمر في أية الطلاق تعتبر سببا كما بينت الفرق بين الشرط والسبب في كون الأمور وسيلة للشيء. وعلى هذا فآيات النشوز قائمة بذاتها (مستقلة) وليست بسبب أية الطلاق، ثم هذه الآيات معمولة وهي تعتبر مراحل التي يجب أن يمر بها الزوجان إذا أرادا أن يتفرقا. وإن العلماء يفهمون أن هذه الآيات هي صيغة الأمر القائمة بذاتها (مستقلة) والأصل في الأمر للوجوب، كما ذهب به الإمام الشافعي والجمهور.

<u>قال الشيخ زكريا الأنصاري؛</u>
"والأصح أن صيغة الأمر "إفعل" حقيقة في الوجوب فقط.[٣٤٥]

(٣) الآيتان في سورة النساء الآية ٣٤ و ٣٥ خطوات يجب على الزوج أن يسلكها ويتخذها سبيلا عندما يرى زوجته ناشزة. وفي فهم سورة النساء ٣٤ يختلف العلماء في أن حرف الواو هو حرف العطف لدلالة

[٣٤٥]. زكريا الأنصاري، **غاية الوصول إلى شرح لب الأصول**، (الكويت: دار الضياء)، ص: ٣٦١. تحقيق د. مصطفى بن حامد بم سميط.

الترتيب أم لا؟، فذهب بعض العلماء إلى أن حرف الواو في الآية تقتضى الترتيب، والآخر يقول: لا يشترط فيها الترتيب حتى ويجوز أن يتخذ الزوج إحدى الاختيارات الثلاثة أو أن يقتصر على إحداها أو يقدم بعضها على بعض أو يجمعها جميعًا. لأن الواو فيها لا تدل على الترتيب بل لمطلق الجمع.

<u>قال الأستاذ محمد علي الصابوني؛</u>

"اختلف العلماء في العقوبات الواردة في الآية الكريمة هل هي مشروعة على الترتيب أم لا؟ فقال جماعة من أهل العلم إنها على الترتيب، فالوعظ عند خوف النشوز، والهجر عند ظهور النشوز، ثم الضرب، ولا يباح الضرب عند ابتداء النشوز، وهذا مذهب أحمد. وقال الشافعي؛ يجوز ضربها في ابتداء النشوز. ومنشأ الخلاف بين العلماء اختلافهم في فهم الآية، فمن رأى الترتيب قال إن "الواو" لا تقتضي الترتيب بل هي لمطلق الجمع، فللزوج أن يقتصر على إحدى العقوبات أيا كانت، وله أن يجمع بينها. ومن ذهب إلى وجوب الترتيب يرى أن ظاهر اللفظ يدل على الترتيب، والآية وردت على سبيل التدرج من الضعيف إلى القوي ثم إلى الأقوى. فإنه تعالى ابتدأ بالوعظ، ثم ترقى منه إلى الهجران، ثم ترقى منه إلى الضرب، وذلك جار مجرى التصريح بوجوب الترتيب. فإذا حصل الغرض بالطريق الأخف وجب الاكتفاء به، ولم يجز الإقدام على الطريق الأشد".[٣٤٦]

ورجّح الأستاذ علي الصابوني رأيا ثانيا بقوله؛ "ولعل هذا هو الأرجح لظاهر الآية الكريمة والله أعلم".[٣٤٧]

---

[٣٤٦]. مُحَمَّد علي الصابوني، **روائع البيان في تفسير آيات الأحكام**، (بيروت: دار الفكر)، ج: ١/ ص: ٤٣٠-٤٣١. علي السايس، **تفسير آيات الأحكام**، (مصر: مطبعة مُحَمَّد علي شبيه، ١٩٥٣)، ص: ١٠٠.

[٣٤٧]. راجع نفسه.

قال الأستاذ وهبة بن مصطفى الزحيلي؛

"يرى بعضهم أن هذه العقوبات مشروعة في مجموعها دون ترتيب بينها لأن الواو لا تقتضي الترتيب. وذهب آخرون إلى أن ظاهر اللفظ وإن دل على مطلق الجمع، فإن فحوى الآية يدل على الترتيب؛ لأن الواو داخلة على جزاءات متفاوتة في القوة، متدرجة من الضعيف إلى القوي، إلى الأقوى: الوعظ، فالهجران، فالضرب، وذلك جار مجرى التصريح بالتزام التدرج. وهذا مروي عن علي ﷺ".[٣٤٨]

وزاد عليه حيث يقول: "فلا يلجأ إلى الطلاق لأول وهلة ولأهون الأسباب، كما يفعل بعض الجهلة الذين يقدمون عليه لطيش بين، أو حماقة، أو غضب موقوت، أو شهوة جارفة أو هوى مستبد، فهو كله خروج عن تعاليم الإسلام وآدابه، وموجب للإثم والمعصية والتأديب والتعزير، وإنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل الآتية: وهي المعاشرة بالمعروف والصبر وتحمل الأذى، ثم الوعظ والهجر والضرب اليسير، ثم إرسال الحكمين".[٣٤٩]

يفهم من ذلك إذا فشلت الخطوة في سورة النساء (٤): ٣٤، فالخطوة التالية كما ذكرت في سورة النساء (٤): ٣٥. والفرق بين هذين الآيتين هو ففي سورة النساء (٤): ٣٤ فهو موجه للزوج بينما في النساء (٤): ٣٥ يوجه إلى قضاة بإحضار الحكم (وسيط) وأهل الزوجة من أقاربها وأهل الزوج من أقاربها أو غيرهم من الناس.

ثم رأيت أن الأستاذ وهبة الزحيلي لم يبد رأيًا جازمًا في بطلان طلاق الزوج الذي لا يتخذ الخطوات المذكورة في سورة النساء الآيات ٣٤ و

---

[٣٤٨]. وهبة الزحيلي، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١٠/ ٢٠٠٩)، ج: ٣/ ص: ٦١.

[٣٤٩]. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (دمشق: دار الفكر، ط: ٢/ ١٩٨٥)، ج: ٧ / ص: ٣٥٩.

٣٥. وبعبارة أخرى، فهو مثل رأي غيره من العلماء الذين يعتبرون طلاق الزوج صحيحا أو الطلاق مع أن الزوج لا يتخذ الخطوات الواردة في الآية.

(٤) فالأية (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴿٣٥﴾). في هذه الأية لا يصح العمل بدلالة مفهوم المخالفة؛ بمعنى فيها تدل بالمنطوق "إذا خيف وقوع الشقاق أو وقع الشقاق بين الزوجين فالحكم حينئذ وجوب إرسال الحكمين"، فتدل بدلالة مفهوم المخالفة على المسكوت فيها "إذا لم يقع الشقاق بينهما فلاحاجة إلى إرسال الحكمين". فالمراد بمفهوم الخالفة هو ما يكون مدلول اللفظ في محلّ السكوت مخالفا لمدلوله في محلّ النطق،[٣٥٠] بعبارة أخرى؛ دلالة الكلام على نفي الحكم الثابت للمذكور عن المسكوت، لانتفاء قيد من قيود المنطوق.[٣٥١] لأن هذه الأية تقيد بالقيد الذي يجرى مجرى الأعم الأغلب. فإن الغالب أن الشقاق أن يكون في النشوز بين الزوجين فجاء القيد به في وجوب إرسال الحكمين، ولا يؤخذ منه بمفهوم المخالفة، إذا وقع النشوز بينهما ولم يوجد الشقاق بينهما فلا حاجة إلى إرسال الحكمين. فلا يصح العمل بهذه الأية بدلالة مخالف المخالفة، لأن الأصوليين قد اتفقوا على أن أحد الشروط للعمل بمفهوم المخالفة أن لا يكون ذكر القيد في النص خرج

---

[٣٥٠]. سيف الدين الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج: ٣/ ص: ٦٧.

[٣٥١]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١/ ص: ٣٦٢.

مخرج الأعم الأغلب كما في الأية (حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ... وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ..﴿٢٣﴾)، فإن الغالب أن تكون الربيبة في حجر زوج أمها فجاء القيد به، ولا يؤخذ منه مفهوم المخالفة. لهذا فالربيبة محرمة سواء كانت في الحجر أم لا.[٣٥٢]

(٥) أية الشقاق تدل على وظيفة الحكمين عند الشقاق بين الزوجين في إصلاحهما إن يرادا إصلاحا. ومع ذلك، إذا تعذر الإصلاح بينهما فيرفع الحكمان الأمر إلى القاضي لتنفيذ قراره القانوني في تفريق بينهما. إذا كان النشوز من الزوجة فيأمر القاضي الزوج لإقرار الطلاق، وإذا كان من الزوج فيفسخ القاضي النكاح.[٣٥٣]

(٦) وبالتالي،لا يمكن وقوع الطلاق مباشرة أي أوقعه الزوج بدون المرور بالعمليات والإجراءات في الطلاق على النحو الذي تنظمه القوانين المعمول بها. هذا هو المعنى الوارد في الأمر في لفظ (فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ) الذي يشمل الحكومة، وفي هذه الحالة القضاة (الحكومة بمعنى القضاء/ (Mahkamah Agung – Peradilan Agama).

---

[٣٥٢]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١/ ص: ٣٦٢.

[353]. Dalam prakteknya kandungan surat al-Nisá' (4): 35 kini dilakukan oleh lembaga mediasi oleh mediator dan *hakamayn* dari hakim yang diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2003 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai, yang kemudian dengan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.18 Pasal 2 (3) PERMA tersebut menyatakan: *Tidak menempuh prosedur mediasi berdasarkan Peraturan ini merupakan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 130 HIR dan atau Pasal 154 RBg yang mengakibatkan putusan batal demi hukum. Dengan demikian, talak tidak dapat dijatuhkan secara langsung, tanpa melalui proses dan prosedur serta tatacara menjatuhkan talak sebagaimana diatur oleh perauran perundangan yang berlaku*. Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 01 Tahun 2008 merupakan revisi PERMA Nomor 2 Tahun 2003 dengan maksud untuk lebih mendayagunakan mediasi yang terkait dengan proses berperkara di pengadilan. PERMA ini ditetapkan di Jakarta, pada tanggal 31 Juli 2008 oleh Ketua MahkamahAgung, Bagir Manan. PERMA ini tediri atas 8 bab dan 27 pasal;.

لذلك، إذا نظرنا نظرا عميقا وفهمنا فهما تاما على الآيات المتعلقة بالطلاق بشكل موضعي (tematik) وشامل (holistik)، فمن الواضح أن في إقرار الطلاق كان للحكومة حق ودخل في التدبير والتنظيم ولا من قبل الزوج نفسه مطلقا في تنفيذه مع أن له الحق في إيقاعه.

(٧) لهذا السبب، من المؤسف جدًا أن المجتمع الإسلامي لهم فهم جيد للنصوص الشرعية بطريقة استنباطها اللفظية، إلا أنهم لا يلتفتون إلى طريقة استنباطها المعنوية في الآيات المتعلقة بالطلاق كما في لفظ (فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ)، بحيث إنهم يأخذون منها حكما من كتب الفقه القديمة، بدون النظر إلى أن الفقه لا ينفصل عن المكان والزمان وهو الحكم الحاصل باجتهاد مبني على ظنية الدلالة. ونتيجة لذلك، لا يسلم الزواج من الأحكام السلبية حول سهولة الزواج والطلاق

<u>خلاصة القول مني؛</u>

رفع أمر الطلاق إلى القضاء (أي إيقاع الطلاق بإذن المحكمة) هو تطبيق قواعد أصول الفقه **"ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"** في لفظ صيغة الأمر في الأية (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ۝١) لكونه وسيلة التي يجب عملها، ولأن المحكمة تقوم مقام الحكمين في الشقاق.

(ب) ومن الناحية المنهجية فإن الفهم الوارد في لفظ "وَأَشْهِدُواْ " و"وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ" في الآية (وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ۝٢) **هو أساس إيقاع الطلاق أمام المحكمة بطريقة الإستنباط اللغوية.**

هذا القول مؤيد بثلاثة أوجه؛

(١) لأن الآية تقتضى وجوب الشهادة في الطلاق والرجعة بصيغة الأمر، والأصل في الأمر للوجوب. **فإن قيل**؛ هذه الشهادة على الرجعة وفي الفرقة مندوب، والأمر للندب والإستحباب عند آئمة المذاهب الأربعة.[٣٥٤] فأجبت عن ذلك **بالوجهين: الأول**: الأصل في الأمر للوجوب لا لغيره من المعانى كالندب والإباحة والتهديد والإرشاد والإذن والتأديب وغير ذلك من معانيها الواردة في كتب أصول الفقه. وهذا هو الأصح من القول في معنى صيغة الأمر، لأن في صيغة الأمر في هذه الأية مجردة عن القرائن الصارفة عن الوجوب أي عدم وجود الصارف في الأية عن معنى الوجوب إلى معنى غيره.

قال الشيخ الأستاذ وهبة الزحيلي؛ "يرى جمهور العلماء أن الأمر يدل على وجوب المأمور به، ولا يصرف عن الوجوب إلى غيره إلا بقرينة من

---

[٣٥٤]. رحمت إبراهيم هراهف، **حجية مفهوم المخالفة عند الإمام الشيرازي الشافعي والإمام السرخسي الحنفي**، (رسالة البحث، ٢٠١٨)، ص: ١٢٢. نقل الإجماع على ذلك من قول العلماء. انظر راجع البحر المحيط للإمام الزركشي الشافعي، ج:٤/ ص: ١٧-٢٤، أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي؛ ج: ١/ ص:٣٧٢-٣٧٤، الوجيز في أصول الفقه للدكتور مُحَمَّد الزحيلي؛ ج: ٢/ ص: ١٦٤-١٦٧، الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان؛ ص: ٣٧٠، إرشاد الفحول للإمام الشوكاني؛ ص: ٢٦٨-٢٦٩.، المهذب في علم أصول الفقه المقارن للدكتور عبد الكريم النملة؛ ج: ٤/ ص: ١٨٠٢-١٨٠٥، وأصول التشريع للدكتور علي حسب الله؛ ص: ٢٣٦-٢٣٧.

القرائن تدل على ذلك، فإن لم توجد قرينة كان الأمر مفيداً إيجاب المأمور به".[٣٥٥]

(٢) لفظ "وَأَشْهِدُواْ" يربط بلفظ "فَارِقُوهُنَّ " باستخدام لفظ الواو، والحكم في حرف الواو في الآية يقتضى العطف للمعية. ومعنى الواو للمعية منقول عن الإمام مالك، ونسب إلى الصاحبين أبي يوسف ومحمد من الحنفية.[٣٥٦]

(٣) وفي لفظ "إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ" يدل على وجوب القصد فالأية معناها "إِذَا أَرَدْتُمُ الطَّلاَقَ". وفسر بذلك الشيخ الأستاذ وهبة الزحيلي حيث يقول؛ "يَأَيُّها النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ" أي يا أيها الرسول والمؤمنون به إذا أردتم تطليق النساء وعزمتم عليه.[٣٥٧]

(٤) في مسألة شهادة الطلاق؛ رأيت القول القائلين بوجوبها أرجح من القول القائلين بعدم وجوبها لأن في شهادة الطلاق أحوط.

٢. النقطة الثانية؛ (تحليل عميق في ضرورة تسجيل الزواج وإيقاع الطلاق أمام المحكمة على منهج القاعدة المعنوية في أصول الفقه)

استناداً إلى الأدلة الأحكام الشرعية مثل الاستحسان، والمصلحة المرسله، وسد الذريعة في الأمرين السابقين؛ أي الزواج الذي يجب تسجيله لدى الحكومة، وبطلان الطلاق ما لم يقع في الإجراءات القضائية، استنتجت واستنبطت حكما الذي اقتضى عليه بحثي.

---

[٣٥٥]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١/ ص: ٢١٩.

[٣٥٦]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١/ ص: ٣٧٨.

[٣٥٧]. وهبة الزحيلي، **التفسير المنير**، ج: ١٧/ ص: ٦٥١.

الآن سأقدّم تحليلاً عميقا لاستكمال نتائج بحثي في هذه الأطروحة، أما التحليل المراد فهو يأتي على النقاط التالية؛

أ. **الـــــــزواج**

(١) والأفضل أنه إذا أراد الشخص أن يتزوج، فيجب عليه تسجيل زواجه، وذلك وفقاً للأحكام القانونية الوضعية المعمول بها. بناءً على النظر في الاستحسان، والمصلحة المرسله، وسد الذريعة يجب إجراء التسجيل، لأن الزواج المسجل يمكن أن يضمن تحصيل القوة في الحكم (ثبوتية في الحكم) في الزواج بمعنى هناك ضمان انتظام العواقب الحكمية الناشئة عن الزواج.

لقد وجدت آراءا من الأئمة المعاصرين التي وافقت لما أرى في وجوب تسجيل الزواج استدلالا بالإستصلاح ورأوا أن هذا (تسجيل الزواج) من أمثلة تطبيق الحكم للعمل بالإستصلاح؛

- قال الأستاذ وهبة الزحيلي؛ "لما ذكر أنواعا من الأنكحة الفاسدة والصحيحة شرعا وهي نكاح المتعة، ونكاح المحلل، ونكاح الشغار، والخطبة على الخطبة فكل هذه الأنكحة فاسدة وباطلة لم يصح، ثم يذكر من الأنكحة الصحيحة وهي الزواج العرفي الذي يتم إبرامه بإيجاب وقبول، وحضور شاهدين بتلقين شيخ أو عالم من غير توثيقه أو تسجيله لدى المحاكم أو دوائر الأحوال الشخصية وهو عقد صحيح والطلاق المترتب عليه صحيح يوجب جميع آثار أو أحكام العقود الشرعية لأن صحة الزواج لا تتوقف شرعا على توثيق العقد وتسجيله, ولكن يجب أن يضم إليه في عصرنا التوثيق حفاظاً على حقوق الزوجين، حق الرجل في النسب والولد، وحق المرأة في المهر وغيره ".[٣٥٨]
- قال الأستاذ عياض السلمي؛ "تسجيل الأنكحة والمواليد في سجلات خاصة من الحاجيات التي يؤدي الإخلال بها إلى فقدان

---

[٣٥٨]. وهبة الزحيلي، **الأسرة المسلمة تحت رعاية الإسلام في العالم المعاصر**، (دمشق: دار الفكر، ط: ٤/ ٢٠٠٨)، ص: ٧٥.

كثير من المصالح. وهذا مما تدعوا الحاجة إليه لضبط الأمن ومعرفة الأنساب بالضروريات".[٣٥٩]

- قال الشيخ عبد الوهاب خلاف؛ "المصالح التي اقتضتها البيئات والطوارئ بعد انقطاع الوحي ولم يشرع الشارع أحكاما لتحقيقها، ولم يقم دليل منه على على اعتبارها أو إلغائها، فهذه تسمى المناسب المرسل أو بعبارة أخرى المصلحة المرسلة. ومثل المصلحة التي اقتضت أن الزواج الذي لا يثبت بتوثيقه رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار. فهذه مصلحة لم يشرع الشارع أحكاما لها، ولم يدل منه على اعتبارها أو إلغائها فهي مصلحة مرسلة".[٣٦٠]

(٢) إذا كان الزواج غير مسجل، وإنما يقتصر على استيفاء أركان الزواج المنصوص عليها في الفقه، وجب على الزوجين أن يرفعا أمرهما ويطلبا فوراً إثبات الزواج وتوكيده إلى المحكمة. وإذا لم يتم الإثبات للزواج بحكم من المحكمة، فإن الزواج يعتبر قانونيًا باطلًا (فاسدا) وتستحق الدولة عدم الاعتراف بوجود ذلك الزواج مع العواقب الحكمية التي تنشأ في الزواج، إلا أن يكون في الوقت الآتي قد حصل الإثبات في الزوج.

(٣) الزواج المشار في نقطة رقم ٢ حرام (لغير ذاته) بناءً على مراعاة مقتضى سد الذريعة. لأن الزواج غير المسجلة تؤدي إلى عدم الاعتراف بصحته من عند القوانين الوضعية، والعواقب الحكمية للزواج غير المعترف بها يمكن أن تسبب ضررًا للزوج والزوجة والأبناء، وبالتالي فإن هذا الزواج لا يتوافق مع قيمة المقاصد الشرعية التي تقتضي الحفاظ للحقوق والواجبات بين الزوجين وخاصة فيما يتعلق بالأمور المدنية كالنسل للمولود، من نسبه والنفقة له والحضانة والموارثة وغير ذلك من الأمور المدنية.

(٤) يمكن رؤية فوائد تسجيل الزواج في جوانب قبل انعقاد الزواج؛ إذا كانت محتويات المادة ٢ من قانون الزواج مرتبطة بالفصل الثالث (المادة ١٣ إلى ٢١) والفصل الرابع (المادة ٢٨/٢٢) والفصل الرابع من KHI إلى الفصل الثاني عشر (من المادة ١٤ إلى المادة ٧٦) على التوالي فيما يتعلق بالمنع

---

[٣٥٩]. عياض بن نامي السلمي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، ص: ٢١٠.

[٣٦٠]. خلاف، **علم أصول الفقه**، ص: ٨٥.

والإلغاء، فيتوقف القيام به إذا لم تتم تنظيمه في (PP No. 9 of 1975)، المواد من ٣ إلى ١٠. لذلك إذا كان الزواج بدون تسجيل، فإن مواد المنع والإلغاء غير مفيدة وكانت عبثا لا فائدة فيه. على الرغم من تسجيل الزواج ، فإن جميع المواد في (PP No. 9 of 1975) المواد من ٣ إلى ١٠، يمكن أن يضمن ويوفر الإتقان في الحكم (kepastian hukum) أنه لن يقع الزواج الفاسد الباطل المحرم شرعًا لا يتوافق مع إرادة الشارع، المختل فيما يتعلق بشروط الزوج، وشروط الزوجة، وغيرهما من أركان الزواج من ولاية وشاهد. هذه هي المصلحة الحقيقية التي لا يمكن إنكارها لأنها واردة في تسجيل الزواج لا عكسه.

نقلت بيانا من كتاب "القانون المدني الإسلامي في الإندونيسيا" للأستاذ أميور

نور الدين والأستاذ أزهري أكمل تاريغان؛ نصه؛

"هناك عدد من التحليلات التي يمكن ذكرها، لماذا لا يولي الفقه اهتمامًا جادًا لتسجيل الزواج، على الرغم من وجود آيات في القرآن تدل بتسجيل جميع أشكال المعاملات كما أشار إليها قوله تعالى؛ (**يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ...﴿٢٨٢﴾**) .[٣٦١]

(١) **أولا**؛ النهي عن كتابة أي شيء غير القرآن في القرن الأول، ولذلك تكون الثقافة المكتوبة أقل تطوراً من الثقافة الحفاظية (الشفوية).

(٢) **ثانيًا**؛ استمرار الأول، فهم يعتمدون بشدة على الحفظ (الذاكرة). وعلى هذا أن تذكر حدوث الزواج ليس بالأمر الصعب.

(٣) **ثالثًا**؛ وليمة العروس بشاة هي يقوم مقام الشاهد بالإضافة إلى الشاهد الشارعي على الزواج.

(٤) **رابعاً**؛ هناك مؤشرات على أن الزواج الذي حدث في الأيام الأولى للإسلام لم يحدث بين مناطق مختلفة من البلاد. لكن تم الزواج في ذلك الوقت بين الزوج وزوجة في نفس المنطقة. حتى لا تكون هناك حاجة إلى دليل على الزواج من غير الشهود.

---

[٣٦١]. سورة البقرة (٢): ٢٨٢.

"للأسباب المذكورة أعلاه ، يمكن القول أن تسجيل الزواج لم يُنظر إليه على أنه شيء ضروري مهم للغاية ولا حاجة في استخدامه لأنه لا يقوم مقام الشهود على الزواج، وتكفى الشهادة من الشاهدين العادلين في صحة الزوج. تمشيا مع العصر والديناميكيات التي تستمر في التغيير، وقعت الكثيرة من التغييرات التي يتطلب التحول من الثقافة الشفوية (الشفوية) إلى الثقافة المكتوبة، وهذه الثقافة الجديدة ميزة للمجتمع المعاصر، من تحويل الرسائل دليلا أصيلا. لا يمكن الاعتماد على الشهود الأحياء فقط، لأنهم قد يفقدون بسبب الوفاة، بل يمكن للبشر أيضًا أن ينسى ويخطئ. وعلى هذا الأساس، هناك حاجة دليل أبدي يسمى التسجيل. وبالتالي، فإن أحد تطوير الحكم في الأسرة الإسلامي هو إدراج سجلات الزواج في أركان الزواج التي يجب توفيرها. ويسمى هذا الأمر تطويرا لعدم وجود وجوب تسجيل الزواج في كتب الفقه القديمة أو الفتاوى".[٣٦٢]

ب. الطـــــلاق

(١) الأفضل أنه يجب على الزوج إيقاع طلاق أمام المحكمة إذا أراد الفراق من زوجته. بناءً على مراعاة مقتضى الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة، يجب أن يكون الطلاق بإقرار إذن المحكمة. الطلاق على النحو هذا يمكن أن يضمن تحصيل القوة في الحكم في الطلاق بمعنى هناك ضمان انتظام العواقب الحكمية الناشئة عن حدوث الطلاق.

(٢) إذا طلّق الزوج زوجته خارج المحكمة، وجب عليه رفعه فورا إلى المحكمة للحصول على ثبوتية الطلاق، بمعنى أنه يجب على الزوج إعادة إيقاع الطلاق أمام المحكمة، مع التفاصيل؛

(أ) إذا لم يتحقق الصلح بين الزوجين بعد تحكيم (وساطة)، وجب على الزوج إعادة إيقاع الطلاق لأول مرة بإقرار إذن المحكمة. أما الطلاق الذي نزل خارج المحكمة يعتبر باطلاً ولم يكن موجوداً حتى لو تكرر الطلاق.

(ب) وإذا تحقق الصلح بين الزوجين بعد تحكيم (وساطة)، ولم يزل النكاح صحيحا والطلاق غير موجود. أما الطلاق الذي نزل خارج المحكمة يعتبر باطلاً ولم يكن موجوداً حتى لو تكرر الطلاق.

---

[362]. Amiur Nuruddin, Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia, Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam dari Fikih, UU No. 1 Tahun 1974 sampai Kompilasi Hukum Islam,* (Jakarta: Prenadamedia Group, Cet 7, 2019), hal: 96-97.

(٣) إن الطلاق من الزوج خارج المحكمة فعل غير مشروع ويفضي إلى ظلم والظلم حرام في الشرع ولا يوافق إرادة الشارع ومقصوده. فالطلاق على النحو هذا يضر الزوجة ضررا كبيرا بناءً على مراعاة مقتضى سد الذريعة.

(٤) وجود الرقابة في الطلاق لرفع الضرر وجلب المنافع، وذلك وفقاً للقواعد الفقهية (در المفاسد وجلب المصالح). ثم وضع الضوابط في أسباب الطلاق كما تقرر في؛

- قانون الزواج رقم ١ لسنة ١٩٧٤ في المادة ٣٩ الآية ٢، نصه؛ ***(حدوث الطلاق يجب أن يكون بسبب كاف على عدم تمكن الزوجين من التعايش في الأسرة)***.
- والسبب الدال على ممكن حدوث الطلاق يقرر في KHI، نصه؛ ***(أن يكون أحد الطرفين يفعل الأمور الأتية؛ مثل الزنا، وشرب الخمر، والسرقة وغير ذلك من الأفعال السيئات الفاحشة التي يصعب علاجها، أن يكون أحد الطرفين يترك الآخر بدون إذنه لمدة طويلة بقدر سنتين متتابعين بلا عذر، أن يكون أحد الطرفين يسجن للجريمة على مدة خمس سنوات أو أكثر منها، أن يكون أحد الطرفين لم يحسن في المعاشرة بحيث يضرب الآخر ضربا شديدا أو يظلمه أو يضره ضررا كبيرا، أن يكون لأحد الطرفين عيب أو مرض يمنعه من قيامه الواجبات، وقوع الخلافات والتنازعات الشديدة بين الزوجين ولا أمل ولا رجاء أن يكونا يجتمعان في الأسرة في سكينة و مودة ورحمة، أن يكون الزوج ينتهك تعليقه في الطلاق، أن يكون أحد الطرفين مرتدا)***.[٣٦٣]

هذه الأسباب وضعت في شكل القانون لقبول حدوث الطلاق سدا لذريعة من حدوث الطلاق المجرد من سبب شرعي لأنه محظور شرعا. ولكن إذا كان الطلاق الواقع لسبب من هذه الأسباب فكان مصلحة للزوج والزوجة، بل إذا كان الطلاق لا يحدث وجدت مفسدة ومضرة. ولذلك وضع هذه الأسباب موافق للقاعدة الفقهية؛ (**تصرف الإمام**

[363]. UU Nomor 1 Tahun1974, Pasal 39 ayat (2); Kompilasi Hukum Islam, Pasal 116.

على الرعية منوط بالمصلحة) [٣٦٤] في توضيح هذه القاعدة يقول الأستاذ محمد الزحيلي؛

"هذه القاعدة ترسم حدود الإدارات العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم على الرعية. فتفيد أن أعمال الولاة النافذة على الرعية يجب أن تبنى على المصلحة للجماعة وخيرها، لأن الولاة من الخليفة فمن دونه ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل، ودفع الظلم، وصيانة الحقوق والأخلاق، وضبط الأمن، ونشر العلم، وتطهير المجتمع من الفساد، وتحقيق كل خير للأمة بأفضل الوسائل، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة. فكل عمل أو تصرف من الولاة على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استثمار أو استبداد أو يؤدي إلى ضرر أو فساد هو غير جائز".[٣٦٥]

وإليك أن آتي الحجة على ما أقول من الزواج والطلاق و أبينها بيانا شافيا؛

١. هذا التحليل هو التكميل للحكم المنصوص في الفقه بطريقة الإستنباط اللغوية، لذلك يجب تطويره لاستكمال الثغرات الموجودة في الحكم بسبب التغيرات في المكان والزمان. تسجيل الزواج لدى الحكومة والطلاق في المحكمة هما الحكمان المستنبطة بالإجتهاد الإستصلاحي على طريقة الإستنباط المعنوي بالإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة مراعاة لتحصيل القوة في الحكم (ثبوتية في الحكم) والفوائد في الحكم والعدالة في الحكم. كل هذه ترجع إلى المبدأ الأساسي للشريعة الإسلامية وهو الحفاظ لمقاصد الشريعة.

٢. إثبات الحكم في هذا الأمر بالإجتهاد الإستصلاحي تطويرا لمنهج الإستنباط من اللغوية إلى المعنوية بالإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة مهم وضرورة، لاسيما فيما يتعلق بمسائل العلاقات الإجتماعية وتسمى هذه أحكاما معاملة. الزواج والطلاق ليس منحصرا فيما يتعلق

---

[٣٦٤]. محمد مصطفى الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١/ ٢٠٠٦)، ص: ٤٩٣.

[٣٦٥]. محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، ص: ٤٩٣.

بالعبادة بين المخلوق والخالق (عَمُودِيًّا) لأن فيهما ميثاق غليظ، بل كانا يتعلقان أيضا بالعبادة بين المخلوق أي العلاقة الإجتماعية وهذه تسمى أحكاما معاملة. لأن الزواج والطلاق لهما العواقب الحكمية تقتضى الوفاء من الزوجين في الحقوق والواجبات بينهما. ولذلك الحكم المستنبط بالإجتهاد الإستصلاحي على طريقة الإستنباط المعنوية مراعاة للمبدأ الأساسي للشريعة الإسلامية وهو الحفاظ لمقاصد الشريعة.

قال الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء نقلا عن كلام الشاطبي في الموافقات؛

"وقد أوضح الإمام الشاطبي في كتابيه الموافقات والاعتصام، وكذا غيره من الفقهاء الأصوليين النظار، أن أحكام الشريعة قسمان؛ **(الأول)** ما يتعلق بشؤون الآخرة وهو العبادات، و**(الثاني)** ما يتعلق بتنظيم شؤون الدنيا وهو ما سوى العبادات من الأمور العادية والتعاملية ونحوها. فالقسم الأول: أي العبادات، لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها، وإنما الأمر فيه مبني على الاتباع التعبدي. (**والقسم الثاني**) وهو الذي يتكون منه تشريع النظم العملية، فإنه معلل بمصالح العباد ومرتبط بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما تفيده نصوص الشريعة نفسها. وقد توسع الإمام مالك الله عنه في النظر إلى تلك العلل والمعاني المصلحية في هذا القسم، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان، وثبت عنه أنه قال (الاستحسان تسعة أعشار العلم) انتهى - الموافقات ج ٢ ص ٣٠٧).[٣٦٦]

٣. الإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة المبني على أساس المصلحة التي ترجع إلى الحفاظ لمقاصد الشريعة هو الإجتهاد الإستصلاحي. وتطبيق هذا الإستدلال لإثبات وجوب تسجيل الزواج لدى الحكومة ووجوب الطلاق في المحكمة صحيح ومقبول. لأن الإجتهاد في الظنيات أو فيما لا نص ولا إجماع ولا قياس فيه هو محل الإجتهاد ومجالاته كما أجمع عليه الأصوليون. بل الإجتهاد المبني بالإستصلاحي على طريقة الإستنباط المعنوية في الوقائع الحديثة الجديدة التي لم يرد فيها حكم من النصوص الشرعية ولا إجماع عليها ولا قياس لها، واجب وضرورة

[٣٦٦]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٦٣.

للحفاظ على المبدأ الأساسي من الشريعة الإسلامية وهي صالحة لكل زمن ومكان إذا اقتضت الحاجة إليه.

وفي هذا، وردت عبارات من الأصوليين على وجوب فتح طريقة الإستنباط للأحكام الشرعية بالإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة.

قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء؛ "الاستصلاح هو كالاستحسان أصل من أصول الأحكام الفقهية أى من مصادرها. فهو في اصطلاح فقهاء الشريعة: الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو الإثبات، وتكون متفقة مع مقاصد الشريعة العامة. وهو طريق مشروع فيها لتطبيق قواعدها وأوامرها على الوقائع الجديدة التي لا نص فيها، وسن التدابير اللازمة في إدارة شؤون الأمة وفقاً لمقاصد الشريعة العامة في جلب المصالح ودرء المفاسد، وإقامة الحياة على أكمل وجه ممكن. فالسبب الموجب لفتح طريق الاستحسان والاستصلاح في سبيل تقرير الأحكام الشرعية للنوازل والتدابير الجديدة في نظر فقهاء الرأي من أئمة المذاهب الاجتهادية، هو أن هذا من لوازم العقيدة الإسلامية في أن شريعة الإسلام هي الشريعة الأخيرة الخالدة التي استكملت حاجة البشر من التنظيم الإلهي الحكيم، وتأسيس الأحكام والقواعد الصالحة لكل زمان ومكان في الحالات والحاجات الأصلية والطارئة، والأوضاع الثابتة الدائمة، والاستثنائية الموقوتة،مها تطورت الحياة البشرية وتعرضت لمختلف الظروف. فشريعة هذا شأنها وهذه عقيدة أصحابها بها لا بد فيها من فتح طريق القياس في المصادر الأصلية لأحكام الشريعة، وفتح طريق الاستحسان والاستصلاح والعرف لتكون مصادر تبعية ملحقة ضمن حدود وقيود، لكي تستدرك من الأحكام والتدابير كل ما لم يرد نص فيه، ولا في نظير له يقاس عليه، وتقوم بتنزيلها على منازلها الصحيحة من قواعد الشريعة ومقاصدها في العدل والإصلاح.[٣٦٧]

٤. إدعاءات عن الضرر الناشئة حتى تدعو الحاجة إلى تغيير الحكم من عدم وجوب تسجيل الزواج إلى وجوبه ومن عدم وجوب الطلاق في المحكمة إلى

[٣٦٧]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٣٧-٣٨.

وجوبه إستدلالا بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة المبنية بالإجتهاد الإستصلاحي، هي فيما يلي من النقاط التالية؛

(أ) كل حكم يتعلق بالعواقب الحكمية كما سبق ذكره عن الزواج والطلاق لن يتم تنفيذه إلا أن يكونا الزواج والطلاق يعتبران في القانون الوضعي. فشروط الإعتبار هو التسجيل للزواج وفي المحكمة إيقاع الطلاق من الزوج.

(ب) وقع كثير من الزواج السري (الزواج يقتصر على استيفاء أركان الزواج المنصوص عليها في الفقه). وإذا كان ثم وقعت الخصومات والنزاعات بين الزوجين وتدعو هذه الحالة إلى الفراق بينهما إما بسب شرعي كعدم المعاشرة بالمعروف من الزوج وتعطيل نفقتها والنشوز أو الإعراض من الزوج أو الظلم للزوجة أم بدون سبب شرعي، فلا قدرة للزوجة ولا ملجأ لها على الإنفصال عن رباط الزواج وفراق زوجها، لأن الزواج بينهما لا يعتبره قانون الدولة، وهذه الحالة ضرر شديد للزوجة.

(ج) إذا كان الطلاق من الزوج لم يرفع إلى المحكمة بل أوقعه الزوج خارجها فيجب قبض سلطة الزوج في الطلاق وتنظيمه سدا للذريعة وخشية لوقوع الطلاق البدعي منه، والطلاق بمثل هذا ممنوع ومحرم شرعا. ولهذا يعتبر الطلاق خارج المحكمة ضرر للزوج.

(د) حقوق الزوجة المطلقة سهل وتيسّر تضييعها وتعطيلها من قبل أزواجهن عمدا كان أو بغير عمد. وعندما حدثت هذه الحالة فلا قدرة للزوجة ولا ملجأ لها في طلب حقوقها في المحكمة. هذه الحالة ضرر عظيم للزوجة.

(إ) وفي النهاية، إذا كان الزواج لم يسجل ثم حدث الطلاق خارج المحكمة، فالزوج والزوجة افترقا فسيكون الضرر الذي يلحق بالطفل كبيرًا جدًا فيما يتعلق بحقوقه المدنية.

إذا وردت اعتراضات منكم لما سبق من هذه الحجة أو تقول؛

١. يتوقف صحة الزواج بتسجيله لدى الحكومة أو صحة الطلاق بإيقاعه في المحكمة كان ذلك مما لم يرد نص شرعي على حكمه، وهذا مخالف

له فإن النص الشرعي لا يشترط في صحة الزواج أن يكون مسجلا لدى الحكومة وفي صحة الطلاق من الزوج أن يكون موقعا أمام المحكمة، هذا باطل.

يجاب هذا الإعتراض بثلاثة أجوبة؛

(أ) وجوب التسجيل في الزواج والطلاق في المحكمة هو الإجتهاد الإستصلاحي بالإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة المبنية على المصلحة الموافقة لمقاصد الشريعة التي راعت عليها. وعلى هذا فإن هذا الحكم لم يكن باطلا بل يكون صحيحا لرعاية المصلحة بين الزوجين.

(ب) إذا اعتبر أن الإجتهاد البياني بطريقة الإستنباط اللغوية والإجتهاد الإستصلاحي بطريقة الإستنباط المعنوية يتعارضان بعضهما على بعض. فرأيت بأن هذا الإقتراض خطأ ومردود، لأنه كان الإجتهاد سواء كان بيانيا أم إستصلاحيا قد اتفق عليهما جماهير الأصوليين بالقبول. لا سيما الإجتهاد الإستصلاحي في المسائل العصرية أو الوقائع الحادثة التي يصلح فيها الإجتهاد وكانت محلا للإجتهاد ومجالاته لعدم ورود النص الشرعي فيها، وإذا ظننت أنت أن في مسألة الزواج والطلاق قد وردت النصوص الشرعية فيها ولا حاجة إلى تخريج الحكم الجديد بالإجتهاد الإستصلاحي، فنعم، ولكن إذا كان الزواج غير مسجل والطلاق موقع خارج المحكمة فحصلت ضرر كبير في الزوجين كما مر بيانه، والضرر يزال ويدفع، والمصالح تجلب. ثم إن الإجتهاد البياني في هذه المسألة دور دلالته ظني لا قطعي، والظني محل الإجتهاد ومجالاته، فيصح تغير الإجتهاد فيها.

(ج) إذا تعارض اقتضاء الحكم من الإجتهاد الإستصلاحي باقتضاء الحكم من الإجتهاد البياني فإن أساس تحديد الأولويات هو؛ عندما يتعلق الأمر بأحكام العبادة المهضة وكانت العبادة غير معقولة المعنى وتسمّى تعبّدية، فالعمل فيه بما في المنطوق ولا مكان للاجتهاد الإستصلاحي، ولكن عندما يتعلق الأمر بأحكام العبادة غير المهضة وكانت العبادة معقولة المعنى وتسمّى تعقلية أو يكون الأمر بأحكام المعاملة، فالعمل فيها بالإجتهاد إما بتعليل الأحكام وهو القياس وإما

برعاية مقاصد الشريعة، وفي هذه المسألة يمكن استخدام الإجتهاد الإستصلاحي بالإستدلال بأدلة الإستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذريعة المبنية على المصلحة الموافقة لمقاصد الشريعة التي راعت عليها. وإذا كان اقتضاء حكم الإجتهاد البياني لا يضمن دفع الأذى أو المضر الذي لا يتوافق مع إرادة الشارع والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، فيمكن عندئذٍ ترك الحكم من الاجتهاد البياني وإلغائه والعمل بما اقتضى به الإجتهاد الإستصلاحي، على أساس أن الاجتهاد الإستصلاحي يضمن تحقيق المصالح التي راعت بها مقاصد الشريعة هذا.

ويؤيد رأيي ما يقول به الشيخ الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء؛ حيث نصه؛

"إذا تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة فيمكن إيضاح هذا القول بأمور تالية؛

(أ) رأينا فيما سلف من تعريف المصلحة وشرائطها أنها هي التي تتفق مع المقاصد العامة للشريعة، دون أن يكون هناك نص شرعي عليها أو على التي ما يماثلها بحيث يمكن أن تقاس عليه. فالمفروض إذن في الأمور والأحكام التي يبنيها الاجتهاد الفقهى على قاعدة المصالح أنه لا يوجد نص شرعي يأمر بها أو يأمر بأمر تجمعها به علة مماثلة بحيث يمكن أن تقاس عليه. إذ لو كان مثل هذا النص موجوداً في الموضوع لكان الحكم المطلوب مضافاً إليه أو إلى القياس المبني عليه، لا إلى مجرد المصلحة التي أوجب الشرع الإسلامي رعايتها بوجه عام. ولكن العكس ممكن التصور والوقوع وهو أن يعترض سبيل المصلحة المتفقة مع مقاصد الشريعة نص شرعي مانع، فهل يعمل عندئذ بالنص دون المصلحة أو بالمصلحة دون النص؟ ما هو الموقف الفقهي في ذلك؟

(ب) إن النصوص الشرعية نوعان؛ **نصوص خاصة** ترد عن الشارع في مسائل وحالات معينة مخصوصة فتأمر بها أو تنهى عنها بخصوصها. **ونصوص عامة** ذات شمول وإحاطة يدحل تحت حكمها أمور وحالات وأفراد كثيرة متجانسة.

(ج) ثم إن النص الشرعي قد يكون قطعياً في دلالته على المعنى المراد وفي ثبوت نقله عن الشارع، وقد يكون غير قطعي في إحدى هاتين الجهتين، أي الدلالة أو الثبوت.

- فإذا كان النص قطعياً في دلالته وثبوته لا يتصور أن تعارضه مصلحة تقتضي خلافه، لأن معيار المصلحة هو النظر الشرعي. فما نظنه مصلحة بنظرنا الخاص، وهو معارض لنص قطعي، هو عندئذ مفسدة في نظر الشارع من وجوه أخرى راجحة. فلا شك في لزوم العمل بالنص دون هذه المصلحة الموهومة. وهذا متفق عليه بين أئمة فقهاء الشريعة.
- أما إذا كان النص غير قطعي في دلالته أو في ثبوته فإن الاجتهادات مختلفة في جواز تقييده وتخصيصه بالمصلحة عند التعارض؛

(١) فالاجتهادات التي ترفض نظريتي الاستحسان والاستصلاح لا تقبل تخصيص النص- ولو كان غير قطعي- بالمصلحة، لأن من يرفض تحكيم المصلحة المرسلة عند فقدان النص، فعند معارضة النص لها يرفضها بطريق الأولوية.

لكن إذا اعترض سبيل تطبيق النص ضرر عارض يصل إلى درجة الاضطرار فعندئذ تحكم قاعدة الضرورات، واختيار أهون الشرين، فإن الضرورات تبيح المحظورات.

وقد قال الإمام الغزالي؛ أنه إذا طرأت ظروف عارضة تقتضي المصلحة فيها مخالفة النص الشرعي، وكان يترتب على التمسك بالنص ضرر عام محيط محقق فإن رعاية المصلحة هنا على خلاف مقتضى النص واجبة ولا يمكن الاختلاف فيها.

(٢) أما الاجتهادات التي تأخذ بنظرية الاستصلاح، ففيها اتجاهان؛ **الاتجاه الأول**؛ لا يقبل تخصيص

النص بمقتضى المصلحة المرسلة ولو كان النص غير قطعي، وهذا هو اتجاه الاجتهاد الحنبلي. فدلالة النص وعمومه مقدمان في مذهب أحمد بن حنبل على النظر إلى المصلحة، لأن محل النظر إليها إنما يكون عند فقدان النص ولا مجال للنظر إليها عند وجوده. **والاتجاه الثاني؛** يرى أصحابه أن المصلحة تخصص النص عند التعارض أي إنهم يرون إعمال النص في الحالات التي لا تنافي تلك المصلحة المعارضة، إذ يرون في هذه المصلحة الموزونة بالمقاييس الشرعية دليلاً على أن الشارع إنما يريد بنصه أن يطبق فيها لا تقتضي المصلحة خلافه.[٣٦٨]

٢. وجوب الطلاق في المحكمة مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي حقا وسلطة الطلاق للزوج وليس للقاضي (المحكمة).

"قبل إجابة هذا الإعتراض يجب علي أن أقول بأني وجدت أن الشيخ الأستاذ وهبة الزحيلي يرى بهذا ويرد القول من توقف صحة الطلاق من الزوج حتى يرفعه إلى القضاء، فقال؛ "ليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة؛ لمصادمة المقرر شرعاً، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له، فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك أيضاً في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها، فإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم، وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء، وقد يعسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي".[٣٦٩]

وقوله الآخر في أصول الفقه الإسلامي حيث يبين أحد الشروط للعمل بالمصلحة المرسلة أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها بحيث يكون مقطوعا ترتب المصلحة على الحكم وليس مظنونا ولا ومتوهما أي أن يتحقق من

---

[٣٦٨]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٨٧-٩١.

[٣٦٩]. وهبة بن مصطفى الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج: ٧/ ص: ٣٦١.

تشريع الحكم جلب نفع أو دفع ضرر؛ وقال أن سلب الزوج حق الطلاق وجعله بيد القاضي مثلا، فهذا لا يجوز لمخالفته للنص، ولأنه لا يأتي بنفع محقق.[٣٧٠]

يجاب هذا الإعتراض بالوجوه الآتية؛

(أ) وإني مع احترامي وتعظيمي لرأي الشيخ الأستاذ وهبة الزحيلي - القائل بعدم الفائدة في جعل الطلاق بيد القاضي لمصادمة المقرر شرعاً وليس ذلك أيضاً في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها - أخالفه في رأيه. وأقول: في قوله – "عدم الفائدة في جعل الطلاق بيد القاضي لمصادمة المقرر شرعا" - فقد أجبته في الرقم ١ وقد سبق بيانه. وفي قوله أيضا - "ليس ذلك أيضاً في مصلحة المرأة نفسها؛ لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها" - سأجيبه في الرقم الآتي (وأشرته في الرقم ٤ الآتي).

(ب) هذا القول أو الزعم لا يسلم، فإن وجوب الطلاق على الزوج في المحكمة هو الاجتهاد الإستصلاحي منعا وسدا للذريعة للزوج من مخالفة الأحكام الشرعية في الطلاق، على سبيل المثال، النطق بالطلاق الثلاث دفعة واحدة، تطليق الزوجة وهي حائض، تطليق الزوجة في الطاهر بعد الجماع بها، وتطليق الزوجة بدون سبب شرعي. وإذا لم يتم التنظيم في وقوع طلاق الزوج من قبل المحكمة، فلن تنفذ أحكام ولن تتحقق مبادئ الشريعة. وذلك بناء على العوامل النفسية للزوج ومعرفة الزوج بأحكام الشرعية في الطلاق. وبالمثل، فإن الزوجة ليست لها من قبل الشريعة حق ولاية أو سلطة في إيقاع الطلاق حتى لا تكون قادرة على تطليق زوجها إذا أرادت قطع رباط الزواج والانفصال عن زوجها، يتأثر ذلك بالحالة النفسية للمرأة التي تميل إلى أن تسيطر عليها المشاعر وليس بالعقل (هذا يختلف مع الرجل) [٣٧١] بحيث إذا أعطيت الزوجة ولاية أو سلطة

---

[٣٧٠]. وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ٢/ ص: ٧٩٩-٨٠٠ .

[٣٧١]. جعل الإسلام الطلاق من حق الرجل وحده؛ لأنه أحرص على بقاء الزواج التي أنفق في سبيلها من المال وما يحتاج إلى إنفاق مثله. وعليه أن يعطي المطلقة مؤخر المهر ومتعة الطلاق وأن ينفق عليها في مدة العدة إذا طلق زوجته وأراد عقد زواج بآخر. والسبب في حقه على الطلاق كما قال الفقهاء؛ لأنه بذلك ةبمقتضى

تطليق زوجها، سيكون لها القدرة على انتهاك مبادئ الشريعة المتعلقة بالزواج. بناء على هذا رأيت يمكن تطبيق هذا العامل النفسي أيضاً على الزوج لتنظيم ولايته وسلطته في إيقاع الطلاق للزوجة بحيث يكون الطلاق في المحكمة. لأنه للزوج أيضًا إمكانية تطليق زوجته ظلما بسبب عدم معرفة الزوج بقواعد الطلاق وأحكامه، على الرغم من وجود معرفة الزوج بقواعد الطلاق وأحكامه، فمن الممكن أن يتصرف الزوج ظلما في تطليق زوجته. وعلى ذلك يعتبر حضور المحكمة ضروريا لتنظيم واختبار صدق نية الطلاق للزوج وعزمه للفراق عن زوجتها مع أسبابها الشرعية ثم هذا لتقليل حدوث الطلاق الذي لا يتفق مع قواعد الطلاق من الشريعة الإسلامية.

(ج) وجوب الطلاق في المحكمة لا يحرم ولا يلغي ولا ينتزع حق الزوج في الطلاق ولا ينقص ولايته وسلطته فيه شيأ، ويبقى الزوج حريا عن هذا الحق أطلق أو لم يطلق. وهذا مقرر في قانون الزواج في المادة ١٣١ الآية (١-٤)،[٣٧٢] ولكنه بحضور المحكمة ينتظم في كيفية استخدام هذا الحق للزوج وولايته وسلطته فيه بحيث لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية. خلفية هذا الفكر هي أن الطلاق في القرآن يجب أن يتم بأفضل طريقة ممكنة، قال الله تعالى إرشادا في ذلك:(**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ...﴿٢٢٩﴾**)، لذلك عندما لا يستطيع الزوج التصرف بعدل، فإن الطلاق يحتاج إلى تنظيم.

(د) إن الطلاق أمام المحكمة الذي حددته الحكومة من خلال القانون هو أمر واحب أن يطيعه المسلمون الإندونيسيون، لأنه موافق مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على النسل والأموال. وانسجاما مع ذلك، يمكن للقانون أن يزيل الخلاف بين الفقهاء في الطلاق كما هو موجود في كتب الفقه، مثل: هل يجب وجود نية؟، وهل وجوب وجود شاهد

عقله يكون أصبر على ما يكره من الزوجة، فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يبغضها أو سيئة منها يشق عليه احتمالها. والزوجة أسرع منه غضبا، وأقل احتمالا، وليس عليها من تبعات الطلاق ونفقاته مثل ما عليه، فهي بالمبادرة إلى حلّ عقدة الزوجية. انظر، **فقه السنة** للسيد سابق، (بيروت: دار الفكر: ط:٤/ ١٩٨٣)، ج: ٢/ ص : ٢١٠-٢١١.

[372]. Kompilasi Hukum Islam, Pasal 131 ayat (1), (2), (3), dan (4).

عند الطلاق؟. لهذا السبب، لوجود إتقان الحكم واتحاد الحكم، سلكت الحكومة طريق الاجتهاد الإنشائي[٣٧٣] والانتقائي[٣٧٤] في تحديد الطلاق الذي أوقعه الزوج لزوجته. المصلحة مع جميع الفوائد المترتبة من إيقاع الطلاق أمام المحكمة للزوج والزوجة خاصة والمجتمع عامة أساسها على القاعدة الإستصلاحية أو المصلحة المرسلة. بل يمكن التعامل بها من خلال النظرية لجيريمي بينتام (النفعية الفردية) وجون ستيوارت ميل ورودولف فون جيرينج (النفعية الاجتماعية).[٣٧٥]

٣. إن رسول الله ﷺ وأصحابه ﷺ والذين جاءوا من بعدهم من الفقهاء لم يطلبوا الطلاق أمام القضاء أو المحكمة بعبارة أخرى لا يوجد قول ولا عمل على اشتراط صحة الطلاق أمام المحكمة.

يجاب هذا الإعتراض؛

---

[٣٧٣]. قال الأستاذ يوسف القرضاوي؛ الاجتهاد الانتقائي: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به ، ترجيحا له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى. ولست مع الذين يقولون: إن أي رأى فقهى نقل إلينا عن أحد المجتهدين نقلا صحيحاً يجور لنا أن نأخذ به دون بحث عن دليله ، وخصوصاً إذا كان منسوباً إلى أحد المذاهب المتبوعة. فالواقع أن مثل هذا الأخذ تقليد محض، وليس من الاجتهاد الذي ندعو إليه في شيء، لأنه مجرد أخذ قول غير المعصوم ، بلا حجة. إنما الذي ندعو إليه هنا : أن نوازن بين الأقوال بعضها وبعض ، ونراجع ما استندت إليه من أدلة نصية أو اجتهادية ، لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة وأرجح دليلا ، وفق معايير الترجيح ، وهي كثيرة . ومنها : أن يكون القول أليق بأهل رماننا ، وأرفق بالناس وأقرب إلى يسر الشريعة ، وأولى بتحقيق مقاصد الشرع ، ومصالح الخلق ، ودرء المفاسد عنهم. انظر يوسف القرضاوي، **الإجتهاد في الشريعة الإسلامية**، ص: ١١٥.

[٣٧٤]. قال الأستاذ يوسف القرضاوي؛ الاجتهاد الإنشائي: استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل، لم يقل به أحد من السابقين سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة. ومعنى هذا أن الاجتهاد الإنشائي قد يشمل بعض المسائل القديمة بأن يبدو للمجتهد المعاصر فيها رأي جديد لم ينقل عن علماء السلف. والقول الصحيح الذي ترجحه أن المسألة الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء السابقون على قولين، يجوز للمجتهد فيما بعد أن يحدث قولا ثالثا، وإذا اختلفوا على ثلاثة أقوال، يجوز أن يحدث رابعا ، وهلم جرا. انظر يوسف القرضاوي، **الإجتهاد في الشريعة الإسلامية**، ص: ١٢٦.

[375]. Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum*, (Bandung: Remaja Rosda Karya, 1985), hal: 24.

الطلاق الذي وقع في عهد النبي كان معروفاً عند الرسول صلى الله عليه وسلم بتقريره أي أن رسول الله ﷺ قد أُبلغ بوقوع الطلاق من بعض أصحابه وكانت هذا علامة للطلاق بإذن رسول الله ﷺ. وفي هذه الحالة يعمل رسول الله ﷺ كحاكم (قاضي) بمعنى واسع وهو يتولى كمؤسسة قضائية.

٤. أن يكون الطلاق الذي يقع أمام المحكمة يكشف أسرار الأسرة و عيوبها التي يجب إغلاقها بإحكام وعدم جواز معرفتها للآخرين، لما كان من الأخلاق في الإسلام الحفاظ على أسرار أو عيوب الآخرين.

يجاب هذا الإعتراض بأمور تالية؛

إذا رأيتم بأن الطلاق الذي وقع أمام المحكمة يكشف أسرار الأسرة وعيوبها بين الزوج والزوجة الذي يجب إغلاقه بإحكام حتى لا يعرف الآخرون السيئات التي تحدث فيه، فيمكن تفسير ذلك على النحو التالي؛

(أ) الأصل أن فتح العيب محظور شرعاً لما جاء في الحديث رواه مسلم في صحيحه؛ فقال رسول الله ﷺ:(**من ستر مسلما ستر الله في الدنيا والآخرة**).[٣٧٦]

(ب) إذا كانت العيوب بين الزوجين لا تقتح ولا تظهر في حلّ مشكلة الطلاق وإنهائه أمام القاضي (المحكمة)، فلا يمكن للقاضي أن يقرر القضية بشكل صحيح. بل الأولى تتم الوساطة من خلال وسيط من أهل الزوجين أو من قبل الحكمين. فلذلك، لعمل الأمر بالإصلاح في الآية لابد من إتيان الوسيلة الموصلة إلى المقصود عملاً بالقاعدة الفقهية (للوسائل حكم المقاصد).[٣٧٧] في هذه الحالة يكون الكشف عن السّر أو العيب وسيلة لحل مشكلة الطلاق، حيث لن يتمكن الطبيب من معالجة مرض المريض بدون الإخبار الصحيحة والصادقة منه بمرضه.

---

[٣٧٦]. مسلم، **صحيح مسلم**، (مطبعة عيسى الباب الحلبي)، ص: ٤٧٣.

[٣٧٧]. مُحَمَّد الزحيلي، **القواعد الفقهية**، ص: ٦٧٨. القواعد الكلية في المذهب المالك.

(ج) وفي القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٩ حول القضاء الإسلام في المادة ٦٨ الآية ٢ تقرر؛ (**الفحص في طلب الطلاق يعمل في محكمة مغلقة (سرية) وإلا يكون الطلاق باطلا حكمًا**).[٣٧٨]

٥. وجوب إيقاع الطلاق أمام المحكمة لا فائدة ولا مصلحة لأن الأسباب التي دعت لحدوث الطلاق هي أمور تتعلق بأمور نفسية، لذلك لا حاجة لوجود محكمة، بل يكفى هذا الأمر بالسلطة الفردية من الزوج في حق الطلاق وحده.

يجاب هذا الإعتراض؛

وجوب الشهادة على الطلاق أمام المحكمة ضرورة لتقليل حدوث الطلاق، ليوازن الطرفان ما بين الخير والشر في حدوث الطلاق. بل الواقع أن الأزواج الذين ينوون تطليق زوجاتهم أحيانًا يلغون نواياهم ويبطلها، لأنهم تلقوا النصح؛ إما من قبل الوسيط عند الصلح أو القاضي الذي يفحصهم قبل الفصل في القضية. ويختلف الأمر إذا كان حق طلاق الزوج بدون تَدَخُّلِ المحكمة، فيمكن للزوج أن يوقع الطلاق على زوجته في أي وقت وفي أي مكان. بل في الواقع، في الممارسة العملية في إندونيسيا، هذا الطلاق لا من قبل الناس العامي فقط بل يتم وقوعه من قبل أشخاص محترمين ذوي العلم والمعرفة. هذا توكيد من رأيي في رقم الثاني السابق في هذا الفصل، هذه الحالة داخلة تحت إنذار الحديث (**أبغض الحلال عند الله الطلاق**). وبالتالي، فإن الرأي القائل بأن الطلاق أمام المحكمة لا يجلب منافع أو يكون منافع وهمية هو رأي غير صحيح.

نقلت من كلام الطاهر الحدّاد حيث يذكر أهمية حضور المحكمة في تنظيم

حق الزوج في الطلاق حيث ينبغي توفر إذن إقرار الطلاق منها إلى الزوج لصحة

الطلاق، فقال؛

[378]. UU No 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Pasal 68 ayat (2), lihat juga KHI Pasal 145. "Apabila tidak dicapai perdamaian, pemeriksaan gugatan perceraian dilakukan dalam sidang tertutup".

(١) إن حضور المحكمة هو تقويم كل ما يخالف الشريعة الإسلامية، وفي هذا الأمر يتعلق بالطلاق، ولذلك في حالة الطلاق يجب على الزوج أن يفكر بعمق في تأثير قراره حتى يصبح أكثر حذرًا وعقلانية.

(٢) من خلال الإجراءات القضائية، من المأمول أن يتم استخدام حق الطلاق بشكل صحيح ولا يتم تطبيقه إلا في حالات الضرورة.

(٣) تعمل المحكمة في الواقع كحَكَمٍ على النحو الذي أوصت به الشريعة الإسلامية، بعبارة أخرى المحكمة كالحكم وهي عاملة معاملة الحكم في الصلح بين الزوجين قبل أن تقرر إذن إقرار الطلاق إلى الزوج حين لا سبيل الخير للزوجين إلا الطلاق.

(٤) حضور المحكمة مهمة في ضمان حقوق طرفين من تبعات الطلاق، على سبيل المثال ضمانات التعويض في الطلاق والمتعة.[٣٧٩]

قلت؛ وإذا رأينا إلى القانون الوضعي الجاري في الإندونسيا، وجدنا توافق الأمر على ما أقول في هذا الأمر بأن حضور المحكمة في تقرير إذن إقرار الطلاق للزوج لا ينتزع ولا يلغي حقه الحرّي في الطلاق بل إنما يكون الزوج مختبرا لدى المحكمة على عزمه في الطلاق مع أسبابه الصحيحة صناية لتضييع قدسية عقد الزواج بوقوع الطلاق البدعي المحرم في الشرع.[٣٨٠]

---

[٣٧٩]. الطاهر الحدّاد، **امرأتنا في الشريعة والمجتمع**، (القاهرة: دار الكتاب المصري، ط:-/ ٢٠١٠)، ص: ٧٨-٨٣.

[380]. Berdasarkan asas hukum acara perdata bahwa hakim bersifat pasif, sebagaimana diataur dalam ketentuan UU No 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 4 ayat (2); "Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya". UU Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Pasal 58 ayat (2): "Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya". Maka hakim bersifat pasif tidak menghilangkan hak suami dalam talaknya, pengadilan dalam hal ini hakim; hanya mengatur bagaimana hak suami tersebut dapat dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

بناءً على ما تقدم من التحليل وأجوبة على ما ورد من الإعتراضات، رأيت بأن الأشخاص الذين لا يوافقون على الطلاق أمام المحكمة وينتقدون بشدة لمن يشترطون الطلاق أمام المحكمة لا يستندون قولهم وزعمهم إلى قواعد الإستنباط أو الاستدلال في علم أصول الفقه كما اشتهرت لدى أهل العلم من الأصوليين، ولكنهم يعتمدون على الحقائق التاريخية فقط أو يتمسكون بأقوال الفقهاء المجتهدين ويتقلدونه تعصبا بغير معرفة في سبيل إخراجهم تلك الأحكام من طرق الإستنباط ومناهج الإجتهاد.

ثم أردت أن أقول بأن الإستدلال بالإستصلاح التى يتضمن الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة كما بينته فيما سبق في هذه المسألة قد اقتضت الغايات والبواعث الموجبة على الفقيه أو الحاكم أن يلجأ إلى الإستدلال بهذه القاعدة أي الإستصلاح في استحداث الأحكام الجديدة. فتلك البواعث أو الغايات الداعية إلى سلوك طريق الإستصلاح هي تقسم على أربعة عوامل؛

(١) **جلب المصالح**، وهي الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوى أساس، كفرض الضرائب العادلة بمقدار الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة والمشروعات الهامة المفيدة.
(٢) **درء المفاسد**، وهي الأمور التي تضر بالناس أفراداً أو جماعات سواء أكان ضررها ماديا أو أدبيا.

(٣) **سد الذرائع**، أي منع الطريق التي تؤدي إلى إهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها أو تؤدي إلى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد.

(٤) **تغير الزمان**، أي اختلاف أحوال الناس وأخلاقهم وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه.

فكل واحد من هذه العوامل أو الغايات الأربعة يدعو إلى سلوك طريق الاستصلاح باستحداث الأحكام الإجتماعية على أصلح منهاج ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج.[٣٨١]

ثم يقول الأستاذ أحمد الزرقاء بأن جلب المصالح ودرء المفاسد فمفهومهما واضحة، ولكن العاملين الآخرين وهما سد الذريعة وتغير الزمان دعت الحاجة إلى إتيان فكرة إجمالية عنهما، فقال؛

(١) **الذريعة**؛ معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان لأمر من الأمور، كثيراً ما تكون الأعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع، بل إنما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طريقاً مفضية إلى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد، أو أن تكون ذريعة، أي وسيلة، يمكن أن يتشبث بها الإنسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع. فلذا يمنع شرعا كل طريق أو وسيلة قد تؤدي عن قصد أو غير قصد إلى المحاذير الشرعية، ويسمى هذا الأصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين مبدأ سد الذرائع وهو باب واسع يتصل بسياسة التشريع فيعتبر فرعا من الاستصلاح.

يتضح من ذلك؛

أ. إن مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الإسلامية في الأمور الدينية والمدنية أي في العبادات والمعاملات على السواء.

---

[٣٨١]. مصطفى أحمد الزرقاء، **الإستصلاح والمصالح المرسلة**، ص: ٤٥.

ب. إن المنظور إليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل، بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يأباها الشرع ولو كان الفاعل حسن النية.

(٢) **تغير الزمان**؛ من أسباب تبديل الأحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الإسلامية اختلاف الأوضاع والأحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينها قررت تلك الأحكام، وذلك إما لتبدل الوسائل الحيوية، كحدوث الكهرباء والمعامل الآلية التي غيرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر؛ وإما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة. وقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة: (لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الأزمان).

يقول العلامة ابن عابدين في هذا الموضوع وهذا الموضع من رسالته هذه المسماة **"نشر العرف في الأحكام المبنية على العرف"**، ما نصه؛ (إن كثيراً من الأحكام يبينها المجتهد على ما كان في زمانه فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، لأجل بقاء النظام على أحسن إحكام ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقالوا به أخذاً من قواعد مذهبه).[٣٨٢]

وأردت أن أختم نظري ورأيي في تجديد الحكم في مسألة هذه بالقول الموجز، فقلت؛

"من منظور الدراسات القضائية يمكن تصنيف الحكم الإسلامي الذي يشمل مجال العبادة ومجال المعاملة (سواء كانت المعاملة في العموم وهي معاملة البيوع ومعاملة السياسة، ومعاملة الجناية أو المعاملة في

---

[٣٨٢]. راجع نفسه، ص: ٤٦-٤٩.

الخصوص وهي معاملة المناكحة وما تتعلق بها) بشكل عام إلى فئتين؛ الحكم الإسلامي الأول وهو حكم الإسلام الديني والثاني الحكم الإسلامي الذي هو حكم الإسلام القضائي.

"لذلك، من حيث المبدأ، يتم تطبيق الحكم الإسلامي في جميع خطوطه بالكامل، ولكن في الحكم الإسلامي القضائي يتطلب سلطة الدولة لضمان الانتظام في تنفيذها وتطبيقها".

"وهذا لأن الحكم الإسلامي الذي هو حكم الإسلام الديني يعتمد ويتوقف في تنفيذه على طاعة الفرد وانقياده عليه بحيث يمكن تطبيق الحكم الإسلامي بشكل صحيح. ومع ذلك، فإن هذه الطاعة والإنقياد لن تتحقق أيضًا حتى تتمكن من ضمان تنفيذ الحكم الإسلامي الديني الذي يتم تقديمه قدر الإمكان إذا لم تكن مصحوبة بفهم جيد صحيح من الفرد.

ولكن في جنس الحكم الإسلامي القضائي تأخذ الدولة من خلال سلطة القضاء أو المحكمة أن تلزم قراراتها جميع الأفراد وتجبرهم على تنفيذ هذا الحكم الإسلامي، وبهذا يتم التأكد من الحكم الإسلامي بشكل جيد ومنتظم في حياة الناس".[٣٨٣]

---

383. **Teori Hukum *Diyâni* dan *Qadâ'i***;

1. Rifyal Ka'bah dalam bukunya *Hukum Islam di Indonesia,*;
   "Dalam hal ini, hukum Islam ada yang bersifat *diyâni* semata dan ada pula yang bersifat *diyâni* dan *qadâ'i* dalam waktu yang bersamaan. Disebut *diyâni* karena ia sangat mengandalkan ketaatan individu sebagai subyek hukum….Disebut *qadâ'i* karena ia berhubungan dengan permasalahan yuridis. … Hukum Islam yang bersifat *qadâ'i* tidak lagi terbatas pada keputusan seseorang, tetapi telah menyentuh kepentingan orang lain dan karena itu harus dilaksanakan oleh masyarakat melalui kekuasaan negara….Memahami hukum secara *diyâni*, siapapun tidak dapat memastikan apakah seseorang betul-betul bersalah terhadap sebuah perbuatan yang dituduhkan kepadanya atau tidak bersalah. Karena itu, keputusan pengadilan hanya dapat menghukum fisik seseorang, tetapi tidak dapat menghukum nuraninya yang barangkali tidak bersalah secara keagamaan. Hakim memutuskan perkara berdasarkan fakta lahiriah yang ditemukannya (misalnya bukti, kesaksian dan lain-lain) dan ia tidak berhak memutuskan kenyataan batin yang hanya diketahui oleh Allah …".
   Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Yarsi, 1999), Cet ke-1, h.60-62.
2. Mustafa Ahmad Az-Zarqa; dalam bukunya , *al-Madkhal al-Fiqh al-'Âm*;
   وعن هذا كانت أحكام المعاملات فى الفقه الاسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي واعتبار دياني فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر، أما الديانة فانما تحكم بحسب الحقيقة والواقع. فالامر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه وفي الديانة. فمثلا من طلق زوجته مخطئا بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد إليه, بل إلى لفظ آخر، يعتبر الطلاق منه واقعا قضاءً أي يقضي القاضي بوقوعه عملا بالظاهر، ولكنه لا يقع ديانة، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته فى زعم الخطاء.
   "Tentang hal ini hukum-hukum mu'amalat dalam fiqih Islam mempunyai dua pertimbangan; pertimbangan *qadâ'i* dan pertimbangan *diyâni*. Qada' menghukumi perbuatan atau kebenaran berdasarkan lahiriah, adapun diyânah hanyasanya menghukumi berdasarkan hakikat dan kenyataan yang sebenarnya. Perkara atau perbuatan yang satu terkadang berbeda hukumnya dalam *qada'i* dan *diyânah*. Seseorang yang mentalak isteri secara keliru dengan (umpamanya) mengucapkan lafaz

الباب الخامــس

خاتمة البحث

فقد وصل الكلام من هذه الأطروحة في الباب الخامس وهو خاتمة البحث فيه بيان عن النتيجة والخلاصة من هذه الأطروحة التي سأستخلصها وأختتمها بعد طول الكلام في هذه الأطروحة. ومع ذلك سأذكر أيضا الإقتراحات التي يرجى عنها تكملة لهذه الأطروحة التي لا يخلو فيها من النقص والخطأ. فبذلك بدأت بذكر الخلاصة ثم الإقتراحات عن هذه الأطروحة.

أ. نتيجـــــة

بحث هذه الأطروحة يتحدث عن طرق الإستنباط للأحكام الشرعية، كما هو معروف أن الإستنباط للأحكام الشرعية له طريقتان؛ الأولى الإستنباط من ناحية القواعد اللغوية أو تسمى بالقواعد الأصولية اللغوية والثانية الإستنباط من ناحية القواعد المعنوية أو التشريعية أو تسمى بالقواعد الأصولية المعنوية. ثم تحدد هذه الأطروحة للبحث عن طريقة الإستنباط بالقواعد الأصولية المعنوية فقط. وفي بحثه

---

talak yang tidak dimaksudkan untuk talak, tetapi kepada lafaz lain, dipandang jatuh talak secara *qada'i* artinya hakim memutuskan jatuhnya talak berdasarkan data lahir, akan tetapi tidak jatuh talak secara *diyânah* sehingga mufti dapat memberikan fatwa bolehnya suami bersama isterinya, fatwa yang bergantung pada tanggungannya dalam dugaan keliru"
Mustafa Ahmad az-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqh al-'Âm,* (Beirut: Dâr al-Fikr, 1967), h.58.

رأيت بأن هذه الطريقة تصير ضرورة للتطبيق في إجابة الوقائع الحادثة الجديدة. ومع هذه المنطقة رأيت أن تطبيق هذه الطريقة واقعة في المسائل التي ليس فيها نص ولا إجماع أو ولا قياس، فيفهم من هذه أن التطبيق لهذه الطريقة في الإستنباط تكون صالحة فيما يجوز الإجتهاد فيه لأن هذه الطريقة أساسها الحفاظ على مقاصد الشريعة التى تحقق كل المصالح للعباد. ومع هذه المنطقة ظهرت لنا العلاقة بين طريقة الإستنباط بالقواعد المعنوية وبين منهج الإجتهاد الإستصلاحي، وهذه العلاقة ترتبط بين الإجتهاد والإستنباط في تشريع الأحكام الشرعية المبنية للمبدأ الأساسي وهو المصالح.

ثم رأيت أن الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة كلها صحت للعمل بها في الإستنباط وهي أدلة المتفق بين الأصولين بما سبق تفصيله في الباب الثالث القديم، لأن هناك قد أقمت ببيان دراسة المقارنة بين الآراء والأقوال من الأصوليين مع تحرير النزاع بينهم، وأكملت تلك الدراسة بنقل المواقف من الأصوليين المعاصرين في اختلاف العلماء على حجية تلك الأدلة من الإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة.

وبعد ذلك أبين موقفي وأقول بأن الإستدلال بهذه الأدلة لا خلاف فيها ولا يصح أن ينسب إلى هذه الأدلة كلمة "المختلف فيها" بعد أن ظهرت علي حقيقة الإختلاف بين العلماء الأصوليين في حجية هذه الأدلة في الإستنباط للأحكام الشرعية.

إذا تم القول في الإستدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة وكلها أدلة متفقة عليها بين الأصوليين. فختمت هذه الأطروحة بآثار التطبيقة لهذه الأدلة في المسألة الجديدة، والمسألة المقصودة هي في أحكام الأسرة المعروفة بالأحوال الشخصية. وإني قد رأيت أن كل زواج شرعي يجب أن يكون مسجلا لدى الحكومة عند إدارة الشؤون الدينية. ورأيت أن تسجيل الزواج واجب وشرط لصحة الزواج إستدلالا بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة. لأن الزواج الذي لم يسجل لدى الحكومة تجلب الضرر الكثيرة للزوجين لا سيما للزوجة والأبناء. وكذلك إني رأيت أن كل طلاق من الزوج أن يكون موقعا أمام المحكمة، ولا يجوز للزوج أن يوقع الطلاق خارج المحكمة لأن فيه ضرر كبير إستدلالا بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذريعة، وكل طلاق يوقع خارج المحكمة فهو باطل ولا يصح ولا يقع وأوصي إلى الزوج هذا أن يبادر إلى رفع أمره في طلاقه زوجته إلى المحكمة أو القضاء لإثبات طلاقه الواقع خارج المحكمة إذا أكدت نيته وعزمه للفراق عن زوجته ولم يتحقق

الإصلاح بينهما أمام القاضي، وإلا فليتب إلى الله تعالى توبة نصوحا على ما حدث منه من الطلاق خارج المحكمة وكان زواجه باقيا صحيحا.

ب. إفتراحـــات

إني فعلت ما فعلت لا أدعي العصمة والصواب في كل ما كتبته وذكرته في هذه الأطروحة، وإنما هو من اكتسابي. فبذلك إن كان فيه من الصواب فمن الله وأسأل الله تعالى أن يجزيني به ويثيبني عليه بفضله الكثيرة ومغفرته الواسعة، وإن كان فيه من الخطأ فمن خطاياي وجهلي ونقصاني وأسأله الله تعالى أيضا أن يغفرلي.

أرجو أن تكون هذه الأطروحة مفيدة للباحث خاصة وللقراء عليه عامة بما فيها من علم ونفع. ربما وقع مني بعض الخلل في بعض الإقتباسات عن كتب أصول الفقه، أو في بعض التراجم، أو في نقل القول والرأي من الأئمة، أو في ذكر أسماء العلماء، كل هذه الأخطاء يقع في كل إنسان ولذلك أرجو ممن وقف عليها ووجدها في هذه الأطروحة أن يرشدني إليه. راجيا إلى الله تعالى أن يعلمنا ما ينفعنا وأن ينفعنا بما علمنا، وأخير الكلام والدعاء أن الحمد لله رب العالمين.

فهرس المراجع

أحمد، أبو الحسين بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، ج: ٣ (بيروت لبنان: دار النشر/ دار الجيل، ط: ٢/ ١٤٢٠هـ)، - تحقيق: عبد السالم محمد هارون.

أمير المعلم، **منهج الاجتهاد في الشريعة الإسلامية في إندونيسيا: جهود توحيد الرسائل النصية مع الواقع الاجتماعي**، (الكلمة الافتتاحية في منصب أستاذ في الفقه، جامعة إسلامية أندونسية، ١٧ يونيو ٢٠٠٦)،

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقى المصرى، **لسان العرب**، ج: ٧، (بيروت: دار الصادر)،

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج: ٦ (القاهرة: دار الحديث، ط: ١/ ١٤٠٤ هـ)،

تيمية، تقي الدين أحمد بن، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، ج: ٣ (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ)،

حسن، محمود عبد الكريم ، **المصالح المرسلة دراسة تحليلية ومناقشة فقهية وأصولية مع أمثلة تطبيقية**، (بيروت: دار النهضة الإسلامية، (د.س)،

خسني، **طريقة الإجتهاد والإستنباط (إجتهاد الحاكم في القضاء الإسلامي)**، (سيماراغ: أونيسولا فريس، ط:١/ ٢٠١١)،

خلاف، عبد الوهاب، **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**، (القاهرة : دار الفكر العربي، ١٩٩٦)،

_____، **علم أصول الفقه**، (متبة الدعوة الإسلامية)،

دحلان، عبد الرحمن، **أصول الفقه**، (جاكرتا: أمزة، ط: ٤/ ٢٠١٦)،

زهرة، أبو، **أبو حنيفة؛ حياته وعصره وآراءه وفقهه**، (-:دار الفكر العربي)،

_____، **مـــالك؛ حياته وعصره وآراءه وفقهه**، (-:دار الفكر العربي)،

_____، **الشـافعي؛ حياته وعصره وآراءه وفقهه**، (-:دار الفكر العربي)،

_____، **ابن حنبل؛ حياته وعصره وآراءه وفقهه**، (-:دار الفكر العربي)،

زيدان، عبد الكريم، **الوجيزفي أصول الفقه**، (دار التوزيع والناشر الإسلامية، ط: ١/ ١٤١٤)،

سابق، السيد، **فقه السنة**، (بيروت: دار الفكر: ط:٤/ ١٩٨٣)، ج: ٢

شريف الدين، أمير، **تجديد الفكر في الشريعة الإسلامية**، (فادغ: أنغكاس رايا، ١٩٩٠)،

صالح، عبد الله محمد، **المصالح المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة**، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول/ ٢٠٠٠،

عثمان، محمود حامد، **القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين**، (الرياض: دار الزاحم للنشر والتوزيع، ط: ١/ ٢٠٠٢)،

عمر، محمد حسبي ، **نظرية الفقه المعاصر**، (جاكرتا: غ.ف فريس، ط: ١/ ٢٠٠٧)،

فضل الرحمن، **الإسلام والحداثة، تحويل التقاليد الفكرية**، (جيكاغو: مطبعة جامعة جيكاغو، ١٩٨٢)،

قاموس معجم المعاني

ناصر، محمد، **مناهج البحث**، (جاكرتا: غالية إندونيسيا، ١٩٨٨، ط: ٣)،

الآمدي، سيف الدين ، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج: ٣ (بيروت: المكتب الإسلامي لمؤسسة النور، ط: ٢/ ١٤٠٢)، – تحقيق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي.

الأنصاري، زكريا، **غاية الوصول إلى شرح لب الأصول**، (الكويت: دار الضياء)، - تحقيق د. مصطفى بن حامد بم سميط.

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط: ١/ ١٤٠٧هـ)، - تحقيق: عبد المجيد تركي.

البغا، مصطفى ديب، **أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الإسلامي**، (دمشق: دار الإمام البخاري)،

البرهاني، محمد هشام، **سد الذريعة في الشريعة**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١/ ١٩٨٥)،

البوطي، سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة**، (دمشق: المكتبة الأموية)،

التريس، عبد الرحمن بن عبد العزيز، **المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المستصفى استقراء ودراسة مقارنة**، (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١/ ٢٠٠٦)،

الحدّاد، الطاهر، **امرأتنا في الشريعة والمجتمع**، (القاهرة: دار الكتاب المصري، ط:-/ ٢٠١٠)،

الجرجاني، علي بن محمد ، **معجم التعريفات**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط: ١/ ١٩٩٥ م)،

الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم، **إعلام الوقعين عن رب العالمين**، ج:٣ (بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣ه)،

الجوهري، إسماعيل بن حماد، **تاج اللغة وصحاح العربية**، ج: ٥ (ملايين: دار العلم، ط: ٣/ ١٩٨٤)، - تحقيق أحمد عبد الغفور عطار.

الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، **البرهان في أصول الفقه**، ج: ١ (قطر: كلية الشريعة جامعة قطر، ط: ١/ ١٣٩٩ ه)،

الحاج، أمير الحنبلي، **التقرير والتخبير**، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٩)، – تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر.

الدواليبي، محمد معروف، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، (القاهرة: دار الشواف، ط: ٦/ ١٩٩٥)،

الدوري، قحطان عبد الرحمن ، **مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام وأسباب اختلافهم**، (لبنان: كتاب ناشرون، ط: ١/ ٢٠١٥)،

الزحيلي، محمد بن مصطفى، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١ (بيروت: دار الخير، ط: ٢/ ٢٠٠٦)،

_____، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأبعة**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١/ ٢٠٠٦)،

الزحيلي، وهبة بن مصطفى، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ١ (بيروت: دار الفكر، ط: ١/ ١٩٨٦)،

_____، **أصول الفقه الإسلامي**، ج: ٢ (بيروت: دار الفكر، ط: ١/ ١٩٨٦)،

_____، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج: ٧ (دمشق: دار الفكر، ط: ٢/ ١٩٨٥)،

_____، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، (دمشق: دار الفكر، ط: ١٠/ ٢٠٠٩)، ج: ٣،

_____، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (دمشق: دار الفكر، ط: ٢/ ١٩٨٥)، ج: ٧،

_____، **الأسرة المسلمة تحت رعاية الإسلام في العالم المعاصر**، (دمشق: دار الفكر، ط: ٤/ ٢٠٠٨)،

الزرقاء، مصطفى أحمد، **الإستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها**، (دمشق: دار القلم، ط: ١/ ١٩٨٨)،

الزركشي، بدر الدين، **البحر المحيط**، ج: ٣ (- :دار الكتتب)،

الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر، **أساس البلاغة**، (بيروت: دار صادر، ط: -/ ١٩٧٩)،

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، ج: ١ (بيروت: دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥هـ)، - تحقيق : محمود خاطر.

السايس، علي، **تفسير آيات الأحكام**، (مصر: مطبعة محمد علي شبيه، ١٩٥٣)،

السلمي، عياض بن النامي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، (الرياض: دار التدمرية، ٢٠٠٥)،

السلمي، مصطفى إبراهيم، **دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي؛ دراسة تحقيقية**، (-: نشر الإحسان، ط: ١/ ٢٠١٤)،

الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، **الموافقات في أصول الأحكام**، ج: ١ (رياض: وزارة الشؤون والأوقاف والدعوة والإرشاد المملكة العربية السعودية)، – تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد.

_____، **الموافقات في أصول الفقه**، ج: ٤ (بيروت: دار المعرفة)،

الشوكاني، محمد بن على بن محمد، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط: ٢ / ١٩٩٣ م)،

السغناقي، حسام الدين حسين بن علي بن حجاج، **الكافي شرح البزدوي**، ج: ١، (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١ / ٢٠٠١)،

الصابوني، محمد علي، **روائع البيان في تفسير آيات الأحكام**، (بيروت: دار الفكر)، ج: ١،

الضويحي، علي بن سعد بن صالح، **آراء المعتزلة الأصولية دراسة وتقويما**، (مكتبة الرشد؛ الرياض - ط:١/ ١٩٩٥)،

الطوفي، سليمان بن عبد القوي الصرصري الحنبلي، **شرح مختصر الروضة**، ج: ٣ (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط: ١/ ١٤١٠ ه)، - تحقيق :الدكتور عبد هلال التركي.

العسقلاني، ابن حجر، **فتح المبين بشرح الأربعين**،

الفتوحي، محمد بن أحمد بن عبد العزيز، **شرح الكوكب المنير**، ج: ٤ (الرياض: مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ)، - تحقيق: د. محمد الزحيلي.

الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، ج: ٤ (القاهرة: مؤسسة الحلبي وشركاه)،

القرافي، أبو العباس، **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، (بيروت: دار الفكر، ط: ١/ ١٤٢٠هـ)، - تحقيق: طه عبد الرؤوف.

القرضاوي، يوسف، **الإجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرية تحليلية في الإجتهاد المعاصر**، (كويت: دار القلم، ط: ١/ ١٩٩٦)،

النملة، محمد عبد الكريم، **المهذب في علم أصول الفقه المقارن**، ج: ٣ (الرياض: مكتبة الرشد، ط: ١/ ١٩٩٩)،

رحمت إبراهيم هراهف، **حجية مفهوم المخالفة عند الإمام الشيرازي الشافعي والإمام السرخسي الحنفي**، (رسالة البحث، ٢٠١٨)،

az-Zarqa, Mustafa Ahmad, *al-Madkhal al-Fiqh al-'Âm*, (Beirut: Dâr al-Fikr, 1967),

Ka'bah, Rifyal, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Universitas Yarsi, 1999), Cet ke-1,

Khisni, H. A., *Metode Ijtihad & Istimbat (Ijtihad Hakim Peradilan Agama)*, (Semarang; UNISSULA PRESS, Cet 1; 2011),

Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2000),

Rahman, Fazlur, *Islam and Modernity, Transformation of Intellectual Traditions*, (Chicago: Chicago University Press, 1982),

Syarifuddin, Amir, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1990),

Nuruddin, Amiur, Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Prenadamedia Group: Jakarta, Cet 7, 2019),

Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan,

Undang Undang Nomor 16 Tahun 2019 Perubahan Atas Undang Undang **Nomor 1 Tahun 1974** Tentang Perkawinan,

Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang Undang No 1 Tahun 1974),

Undang Undang Nomor 22 Tahun 1946 Tentang Pencatatan Nikah, Talak Dan Rujuk,

Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman**,**

Undang Undang Nomor 50 Tahun 2009 Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama,

UU Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama**,**

Kompilasi Hukum Islam,

Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam,

فـــهرس آيات القرآن الكريم

(١) سورة النساء (٤) : ٨٣ (وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا.(٨٣))

(٢) سورة الأنعام (٦) : ١٤٥ (قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ.(١٤٥))

(٣) سورة البقرة (٢) : ٣٦ (فَأَزَلَّهُمَا ٱلشَّيْطَٰنُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ ۖ وَقُلْنَا ٱهْبِطُواْ بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ ۖ وَلَكُمْ فِى ٱلْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَٰعٌ إِلَىٰ حِينٍ.(٣٦))

(٤) سورة الزمر (٣٩) : ١٨ (ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمْ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ.(١٨))

(٥) سورة الأعراف (٧) : ١٤٥ (وَكَتَبْنَا لَهُۥ فِى ٱلْأَلْوَاحِ مِن كُلِّ شَىْءٍ مَّوْعِظَةً وَتَفْصِيلًا لِّكُلِّ شَىْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا ۚ سَأُوْرِيكُمْ دَارَ ٱلْفَٰسِقِينَ.(١٤٥))

(٦) سورة الزمر (٣٩) : ٥٥ (وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ ٱلْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ.(٥٥))

(٧) سورة البقرة (٢) : ١٨٥ (يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُواْ ٱلْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ.(١٨٥))

(٨) سورة المائدة (٥) : ٤٩ (وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ وَٱحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنۢ بَعْضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ ۖ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَٱعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلنَّاسِ لَفَٰسِقُونَ.(٤٩))

(٩) سورة الأنبياء (٢١) : ١٠٧ (وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ.(١٠٧))

(١٠) سورة المائدة (٥) : ٣ (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُواْ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ.(٣))

(١١) سورة يونس (١٠) : ٥٧ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدْ جَآءَتْكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَآءٌ لِّمَا فِى ٱلصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ.(٥٧))

(١٢) سورة القيامة (٧٥) : ٣٦ (أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى.﴿٣٦﴾)

(١٣) سورة الأنعام (٦) : ١٠٨ (وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ.﴿١٠٨﴾)

(١٤) سورة البقرة (٢) : ١٠٤ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ.﴿١٠٤﴾)

(١٥) سورة الأعراف (٧) : ١٦٣ (وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِۘ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُواْ يَفْسُقُونَ.﴿١٦٣﴾)

(١٦) سورة النور (٢٤) : ٣١ (وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَاۖ وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّۖ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَآئِهِنَّ أَوْ أَبْنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ إِخْوَٰنِهِنَّ أَوْ بَنِىٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوْ نِسَآئِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ.﴿٣١﴾)

(١٧) سورة النحل (١٦) : ١١٦ (وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ.﴿١١٦﴾)

(١٨) سورة يونس (١٠) : ٥٩ (قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْۖ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ.﴿٥٩﴾)

(١٩) سورة الأنعام (٦) : ١١٩ (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُعْتَدِينَ.﴿١١٩﴾)

(٢٠) سورة البقرة (٢) : ٢٩ (هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ ٱسْتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ فَسَوَّىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَٰتٍۚ وَهُوَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ.﴿٢٩﴾)

(٢١) سورة البقرة (٢) : ٢٤١ (وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ.﴿٢٤١﴾)

(٢٢) سورة البقرة (٢) : ٢٨٦ (لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَاۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَاۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ.﴿٢٨٦﴾)

(٢٣) سورة النحل (١٦) : ٨٩ (وَيَوْمَ نَبْعَثُ فِى كُلِّ أُمَّةٍ شَهِيدًا عَلَيْهِم مِّنْ أَنفُسِهِمْۖ وَجِئْنَا بِكَ شَهِيدًا عَلَىٰ هَٰٓؤُلَآءِۚ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ.﴿٨٩﴾)

(٢٤) سورة النحـــل (١٦) : ٤٤ (بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِ ۗ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ.﴿٤٤﴾)

(٢٥) سورة البـــقرة (٢) : ٢٢٨ (وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ.﴿٢٢٨﴾)

(٢٦) سورة البـــقرة (٢) : ٢٨٢ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ ...﴿٢٨٢﴾).

(٢٧) سورة النســاء (٤) : ٣٤ (وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴿٣٤﴾)

(٢٨) سورة النســاء (٤) : ٣٤ (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ.﴿٣٥﴾)

(٢٩) سورة البـــقرة (٢) : ١٢٨ (وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ... ﴿١٢٨﴾)

(٣٠) سورة النـور (٢٤) : ٦، (وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ.﴿٦﴾)

(٣١) سورة النـور (٢٤) :٧ (وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ.﴿٧﴾)

(٣٢) سورة النـور (٢٤) :٨ (وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ.﴿٨﴾)

(٣٣) سورة النـور (٢٤) : ٩ (وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ.﴿٩﴾)

(٣٤) سورة البـــقرة (٢) : ٢٢٧ (وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ. ﴿٢٢٧﴾)

(٣٥) سورة البـــقرة (٢) : ٢٢٨ (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ.﴿٢٣١﴾)

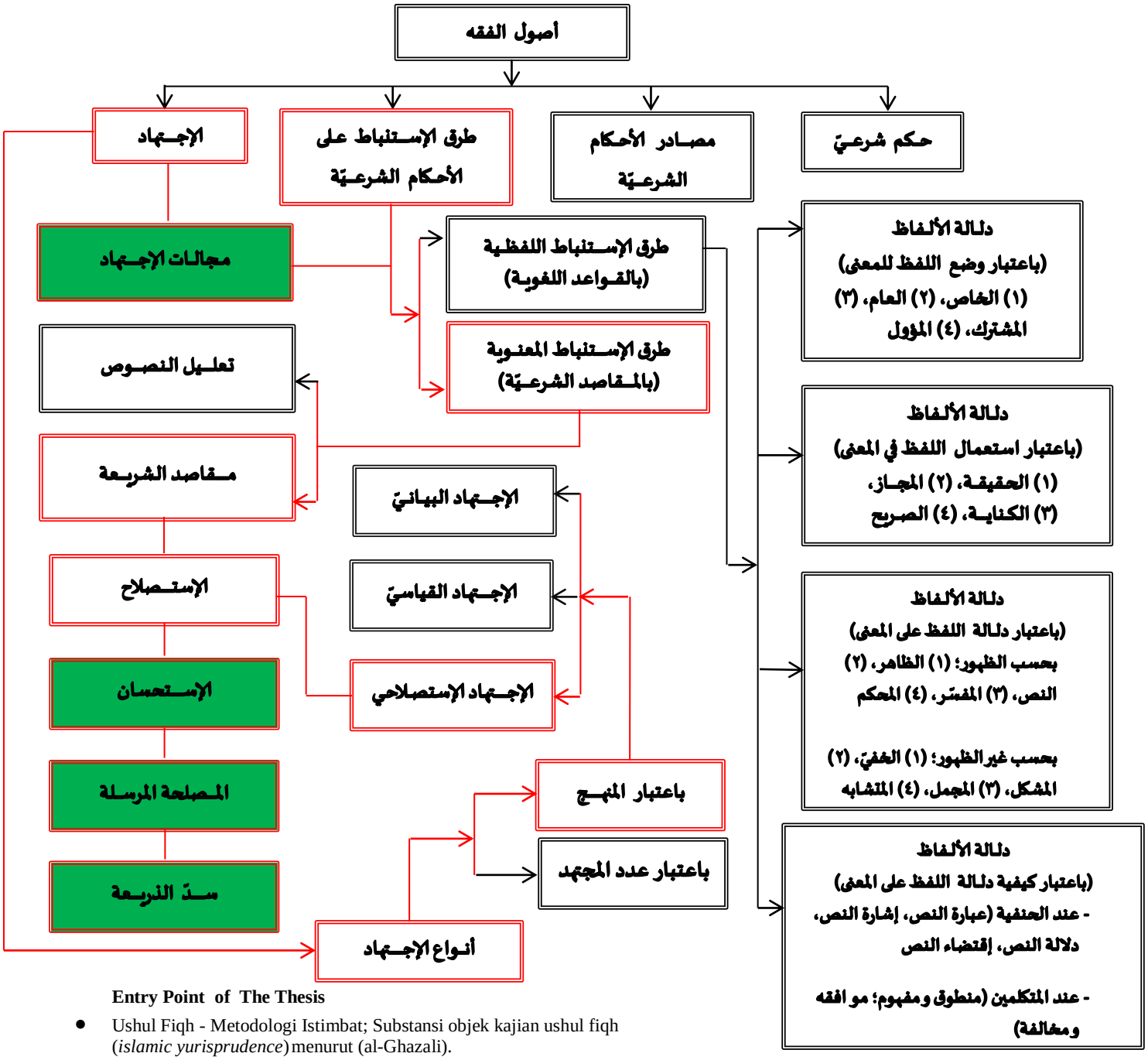
(٣٦) سورة الطلاق (٦٥) : ١ (يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ .﴿١﴾)

(٣٧) سورة الطلاق (٦٥) : ٢ (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا.﴿٢﴾)

رســـم بيـــاني من الأطروحة

تحت موضوع؛

الإســـتدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)



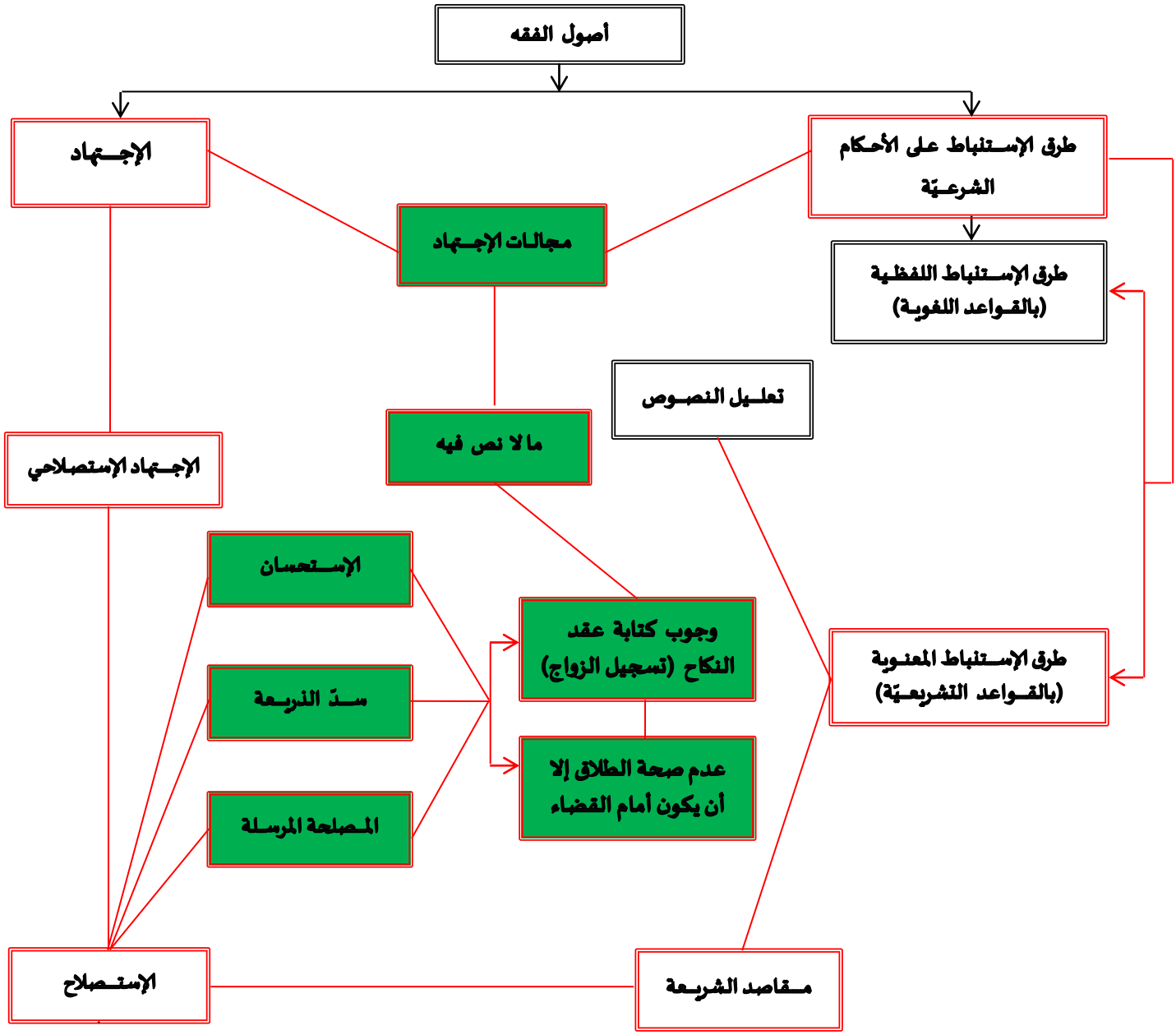
Entry Point of The Thesis

- Ushul Fiqh - Metodologi Istimbat; Substansi objek kajian ushul fiqh (*islamic yurisprudence*) menurut (al-Ghazali).
- Metodologi Istimbat - Pendekatan *maknawiyah* menurut (Abu Zahrah, Khallaf), Konsep Ijtihad – Ijtihad berdasarkan metodenya - *Ijtihad Istishlahi* menurut (Wahbah az- Zuhaily, Abdul Karim Zaidan, Duwailibi).
- Domain Ijtihad; dalam Istimbat hukum; Istidlal dengan *Istihsan, Maslahah Mursalah, Sadd adz- Dzari'ah*.

رســـم بيـــاني من الأطروحة

تحت موضوع؛

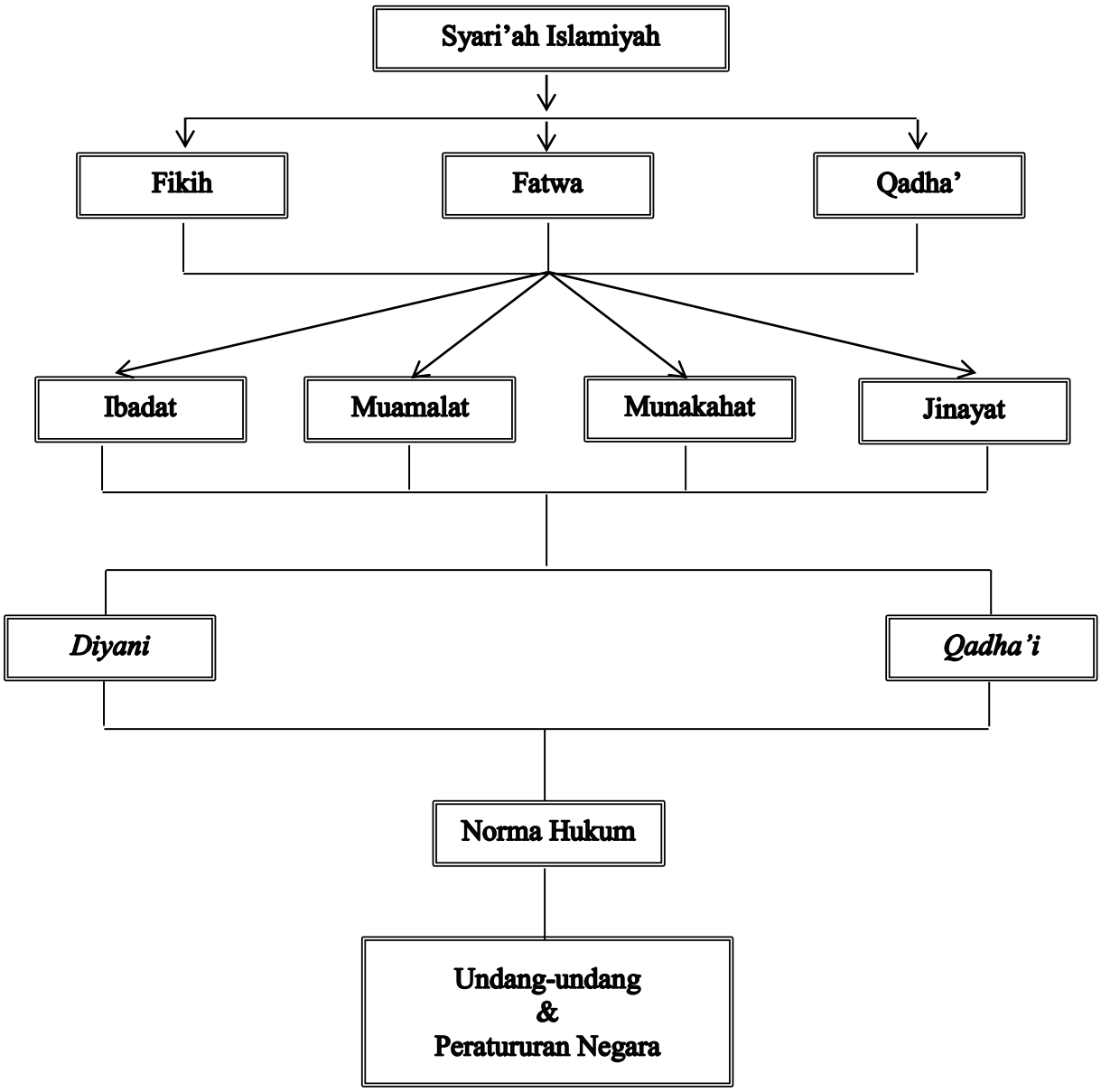
الإســـتدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسـدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصوليين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)



رســـم بيــاني من الأطروحة

تحت موضوع؛

الإســـتدلال بالإستحسان والمصلحة المرسلة وسدّ الذريعة في تخريج الأحكام الشرعية عند الأصولين وضرورة تطبيقها في المسائل العصرية في التطوير المنهجي للإستنباط على الأحكام الشرعية (جمعا و دراسة)



➢ Kerangka Umum Urgensi Metodologi Istimbat Dalam Perspektif *ushul al- Fiqh*

- Rekonstruksi penalaran dalam usul fikih tampak signifikan sebagai metode dalam menggali dan menetapkan hukum Islam. Dalam konteks ini, ilmu *ushul al- fiqh* sangat urgen bagi para mujtahid dalam meng-*istinbath*-kan hukum *syara'* secara benar dan solutif terhadap problematika yang berkaitan dengan hukum Islam. Eksistensi hukum Islam pada dasarnya bersifat konstan; tidak terpengaruh oleh ruang dan waktu. Interpretasi umat Islam (baca; mujtahid) yang selalu berubah, sesuai dengan perubahan kondisi sosiohistoris, mobilitas sosial, dan kemajuan zaman. Hukum Islam menerima interpretasi, sejauh tidak bertentangan dengan maksud dan tujuan *syara'*. Interpretasi ini yang kemudian menjadi fikih imam mazhab dalam Islam. Atas dasar inilah, hukum Islam tersebut mencakup *syara'* dan juga hukum fikih, karena arti *syara'* dan fikih terkandung di dalamnya.[384]
- Kedudukan Al-quran dan as- Sunnah merupakan sumber utama pengetahuan, sumber pokok hukum (*mashadir al-ahkam*), atau sebagai sumber dasar metodologi *yurisprudensi* hukum Islam. Al-quran telah sempurna diturunkan dan as- Sunnah telah berakhir terbit dengan wafatnya Rasulullah saw. Berbagai aktifitas dalam Islam tidak boleh sampai bertentangan dengan kaidah-kaidah yang termaktub dalam sumber dimaksud. Dalam perspektif ilmu *ushul al-fiqh*, ijtihad merupakan suatu metode dalam penggalian makna dan materi hukum dengan kemaslahatan sebagai tujuannya. Dalam konteks sekarang, ijtihad dapat berarti sebagai kerja progresif untuk memperbarui aturan-aturan yang terkandung dalam teks Al-Quran atau as- Sunnah agar keduanya mampu mencakupi situasi dan kondisi baru dengan memberikan suatu solusi (aturan hukum) terhadap berbagai problematika yang terjadi.[385]
- Bagi kalangan *ushuliyyun* (para ahli *ushul al-fiqh*) adalah suatu keniscayaan untuk menggali hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum dalam berbagai bidang, terutama yang menyangkut domain (wilayah) dalil dalil yang bersifat *zhanni* secara maksimalis, yang belum ada penetapan hukumnya berdasar *nash*. Ahli hukum Islam (baca; *fuqaha*) kontemporer seyogianya mereformulasi konsepsi fikih yang *up to date* yang akomodatif dengan perkembangan situasi dan kondisi dalam kehidupan masyarakat modern. Problematika hidup masyarakat memang makin beragam. Terhadap masalah yang berkenaan dengan hukum yang belum ada penetapan hukumnya, tidak ada jalan lain kecuali berijtihad. Ijtihad merupakan suatu tugas mulia

---

[384]. Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1990), hal: 18.

[385]. Fazlur Rahman, *Islam and Modernity, Transformation of Intellectual Traditions*, (Chicago: Chicago University Press, 1982), hal: 8.

para ahli hukum Islam kontemporer sebagai upaya memberikan solusi alternatif dari berbagai masalah hukum yang makin kompleks tersebut.

- Dalam hal ini ijtihad adalah satu-satunya cara untuk mengantisipasi perubahan dan hukum Islam dapat akomodatif dengan perkembangan masyarakat. Meskipun demikian, *ijma'*, *qiyas*, *istihsan*, *'urf*, dan *istis'hab* tetap ditempatkan dalam posisi yang berbeda. Di satu pihak, dalil hukum ini bersama Al-Quran dan as- Sunnah sebagai sumber ijtihad, yang karenanya juga merupakan sumber hukum (*mashadir al-ahkam*). Namun pada sisi lain dalil hukum tersebut sebagai metode ijtihad (*thuruq al-istinbath al-masalik*).
- Problematika yang semakin kompleks, sedangkan solusinya belum dirumuskan oleh para *fuqaha* terdahulu, lalu mengacu pada ijtihad *bi al-ra'yi*, yakni menentukan hukum berdasarkan pada nilai-nilai maslahat, kaidah-kaidah *kulliyah*, dan *'illat* hukum. Pada tataran implementatif, metode tersebut meliputi: *qiyas*, *istihsan*, *istishlah*, *sad dzariah* dan termasuk dalil lainya seperti; *'urf*, *istishab* dan lain-lain.
- Ijtihad hanya dapat dilakukan pada lapangan atau medan tertentu yaitu :Pertama, dalil-dalil yang *qath'i wurud*-nya *zhani dalalah*-nya. Kedua, dalil-dalil yang *zhanni wurud*-nya *qath'i dalalah*-nya, Ketiga, dalil-dalil yang *zhanni wurud* dan *dalalah*-nya. Keempat, terhadap kasus-kasus yang tidak ada hukumnya. Oleh karena itu ijtihad tidak dapat dilakukan terhadap kasus-kasus yang sudah secara tegas disebutkan hukumnya oleh dalil-dalil yang *qath'i wurud* dan *dalalah*-nya.
- Oleh karena itu, tidak setiap hasil ijtihad dapat dijadikan sumbangan dalam pembaharuan hukum Islam dan mendapatkan legitimasi dari para pakar hukum Islam kecuali apabila memperhatikan dua hal pokok tersebut di atas yaitu, Pertama, Pelaku pembaharuan Hukum Islam adalah orang yang memenuhi kualitas sebagai mujtahid. Kedua, Pembaharuan itu dilakukan di tempat-tempat ijtihad yang dibenarkan oleh *syara'*.[386]
- Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketingggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum Islam tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum Islam yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?.[387]

---

[386]. Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2000), hal: 162.

[387]. H. A. Khisni, *Metode Ijtihad & Istimbat (Ijtihad Hakim Peradilan Agama)*, (Semarang; UNISSULA PRESS, Cet 1; 2011), hal: 2.

- Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka tiga setengah pasca wafat Rasulullah SAW. merupakan perupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada pada tangan para mujtahid yang tangguh dan handal dalam bidang ini.
- Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna Al-Quran dan as- Sunnah Rasulullah SAW. serta rahasia-rahasia (baca; hikmah) hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah. Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan istilah "*ushul al- fiqh*". Melalui metodologi ini, al-Quran dan as- Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya (makna tekstualnya, juga dikembangkan dari segi substansinya (makna kontekstualnya). Perkembangan hukum Islam dari segi substansinya lebih besar kepastiannya dalam menampung masalah-masalah baru. Di samping itu, dengan berpegang kepada *ushul al- fiqh* seorang mujtahid dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal. Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor keluwesan (baca; elastisitas) hukum Islam sendiri di satu pihak dan faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan pada pihak lain.[388]
- Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin mendambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru khususnya lagi yang tidak ditemukan aturan hukumnya, akibat dari perubahan dan perkembangan sosial di kalangan umat Islam. Usaha yang sungguh-sungguh dalam pemikiran hukum Islam itu, tentu saja dipahami sebagai ekspresi dari seorang muslim yang telah terkondisi oleh doktrin wahyu yang menurut sifatnya memberi peluang kepada akal pikiran manusia untuk mengembangkannya.
- Sikap kesungguhan dalam berijtihad dimaksudkan hanyalah dalam pengertian keleluasaan dalam ruang lingkup yang diizinkan oleh syari'at atau dalam ruang lingkup yang secara metodologis dapat

[388]. H. A. Khisni, *Metode Ijtihad & Istimbat*, hal: 2.

diakui. Dalam kerangka tersebut akal pikiran mempunyai peluang, di satu sisi untuk memahami ayat-ayat hukum dan Sunnah Rasulullah yang menurut sifatnya dan kenyataannya amat banyak yang berkehendak kepada daya ijtihad, dan di sisi lain untuk mewujudkan tata cara bagaimana ide-ide tersebut terwujud menjadi tatanan hidup umat manusia. Dua hal tersebut, yaitu menyimpulkan ide-ide wahyu dan bagaimana mewujudkannya menjadi tatanan hidup manusia, menjadi lapangan bagi daya nalar manusia.

- Penguasaan dan wawasan metodologi sangat-sangat penting dalam upaya gagasan pembaharuan hukum Islam. Kita lebih cenderung untuk mendalami hukum Islam (baca; fikih) yang siap pakai, dibanding mendalami metotologi bagaimana fikih itu terbentuk dan bagaimana membentuk fikih baru. Metodologi sebagai pedoman seorang mujtahid untuk menarik dan menemukan hukum dari sumbernya. Kemampuan daya nalar diperlukan, karena untuk berijtihad diperlukan dua macam kemampuan, yaitu kemampuan untuk memahami atau mengetahui maksud syari'ah (*maqashid al-syari'ah*) dan kemampuan untuk menetapkan hukum berdasarkan maksud syari'ah itu.

- **Kerangka Umum Kajian Tesis;**
    - Kajian yang diangkat untuk diteliti dalam suatu penelitian Tesis, yakni tentang Metodologi Penetapan Hukum Syar'ii (baca: fiqh) atau lazim disebut dalam ilmu Ushul Fiqh dengan istilah Thuruq Istimbaat al Ahkam asy Syar'iyyah.
    - Pada tataran teoritisnya, kaidah kaidah ushuliyyah tersebut dikelompokkan ke dalam dua bagian; pertama kaidah *ushuliyyah al lughawiyyah* (pendekatan kebahasaan), sedangkan yang kedua adalah kaidah *ushuliyyah tasyri'iyyah/ ma'nawiyyah* (pendekatan *maqashidus syari'ah*).
    - Dalam tataran aplikatifnya, kaidah ushuliyyah yang pertama digunakan oleh ahli ushul fiqh untuk mengeluarkan sebuah kesimpulan hukum dari nusush asy syar'iyyah (baca: teks-teks syariat) dengan pendekatan kebahasaan sebagai tumpuan dalam membangun kesimpulan hukum. Pendekatan kebahasaan yang dimaksud adalah melakukan serangkaian elaborasi terhadap *uslub* bahasa Arab dan cara penunjukan lafadz nash kepada artinya.
    - Dari kajian itu, para ulama ushul fiqh menyusun kaidah-kaidah dan ketentuan-ketentuan yang dapat dipergunakan untuk memahami nash-nash syari'at secara benar sesuai dengan pemahaman orang Arab itu sendiri, yang mana nash-nash itu diturunkan dalam bahasa mereka.
    - Ulama tersebut dalam pembahasannya memulai dari makna-makna dari suatu lafadz, karena lafadz-lafadz itu dalam bahasa adalah diciptakan untuk menyatakan makna-makna tertentu. Mereka membagi lafadz dalam hubungannya dengan makna kepada beberapa bagian. Ditinjau dari segi makna yang diciptakan untuk lafadz itu dibagi menjadi 3 bagian (yaitu : *Khash*, *Amm* dan *Musytarak*).
    - Ditinjau dari segi makna yang dipakai untuknya lafadz itu dibagi menjadi 4 bagian (yaitu : *Hakikat*, *Majaz*, *Sharih* dan *Kinayah*).
    - Ditinjau dari terang dan tersembunyinya makna, maka lafadz itu dibagi menjadi 2 bagian yaitu : *Zhahir* dan *Khafi*.
    - Ditinjau dari cara-cara penunjukan lafadz kepada makna menurut kehendak pembicara, lafadz itu dibagi menjadi 4 bagian yaitu : *Dalalah ibarat*, *Dalalah isyarat*, *Dalalah dalalah* dan *Dalalah iqtidha'*.
    - Kemudian, pada kaidah ushuliyyah yang kedua, dalam implementasinya, ahli ushul fiqh membangun suatu kesimpulan hukum dengan berpijak pada prinsip maslahat untuk melahirkan suatu hukum syar'i tertentu.
    - Dalam kajian ini, penelitian terkonsentrasi pada aspek penggunaan kaidah kaidah ushuliyyah sebagai sebuah metodologi dalam penetapan hukum Islam itu sendiri.
    - Kaidah *ushuliyyah tasyri'iyyah/ ma'nawiyyah* (pendekatan *Maqashid as-Syari'ah*) sebagai metode istimbat perkara baru yang tidak disebut oleh nash syar'i (teks syariat).

- **Kerangka Umum Analisis Kajian Tesis;**
    - Dalam analisisnya, penelitian ini mencoba untuk meletakkan dalil hukum seperti *Istihsan*, *Maslahah al-Mursalah* dan terakhir *Sadd az-Dzariah* sebagai bagian dari Istimbaat hukum lewat aspek *ushuliyyah tasyri'iyyah*. Kesemua dalil hukum yang disebutkan tersebut dalam membangun paradigmanya terhadap penetapan suatu hukum, bertumpu pada nilai nilai tujuan hukum Islam atau lazim diistilahkan dengan "*Maqashid as Syari'ah*".
    - Dalam analisisnya lebih lanjut, penelitian ini ingin sampai kepada usaha untuk melakukan suatu unifikasi (penyatuan) terhadap penggunaan ketiga dalil hukum di atas dalam kalimat "*muttafaq 'alaiha*", di mana dalam tataran teoritisnya, ahli ushul fiqh dalam lingkup imam mazhab fiqh tidak sepakat dalam penggunaannya sebagai sebuah dalil terhadap penetapan suatu hukum syar'i. Lewat pendekatan studi komparatif (baca: *comparative approach*), penelitian ini ingin mencapai suatu analisa yang dapat menyatukan aspek-aspek khilafiyah tersebut, dengan melakukan *tahrir niza'* (baca: penguraian perselisihan), lalu membuat suatu kesimpulan yang bersifat umum yang menjelaskan penolakan masing masing terhadap ketiga dalil tersebut lalu diformulasikan dalam satu cara pandang untuk dijadikan syarat mutlak dalam pengaplikasian ketiga dalil tersebut.
    - Analisis lain yang ingin dicapai dalam tulisan ini, bahwa dalam rangka memberikan kepastian hukum terhadap kenyataan yang terjadi dalam dinamika sosial serta perubahannya, serta untuk memastikan asas syariat Islam yang bersifat "*shalihun likulli zaman*" (baca: relevan) maka salah satu langkah metodologis dalam penetapan suatu hukum lewat aspek kaidah *ushuliyyah tasyri'iyyah*, ketiga dalil hukum yang disebutkan di atas yakni *istihsan*, *maslahah al- mursalah* dan *sadd az- dzariah* adalah bagian daripada elaborasi terhadap ijtihad istislahi yang sangat urgen penerapannya untuk wilayah-wilayah/ domain (baca: *majal al- ijtihad*) yang disepakati ahli ushul fiqh untuk dilakukan ijtihad di dalamnya.
    - Kesimpulannya, penggunaan dalil-dalil *istihsan*, *maslahah al-mursalah* dan *sadd az- dzariah* menghubungkan antara kaidah *ushuliyyah tasyri'iyyah* yang menjadi metode Istimbaat hukum dengan metode ijtihad istishlahi sebagai instrumen pelaksanaan Istimbaat hukum tersebut, sedangkan masalah baru yang tidak memiliki kepastian hukum karena tidak disebut hukumnya secara eksplisit dalam teks-teks syariat (baca: *nash-nash syar'iyyah*) sebagai objek penerapan dalil-dalil tersebut. Dengan tujuan mengeluarkan kesimpulan hukum yang berangkat dari prinsip maslahat yang ditujukan untuk mewujudkan terpeliharanya Maqashid asy- Syariah, berdasarkan pengembangan metode Istimbaat dari pemahaman teks kepada pemahaman makna.

- Implementasi penggunaan dalil-dalil *istihsan*, *maslahah al- mursalah* dan *sadd az- dzariah* pembaruan hukum pada masalah *al- Ahwal asy-Syakhsiyyah* dalam hal ini masalah akad nikah dan talak. Konsep barunya adalah penulis menyimpulkan bahwa; setiap pernikahan wajib dicatatkan dalam lembar administrasi Negara untuk memperoleh kekuatan hukum yang mengikat dan setiap pernikahan yang telah dicatat sebagaimana dimaksud, ketika berujung kepada perceraian, maka talak suami harus dijatuhkannya dengan cara diucapkan di muka persidangan.

CURRICULUM VITAE

Rahmad Ibrahim Harahap (selanjutnya disingkat dengan sebutan yang bersangkutan), lahir di Kota Medan pada Tanggal 30 September Tahun 1996. Ybs merupakan anak ke-5 dari 6 bersaudara dari pasangan suami-isteri bernama Agus Sulaiman Harahap dan Siti Masfufah. Ayah-Ibu ybs telah wafat atau meninggal dunia pada tahun 2007 (ayah) dan 2018 (ibu) silam, sehingga yang bersangkutan saat ini hidup bersama saudara-saudaranya. Adapun ke-5 orang saudara ybs yakni; Aminuddin Harahap, S.H., Zakaria Zulfahmi Harahap, Raudhatul Aslamiyah Harahap, S.Pd.I., Muhammad Irfan Abdi Harahap, Arif Rahman Hakim Harahap. Ybs saat ini bertempat tinggal di Jln Garu II a Nomor 12 a, Kelurahan Harjosari I, Kecamatan Medan Amplas, Kota Medan, Provinsi Sumatera Utara.

Ybs menyelesaikan jenjang studi pendidikannya dimulai dari tingkat dasar sampai perguruan tinggi. Pada tingkat Sekolah Dasar ybs menyelesaikan pendidikannya selama 6 tahun pada sekolah SDN. 060924 Kota Medan (Jln S.M Raja), masuk pada tahun 2002 dan selesai pada tahun 2008. Di samping sekolah umum, ybs juga menempuh pendidikan keagamaan di tingkat dasar, ybs masuk ke Madrasah Diniyah Awaliyah al- Muchlisin Kota Medan (Jln Garu IV), ybs menyelesaikan pendidikannya selama 5 tahun (2003-2008). Setelah menamatkan sekolah di tingkat dasar, ybs melanjutkan pendidikannya ke tingkat menengah pertama (SMP), adapun sekolah tempat beliau melanjutkan pendidikanya adalah di sekolah Madrasah Tsanawiyah Muallimin Univa Medan (MTs Muallimin Univa Medan), ybs menamatkan masa belajarnya selama 3 tahun (2008-2011), lalu ybs melanjutkan pendidikannya ke tingkat akhir (SMA) di sekolah yang sama yakni Madrasah Aliyah Muallimin Univa Medan (MAS Muallimin Univa Medan), ybs menamatkan masa belajarnya selama 3 tahun (2011-2014). Setelah menamatkan pendidikan SD-SMA, ybs kemudian masuk ke Perguruan Tinggi untuk meneruskan pendidikannya, adapun Perguruan Tinggi yang dituju oleh ybs sebagai tempat melanjutkan jenjang pendidikannya adalah Universitas Islam Negeri Sumatera Utara Medan (UIN Sumut) setelah bertransformasi nama pada tahun 2014 akhir. Pada jenjang Strata I ybs memilih masuk ke Fakultas Syariah dan Hukum, program studi Perbandingan Madzhab dan menyelesaikan studinya selama 3 tahun 10 bulan (2014-2018) dan memperoleh nilai akhir IPK (indeks prestasi kumulatif) 3.78 yudisium magna cumlaude setelah berhasil mempertahankan penelitian skripsi pada ujian sidang akhir skripsi dengan judul penelitian *Hujjiyah Mafhum al-Mukhalafah inda al-Imam asy Syirazi asy-Syafi'i wal Imam as-Sarakhsi al-Hanafi*. Setelah memperoleh gelar sarjana strata I pada tahun 2018, ybs tidak langsung melanjutkan studinya ke jenjang strata II, ybs baru mulai melanjutkan pendidikan strata II-nya pada tahun 2020 (*gap year*) dengan masuk ke Program Pascasarjana UIN Sumatera Utara Medan, pada program studi Magister Hukum Islam.

Pengalaman kerja ybs dimulai pada Maret, 2018, masuk ke sekolah MTs Muallimin Univa Medan sebagai guru. Ybs mengabdikan dirinya kepada sekolah tempat ybs dahulu menimba ilmu pengetahuannya di tingkat Tsanawiyah, sebagai alumni ybs ingin memberikan kontribusi untuk almamaternya. Ybs sampai sekarang (2022) masih berstatus sebagai salah satu dewan guru di MTs Muallimin Univa Medan.

قـائمة تاريخ الباحث

نبـــذة من شخصية؛

الإسم	؛ رحمـت إبـراهيـــم هراهـــف
محل الولادة وتاريخها	؛ ميدان، ٣٠ سبتمبير ١٩٩٦ مـ
عنوان المنزل	؛ جالن سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر ٥،٥/ جالن غارو ٢ (أ) رقم ١٢ (أ)، ميدان، سومطرة الشمالية.

مراحل الدراسات؛

١) مدرسة إبتدائية حكومية ٠٦٠٩٢٤، (طريق سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر ٥،٥) ميدان سومطرة الشمالية (تخرج منها سنة ٢٠٠٨).

٢) مدرسة دينية أولية المخلصين، (طريق سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر٥،٥، جالن غارو ٤) ميدان سومطرة الشمالية (تخرج منها سنة ٢٠٠٨).

٣) مدرسة ثانوية معلمين أونيفا ميدان، (طريق سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر٥،٥) ميدان سومطرة الشمالية. (تخرج منها سنة ٢٠١١).

٤) مدرسة عالية معلمين أونيفا ميدان، (طريق سيسينغا مانغاراجا، كيلومتر٥،٥) ميدان سومطرة الشمالية. (تخرج منها سنة ٢٠١٤).

٥) كلية الشريعة والقانون قسم مقارنة المذاهب من جامعة الإسلامية الحكومية سومطرة الشمالية، ميدان (تخرج منها سنة ٢٠١٨).

٦) قسم الحكم الإسلامي للدراسات الدينية العليا بجامعة إسلامية حكومية سومطرة الشمالية، ميدان (تخرج منها سنة ٢٠٢٢).

"وما العلم إلا كسلسلة الولد بالوالد

وما يكون للّاحق فنسبته إلى السّابق"

@hrp_ ri