

مجلة الحقوق

تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت

فصلية أكاديمية
تقني بالمجالات القانونية والشرعية

رئيس مجلس الإدارة
الدكتور منصور مصطفى منصور
رئيس التحرير
الدكتور عثمان عبد الملك الصانع

الاشتراكات

داخل الكويت للأفراد
أربعة دنانير
للمؤسسات الرسمية
وشبه الرسمية والشركات
عشرون ديناراً

في الخارج
١٥ دولاراً أمريكياً - بالبريد
الجوي

العنوان

جامعة الكويت - كلية الحقوق
ص ب ٥٤٧٦

يحتوي كل عدد على الموضوعات
التالية :-

• أبحاث في القانون
والشرعية الإسلامية

• تعليقات على الأحكام
القضائية والتشريعات

• مراجعات للكتب الجديدة

• تقارير عن المؤتمرات
الدولية

جميع المراسلات توجه باسم
رئيس التحرير

مسائل الخلاف في القياس وأثره

د. عبد السلام صبحي حامد

المدرس

في قسم الدراسات الإسلامية
بجامعة الإمارات العربية المتحدة

المقدمة :-

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الله محمد بن عبد الله خاتم الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .
وبعد ، ،

فإنه من المعلوم أن الوصول إلى الحكم الشرعي في مسألة ، ما ، من خلال النظر في الأدلة التفصيلية ، يخضع لسلوك طريق القواعد والضوابط الخاصة بالأدلة الإجمالية ، والتي انتظمها علم أصول الفقه .
لذا فإن أي خلاف يقع في كيفية أو مضمون هذه القواعد يستبين أثره في اختلاف الفقهاء في أحكام المسائل الجزئية ، عند النظر في الدليل التفصيلي لكل مسألة على حدة .

والأدلة التي تركز عليها أحكام الشريعة الإسلامية بلا خلاف ، «القرآن» و«السنة» و«الإجماع» ، وأما القياس - الدليل الرابع - فهو محل هذا البحث ، للنظر

فيما شاب هذا الدليل من خلاف ، سيظهر في ثنايا هذا البحث .
ولكل من هذه الأدلة قواعد وأصول يجب مراعاتها عند النظر فيها ؛ لاستنباط حكم شرعي لمسألة ، ما ، حتى لا يكون للهوى مدخل في الفتوى والقضاء ، وفي عمل النفس .

وجدير بالذكر : أن اختلاف العلماء لم يكن في أصل تفعيد القواعد ، وتثبيت الضوابط ، وإنما كان فيما يصلح أن يكون قاعدة ، أو لا ، من حيث ما يخص كل دليل من الأدلة التي ذكرتها ، أو من حيث العلاقة فيما بينها .

وقد اخترت أن يكون بحثي في القواعد الخاصة بأحدها وهو «القياس» كدليل شرعي ، مع بيان الآثار الفقهية للاختلاف الحاصل في مسائل هذا الدليل ، سواء من حيث كونه دليلاً والخلاف فيه ، أو من حيث أنه دليل شرعي متفق عليه ، أو من حيث ذاته كدليل شرعي .

وأما عن خطة تناول هذا الدليل بحديثاته الثلاثة فذلك على النحو التالي : -

أ - أما من حيث كونه دليلاً مختلفاً فيه ، فقد ناقشت ما دار حول هذا الدليل من شبه ، وأنه لا انفكاك من القول به ، والاعتماد عليه ، وأن الذين حملوا لواء رفضه تنازعوا فيما بينهم ، واحتاروا في أمر المسائل الحادثة التي لم تتناولها النصوص ، فتارة يتكلفون في إيجاد الحكم ، والنتيجة موافقتهم في الحكم للقائلين بالقياس ، مع اختلاف في المأخذ ، وتارة يبقون المسألة على حكم الأصل لعدم الدليل على حد زعمهم ، ويتضح ذلك من خلال المسائل التي أوردتها كأثر للخلاف في هذا الدليل .

ب - وأما من حيث أنه دليل شرعي متفق عليه أبرزت فيه جانبين هامين : -
أحدهما : علاقته مع الأدلة الشرعية من حيث العمل به عند التعارض ، أو من حيث تخصيص النصوص به .

وأوردت له المسائل التالية : -

خبر الواحد والقياس .

قول الصحابي والقياس .

تخصيص العام بالقياس .

ثانيهما : مواطن جريانه كدليل شرعي ، من حيث أن القياس في الأحكام يعتمد الوقوف على المعاني ، أو من حيث أنه نصب دليلا لإفادة حكم شرعي .
وأوردت له المسائل التالية : -
- القياس في الأسباب والشروط والموانع .
- القياس في الأسامي اللغوية .
القياس في الحدود والكفارات ، والرخص والتقديرات ، والعادات .
ج - وأما من حيث ذاته كدليل أو بعبارة أخرى المسائل الخاصة بذات الدليل ، فعنيت بها الشروط والضوابط التي تعلقت بأركانه الأربعة ، وقد تناول « التلمساني » في « مفتاح الوصول » هذا الجانب تناولا في غاية الدقة والجودة ، واقتصرت في هذه الحيشة على أهم المسائل .
د - وأشير إلى أنه قد فصلت في بعض الفروع وأختصرت في بعضها ، ولم أذكر أكثرها ، حيث أوردت الفروع كمناهج لأثر الخلاف .
وأختم هذه الكلمة بقول « الفهري » أحد فقهاء السادة المالكية ، عن القياس ، حيث قال : هو « من أهم أصول الفقه : هو أصل الرأي ، وينبوع الفقه ، ومنه تتشعب الفروع ، وعلم الخلاف ، وبه تعلم الأحكام والوقائع التي لا نهاية لها ، فإن اعتقاد المحققين أنه لا تخلوا واقعة من حكم ، ومواقع النصوص والإجماع محصورة »^(١) كما ذكر في نشر البنود على مراقبي السعود « في باب القياس » . .
وقد حاولت مع دقة مسلك هذا الدليل ورقة الفواصل بين معانيه ، إبراز سر من أسرارهِ ، وتمهيد الوصول إلى أعمالهِ ، على وجه يرضى الله ورسوله . فإن وفقت فلله الحمد ، وإن كانت الأخرى فهذا جهد المقل .

والله الموفق ، والله أعلم ، ،

المبحث الأول

المطلب الأول : -

أ - تعريف القياس : -

القياس في اللغة : التقدير والمساواة ، يقال قست النعل بالنعل اذا قدرته فساواه ، وقست الثوب بالذراع أي قدرته به ، وفلان لا يقاس بفلان ، أي لا يساوى به ^(١) .

وأما حقيقته فقد تعددت تعاريفه عند الأصوليين تبعاً لاختلاف تصوراتهم حول مفهومه ، مع اتفاقهم على أنه لا بد في القياس من أصل وفرع ، وعله وحكم .
وأورد فيما يلي بعض هذه التعاريف :

- ١ - هو : حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما ، أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما ، وهذا تعريف القاضي أبي بكر الباقلاني ، قال الأمدى : وقد وافقه عليه أكثر أصحابنا . ^(٢) وتعريف الغزالي وابن قدامة في روضة الناظر قريب منه ^(٣) .
- ٢ - وقال البيضاوى : هو إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر؛ لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت ^(٤) .
- ٣ - وقال صدر الشريعة : هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة ، لا تعرف بمجرد فهم اللغة ^(٥) .
- ٤ - وعرفه الأمدى بأنه : عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل ^(٦) .

١ - انظر فتح الغفار ٨/٣

ومحاضرات للشيخ عبد الغني الخالق ص : ٢ - ٣ - ٤ ، الأحكام للأمدى ٢٦١/٣ ، وابن الحاجب مع شرح العضد عليه ٢٠٤/٢ . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص : ٤٧٠ - أثر الاختلاف : ص : ٤٧٠

٢ (٢) الأحكام للأمدى ٢٦٦/٣ .

٣ (٣) المستصفى ٣١٤

٤ (٤) المنهاج بشرح الأسنوى ج ٣ ص : ٣

٥ (٥) التوضيح مع التلويح ج ٢ ص : ٥٢ .

٦ (٦) الأحكام للأمدى ج ٣ ص : ٢٧٣

٥ - وعند ابن الحاجب ، «هو مساواة فرع لأصل في علة حكمه ، ولصاحب التحرير ابن المهام نحوه^(١) بزيادة «وأن العلة لا تدرك من نصّه بمجرد فهم اللغة» . ومنشأ الخلاف بين هذه التعاريف هو : أنهم بعد أن اتفقوا على أن الأدلة السمعية من الكتاب والسنة وغيرهما إمارات ، وعلامات نصبها الشارع للدلالة على الأحكام الشرعية ، والكشف عنها ، سواء وقف المجتهد عليها ونظر فيها وعرف الحكم عن طريقها ، أم لا ، واتفقوا كذلك على أن القياس أحد هذه الأدلة ، وأن الواجب أن تكون حقيقته صالحة لأن تكون إمارة على حكم الفرع الذي يدل عليه ، ويثبت فيه ، اختلفوا فيما هو الشيء الذي يصلح أن يكون الإمارة على ذلك الحكم ، ، أهو تلك المساواة الخاصة ؟ أم هو نحو الإثبات الذي هو فعل المجتهد^(٢) .

ب - القياس دليل شرعي : -

هذه المسألة من أهم المسائل الأصولية ، حيث نالت اهتمام العلماء بها ؛ لإثبات أن القياس دليل شرعي يعتد به ، وأنه رابع الأدلة الشرعية ، وركن من أركان التشريع ، قال أبو إسحق الشيرازي «القياس طريق الأحكام الشرعية»^(٣) . وقبل ذكر المذاهب مع بعض أدلتها ؛ خشية التطويل ، والتي استوفتها كتب الأصول - أورد ما ذكره الزركشي في البحر المحيط حيث أنه في غاية الأهمية ، لإفادته عدم جدوى المخالفة في حجة القياس . قال بدر الدين الزركشي - أحد علماء القرن الثامن - في البحر المحيط «إن أول من باح بإنكار القياس ، النظام ، وتابعه قوم من المعتزلة ، كجعفر بن حرب ، وجعفر بن بشر ، ومحمد بن عبد الله الإسكافي ، وتابعه على نفيه من أهل السنة داود الظاهري ، ونقل ابن عبد البر في كتاب العلم : أنه قال «ما علمت أحدا سبق النظام إلى القول بنفس القياس ، ولم يلتفت إليه الجمهور» . وقال أيضاً : «إن هذه المذاهب كلها مهجورة ، وهو خلاف حادث بعد أن

(١) ابن الحاجب ٢/٢٠٤ ، وانظر فتح الغفار ٩/٣

(٢) محاضرات في أصول الفقه ص : ٥ وانظر أصول الحضري بك : ٢٨٨ وما بعدها .

(٣) التبصرة للشيرازي ٤٢٤ .

تقدم الإجماع بإثبات القياس ، من الصحابة والتابعين قولاً وعملاً ، وقد ذكر نحوه شارح أصول فخر الإسلام في كشفه ؟ قال عبد العزيز البخاري «فإن الأمة أجمعت على كون القياس حجة عند عدم دليل أقوى منه ، ونفاة القياس ، حدثوا بعد القرون الثلاثة ، فلا يعبأ بخلافهم»^(١) .

- بيان الأقوال والمذاهب والآراء .

تناول علماء الأصول والفقه هذه المسألة من جانبيين :
الأول : كون التعبد بالقياس من حيث العقل حائزاً ، أو واجباً ، أو مستحيلاً .

الثاني : كون العمل بالقياس واجب شرعاً ، أو عقلاً ، أم لا .
أما الجانب الأول : ففيه ثلاثة مذاهب :
المذهب الأول : التعبد بالقياس جائز عقلاً . وهذا قال الجمهور ، والزيدية والقاشاني ، والنهرواني ، والمعري ، وبعض الخوارج ، وداود الظاهري ، وأتباعه .
على ما نقله عنهم إمام الحرمين والغزالي^(٢) .
المذهب الثاني : التعبد بالقياس واجب عقلاً ، وهو مذهب القفال من أصحاب الشافعي ، وأبي الحسن البصري من المعتزلة^(٣) .
المذهب الثالث : استحالة التعبد به عقلاً ، وهو قول بعض الشيعة الإمامية والخوارج سوى النجدات ، وقد نسب البيضاوي إلى النظام من كبار المعتزلة ، كما نسب صاحب المحصول^(٤) والحاصل^(٥) إلى داود وأتباعه^(٦) .
ومذهب النظام هنا مقيّد بما إذا كان القياس غير جلي ، ولا منصّوص العلة ، فأما إذا كان جلياً ، أو منصّوص العلة ، فإنه يقول : إن التعبد به جائز عقلاً ، وواقع فعلاً . وفيما عدا ذلك يقول بالاستحالة العقلية .

(١) حاشية محقق التبصرة ص : ٤٢٤ نقلاً من كتاب نبراس العقول ص : ٦٢ . وكشف الأسرار ج ٢ ، ٤٠/٣ .
(٢) الأسنوي ١١/٣ ، الأحكام للأمدى ٦٤/٣ ، ابن الحاجب مع شرح العضد ٥٨/٢ ، التبصرة ١٤٢/٤٥ .
(٣) المراجع السابقة . كشف الأسرار ٢٧٠/٣ ، أسباب اختلاف الفقهاء ٤٢٨ محاضرات في أصول الفقه ٢٧ المسودة ٣٦٧/ .

(٤) فخر الدين الرازي محمد بن عمر متوفى سنة ٦٠٦ هـ .

(٥) تاج الدين محمد بن الحسن الأرموي متوفى ٦٥٦ هـ .

(٦) أسباب اختلاف الفقهاء ٤٢٩ ، نقلاً من كتاب الأصول العامة للفقه المقارن محمد تقي الحكيم ص : ٣٢٢ - ط
دار الأندلس ، كشف الأسرار ٢٧٠/٣ ، الأسنوي ١١/٣ ، محاضرات في أصول الفقه ص : ٢٧ .

وهذا التقييد لمذهب النظام يجب أن يكون عاما بالنسبة لمذهب الشيعة ، وسائر من أحالوا التعبد بالقياس ومنعوه ، ولكنه لا يسمونه قياساً^(١) ويلزم من هذا القول : أن العمل به غير واجب ، بل حرام .

الجانب الثاني : كون العمل بالقياس واجب شرعا وعقلا . وفيه أربعة مذاهب .

١ - المذهب الأول :

الذين قالوا : بأن التعبد بالقياس واجب عقلا . اتفقوا على أن العمل بالقياس في الأمور الشرعية واجب شرعا وعقلا^(٢) - وهو أحد المذاهب الأربعة في هذه المسألة . وأما الذين قالوا : بأن التعبد بالقياس جائز عقلا ، فقد اختلفوا في أن العمل به في الأمور الشرعية واجب أم لا ، على ثلاثة مذاهب : -

٢ - المذهب الأول : ذهب جمهور العلماء ، والأئمة ، وهو قول السلف من الصحابة والتابعين : إلى أن العمل بالقياس فيها واجب شرعاً ، وأنه حجة شرعية يجب العمل بمقتضاها^(٣) .

٣ - المذهب الثاني : أنه يكون حجة في صورتين دون غيرهما : -

أولاهما : أن تكون علة الأصل فيه منصوصة بصريح اللفظ ، أو بإيمائه .

ثانيهما : أن يكون الفرع بالحكم أولى من الأصل - كقياس الضرب على التأفيف - في التحريم بجامع الإيذاء في كل ، وهو ما يعبر عنه بالقياس الجلي ، أو المقطوع به وهذا مذهب القاشاني ، والنهرواني^(٤) .

١ - أسباب اختلاف الفقهاء ص : ٤٢٩

٢ - محاضرات في أصول الفقه ص : ٢٨

٣ - الأحكام للامدنى ٦٤/٣ ، كشف الأسرار ٢٧٠/٣

٤ - الأسنوى ١١/٣

٥ - النهرواني إلى نهروان ، بلدة قديمة قرب بغداد لها قاعدة نواحي ، حارب أكثرها ، ينسب إليها كثير من العلماء ، والقاشاني هو أبو بكر محمد بن اسحاق القاشاني ، نسبة إلى قاشان وهي بلدة عند «قسم» ، والناس يقولون قاشاني بالشين المعجمة ، والصواب بالسين والقاشاني هذا حول العلم عن داود إلا أنه خالفه في مسائل كثيرة -

حاشية محقق التبصرة نقلا عن طبقات الشيرازي ص : ١٤٩ ، والفهرست لابن النديم : ٣١٤ وتبصير المنتبه ١١٤٧/٣ ، وأنظر حاشية سعد الدين التفتازاني على شرح العضد لأصول ابن الحاجب ٥٨/٢ .

٤ - المذهب الثالث : لا يجب شرعاً العمل بالقياس في الأمور الشرعية . بل ورد الشرع بتحريمه ومنعه ، وأنه ليس حجة يستند إليها .

وهذا مذهب داود وأتباعه وبعض الشيعة الإمامية وبعض الخوارج^(١) وهذا المذهب مقيد بغير القياس الجلي ، فإن داود وأصحابه لا يسعهم إلا العمل به ، بل قد وقع الاتفاق على حجته - بصرف النظر عن كون الدلالة فيه قياسية أو لفظية^(٢) .
والأساس فيما ذكر : ما أورده ابن حزم في أحكامه حيث قال «إن نصوص الشريعة تفي بأحكام الحوادث ، ولا حاجة إلى أقيسة»^(٣) .
وهذا المذهب هو قول من قال بالاستحالة العقلية - لأنه يلزم من القول باستحالة التعبد بالقياس عقلاً عدم وقوع التعبد به ، وأن العمل به غير واجب بل حرام .

هذه هي مذاهب العلماء في حجية القياس ، ولكل مذهب أدلته النقلية والعقلية ، وسأقتصر على دليل واحد لكل مذهب مع إيراد مناقشته - خشية التطويل ، حيث عمرت كتب الأصول بكل الأدلة ، وما دار من مناقشات حولها^(٤) .
- استدل من قال بمنع العمل بالقياس ، وأنه ليس بحجة شرعية ، سواء أكانوا قائلين باستحالة التعبد به ، أم كانوا قائلين بجواز التعبد مع عدم وقوعه بقولهم :
* ثبت أن الشارع قد فرق بين المتماثلات ، وجمع بين المختلفات ، وأثبت أحكاماً لا مجال للعقل فيها .

وأما الفرق بين المتماثلات : فإن الشارع قد فرق بين الأزمنة في الشرف ، ففضل ليلة القدر على غيرها ، وكذا الأشهر الحرم ، وكذلك أوجب الغسل من المنى دون البول ، مع كونها نجسين خارجين من محل واحد .
وأما الجمع بين المختلفات ؛ فلأنه جمع بين الماء والتراب في جواز الطهارة بهما مع أن الماء ينظف ، والتراب يشوه .

(١) البيضاوي مع شرح الاسنوي ١١/٣ ومحاضرات في اصول الفقه ص : ٢٩ ، أسباب اختلاف الفقهاء ص : ٤٢٩ .

والاحكام لابن حزم ٩٢٩/٧ وما بعدها ، وجمع الجوامع ٢٠٤/٢

(٢) محاضرات في اصول الفقه ص : ٢٩ ، تفسير النصوص ٦٣٢/١

(٣) الاحكام لابن حزم ٩٢٩/٧ وما بعدها - وانظر اثر لاختلاف في القواعد ٤٧٢

(٤) انظر بسطر ذلك فيكتاب السلسلة الذهبية من ص : ١٩ - ٤٤

وأما الأحكام التي لا مجال للعقل فيها فلأنه تعالى أوجب التعفف، أي غرض البصر بالنسبة إلى الحرة الشوهاء، شعرها وبشرتها، مع أن الطبع لا يميل إليها دون الأمة الحسناء التي يميل إليها الطبع، وذلك كله ينافي القياس، فإن مدار القياس على إبداء المعنى، وعلى الحاق صورة بأخرى تماثلها في ذلك المعنى، وأما أنه إذا ثبت ذلك استحالة تعبد بالقياس، فلأن معنى القياس وحقيقته ينافي ذلك، وكل ما كان كذلك لا يجوز العمل به^(١)

وأجيب عن ذلك :- بأنه إنما يدعي العمل بالقياس حيث عرف المعنى مع انتفاء المعارض، وغالب الأحكام من هذا القبيل. وما ذكرتم من الصور فهو نادر لا يقدح في حصول الظن الغالب. ففي الغالب لا تكون الأحكام معقولة، وفي الغالب يكون الجمع بين المتماثلات، والتفريق بين المختلفات، وهذا مبني الشريعة، فإن من حقها أن تبني على العالب، إذ النادر لاحكم له، فمبنى الشريعة هو مبنى القياس. فلا نسلم أن بينهما تنافيا، لاسيما والفرق بين المتماثلات يجوز؛ لانتفاء صلاحية ما يتوهم أنه جامع، أو لوجود معارض.

وكذلك المختلفات يجوز اشتراكها في معنى جامع، وبالجمله فالمتماثلات ليست متماثلة من كل وجه، ولا المختلفات مختلفة من كل وجه، بل يجوز اختلاف المتماثلات في المناط، واتفاق المختلفات فيه، ويجوز الفرق لفارق، فلا مماثلة باعتبار ذلك الفارق، ويجوز الجمع لجامع، فلا مخالفة بالنظر إليه^(٢). وقد أورد هذا الدليل أو الشبهة العالم الجليل ابن قيم الجوزية في رسالته «الفصول في القياس» ورد عليه ردا مفصلا في غاية الجودة والحسن، وذكر أجوبة العلماء الأفاضل رضي الله عنهم عن هذه الشبهة^(٣).

ومنها ما أجاب أبو بكر الرازي الحنفي بأن قال : «لامعنى لهذا السؤال. فإن لم نقل بموجب القياس من حيث اشتبهت المسائل في صورها، وأعينها وأسمائها، ولا أوجبنا المخالفة بينهما، من حيث اختلفت في الصور والاعيان والأسماء، وإنما يجب

(١) السلسلة الذهبية ص: ٣٨، وائر الاختلاف ٤٧٢

(٢) السلسلة الذهبية ص: ٣٩، والاسنوي ٢٢/٣.

(٣) انظر بسط هذا الدليل والرد عليه «القياس في الشرع الاسلامي» من ٨١ الى آخر الكتاب.

القياس بالمعاني التي جعلت أمارات الحكم، وبالأسباب الموجبة فتعتبرها في مواضعها، ثم لانبالي باختلافها ولا اتفاقها من وجوه غيرها.

مثال ذلك : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حرم التفاضل في البرّ بالبرّ من جهة الكيل، وفي الذهب بالذهب من جهة الوزن، أستدلنا به على أن الزيادة المحظورة معتبرة من جهة الكيل والوزن مع الجنس، فحيث أوجبنا تحريم التفاضل وإن اختلفت المبيعات من وجوه أخرى، كالحمص وهو مكيل، فحكمه حكم البر من حيث كونه مكيلا، وإن خالفه من وجوه أخرى، كالرصاص وهو موزون، فحكمه حكم الذهب في تحريم التفاضل، وإن خالفه في أوصاف أخرى.

فتمت عقل المعنى الذي تعلق به الحكم، وجعل علامة له، وجب اعتباره حيث وجد، كما رجم ماعزا لزنائه، وحكم بالقاء الفأرة وما حولها لما ماتت في السمن، فعقلنا عموم المعنى لكل زان، وعموم المعنى لكل مائع جاور النجاسة، إلا أن المعنى تارة يكون جليا ظاهرا، وتارة يكون خفيا غامضا، فيستدل عليه بالدلائل التي نصبها الله عليه. ^(١) أ. هـ.

٢ - واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم - فيما أخرجه أبو يعلى في مسنده عن أبي هريرة «تعمل هذه الأمة برهة بكتاب الله، ثم تعمل برهة بسنة رسول الله، ثم تعمل بالرأي أو القياس، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا وأضلوا».

وهذا الحديث مفاده : أن موجب العمل بالقياس ضلال العامل به، وبعده عن الصواب، لأن اسم الإشارة مثل الضمير يعود إلى أقرب مذكور، وأقرب مذكور هنا هو العمل بالقياس، فكان العمل به حراما، على أن الرواية المتداولة عند المحدثين لفظها «فإن عملوا بالرأي فقد ضلوا وأضلوا» وهي صريحة في أن القياس ليس بحجة وقد ردّ هذا الحديث بأنه ضعيف، ولا يصح الاحتجاج به.

قال ابن السبكي في الإبهاح :- والحديث ماتقوم به حجة، لأنه رواية جبارة بن مغلي، وهو ضعيف. عن حماد بن يحيى الأبح، وقد قال فيه البخاري : يهمل في الشيء بعد الشيء.

١ - المرجع السابق.

وقد قال المحقق أبو زرعة : لا ينبغي الجزم بهذا الحديث ، فإنه ضعيف . وقد بين الحافظ الهيثمي في كتابه «مجمع الزوائد»^(١) ضعفه حيث قال «فيه أي في سنده ، عثمان بن عبد الرحمن الزهري ، متفق على ضعفه ، وذكر الحافظ الذهبي في «ميزان الاعتدال» ، أن عثمان هذا قال عنه أبو عبد الله البخاري : تركوه «ثم ساق له أخبارا عدة مثل هذا الحديث»^(٢)

وعلى الحكم بصحته بعد التجاوز عن ضعفه ، فهو معارض بما يثبت صراحة جواز العمل بالقياس من الحديث الصحيح . لذلك قال صاحب التبصرة «إن المراد بالرأي ، الرأي المخالف للنص ، وذلك عندنا ضلالة»^(٣) .

وأما أدلة الجمهور فالقرآن ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .
واقصر في ذلك على الحجة الثالثة ، فهي أقوى الحجج والأدلة .

أجمع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم على حجية القياس ووجوب العمل به ، فإنه وقع منهم القول به ، والعمل بموجبه ، وتكرر ذلك من غير إنكار من أحد عليهم فكان ذلك إجماعا منهم .

وبيان ذلك :-

- ١ - رجوع الصحابة إلى اجتهاد أبي بكر رضى الله عنه في أخذ الزكاة من بني حنيفة ، وقتالهم على ذلك .
- ٢ - قول أبي بكر لما سئل عن الكلالة : «أقول فيها برأبي فإن يكن صوابا فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان» الكلالة : ماعدا الوالد والولد .
- ٣ - حكم أبي بكر بالرأي في التسوية في العطاء ، حتى قال عمر : كيف تجعل من ترك دياره وأمواله وهاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كمن دخل في الإسلام كرها ، فقال أبو بكر إنها أسلموا لله ، وأجورهم على الله ، وإنها الدنيا

١ - محمد الزوائد ١/ ١٧٩

٢ - محاضرات في أصول الفقه ص : ٣٦

٣ - التبصرة ٤٣١ ، وحاشية المحقق الفاضل عليه نقلا عن نبراس العقول ص : ١٥١ .

٤ - محاضرات في أصول الفقه .

- بلاغ ، وحينما آلت الخلافة إلى عمر فرق بينهم .
- ٤ - قياس أبي بكر تعيين الإمام بالعهد ، على تعيينه بعقد البيعة ، حتى إنه عهد إلى عمر بالخلافة ، ووافقه الصحابة .
- ٥ - كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري حيث ولاه القضاء وفيه : «الفهم الفهم فيما أولى إليك ، مما ليس في القرآن والسنة ، ثم قس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال والأشباه ، ثم اعمد الى أحبها إلى الله تعالى ، وأشبهها بالحق فيما ترى» وهذا الكتاب تلقته الأمة بالقبول وذاع صيته واشتهر^(١)
- وغير هذه الوقائع من الأمثال والأقوال والوقائع للصحابة رضى الله عنهم كثير . مما يدل دلالة قاطعة : على أن الصحابة مثلوا الوقائع بنظائرها ، وشبهوها بأمثالها ، وأن أهل النظر والاجتهاد منهم قالوا بالرأي والاجتهاد ، ومن لم يوجد منه حكم من هذا الطريق لم يوجد منه إنكار ، فكان إجماعا سكوتيا ، وهو حجة مغلبة على الظن .^(٢)
- ولا يعترض عليه بأنه إجماع سكوتي قد اختلف العلماء في حجيته ، لأن محل الخلاف في ذلك إنما عند عدم تكرار المجمع عليه ، وقد تكرر منهم القياس^(٣)
- قال الشيرازي : فإن قيل يحتمل أن يكونوا أرادوا بالرأي والاجتهاد والنظر في موجب الكتاب والسنة .
- قيل هذا لا يصح لانه قد روينا : أنهم كانوا يجتهدون إذا لم يجدوا ذلك في الكتاب والسنة^(٤)

١ - التنصرة ٤٢٦ ، وأخرجه الدارقطني في السنن والدرامي ، وأنظر الاشياء والنظائر للسيوطي ص : ٧ وقد شرع الشيخ الامام ابن قيم الجوزية هذا الكتاب في كتابه (اعلام الموقعين) شرحا في غاية الجودة «الجزء الاول» .

٢ - انظر بسط هذا في اثر الاختلاف ٤٧٩ - ٤٨٠ وما بعدها والتنصرة ٤٢٦ - ٤٢٧ وما بعدها والامدي ٣٨/٤ - ٥٧ .

٣ - محاضرات في اصول الفقه ٣٤ ، وابن الحاجب مع شرح العضد ٢٥٢/٢ .

٤ - التنصرة ٤٢٧ - ٤٢٨ .

المطلب الثاني :

الآثار الفقهية لهذا الخلاف :

لا ريب في أن الخلاف الحاصل في مفهوم وماهية هذا الدليل من جهة ، وكونه دليلاً من جهة أخرى ، انعكست آثاره على الفروع الفقهية بشكل واضح . وبخاصة أن هذا الدليل هو محور ومركز دائرة الاجتهاد الذي أقر كمبدأ ، أو كدليل يستعان به للوصول إلى الحكم الشرعي ، من خلال النظر في المعاني غير المحصورة للنصوص التي حلت الحوادث والوقائع غير المحصورة .

وفيماء يلي بعضاً من هذه الفروع ، والتي تشكل في نظري أساساً لأبواب من الفقه كاملة .

- الفرع الأول :

جريان الربا في غير الأصناف الوارد ذكرها في الحديث .

- الفرع الثاني :

الإفطار عمداً بغير الجماع في رمضان يوجب الكفارة أم لا .

- الفرع الثالث :

حكم الكفارة على المرأة بسبب الجماع في رمضان .

- الفرع الرابع :

حقيقة الرضاع المحرم .

- الفرع الخامس :

ما يكون به الظهار من الصبيغ

- الفرع السادس :

استعمال أواني التقدين في غير الوارد ذكره في الحديث .

- الفرع السابع :

قتل الزنبرور في الحرم

- الفرع الثامن :

القضاء في حق من ترك الصلاة عامدا .

- الفرع التاسع :

إذا مات السنور في السمن

الفرع الأول : جريان الربا في غير الأصناف الوارد ذكرها في الحديث .

الأصل في هذا هو : حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والتمر بالتمر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينا بعين ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى^(٣) .

من المتفق عليه بين المسلمين : أن الربا محرم في هذه الأصناف المنصوص عليها . وأما المختلف فيه فهو جريان الربا في غير المنصوص عليه .

أ - فقد ذهب جمهور الفقهاء - ومنهم الأئمة الأربعة - إلى أن كل صنف تحقق فيه الاشتراك في العلة مع هذه الأصناف جرى فيه الربا ، جريانه في الأصناف المنصوص عليها بالقياس .

ب - وأما أهل الظاهر فقالوا : إن الربا لا يقع في غير هذه الأصناف الستة ، ولا يتعدى حكم الربا إلى غيرها ؛ لأنه من باب الخاص أريد به الخاص ، فلا ربا عندهم في الفول والعدس والذرة وغير ذلك . بناء على عدم جواز القياس عندهم .

وأما عند الشيعة الإمامية ، فالتحريم جار عندهم في غير هذه الأصناف المذكورة عن طريق شمول النص .

قال الطوسى « ما ثبت فيه الربا إنما يثبت بالنص لا لعلة من العلل . أى لا عن طريق القياس .

١ - الحديث أخرجه مسلم في المساقاة ، انظر اثر الاختلاف ٤٨٣ ، ولحديث الروايات متعددة ذات معنى واحد ، انظر نيل الاوطان ٢١٧/٥ وسبل السلام ٣٧/٣ ، ٣٨ .

٢ - راجع بداية المجتهد ١٦٢/٢ .

٣ - اسباب اختلاف الفقهاء ٤٣٠ - ٤٣١ نقلا من كتاب الخلاف للطوسى ١/٥٢٣ - ٥٢٤ .

ولابن رشد في هذه المسألة توجيه في غاية الدقة، ينفي فيه أن المذكور في الحديث خاص أريد به معنى خاص، ويثبت فيه جريان الربا في غير المنصوص عليه حيث قال في بداية المجتهد^(١) «والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به غيره، أعني أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذي بينهما، لامن جهة دلالة اللفظ؛ لأن إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تشبيه اللفظ ليس بقياس، وإنما هو من باب دلالة اللفظ، وهذان الصنفان يتقاربان جدا، لأنها إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به، وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا.

فمثال القياس: إلحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد. والصدّاق بالنصاب في القطع، وأما إلحاق الربوي بالمقتات أو بالمكيل، أو بالمطعوم، فمن باب خاص أريد به العام فتأمل هذا فإن فيه غموضا.

والجنس الأول هو الذي ينبغي للظاهرية أن تنازع فيه، وأما الثاني فليس لها أن تنازع فيه، لأنه من باب السمع، والذي رد ذلك رد نوعا من الخطاب «فابن رشد رحمه الله يشير إلى أن الحكم المسكوت عنه ثابت «بمفهوم الموافقة» وهو المعروف عند الحنفية «بدلالة النص» قال^(٢) صاحب تفسير النصوص «فإن مفهوم الموافقة مقول به من عامة أئمة هذه الشريعة».

الفرع الثاني: حكم الكفارة على المفطر عامدا بغير الجماع في رمضان.

إن حديث الوقاع في رمضان حديث صحيح ثابت رواه البخاري ومسلم^(٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هلكت يارسول الله، قال: وما أهلك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: هل تجد ما تعتق به رقة؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا؟ قال: لا، ثم جلس. فأتى النبي صلى الله عليه وسلم^(٤) بعرق فيه تمر، فقال: تصدق بهذا، فقال: أعلى أفقر مني؟

(١) بداية المجتهد ١٧/١ - ١٨.

(٢) راجع بسط في «تفسير النصوص» ٩٢، ٢٦، ٥١٦، ٥١٧ وما بعدها و ٦٣٢ و ٦٣٣ وما بعدها و ٦٤٣/٢ إلى ٦٦٤.

(٣) طريق الرشيد إلى تخريج احاديث بداية ابن رشد ص: ٢٠٩.

(٤) هو الزبيل وينسج من الخوص ويسع خمسة عشرة صاعا نيل الاوطال ٢١٦/٤.

فما بين لابتيتها أهل بيت أحوج إليه مني ، قال : فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ، ثم قال اذهب فأطعمه أهلك» أ هـ .

الحديث وارد فيمن جامع في رمضان عامداً ، وحكمه وجوب القضاء والكفارة ، والخلاف فيمن أكل أو شرب عامداً ، ، فمذهب المالكية والحنفية والثوري : وجوب القضاء والكفارة على من افطر متعمداً بالأكل والشرب في رمضان .
وحجتهم في ذلك : انهم الحقوا المفطر بالأكل والشرب عامداً بالجامع عامداً ، لتحقق العلة فيه ، وهو انتهاك حرمة رمضان .
فالحكم كما يبدو ظاهراً ثابت بطريق الحاق فرع بأصل مع علة جامعة - وهذا هو القياس .

وذهب الظاهرية إلى عدم وجوب الكفارة على من أفطر عامداً بأكل أو شرب في رمضان ، بناء على أصلهم في رفض القياس ، والاقتصار على مورد النص .
أما السادة الشافعية ، والسادة الحنابلة ، فمرد القول عندهم بعدم وجوب الكفارة هو : أصلهم القائل بجواز التعليم بالعلة القاصرة أو الواقعة ، وسيأتي بيان ذلك في الفصل الثالث «المسألة الأولى» منه .
قال الزنجاني في تفريعه على مسألة العلة القاصرة ؛
ومنها : الإفطار بالأكل أو الشرب في نهار رمضان ؛ فإنه لا يوجب الكفارة ، لأن العلة فيه خصوص الجماع .
وعنده - أي أبي حنيفة : العلة عموم الإفساد .^(١)

الفرع الثالث : حكم الكفارة على المرأة بسبب الجماع في رمضان .

ذهب الحنفية والمالكية : إلى القول : بوجوب الكفارة على المرأة بسبب الجماع في رمضان الحاقاً لها بالرجل ، بجامع الاعتداء على حرمة رمضان ، قال في تبين

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٣/٣٦٤ ، تبين الحقائق ١/٣٢٧ ، المحلى لابن حزم ٣/٨٥ - المسألة رقم : ٢٧٣٧ ، روضة الطالبين ٢/٣٧٧ نيل الاوطار ٤/٢١٤ ، فتح القدير ٢٣٩ - تخريج الفروع على الاصول للزنجاني - ص : ٩ ، والقوانين الفقهية ١٢٩ .

الحقائق «وكذلك فإن الكفارة تجب بالإفساد وقد شاركته فيه» وهذا القول إحدى الروایتين عن الإمام أحمد.

وذهبت الظاهرية إلى عدم وجوبها بناء على أصلهم ، وهو رفض القياس .
وأما الشافعية فعدم وجوب الكفارة عندهم هو القول الأظهر في مذهبهم ، كما نص على ذلك صاحب الروضة ، وذلك لأنهم يرون : أنه لو كانت الكفارة لازمة على المرأة لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وذلك غير جائز . وهذا القول الرواية الثانية عن الإمام أحمد .
وهذا مع وجاهته لكن البيان في حق الرجل بيان في حق المرأة ؛ لاستوائهما في الجنابة وحكمها^(١)

علما بأن أصحاب المذهب الأول يستندون إلى قوله صلى الله عليه وسلم «من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر» رواه الدارقطني بمعناه^(٢) .

الفرع الرابع : حقيقة الرضاع المحرم :

- الرضاع في اللغة - مصُّ اللبن من الثدي ، ومنه قولهم : لئيم راضع أي يرضع غنمه ، ولا يجلبها مخافة صوت حلبه ، فيطلب منه اللبن^(٣) .
وأما في الشرع : مصُّ الرضيع اللبن من ثدي الأممية في وقت مخصوص^(٤) .
والأصل في التحريم بسبب الرضاع قوله تعالى : «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة» سورة النساء الآية (٢٣) وقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» رواه البخاري ومسلم .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الرضاع الذي هو: التقام الثدي ، ووصول اللبن إلى الجوف ، هو رضاع محرم^(٥) وهذا القدر فيه حقيقة مسمى الرضاع^(٥)

(١) بداية المجتهد ١/٣٧٠ ، القوانين الفقهية ص : ١٢٨ ، والمدونة ١/٢١٨ تبين الحقائق ١/٣٢٧ المغني لابن قدامة ٣/٥٨ ، الروضة ٢/٣٧٤ المحل لابن حزم ٦/١٩٦ .

(٢) اثر الاختلاف ص : ٤٨٧

(٣) حقوق الاسرة ص : ٢٣

(٤) الام ٥/٣٥ الهداية ٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ٧/٥٣٧ وما بعدها ، نشر مكتبة الكليات الازهرية .

(٥) سبل السلام ٣/٢١٤

والخلاف حاصل في ملاحظة المعنى من الرضاع، والذي يتصور حصوله مثلاً :-

من السعوط وهو : دخول اللبن من الأنف الى الجوف - والوجور : وهو : صبُّ اللبن في الحلق، ودخوله إلى الجوف، أو بعبارة أخرى وصول اللبن إلى جوف الطفل من غير التقام الثدي» .

فذهب الجمهور : من الشافعية والحنفية، والمالكية، وأحمد في أصح الروايتين عنه : إلى أن السعوط والوجور محرم، بطريق الحاق هذا بالتقام الثدي، لتحقيق العلة من التحريم، وهي : إنشار العظم، وانبات اللحم فيها، فثبت الحكم هنا كان بالقياس^(١) .

قال ابن قدامة في معرض استدلاله على التحريم «ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم «لارضاع إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم، رواه أبو داود، ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع، ويحصل به من إنبات اللحم، وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع، فيجب أن يساويه في التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم، فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالفم .
وأما الظاهرية فلم يلاحظوا المعنى من الرضاع، وقالوا : بأنه لا يحرم إلا ما وصل إلى الجوف عن طريق التقام الثدي، وهذا القول رواية عن أحمد، وهو قول عطاء^(٢) .

قال ابن حزم «مسألة : وأما صفة الرضاع المحرم، فإنها هو ما امتصه الراضع من ثدي أمه المرضعة بفيه فقط، فأما من سقى لبن امرأة فشربه في إناء أو حلب في فيه فبلعه، أو أطعمه بخبز، أو في طعام أو صب في فمه، أو أنفه، أو في أذنه، أو حقن به، فكل ذلك لا يحرم شيئاً، ولو كان ذلك غذاءه دهره كله .

برهان ذلك قوله تعالى : «وأمهاتكم الآتي أرضعنكم، وأخواتكم من الرضاعة» . سورة النساء الآية : (٢٣)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فلم يحرم الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا المعنى نكاحاً إلا

(١) بداية المجتهد ٤٥/٢ سبل السلام ٢١٤/٣، الشرح الصغير ٧١٧/٢ اثر الاختلاف ٤٨٧ المغني لابن قدامة .

(٢) بداية المجتهد ٤٥/٢

بالإرضاع ، والرضاعة والرضاع فقط ، ولا يسمى إرضاعاً إلا ما وضعت المرأة المرضعة من ثديها في فم الرضيع يقال : أرضعته ترضعه إرضاعاً ، ولا يسمى رضاعة ولا إرضاعاً إلا أخذ المرضع أو الرضيع بفيه الثدي ، وامتناعه إياه ، تقول : رضع يرضع رضاعاً ورضاعة ، وأما كل ما عدا ذلك مما ذكرنا فلا يسمى شيء منه إرضاعاً ورضاعة ، إنما هو حلب وطعام وسقاء وشرب ، وأكل وبلع ، وحقنة وسعوط وتقطير ، ولم يحرم الله عز وجل بهذا شيئاً^(١) . ولكن بصرف النظر عن ثبوت الحرمة بغير المص بالقياس ، فإن حديث ابن سعود فيه دلالة على أن المراد حصول اللحم والعظم من اللبن هو مناط التحريم ، وقد تحقق فعلاً . والله أعلم .

الفرع الخامس : ما يكون به الظهار من الصيغ .

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت علي كظهر أمي أنه ظهار^(٢) . فهذه صيغة الظهار التي أشار إليها القرآن الكريم في قوله تعالى : «الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ، إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون مُنكراً من القول وزوراً ، وإن الله لعفو غفور» . . سورة المجادلة الآية : (٢) .

قال ابن رشد : واختلفوا إذا ذكر عضواً غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الأم ، كما لو قال : أنت علي كبطن أمي ، أو ، كظهر أختي ، أو ، كفخذ عمتي ، ، فذهب الظاهرية بناء على أصلهم إلى القول بأنه لا يحصل الظهار إلا بصيغة أنت علي كظهر أمي .

قال ابن حزم : «ولا يجب شيء مما ذكرناه - من خصال الكفارة - إلا بذكر ظهر الأم» فقط ، وبرهان ذلك قوله تعالى : «الذين يُظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم» الآية - .

(١) أنظر المحل مسألة رقم ١٨٦٦ جـ ٧ ص : ٧

(٢) بداية المجتهد ١٣١/٢

(٣) بداية المجتهد ١٣١/٢ المغني لابن قدامة ٧/٣٤٠ - نشر مكتبة الكليات الأزهرية والمحل جـ ٧/ص : ٤٩ وما بعدها .

قال ابن رشد : «وأما الظاهر من الشرع فإنه يقتضي : أن لا يسمى ظاهرا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم» . وهذا ظاهر النص والتمسك به عند الظاهرية أصل من أصولهم .

وأما الجمهور فألحقوا هذه الصيغ بصيغة أنت علي كظهر أمي ، لحصول المعنى فيها من تشبيه الزوجة بمن تحرم عليه .

قال ابن قدامة «ولنا أنهم محرمات بالقراءة فأشبهن الأم ، فأما الآية فقد قال فيها : «وإنهم ليقولون منكرا من لقول وزورا» وهذا موجود في مسألتنا فجري مجراه ، وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها ، إذا كانت مثلها» .

وقال ابن رشد : معنى التحريم يستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات ، والظهر وغيره من الأعضاء^(١) . والله أعلم .

الفرع السادس : استعمال أواني النقيدين في غير الوارد ذكره في الحديث .
الأصل في تحريم استعمال آنية الذهب والفضة للشرب والأكل : قوله صلى الله عليه وسلم ، كما روى حذيفة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا في صحافها ، فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة» . رواه البخاري ومسلم^(٢) .
وكذا حديث أم سلمة رضى الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم . حديث متفق عليه وفي رواية لمسلم : «إن الذي يأكل أو يشرب في إناء الذهب والفضة»^(٣) ، وهذا القدر من التحريم متفق عليه ، كما قال النووي .

إلا رواية داود في تحريم الشرب فقط ، ولعله لم يبلغه حديث تحريم الأكل ، وقول قديم للشافعي والعراقيين ، فقال بالكراهة دون التحريم ، وقد رجع^(٤) .

(١) بداية المجتهد ١٣١/٢ المغني لابن قدامة ٣٤٠/٧ نشر مكتبات الكليات الأزهرية والمحل ج ٢ ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) نيل الأوطار ١/٦٦ .

(٣) نيل الأوطار ١/٦٧ - ٦٨ .

(٤) نيل الأوطار ١/٦٧ .

والخلاف في بقية الاستعمالات غير الأكل والشرب ، فذهب الجمهور إلى القول بالتحريم وشبهتهم في ذلك هي : إلحاق بقية الاستعمالات بالأكل والشرب .

قال ابن قدامة «ولا خلاف بين أصحابنا في أن استعمال آنية الذهب والفضة حرام ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، ولا أعلم فيه خلافا ، ثم أردف مستدلا بما ذكرنا من الحديث ، وقال «والعلة في تحريم الشرب فيها ما يتضمنه ذلك من الفخر والخيلاء ، وكسر قلوب الفقراء ، وهو موجود في الطهارة منها ، واستعمالها كيفما كان ، بل إذا حرم في غير العبادة ففيها أولى»^(١) .

وأما داود الظاهري فذهب إلى القول بعدم حرمة بقية الاستعمالات ، وقصر التحريم على ما بلغه من الحديث ، وقد أيد الشوكاني هذا الاتجاه معللا ذلك بقوله «وأما سائر الاستعمالات فلا - تدل الأحاديث عليها - والقياس على الأكل والشرب قياس مع الفارق ، فإن علة النهي عن الأكل والشرب هي التشبه بأهل الجنة ، حيث يطاق عليهم بآنية من فضة ، وذلك مناط معتبر للشارع»^(٢) .

وقد خرج السيوطي^(٣) ، القول بالتحريم في هذا النوع على قاعدة «ما حرم استعماله حرم اتخاذه» ، موجهها ذلك بقوله : «وأما متخذ الإناء ونحوه ، فليس عنده من يمنعه ، فربما جره اتخاذه إلى استعماله» .

وهذه ثلاثة فروع تعين ثبوت الحكم فيها بالقياس ، قال أبو بكر الخطيب البغدادي في كتابه الفقيه والمتفقه : «وأما قول داود : إن المقصود بالقياس إثبات الحكم فيما لا نص فيه» وكل حكم قد تناوله النص عندنا ، فالجواب عنه : أنا نعلم خطأ هذا القول ضرورة ، لوجود أحكام كثيرة لا نص فيها .

فإن قال : أذكر بعضها قيل له : من ترك الصلاة متعمدا أوجب عليه قضاءه ولا نص فيه ، وإنما قيس على من نسيها ، أو نام عنها .

(١) المغني ٦٢/١ ، فتح القدير ٨١/٨ وما بعدها .

(٢) نيل الأوطار ٦٧/١

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٠

(٤) الفقيه والمتفقه ١٨٣ ، التبصرة ٤٢٤

وقتل الزنبور في الحل والحرم ليس فيه نص ، وإنما قيس على العقرب .
 وإذا مات سنور في السمن ليس فيه نص ، وإنما قيس على الفأرة تموت في
 السمن «وأورد نحوه صاحب التبصرة : أبو اسحق الشيرازي وزاد» إذا ماتت الفأرة
 في غير السمن» .

الفرع السابع : قتل الزنبور في الحرم - أي وغيره ، ،
 قال ابن رشد ^(١) فإنهم - أي الفقهاء - اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم ،
 إلا الخمس الفواسق المنصوص عليها -
 قال عليه الصلاة والسلام : «خمس من الدواب كلهن فواسق ، يقتلن في الحل
 والحرم : الغراب ، والحدأة ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور ،» متفق عليه
 عن عائشة رضي الله عنها ^(٢) .
 ثم قال : «واختلفوا - أي الفقهاء - فيما يلحق بها بما ليس يلحق بها» ، وهذا
 فإن الناظر في هذه المسألة يجد أن اثبات الحكم في غير المذكور لا طريق له إلا
 بالقياس ^(٣) . وقول داود : «وكل حكم قد تناوله النص عندنا» محكوم عليه كما قال
 الشيرازي بالخطأ ضرورة .
 ولا يبعد أن يكون هذا الحديث عنده من باب الخاص ، أريد به الخاص ^(٤) .

الفرع الثامن : القضاء في حق من ترك القضاء عامدا .

هذه المسألة من المسائل الهامة التي فصل فقهاؤنا القول فيها ، حيث اختلفت
 فيها أقوالهم نتيجة لاختلاف أنظارهم في بعض القواعد والمسائل التي يرجع إليها
 إثبات الحكم في هذه المسألة .

(١) بداية المجتهد ١/٤٤٤

(٢) بلوغ المرام مع شرحه سبل السلام ٢/١٩٤

(٣) أنظر بداية المجتهد ١/٢٤٥ ، الشرح الكبير ٣/٣٠٢ - ٣٠٣ - سبل السلام ٢/١٩٤ - نيل الأوطار ٥/٣٠

(٤) بداية المجتهد ١/٤٤٦

(٥) بداية المجتهد ١/٢٢٥

وأثبت في هذه المسألة ما أورده ابن رشد في بدايته - مع بعض الإضافات - حيث أن تلك القواعد والمسائل التي مرد الخلاف في هذه المسألة الى الخلاف فيها .
قا ابن رشد : «فأما على من يجب القضاء ؟ فاتفق المسلمون أنه يجب على الناسي والنائم» والأصل في ذلك قوله وفعله صلى الله عليه وسلم .

قال ابن رشد : «وأما تاركها عمدا حتى يخرج الوقت ، فإن الجمهور - ومنهم الأئمة الأربعة - على أنه آثم وأن القضاء عليه واجب» .
« وذهب بعض أهل الظاهر إلى أنه لا يقضي » وأنه آثم ، وأحد من ذهب إلى ذلك أبو محمد ابن حزم قال في نيل الأوطار^(١) : «وإلى ذلك ذهب داود وابن حزم» .
ثم قال : «وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين : أحدهما : في جواز القياس في الشرع ، والقياس عند الظاهرية ليس دليلا يعتمد عليه فخلافتهم في المسألة ناتج عن ذلك .

الثاني : «في قياس العامد على الناسي إذا سلم جواز القياس» وفي هذا إشارة إلى أن مرد مخالفة بعض القائلين بالقياس - كدليل شرعي للجمهور في الحكم هو : معارضتهم لقياس العامد على الناسي ، ومن قال بالحكم المخالف للجمهور ابن تيمية ، وبعض أصحاب الشافعي ، ومال إليه الشوكاني^(٢) .

غير أن ابن رشد بعد أن بين سبب خلافتهم أورد قولا يشعر أن في المسألة سبباً آخر للخلاف فيها ، وهذا القول هو «والأصل أن القضاء لا يجب بأمر الأداء ، وإنما يجب بأمر متجدد على ما قال المتكلمون^(٣)» ، وهذه مسألة خلافية ، فإن ترجح قول القائلين^(٤) بأن القضاء يجب بالأمر الأول، فثبتت حكم العامد يكون بالنص ، وتخرج

(١) نيل الأوطار ٢٥/٢

(٢) أنظر نيل الأوطار للشوكاني حيث بسط الموضوع ، ٢٥/٢

(٣) (٤) - قال محقق التبصرة «معلقا على قول الشيرازي «إذا فات وقت العبادة سقطت ولا يجب قضاؤها إلا بأمر ثان» قال : وهو رأي المحققين من أهل السنة والمعتزلة .

ثم قال الشيرازي : ومن أصحابنا من قال : لا تسقط «قال محقق التبصرة : «والى هذا ذهب جمهور الأحناف كالقاضي أبو زيد ، والسرخسي ، وفخر الاسلام ، وابن المهام وأبي بكر الرازي وغيرهم وعليه الحنابلة ، واختاره القاضي عبد الجبار ، وأبو الحسين البصري من المعتزلة» - نقلا عن الأحكام للامدنى ١٦٦/٢ ط شركة الحلبي فواتح الرحموت ٤/٨٨/١ بولاق ، وتيسير التحرير ٢٠٠/٢ ط/الحلبي ١٣٥١ ، التبصرة للشيرازي تحقيق وذكر د. محمد حسن هيتو - دار الفكر - ١٤٠٠هـ ، ص : ٦٤ المسألة رقم : (١١) وبداية المجتهد ٢٢٦/١

المسألة عن أن حكمها ثابت بدليل القياس - لنفى أهل الظاهر له ، وكذا من قال بالقياس لكن عارض قياس العامد على الناسي . والله أعلم .

الفرع التاسع : إذا وقع السنور في السمن أو الفأرة في غير السمن الأصل في هذه المسألة هو حديث ميمونة ، رواه البخارى وأحمد والنسائي من حديث ابن عباس عن خالته ميمونة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة وقعت في سمن فماتت ، فقال : ألقتها وما حولها ، وكلوا سمنكم » . فظاهره يفيد الحكم في الفأرة إذا وقعت في السمن ، والمسكوت عنه إذا وقعت في غير السمن ، أو وقع في السمن أو غيره غير الفأرة . كالسنور . والحكم في غير الفأرة وغير السمن ثبت عند الفقهاء بالقياس ، وأورد ابن حزم المذاهب الفقهية في المحلى كالتالي :

- ١ - مذهب الحنفية في الفأرة إذا وقعت في غير السمن ، قالوا : إذا ماتت في البئر فأخرج ، فإن البئر قد تنجست ، وطهورها أن يستقي منها عشرون دلو ، والباقي طاهر^(١) .
- ٢ - مذهب مالك : قالوا : فإن وقعت في البئر الوزعة أو الفأرة فماتت : أنه يستقي منها حتى تطيب ، ينزفون منها ما استطاعوا^(٢) .
- ٣ - مذهب الشافعي : قال : إذا كان الماء غير جار فسواء البئر والإناء . ، والبقعة وغير ذلك ، إذا كان أقل من خمسمائة رطل بالبغدادى ، بما قل أو كثر ، فإنه ينجسه كل نجس وقع فيه ، وكل ميتة . سواء ما له دم سائل ، وما ليس له دم سائل^(٣) .
- ٤ - مذهب الظاهرية : قالوا : لا يجوز أن يحكم لغير الفأر في غير السمن ، ولا للفأرة في غير السمن ، ولا لغير الفأرة في السمن بحكم الفأرة . لأنه لا نص في غير الفأرة في السمن ، ومن المحال أن يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكما

(١) المحلى ١٨٦/١ وأنظر فتح القدير ١٠٢/١

(٢) المحلى ١٩٢/١

(٣) المحلى ١٩٦/١

في غير الفأرة في غير السمن ثم يسكت^(١) .
وقد أفرد ابن رشد هذه المسألة تحت عنوان «مخالطة النجاسة للمطعومات
الحلال» والظاهرية جعلوا ذلك خاصا بالفأرة والسمن^(٢) .

حكم الأضحية المعيبة بعيب غير وارد ذكره في الحديث ،
والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ، عن البراء بن عازب رضى الله
عنه قال : «قام فينا رسول الله عليه وسلم ، فقال : أربع لا تجوز في الضحايا :
العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين خلعتها ، والكبيرة التي
لا تنقي» رواه أحمد والأربعة ، وصححه الترمذى ، وابن حبان ، وصححه الحاكم ،
وقال : على شرطهما ، أي شرط مسلم والبخارى .

قال صاحب سبل السلام : والحديث دليل على أن هذه الأربعة العيوب مانعة
من صحة التضحية ، وسكت عن غيرها من العيوب أ. هـ .
فذهب أهل الظاهر إلى أنه لا عيب غير هذه الأربعة .
وذهب الجمهور إلى أنه يقاس عليها غيرها مما كان أشد منها ، أو مساويا لها :
كالعمياء ومقطوعة الساق^(٣) .

غير أن ابن رشد جعل ثبوت عدم الإجزاء في غير العيوب الأربعة بطريق دلالة
اللفظ ، من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى ، وبالمساوى على المساوى ، ولم يقبل أن
يكون هذا خاصاً أريد به الخاص ، بل خاص أريد به العام ، وبالتالي يكون الحكم
ثابت بطريق آخر ، وهو نفس الطريق الذي أثبت به حكم الربا في غير الأصناف
المذكورة .

وهذا الطريق كما قال ابن رشد ليس للظاهرية أي تنازع فيه ، وقد مرّ أن هذا
هو مذهب النهروانى ، والقاشاني ، بل ومذهب داود كما مرّ ذكره عند الكلام : على
أن القياس يجب العمل به في الأمور الشرعية أم ، لا .

(١) المحل ١/١٨٥

(٢) بداية المجتهد ١/٥٧٢

(٣) سبل السلام ٤/٩٣ بداية المجتهد ١/٥٢٩

تحليل وتعليق :

بعد هذا العرض الموجز للخلاف الحاصل في حجية القياس ومدى انعكاس هذا على علة الأحكام الفقهية - حيث أوردنا بعضا منها، يلاحظ ما يلي :

- أولا : أن الخلاف في حجية القياس صاحب العلة المستنبطة التي تدرك بالاجتهاد والبحث. علما بأن إثبات الحكم بهذا الطريق يتوقف على شروط وضوابط خضعت لها أركانه الأربعة .

ثانيا : لاختلاف في أن القياس الجلي حجة بصرف النظر عن كون الدلالة فيه قياسية أو لفظية، لانه من باب السمع كما قال ابن رشد، وإن كان ابن حزم يرده بالظاهر، ووجه صاحب تفسير النصوص الرد عنده بقوله : ^(١) «ولكن مرد الامر عنده إلى حس مرهف نحو القياس ناشيء عن المبالغة في التمسك بالظاهر» .

- ثالثا : إن رفض هذا الدليل في الواقع يعني الرفض لإعمال النصوص من جهة المعاني التي اشتملت عليها، ولا يخفى شدة الشروط التي ذكرها الأصوليون لأعمال النصوص من جهة معانيها.

- رابعا : إن بيان شمولية النصوص لأحكام الحوادث الواقعة والمستجدات لا يكون إلا من خلال الوقوف على المعاني لهذه النصوص، ثم إعمالها، ولا طريق لها إلا القياس الذي أحيط بشروط وقواعد في غاية الدقة والعناية، ولا يسعنا القول بالبراءة الأصلية إلا عند إنعدام النص لفظا ومعنى . والله اعلم .

- خامسا : يظهر من خلال الكلام على المذاهب : أن المخالفين لهذا النوع من الاجتهاد وإن تكلفوا بإدخال المسائل المسكوت عنها تحت النصوص بوسائل أخرى، وعلى سبيل المثال : شمولية النصوص، وما هذا إلا إعمال لمعاني النصوص، وهنا يبرز أنه ليس حتما إذا ثبت الحكم عن طريق القياس، أن يقول النافون خلافه، فقد يتفق الفريقان على الحكم، ويكون الاختلاف في المآخذ

(١) تفسير النصوص ٦٦١/١ - د. محمد أديب صالح .

فقط . ومثال ذلك : «ثبوت الحد على من قذف الرجال المحصنين إلحاقا بقاذف النساء المحصنات، عند الجمهور.

وأما عند الظاهرية فثبوت الحكم كان عن طريق بيان شمولية النص له . قال ابن حزم «إن قوله عز وجل : «الذين يرمون المحصنات» عموم لا يجوز تخصيصه إلا بنص أو إجماع ، فممكن أن يريد الله تعالى النساء المحصنات كما قلتم ، ويمكن أن يريد الفروج» ، ثم قال : «إن الفروج أعم من النساء ، لأن الاقتصار بمراد الله تعالى على النساء خاصة ، تخصيص لعموم اللفظ وتخصيص العموم لا يجوز إلا بنص أو إجماع» . . وأيضا فإن الفروج هي المرمية لا غير ذلك ، من الرجال والنساء ، وبرهان ذلك ما قاله تعالى : «والذين هُم لِفُرُوجِهِم حَافِظُونَ» ، وقال تعالى : «والحافظين فُرُوجَهُم والحافظات» . فصح أن الفرج هو : المحصن ، وصاحبه هو المحصن له بنص القرآن^(١)

١) الاحكام في أصول الاحكام لابن حزم ٩٥٦ - ٩٥٧ ، مطبعة الامام ، وأنظر أثر الاختلاف / ٩١ وأنظر بداية المجتهد ٥٧١/٢ .

المبحث الثاني

ما ترتب على القول بأنه دليل شرعي
وفيه مطلبان

(*) المطلب الأول : . . . علاقته مع الأدلة كدليل متفق عليه .
وفيه المسائل التالية :-

المسألة الأولى : خبر الواحد والقياس
المسألة الثانية : القياس مخصص أم لا
المسألة الثالثة : القياس وقول الصحابي

(*) المطلب الثاني : . . . مواطن جريانه كدليل شرعي
وفيه المسائل التالية :-

المسألة الأولى : القياس في الأسباب والشروط والموانع .
المسألة الثانية : القياس في الأسماء اللغوية .
المسألة الثالثة : القياس في الحدود والكفارات .
والرخص ، والتقديرات ، والعادات .

المسألة الاولى : خبر الواحد والقياس .

أ - حقيقة خبر الواحد :

حديث الأحاد (أو خبر الواحد) - هو الذي يرويه الواحد، أو الاثنان فصاعداً، من أول السند إلى منتهاه، ولا يبلغ رواته حد التوتر في الطبقات الثلاث . طبقة الصحابة، والتابعين، وتابعي التابعين، إذ العبرة بما قبل التدوين فقط من حيث مرتبة الحديث، تواترا وشهرة وآحاداً^(١) . وهو القسم الثالث من أقسام الحديث باعتبار عدد نقلته^(٢) .

ب - حكمه : هو وجوب العمل به، قال صاحب التبصرة يجب العمل بخبر الواحد من جهة الشرع^(٣) أ . هـ .

وأما القياس فثبت حكمه، وهو وجوب العمل به .

فإذا خالف خبر الواحد القياس من كل وجه فأيهما يقدم؟ هذا محل خلاف بين الأصوليين، وقد ترتب عليه أثر في الاختلاف في الفروع الفقهية، ولا بد قبل بيان الأقوال والآثار من تحرير محل النزاع وموضع الخلاف .

ج - تحرير محل النزاع .

قال ابو الحسين البصري :^(٤) إن القياس إذا عارضه خبر واحد فإن كانت علة القياس منصوصة بنص قطعي وخبر الواحد ينفي موجبها، وجب العمل بالقياس بلا خلاف لأن النص على العلة كالنص على حكمها، فلا يجوز أن يعارضها خبر الواحد .

(١) أنظر : كشف الاسرار ٣٦٠/٢ و ٣٧٠، أصول الحديث وعبره ٣٠٢، أسباب اختلاف الفقهاء ٢٧٤ / وتسهيل الوصول ١٤٣، وفتح الغفار ٧٨/٢ .

(٢) أصول الحديث وعلمه ٣٠٢ .

(٣) انظر بسط هذا الموضوع، بأدلة التبصرة ٣٠٣ - ٣١١ مع حاشية محققة، والمستصفي - ٩٣/١ - ط أولى والاحكام للامدي ١٧٠/٢ والاحكام لابن حزم ٩٧/١ - ١٠٧ طبع سنة ١٣٤٥ هـ .

(٤) المعتمد ٦٥٢/٢ وما بعدها، وحاشية محقق التبصرة ص : ٣٠٣ الاختلاف ٤١٠ - ٤١١ وكشف الاسرار ٣٧٧/٢، الاحكام للامدي ١٧٠/٢ ومختصر ابن الحاجب مع شرح العضد عليه ٧٣/٢ وجمع الجوامع ١٣٦/٢ .

وإن كانت - العلة - منصوصة بنص ظني يتحقق المعارضة، ويكون العمل بالخبر أولى من القياس بالاتفاق، لأنه دال على الحكم بصريحة، والخبر الدال على العلة يدل على الحكم بواسطة.

وإن كانت - العلة - مستنبطة من أصل ظني كان الأخذ بالخبر أولى بلا خلاف، لأن الظن كلما كان أقوى والاحتمال أقل، كان أولى بالاعتبار، وذلك في الخبر. وإن كانت العلة - مستنبطة من أصل قطعي والخبر المعارض للقياس خبر واحد فهو موضوع الخلاف.

وأما الأمدي فحرر موضع الخلاف بشكل آخر، بعد أن أورد كلام صاحب المعتمد، حيث قال : والمختار في ذلك أن يقال : «إما أن يكون متن خبر الواحد قطعياً أو ظنياً، فإن كان متنه قطعياً، فعلة القياس إما تكون منصوصة أو مستنبطة.

فإن كانت منصوصة، وقلنا : إن التنصيص على علة القياس لا يخرجها عن القياس، فالنص الدال عليها، إما أن يكون : مساوياً في الدلالة لخبر الواحد أو راجحاً عليه، أو مرجوحاً. فإذا كان مساوياً فخبر الواحد أولى لدلالته على الحكم من غير واسطة، ودلالة نص العلة على حكمها بواسطة، وإن كان مرجوحاً فخبر الواحد أولى مع دلالاته على الحكم من غير واسطة.

وإن كان راجحاً على خبر الواحد فوجود العلة في الفرع إما : أن يكون مقطوعاً به، أو مظنوناً، فالظاهر الوقف، لأن نص العلة وإن كان في دلالاته على العلة راجحاً غير أنه يدل على الحكم بواسطة العلة، وخبر الواحد لا بواسطة فاعتدلا.

وأما إن كانت العلة مستنبطة فالخبر مقدم على القياس مطلقاً، وهو اختيار ابن الحاجب^(١)

د - ولكن بملاحظة العناوين أو الإطلاقات التي أدرجت تحتها هذه المسألة، وعلى سبيل المثال قولهم «خبر الواحد إذا ورد مخالفاً لقياس الأصول» «أو مخالفاً للأصول» أو «ورد على خلاف القياس» يظهر أن في المسألة موضع خلاف آخر، وهو إذا ورد خبر

(١) المختصر لابن الحاجب مع شرح العضد عليه ٧٣/٢، والمراجع السابقة في رقم الحاشية ص : ٢٤.

الواحد مخالفا للقاعدة العامة أو المبدأ العام وهو ما يطلق عليه «طريق القياس» وهذا تعبير مستعمل بقولهم «وكان مقتضى القياس أي الأصل العام كذا، وبالتأمل لانجد فيه صاحب الأركان الأربعة، أو القياس المصطلح عليه، وإن كان الظاهر أن الخلاف في المصطلح عليه، ولكن ما الحكم إذا كان مخالفا للأصول العامة، أو ما يسمى بالقياس^(١)». وليتأمل بقول صاحب التبصرة حيث صرح بهذا.

فقال : «يقبل خبر الواحد وإن كان مخالفا للقياس ويقدم عليه.

وقال أصحاب مالك : إذا كان مخالفا للقياس لم يقدم.

وقال أصحاب أبي حنيفة : إن كان مخالفا لقياس الأصول لم يقبل.^(٢)

وفي ضوء ما تقدم يكون موضع النزاع في جانبين :-

- الأول : حكم ثبت بخبر الواحد يعارض حكما ثبت بالقياس ذي الأركان الأربعة.

- الثاني : حكم ثبت بخبر الواحد معارض لمعنى عام، أو قاعدة عامة مقررة، ويظهر هذا من خلال الكلام على الفروع، فهي مدار التطبيق للخلاف.

هـ - المذاهب :-

المذهب الأول :- قال صاحب التبصرة : «يقبل خبر الواحد وإن كان مخالفا للقياس ويقدم عليه» أ. هـ - وهو مذهب الشافعي وأصحابه، وأحمد بن حنبل وأهل الحديث، وأبي الحسن الكرخي من الحنفية^(٣)

المذهب الثاني :- ذهب أصحاب الإمام مالك إلى تقديم القياس على خبر الواحد مطلقا^(٤). وقد عزى هذا القول إلى الإمام مالك، وفي هذه النسبة نظر، حيث اتبعه صاحب قواطع الأدلة «ابن السمعاني» بقوله «وهذا القول مستقبح عظيم، وأنا أجل منزلة مالك عن مثل هذا القول، ولا يدرى ثبوته منه» وقال ابن السبكي في رفع

١) انظر تفريج الفروع على الاصول - ١٩٥، التبصرة للشيرازي ٣١٦ و ٣١٨ و اثر الاختلاف ٤٢٤، وحاشية البناي على جميعه الجوامع ١٣٧/٢.

٢) التبصرة ٣١٦

٣) انظر التبصرة مع حاشية المحقق ٣١٦، الاحكام للامدي ١٦٩/٢

٤) انظر التبصرة ٣١٦ مع حاشية المحقق، الاحكام للامدي ١٦٩/٢، ونشر البنود ١٠٩/٢.

الحاجب عن ابن الحاجب «ويؤيده نقل القاضي عبد الوهاب المالكي في «الملخص» :
أن متقدميهم على ما رأيناه من تقديم الخبر، فإنه يقدح في صحة المنقول عن مالك»
أ.هـ.

قال القرافي : «وحكى القاضي عياض في «التنبيهات» وابن رشد في
«المقدمات» لمالك في تقديم القياس على خبر الواحد قولين، كما أن عند الحنفية قولان
أيضاً» أ.د.^(١)

المذهب الثالث :- قال في التبصرة : وقال أصحاب أبي حنيفة : إن كان مخالفاً لقياس
. . الأصول - أو مخالفاً للأصول - لم يقبل «أي القاعدة العامة أو الأصل العام المراعي
في التشريع.

فهذه الصياغة لمذهب الحنفية تعني وجود الفرق بين مذهب مالك وأبي حنيفة
وإن كان الحنفية صاغوا مذهبهم بقولهم مخالفاً للقياس دون تقييد وقد يؤنس له بما ذكره
الشيخ أبو زيد الدبوس في كتابه تأسيس النظر بقوله «والقول في القسم الذي فيه
الخلاف بين أصحابنا الثلاثة وبين مالك رحمهم الله :-

«الأصل عند علمائنا الثلاثة : أن الخبر المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام
من طريق الأحاد مقدم على القياس الصحيح ، وعند مالك القياس الصحيح مقدم
على خبر الأحاد»^(٢).

وجدير بالذكر : أن الحنفية مع موافقتهم على اشتراط كون الراوي معروفاً
بالعدالة وحسن الضبط والحفظ ، أضافوا إلى ذلك تفصيلاً - في جملة شروط ، لتقديم
خبر الواحد على القياس ، منها : تقديم رواية من عرف بالفقه والرأي والاجتهاد ،
على القياس ، وأما من ليس معروفاً بالفقه والاجتهاد والرأي فإن وافق القياس - الظاهر
ذي الأركان الأربعة والأصل العام - أخذ به ، وإن خالفه - أي خالف القياس - لم
يترك الخبر إلا بالضرورة ، وانسداد باب الرأي «وهو مختار متأخري الحنفية»^(٣)

(١) انظر ماسبق ، مع كشف الاسرار ٣٧٠/٢ ، وشرح المنار لابن ملك ٢٢٣/٢ ، حاشية المحقق على التبصرة ٣١٦ ،
نشر البنود ١٠٩/٢ ، وتنقيح الفصول ص : ٣٨٧ ، الأمدي ١٧٠/٢ ، مختصر ابن الحاجب مع حاشية العضد
عليه ٧٣/٢ ، المعتمد ٦٥٥/٢ والتحرير لابن المهام ١١٦/٣ ، وشرح التوضيح ٤/٢ .

(٢) تأسيس النظر للدبوسي ٦٥ - ٦٦

(٣) كشف الاسرار ٣٧٩/٢ و ٣٨٣

ثم قال صاحب الكشف : «واعلم أن ماذكرنا من اشتراط فقه الراوي لتقديم خبره على القياس مذهب عيسى بن أبان» أ، هـ

حجة المذهب الأول :-

١ - ماروى معاذ بن جبل من قول الرسول صلى الله عليه وسلم حين بعثه قاضيا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «بم تقضي؟» قال :- بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال أجتهد رأى ولا آلو^(١) ووجه الدلالة أنه رتب العمل بالقياس على إذا لم يجد في السنة خبراً من غير تفصيل بين متواتر وآحاد ، وأقره الرسول على ذلك .

٢ - إن الصحابة تركوا أحكامهم الثابتة بالقياس لما سمعوا خبر الواحد^(٢) ، وقد روى ذلك عن غيرهم ممن بعدهم^(٣) ، وفيه نظر ، لأن الخلاف في الخبر بعد عصره صلى الله عليه وسلم ، لافي عصره صلى الله عليه وسلم . والله أعلم .

ومن ذلك : أن عمر بن الخطاب ترك رأيه في عدم توريث المرأة من دية زوجها ، والحكم بالدية للعاقلة ، بالحديث الذي رواه الضحاك بن سفيان : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليه : أن يورث امرأة أشيم الضبابي من ديته . وكذا تركه القياس في الجنين ، لخبر حمل من مالك في الجنين «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قضى فيه بغرة ، وقال : إن كدنا نقضي فيه برأينا» .

٣ - إن الخبر يقين بأصله ، لأنه قول النبي صلى الله عليه وسلم لا احتمال للخطأ فيه ، وإنما الشبهة في طريقه ، وهو النقل ، ولهذا لو ارتفعت الشبهة كان حجة يقيناً^(٤)

(١) الحديث رواه ابو داود وابن ماجه وأحمد والبيهقي والدارمي - حاشية محقق التبصرة / ٣١٧٥ .

(٢) التبصرة ٣١٧ ، كشف الاسرار ٢ / ٣٧٨

(٣) اثر الاختلاف ٤١٢

(٤) كشف الاسرار ٢ / ٣٧٨

٤ - إن القياس يدل على قصد صاحب الشرع عن طريق الظن والخبر يدل على قصده من طريق التصريح ، فكان الرجوع إلى التصريح أولى ، فضلا عن أن الاجتهاد في الحديث من ناحية الراوي ، وفي القياس من نواحي الأركان الأربعة التي أشتمل عليها القياس^(١).

حجة المذهب الثاني :

وأحتج أصحاب مالك : بأن القياس يتعلق باستدلاله ، والخبر رجوع إلى قول الغير ، وهذا بفعله أوثق منه بفعل غيره ، فكان الرجوع إليه أولى ، ولهذا قدمنا اجتهاده على اجتهاده غيره من العلماء^(٢) .
وقال القرافي : « حجة تقديم القياس أنه موافق للقواعد العامة من جهة تضمنه لتحصيل المصالح أو درء المفاسد ، والخبر المخالف له يمنع من ذلك ، فيقدم الموافق للقواعد على المخالف لها »^(٣) .

حجة المذهب الثالث :

واحتج الحنفية بقولهم :-

١ - إن ضبط حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عظيم الخطر ، لأنه عليه الصلاة والسلام أوتي جوامع الكلم ، وأختصر له الكلام اختصارا ، والوقوف على كل معنى ضمنه كلامه أمر عظيم ، وقد كان نقل الحديث بالمعنى مستفيضا في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولما كان ذلك كذلك احتمل أن هذا الراوي نقل معنى كلام الرسول صلى الله عليه وسلم بعبارة لا تتنظم المعاني التي تتضمنها عبارة الرسول صلى الله عليه وسلم ، لقصور فقهه عن إدراكها ، إذ النقل لا يتحقق إلا بمقدار فهم المعنى ، فيدخل هذا الخبر شبهة زائدة يخلو عنها

(١) أنظر التبصرة ٣١٨

(٢) تنقيح الفصول ٣٨٧ ، وأسباب اختلاف الفقهاء ٣١٢

وفي وجهه عند البخاري «أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت»^(١) قال ابن رشد^(٢) ورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، ومن ذلك أن المعار مأمون ، وأنه يؤخذ بغير إذن فضلا أن يأخذ من حرز «قالوا - أي الجمهور - وفي الحديث حذف «وهو : أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام» إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه» قالوا أي الجمهور : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرقت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعا : الجحد ، والسرقة ، وكذلك أجمعوا : على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع ، إلا أن يكون قاطع طريق ، شاهرا للسلاح على المسلمين ، مخيفا للسبيل «أ. هـ» والظاهر والله أعلم : أن القطع للسرقة لا للجحد ، لأمر منها باختصار :-

الأول : اتحاد المرأة التي أقيم عليها الحد ، وحد السرقة يتعلق بحقيقة معنى السرقة^(٣)
 الثاني : أن من أحكام العارية كما هو في بابها - أنها مضمونة - على الخلاف في متى تضمن^(٤) .

وذكر هذا الفرع من باب بيان رد الخبر لمخالفته الأصول ، ويشبه أن يكون ماورد في هذا الفرع من خلاف يبرز نظر الحنفية بالمراد من الأصول التي عقب عليها الشيرازي بقوله «فالمراد من مخالفة الأصول»^(٥)

٢ - حكم بيع المصراة :-

قال الإمام الشافعي : التصرية : هي ربط أخلاف الشاه أو الناقة ، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر ، فيظن المشتري أن ذلك عاداتها ، . فيزيد من ثمنها لما

(١) سبل السلام ٢١/٤ (٣)

(٢) بداية المجتهد ٥٧٦/٢

(٣) سبل السلام ٢٢/٤

(٤) نيل الاوطار ٣٣٧/٥ ط الاخيرية .

(٥) التبصرة ٣١٨

يرى من كثرة لبنها» .

وقال أبو عبيدة وأكثر أهل اللغة : التصرية حبس اللبن في الضرع حتى يجتمع ، وإنما اقتصر على ذكر الإبل والغنم دون البقر ، لأن أغلب مواشيهم كانت من الإبل والغنم ، والحكم واحد .

وأصل التصرية : حبس الماء ، يقال : صريت الماء ، إذا حبسته^(١) .

لا خلاف في صحة بيع المصرة ، وإنما الخلاف في اعتبار التصرية عيبا ترد به الشاة أولا ؟

من المسلم به أنه إذا اطلع المشتري على عيب لا يعلم به أنه يحق له الخيار في إمضاء البيع أو رده . وهو ما يسمى «بخيار العيب» على تفصيل ذكره الفقهاء في العيب المعتر^(٢)

قال ابن رشد : «والتصرية عند مالك والشافعي عيب» مؤثر لثبوت الخيار للمشتري ، وهو قول جمهور العلماء ، وإليه ذهب زفر من الحنفية ، ورواية عن أبي يوسف^(٣) .

ثم قال : «وحجتهم حديث المصرة المشهور» هو قوله عليه الصلاة والسلام : «لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعا من التمر» متفق عليه عن أبي هريرة^(٤) .

«قالوا : فثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا»^(٥) .

«قالوا : وأيضا . فإنه مدلس ، فأشبهه بالتدليس بسائر العيوب .

«وقال أبو حنيفة وأصحابه - ليست التصرية عيبا ، للاتفاق على أن الإنسان^(٦)

إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب» . وهو قول الإمام مالك في رواية

١ - نيل الاوطار للشوكاني ٢٤٢/٥ الطبعة الاخيرة - البابي الحلبي .

٢ - بداية المجتهد ٢٢٠/٢ وفتح القدير والهداية والعناية ٣٥٤/٦

٣ - نيل الاوطار ٢٤٣/٢ ، بداية المجتهد ٢٢٣/٢ ، وائر الاختلاف ٤٢٠ ، وسبل السلام ٢٦/٣ وأسباب اختلاف الفقهاء ٢٩٤ .

٤ - سبل السلام ٣٢٣/٢ ، نيل الاوطار ٢٤٣/٥ ط الاخيرة .

٥ - بداية المجتهد ٢٢٣/٢

٦ - بداية المجتهد ٢٢٣/٢

عنه^(١) وبعض الشافعية .

«وقالوا : وحديث المصرة يجب أن لا يوجب عملا ، لفارقه الأصول^(٢) ووجه مخالفته للأصول : أن الأصل في ضمان العدوان فيما له مثل مقدر بالمثل بقوله تعالى : «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» سورة البقرة ١٩٤ - وفيها لامثل له مقدر بالقيمة بالحديث المعروف «من أعتق شقصاً في عبد قوم ، عليه نصيب شريكه إن كان موسراً»^(٣)

وقد انعقد الإجماع أيضا : على وجوب القيمة ، أو المثل عند فوات العين ، وتعذر الرد ، فاللبن إن كان من ذوات الأمثال يضمن بالمثل ، وإن لم يكن منها يضمن بالقيمة ، فيجيب التمر مكانه يكون مخالفا للحكم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع ؛ فيكون نسخا .^(٤)

وعقب ابن رشد بقوله :

«ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص^(٥) ، وهذا القول من ابن رشد يشعر بعدم جواز قياس غير المصرة عليها .

٣ - خيار المجلس للمتبايعين :-

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، وكانا جميعا ، ونخير أحدهما الآخر ، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» (رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر ، وفي فتح القدير «أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» في رواية البخاري عن ابن عمر^(٦)

(١) أسباب اختلاف الفقهاء ٢٩٦ نقلا عن حاشية المرجاني على التوضيح ٧٤/٣ فما بعدها ونيل الاوطار ٢٤٣/٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢٢٣/٢

(٣) الحديث مروي بألفاظ مختلفة وهو في البخاري في كتاب الشركة ومسلم في كتاب العتق - هامش اثر الاختلاف ٤٢١ .

(٤) أنظر أثر الاختلاف ٤٢١ وكشف الأسرار ٣٨١/٢ ونيل الاوطار ٢٤٢/٥ - ٢٤٣ - ٢٤٤ .

(٥) بداية المجتهد ٢٢٣/٢ .

(٦) أثر الاختلاف ٤٢٢ ، فتح القدير ٢٥٨/٦ - ط - سنة ١٩٧٧ - دار الفكر .

قال ابن رشد «وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها، حتى لقد زعم أبو محمد : أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم، وإن كان من طريق الآحاد»^(١).

- قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وإسحاق، وداود، وابن عمر، وجماعة من التابعين : «البيع لازم بالافتراق من المجلس، وأنها مالم يفترقا، فليس يلزم البيع ولا ينعقد»^(٢). مستدلين بهذا الحديث، وهو ظاهر فيما يقولون، رضى الله عنهم.

- وقال مالك وأصحابه إلا ابن حبيب، وكذلك أبو حنيفة وأصحابه : إذا وقع الإيجاب والقبول فقد لزم البيع، ولا خيار في المجلس^(٣)، قالوا : هذا الحديث خبر آحاد قد خالف القياس، ووجهه : فإن منع الغير من إبطال حق الغير ثابت بعد التفرق قطعاً، وما قبل التفرق في معناه، وأيضاً، فهو عقد معاوضة، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر، أصله سائر العقود، مثل النكاح، والكتابة، والخلع، والرهون، والصلح على عدم العمد^(٤)، والعمل عند الحنفية على التفرق بالأقوال.

وهذا إذا قلنا : إن المعنى الحقيقي هو الحمل على خيار المجلس، والظاهر أن قول الحنفية في هذه المسألة هو بالمعنى الذي يرجحه السماع والقياس - والله أعلم^(٥).

٤ - ثبوت المهر لمن مات عنها زوجها قبل الدخول ولم يسم لها صداقاً.

ذهب أبو حنيفة وأحمد : إلى أن من مات عنها زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة يثبت لها جميع مهر المثل.

واحتجوا على ذلك : بما روي عن ابن مسعود : أنه سئل عن هذه المسألة فقال : أقول فيها برأبي فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمني، أرى لها صداق امرأة من نسائها لاوكس ولاشطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل

(١) بداية المجتهد ٢/٢١٧.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢١٧.

(٣) فتح القدير ٦/٢٥٨، بداية المجتهد، ٢/٢١٧.

(٤) أثر الاختلاف ٤٣٣.

(٥) راجع بسط مذهب الحنفية في فتح القدير والعناية ٦/٢٥٧، ٢٥٨.

بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم من بروع بنت واشق ، رواه أصحاب السنن ، وصححه الترمذي^(١) .
وذهب الإمام مالك والأوزاعي : إلى أنه لا مهر لها ، ورد الحديث : بأنه مخالف للقياس ، وذلك أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض ، قياساً على البيع ، ويثبت لها الميراث ، وفي رواية عن ابن القاسم : أن لها متعة^(٢)

قال ابن رشد : «وعن الشافعي القولان جميعاً» لكن المشهور عنه موافقة مالك^(٣) ، وحجته عدم صحة الحديث عنده ، قال المزني عن الشافعي في هذه المسألة إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة» ، قال ابن رشد «والذي قاله هو الصواب»^(٤) .

قال الحاكم قال شيخنا عبد الله : «لو حضرت الشافعي لقمتم على رؤوس الناس وقلت : قد صح الحديث فقل به»^(٥)

٥ - حكم من أكل أو شرب ناسياً لصومه :

قال أبو زيد الدبوسي - وعلى هذا الأصل - وهو تقديم الخبر على القياس - قال : أصحابنا : «إن أكل الناسي لا يفسد الصوم ، وأخذوا في ذلك بالخبر ، وعند مالك يفسد الصوم وأخذ في ذلك بالقياس»^(٦) .

والخبر قوله عليه الصلاة والسلام : «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنها أطعمه الله وسقاه» رواه الجماعة إلا النسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه ،

(١) أثر الاختلاف ٤٢١ ، وأنظر ، المغني لابن قدامة ٧٢١/٦ وكشف الأسرار ٢٨٤/٢ - ٢٨٥ ونيل الأوطار ٦/١٩٤ .

(٢) أثر الاختلاف ٤٢١ ، وبداية المجتهد ٣٣/٢ ، ونيل الأوطار ٦/١٩٤ .

(٣) أثر الاختلاف ٤٢١ ، وبداية المجتهد .

(٤) بداية المجتهد ٣٣/٢ .

(٥) نيل الأوطار ٦/١٩٤ .

(٦) تأسيس النظر ٦٥ .

وفي رواية لابن حبان والدارقطني «وقضاء عليه» وبمثل قول الحنفية قال الجمهور^(١)
وقال مالك وابن أبي ليلى : إن من أكل ناسيا فقد بطل صومه، ولزمه
القضاء^(٢).

قال الشوكاني : واعتذر بعض المالكية عن الحديث بأنه خبر واحد مخالف
للقاعدة، وعبر ابن دقيق العيد عنها بقوله : فإن الصوم فات ركنه، وهو من باب
المأمورات، والقاعدة أن النسيان لا يؤثر في المأمورات.^(٣)

٦ - انتفاع المرتهن بالمرهون :-

ذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى : إلى أنه يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إذا
كان مركوبا، أو محلوبا على مقدار نفقته «قال في المغنى» فأما المحلوب والمركوب
فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب ويحلب بقدر نفقته، متحريرا للعدل في ذلك، نص
عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم، وأختاره الخرقى، وهو قول
إسحاق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الإنفاق، أو
مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه^(٤)
قال في نيل الأوطار: له حق الانتفاع ، ولو لم يأذن المالك، وبه قال أحمد،
والليث والحسن وإسحق.^(٥)

والأصل في ذلك عنده حديث أبي هريرة رضى الله عنه، قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم : «والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا
كان مرهونا، وعلى الذي يشرب ويركب النفقة» رواه الجماعة إلا مسلما والنسائي،
والحديث له ألفاظ أخرى ذكرها في نيل الأوطار^(٦).

(١) نيل الاوطار ٣/ ٢٠٦ .

(٢) نيل الاوطار ٣/ ٢٠٧ .

(٣) نيل الاوطار ٣/ ٢٠٧ ، وأثر الاختلاف ٤٢٣ .

(٤) اثر الاختلاف ٤٢٤ نقلا عن المغني ٤/ ٣٨٦ .

(٥) نيل الاوطار ٥/ ٢٦٤ / ط أخيرة .

(٦) نيل الاوطار ٥/ ٢٦٤ .

وذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، : إلى عدم جواز الانتفاع بالمرهون من قبل المرتهن ، ولم يعملوا بظاهر الحديث ؛ لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين :

أحدهما : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه .
الثاني : تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .^(١)

قال ابن عبد البر : « هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ « لا تحلب ماشية امريء بغير إذنه »^(٢) قال صاحب سبل السلام « أما النسخ فلا بد له من معرفة التاريخ » ولعل القول بالنسخ مبناه تقديم الحاضر على المبيح ، والله أعلم .

٧ - اشتراط القبض لصحة الهبة :-

قال أبو زيد الدبوسي « وعلى هذا - مشيرا إلى تقديم خبر الواحد على القياس - قال أصحابنا : إن الهبة لا تصح إلا بالقبض ، وكذلك الصدقة ، وأخذوا في ذلك بالخبر ، وعند مالك يجوز ، لأنه عقد نافذ فأشبهه البيع »^(٣)

قال ابن رشد^(٤) : « اتفق الثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة : أن شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب » .
وقال مالك : « ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام ، لامن شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة » .

وقال أحمد وأبو ثور : « تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلا ، لامن شرط تمام ، ولامن شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . . وقد روى عن أحمد

(١) نيل الاوطار ٥/ ٢٦٤ - ٢٦٥

(٢) نفس المرجع ، وأنظر الاختلاف ٤٢٤ - ٤٢٥ وبداية المجتهد ٢/ ٣٥٤ وسبل السلام ٣/ ٥١ - ٥٢ .

(٣) تأسيس النظر ٦٥ .

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٤٢٣ .

بن حنبل : أن القبض من شروطها في المكيل والموزون» .
«فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها ، حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض» .
«وعمدة من اشترط القبض : أن ذلك مروى عن أبي بكر رضى الله عنه في حديث هبته لعائشة - عن عائشة رضى الله عنها أن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله ، بالغابة فلما حضرته الوفاة قال : يا بنية إني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا ، ولو كنت جددته واحترثته كان لك «وإنما هو اليوم مال وارث ، فاقسموه على كتاب الله» رواه مالك في الموطأ ، والبيهقي^(١) . وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة» .

وأیضا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» وأيضا قد يكون من حججهم حديث هدية الرسول صلى الله عليه وسلم إلى النجاشي ورجوعها إليه ، إذ النجاشي كان قد مات^(٢) .

قال ابن رشد في تحقيق مذهب مالك «وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا . أعني القياس ، وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها - القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر - جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه»^(٣) .

٨ - طلاق السكران (من محرم) . .

قال في تأسيس النظر^(٤) ، وعلى هذا - أي تقديم خبر الواحد - قال أصحابنا : طلاق السكران وعتاقه واقع . وأخذوا في ذلك بالخبر . وعند مالك رضى الله عنه لا يقع ، وقاسه على الصبي والمجنون ، بعله أنه لا يعقل . «

(١) نيل الاوطار ٣٩٢/٥ ، الموطأ ٢/٢٢٢ .

(٢) أثر الاختلاف ٤١٧ وأنظر نيل الاوطار ٣٩١/٥ .

(٣) بداية المجتهد ٤٢٤/٢ .

(٤) تأسيس النظر .

«ولعل المراد بالخبر في قوله «وأخذوا في ذلك بالخبر» قوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق جائز، إلا طلاق الصبي والمجنون» وفي البخاري : قال علي : « كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه»^(١) أو لعل المراد بالخبر «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد»^(٢) وعد منها «الطلاق» .

وما ذكره الشيخ الدبوسي هو رواية عن الإمام مالك ، لأن المشهور من مذهبه : موافقة أبي حنيفة في القول بالوقوع ، وهو إحدى الروايتين عن الشافعي^(٣) . قال ابن جزى «وأما السكران فمشهور المذهب نفوذ طلاقه ، وفاقا لأبي حنيفة ، خلافا للظاهرية»^(٤) وبه قال الحنابلة والمزني ، وأبو ثور من أصحاب الشافعي ، والطحاوي من الحنفية^(٥) ، مع ملاحظة أن القول بوقوعه : هو قول الجمهور ، كما قال ابن رشد .

فمسألة طلاق السكران من المسائل الخلافية بين الفقهاء ، والظاهر من قول «الدبوسي» أن الخبر شامل له ، وموقع لطلاقه ، في قوله «كل طلاق جائز» وبالنص خرج الصبي والمجنون ، وهذا القدر متفق عليه ، فإثبات عدم وقوع طلاقه بالقياس على المجنون فيه تقديم للقياس على النص «كل طلاق جائز» أو «ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد» .

وبيان ذلك - والله أعلم - أن الهازل واقع طلاقه مع عدم القصد ، فيدخل السكران لعدم القصد ، فقياسه على المجنون والحاقه به يعارض دخوله بالنص تحت الهازل ، ولا يقال : إن السكران فاقد لعقله وقصده كالمجنون ، لأن العقل موجود عنده تقديرا ، والمجنون خلافه ، قال في حقوق الأسرة «السكر سرور يغلب على العقل ، فيصير أغلب كلام الشخص هذيانا . . فإذا طلق وقع طلاقه ، لأن العقل

(٢) أثر الاختلاف ٤١٨ - وأنظر الهداية ٢/٢٢٩ وحقوق الأسرة ١٣٢ .

(٣) الحديث رواه الخمسة الا النسائي - عن أبي هريرة - نيل الاوطار ٦/٢٦٤ ، ط / الاخيرية .

(٤) القوانين الفقهية ٢٢٢ ، بداية المجتهد ٢/١٠٢

(٥) القوانين الفقهية ٢٢٢

(٦) نيل الاوطار ٦/٢٢٦ / المذهب ٢/٧٧-٨٨ .

قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته^(١) . قال ابن رشد «وذلك - أي إلزامه بالطلاق» من باب التغليظ عليه^(٢) .

وقد نقل ابن جزري عن ابن رشد تفصيلاً في ذلك ، قال «إن كان - أي السكران - بحيث لا يعرف الأرض من السماء ، ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون ، وإن كان سكره دون ذلك فهو الذي ينفذ طلاقه»^(٣) .

وحكى الحافظ في الفتح عن ابن بطل أنه قال : الأصل في السكران العقل ، والسكر شيء طرأ على عقله ، فما وقع منه من كلام مفهوم فهو محمول على الأصل ، حتى يثبت فقدان عقله^(٤) ، ولعل هذا هو مراد ابن رشد ، والظاهر وقوع طلاقه لما ذكرت ، وأن المسألة محل نظر ، والله أعلم .

٩ - قتل الجماعة بالواحد إذا كان القتل عمداً :-

قال الشيخ الدبوس^(٥) «إن الجماعة يقتلون بواحد ، وأخذ أصحابنا في ذلك بحديث عمر رضى الله عنه ، وعند مالك لا يقتلون بالواحد ، وأخذ في ذلك بالقياس وترك الخبر» .

- ١ - هذه المسألة ليس فيها نص من كتاب أو سنة ، كما ذكر بعضهم^(٦) .
- ٢ - الوارد فيها هو قول عمر بن الخطاب وفعله - رضى الله عنه .
- ٣ - قال أبو زيد الدبوسى - فإن قيل - «والخبر في بعض هذه المسائل» منها هذه المسألة - غير مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قيل له : «إذا كان القياس مخالفاً له فالظاهر أنهم قالوا ذلك رواية عنه عليه الصلاة والسلام ، فصار سبيله الأحاد» .

(١) حقوق الاسرة ١٣٢ وأنظر بداية المجتهد ١٠١/٢ - ١٠٢ ، وأنظر رفع الملام عن الأئمة الاعلام مع حاشية ٣٨ ، ٣٩ .

(٢) بداية المجتهد ١٠١/٢ وراجع بسط أدلة الفريقين في نيل الاوطار ٢٦٤/٦ - ٢٦٦ .

(٣) القوانين الفقهية ٢٣٢

(٤) نيل الاوطار ٢٦٦/٦

(٥) تأسيس النظر ٦٦

(٦) أثر الاختلاف ١١٦

قال ابن جزى «وتقتل الجماعة بالواحد ، خلافا للظاهرية»^(١)
قال ابن رشد : «وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور الفقهاء قالوا : تقتل الجماعة بالواحد . منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو ثور ، وغيرهم . وبه قال عمر ، حتى روى عنه أنه قال «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا ، وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول الزبير ، وبه قال الزهري ، وروى عن جابر»^(٢) .

قال في المذهب «وتقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل إليه ، ووجب القصاص عليه . والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلاً ، وقال : لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم»^(٣) .

وأما المسألة المذكورة فقد قال صاحب سبل السلام «والثاني - من المذاهب في المسألة - للناصر والشافعي وجماعة ، ورواية عن مالك ، أنه يختار للورثة واحداً من الجماعة ، وفي رواية عن مالك : يقرع عليهم ، فمن خرجت عليه القرعة قتل ، ويلزم الباقيين الحصة من الدية ، وحجتهم : «أن الكفاءة معتبرة ، ولا تقتل الجماعة بالواحد كما لا يقتل الحر بالعبد .

وأجيب : بأنهم لم يقتلوا لصفة زائدة في المقتول ، بل لأن كل واحد منهم قاتل - وقال بعد ذلك : «ثم قوى لنا قتل الجماعة بالواحد»^(٤) .
مع ملاحظة : أن هذه المسألة يمكن تخريجها على مسألة قول الصحابي والقياس .

١٠ - الحكم عند اختلاف صفة المشتركين في القتل .

قال أبو زيد الدبوسي «لو أن رجلين قتل رجلاً ، أحدهما عامداً والآخر مخطئاً لا قصاص عندنا ، وعند الإمام مالك رضى الله عنه : يجب القصاص على العامد ،

(١) القوانين الفقهية - ٣٥

(٢) بداية المجتهد ٥١٥/٢ والشرح الصغير ٣٤٤/٤

(٣) المذهب ١٧٤/٢

(٤) سبل السلام ٢٤٣/٣

فقاس حالة الاجتماع على حالة الانفراد»^(١) .
قال ابن حزى «إذا اشترك في القتل عامد ومخطيء ، أو بالغ وصبي ، قتل
العامد خلافا لهما «أي أبي حنيفة والشافعي . وهو أحد قولي»^(٢) .
وقال ابن رشد^(٣) «وعلى المخطيء والصبي نصف الدية» .
وعمدتهم : النظر إلى المصلحة العامة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ،
فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتيل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف في القياس^(٤) .
وقال أبو حنيفة «إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه
القصاص فلا قصاص على واحد منهما ، وعليها الدية ، وعمدة الحنيفة أن هذه
شبهة ، فإن القتل لا يتبعض ، ويمكن أن تكون وفاة نفسه من فعل الذي لا قصاص
عليه ، كما كان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أدرؤا
الحدود بالشبهات»^(٥) وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية^(٦) .

١١ - حكم الجنين في بطن المذكاة :

ذكر هذه المسألة الشيخ الزنجاني في كتابه «تخريج الفروع على الأصول» عند
الكلام على مسألة خبر الواحد والقياس^(١) .
محل النزاع في المسألة :
اختلف الفقهاء في حكم الجنين في بطن المذكاة ، ومحله : إذا خرج الجنين من
بطنها حيا ومات بغير مضي وقت لا يسع تذكيتها فيه ، وكذا إذا خرج الجنين من بطن
المذكاة ميتا^(٢) .

(١) تأسيس النظر للدبوسي . ٦٧

(٢) القوانين الفقهية ٣٥١ والمهذب ١٧٤/٢ والشرح الصغير ٣٤٦/٤ - ٣٤٧

(٣) م/ بداية المجتهد ٥١١/٢ - ٥١٢/٢

(٤) أخرجه ابن عدى في خبر له من حديث ابن عباس وللحديث ألفاظ أخرى أوردها السيوطي في الأشباه والنظائر
ومنها ما أخرجه الطبراني عن ابن مسعود موقوفا «أدرؤا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم» ص: ١٢٢-١٢٣ .

(٥) بداية المجتهد ٥١٢/٢ .

(٦) ص : ١٩٦ .

(٧) الصيد والتذكية في الشريعة الاسلامية ص : ٤٦٤ ، وقد بسط المؤلف القول في هذه المسألة .

قال الزنجاني : « الجنين يتذكى بذكاة أمه عند الشافعي ^(١) وهو قول الحنابلة ، وفي رواية عند المالكية ، وقبلهم قول أكثر الصحابة والتابعين ^(٢) .
ودليلهم : ما رواه أبو سعيد الخدري ، أنه قال : قيل يا رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : إن أحدنا لينحر الناقة ، ويذبح البقرة ، والشاة ، فيجد في بطنها الجنين ، أنأكله؟ أم نلقيه ؟
قال : كلوه إن شئتم ، فإن ذكاته ذكاة أمه . رواه أبو داود ، وأحمد ، والبيهقي ، والدارقطني .

قال ابن رشد . «والذين قالوا : إن ذكاة الأم ذكاة له - بعضهم - كأبي يوسف ومحمد - ^(٤) . اشترط تمام خلخته ، ونبات شعره ، وبه قال مالك ، وبعضهم كالحنابلة . وبه قال الشافعي ^(٥) .

وقال أبو حنيفة ، وزفر ، والحسن بن زياد ، وإبراهيم النخعي ^(٦) : إن خرج ميتا لا يحل أكله ، وإن خرج حيا يذبح ويؤكل ، وقد استدل أبو حنيفة ومن معه بأدلة أهمها هو : أن هذا الخبر مخالف للقياس الأصول . قال الزنجاني «ووجه كونه في معارضة قياس الأصول : أن الأصل في الشرع : إن كان مستخبثا كان حراما ، وكل ما يحتقن فيه الدم يكون حراما ، والجنين في بطن الأم كذلك» وقد صاغ ابن رشد الأصل الذي خالفه الحديث بقوله «فهو أن الجنين إذا كان حيا ثم مات بموت أمه فإنها يموت خنقا ، فهو من المنخقة التي ورد النص بتحريمها «قوله تعالى «والمنخقة» سورة المائدة آية/ ٣ - وإلى تحريمه ذهب : أبو محمد بن حزم ، ولم يرض سند الحديث» أ. هـ

والذي تطمئن إليه النفس حرمة أكله ، لتقديم الأصل العام المتفق عليه ، على الحديث المختلف في صحته . والله أعلم .

(١) تخريج الفروع على الأصول ص : ١٩٦ .

(٢) الصيد والذبائح ص : ٤٦٥ ، وبداية المجتهد ٥٤٣/١ .

(٣) سبل السلام ٨٨/٤ ، والصيد والتذكية ص : ٤٩٦ ونيل الأوطار ٤٥٠/٨ .

(٤) الصيد والتذكية ص : ٤٦٧

(٥) بداية المجتهد ٥٤٣/١

(٦) الصيد والتذكية ص : ٤٦٩

١٢ - أقل مدة الحيض (في العدة ، والعبادة) . .

قال أبو زيد الدبوسي «وعلى هذا - مشيرا إلى تقديم خبر الواحد على القياس - قال أصحابنا - الثلاثة - أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ، وأخذوا في ذلك بالخبر»^(١) . وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها ، وأكثره عشرة أيام» رواه الدارقطني وغيره^(٢) ، واستدلوا أيضا بحديث واثلة بن الأسقع «أقل الححيض ثلاثة أيام ، وأكثره عشرة أيام»^(٣) .

« وعند الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه : مقدر - أى أقله - بساعة ، وقاسه على سائر الأحداث» وهذا في جانب العبادة .

قال في الشرح الصغير «وأقله في العبادة دفقة - أى فيجب عليها الغسل بالدفقة ، ويبطل صومها ، وتقضي ذلك اليوم - وأما في العدة والاستبراء فلا يعد حيضا إلا ما استمر يوما أو بعض يوم له بال»^(٤) .

ومن لطيف القول ما قاله الصاوى في حاشيته - معلقا على تحديد الحنفية بالثلاثة - فما نقص عن ذلك عندهم لا يعد حيضا ، لا في العدة ولا في العبادة ، فينفع النساء تقليدهم»^(٥) .

وقال الإمامان : الشافعي وأحمد : أقله يوم وليلة^(٦) ، وسيأتي ذكر ذلك في مسألة القياس من العادات .

(١) تأسيس النظر ٦٦

(٢) أثر الاختلاف ص : ٤١٨ حاشية المؤلف نقلا عن نصب الراية للزليعى ١٩١/١ فما بعدها .
وانظر تبين الحقائق ٥٥/١ ، وأنظر شرح الدر المختار ٥١/١ والمراد بالمدة / مقدار الزمن الذي تعتبر فيه المرأة حائضا بحيث لو نقص أو زاد لا تعتبر المرأة حائضا» .
الفقه على المذاهب الأربعة ١٢٧/١ .

(٣) تبين الحقائق ٥٤/١

(٤) الشرح الصغير ٢٠٨/١ ٢٧٩/٢

(٥) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٢٠٨/١

(٦) المغني لابن قدامة ٣٢٦/١ والمهذب ٣٨/١

المسألة الثانية

تخصيص العام بالقياس

- أ - هذه المسألة متفرعة على الخلاف الواقع في دلالة العام على أفرادها بشكل عام . وقد انقسم العلماء في مسألة دلالة العام إلى فريقين : -
- الأول : ذهب إلى أن دلالاته على أفرادها دلالة ظنية ، وهم جمهور الأصوليين والفقهاء ، كالشافعية والمالكية والحنابلة ، وبعض من الحنفية كأبي منصور الماتريدي ، وهو المختار عند مشايخ سمرقند ، وهو قول المعتزلة والإباضية .
- الثاني : ذهب إلى أن دلالاته على أفرادها دلالة قطعية ، وهو جمهور الحنفية وبعض الخوارج ، والشاطبي من المالكية^(١) .
- وقد استدل كل فريق بأدلة على مذهبه ، واختلفت أنظار الكاتبين في ترجيح أحد المذهبين أو الاتجاهين على الآخر .
- فمن حجة الجمهور : أن كل عام يحتمل التخصيص ، وهو احتمال ناشئ عن دليل ، وهو : شيوع التخصيص فيه ؛ حتى أصبح لا يخلو منه إلا القليل ، وشاع ذلك حتى قيل «ما من عام إلا وقد خص منه البعض ، ومن أجل ذلك يؤكد بكل وأجمعين ، لدفع احتمال التخصيص لولا ورود الاحتمال لما كان هناك حاجة للتأكيد ، وإذا ثبت هذا انتفى القطع .
- ومن حجج الحنفية : أن اللفظ إذا وضع لمعنى كان ذلك المعنى لازماً ثابتاً لذلك اللفظ عند إطلاقه ، حتى يقوم الدليل على خلافه ، والعموم مما وضع له اللفظ فكان لازماً قطعاً ، حتى يقوم دليل الخصوص ، كالخاص يثبت مسماه قطعاً حتى يقوم دليل المجاز ، واحتمال العام للتخصيص هو احتمال غير ناشئ عن دليل ، فلا ينافي القطعية ، كما أن احتمال الخاص للمجاز لا ينافي قطعيته^(٢) .

(١) أنظر : كشف الأسرار ٢٩٤/١ ، وأسباب اختلاف الفقهاء ١٣٤ ، وتفسير النصوص ١١٧/٢ ، ١٠٨ - روضة الناظر ١٢٩ والمواقفات للشاطبي ٦٤/٣ - ١٦٥ ، طبعة المطبعة السلفية بمصر سنة ١٣٤١ هـ ، وأثر الاختلاف : ٢٠٤

(٢) أنظر بسط هذا الموضوع بجملة في كتاب «تفسير النصوص» للأستاذ الدكتور محمد أديب صالح ، حيث عالجها في غاية الجودة والحسن جزاءه الله خيراً وقد مال إلى ترجيح قول الجمهور في هذه المسألة ، (والصفحات من : ١٠٦ إلى ١١٥) وص : ١٣٥ وما بعدها .

وأما عن ترجيح أحد المذهبين على الآخر : فقد اختلفت أنظار الكاتبين ، فمنهم : من رجح قول الجمهور - كصاحب تفسير النصوص - ومنهم : من رجح قول الحنفية . قال الشيخ الحضري ، « والنظر الصحيح يقضي بصحة رأي الحنفية : في أن العام دليل قطعي ، ينظم جميع الأفراد ما لم يقترن به ما يدل على أن المراد بعضه ، وأنه هو والخاص سواء في ذلك » ، وهو الظاهر لما ذكر - والله أعلم .

ب - ونتيجة لهذا الخلاف ، اختلفت أنظار العلماء من الأصوليين والفقهاء في تخصيص العام بالقياس ، على عدة أقوال أورد أهمها . وقبل بيان المذاهب يحسن بيان المراد بالتخصيص عند الحنفية والجمهور ، بناء على ما ذكر في الاتجاهين لأصل هذه المسألة .

فالتخصيص عند الجمهور كما قال ابن الحاجب « التخصيص قصر العام على بعض مسمياته »^(١) .

وأما التخصيص عند الحنفية فهو : « قصر العام على بعض أفرادها ، بدليل مستقل مقترن » ، وأما إخراج بعض ما تناوله العام بدليل غير مستقل ، كاستثناء والشرط والغاية والصفة ، فإنه لا يسمى تخصيصاً بل يسمى قصراً ، وكذلك إن كان الدليل مستقلاً ، لكنه غير مقترن بالعام بل مترآخ عنه ، فإنه لا يسمى تخصيصاً بل يسمى قصراً ، وكذلك إذا كان الدليل مستقلاً ، لكنه غير مقترن بالعام بل مترآخ عنه ، فإنه لا يسمى تخصيصاً ، بل يسمى نسخاً .

قال في تفسير النصوص « وبناء على أن دليل التخصيص عند الحنفية يجب أن يكون مستقلاً مقترناً ، فانحصر المخصص للعام عندهم في ثلاثة أشياء ، هي : العقل والعرف ، والنص المستقل المقترن بالعام »^(٢) .

(١) أنظر تفصيل المسألة في تفسير النصوص للدكتور محمد أديب صالح ٨٣ وما بعدها ، مع ابن الحاجب وشرح العضد عليه ١٢٩/١ .

(٢) تفسير النصوص ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ وما بعدها .
أصول الحضري بك ص : ١٥٧

المذاهب - أو الأقوال : -

الأول : يجوز تخصيص العموم بالقياس مطلقا ، وبه قال جمهور العلماء .
واستدلوا بأدلة منها : أن القياس دليل شرعي والعام دليل شرعي ، وقد تعارضا ،
فإنما أن يعمل بهما ، فيجتمع النقيضان ، أو لا ، فيرتفعان ، أو يقدم العام على
الخاص وهو خلاف الأصل ؛ لأن العام دلالة على ذلك الخاص أضعف من دلالة
الخاص نفسه ، والأضعف لا يقدم على الأقوى ، فيتعين تقديم الخاص عليه ، وهو
المطلوب^(١) .

الثاني : المنع مطلقا ،

قال في التبصرة «ومن أصحابنا من قال لا يجوز ذلك . وهو قول أبي على
الجبائي»^(٢) ونقله سليم الرازي عن أحمد بن حنبل ، وقال به جماعة من أصحابه .
وقال الغزالي ، وهو رأي طائفة من المتكلمين والفقهاء .

واستدلوا بأدلة منها : أن القياس فرع النصوص ، وكل ما هو شرط في
النصوص فهو شرط في القياس ، من غير عكس ، فلو قدم القياس لزم تقديم الفرع
على الأصل ، ويرد بأن النص الذي هو أصل القياس غير النص المخصص به^(٣) ،
وهذان المذهبان هما للقائلين بظنية دلالة العام على أفرادها .

الثالث : هو مذهب الحنفية بناء على أصلهم بقطعية دلالة العام على أفرادها .
قال في التبصرة «وقال أصحاب أبي حنيفة : إن خص بغيره جاز التخصيص به ، وإن
لم يخص بغيره لم يجوز»^(٤) ، وتبعه المحقق بقوله «وهو مذهب ابن إبان ، واختاره البزدوى
في أصوله ، ونقله عن عامة مشايخهم ، وهو : اختيار السرخسى ، وابن الهمام ، وصدر
الشريعة ، والبخاري شارح أصول البزدوى» .

(١) أسباب اختلاف الفقهاء ص : ١٤٠ ، نقلا من ارشاد الفحول ص : ١٥٩ ، ط الحلبي ، والاحكام للأمدى
٢٥٩/٢ وأنظر مختصر المنتهى مع حاشية العبد والسعد عليه : ٢ / ١٥٣ ، ١٥٤ وشرح تنقيح الفصول ص :
٢٠٣ والتبصرة للشيрази ص : ١٣٩ وتخريج الفروع على الأصول ص : ١٧٥ .

(٢) التبصرة ص : ١٣٨ .

(٣) أسباب اختلاف الفقهاء ص : ١٤٠ وأنظر التبصرة للتفصيل الذي أورده في أدلة هذا المذهب والرد عليه .

(٤) التبصرة ص : ١٣٨ .

وجدير بالذكر : أنه قد نسب إلى أبي حنيفة القول بجواز تخصيص العموم بالقياس - وهذه النسبة فيها نظر ، لأن عبد القاهر البغدادي نقل عن أبي حنيفة أنه يقول : بأن العام قطعي الدلالة . كما ورد في تيسير التحرير ، ولأن الفروع الفقهية التي نص عليها كمسألة قتل الجاني إذا التجأ إلى الحرم ، حيث لم يجوز أبو حنيفة قتله لعموم قوله تعالى «ومن دخله كان آمناً» فلم يخصصه بالقياس ؛ لقيام موجب الاستيفاء كالشافعي - تدل على أنه لا يجوز تخصيص العموم بالقياس^(١) .

وحجة هذا المذهب : أن التخصيص يضعفه بدخول المجاز فيه ، فيجوز تسليط القياس عليه ، أما إذا خص بدليل ظني فلا يقطع بضعفه^(٢) . وقد أورد محقق «التبصرة» ستة مذاهب أخرى غير الذي ذكرت .

وهي :

الأول : إن تطرق إليه التخصيص بمنفصل جاز ، وإلا فلا ، قاله الكرخي .

الثاني : يجوز التخصيص بالقياس الجلي ، دون الخفي ، وهو المنقول عن ابن

سريج .

الثالث : إن تفاوت العام والقياس في إفادة الظن رجحنا الأقوى ، وإن

تساويا فالتوقف . وهو مذهب الغزالي في المستصفى .

الرابع : الوقف . . وهو اختيار إمام الحرمين والغزالي في المنحول .

الخامس : إن كانت العلة منصوصة أو مجمعا عليها جاز ، وإلا فلا ، وهو

اختيار الأمدي في الأحكام .

السادس : إن كان الأصل المقيس عليه مخرجاً من عام حاز التخصيص ، وإلا

فلا .

وقال ابن الحاجب : إن كانت العلة منصوصة أو مجمعا عليها أو كان الأصل

مخصوصاً من العام - خص العام به ، وإلا فالمعتبر : القرائن في آحاد الوقائع^(٣) .

- بعض ما ترتب على الخلاف في هذه المسألة من فروع :-

الفرع الأول : مباح الدم هل يعصم بالالتجاء إلى الحرم ؟

(١) أنظر حاشية المحقق على التبصرة ص : ١٣٨ ، وكشف الأسرار ٢٩٤/١ وأصول السرخي ١٤١/١ .

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء ص : ١٤١ .

(٣) التبصرة ص : ١٣٨ وحاشية المحقق عليه ص : ١٣٨ و ١٣٩ مع مراجعته التي اعتمدها في ذكر هذه المذاهب .

أورد هذا الفرع الشيخ الزنجاني^(١) ويتفرع من هذا الأصل :-
«أن مباح الدم إذا التجأ إلى الحرم ، لا يعصمه الالتجاء عند الشافعي رضي الله عنه ، طردا للقياس الجلي» .
وعندهم : «أي الحنفية» يعصمه ذلك ، لعموم قوله تعالى : «ومن دخله كان آمنا» سورة آل عمران «٩٧» .
فالشافعي رضي الله عنه : خصص عموم هذا النص بالقياس ؛ لقيام موجب الاستيفاء ، وبعد احتمال المانع ، إذ لا مناسبة بين اللياذ إلى الحرم واسقاط حقوق الأدميين ، المبنية على الشّح والفضة والمضايقة ، وكيف وقد ظهر إلغاؤه فيها إذا أنشأ القتل في الحرم ، وفي قطع الطريق .

وأبو حنيفة رضي الله عنه لم يجوز تخصيص هذا العموم بالقياس . وإن كان جلياً . أ.هـ^(٢) والقياس في هذه المسألة هو : «أنهم قاسوا من ارتكب ما يوجب الحد في النفس خارج الحرم ثم التجأ إليه ، على من جنى في داخل الحرم ؛ فإن قتله جائز ، أخذاً من قوله تعالى : «ولا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ» سورة البقرة آية (١٩١)^(٣)

قال في أثر الاختلاف^(٤) «على أن بعض المفسرين منهم : قتادة ، والحسن ، يذهبون في معنى قوله تعالى «وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا» مذهبا آخر ، فيقولون «إن هذا الكلام أخبر به عما كان العرب عليه في جاهليتهم ، قال قتادة : «قوله : ومن دخله كان آمنا» وهذا كان في الجاهلية ، كان الرجل لو جرّ جريرة على نفسه . ثم لجأ إلى حرم الله لم يتناول ولم يطلب ، فأما في الإسلام فإنه لا يمنع من حدود الله . من سرق فيه قطع ، ومن زنى فيه أقيم عليه الحد ، ومن قتل فيه قتل . وعن قتادة : أن الحسن

(١) تخريج الفروع على الأصول ١٧٦ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ١٧٦ .

(٣) أثر الاختلاف ٢١٤ .

(٤) أثر الاختلاف ٢١٤ نقلا عن تفسير الطبري ٢٩/٧ .

كان يقول : «إن الحرم لا يمنع من حدود الله ، لو أصاب حدا في غير الحرم فلجأ إلى الحرم لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد» أ. هـ .
«فتكون الآية على رأى هؤلاء : من العام الذي أريد به الخاص ، فلا تكون لها علاقة بهذا الموضوع»^(١) .

الفرع الثاني : تخصيص «عموم آية الكلاله» . .

قال تعالى : « يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكَ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمَرُوا هَلْكَ لَبْسٍ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا أَنْثَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ » .

فقد جعل بعضهم بيان نصيب الجد المسكوت عنه من قبيل تخصيص الآية بالقياس وهي ليست من هذا القبيل ؛ لأن الشارع بين أحوالا للأخوة ، وسكت عن الجد ، فاجتهد العلماء في بيان نصيبه .^(٢) . . والله أعلم .

- الفرع الثالث : تخصيص أحل الله البيع) . .

وذكر بعضهم : أن غير الربويات المذكورة في الحديث داخل تحت قوله «أحل الله البيع» وأن جريان الربا فيها مبناه على تخصيص العام بالقياس ، فمن رأى ذلك أخرجها عن عموم الآية بالقياس ، ومن لم ير تخصيص العام بالقياس لم يخرجها من عموم الآية ، والظاهر : أن الأمر غير ذلك . لذلك : -
أ - إن تخصيص الآية كان بعد تخصيصه بقوله : «وَحَرَّمَ الرِّبَا» والحديث الشريف .
والعام إذا خص بنص جاز تخصيصه بعد ذلك بالقياس .

(١) أثر الاختلاف ٢١٤ .

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء ١٤١ - ١٤٢ .

ب - إن من قصر الأمر على الرويات الستة المذكورة ، كان من باب رفض القياس كلية لا من باب القول به ، وأيضا مخالفته في مسألة تخصيص العام بالقياس^(١) . والله أعلم .

المسألة الثالثة

القياس وقول الصحابي

تمهيد :

أ / - تقدم : أن القياس حجة شرعية ، مجمع عليها ، وأن الخلاف الحاصل فيه بصرف النظر عن كونه خلافا مستجدا - لا اعتبار له ، ولا يعتد به ، وقد يكون من غير المناسب ذكر هذه المسألة ضمن هذا الفصل ، بالنظر إلى أنه لا علاقة لدليل متفق عليه مع دليل مختلف فيه . لكن إذا نظرنا إلى أنه دليل يحتاج به فيكون الأمر دليلا في مقابلة دليل ، وبخاصة إذا ظهر : أن مستند الصحابي في ذلك هو : القياس . فيستوى الأمر أو أن فيه معنى الخبر فيكون الأمر معارضة قياس الخبر ، وقد مر ذلك .

ب / - عرفنا فيما تقدم : حقيقة القياس الذي يحتاج به . فما حقيقة الصحابي المختلف في حجية قوله ؟

الصحابي عند علماء الحديث والكلام هو : « من اجتمع بالنبي صلى الله عليه وسلم مؤمنا بالإسلام ومات على ذلك^(٢) » . قال ابن حجر « وأصح ما وقفت عليه من ذلك : أن الصحابي من لقي النبي مؤمنا به ، ومات على الإسلام^(٣) » .

والصحابي بهذا المعنى الواسع ليس هو محل الخلاف في حجية قوله^(٤) ، لذا

(١) أسباب اختلاف الفقهاء/١٤٢

(٢) أثر الاختلاف ٥٣٠

(٣) أصول الحديث ٣٨٧ وما بعدها .

(٤) أثر الاختلاف ٥٣٠

عرف الأصوليون الصحابي المختلف في حجية قوله بتعريف آخر.
فقالوا هو : من لقي النبي صلى الله عليه وسلم ، وآمن به ، ولازمه زمنا طويلا ،
حتى صار يطلق عليه اسم الصحاب عرفا .^(١)
وذلك كالخلفاء الأربعة ، وعبدالله بن مسعود ، وأنس بن مالك ، وزيد بن
ثابت ، وعائشة ، وأم سلمة ، وأبي هريرة ، وعبدالله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن
العاص ، وأبي بن كعب ، ومعاذ بن جبل ، وأبي موسى الأشعري ، وغيرهم ، ممن جمع
إلى الإيمان والتصديق - ملازمة النبي صلى الله عليه وسلم ، فوعوا أقواله ، وشاهدوا
أفعاله ، وعملوا على التأسي والافتداء به ، فكانوا مرجعا للناس فيما بلغ رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن ربه .^(٢)

والصحابه رضى الله عنهم : طبقات ودرجات في جانب الفقه والاستنباط ، أو
الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد اشتهر من بينهم جماعة عرفوا بالفتوى
والقضاء ، واشتهروا بالفقه والاستنباط والعلم ، فكانوا مرجع المسلمين في فهم
الشريعة كلما حل بهم أمر ، أو نزل بهم نازلة ، فأمثال هؤلاء هم الذين جرى الخلاف
في حجية قولهم .^(٣)

ذكر الأصوليون هذه المسألة (الاحتجاج بقول الصحابي) في مورد ذكر
الاحتجاج بالأدلة المختلف فيها ، وقد لخص صاحب اثر الاختلاف الأقوال في هذه
المسألة فقال :

- ١ - إن للشافعي أقوالا في ذلك . آخرها ليس بحجة مطلقا .
- ٢ - مذهب مالك أنه حجة مقدمة على القياس .
- ٣ - عن أحمد روايتان إحداهما كالشافعي والأخرى كمالك .
- ٤ - وأما الحنفية فمذهبهم : أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة
مقدمة على القياس ، وأما فيما يدرك فعملهم فيه مختلف^(٤) وعلى القول بأنه حجة

(١) اثر الاختلاف ٥٣٠ وتسهيل الوصول ١٦٧ ، وأصول الحديث ٣٨٩ .

(٢) اثر الاختلاف ٥٣٠ ، ٥٣١ وانظر بسط ذلك في اعلام الموقعين ١٢/١ وأصول الحديث ٣٩٠/٣٩١

(٣) انظر اثر الاختلاف ٥٣١ ، وأصول الحديث ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١

(٤) انظر اثر الاختلاف ٥٣٢ ، وانظر بسط الادلة لهذه المذاهب مع الآثار الفقهية لهذا الاختلاف في اسباب اختلاف

الفقهاء ٤٧٣ الى ٤٨٥

فأيها يقدم ؟ وبناء على هذا التقديم ، أصيغ محل النزاع في المسألة : بأنه إذا صار العلماء إلى قول في مسألة مبناه القياس وورد عن صحابي جليل - ممن حصل الخلاف في حجية قولهم بشكل عام - قول في ذات المسألة ، مبناه الرأي والاجتهاد ، فأيهما يقدم ؟ فهذه جزئية من جزئيات القول بحجتيه على التفصيل الذي ذكره الحنفية .

قال صاحب المنار «تقليد الصحابي واجب يترك به القياس لاحتمال السماع ، وقد اتفق أصحابنا بالتقليد فيما لا يعقل بالقياس ، كما في أقل الحيض ، واختلف عملهم في غيره ، كما في إعلام قدر رأس المال ، والأجير المشترك ، وقال صاحب التحرير مع شرحه التيسير «واختلف عمل أئمتهم في هذه المسألة ، وهو : تقليده فيما يمكن فيه الرأي»^(١) .

- المذاهب :

اتفق القائلون بحجية قول الصحابي : على أن قوله فيما لا يدرك بالقياس حجة مقدمة على القياس ، وهو مذهب من أطلق حجتيه ، وهو الإمام مالك ، والشافعي في القديم ، وأحمد بن حنبل في رواية عنه ، ومن الحنفية كأبي بكر الرازي والجصاص والبردعي - وكذلك قول من فصل في أنه يكون حجة إذا كان فيما لا يدرك بالقياس «وهو ظاهر مذهب الحنفية»^(٢) ، وبه قال الشافعي أيضا في الجديد ، على ما حكاه السبكي^(٣) .

ولكنهم اختلفوا إذا كان قول الصحابي عن رأي وأجتهاد ، يخالفه قياس مبناه الرأي والاجتهاد ، على القول بأنه حجة ، وهذا بين في قول صاحب المنار وصاحب التحرير مع التيسير .

أ - فذهب أبو بكر الرازي ، وأبو سعيد البردعي ، وغيرهم من أصحاب أبي حنيفة ،

(١) انظر فتح الغفار بشرح المنار ١٤٠/٢ والتحرير مع التيسير ١٣٣/٣ .

(٢) أصول السرخسي ١٠٥/٢ وأسباب اختلاف الفقهاء ٤٧٤ .

(٣) انظر اسباب اختلاف الفقهاء ٤٧٤ ، ٤٧٥ .

وهو قول مالك، والشافعي في القديم، ورواية عن أحمد - إلى أنه عند التعارض يقدم قول الصحابي الذي مبناه الرأي والاجتهاد.

وهو اختيار البزدوي والسرخسي^(١).

ب - وذهب بعض الحنفية إلى عدم حجية قوله، وإليه مال أبو زيد الدبوسي^(٢)، وهو مذهب من أطلق تقديم القياس على قول الصحابي.

قال فخر الإسلام البزدوي : «أما فيما لا يدرك بالقياس فلا بد من العمل به، ثم قال : «فأما فيما يعقل بالقياس فوجه قول الكرخي : إن القول بالرأي من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مشهور، واحتمال الخطأ في اجتهادهم كائن لاحتمال أ. هـ^(٣)، وهذا مستند من قال ليس قوله حجة فيما يدرك بالقياس.

وقال فخر الإسلام البزدوي «ووجه قول أبي سعيد : إن العمل برأيهم أولى لوجهين.

أحدهما : احتمال السماع والتوفيق، وذلك أصل فيهم، مقدم على الرأي، وقد كانوا يسكتون عن الإسناد.

الثاني : ولاحتمال فضل إصابتهم في نفس الرأي» ثم قال شارحه «إن قوله إن كان صادرا عن الرأي فرأي الصحابة أقوى من رأي غيرهم، لأنهم شاهدوا طريق رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيان أحكام الحوادث، وشاهدوا الأحوال التي نزلت فيها النصوص، والمحال التي يتغير باعتبارها الأحكام، ولأن لهم زيادة جد وحرص في بذل مجهودهم في طلب الحق» ثم قال «ولمثل هذه الفضيلة أثر في إصابة الرأي وكونه أبعد من الخطأ^(٤) وهذا مستند من قال بتقديم قول الصحابي فيما يدرك بالقياس.

وما ترتب على الخلاف في المسألة من آثار أوردها الشيخ فخر الإسلام البزدوي، وشرحها الشيخ عبد العزيز البخاري في كشفه، حيث قال :

(١) فتح الغفار ١٤٠/٢ أخذنا من قول السرخسي «وعلى هذا أدركنا مشايخنا» ١٠٥/٢ وكشف الأسرار ٢١٧/٣ و ٢٢٤.

(٢) كشف الأسرار ٢٢٠/٣ وحاشية الازيدي ٢٥٢/٢.

(٣) كشف الأسرار ٢٢٠/٣

(٤) انظر كشف الأسرار ٢٢٢/٣ - ٢٢٣ وكشف الأسرار شرح المنار / للنسفي ، ومرة الأصول مع حاشية الازميري ١٠١/ ٢ / ٢٥٠ / ٢.

١ - قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في إعلام قدر رأس مال السلم، أي تسمية مقداره: ليس بشرط، أي فيما اذا كان رأس المال مشارا، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من العبارة والتسمية، والإعلام بالعبارة يصح بالإجماع، فكذا بالإشارة، فعملا بالقياس.

وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما خلافة: فإن أبا حنيفة رحمه الله شرط الإعلام فيما ذكرنا، لجواز السلم. وقال: بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما.

٢ - وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك. وهو الذي لا يستحق الأجر إلا بالعمل - كالصباغ والقصار: إنه ضامن لما ضاع في يده، إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها.

فأما إذا لم يكن الاحتراز عنه كالغرق الغالب، والحرق الغالب، والغارة العامة، فلا ضمان فيه بالاتفاق.

وروي ذلك أي وجوب الضمان، عن علي رضى الله عنه - وعمر رضى الله عنه، كما في الهداية^(١) - فإنه كان يضمن الخياط والقصار؛ صيانة لأموال الناس.

وخالف ذلك أي المروي عن علي، أبو حنيفة رحمه الله بالرأي، فقال: إنه أمين فلا يضمن شيئا كالأجير الواحد والمودع، وذلك لأن الضمان نوعان: ضمان جبر، وضمان شرط، لاثالث لهما، وضمان الجبر يجب بالتعدي، والتفويت. وضمان الشرط يجب بالعقد. ولم يوجد التعدي والتفويت، لأن قطع يد المالك حصل باذنه، والحفظ لا يكون خيانة، ولم يوجد عقد موجب للضمان أيضا، فبقيت العين أمانة في يده، فلا يضمن بالهلاك... كالوديعة^(٢) وهو قول «زفر».

قال ابن رشد^(٣) وللشافعي قولان في المشترك.

قال في العناية^(٤): وماتلف بعمل الأجير المشترك كتخريق الثوب من دقه، وزلق الحمال، وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل، وغرق السفينة - مضمون

(١) الهداية مع شرحها العناية ٩ / ١٢٢.

(٢) كشف الأسرار ٣ / ٣١٨.

(٣) بداية المجتهد ٢ / ٢٩٧.

(٤) العناية شرح الهداية ٩ / ١٢٢.

عليه، وقال زفر والشافعي^(١) لا ضمان عليه.

وأما عند المالكية ففي المسألة تفصيل لكن المتجة عندهم كما قال صاحب الكافي «ولا ضمان على أجبر ولا مستأجر، إلا ما جنت أيديهما، أو ضيعا، أو تعديا كسائر الأمناء»^(٢)

وقد خرج مسألة ابن رشد - التضمين - على أنها من باب سد الذرائع^(٣)، وقال سعد جلبي في حاشيته على الهداية^(٤) قال «الزيلعي» وبقولها - أي أبو يوسف ومحمد - يفتى اليوم - أي زمانه - لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم» ثم قال «وفي النهاية - شرح الهداية - روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما : أنها كانا يضمنان الأجير المشترك ماضع على يده، وعن علي رضي الله عنه : أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما»^(٥).

ولأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون - من الحنفية - الفتوى بالصلح على النصف، عملاً بأقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الإمكان^(٦) أ. هـ كلام صاحب النهاية^(٧).

ثم قال «وفي فتاوى قاضي خان» الفتوى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه^(٨) ويتفرع في هذه المسألة مسألة أخرى وهي ما ذكره «الأسنوي» في تمهيده^(٩) قال : «والمشهور من قول الأصوليين، ومن قول الشافعي أيضا : أنه يجوز أن يستنبط من النص معنى يخصه».

(١) الامام زفر وآراءه الفقهية نقلا عن تحفة المحتاج ٥٢٣/٢

(٢) الكافي لابن عبد البر ٩٩/٢

(٣) بداية المجتهد ٢٩٧/٢

(٤) حاشية على الهداية ١٢٢/٩ - ١٢٣

(٥) بداية المجتهد ٢٩٧/٢

(٦) صاحب النهاية : حسام الدين حسين بن علي المعروف بالصفهاني الحنفي متوفي سنة ٧١٠ هـ كشف الظنون ٢٠٣٢/٢.

(٧) ج ٢ / ٣٣٨

أ - ولعل صحة هذا القول تعتمد على ترجيح القول بجواز أحداث قول ثالث في مسألة اختلاف الصحابة فيها على قولين راجع التبصرة ٣٨٧

(٨) التمهيد للأسنوي ٣٧٥

«ومن الفروع : أن الولي المجبر - هل يجب عليه استئذان من زالت بكارتها بغير وطىء كالوثبة ونحوها ؟ فيه وجهان :-
أصحهما : لا ، بل حكمها حكم الأبكار ، وإن كانت داخلة في عموم قوله صلى الله عليه وسلم «الثيب أحق بنفسها ، والبكر تستأذن وأذنها صماتها»^(١) .
فإن المقتضى للفرقة بين البكر والثيب إنما هو : الاختلاط بالرجال ، ومعرفتها بالأمور ، وزوال ما عند البكر من الحياء . وذلك مفقود فيمن زالت بكارتها بغير وطء لكن إذا وطئت المذكورة من دبرها فإن حكمها حكم الأبكار على الصحيح ، وإن وجد الاختلاط على وجه هو أفحش من مخالطة الموطوءة في القبل ، إلا أن النظر إلى ذلك يؤدي إلى إبطال ما علق عليه الشارع من البكارة والنيابة»^(٢)
وعبارة الأسنوي «إلا أن النظر . . . » تفيد ترجيح عدم جواز ذلك ، بل إن هذا توسعا في تخصيص العام بالرأي ، والله أعلم .
ويبدو لي أن مسألة تخصيص العام بالقياس ليس لها فرع فيه تخصيص بقياس ابتداء ، وأن التعرض لمثل هذه المسألة إنما هو لإثبات جواز التخصيص ابتداء ، بمجرد معنى يحصل في ذهن المجتهد من معاني النص ، وهذا النوع ليس فيه إلحاق أو معنى القياس ، والمتجه إليه عند الشافعية - مع الخلاف فيما بينهم - كما مال إليه الأسنوي - هو المنع ، والله أعلم .

١ - الحديث أخرجه مسلم في النكاح ، وأبو داود وأحمد بن حنبل وابن ماجه وغيرهم ورواه بهذا المعنى البخارى وغيره - حاشية المحقق على التمهيد ٣٧٥ .

٢ (التمهيد ٣٧٥ - ٣٧٦ .

المبحث الثاني

مواطن جريانه كدليل ثابت بالشرع
(وفيه المسائل التالية)

المسألة الأولى : القياس في الأسباب والشروط والموانع .

هذه مسألة خلافية متفرعة على القول : بأن القياس دليل شرعي يعتد به ،
ويحسن قبل تقرير الخلاف ذكر الفرق بين كل من السبب ، والشرط ، والمانع ؛ ليتبين
مدى تأثير كل منهما في غيره ، في عبارة موجزة : -

السبب : ما يلزم من وجوده وجود غيره ، ويلزم من عدمه عدم لذاته .
الشرط : ما يلزم من عدمه عدم غيره ، ولا يلزم من وجوده وجوده ولا عدمه
لذاته .

المانع : ما يلزم من وجوده عدم غيره ، ولا يلزم من عدمه عدمه ولا وجوده .
فالسبب يؤثر في المسبب في حالة الوجود والعدم ، والشرط يؤثر في المشروط في
حالة عدمه ، دون حالة وجوده ، والمانع يؤثر في الممنوع حالة وجوده ، لا في حالة
عدمه ، فهو عكس الشرط ، وكل منهما أقل تأثيراً من السبب^(١) .
اختلف القائلون بأن القياس دليل شرعي ، في جريانه في الأسباب والشروط
والموانع على مذهبين : -

الأول : القياس فيها جائز . وهو : مذهب أكثر الشافعية ، كما نقله عنهم

الآمدي

قال الزنجاني : لا مانع من إجراء القياس في أسباب الأحكام عند الشافعي .
وقال الآمدي : إن هذا الخلاف يجري في الشروط ، وقال ابن برهان في
«الأوسط» إنه يجري فيهما وفي المحال «أي الموانع» جمع مانع ، وجواز القياس في
الأسباب قال به الحنابلة^(٢) .

(١) محاضرات في أصول الفقه ص : ٤١

(٢) تخريج الفروع على الأصول ص : ١٦٣ ، الأحكام للآمدي ٤/ ٨٦ طبعة دار الكتب سنة ١٣٣٢ هـ

الثاني : القياس فيها غير جائز ، وهذا هو المشهور كما قال في «المحصول» وصححه البيضاوى والآمدى وابن الحاجب ، وهو : مذهب أبى حنيفة ، وأكثر الحنفية^(١) . وهو المشهور عند المالكية^(٢)

وقبل إيراد أدلة المذهبين يحسن أن نمثل للقياس في كل من هذه الأمور، بصرف النظر عن كون القياس صحيحا أم باطلا ، لإلقاء الضوء على طبيعة هذه المسألة .

١ - أما مثال القياس في الأسباب : فهو : قياس اللواط على الزنا ، بجامع أن كلا منهما إيلاج في فرج محرم مشتهى طبعاً ، والزنا سبب وجوب حد الزنا ، فيكون اللواط سبباً أيضاً في وجوب حد اللواط . ومثاله أيضاً : قياس التسبب في القتل بالإكراه على التسبب فيه بالشهادة^(٣) .

٢ - ومثاله في الشروط ، قياس استقصاء الأوصاف في بيع الغائب على الرؤية . وأيضاً ، قياس الغسل على الوضوء بجامع أن كلا منهما رافع للحدث ، والوضوء شرط في صحة الصلاة ، فيكون الغسل شرطاً في صحتها كذلك^(٤) .

٣ - ومثال القياس في الموانع ، قياس النفاس على الحيض ، بجامع أن كلا منهما دم جبلة ، والحيض مانع من وجوب الصلاة ومن صحتها ؛ فيكون النفاس مانعاً من ذلك كله^(٥) .

ومثاله : أيضاً : قياس النسيان للماء في الرجل ، على المانع من استعماله حساً ، كالسبع واللص^(٦) .

ومثاله : قياس منع المحرم من استدامة ملك الصيد ، قياساً على منعه من لبس المخيط ، بجامع حرمة الإحرام^(٧) .

(١) السلسلة الذهبية ص : ٥٧ ، المسودة ص : ٣٩٩ .

(٢) السلسلة الذهبية ص : ٥٧ وانظر ابن الحاجب ٢/٢٥٥ ، وتسهيل الوصول ٢٢٥

(٣) نشر البنود على مراقبي السعود ١١١/٢

(٤) محاضرات في أصول الفقه ص : ٤١ ، ونشر البنود ١١٢/٢

(٥) المراجع السابقة .

(٦) محاضرات في أصول الفقه ص : ٤٢

(٧) نشر البنود ١١٢/٢ .

(٨) السلسلة الذهبية ص : ٥٧

الأدلة .

أدلة المذهب الأول : -

استدل القائلون بالجواز بعموم الأدلة المثبتة لحجية القياس : وزعموا : أنه لا يوجد مانع من القياس في هذه الأنواع الثلاثة .

والزنجاني رحمه الله ساق أدلته لإثبات جريانه في الأسباب ، قال ونستدل على جواز ذلك - وكلامه في إثبات حد اللواط - بإجماع الصحابة رضى الله عنهم حيث ألحقوا الشرب بالقذف في إيجاب الثمانين ، وهما سببان مختلفان ، فهم يعتبرون : أن هذه أحكام شرعية ، فيجوز فيها القياس كسائر الأحكام .
- أدلة المذهب الثاني : -

قال في التنقيح : المشهور أنه لا يجوز إجراء القياس في الأسباب ، كقياس اللواط على الزنا في الحد ، لأنه لا يحسن أن يقال في طلوع الشمس : إنه موجب للعبادة كغروبها «أ.هـ»

ودليل المانع في الأسباب جار في الشروط والموانع ، والدليل هو كون القياس فيها يخرجها عن أن تكون كذلك ، إذ قد يكون السبب والشرط والمانع هو المعنى المشترك بينهما وبين المقيس عليه ، لا خصوص المقيس عليه والمقيس ، والمراد تعليل المنع باستلزام القياس نفي السببية ، وما عطف عليها عن خصوص المقيس والمقيس عليه ، لا نفي المعنى المشترك عن خصوص ما ذكر .^(١)

وأیضا فإنه إذا كان القياس في أي نوع من هذه الأنواع الثلاثة بجامع صحيح ، فإن هذا الجامع يكون هو السبب للحكم ، في المثال الأول ، والشرط للحكم في المثال الثاني ، والمانع من الحكم في المثال الثالث ، ويخرج كل من الفرع والأصل بخصوصهما في الأمثلة الثلاثة عن أن يكونا سببين ، أو شرطين ، أو مانعين^(٢) .

وحيث فلا يكون الفرع فرعاً ، ولا يكون الأصل أصلاً ، ولا يكون أيضاً حكم أصل ، فيفقد القياس بذلك أركانه وهي : الفرع ، والأصل ، وحكم الأصل .

ففي المثال الأول - مثلاً - يكون الإيلاج المذكور هو : سبب الحد ، دون الزنا واللواط بخصوصهما ، وفي المثال الثاني - مثلاً - يكون رفع الحدث هو : شرط صحة

١) نشر البنود ١١٢/٢ وانظر أسباب اختلاف الفقهاء ص : ٤٤١ - ٤٤٢

٢) محاضرات في أصول الفقه ص : ٤٢ - ٤٣ وانظر حاشية العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٥٥/٢

الصلاة ، دون الوضوء والغسل بخصوصهما ، وفي المثال الثالث - مثلاً - يكون دم الجبلة هو : المانع من وجوب الصلاة ومن صحتها دون الحيض والنفساء بخصوصهما ، فيكون القياس فيها باطلا ، ولا يصح اعتباره ولا يجوز العمل بموجبه^(١) .

ومن فروع هذه المسألة .

قال الزنجاني^(٢) ويتفرع عن هذا الأصل مسألتان : -

أحدهما : أن السيد يملك إقامة الحد على مملوكه ، الحاقا لولاية السيادة الخاصة ، بولاية الإمامة العامة ؛ نظرا إلى إيجاد المقصود ، وإن اختلف السببان صورة .

الثانية : أن شهود القصاص إذا رجعوا وقالوا : تعمدنا . وقتل المشهود عليه - يجب عليهم القصاص عندنا ، قياساً للشهادة الباطلة على الإكراه ، بجامع السبب . وعندهم - أي الحنفية ، لا يجب عليهم القصاص ، لأنهما سببان مختلفان ، وفي الحاق أحدهما بالآخر إبطال خصوص كل واحد منهما ، بناء على ما سبق .

قال في الهداية^(٣) «وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ، ولا يقتض منهم» . وهو مذهب مالك ، خلافا لأشهب ، والدية على عاقلة الشهود ، ومذهب أحمد : إن قالوا : أخطأنا . ضمننا الدية في مالهما ، وإن قالوا : تعمدنا . اقتض منها^(٤) وقال الشافعي : «يقتض منها لوجود القتل تسبيبا فأشبهه المكره»^(٥) .

قال في المهذب «وإن شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا - نظرت ، فإن قالوا : تعمدنا ؛ ليقتل بشهادتنا . وجب عليهم القود ، لما روى عن الشعبي : أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم أتياه برجل فقالا : إنا أخطأنا بالأول ، وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر ، وضمنهما دية يد الأول ، وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولأنهما الجاه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود ، كما لو أكرهاه على قتله» .

(١) محاضرات في أصول الفقه ص : ٤٢

(٢) تحرير الفروع على الأصول ١٦٣

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ٤٩٢/٧

(٤) فتح القدير ٤٩٢/٧ ، والشرح الصغير وحاشية الصاوي ٢٩٥/٤ - ٢٩٦

(٥) الهداية مع شرح القدير ٤٩٢/٧ والمهذب ١٧٠/٢ - ٣٤٠

والظاهر في هذه المسألة - والله أعلم - أن التعليل الذي ذكره الشافعية إما : أن يكون تعليلًا لقول على «رضي الله عنه» وإما : أن يكون دليلًا مستقلًا مضافًا إلى قول «على» رضي الله عنه .

والحنفية تعرضوا لنفي هذا التحليل بقولهم «إن القتل تسببًا لم يوجد ، لأن التسبب ما يفضي إليه غالبًا ، وها هنا لا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكروه ؛ لأنه يؤثر حياته ظاهراً»^(١)

غير أن صاحب العناية مسلم أن الشهادة سبب ، لكنه قال «ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره - الولي - والفعل ها هنا - وهو القتل - وجد من الولي باختياره الصحيح ، فقطع نسبته إلى الشهود» ثم قال «وسلمنا أنه لا يقطع نسبته إلى الشهود ، لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرى بها القصاص»^(٢) .

والظاهر : أن ثبوت القتل عند الشافعية كان بقول علي رضي الله عنه ، لكن من غير هذا التعليل ، لما عرفنا من الفرق بين السببين وحصول شبهة^(٣) .

- المسألة الثانية : القياس في الأسماء اللغوية .

قال في مفتاح الوصول : «ومن شرط الحكم - الثابت بالقياس - أن يكون شرعياً ، لأن القياس دليل شرعي ، فعلى هذا لا يجوز القياس في اللغات وقد اختلف فيه»^(٤) .

هذه المسألة أوردها الأصوليون في مباحث القياس ، وبعض الأصوليين أوردها في مقدمات أصول الفقه ، كما فعل الأمدى في أحكامه ، عند الكلام على المبادئ اللغوية^(٥) .

والظاهر عود ذلك إلى اختلاف النظر من حيث ما تتناوله المسألة ، فمن نظر إلى

(١) الهداية مع شرح فتح القدير ٤٩٢/٧

(٢) العناية شرح الهداية ٤٩٣/٧

(٣) أنظر المذهب ١٧٧/٢

(٤) مفتاح الوصول ص : ١٨٧

(٥) أنظر الأمدى ١/٧٨ - ٧٩ ، وأثر الاختلاف ٥١٤

أن من آثارها الإلحاق والقول بحكم - ذكرها في القياس : ومن رأى : أن مفادها الحقيقة اللغوية . ذكرها في المبادئ اللغوية .^(١)

وتناول هذه المسألة بالنظر إلى جريان القياس في اللغة ، لإثبات الإطلاق اللغوي لمسمى ما ، موضع خلاف بين فقهاء اللغة والشريعة .
- تحرير محل النزاع :

إن محل النزاع في هذه المسألة في الأسماء الموضوعة لمسميات مخصوصة ، لوجود معنى فيها ، يدور معه الإطلاق «الوضع» وجودا وعدما ، كالخمر ، فإنها اسم للمسكر من المعتصر من العنب ، وهذا الاسم دائر مع الإسكار وجودا وعدما - فهل يسمى النبيذ خمرًا - حقيقة - لمشاركته الخمر في وصف الإسكار ، وثبت له جميع أحكام الخمر^(٢) ؟ .

مذاهب العلماء في جريان القياس في الأسماء اللغوية .
للعلماء في هذه المسألة مذهبان : -

الأول : عدم جواز ذلك . وهو : مذهب أبي حنيفة ، وكثير من المتكلمين . وهو اختيار الأمدى ، والغزالي ، وابن الحاجب ، وإمام الحرمين ، والقاضي أبي بكر الباقلاني في أصح النقول عنه ، وابن خويز منداد من المالكية .^(٣)

الثاني : القول بالجواز .

قال الشيرازي : «يجوز إثبات الأسماء بالقياس في قول كثير من أصحابنا» .
كالرازي وابن سريج ، وابن أبي هريرة ، والإسفرائيني ، ومن المالكية ابن القصار وابن الثمار ، وأهل العربية : كالفارسي ، والمازني ، وابن جني . وقد نقله في «الخصائص» عن أكثر أهل الأدب^(٤) .

حجة القائل بعدم الجواز : -

أوضح الغزالي حجة النافين بقوله «وهذا غير مرضي عندنا ، لأن العرب إن

(١) أثر الاختلاف ٥١٤ - وانظر شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٣٤/٢

(٢) الأحكام للأمدى ٧٩/١ - ٨٠ ، التبصرة للشيرازي مع حاشية المحقق ٤٤٤ - السلسلة الذهبية ص : ٥٥

(٣) التبصرة مع حاشية المحقق ص : ٤٤٤ ، أثر الاختلاف ص : ٥١٤

(٤) التبصرة مع حاشية المحقق ص : ٤٤٤ والسلسلة الذهبية ٥٥ ، وانظر الخصائص ٣٥٧/١ و ٤٠/٢ وما بعدها من أسرار اللغة ١٥

عرفتنا بتوقيفها أنا وضعنا الاسم للمسكر المعتصر من العنب خاصة - فوضعه لغيره تقول عليهم واختراع ، فلا تكون لغتهم ، بل تكون وضعاً من جهتنا ، وإن عرفتنا أنها وضعته لكل ما يخامر العقل أو يخمره ، فكيفما كان فاسم الخمر ثابت للنبيذ بتوقيفهم ، لا بقياسنا كما أنهم عرفونا أن كل مصدر فله فاعل ، فإذا أسمينا فاعل الضرب ضارباً ، كان ذلك عن توقيف لا عن قياس .

وإن سكتوا عن الأمرين احتمال أن يكون الخمر اسم ما يعتصر من العنب خاصة ، واحتمل غيره ، فلم نتحكم عليهم ، ونقول لغتهم هذا ؟ وقد رأيناهم يضعون الاسم لمعاني ويخصونها بالمحل ، كما يسمون الفرس أدهم لسواده ، وكميتاً لحمرة ، والثوب المتلون بذلك اللون ، بل الأدمي المتلون بالسواد «يسمونه بذلك الاسم ، لأنهم ما وضعوا الأدهم والكميت للأسود والأحمر ، بل لفرس أسود وأحمر ، ثم قال «فإذا كل ما ليس على قياس التصريف الذي عرف منهم بالتوقيف ، فلا سبيل إلى إثباته ووضعه بالقياس» ، ثم قال «ثبت بهذا أن اللغة وضع كلها وتوقيف ، ليس فيها قياس أصلاً»^(١)

وأيضاً ما ذكره الزنجاني من قولهم : قالوا : ركن القياس فهم المعنى ، والمعنى غير مفهوم من اللغة ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأن العرب يحتمل أنها وضعت اللغة وضعاً يحتمل القياس ، ويحتمل أنها وضعت صيغاً لا تحتمل القياس ، ومع تعارض الاحتمال يمتنع المصير إلى القياس في الأحكام الشرعية ، فإنه مستند إلى القاطع السمعي وهو : اجتماع الصحابة رضی الله عنهم على العمل بالقياس .

وأما حجة المثبتين :

١ - قال الزنجاني : «واحتجوا في ذلك : بأن رأينا العرب وضعت أسامي لمسميات مخصوصة ، ثم انقرضت تلك المسميات وانعدمت ، وحدثت أعيان أخرى تضاهي تلك الأعيان التي وضعت تلك الأسامي بإزائها في الشكل والصورة والهيئة ، فنقلت تلك الأسامي إليها ، ولم يكن ذلك إلا بطريق القياس

١ - المستصفى ج ١ / ٣٢٣ - ٣٢٤ والأحكام ج ١ / ٨٠ وأثر الاختلاف ٥١٥

٢ - تخريج الفروع على الأصول ١٨٣

والإلحاق»^(١) .

٢ - إطلاق الأدلة المثبتة للقياس ، فيشمل ذلك القياس في اللغة^(٢) .
ما يترتب على هذا الخلاف من آثار :-

قال في التمهيد^(٣) : وفائدة الخلاف في هذه المسألة ما ذكره في «المحصول» وهو صحة الاستدلال بالنصوص الواردة في الخمر ، والسرقه ، والزنى ، على شارب النبيذ ، والنباش ، واللائط .

أو بعبارة أخرى : وثمرة الخلاف تظهر في الحدود ، فالقائل بالقياس يجوز التسمية ، ويثبت حد الخمر والسرقه والزنا في شارب النبيذ والنباش واللائط ، ومن لا يقول بالقياس ، لا يجوز التسمية ، ولا يثبت الحدود المذكورة فيها ؛ لعدم تناول النصوص لها ، ومن قال منهم بالحد في النبيذ مثلاً احتاج إلى قياسه على الخمر شرعاً أو إلى دليل من السنة .

١ - كيفية ثبوت حكم اللائط .

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط ، وقد ذمه الله تعالى في كتابه قال تعالى : «ولو طأ إحداهن لغيره لغيره إحداهن الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ، أننكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون» (الآية ٨٠) من سورة الأعراف»

.. وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لعن الله من عمل عمل قوم لوط» قالها ثلاثاً الحديث^(٤) .

ذهب مالك ، وأحمد ، والشافعي ، ومحمد ، وأبو يوسف ، إلى أن موجب اللواط حد الزنا وثبوته عند الأئمة الثلاثة من طريقه الأصل المذكور في مسألتنا ، وأما عند محمد وأبي يوسف فقد لحق اللواط بالزنا من طريق دلالة النص ، لا بالقياس ، لأن القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات^(٥)

(١) تخريج الفروع على الأصول ص : ١٨٣ ، والتبصرة ص : ٤٤٤

(٢) السلسلة الذهبية ص : ٥٥

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ٤٦٨ .

(٤) المغني لابن قدامة ١٨٨/٨ - نشر مكتبة ابن تيمية ، بتصحيح د. محمد هراس .

(٥) أنظر : المغني ١٨٨/٨ ، فتح القدير ١٥٠/٤ ط بولاق - المبسوط ٧٧/٦ - ٧٨ المذهب ٢٦٨/٢ والمبسوط

٧٨/٩ .

وأما أبو حنيفة ، فإني أورد ما قاله صاحب المسوط موجهاً رأي الإمام رحمه الله ، حيث قال : «وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : هذا الفعل ليس بزنا لغة ، ألا ترى أنه ينفي عنه هذا الاسم بإثبات غيره فيقال لا ط وما زنى ، وكذلك أهل اللغة فصلوا بينهما قال القائل :

من كف ذات حر في زى ذى ذكر
لها محببان لوطي وزنأ

فقد غاير بينهما في الاسم ، ولا بد من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد ، ولهذا لا يجب القطع على المختلس والمنتهب . والذي ورد في الحديث «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان» مجاز لا تثبت حقيقة اللغة به ، والمراد في حق الإثم ، ثم قال : ثم هذا الفعل دون الفعل في القبل في المعنى الذي لأجله وجب حد الزنا ، من وجهين :

أحدهما : أن الحد مشروع زجراً ، وطبع كل واحد من الفاعلين يدعو إلى الفعل في القبل ، وإذا آل الأمر إلى الدبر كان المفعول به ممتنعاً من ذلك بطبعه ، فيتمكن النقصان في دعاء الطبع إليه .

والثاني : أن حد الزنا مشروع صيانة للفراش ، فإن الفعل في القبل مفسد للفراش ، ، ثم قال «وإذا آل الأمر إلى الدبر ينعدم معنى فساد الفراش» .

وقال «ثم اختلف الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة ، فالمرؤى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه : أنها يحرقان بالنار ، وبه أمر في السبعة الذين وجدوا على اللواط . وكان علي رضي الله عنه يقول : يجلدان إن كانا غير محضين ، ويرجمان إن كانا محضين . وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول : يعلى أعلى الأماكن من القرية ثم يلقي منكوساً فيتبع بالحجارة . وكان الزبير رضي الله عنه يقول : يجلسان في أنثن المواضع حتى يموتا تنناً» .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : اتفقت الصحابة رضي الله عنهم : أنه لا يسلم لهما أنفسهما ، وإنما اختلفوا في كيفية تغليظ عقوبتهما ، فأخذنا بقولهم فيما اتفقوا عليه ، ورجحنا قول علي رضي الله عنه بما يوجب عليه من الحد .

وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول : الصحابة اتفقوا على أن هذا الفعل ليس بزنا ؛ لأنهم عرفوا نص الزنا ، ومع هذا اختلفوا في موجب هذا الفعل ، ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص ، فكان هذا اتفاقاً منهم : أن هذا الفعل غير الزنا ، ولا يمكن إيجاب حد الزنا بغير الزنا ، بقيت هذه جريمة لا عقوبة لها في الشرع مقدرة ، فيجب التعزير فيه يقينا ، وما وراء ذلك من السياسة موكول إلى رأى الإمام ، إن رأى شيئاً من ذلك في حق فله أن يفعله شرعاً^(١) . هـ

٢ - شرب النبيذ والحد فيه ،

هذه مسألة هامة خرجها بعضهم على المسألة المذكورة^(٢) من حيث إذا ما سمي النبيذ خمرا ، لكن الأمر فيها راجح إلى أكثر من سبب غير الخلاف في المسألة المذكورة ، وذكر ابن رشد هذه المسألة بدقة مع بيان سبب الخلاف .

قال في بداية المجتهد في باب «الأطعمة والأشربة» :^(٣)

« وأما الخمر : فإنهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها ، وأنه موجب للحد^(٤) - أعني التي هي من عصير العنب » .

« وأما الأنبذة فإنهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر - أى في تحريمه وإيجاب الحد فيه^(٥) - وأجمعوا على أن السكر منها حرام وموجب للحد^(٦) . فقال الجمهور من فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين : قليل الأنبذة وكثيره المسكر حرام - وموجب للحد^(٧) .

« وقال العرافيون : إبراهيم النخعي من التابعين ، وسفيان الثوري ، وابن أبي ليلى ، وشريك ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وسائر فقهاء الكوفيين ، وأكثر علماء البصريين : إن المحرم من سائر الأنبذة المسكرة هو السكر نفسه ، لا العين » .
« وسبب اختلافهم تعارض الآثار والأقيسة في هذا الباب ، فللحجازيين في

(١) المبسوط ٧٨/٩ - ٧٩

(٢) أنظر المبسوط ٧٨/٩ - ٧٩

(٣) مفتاح الوصول ١٨٧ ، وأثر الاختلاف ٥١٦

(٤) ٥٧٨/١ - ٥٧١ - ٥٨٠

(٥) بداية المجتهد ٥٧٣/٢ - باب في شرب الخمر .

(٦) - (٧) - (٨) بداية المجتهد ٥٧٣/٢

تثبت مذهبهم طريقتان :

الطريقة الأولى : الآثار الواردة في ذلك .

الطريقة الثانية : تسمية الأنبذة بأجمعها خمرًا .

أ - فمن أشهر الآثار التي تمسك بها أهل الحجاز - ما رواه مالك ، عن ابن شهاب ، عن أبي سلمة عبد الرحمن ، عن عائشة أنها قالت «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبذ العسل ؟ فقال كل شراب أسكر فهو حرام» . . أخرجه البخاري .

وقال يحيى بن معين : هذا أصح حديث روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في تحريم المسكر .

ومنها أيضا ما أخرجه - أي البخاري - عن ابن عمر : أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : «كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام» «فهذان حديثان صحيحان» . أما الأول فاتفق الكل عليه ، وأما الثاني فانفرد بتصحيحه مسلم .

وخرج الترمذي ، وأبوداود ، والنسائي ، عن جابر عن عبد الله : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وهو نص في موضع الخلاف .

وأما الاستدلال الثاني من أن الأنبذة كلها تسمى خمرًا فلهم في ذلك طريقتان : -

إحداهما : من جهة إثبات الأسماء بطريق الاشتقاق .

والثاني : من جهة السماع .

فأما التي من جهة الاشتقاق : فإنهم قالوا : إنه معلوم عند أهل اللغة أن الخمر إنما سميت خمرًا لمخامرتها العقل ، فوجب لذلك أن ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل ، وهذه الطريقة من إثبات الأسماء فيها اختلاف بين الأصوليين ، وهي غير مرضية عند الخراسانيين .

وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع : فإنهم قالوا : إنه وإن لم يسلم لنا أن الأنبذة تسمى في اللغة خمرًا - فهي مسماة بالخمر - شرعا .

واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم - كل مسكر خمر - وبما روى أيضا عن أبي هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «الخمر من هاتين الشجرتين

النخلة والعنب»^(١) وما روى أيضا عن ابن عمر رضى الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إن من العنب خمراً وإن من العسل خمراً ، ومن الزبيب خمراً ومن الحنطة خمراً ، وأنا أنهاكم عن كل مسكر»^(٢) .

فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الأنبذة .

وأما العراقيون : فإنهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى «ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقا حسنا» الآية (٦٧) من سورة (النحل) ، وبآثار رويها في هذا الباب ، وبالقياص المعنوى .

وروي عن أبي موسى قال «بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنا ومعاذا إلى اليمن ، فقلنا : يا رسول الله ، إن بها شرا بين يصنعان من البر والشعر ، أحدهما : يقال له «المزر» ، والآخر يقال له «البتع» فما نشرب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : اشربا ولا تسكرا «أخرجه الطحاوى أيضا ، إلى غير ذلك من الآثار التي ذكروها في هذا الباب .

وأما احتجاجهم من جهة النظر ، فإنهم قالوا : قد نص القرآن : أن علة التحريم في الخمر إنما هي الصد عن ذكر الله ، ووقوع العداوة والبغضاء ، كما قال تعالى : «إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ» . الآية «٩١» سورة «المائدة» وهذه العلة توجد في القدر المسكر فيما دون ذلك ، فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام ، إلا ما انعقد عليه الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها .

قالوا : وهذا النوع من القياس يلحق بالنص ، وهو القياس الذي ينبه الشرع على العلة فيه»^(٣) .

(١) رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبي هريرة رضى الله عنه وفي لفظ مسلم «الكرمة والنخلة» طريق الرشد ٣٠٩

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي ، من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنه ، وليس عن ابن عمر كما ذكر المصنف / طريق الرشد ٣٠٩ .

(٣) بداية المجتهد ١/ ٥٨٠ - ٥٨١

وقال المتأخرون من أهل النظر : حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى ،
وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر .

قال ابن رشد «والذي يظهر لي - والله أعلم - أن قوله عليه الصلاة والسلام (كل مسكر حرام) وإن كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر ، لا الجنس المسكر فإن ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر ، لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون ، فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة ، وتغليظا ، مع أن الضرر إنما يوجد في الكثير ، وقد ثبت من حال التسرع بالإجماع : أنه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر الواجب ، فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر ، وأن يكون على من زعم وجود الفرق إقامة الدليل على ذلك ، هذا إذا لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام «ما أسكر كثيرة فقليله حرام» فإنهم إن سلموه لم يجدوا انفكاكا ، فإنه نص في موضع الخلاف ، ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس»^(١) . أ. هـ.

وجدير بالذكر أن محمدا صاحب أبي حنيفة - يذهب إلى أن ما أسكر كثيرة فقليله حرام ، وعلى هذا فتوى المتأخرين من الحنفية . قال في الدر المختار : «وحرمها محمد» أي الأشربة المتخذة من العسل والتين ونحوهما ، قال المصنف : مطلقا ، قليلها وكثيرها ، وبه يفتى ، ذكره الزيلعي وغيره ، واختاره شارح الرهبانية ، وذكر أنه مروى عن الكل ، ونظمه فقال :

وفي عصرنا فاختر حد وأوقعوا
طلاقا لمن من مسكر الحب يسكر

(١) بداية المجتهد ٥٨١/١ - ٥٨٢ ، وحديث «ما أسكر كثيرة» رواه النسائي عن عامر بن سعد عن أبيه ورواه ابن حبان في صحيحه ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث جابر ، وقال الترمذي حديث حسن غريب وقال : في الباب عن سعد وعائشة وعبد الله بن عمر ، ورواه الدارقطني في سننه من حديث رضى الله عنه ، ورواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان في صحيحه من حديث عائشة رضى الله عنها ، قال الترمذي : حديث حسن ، قال المنذرى في مختصره : رجاله كلهم محتج بهم في الصحيحين إلا عمرو بن سالم ، الأنصاري مولا هم المدني ثم الحراساني ، وهو مشهور ولم أر أحدا قال فيه كلاما . أ. هـ - طريق الرشيد ٣١٤ .

وعن كلهم يروى وأفتى محمد
بتحريم ما قد قيل وهو المحرر

قلت : وفي طلاق البزازية : وقال «محمد» ما أسكر كثيره فقليله حرام ، وهو نجس أيضا^(١).

وقد صرح السيوطي في «الأشباه والنظائر» عند الكلام على أن شرط الشبهة الدائرة للحد أن تكون قوية : بأنه لا يراعى خلاف أبي حنيفة ، كشبهة دائرة للحد ، حيث قال : «ومن شرب النبيذ - أي قليله وإن لم يسكر - يحد ، ولا يراعى خلاف أبي حنيفة»^(٢).

المسألة الثالثة

القياس في الحدود والكفارات والرخص والتقديرات والعادات

قال صاحب التمهيد^(٣) : مذهب الشافعي كما قال في المحصول : إنه يجوز القياس في الحدود والكفارات والتقديرات والرخص - إذا وجدت شرائط القياس فيها ، ويعبر عن الرابع بالمخالف للقواعد .
ثم قال : فأما الرخص فقد رأيت في البويطي «الجزم بالمنع فيها . فقال : «ولا يعدي الرخص مواضعها» ، وقال في شرحه على المنهاج «ولأجل ذلك اختلف جواب الإمام الشافعي في غير الرطب والعنب قياسا» .

(١) أثر الاختلاف ٥٢٤ - ٥٢٥ ، نقلا عن الدر المختار ٤٥٤/٥ - ٤٥٥ ، مطبعة الحلبي ، وانظر المبسوط ٥٠٤٠٣/٢٤

(٢) الأشباه والنظائر ١٢٤

(٣) الأسنوي في التمهيد ص : ٤٦٣ ، وانظر شرحه للمنهاج ٢٠٣١/٣ التبصرة ٤٤٠ .

قال في المسودة «يجوز إثبات الحدود والكفارات والأبدال والمقدرات بالقياس ،
وبه قالت الشافعية ، خلافا للحنفية .^(١)

وقال في نشر البنود «فقد نقل القرافي عن الباغي ، وابن القصار من المالكية ،
اختيار جريانه في الحدود والكفارات والتقديرات» وسبقه القول «والعمل به هو مشهور
مذهبنا»^(٢) وهذا مخالف لما ذكره التلمساني في مفتاح الوصول والشنقيطي في نشر
البنود :-

«وأما الرخص فالمشهور عن مالك ، عدم جواز القياس فيها ، لأنها لا تتعدى
محلها»^(٣) .

وقال أبو حنيفة ، وتبعه أصحابه : بعدم جواز جريان القياس فيما ذكر ، وحكى
عن أبي يوسف خلافه^(٤) وأما الكرخي : فذهب إلى أن القياس لا يجري في أصول
العبادات ، وبه قال الجبائي^(٥) .

وبهذه النقول ستقرر المذاهب في هذه المسألة الهامة - وجماع القول في المسألة :
أن من منع جوار جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع - منعه هنا ، ومن أجازة
هناك أجازة هنا .

لكن قبل الاستدلال وبيان الآثار للخلاف الحاصل في المسألة ، لابد من
مناقشة النص الذي أورده علماء السادة الشافعية كقيد «لقول الشافعي» رضى الله
عنه ، قال في السلسلة الذهبية «ذهب الإمام الشافعي إلى أن القياس يجري في
الأحكام الشرعية كلها . (أي يجوز التمسك به في إثبات كل حكم شرعي ، حتى في
الحدود والكفارات والرخص والتقديرات - (إذا وجدت شرائط القياس فيها) «وهو
الصحيح كما قال الإمام .

فما المراد بقولهم «شرائط القياس ؟» وبالنظر فيما يمكن أن تخضع له المسألة من
الشروط فلا نجد إلا الشرط القائل ، والذي أورده الأصوليون بقولهم «أن لا يكون

(١) المسودة ٣٩٨

(٢) نشر البنود ١١٠/٢ وابن الحاجب مع شرح العضد ٢٥٦/٢

(٣) نشر البنود ١١٨/٢ ، مفتاح الوصول ص : ١٦٤ ، ١٨٧ ، تنقيح الفصول ٤١٢

(٤) راجع كشف الاسرار ٣٠٤/٣ - ٣٠٥ وفتح الغفار ٣/٣ - ٣٤ - أصول السرخسي ١٥٠/٢ طبع مصر ١٣٧٢ هـ .

(٥) الأسنوي ٣٤/٣

الأصل معدولا به عن سنن القياس».

وعبر عنه التلمساني بقوله «الشرط الثالث - في الأصل -» أن لا يكون الأصل مخصوصا بالحكم، فإنه إذا كان مخصوصا، تعذر الحاق غيره به في الحكم، وإلا يبطل الخصوص^(١).

قال الأمدي : والمعدول من السنن على قسمين :-

القسم الأول : مالا يعقل معناه . وهو على ضربين .

إما : مستثنى من قاعدة عامة أو مبتدأ به، فالأول كقبول شهادة خزيمة وحده، فإنه مع كونه غير معقول المعنى مستثنى من قاعدة الشهادة.

والثاني : كأعداد الركعات، وتقدير نصب الزكوات، ومقادير الحدود والكفارات، فإنه مع كونه غير معقول المعنى، غير مستثنى من قاعدة سابقة عامة، وعلى كلا التقديرين يمتنع فيه القياس.

القسم الثاني : ما شرع ابتداء ولا نظير له، ولا يجري فيه القياس لعدم النظير «سواء كان معقول المعنى، كرخص السفر، والمسح على الخفين، لعله دفع المشقة، أو هو غير معقول المعنى، كاليمين في القسامة، وضرب الديه على العاقلة ونحوه»^(٢). وقد ورد مثله في كتب الحنفية والمالكية^(٣).

وكان حريا من جميع الأصوليين والفقهاء مراعاة هذا الشرط والتمسك به، لكن الأمر لم يكن كذلك، إعمالا لمبدأ تعليل النصوص^(٤)، وأن مدار القياس على إدراك المعنى وتحققه، وفي مسألتنا - والله أعلم - المعنى غير مدرك، ومن المعلوم أن القول بالمعنى المدرك يحتاج إلى دليل، وهو أحد طرق إدراك العلة.

وأما عن قول الإمام الشافعي «القياس يجري في الأحكام الشرعية كلها» فقد بين «البناني» المراد منه بقوله «أي أن كل حكم في نفسه وعلى إنفراد، مع قطع النظر عن غيره - صالح لأن يثبت بالقياس، وهذا هو مراد القائل بجواز القياس في كل

(١) مفتاح الوصول ١٦١

(٢) الاحكام للامدي ٢٨٢/٣، طبعه دار الكتب العلمية، ١٤٠٠ هـ - بيروت.

(٣) مرآة الأصول مع الأزميري ٢٨٤/٢ - ٢٨٥، وكشف الاسرار ٢٠٤/٣ - ٣٠٥، ونشر البنود ١١٨/٢ ومفتاح الوصول ١٦٥.

(٤) انظر المسودة ٣٩٨

الأحكام لأن الأحكام ؛ جمعها يجوز أن تكون ثابتة بالقياس» وذكر الشربيني في حاشيته نحوه^(١).

والسبب في بيانهم هذا : هو ما صححه الأمدى ، وابن الحاجب ، من أن القياس لا يجري في كل الأحكام ، لأن منها ما هو معقول المعنى ، كحرمة الخمر ، ومنها ما ليس كذلك كالدية ، وإنما يجري فيما عرف معناه^(٢).

وقد أوضح ابن السبكي في رفع الحاجب^(٣) عن ابن الحاجب ذلك بقوله : «فائدة : ونحن وإن جوزنا القياس في الحدود والكفارات والتقديرات على الجملة ، فلا ننكر وجدان ما لا يعلل ، ويلتحق بمحض التعبد ، وعلى هذا فلا بد من أمانة يعرف بها القسم الذي يجري فيه التعليل من غيره ، وجماع القول عندنا : إن كل حكم يجوز أن يستنبط منه معنى تخيل من كتاب أو نص أو سنة أو إجماع ، فإنه يعلل ، وما لا يصح فيه هذا فلا يعلل ، سواء أكان في الحدود والكفارات ، أم غيرها .

فإن قلت هل يصح إثبات حد مبتدأ ، أو كفارة مبتدأة بالقياس ؟ قلت : لا يصح ، ولكن ليس لما يتوهمون من نفي القياس في الحدود والكفارات . بل لأنه لا طريق توصل هنا إلى فهم العلة ، لو صح لنا معنى في ذلك لما تحاشينا من التعلق به» أ. هـ .

أدلة المذاهب :-

استدل أصحاب المذهب القائل بجريان القياس في هذا النوع من الحكم الشرعي : بما روي عن معاذ بن جبل : أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم حين بعثه إلى اليمن «أجتهد رأيي»^(٤) فصوبه الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك ، ولم يفرق بين هذه الأحكام وبين غيرها^(٥).

(١) حاشية البناني والشربيني على شرح المحلى لجمع الجوامع ٢٠٩/٢ - ٢١٠

(٢) السلسلة الذهبية ٥١

(٣) حاشية محقق التبصرة ٤٤٠

(٤) حديث معاذ أخرجه الترمذي وأبو داود ، وأحمد والبيهقي والدارمي - حاشية المحقق على التبصرة ٨٤٤

(٥) التبصرة ٤٤٠

وكذلك فإن القياس مغلب على الظن، فجاز إثبات الحد والكفارة به، لقوله صلى الله عليه وسلم «نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر» وهو كخبر الواحد في إفادة الظن، فكما يعمل بخبر الواحد يعمل بالقياس^(١).

ومن قال بالمنع وهم الحنفية ومن وافقهم احتج بما يلي :-

١ - أما على الحدود فبقوله صلى الله عليه وسلم (ادروا الحدود بالشبهات)^(٢).

والقياس دليل فيه شبهة لا أنه دليل قاطع.

وأما على المقدرات الشرعية كتقدير نصاب الزكاة، فإن العقول لا تهتدي إليها

وأما على الرخص، فبأنها منح من الله تعالى فلا تتعدى مواردها.

وأما على الكفارات، فبأنها على خلاف الأصل لأنها ضرر والدليل ينفيه.

وأن الكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن للعقل إدراك المعنى الموجب

لتقديرها.^(٣) ولم تسلم أدلة الطرفين من المناقشة^(٤).

والظاهر في هذه المسألة ماذهب إليه الحنفية؛ لأنه من المتفق عليه : أن مدار

القياس على إدراك المعنى. وهذه الأمور لا يدرك المعنى فيها. ولو بالطرق التي اتفق

العلماء على أنها توصل إلى المعنى الجامع.

ولعل السبيل لإدراك العلة في هذا النوع من الأحكام هو طريق المناسبة «الإحالة

الذي لم تعتبره الأحناف طريقاً لدرك المعنى.^(٥)

أثر الخلاف في هذه المسألة :-

ولقد تفرع على الخلاف في هذه المسألة مسائل منها :-

١ - التداوي بغير أبوال الإبل من النجاسات :

أورد هذه المسألة الشيخ الأسنوي في تمهيده، قال : «جواز التداوي بغير أبوال

الإبل من النجاسات، وفيه وجهان :-

أصحهما : الجواز - ماعدا الخمر الصرف.

(١) أثر الاختلاف ٥٠٧ - ٥٠٨، الأحكام للأمدى ٨٢/٤ - ٨٣ طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) رواه البيهقي عن علي بن أبي طالب / سبل السلام / ١٥/٤.

(٣) أنظر : أثر الاختلاف ٥٠٨، والسلسلة اذهبية ٥٤، وتسهيل الوصول ٢٢٦.

(٤) راجع اسباب اختلاف الفقهاء ٤٣٧ والتبصرة ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣.

(٥) راجع كشف الاسرار ٣/٣٥٧، التقرير والتجبير ٣/١٦٠ لابن امير الحاج / ط / بلاق.

وأصل الخلاف : أنه عليه الصلاة والسلام أمر العرنين لما قدموا المدينة فمرضوا فيها، أن يخرجوا إلى إبل النبي صلى الله عليه وسلم في البادية، ويشربوا من البانها وأبوالها، فشربوا وصحوا^(١) وشربهم للأبوال رخصة، جوز لأجل التداعي عند القائلين بالنجاسة، وهم : جمهور أصحابنا^(٢).

وتخريج المسألة على الخلاف في صحة القياس على موضع الرخصة في هذه المسألة من عدمه - مداره على القول بنجاسة أبوال الابل.

قال النووي في المنفصل عن باطن الحيوان «هو قسمان : الثاني - منها - كالدم والبول، والعذرة والروث والقيء، وهذا كلها نجسة من جميع الحيوانات مأكول اللحم وغيره، ولنا وجه : أن بول مايؤكل لحمه وروثه طاهران. وهو أحد قولي أبي سعيد الإصطخري من أصحابنا، واختاره الروياني، وهو مذهب مالك وأحمد^(٣) والمعروف من المذهب النجاسة».

ومن قال بالطهارة : العترة، والنخعي والأوزاعي والزهري - ووافقهم من الشافعية ابن خزيمة، وابن المنذر، وابن حبان.

وأما أبو حنيفة فذهب إلى القول بنجاسته، وذلك تقديماً منه لحديث «استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه»^(٤). على حديث شرب العرنين المتقدم ذكره. وذلك من باب ترجيح الحاضر على المبيح^(٥)، أو من باب تقديم العام على الخاص^(٦).

وخلاف أبي حنيفة مع بعض أصحابه ليس في نجاستها من حيث المبدأ بل في صفة النجاسة أهي مغلظة أم مخففة^(٧).

قال في مراقي الفلاح : وعندهما خفيفة لاختلاف العلماء، وهو الأظهر لعموم

(١) والحديث رواه البخاري في الوضوء والزكاة والطب، وأبو داود في الحدود، والترمذي في الاطعمة، والنسائي في تحريم الدم، وابن ماجه في الطب - حاشية محقق التمهيد ٤٦٤ وأنظر نيل الاوطار ١/ ٤٨ - والحديث مروي عن أنس بن مالك رضي الله عنه وغيره.

(٢) التمهيد ٤٦٤

(٣) روضة الطالبين ١/ ١٦، المغني لابن قدامة ١/ ٧٣٦ - ٧٣٧ والتمهيد ٣٢٩

(٤) نيل الاوطار ١/ ٤٩

(٥) مسلم الثبوت ٢/ ١٩٥

(٦) كشف الاسرار ١/ ٢٩١ - ٢٩٢

(٧) أنظر الامام زفر وآراؤه الفهية ١٠٨-١٠٩ والهداية ١/ ٢٢ وشرح فتح القدير ١/ ٢٠٦

البلوى»^(٨).

وبناء على الأصل المذكور في المسألة فإنه يقتصر على موضع الرخصة ولا يتعدى حكمها إلى غيرها، لا في حالة الاختيار ولا في حالة الاضطرار.
قال في الهداية : لا يحل شربه للتداوي ولا لغيره، لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة.

وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى : يحل التداوي - للغصة ، لالغيره .

وعند محمد : يحل للتداوي وغيره ، لطهارته عنده .

قال صاحب العناية : قال المصنف : «وتأويل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام عرف شفاءهم فيه وحيا ، ولا يوجد مثله في زماننا ، فلا يحل شربه لانه لا يتيقن الشفاء فيه . لكن الوارد في حالة الاضطرار على وجه هو غير ذلك . قال ابن نجيم^(٢) عند الكلام على قاعدة «المشقة تجلب التيسير» : واعلم : أن أسباب التخفيف في العبادات وغيرها سبعة - الأول السفر - والثاني المرض ، ورخصه كثيرة - وعد منها : التداوي بالنجاسات - على وجه بالنظر إلى قول محمد . هذا يشمل أبوال الإبل وغيرها من مأكول اللحم ، ومثله عند السيوطي في الأشباه والنظائر.^(٣)

أما التداوي بالخمير - الصرف ، فلا يجوز التداوي به في حالة الاختيار، والخلاف في حالة الاضطرار :

١ - قال ابن نجيم في الأشباه وكذا السيوطي في أشباهه (و - التداوي - بالخمير على أحد القولين ، واختار قاضيخان عدمه» وقال السيوطي «و - التداوي - بالخمير على وجه» .

وذكر هذا الفرع على قاعدة «المشقة تجلب التيسير» وأيضاً وهو مندرج تحت قاعدة «الضرر يزال» بناء على قولهما بالاتحاد أو التداخل بين هذه القاعدة وقاعدة المشقة.^(٤)

(١) مراقي الفلاح ٣٠ وانظر الامام زفر وآراؤه الفهية ص : ١١٠

(٢) الأشباه والنظائر ٨٢ ، وسبل السلام ٣/٣٦ .

(٣) ص : ٧٧ و ٨٢

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص : ٨٥ ، ٩٤ والأشباه والنظائر للسيوطي ٧٧ ، ٨٤ .

٢ - قال بن رشد في كتاب الأطعمة والأشربة ، الجملة الثانية في : استعمال المحرمات في حالة الاضطرار . «والأصل في هذا الباب قول تعالى «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ» الآية (١١٩) سورة الأنعام .

والنظر في هذا الباب . في السبب المحلل ، وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره - فأما السبب فهو ضرورة التغذي - أعني إذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به ، وهو لاختلاف فيه . أما السبب الثاني : طلب البرء وهذا المختلف فيه ، فمن أجازته احتج بإباحة النبي عليه الصلاة والسلام «الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكمة به^(١) ، ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام : «إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها»^(٢) .

والظاهر أن جوازها حالة الاضطرار لا يكون إلا إذا تعينت ، للختلاف المذكور . إلا اذا قلنا : لكل قاعدة استثناء ، والخمر مستثنى للحديث ، لكن في هذا نظر لجواز إساعة اللقمة بها ، وهي نوع معالجة ، لدفع الضرر والهلاك . والله أعلم .

٢ - اشتراط التحلل بغير عذر المرض .

قال الأسنوي في التمهيد ، ومن فروع قاعدة الرخص :

«أنه عليه الصلاة والسلام أرخص لضباعة - بنت الزبير ، بن عبد المطلب ، بن هاشم^(٣) في اشتراطهم في الاحرام بالحج أن تتحلل بعذر المرض» . . فاختلف الاصحاب في باقي الأعذار كنفاد النفقة ، وموت البعير ، وضلال الطريق على وجهين ، أصحابهما : جواز اشتراط التحلل بها قياساً على المرض^(٤)

٣ - حكم الكفارة على القاتل عمداً .

«أورد هذا الفرع الزنجاني في كتابه تخريج الفروع على الأصول»^(٥)

«ذهب الشافعية إلى وجوب الكفارة على قاتل النفس عمداً بالقياس على

١ - هذا الخبر رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة من حديث أنس / طريق الرشد ص : ٣١٧ .

٢ - أخرجه البيهقي وصححه ابن حبان عن أم سلمة رضي الله عنها بلفظ «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» سبل السلام ٣٦/٤ .

٣ - حاشية المحقق على التمهيد ص : ٤٦٤ ، وحديث ضباعة ، رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها - سبل السلام ٢١٨/٢ .

٤ (التمهيد ٤٦٤

٥ ص : ٥٧ .

المخطيء، لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى، لأنه أكبر جرماً، وحاجته إلى تكفير الذنب أشد. وهذا القول رواية عن أحمد^(١). وذهب الحنفية: إلى أنه لا كفارة على قاتل العمد، إذ لا قياس في الحدود، وهذا القول المشهور في مذهب أحمد، وهو قول مالك أيضاً^(٢).

«وأيد ابن قدامة هذا الرأي بمفهوم المخالفة في قوله «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٌ» سورة «النساء» الآية (٩٢)، وبما روى: أن سويد بن الصامت قتل رجلاً، فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم القول، ولم يوجب فيه كفارة، وبالقياس على الزاني المحصن قالوا: إنه فعل أوجب القتل، فلا يوجب الكفارة: كزني المحصن^(٣).

٤ - حكم العرايا في غير الرطب والعنب.

قال صاحب التمهيد^(٤).

ومنها - أي من قاعدة الرخص - أنه عليه الصلاة والسلام رخص في العرايا وهو: بيع الرطب والعنب بمثلهما تمراً أو زبيبا، بشروطه المعروفة، وذلك للحاجة إليه. «فاختلف في تعدي ذلك إلى غيرهما من الثمار على قولين: أصحهما المنع». قال النووي «ويجوز بيع العرايا في العنب كالرطب، ولا يجوز في سائر الثمار على الأظهر^(٥).

٥ - تكرار الكفارة بتكرار الإفطار^(٦) «بالجماع».

ذكر الزنجاني في هذه المسألة فرعاً لمسألة القياس في الحدود والكفارات^(٧).

قال ابن رشد^(٨): فإنهم أجمعوا على من وطئ في يوم رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى. وأجمعوا على أنه من وطئ مراراً في يوم واحد أنه

١ - أثر الاختلاف ٥٠٩ - نقلاً عن المغني لابن قدامة ٥١٤/٨ ومغني المحتاج ١٠٧/٤.

٢ - أثر الاختلاف ٥٠٩ - نقلاً عن الهداية ٢٤٩/٨، وحاشية الدسوقي ٢٨٦/٤.

٣ (أثر الاختلاف ٥٠٩ - نقلاً عن المغني ٥١٤/٨).

٤ (التمهيد ص: ٤٦٦).

٥ روضة الطالبين ٥٦١/٣.

٦ بداية المجتهد ٣٧٥/١.

٧ تحرير الفروع على الأصول ٥٧.

٨ بداية المجتهد ٣٧٥/١.

ليس عليه إلا كفارة واحدة».

«واختلفوا فيمن وطئ في يوم واحد من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان، فقال مالك والشافعي وجماعة : عليه لكل يوم كفارة، قالوا : لأن كل يوم عبادة مستقلة فهما كرمضانيين وكحجتين^(١) .

قال الزنجاني : «يلزمه كفارتان عندنا، لتماثل السببين» .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : «عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الأول» . وهو : مذهب أحمد فيها حكاه الخرقي ، قالوا : إنها جزاء جنابة تكرر سببها قبل استيفائها ، فيجب أن تتداخل كالحد^(٢) .

وهذا معنى قول ابن رشد «فمن شبهها :- أي الكفارات - بالحدود قال : كفارة واحدة تجزي في ذلك عن أفعال كثيرة، كما يلزم الزاني جلد واحد، وإن زنى ألف مرة إذا لم يحد لواحد منها»^(٣)

قال الزنجاني : «وعندهم - أي الحنفية - لا يلزمه سوى كفارة واحدة، لتعذر الإلحاق»، وهو القياس في الأسباب - وهو خصوص الوطء، لذا كان ذكره أولى في المسألة «الأولى» السابقة، لكن الأمر واحد، فمن رأى جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع - رآه في الكفارات والحدود - والله أعلم .

٦ - حكم من وطئ ناسيا في رمضان :

«ذهب أحمد وهو من القائلين بجريان القياس في الحدود والكفارات - ذهب في ظاهر المذهب إلى أنه كالعامد تجب عليه الكفارة، ومن حججه قياس النسيان في الصوم على النسيان في الحج قال : إن الصوم عبادة تحرم الوطء، فاستوى فيها عمده وسهوه، كالحج ؛ ولأن إفساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع لاتسقطهما الشبهة . فاستوى فيها العمد والسهو كسائر أحكامه»^(٤) وهو قول أهل الظاهر .

قال ابن رشد «وأما من أوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف،

(١) اثر الاختلاف ٥١٠

(٢) اثر الاختلاف ٥١٠ - نقلا عن المغني ١٢٠/٣

(٣) بداية المجتهد ٣٧٥/١

(٤) أثر الاختلاف ٥١١ نقلا عن المغني ١١١/٣

فإن تأثير النسيان في إسقاط العقوبات بين في الشرع ، والكفارة من أنواع العقوبات وإنما أصارهم إلى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث ، أعني : من أنه لم يذكر فيه : أنه فعل ذلك عمدا ولا ناسيا » ثم قال : وليس في مجمل ما نقل من حديث الأعرابي حجة»^(١) .

وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى سقوط القضاء والكفارة دون القضاء ، ومبناه تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة ، وقد مرّ بيان عدم وجوب القضاء على الناسي ، في الفرع الرابع من مسألة خبر الواحد والقياس .

٧ - قطع يد النباش :

ذكر هذا الفرع الأسنوي في «التمهيد»^(٢) .

«ومما فرع على ذلك أيضا قطع يد النباش قياسا على السارق ، وإلى القطع ذهب الشافعية والحنابلة ومالك»^(٣) . والجامع - بينهما - أخذ المال خفية من حرز»^(٤) . وذهب أبو حنيفة ومحمد ، إلى أنه لا قطع في النباش ، لأن القبر ليس بحرز»^(٥) .

قال في الهداية : «ولا قطع على النباش ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله : عليه القطع ، لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه» أ. هـ الهداية - قال في المهذب»^(٦) . «وإن نبش قبرا وسرق منه الكفن فإن كان في برية لم يقطع ، لأنه ليس بحرز للكفن ، وإنما يدفن في البرية للضرورة ، وإن كان في مقبرة تلي العمران قطع ، لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ، ومن نبش قطعناه»^(٧) .

(١) بداية المجتهد ١/ ٣٧٢ - ٣٧٣

(٢) ص : ٤٦٧

(٣) أثر الاختلاف ٥١٠ - نقلا عن المعني لابن قدامة ٩/ ١٠٩ .

(٤) التمهيد / ٤٦٧

(٥) أثر الاختلاف ٥١١

(٦) المهذب ٢/ ٢٧٨ وأسنى المطالب شرح روض الطالب ٤/ ١٤٥ - لأبي يحيى زكريا الانصاري / ط أولى .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في المعرفة من طريق عمر ابن يزيد عن البراء بن عازب عن أبيه عن جده «من نبش قطعناه» وقال في فتح القدير : حديث من نبش - حديث منكر - نصب الراية للزيلعي - ٣/ ٣٦٦ - تصوير / بيروت ، وحاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك ٣٦٣ وفتح القدير ٤/ ٢٣٤ - ط أولى .

«ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله، فيقطع فيه «أ. هـ الهداية» .
«ولهما : قوله عليه الصلاة والسلام : «ولا قطع على المختفي»^(١) وهو النباش
بلغه أهل العرب، ولأن الشبهة تمكنت في الملك، لأنه لا ملك للميت حقيقة، ولا
للوارث لتقدم حاجة الميت، وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار، لأن الجنائية
في نفسها نادرة الوجود، ومارواه غير مرفوع، أو هو محمول على السياسة» - وهو الظاهر
- والله اعلم . أ. هـ الهداية^(٢) .

٨ - إزالة النجاسة من الآبار^(٣)

قال الأسنوي في تمهيده :-

قال الشافعي : قد قاس الحنفية فيها، حتى ذهبوا إلى تقديراتهم في الدلو
والبئر، يعني : أنهم فرقوا في سقوط الدواب إذا ماتت في الآبار، فقالوا : في الدجاجة
ينزح كذا وكذا، وذكروا دلاء معينة، وفي الفأرة أقل من ذلك، وليس هذا التقدير من
نص ولا إجماع فيكون قياساً .

قال في الهداية^(٤) «ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس» . عرض
ابن الهمام شارح الهداية، وكذا الشيخ البارقي للآثار التي اعتمدها الحنفية فيما ذهبوا
إليه من المقادير التي تنزح تبعاً للحيوان الذي يقع في الماء، وقد بين صاحب العناية
أنواع الحيوان الواقع في البئر.

والآثار المذكورة هي كالتالي :

١ - الفأرة ونحوها - «حديث أنس رضى الله عنه أنه قال في الفأرة، اذا ماتت في البئر
وأخرجت من ساعتها : نزح منها عشرون دلو» الهداية .

(١) قال صاحب نصب الراية : غريب، وقال الرهاوي، لم يوجد في كتب السنة / حاشية الرهاوي ٣٦٣، نصب الراية
٣٦٧/٣ .

(٢) الهداية ١٢١/٢ - ١٢٢، وأنظر بسط هذه المسألة في كتاب «تفسير النصوص» عند الكلام على «الحفي» ٢٣٦/١
إلى ٢٤٨ .

(٣) ٤٦٧

(٤) الهداية - شرح فتح القدير ٩٨/١ - ٩٩، ١٠٣ - ١٠٤

- ٢ - الحمامة ونحوها «لما روى عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه : أنه قال في الدجاجة إذا ماتت في البئر : نزع منها أربعون دلوا» الهداية .
- ٣ - قال في الهداية «وإن ماتت فيها شاه أو كلب أو آدمي ، نزع جميع ما فيها من الماء ، لأن ابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهما أفتيا بنزع الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم» .
- وأما عن الدلاء فقال في الهداية «ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقي به منها» .

وقد بين ابن الهمام حال هذه الآثار .

فقال عن الأول والثاني^(١) «قال الشيخ علاء الدين : إن الطحاوي رواها فيمكن كونه في غير شرح الآثار . وإنما أخرج في شرح الآثار بسنده عن علي قال في بئر وقعت فيها فأرة فماتت : ينزع ماؤها ، وبسنده إليه أيضا : إذا سقطت الفأرة أو الدابة في البئر فانزحها حتى يغلبك الماء ، وبسنده إلى إبراهيم النخعي في البئر يقع فيها الحرز أو السنور فتموت ، قال : يدلوا أربعين دلوا . وبسنده «عنه» في فأرة وقعت في بئر قال : ينزع منها أربعين دلوا . وبسنده عن «الشعبي» في الطير والسنور ونحوهما يقع في البئر قال : ينزع منها أربعين دلوا ، وإسناده صحيح ، وبسنده «عنه» قال : يدلي منها سبعين دلوا . وبسنده عن عبدالله بن سبرة عن الشعبي قال : سألناه عن الدجاجة تقع في البئر فتموت فيها ؟ قال : ينزع منها سبعون دلوا . وبسنده عن حماد بن أبي سليمان ، قال في دجاجة وقعت في البئر : ينزع منها قدر أربعين أو خمسين ثم يتوضأ منه» .

وعن الثالث قال «وأما فتوى ابن عباس فرواها الدارقطني عن ابن سيرين . وقال : وهو مرسل ، فإن ابن سيرين لم ير ابن عباس . ورواها ابن أبي شيبه عن هشيم ، عن منصور ، عن عطاء وهو سند صحيح . ورواها الطحاوي عن صالح بن عبد الرحمن .

(١) فتح القدير ١٠٢/١ - ١٠٣

(٢) راجع فتح القدير ١٠٣/١ - ١٠٤

٩ - أقل مدة الحيض وأكثرها.

قال الأسنوي في التمهيد^(١)

«وذكر الماوردي والرويانى فى كتاب القضاء من «البحر» : أن المقادير يجوز القياس فيها على الصحيح ، ومثل بأقل الحيض وأكثره ، وذكر فى «المحصل» أن العادات لا يجوز القياس فيها . ومثل ما ذكرناه وهو أقل الحيض وأكثره ، وظاهره المعارضة ، وقد يحمل الأول على الحيض من حيث الجملة ، والثانى فى الأشخاص المعينة» .

(١) التمهيد ٤٦٧

المبحث الثالث

- المسائل الخاصة بذات الدليل

المسألة الأولى : -

«التعليل بالعلة القاصرة المستنبطة»

اتفق الأصوليون : على أن تعدية العلة شرط صحة القياس ، وعلى صحة العلة القاصرة أو «الواقفة» - أي التي لا تجاوز محل النص إلى غيره - الثابتة بنص أو إجماع^(١) ومحل النزاع ، في العلة القاصرة المستنبطة^(٢) .
المذاهب : -

أ - ذهب أبو الحسن الكرخي - من متقدمي الحنفية - وعامة المتأخرين ، كالقاضي أبي زيد الدبوسي ومتابعيه : إلى فسادها . وهو قول أصحاب الشافعي ، وأبو عبد الله البصري من المتكلمين ، وهو قول أبي حنيفة ، وأكثر أصحاب الإمام أحمد ، وهو رواية عنه كما ذكر في المسودة^(٣) .
واستدلوا على ذلك بقولهم :

لأن المقصود من العلة العلم بوجودها في الفرع ؛ ليثبت حكم الأصل ، فإن كانت حاصلة في غير صورة الأصل لا يتعدى الحكم بل يقتصر الحكم على مورد النص ولا فائدة فيها حينئذ ، لأن فائدة العلة منحصرة في إثبات الحكم بها وهو منتف^(٣) .

ب - وذهب جمهور الفقهاء المتكلمين وبعض الحنفية - إلى صحتها أي صحة التعليل بالعلة القاصرة^(٤)

قالوا : وذلك لأنه يكفي في جواز التعليل بها الظن بوجودها في الأصل ، وأن الحكم لأجلها .

١) كشف الأسرار ٣/٣١٥ ، التبصرة ٤٥٢ ، ونشر البنود ٢/١٣٨

٢) التبصرة - ٤٥٢ ، كشف الأسرار ٣/٣١٥ ، مرآة الأصول ٢/٣١٢ - المسودة ٤١١

٣) تسهيل الوصول ١٩٦ والتحرير مع شرحه التيسير ٥/٤

٤) التحرير مع شرحه التيسير ٥/٤ ، وكشف الأسرار ٣/٣١٥ ، ومفتاح الوصول ١٧٥ ، والتبصرة ٤٥٢ ، وتخریج

الفروع على الأصول ص : ٨ ، ونشر البنود ٢/١٣٨ وفتح الغفار ٣/٢٩ والمسودة ٤١١

وأيضاً لا فرق بين التعليل بالعلة القاصرة المنصوصة والعلة القاصرة المستنبطة أو بعبارة أخرى : وللتوافق على صحة التعليل بالقاصرة المنصوصة^(١) .

قال صدر الشريعة : «وهذه المسألة مبينة على اشتراط التأثير - في العلة - عند أبي حنيفة ، وعلى الاكتفاء بالإخالة عند الشافعي^(٢) .

ثم قال : «وثمره الخلاف : أنه إذا وجد في مورد النص وصفان : قاصر ومتعد ، وغلب على ظن المجتهد أن القاصر علة ، هل يمنع التعليل بالمتعدى أم لا ؟ . . فعنده يمنع وعندنا لا»^(٣) .

وقد حكم الزنجاني على قول المانعين : لا فائدة فيها» بالبطلان ، بقوله : «وقولهم» لا فائدة فيها باطل . وأورد الشنقيطي في نشر البنود عدة فوائد^(٤)

وعلل الزنجاني البطلان بقوله «لأننا نقول : كما أن - العلة - المتعدية وسيلة إلى إثبات الحكم - في الفرع - فالعلة القاصرة وسيلة إلى نفيه - أي الحكم عن الفرع لعدم تحققها فيه - وكلاهما مقصود ، فإن إثبات الحكم في محل النفي محذور ، كما أن نفيه في محل الإثبات محذور .

والظاهر أن التعليل بالعلة القاصرة فيه محذور تخصيص الأصل بحكمه من غير دليل . والله أعلم .

الأثر الفقهي لهذا الخلاف .

(١) الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء أم لا ؟ .

من المتفق عليه أن ما يخرج من السبيلين - كالغائط والبول والريح والمذي والودي ناقض للوضوء ، وذلك لقوله تعالى «وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا» . الآية - سورة النساء الآية (٤٣) ، وصحة الآثار الواردة في ذلك .

(١) تسهيل الوصول ١٩٧ ، مرة الأصول مع حاشية الأزمدي ٣١٢/٣

(٢) التوضيح ٦٧/٢

(٣) التوضيح ٦٧/٢

(٤) أنظر : تخريج الفروع على الأصول ص : ٩ ، نشر البنود ١٣٨/٢

(٥) تخريج الفروع على الأصول ٩ ، مفتاح الوصول ١٧٤

منها ما رواه البخاري ، ومسلم ولفظه له عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يقبل الله صلاة أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ ، فقال رجل من أهل حضرموت : ما الحدث يا أبا هريرة ، قال فساء أو ضراط»^(١)

ومن المختلف فيه علة النقض في هذه الأشياء ؟

فذهب الإمام الشافعي : إلى أن علة النقض هنا ذات المخرج ، أي خروج الخارج من المسلك المعتاد ، فلم يقل بنقض الوضوء بخروج النجس من غير المخرج - كالرعاف والقيء وسيلان الدم من الجسد ؛ لكون العلة مقصورة على محل النص عنده ، بناء على أصله من جواز تعليل الحكم بالعلة القاصرة^(٢) .

وأما الإمام مالك فالعلة عنده - تشمل المخرج والخارج ، وصفة الخارج ، فخرج الدود والدم والحصى ولو من المخرج لا ينقض الوضوء ، لأن هذا يكون على وجه المرض .^(٣)

وذهب الإمام أبو حنيفة ، والإمام أحمد : إلى القول بنقض الوضوء بالخارج النجس من بدن الإنسان - من غير السبيلين - لأن العلة عندهما - في نقض الوضوء من الخارج من السبيلين - خروج العين النجسة ، أو النجاسة من بدن آدمي ، وهي علة متعددة مؤثرة ، قال صاحب الهداية «ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الأصل معقول»^(٤) .

٢ - حكم من أفطر بالأكل والشرب عمدا في نهار رمضان .

أورد هذا الفرع الزنجاني في كتابه .^(٥)

لا خلاف في أن موجب الجماع عمدا في نهار رمضان هو الكفارة ، والأصل فيه مورد النص ، وهو حديث أبي هريرة رضي الله عنه . أنه قال : «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلكت يا رسول الله ، قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتي في رمضان . قال : هل تجد ما تعتق به رقة ؟ قال : لا قال : فهل

(١) بداية المجتهد ٥٢/١ وتخرج أحاديث ابن رشد ص : ٢٨

(٢) تخرج الفروع على الأصول ٩ - وبداية المجتهد ٥٢/١ - ٥٣

(٣) القوانين الفقهية ص : ٢٩ ، الشرح الصغير ١٣٦/١

(٤) الهداية ١٤/١ وبداية المجتهد ٥٣/١ - ٥٤ وسبل السلام ٦٦/١

(٥) تخرج الفروع على الأصول ص : ٩ - ١٠

تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا ثم جلس ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر ، فقال تصدق بهذا ، فقال : أعلى أفقر مني ؟ فما بين لابتيتها أهل بيت أحوج إليه منا ، قال : فضحك النبي صلى الله عليه وسلم ، حتى بدأت أنياه ، ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك^(١) .

تناول هذه المسألة الشيخ التلمساني في مفتاحه^(٢) فقال :-

«المرتبة الثالثة - أي من مراتب الإيحاء - أحد مسالك العلة - أن يذكر النبي صلى الله عليه وسلم حكما عقب علمه بواقعة حدثت ، فيعلم أن تلك الواقعة سبب ذلك الحكم ، كما روى أن اعرابيا - قال يا رسول الله ، هلكت وأهلك ، واقعت أهلي في نهار رمضان ، فقال : اعتق رقبة ، فكأنه قال : إذا واقعت فكر» .

«فأما الشافعية : فحملته على الوقاع ، وقالت : إنه العلة بنفسه في الكفارة فلم توجبها على من أكل أو شرب في رمضان عمدا» ، ويقولهم وتعليلهم قال الحنابلة وقالوا : إن الكفارة في الجماع أشد منها في غيره^(٣) .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك وأصحابه ، والثوري وجماعة ، إلى وجوب الكفارة على من أفطر عمدا بالأكل والشرب قياسا أو إلحاقا بالجماع عمدا^(٤) .

قال التلمساني «وأما أبو حنيفة : فأناط الكفارة ، بمعنى يتضمنه الوقاع ، وهو اقتضاء شهوة يجب الإمساك عنها ، فإن الصيام عبارة عن الإمساك عن اقتضاء شهوة البطن وشهوة الفرج ، ولذلك أوجبوا الكفارة على من أكل عمدا في رمضان ، لما فيه من اختفاء الشهوة التي منع الصيام منها ، ولم يوجبوها فيها لا شهوة في اقتضائه ، كابتلاع حصاة أو نواة» .

«وأما المالكية : فألغت الشهوة عن درجة الاعتبار ، وإنما وجبت الكفارة عندهم على الجناية على الصوم بتعمد الإفساد مطلقا ، فأوجبوا الكفارة بابتلاع الحصاة والنواة .

(١) الحديث أخرجه الجماعة ، نيل الأوطار ٢١٤/٤ ، وأنظر المغنى ٥٤/٣

(٢) مفتاح الوصول ١٧٨ - ١٧٩

(٣) أثر الاختلاف ٤٨٥ ، والشرح الكبير مع المغنى ٦٤/٣

(٤) أثر الاختلاف ٤٨٤ نقلا عن الشرح الكبير للدردير ٥٢٧/١ ، والهداية ١٢٤/١ ط الحلبي

وهذا يسمى عند الأصوليين بتنقيح المناط ، وهو أن يحذف من الحكم ما لا دخل له فيه ، ويبقى ما له مدخل واعتبار .^(١)

٣ - علة تحريم الربا في النقيدين : -

أورد هذا الفرع الشيخ الزنجاني في كتابه^(٢)

قال : ومنها :^(٣) إن علة تحريم الربا في النقيدين . الثمنية المختصة بهما . وعنده

- أي أبي حنيفة - العلة : الوزن مع الجنسية .

«ذهب الشافعية والمالكية : إلى أن علة الربا في الذهب والفضة «الثمنية» أي كونها أثمنا - فيحرم فيهما الربا ، ولا يحرم فيما سواهما من النقود ، فالعلة فيها قاصرة لا تتعدى ، فلا يقاس عليها غيرها»^(٤)

وأما الحنفية فقال ابن الهمام «علة الربا عندنا القدر - الكيل أو الوزن - والجنس ، فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء ، وبأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل»^(٥)

وأما الحنابلة : فذهبوا : إلى ما ذهب إليه الحنفية إلا أنهم جعلوا اتحاد الجنس - الجنسية - في ربا الفضل شرطا ، وليس شطر علة ، كما فعل الأحناف^(٦)

قال التلمساني^(٧) : «المسألة السادسة - من شروط العلة - اختلفوا في اشتراط التعدي في العلة ، وهو : أن توجد في محل آخر غير محلها الذي نص الشرع عليه ، فالحنفية يشترطونها ، وأصحابنا وأصحاب الشافعي لا يشترطونها ، بل يرون أن الدليل إذا دل على اعتبارها كانت علة الحكم الثابت في محلها ، سواء كانت موجودة في غيره ، أو لم تكن .

ومثاله : تعليل أصحابنا تحريم الربا في النقيدين ، بكونها أصلا في القيمة ، فلو دخلها الربا لافتقرا إلى شيء آخر يقومان به .

(١) مفتاح الوصول ص : ١٧٩

(٢) تحريج الفروع على الأصول ص : ١٠

(٣) أسباب اختلاف الفقهاء ٤٣٢ - نقلا عن بلغة السالك ٢٢/٢ المذهب للشيرازي ٢٧٠/١

(٤) أسباب اختلاف الفقهاء ٤٣٢ - نقلا عن فتح القدير ٥/٧

(٥) أسباب اختلاف الفقهاء ٤٣٣ ، نقلا عن نبيل المآرب شرح دليل الطالب للشيخ عبد القادر الشيباني ١٢٩/١ - ١٣٠ ط/صبيح .

(٦) مفتاح الوصول ١٧٥

فتقول الحنفية : هذه علة قاصرة ، لا فائدة فيها ، لأن الفائدة إن كانت في الأصل فالحكم في الأصل إنما ثبت بالنص لا بها ، وإن كانت في غير الأصل فباطل ، لأن الفرض أن لا فرع لها .

والجواب عند أصحابنا : أن الحكم في الأصل إنما يثبت بها ، بمعنى أنها الباعث عليه ، والنص معرف لا موجب .

ثم قال «وكذلك تقول الحنفية : علة الربا في النقدين إنما هو الوزن . ويلحقون بذلك كل ما يوزن : من النحاس والحديد وغير ذلك»^(١) وفي هذا إشارة إلى جانب من أثر الخلاف في التعليل بالعلة القاصرة .^(٢)

٤ - وجوب النفقة على غير الوالدين والمولودين .

أورد هذا الفرع الزنجاني^(٣) .

قال : ومنها^(٤) : - إن علة وجوب نفقة القريب - البعضية ، المختصة بالوالدين

والمولودين .

وعنده - أي أبي حنيفة : عموم الرحم ، وفسروا الرحم بأن كل شخصين لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى حرم عليه نكاحه ، فإنه يستحق النفقة .

المسألة الثانية

- كون الحكم الثابت في الفرع مثل الثابت بالأصل -

هذه المسألة هي صياغة لأهم أحد القيود في الشرط الثالث الذي أورده فخر الإسلام البزدوى في أصوله ، عندما بين شروط القياس ، حيث قال : «وأن يتعدى

(١) مفتاح الوصول ١٨٠

(٢) أنظر في هذا - أثر الاختلاف ، حيث بسط المؤلف أدلة كل من ذهب على ما ذهب إليه من العلة في الذهب والفضة ، ص : ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٨ -

وأسباب اختلاف الفقهاء - ص : ٤٣٠ - ٣١ - ٣٢ - ٣٣ - ٣٤ - ٣٥ .

(٣) تحرير الفروع على الأصول ١٠

الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه ، إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه»^(١)

ويشتمل هذا على ثلاثة قيود^(٢) لصحة القياس ، صاحب الأركان الأربعة .

وقد أوضح هذه القيود الشيخ البخاري في كشفه حيث قال : -

القيد الأول : «ومما تتضمنه هذا الشرط : كون الحكم المعلول شرعياً : أي الحكم الذي يعلل الأصل لتعديته إلى محل آخر ، يشترط أن يكون شرعياً لا لغوياً»^(٣) ومحل ذكره في الشرط قول البزدوى «الحكم الشرعي» وهذه مسألة أفردتها بالذكر عند الكلام على مواطن جريان القياس في مسألة «القياس في اللغة ، والتي من نتائجها إثبات الحكم الشرعي بقياس لغوي» .

القيد الثاني : «والثاني من هذه الجملة «أي ما تضمنها الشرط الثالث - التعدية عندنا ، أي تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع ، بحيث يبطل التعليل دونه . . يعني ليس للتعليل حكم سوى التعدية عندنا ، فمتى خلا تعليل عن تعدية كان باطلا ، فعلى هذا يكون التعليل والقياس بمنزلة المترادفين ، وقال الشافعي : هو صحيح ، أي التعليل صحيح من غير اشتراط التعدية . وحكمه ثبوت الحكم في المنصوص بالعلة . ثم إن كانت العلة متعدية يثبت الحكم بها في الفرع ، ويكون قياساً ، وإن لم تكن متعدية بقي الحكم مقتصرًا على الأصل ، ويكون تعليلًا مستقيمًا ، بمنزلة النص الذي هو عام ، والذي هو خاص ، فعلى هذا يكون التعليل أعم من^(٤) القياس ، والقياس نوعاً منه «ومحل ذكر القيد في الشرط قول البزدوى» : أن يتعدى . «وفي هذا تصريح بمنشأ الخلاف في» التعليل بالعلة القاصرة المستنبطة وقد مر ذكر هذه المسألة .

(١) أصول البزدوى ٣/٣٠٢

(٢) وذكر القيد كما يكون للاخراج يكون للدخال .

(٣) كشف الأسرار ٣/٣١٣

(٤) كشف الأسرار ٣/٣١٥

القيد الثالث : قال البخارى «وما تضمنه الشرط الثالث أن يكون المتعدى حكم النص بعينه من غير تغيير ، أي يشترط أن يثبت بالتعليل مثل حكم النص في الفرع ، من غير أن يثبت له تغير في الفرع بزيادة في وصف ، أو سقوط قيد»^(١) ومحل ذكر القيد في قول البزدوى «حكم النص بعينه من غير تغيير» لأن ثمرة التعليل التعدية لا غير ، فأما التغير فلا^(٢) ، لأن القياس عملية دقيقة ، مبناها تحقق المثلية بين الأصل والفرع من كل وجه ، أو بعبارة أخرى - أن يتحقق المعنى الذي عليه مدار الحكم في الأصل تحقفا كاملا في الفرع ، دونما زيادة وصف في الفرع أو نقصان قيد فيه ، لأنه في هذه الحالة يكون الحكم ثابتا في الفرع بلا علة ، لعدم تطابق المعنى في الأصل مع المعنى في الفرع ، وبالتالي : فإلحاق الفرع بالأصل مع عدم الاتحاد الكامل في المعنى - مؤداه التغير لمعنى الأصل الذي عليه مدار الحكم من جهة ، والتغير لمعنى الفرع - عند التأمل والذي يمنع الإلحاق من جهة أخرى . والله أعلم . ثم قال : « قال الشيخ في مختصر التقيوم : وهذا فصل دقيق ، يجب أن تحفظه ، فإن أكثر المقاييسين غيروا الحكم النص ولم يعدوه إلى فرعه بعينه»^(٣)

وبيان الاختلاف في هذا الشرط من عدمه ، يتضح تماما من خلال ذكر بعض المسائل التي أوردها الشيخ البخارى على هذا الشرط ، مع ملاحظة الرجوع إلى مظان المذاهب التي ذكر الشيخ أقوالها . سواء كانت موافقة على هذا الشرط أو مخالفة له ، لنظهر مبنى المخالف لهذا الشرط أو شبهته إن كان موافقا على الشرط ، وخالفه في بعض المسائل .

ومن المسائل الفقهية كآثر لهذا الشرط : -

١ - ظهار الذمي -

قال البزدوى «وقد صح ظهار الذمي عند الشافعي ، فصار تغييراً للحرية المتناهية بالكفارة في الأصل إلى إطلاقها في الفرع من الغاية»^(٤) .

(١) كشف الأسرار ٣/٣١٨

(٢) أصول البزدوى ٣/٣١٨

(٣) كشف الأسرار ٣/٣١٨

(٤) كشف الأسرار ٣/٣٢١

ذهب أبو حنيفة ومالك إلى القول ببطلانظهار الذمي^(١) ، وهو المنقول عن الحنابلة^(٢) .

قال أصحاب الكشف معللا قول الشافعي بصحةظهار الذمي «لأن موجب الظهار الحرمة وهو - أي الذمي - من أهل الحرمة كالمسلم ، وهو أهل للكفارة لأنه - أي الذمي - من أهل الإطعام والإعتاق ، وبأن لم يكن أهلا للصوم لا يمتنع صحة ظهاره ، كالعبد ليس بأهل للتكفير بالمال ، وظهاره صحيح ، ولئن لم يكن أهلا للكفارة فهو أهل للحرمة ، فيعتبر ظهاره في حق الحرمة ، كما اعتبر أبو حنيفة رحمه الله إيلاء الذمي في حق الطلاق ، وإن لم يعتبره في الكفارة»^(٣) .

ثم قال «وهذا التعليل باطل ، لأن حكم الظهار في حق المسلم حرمة متناهية بالكفارة - وهذا الأصل وحكمه - لا يمكن إثبات مثل تلك الحرمة في الذمي ، فانه ليس بأهل للكفارة ، فلو صح ظهاره لثبتت به حرمة مطلقة - أي غير متناهية بكفارة فيكون تغيير الحكم الأصل في الفرع ، وهو باطل»^(٤)

ثم قال ردا على مسألة اعتبار إيلائه بقوله «وبخلاف الإيلاء ، لأنه طلاق مؤجل ، والذمي من أهل الطلاق ، لأن الحرمة الثابتة باليمين مطلقة لا مؤقتة بالكفارة»^(٥) .

قال في تسهيل الوصول عند شرائط الأصل «الرابع : أن لا يتغير حكم الأصل في الفرع ، لأنه لو وقع في الحكم تغيير ، لا يكون الحكم الثابت في الفرع مثل الثابت في الأصل ، فلا يجوز القياس .

مثاله : قياس صحةظهار الذمي على ظهار المسلم كما يقول به الشافعي رحمه الله تعالى ، وعند الحنفية لا يصح ظهاره ، فلا يحرم الوطء ، لأن حكم ظهار المسلم الذي هو الأصل - ينتهي بالكفارة ، وظهار الذمي يكون مؤبداً ليس أهلا للكفارة التي لا تتأدى إلا بنية العبادة ، والكافر ليس بأهل للعبادة ، فلا يثبت بهذا القياس حكم

(١) كشف الاسرار ٣/٣٢٥ وانظر منهاج الطالبين ١٤/٤ .

(٢) كشف الاسرار ٣/٣٢٥، ٣٢٦ .

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٧ .

(٤) تفسير آيات الاحكام ١١٢ والشرح الصغير ٦٣٤ .

(٥) كشف الاسرار ٣/٣٢٦ .

(٦) كشف الاسرار ٣/٣٢٦ .

الأصل بعينه وهو الحرمة التي تنتهي بالكفارة، بل يثبت حرمه مؤبدة غير متناهية بالكفارة؛ إذ الواجب على المظاهر إذا لم يقدر على الإعتاق - الصوم، والصوم لا يصح من الكافر، والواجب بالنص تحرير يخلقه الصوم، والكافر ليس بأهل له، وإن كان أهلاً لمطلق الإعتاق»^(١)

المسألة الثالثة

بقاء الحكم في الأصل بعد القياس على ما كان قبل التعليل

هذه المسألة هي الشرط الرابع من شروط القياس والذي ذكره البزدوى في أصوله.

قال فخر الاسلام البزدوى «وأما الشرط الرابع وهو : أن يبقى حكم النص على ما كان قبل التعليل»^(٢)؛ فلأن تغيير حكم النص المعلن في نفسه أي في ذاته بالرأي باطل، سواء حصل التغيير لحكم النص في الأصل، أي المقيس عليه، أو حصل التغيير لحكم نص في الفرع كما في الأمثلة^(٣) الواردة الذكر في المسألة السابقة، وعبر صاحب فتح الغفار عن هذا الشرط بقوله «أن لا يغير القياس حكم النص»^(٤)

ومن المسائل الفقهية كأثر لهذا الشرط :-

١ - اشتراط التملك في طعام الكفارة.

ذهب الحنفية : إلى أنه لا يشترط التملك في طعام الكفارة، بل تكفي الإباحة. وأما الشافعي : فقد شرط التملك في طعام الكفارات اعتباراً بالكسوة^(٥).

(١) تسهيل الوصول ١٩١

(٢) أصول فخر الاسلام ٣/٣٣١

(٣) كشف الاسرار ٣/٣٣١

(٤) تسهيل الوصول ١٩١

(٥) فتح الغفار ٣/١٧

والأصل في ذلك قوله تعالى في كفارة اليمين «وَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ .» سورة المائدة الآية (٨٩) .
لاخلاف في اشتراط التملك مع الكسوة .

فشرط التملك في الإطعام لا يكون إلا بالقياس على الكسوة ، فلو شرطنا التملك بالقياس لكان ذلك تغييراً للنص قبل إجراء عملية القياس «وبه تغير حكم الأصل . وبيان ذلك . «أن الإطعام في اللغة جعل الغير طاعماً ، سواء كان على وجه الإباحة ، أو التملك ، وهذا مفهوم النص قبل القياس»^(١) فالإحراز يكون بالتخلية بين الفقير والأكل ليأكله ، وقد حصل ، أو بالتملك ، والقياس غير ماهو المفهوم من النص ، ليفيد أن المكلف لا يخرج عن عهدة الكفارة بالإباحة ، بل بالتملك ، وهذا غير صحيح^(٢) ، لأن النص كما قلنا أفاد ذلك قبل إجراء القياس . وتغير حكم الأصل بالقياس غير جائز ، لأنه تغير بالرأي .^(٣)

«فإن قلت : القياس لا بد أن يغير حكم النص من الخصوص إلى العموم ، فلو كان عدم التغير شرطاً لزم بطلان القياس بالكلية»^(٤)

يجاب بأن المراد أن لا يغير - القياس - المعنى المفهوم من النص لغة دون التغير من الخصوص إلى العموم ، فإنه من ضرورة التحليل^(٥)

وأشير هنا إلى أن الحنفية من اشتراطهم هذا الشرط واعتراضهم على الشافعية فإنهم لم يلتزموا بهذا الشرط . وهو أن يبقى الحكم النص على ما كان قبل التعليل ، سواء كان التغير للنص في جانب الفرع ، أو في جانب النص ذاته .
فقد أورد عليهم الشافعية من المسائل ما يظهر مخالفة الحنفية لهذا الأصل وعدم الالتزام به ، إلا أنه لم يسلم الحنفية لهم ذلك ، قال صاحب الكشف^(٦) .

(١) روضة الطالبين ٢٢/١١ و ٣٠٧/١٢ .

(٢) تسهيل الوصول ١٩١

(٣) تسهيل الوصول ١٩٢

(٤) أنظر الكشف ٣٣١/٣

(٥) تسهيل الوصول ١٩٢

(٦) تسهيل الوصول ١٩٢

(٧) أنظر كشف الاسرار ٣٣٢/٣

«وقال الشافعي : أنتم غيرتم حكم النص بالتعليل في مسائل ، فقد وقعتم فيما أبيتم» .

منها :-

١ - أن النص أوجب الشاة في الزكاة بصورتها ومعناها للفقير، لأن الله تعالى أوجب الصدقة للفقراء مجملة، وفسرها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : «في خمس من الإبل شاة» وفي أربعين شاة^(١) وأمثالها ، فصار كأن الله تعالى قال : إنها الشاة للفقير، فصارت الشاة مستحقة بصورتها ومعناها له ، كالدار المشفوعة للشفيع، وأنتم أبطلتم أي أسقطتم الحق عن صورة الشاة بالتعليل بالمالية، وهو تغيير لموجب النص، لاتعدية لحكمه . لأن الشاة كانت هي الواجبة عينا قبل التعليل، بحيث لايسعه تركها إلى غيرها، وبعده لم تبق واجبة لأنه لايسعه تركها إلى غير وهو القيمة فكان هذا مثل نقل حق الشفيع من الدار إلى الثوب بالتعليل^(٢)

أجاب الحنفية بقولهم : كما أورده صاحب المنار مع شرحه فتح الغفار . قالوا «وإنما سقط حق الفقير في الصورة (النص) وهو قوله تعالى : وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها^(٣) (لا بالتعليل) - بدفع الحاجة (لأن الله تعالى وعد إرزاق الفقراء) لامتناع وجوب شيء عليه (ثم أوجب مالا مسمى على الأغنياء لنفسه، ثم أمر الأغنياء باتخاذ المواعيد) بقوله - وآتوا الزكاة^(٤) - (من ذلك المسمى) - من غير الشاة ونحوها - (وذلك لايجتمل) أي ذلك المسمى لايجتمل إنجاز كل المواعيد (مع اختلاف المواعيد) لكثرة حاجاتهم، فلا يكون حقهم متعلقا بالقيد، بل بمطلق المال (فكان الأمر بإنجاز المواعيد) (إذنا بالاستبدال لتقضى حاجتهم كلها كالسلطان يعد مواعيد مختلفة، ثم يأمر بعض وكلائه بأداء مال معين عنده، يكون إذنا بالاستبدال .

(١) الحديثان - الأول رواه البخاري من حديث أنس / والثاني رواه أبو داود - عن علي ورواه ابن ماجه من حديث ابن عمر والبخاري من حديث أنس - تخريج أحاديث ابن رشد ص : ١٨١ وسبل السلام ١٢١/٢ .

(٣) كشف الاسرار ٣/٣٣٣

(٤) المنار وشرحه فتح الغفار ١٨/٣ وأنظر كشف الاسرار ٣/٣٣٣ الآية ٦ من سورة هود .

والحاصل أن هنا حكمين : جواز الاستبدال ، وصلاحيية عين الشاة لأن تكون مصروفة إلى الفقير. فالأول ثابت بدلالة النص ، والثاني مستفاد من العبارة ، وهو معلل بالحاجة ، فإذا صحت عينها فقيمتها بالأولى^(١).

المسألة الرابعة

كون العلة وصفا ظاهرا لا خفيا
أو بعبارة أخرى ما يقوم مقام العلة عند خفائها

واتفق علماء الفقه والأصول على أن الظهور أو الانضباط في العلة شرط لازم لها ، وأن العلة بهذا الوصف لا يقوم في الدلالة عليها شيء^(٢).
وأما إذا كانت العلة التي أنيط بها خفية فربط الحكم فيها يكون بما يدل على تحققها ووجودها ، ليبني الحكم على علته ، ومثال ذلك ، أن ترتب الآثار على العقود المالية أنيط بالرضا قال تعالى : «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بَيْنَكُمُ» سورة النساء الآية (٢٩).

غير أن حقيقة الرضا لما كان أمرا خفيا وضميراً قلبيا أقيم مقامه ما يدل عليه ، وهو الإيجاب والقبول ، وهذا القدر متفق عليه .
غير أن الخلاف حاصل في أنه هل أن ما قام مقام هذا الأمر الخفي لا يشترط وجوده لفظاً ، بأن يوجد ما يدل عليه . أو بعبارة أخرى اعتبار دلالة الفعل على هذا الأمر الخفي .

فذهب الشافعي : إلى أنه لا يجوز الحاق غير اللفظ بالإيجاب والقبول الذي تضمن الرضا .

وذهب أبو حنيفة : إلى أنه إذا وجد ما يدل على وجود الرضا ولو كان غير لفظ كالفعل ، فإنه يترتب عليه آثار العقد^(٣).

(٢) أنظر : أصول ابن الحاجب مع شرح العضد ٢/٢١٥ ، تسهيل الوصول ١٩٥ وأصول الخضرى بك ٣١٨

(٣) أنظر : شرح الدر المختار - ٢/٣٦ و ٢/٢٧٧ فتح القدير والعناية ٦/٢٥٢

وقد ترتب على ذلك خلاف في صحة بيع المعاطاة «وغيره كالأقالة والإجازة»^(١) قال الزنجاني : «الأصل الذي تبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» سورة «النساء» (٢٩) .

غير أن حقيقة الرضا لما كان أمرا خفيا ، وضميرا قلبيا ، اقتضت الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي ، وضابط جلي ، يستدل به عليه ، وهو : الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقلين ، ثم طرد الشافعي رضي الله عنه قاعدته في المحافظة على حدود الشرع وضوابطه ، ولم يجوز الحاق غيرهما بهما^(٢) .

«وأبو حنيفة رضي الله عنه ، ألحق بهما المعاطاة ، وزعم : أنها بيع ، لأنها تدل على التراضي»^(٣) قال صاحب النهاية «التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي»^(٤) .

المسألة الخامسة

تردد الفرع بين مشابهة أصليين

أورد هذه المسألة الأسنوي في تمهيده بقوله : «إذا تردد فرع بين مشابهة أصليين»^(١) ويسمى ذلك بقياس غلبة الأشياء ،^(٢) وهو «أن يجتمع وصفان مناسبان في

(١) أنظر : شرح الدر المختار ٧٧/٢ و ٢٧٧ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ٦٢ .

(٣) المرجع نفسه

(٤) حاشية محقق تخريج الفروع على الأصول ٦٢ - نقلا من كتاب فتح القدير ٧٧/٥ وبدائع الصانع للكاساني

١٣٤/٥

(٥) حاشية سعد جلي ، مع فتح القدير والعناية - ٢٥٢/٦

(١) التمهيد للأسنوي ٤٧٩

(٢) السلسلة الذهبية ٩٣

فرع يتردد بها ذلك الفرع بين أصليين قد أشبه أحدهما فرع الحكم - وتسمى مشابهة حكمية أو معنوية» ، - والآخر في الصورة وتسمى مشابهة صورية»^(١) .

وقد اختلف العلماء في الاعتبار منها :

- فذهب الشافعي : إلى اعتبار المشابهة المعنوية .

- وذهب أبو بكر بن علية : إلى اعتبار المشابهة الصورية .

وقال الإمام فخر الدين الرازي «متى حصلت المشابهة فيما يظن أنه علة للحكم أو مستلزم لما هو علة له - صح القياس مطلقا ، سواء كان في الصورة أو الكم»^(٢) ومن فروع هذه المسألة :

١ - إذا قتل عبدا وكانت ديته تزيد على الدية ، فإن القيمة تجب عند الشافعي وإن زادت . إلحاقا له بسائر المملوكات ، اعتبار المشابهة الحكمية ، بحيث يقيس العبد المقتول على الفرس مثلا ، بجامع أن كلا منهما يباع ويشترى - فهو كسائر المملوكات -

وقال غيره ، ولا يزداد على الدية^(٣) ، نظرا إلى مشابهة الحر في الصورة ، فمثلا يقيس المقتول على الحر ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد^(٤) .

٢ - ومنها ، زكاة السلت من الحبوب .

«السلت» : هو حب يشبه الحنطة في الصورة ، إذهو على لونها ونعومتها ، ويشبه الشعير في برودة الطبع ، هذا هو المنقول عند اللغويين ، والمعروف أيضا عند الفقهاء ، وعكسه بعضهم^(٥) ، فهل يلحق بالحنطة فيكمل نصابها؟ أو بالشعير؟ فقليل : إنه ملحق بالحنطة ، حتى يكمل نصابها ، وقيل : ملحق بالشعير ، والصحيح : أنه جنس مستقل ، لتعارض المعنيين.^(٦)

والظاهر في هذه المسألة ما قاله الشيخ الرازي ، بدليل أن من قال بوجوب

(١) المرجعين السابقين .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) بداية المجتهد ٥٣٥/٢

(٤) التمهيد ٤٨٩

(٥) التمهيد ٤٨٠ ، ومنهاج الطالبين مع شرح المحلى ١٨/٢

القيمة بالغاً ما يبلغ لاعتبار المشابهة» المعنوية بسائر المملوكات أو القروض ، ولم يطر عنه هذه المشابهة عند الكلام على من تكون القيمة ، فبعضهم كالإمام الشافعي جعلها على العاقلة قياساً على الحر^(١) .

المسألة السادسة

تعلييل الحكم الواحد بعليتين

قال صاحب مفتاح الوصول^(٢) «اختلفوا في اشتراطهم الانعكاس في العلة . ومعناه : كلما انتفت العلة انتفى الحكم . فمنهم : من يشترطه ، ويمنع تعلييل الحكم الواحد بعليتين . ومنهم : من لا يشترطه ، ويجيز تعلييل الحكم الواحد بعليتين » وهذا ماقاله المالكية^(٣) ، - كتعلييل إيجاب الوضوء بالبول والغائط والريح ، وتعلييل حرمة النكاح بالقرابة والصهر والرضاع » .

وقال في المسودة «ليس العكس شرطاً في صحة العلة ، لجواز الحكم بععل . وهذا قول أصحابنا ، ومقتضى كلام إمامنا ، وكذلك قول جمهور الفقهاء والأصوليين . وقال بعض الأصوليين : لا يجوز تعلييل الحكم بعليتين أو أزيد ، وإليه ذهب صاحب التمهيد ، وقد عرض المذاهب بقوله :

أحدهما : يجوز مطلقاً . بدليل مالو قتل وارتد والعياذ بالله تعالى . واختاره ابن الحاجب^(٤) .

والثاني : يمتنع مطلقاً ، لأن إسناد الحكم إلى أحدهما يقتضي صرفه عن الآخر ، واختاره الآمدي^(٥) .

(١) ابن علية / أحد علماء القرن الثالث ، من المتكلمين ، متوفي سنة ٢١٨ هـ .

حاشية محقق التمهيد ٤٧٩

(٢) مفتاح الوصول ١٧٤

(٣) نشر البنود ١٤٦/٢

(٤) المسودة ٤٢٤

(٥) مختصر المنتهى لابن الحاجب ، والتمهيد ٤٨١

والثالث : واختاره في المحصول في الكلام على الفرق ، وتابعه عليه البيضاوي - يجوز في المنصوص ، للدليل الأول ، دون المستنبطة للدليل الثاني ، وصرح أبو الخطاب وغيره : بأن العلة إذا كانت منصوصة جاز : تعلقها بأخرى^(١) .

وقد قال القاضي أبو بكر الباقلالي : بمنعه عقلا وشرعا في المنصوصة والمستنبطة^(٢) .

وقال الأمدي ، ومحل الخلاف في الواحد بالشخص ، كتحريم امرأة بعينها ووجوب قتل شخص بعينه ، قال : وأما الواحد بالنوع كالتحريم من حيث هو فيجوز بلا خلاف^(٣) .

والذين قالوا بجواز تعليل الحكم الواحد بعلمتين - اختلفوا فيما ينسب الحكم إليه ، هل ينسب إلى جميعها ؟ أو يبقى كل واحد منها علة كما كان حالة الانفراد . وقد تفرع عن هذا اختلافهم في : -

- إذا اجتمع الأولياء في النكاح وكانوا في درجة واحدة ، فقليل : يعقدون جميعا بعقد واحد ، باعتبار أنه ينسب الحكم إلى جميعها .

وقيل يعقد أي واحد منهم كما لو انفرد ، باعتبار أن كل واحد منها علة منفردة بنفسها ، مضافا لها الحكم . وقد أورد صاحب التمهيد عدة فروع على هذا الأصل ، منها :^(٤)

١ - اختلف السادة الشافعية فيمن أحدث أحداثا ثم نوى حالة الوضوء رفع بعضها ، وفيه وجوه :

أصحها : يكفي ، لأن الحدث نفسه - كالنوم ونحوه - لا يرتفع ، وإنما يرتفع حكمه ، وهو واحد ، وإن تعددت أسبابه .

والثاني : لا يكفي مطلقا «لأن كل واحد منها له مدخل في إيجاب الوضوء ، فلا يجزىء رفع أحدهما عن رفع الآخر في النية»^(٥)

(١) الأحكام للامدي ٢١٨/٣ والتمهيد ٤٨١

(٢) نشر البنود - ١٤٦

(٣) التمهيد ٤٨١ وأنظر الأحكام للامدي ٢١٨/٣

(٤) مفتاح الوصول مع تصرف ١٧٤

(٥) مفتاح الوصول ١٧٥

والثالث : إن نوى الأول ، صح «لأنه الموجب للوضوء ، والثاني لم يصادف محلاً يوجب فيه الحكم»^(١)
وإلا ، بأن نوى آخر الحديثين - فلا - يحجزه ، لأنه نوى ماله تأثير في الإيجاب .^(٢)

٢ - ومنها ما قاله الدارمي في كتابه المسمى «جامع الجوامع ومودع البدائع» : -
«أنه إذا اجتمعت أنواع من الخيار ، كخيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، والرؤية ، ففسخ العاقد ، فينظر : إن صرح بالفسخ بجميعها انفسخ الجميع ، وإن صرح ببعض انفسخ به ، وإن أطلق فينفسخ بالجميع ، لأنه ليس بعضها أولى من بعض ، قال : وكذلك في الإجازة إذا أجاز في الجميع أو أطلق ، فإن أجاز البعض بقي الخيار بالباقي»^(٣)
والله أعلم ، ،

(١) مفتاح الوصول ١٧٥

(٢) مفتاح الوصول ١٧٥

(٣) التمهيد ٤٨٣

ثبت المراجع

- ١ - أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء .
د . مصطفى سعيد الحن - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .
- ٢ - الأحكام في أصول الاحكام - للآمدي .
طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٠ م .
- ٣ - أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية
د . مصطفى ابراهيم . الزلمي - الطبعة الاولى ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م - بغداد .
- ٤ - السلسلة الذهبية في قواعد القياس الأصولية .
للشيخ جاد ابراهيم صالح - الطبعة الاولى ١٣٤٤ هـ - مصر .
- ٥ - أصول الفقه للشيخ محمد الخضري بك .
الطبعة السادسة ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م - المكتبة التجارية الكبرى مصر .
- ٦ - أصول الحديث علومه ومصطلحه - د . محمد عجاج الخطيب
دار الفكر - طبعة رابعة - ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م
- ٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد ، متوفي سنة / ٥٩٥ هـ .
دار الكتب الحديثة - مصر .
- ٨ - تأسيس النظر - لأبي زيد الدبوسي
مطبعة الامام بالقلعة - مصر ، الناشر / زكريا على يوسف .
- ٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة - بيروت .
«للزيلعي»
- ١٠ - تخريج الفروع على الأصول - للشيخ شهاب الدين الزحاني .
تحقيق د . محمد أديب صالح - جامعة دمشق . ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م .
- ١١ - تسهيل الوصول الى علم الأصول . . للشيخ محمد المحلاوي الحنفي .
ط - مصطفى الحلبي - مصر ١٣٤١ هـ
- ١٢ - تفسير النصوص في الفقه الاسلامي .
د . محمد أديب صالح . الطبعة الثانية . المكتب الاسلامي .
- ١٣ - التبصرة في أصول الفقه - للشيخ أبي اسحق الشيرازي متوفي سنة / ٤٧٦ هـ . تحقيق محمد حسن هيتو . دار الفكر دمشق ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ١٤ - تنقيح الفصول - لأحمد بن ادريس القرافي . متوفي سنة ٦٨٤ هـ .
ط / القاهرة ١٣٧٤ هـ .

- ١٥ - التحرير في أصول الفقه للكمال بن همام الدين المتوفى سنة ٨٦١هـ.
- ١٦ - التيسير شرح التحرير - لمحمد أمين - مطبوع مع الكتاب السابق ط / ١٣٥١ هـ - مصطفى البابي.
- ١٧ - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول.
- للسيخ جمال الدين الأسنوي ، متوفى سنة ٧٧٢هـ.
- تحقيق د. محمد حسن هيتو.
- الطبعة الثانية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م - مؤسسة الرسالة - بيروت.
- ١٨ - حقوق الأسرة - عبد الحكيم بن محمد السبكي الحنفي .
- ط / سنة ١٣٢٢هـ - ١٩١٤م - طبعة الجمالية مصر.
- ١٩ - الخصائص - لابن جنى .
- تحقيق محمد على النجار . دار الكتاب العربي .
- ٢٠ - روضة الطالبين - للنووي - متوفى سنة ٦٧٦هـ .
- المكتب الاسلامي .
- ٢١ - سبل السلام شرح بلوغ المرام .
- للسيخ محمد بن اسماعيل الكحلاني . متوفى سنة ١١٨٢هـ .
- دار احياء التراث العربي - مصر ، الطبعة الرابعة ١٩٦٠م .
- ٢٢ - شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح - لسعد الدين التفتازاني متوفى سنة ٧٩٢هـ .
- والتوضيح - لصدر الشريعة - متوفى سنة ٧٤٧هـ .
- مطبعة محمد على صبيح ط / ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧م .
- ٢٣ - الشرح الصغير - للسيخ الدردير .
- ٢٤ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير - مطبوع مع الكتاب السابق دار المعارف - مصر / سنة ١٩٧٤م .
- ٢٥ - شرح المنار لابن مالك - ط / استانبول ١٣١٥هـ مع حاشية الرهاوي .
- ٢٦ - الأشباه والنظائر - لابن نجيم . دار الفكر - دمشق .
- ٢٧ - للأشباه والنظائر للشيوزطي - الطبعة الأخيرة - ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م .
- مطبعة مصطفى البابي . مصر .
- ٢٨ - الصيد والتذكية في الشريعة الاسلامية .
- عبد الحميد محمد شهاب - دار الرسالة - بغداد - ١٩٧٥م - ١٣٩٥هـ .
- ٢٩ - طريق الرشd لتخرing أحاديث ابن رشd - للسيخ عبد اللطيف بن ابراهيم .
- مطبوعات الجامعة الاسلامية سنة ١٣٩٧هـ .

- ٣٠ - فتح الغفار شرح المنار - لابن نجيم .
 طبع مصطفى ياسر البابي - مصر ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .
- ٣١ - فتح القدير - شرح الهداية - للكمال بن الهمام .
 دار الفكر - الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ .
- ٣٢ - العناية - على الهداية - لأكمل الدين الباربري - مطبوع مع الكتاب السابق - دار الفكر -
 الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ .
- ٣٣ - الهداية - للمرغيناني - الطبعة الأخيرة . مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- ٣٤ - الفقيه والمتفقه - لأبي بكر الخطيب البغدادي ، متوفي سنة ٤٦٣هـ .
 نشر - زكريا على يوسف . مصر .
- ٣٥ - القوانين الفقهية - لابن جزي - متوفي سنة ٧٤١هـ .
 الدار العربية للكتاب - ليبيا - تونس ١٩٨٢م .
- ٣٦ - القياس في الشرع الاسلامي - لابن قيم الجوزية . وابن تيمية .
 دار الأفاق الجديدة - بيروت / ط / ثلاثة ١٩٧٨م ١٣٩٨هـ .
- ٣٧ - كشف الاسرار شرح أصول فخر الاسلام - للشيخ عبد العزيز النجاري ط - اولى .
- ٣٨ - الكافي في فقه اهل المدينة المالكي - لابن عبد البر ، ط سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م . مطبعة
 حسان / القاهرة .
- ٣٩ - الامام زفر وآراؤه الفقهية - د . أبو البقطان عطية الجبوري .
 جامعة بغداد .
- ٤٠ - مراقي الفلاح شرح نور الايضاح - للشيخ حسن الشرنبلالي .
 دار المعرفة - بيروت - لبنان .
- ٤١ - المبسوط - لشمس الدين السرخسي . دار المعرفة - بيروت لبنان .
- ٤٢ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - للهيتمي متوفي سنة ٨٠٧هـ .
 دار الكتاب العربي - ط / ثلاثة ١٩٨٢م .
- ٤٣ - محاضرات في أصول الفقه - للشيخ عبد الغني عبد الخالق .
 كلية الشريعة - جامعة الأزهر .
- ٤٤ - المحلي - لابن حزم ، المتوفي سنة ٤٥٦هـ - منشورات الكتب التجاري بيروت - لبنان ،
 مطبعة دار الفكر .
- ٤٥ - مختصر ابن الحاجب - ط / سنة ١٣٩٣هـ مكتبة الكليات
- ٤٦ - شرح العضد على مختصر ابن الحاجب الأزهرية بمصر .
- ٤٧ - المستصفى - للغزالي - طبعة سنة ١٣٢٤ -
 مطبعة مكتبة الجندي - مصر .

- ٤٨ - المسودة - في أصول الفقه - لآل تيمية .
تحقيق محي الدين عبد الحميد . دار الكتاب العربي - بيروت .
- ٤٩ - المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير -
ط أولى / مطبعة المنار بمصر ١٣٤٦هـ .
- ٥٠ - مفتاح الوصول في علم الأصول - للشريف التلمساني
دار الكتاب العربي - مصر - الطبعة الأولى . ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م
- ٥١ - المدونة - للإمام مالك بن أنس . دار صادر - بيروت .
- ٥٢ - من أسرار اللغة - د . إبراهيم أنيس .
الطبعة الخامسة ١٩٧٥ - مكتبة الانجلو المصرية .
- ٥٣ - المهذب - لأبي اسحاق الشيرازي .
طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر .
- ٥٤ - موطأ الإمام مالك . . .
مع شرحه تنوير الحوالك - للسيوطي
دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٥٥ - نصب الراية لأحاديث الهداية - لجمال الدين الزيلعي .
ط ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م - من مطبوعات المجلس العلمي - الهند .
- ٥٦ - نيل الاوطار - للشوكاني .
دار القلم بيروت - وطبعه مصطفى البابي الحلبي / الطبعة الأخيرة .
- ٥٧ - تفسير آيات الأحكام - للشيخ محمد علي السائس .
ط ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م . مطبعة محمد علي صبيح / مصر .
- ٥٨ - شرح الدار المختار - للحصكفي ، متوفي سنة ١٠٨٨هـ
مطبعة محمد علي صبيح .
- ٥٩ - نشر البنود على مراقبي السعود - للشيخ عبدالله الشنقيطي .
طبع اللجنة المشتركة لاهياء التراث الاسلامي لدولة الامارات ودولة المغرب .
طبع المغرب .
- ٦٠ - مرآة الأصول شرح مرآة الوصول - لملا خسرو . . الطبعة الأولى .
- ٦١ - منهاج الطالبين مع شرح المحلي .
ط / دار احياء الكتب العربية .
عيسى البابي الحلبي .
- ٦٢ - المعتمد لأبي الحسين البصري - ط / بيروت ١٩٦٥م
- ٦٣ - أصول السرخسي - طبعة دار الكتاب العربي سنة / ١٣٧٢هـ .
- ٦٤ - نبراس العقول - للشيخ عيسى منون . طبعة التضامن سنة ١٣٤٥هـ .
- ٦٥ - ترتيب المدارك وتقرب المسالك في معرفة أعلام مذهب الامام مالك - للقاضي عياض - دار
مكتبة الحياة - بيروت .

الفهرس

الصفحة

٧

- كلمة العدد

١١

- البحوث والدراسات

- | | | |
|-----|------------------------------|---|
| ١٣ | د . عمر الأشقر | ● أضواء على مذاهب الذين رفضوا الاحتجاج بالسنة |
| ٦٣ | د . محمد عثمان شبير | ● بيت المقدس |
| ١٤٣ | د . فرغلي جاد أحمد | ● الدور التربوي للمسجد |
| ١٧٩ | د . محمد نعيم ياسين | ● انتفاض الوضوء باللمس |
| ٢٢١ | د . محمد عبد القادر أبو فارس | ● القضاء بشاهد ويمين |
| ٢٧٠ | د . عبد السلام صبحي حامد | ● مسائل الخلاف في القياس وأثره |