اليه اجتهاد مجتهد وان لم يشهد له أصل معين ومثل له بالكفار اذا تترسوا بجماعة المسلمين فلو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما لم يذنب ذنبا وهذا لاعهد به فى الشرع ولو كففنا لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الاسرى ايضا فيجوز ان يقول قائل هذا الاسير مقتول بكل حال فحفظ جميع المسلمين اقرب الى مقصود الشرع . لانا نعلم ان مقصود الشرع تقليل القتل كما يقصد حسم سبيله عند الامكان فان لم نقدر على الحسم فقد قدرنا على التقليل وكان هذا التفات الى مصلحة علم بالضرورة كونها مقصودة بالشرع لا بدليل واحد واصل معين بل بادلة خارجة من الحصر ولكن تحصيل المقصود بهذه الطريق وهو قتل من لم يذنب غريب لم يشهد له أصل معين ؛ وانقدح اعتبارها بثلاثة اوصاف . أنها ضرورية قطعية كلية هـ . قال ابو حفص الفاسى بعد نقله كلام الغزالى : وتقرير مذهب الغزالى على ما سمعت كما هو صريح عبارته يظهر لك ما فى قول السبكى فى جمع الجوامع ان الغزالى : اعتبر هذه الاوصاف للقطع بالقول بالمرسل ؛ لا الاصل القول به فقد علمت أن الغزالى لم يقطع باعتبارها بل جعلها فى محل الاجتهاد وقد اعترض مذهبه أبو الحسن الابيارى بما يوقف عليه فى شرح البرهان . وقد اراد ابو حفص بتوضيح مذهب الغزالى وغيره ؛ اثبات ان الاخذ بالمصلحة المرسلة انما هو من شأن العلماء الذين بلغوا درجة الاجتهاد ؛ والذين يستطيعون ادراك المقاصد الشرعية عن طريق الادلة الكلية غير المعينة . وهو احتياط منه من الوقوع فى الافتاء بدعوى المصلحة دون تيقن من اندراجها تحت أصل عام أو عموم المقصود الشرعى .

مذهب الطوفى

٧٣ - نجم الدين الطوفى من ائمة المذهب الحنبلى توفى سنة ٧١٦ ؛ وكان قد الف عدة كتب من جملتها شرح للاربعين حديثا للامام النووى ؛ وحينما وصل لشرح الحديث الثانى والثلاثين وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) وقف عنده واطنب فى شرحه وتبيان مقاصد الشارع منه فانبثقت من ابحاثه نظرية عظيمة الاهمية لم يسبق اليها ؛ وهى اعتبار المصلحة وتقديمها على جميع الادلة . وقد كان لما عمله الطوفى شفوف عظيم فى العصر

الاخير ؛ حينما بدأ المسلمون يبحثون عن وسائل التطور فى فهم احكام الشريعة والتوفيق بين مقتضياتها وبين حاجات العصر الحاضر .

وكان اول من القى الاضواء على نظرية الطوفى هو علامة الشام السلفى الشيخ جمال الدين القاسمى اذ طبع شرح الطوفى للحديث الثانى والثلاثين وعلق عليه فى رسالة خاصة .

ثم نقله الشيخ رشيد رضا فى الجزء العاشر من المنار ؛ واستدل بكلامه فى عدة مواضع من كتاب التفسير . ووضع عنه الاستاذ مصطفى زيد رسالة قدمها الى كلية دار العلوم بجامعة القاهرة للحصول منها على درجة الاستاذية فى الشريعة الاسلامية . ثم كتب عنها ولخصها الاستاذ عبد الوهاب خلاف فى محاضراته عن مصادر التشريع فيما لا نص فيه . وهكذا اصبحت نظرية الطوفى من النظريات المعتنى بدراستها فى موضوع المصلحة ؛ وان لم يؤكد القول بمقتضاها أحد من الذين نشروها او كتبوا عنها .

٧٤ - ويقوم رأى الطوفى على ثلاث قضايا :

اولاها : ان المصلحة هى مقصود الشارع ؛ ومن ثم فهى اقوى ادلته واخصها.

والقضية الثانية : أنه ليس ضروريا ان تكون حيث النص القاطع او اجماع المسلمين . فقد يعارض النص او الاجماع المصلحة ؛ وفى هذه الحال يجب ان تقدم عليهما بناء على القضية السابقة .

والقضية الثالثة : ان مجال هذا كله انما هو العادات والمعاملات لا يقصد به سياسة المكلفين . أما العبادات فهى حق الشارع لا يتلقى الا منه (١)

وقد استدل الطوفى لنظريته بادلة شرعية ؛ من أهمها حديث (لاضرر ولا ضرار) فهو فى نظره يكون أصلا عظيما يبنى عليه اعتبار المصلحة حيث دارت؛ لان المصلحة لا تكون الا حيث لا يكون هنالك ضرر ولا ضرار . وحينما يناقش العلماء الذين تكلموا فى المصلحة من قبله وقسموها الى اقسام ثلاثة يقول : (أعلم ان هؤلاء الذين قسموا المصلحة الى معتبرة وملغاة ومرسلة ضرورية وغير ضرورية ؛ تعسفوا وتكلفوا . وذلك بان نقول : قد ثبت مراعاة الشارع للمصلحة

---

(١) مصطفى زيد ؛ المصلحة فى التشريع الاسلامى . ونجم الدين الطوفى ص ١٣٣ .

والمفسدة اجماعا . وحينئذ فنقول : العقل ان تضمن مصلحة مجردة حصلناها؛ وان تضمن مفسدة مجردة نفيناها ؛ وان تضمن مصلحة من وجه . فان استوى فى نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجع او خيرنا بينهما كما قيل فيمن لم يجد من السترة الا ما يكفى احد فرجيه فقط هل يستر الدبر لانه مكشوفا افحش او القبل لاستقباله به القبلة او يتخير لتعارض المصلحتين والمفسدتين ؟ وان لم يستو ذلك بل ترجح اما تحصيل المصلحة واما دفع المفسدة. فعلناه ؛ لان العمل الراجح متعين شرعا . وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكروه فى تفصيلهم المصلحة .

أما المعتبرة شرعا كالقياس بمصلحة ظاهرة مجردة او راجحة .

وأما الملغاة كمنع زراعة العنب والشركة فى سكنى الدار ؛ فلان المصلحة والمفسدة تعارضتا فيها لكن مصلحتها ضعيفة ومفسدتها عظيمة فكان نفيها ارجح لما يلزم من منع النفع المحقق من زراعة العنب والارتفاق المحقق بالشركة فى السكنى لاجل مفسدة موهومة وهى اعتصار الخمر وحصول الزنا . ولو سلم ان هذه المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة . والمصلحة التى تقابلها قاطعة ؛ فكان تحصيلها بالتزام المفسدة المظنونة اولى من العكس.

وقد بين الطوفى مغايرته لمذهب مالك حين قال : واعلم ان هذه الطريقة التى ذكرناها مستفيدين لها من الحديث المذكور ؛ ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب اليه مالك ؛ بل هى ابلغ من ذلك ؛ وهو التعويل على النصوص والاجماع فى العبادات والمقدرات؛وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات وباقى الاحكام.

ثم يبين العمل في الاستدلال بالادلة فى العبادات ؛ ويرجع لادلة المعاملات : فيقول أما المعاملات ونحوها المتبع فيها مصلحة الناس كما تقرر :

فالمصلحة وباقى ادلة الشرع اما ان يتفقا او يختلفا . فان اتفقا فبها ونعمت؛كما اتفق النص والاجماع والمصلحة على اثبات الاحكام الخمسة الضرورية؛ وهى قتل القاتل والمرتد وقطع السارق وحد القاذف والشارب ونحو ذلك من الاحكام التى وافقت فيها ادلة الشرع المصلحة . وان اختلفا فان أمكن الجمع فاجمع بينهما . مثل أن يحمل بعض الادلة على بعض الاحكام والاحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة ولا يقضى الى التلاعب بالادلة او بعضها .

وان تعذر الجمع بينهما على غيرها. لقوله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولاضرار)

وهو خاص فى نفى الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولان المصلحة هى المقصودة من سياسة المكلفين باثبات الاحكام وباقى الادلة كالوسائل؛ والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل .

وقد بين امكان تعارض المصالح والمفاسد ووضع ضابطا يدفع محذور تعارضها . وهذا الضابط هو ان المصلحة اذا تمحّضت واتحدت فلا اشكال وان تمحّضت وتعددت فان امكن تحصيل جميعها حصل ؛ وان لم يمكن حصل الممكن . وان تعذر ما زاد على المصلحة الواحدة فان تفاوتت المصالح فى الاهتمام بها حصل الاهم منها وان تساوت فى ذلك حصلت واحدة منها بالاختيار الا ان يقع ها هنا تهمة فبالقرعة

وان تمحّضت مفسدة واتحدت دفعت ؛ وان تعددت فان أمكن درء جميعها درئت وان تعذر درىء منها الممكن فان تعذر درء ما زاد على مفسدة واحدة فان تفاوتت فى عظم المفسدة دفع أعظمها وان تساوت فى ذلك فبالاختيار او القرعة ان اتجهت التهمة .

وان اجتمع الامران فيه المصلحة والمفسدة ؛ فان أمكن تحصيل المصلحة ودفع المفسدة تعين وان تعذر فعل الاهم من تحصيل او دفع ان تفاوتا فى الاهمية وان تساويا فبالاختيار او القرعة ان اتجهت التهمة .

وان تعارض مصلحتان او مفسدتان ؛ أو مصلحة ومفسدة ؛ وترجح كل من الطرفين من وجه دون وجه اعتبرنا أرجح الوجهين تحصيلا او دفعا . فان استويا فى ذلك عدنا الى الاختيار او القرعة » .

٧٥ - وكلام الطوفى لا يعدو ان يكون رايا من عالم بحاثة ؛ لا يظهر أن أحدا من الفقهاء شايعه فيما ذهب اليه من قَصْرِ العمل بالنصوص وتقديمها ؛ على العبادات . واعتبار المصلحة مقدمة فى المعاملات على ما ورد بنص صريح من كتاب او سنة صحيحة . وقد سجل الاستاذ مصطفى زيد ما فى كلام الطوفى من تناقض وما فيه من خلو من ذكر الامثلة التى تشرح مذهبه . وختم بحثه قائلا:

« ورابعا بالرغم من تلك الامثلة التى اسلفناها فى التمهيد والتى تبدو فيها المصلحة معارضة للنصوص فان تقديم رعاية المصلحة على النص المرن العام

امر لا يقبله المنطق ولا يسيغه الفهم السليم للدين الاسلامى ولهذا ينبغى اعتبار الفتاوى التى تقوم على هذا الاساس استثناء من القواعد العامة أو ضرورة؛ والضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها »..

واذن فيبقى مناط المصلحة المرسلة هو ما لم يرد فيه نص برعاية المصلحة أو الغائها . وهذا الموضوع الذى جعله زيد من مواطن الاستثناء هو الذى قصد اليه الغزالى حين سماه موطن الاجتهاد وهو الذى عنى ابو حفص الفاسى بتبيينه ونقلناه سالفا ؛ فليس هنالك تناقض بين المصلحة والنصوص الشرعية . وانما هنالك تناقض ممكن بين نصوص صريحة خاصة ومقصد شرعى عام ينقدح فى نفس المجتهد من ادلة كلية لا من دليل معين كما فى قضية التترس بالمسلمين؛ التى نقلناها عن الغزالى . فان قتل المسلم ممنوع بدليل خاص . وتقليل القتل مقصود شرعى ؛ لان الجهاد ضرورة تقدر بقدرها . وبما ان ترك الاعداء يتترسون بالمسلمين وان كان يحفظ حياة هؤلاء الذين تترسوبهم ؛ فانه يؤدى الى انهزام المسلمين وامعان العدو فى قتلهم وتقليل القتل مقصد شرعى ؛ وارتكاب أخف الضررين ضرر الهزيمة وضرر قتل بعض المسلمين مقصد شرعى اكيد ايضا . ولو تنبه الطوفى الى ان هنالك موطنا للاجتهاد حينما تتعارض نصوص خاصة بمقصد شرعى مستخرج من ادلة كلية ؛ لما احتاج الى القول بان المصلحة تتعارض مع النص ويجب تقديمها عليه .

عمل أهل المدينة

٧٦ - نشأ الامام مالك فى المدينة من اصل عربى وبها تعلم ونبغ وعلم وكون مدرسة عظيمة والف الموطا وقد اشتهر بوقوفه موقفا وسطا بين مدرسة الرأى التى اشتهر بها العراقيون وبين مدرسة الحديث الحجازية . فكان لايهمل الرأى بتاتا ؛ ولكن لا يعمله الا بشروط . وفيما لم يرد فيه نص ثابت مخصوص . ومع ذلك فقد كان غنيا بالاعتماد على الحديث وتتبع آثار النبى والتماس مواقعها .

وبهذه الاعتبارات ؛ اعتمد مالك عمل أهل المدينة فى استنباط بعض الاحكام وترجيح القول بالعمل فيما اختلفت فيه الآراء وتعارضت المصادر ؛ لانه يرى ان أهل المدينة كانوا أقرب من مواقع الوحى واجدران يحافظوا