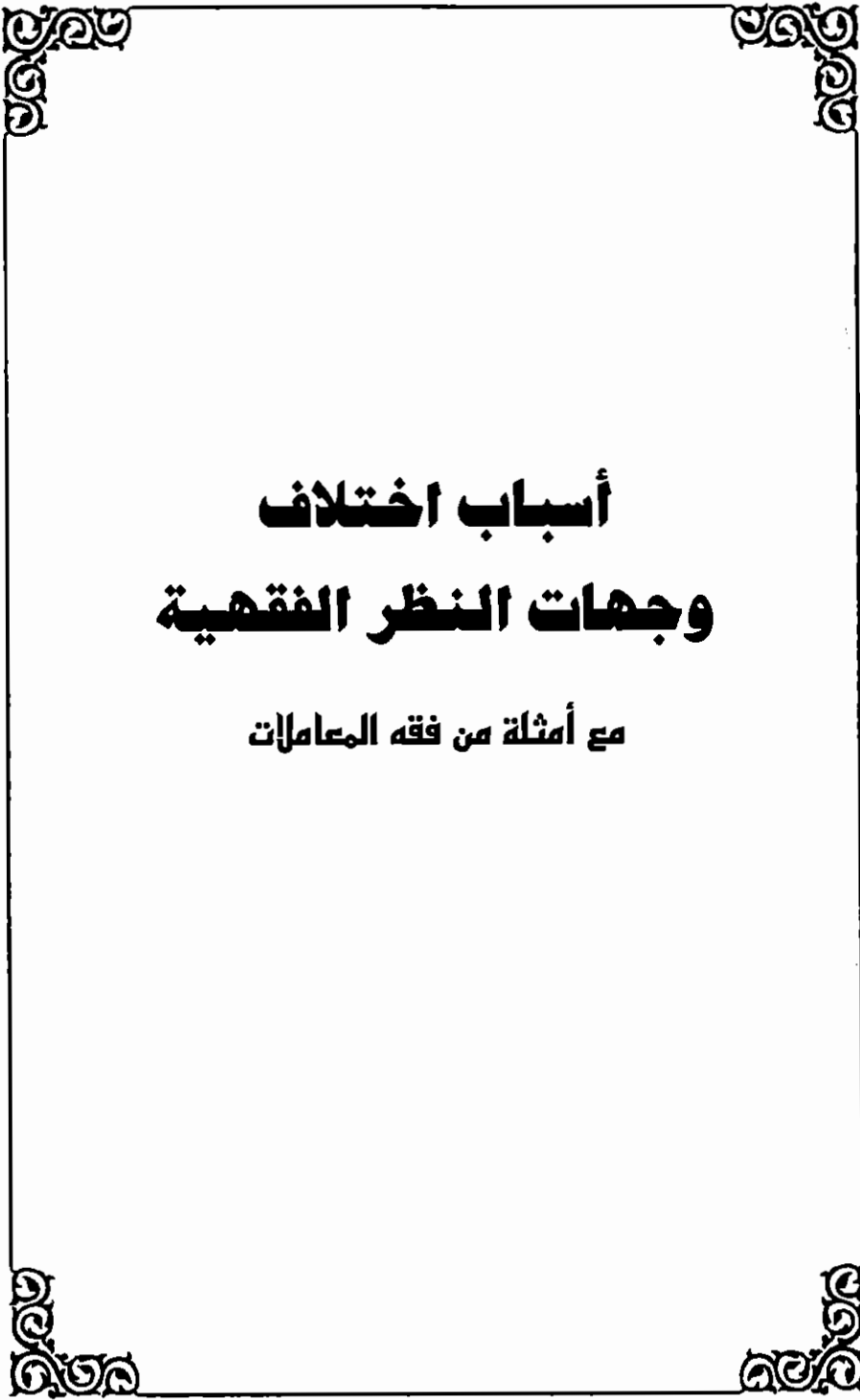




أسباب اختلاف وجهات النظر الفقهية

مع أمثلة من فقه المعاملات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أفضل الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

فهذه محاضرة^(١) مطولة ممتعة ، تعد بحثاً متكاملاً ، وجديداً ومهماً جداً ، في نطاق المعاملات ، أو العقود والشروط المدنية التي لا يستغني عنها مسلم حريص على التقيد بأصول دينه وشرعه ، والالتزام بضوابط شريعة الله الحققة ، في أرض الإسلام ، وخارج ديار المسلمين على السواء ، لتثبت في كل عصر أن الفقه الإسلامي فقه مرن متطور ، يعتمد على جناحي الأصالة والمعاصرة ، وينطلق من ثوابت لا بد من احترامها ، مثل إحقاق الحق وإبطال الباطل ، ودرء المفاسد ، وجلب المصالح ، ومبدأ التراضي في العقود ، ودفع الضرر ، وضمان الاعتداء أو التقصير .

ويواكب ما تتطلبه الحاجة والظروف المعاصرة ، بمراعاة واعتبار المتغيرات من مصالح متجددة أو متغيرة وأعراف وعادات قائمة أو طارئة ، فيتحقق بذلك على السواء تطبيق الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق ، ومراعاة مصالح الناس المتجددة والمعقدة أحياناً ، ولاسيما في القرن الخامس عشر الهجري ، والقرن الحادي والعشرين ، لأن الإسلام

(١) ألقى في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية في رمضان ١٤١٨ هـ - ١٤١٧/١/٥ م.

نظرياً وعملياً هو دين المستقبل ، وفي مقدوره رفد الشرائع والقوانين العالمية بما يحقق السعادة والاستقرار للعالم ، بل ويكون في مركز الصدارة ، واحتلال المكانة الأسمى في قلب الإنسان ، وفكره والضمير العالمي .

ويتبين من هذا البحث أمور ثلاثة :

١- ضرورة الاختلاف الفقهي وقيمه وأهميته .

٢- وإعذار المختلفين وكف اللوم عنهم وتجاوز الأخيلة والتصورات عند غير المتخصصين الذين يطلبون أو ينادون بوحدة المذاهب الإسلامية .

٣- وتلبية الحاجة الفعلية للذين يريدون تطبيق الفقه الإسلامي ، في المصارف أو البنوك الإسلامية وغيرها في الساحة القانونية ، وتيسير الرجوع للمتعاملين مع هذه المصارف ، ليتقيدوا بالثوابت ، وقيسوا عليها مستجدات العصر ، وقضايا الزمان ، وحل مشكلات التعاقد في ضوء هدي الله في قرآنه المجيد ، وسنة نبيه المصطفى صلوات الله تعالى وسلامه عليه .

أما ضرورة الاختلاف في الاجتهاد : فهي ظاهرة حتمية في شريعتنا وفي كل قوانين العالم ، فشرّاح القوانين الوضعية يختلفون اختلافاً كثيراً في فهم النصوص القانونية ، وتطبيقها ، ولهم مدارس عديدة في تأويل النص أو التزامه ، كذلك مصادر شريعتنا مدعاة للاختلاف لأسباب كثيرة ، سيغطيها هذا البحث بمشيئة الله تعالى .

وأما رفع الملام عن الأئمة المجتهدين الأعلام في اختلافهم : فبتضح لكل ناظر في هذا البحث ، ويعذر كل مجتهد قديم أو معاصر في اتجاهه الاجتهادي ، وأسباب احتضانه لرأي فقهي معين ، ترجّح لديه في أغلب

ظنه ، حتى لكان كل مطلع على الآراء الاجتهادية وأدلتها ، تجتذبه وجهات نظر كل فقيه ، فيميل إليه ، ثم تشده وجهة النظر الأخرى ، فينقاد إليها ، ويخلص في نهاية الأمر إلى تقدير المجتهد ، واحترامه ، وإعذاره ، وأنه : ﴿ وَلِكُلِّ وَجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيًا فَاسْتَخِفُّوا الْحَيَازِثَ إِنَّا مَّا تَكُونُوا يَأْتِ بِكُمُ اللَّهُ جَمِيعًا إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ [البقرة : ١٤٨] . قال عمر بن عبد العزيز : ما سرتني لو أن أصحاب محمد ﷺ لم يختلفوا ، لأنهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصة .

وأما تلبية حاجة العصر : فمتحققة من خلال القياس على اجتهادات السابقين ، والتخريج عليها ، واستنباط الحلول الحديثة في ضوئها ، ومواكبة المصالح والحاجات الملحة التي لا بد من مراعاتها ، ولكن في ضوء الاجتهاد المقبول ، الملتزم بمقاصد الشريعة العامة ، وأصول الاجتهاد ، وإدراك مباني الأحكام الشرعية ، وملاحظة الحكمة التشريعية التي تتضمنها علة الحكم .

خطة البحث

- كلمة موجزة في نشأة المذاهب
- مفاهيم المشروعات في الشريعة
- أسباب الاختلاف الفقهي وأمثلته في المعاملات ، وهي ثلاثة :
- السبب الأول : الاختلاف في أحوال النص الشرعي
- وهو يتناول أموراً ثلاثة : النقل والرواية ، النسخ ، الإباحة .
- السبب الثاني : الاختلاف في فهم النص
- وهو يشمل نوعين :
- النوع الأول : الاختلاف في القواعد الأصولية ، ومبانيها ثلاثة :

- ١- اختلاف معاني الألفاظ في اللغة العربية
 - ٢- مصادمة الدليل لأصل اجتهادي عند المجتهد .
 - ٣- التعارض والترجيح بين الأدلة .
- والاختلاف بسبب اللغة والاجتهاد : يتناول ثمانية أمور : الدلالات ، العموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، والإفراد والتركيب ، والأمر والنهي ، والمشارك وقواعده ، والحقيقة والمجاز ، والمفهوم .
- النوع الثاني : الاختلاف في القواعد الفقهية - قواعد الفروع والشروط .

السبب الثالث : الاختلاف فيما لا نص فيه من أدلة الأحكام المختلف فيها ، وهو يشمل الإجماع ، والقياس ، والاستحسان ، والاستصلاح . والعرف ، والاستصحاب ، ومذهب الصحابي ، وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع . وهناك بالإضافة للأسباب الثلاثة المتقدمة سببان آخران وهما :

- ١- اختلاف الطبائع في تقدير الوقائع بين الشدة والسهولة ، كما في رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر .

- ٢- اختلاف الأثر الإقليمي ، مما يجعل تصور الواقعة في إقليم أو مصر مقترناً بملايسات لا تقارنه في إقليم أو مصر آخر ، وهي التي حملت الفقيه على أن يقدر فيها ما لا يقدره غيره ، كما هو معروف من تغيير الإمام الشافعي مذهبه القديم الذي قرره في العراق والحجاز ، إلى مذهبه الجديد الذي اعتمده في الفتوى بعد قدومه إلى مصر عام ١٩٨ هـ . وكما هو واضح في اختلاف الفتوى بين الإمام أبي حنيفة والصاحبين ، وقول مشايخ الحنفية المتأخرين : هذا اختلاف عصر وأوان ، أي ومكان ، لا اختلاف حجة وبرهان .

والاختلاف في الرأي في فطر الناس وطبائعهم - كما قرر ابن

حزم^(١) - لبرهانين أو دليلين قطعيين :

أحدهما : أن الأصل في الناس وجود الاختلاف في آرائهم ،
لاختلاف أغراضهم وطبائعهم .

والثاني : لأن الله تعالى بذلك قضى ، إذ يقول : ﴿ وَلَا يَزَالُونَ
مُخْتَلِفِينَ ﴾ [١١٨-١١٩] [مرود : ١١٨-١١٩] فصح أن
الأصل هو الاختلاف الذي أخبر الله تعالى أننا لا نزال عليه ، والذي له
خلقنا ، إلا من استثنى من الأقل .

ويؤيد هذا قول الخليفة عمر بن عبد العزيز « تحدث للناس أقضية على
قدر ما أحدثوا من فجور » وقول الإمام مالك : تحدث للناس فتاوى بقدر
ما أحدثوا .

وعلى هذا ، تكون دعوى بعض الناس إلى توحيد المذاهب والآراء في
مذهب واحد ، دعوى ساقطة ، لا يلتفت إليها لمخالفتها الواقع
المفروض ، لأحد أمور أربعة : الاختلاف في ثبوت النص وعدم ثبوته ،
والاختلاف في فهم النص ، والاختلاف في القواعد الأصولية وبعض
مصادر الاستنباط ، والاختلاف في طرق الجمع والترجيح بين النصوص
المتعارضة .

كما أن تهجم بعض الناس على اختلاف العلماء في المسائل الفقهية
ناشئ عن ضيق النظر ، وسوء الفهم ، والبعد عن إدراك طبيعة
الاجتهاد^(٢) .

* * *

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ٥٣٨ المجلد الأول ، مطبعة الإمام بمصر .

(٢) دراسات في الاختلافات الفقهية للدكتور محمد أبو الفتح البيانوني : ص ٣٣-٣٦
مكتبة الهدى بحلب .

كلمة موجزة في نشأة المذاهب

الأصل أو المبدأ هو وحدة الحكم الشرعي الصادر عن المشرع وهو الله تعالى ، لأن الحق واحد لا يتعدد ، ولأن مراد الله تعالى ومقصده هو تحقيق غاية معينة من الحكم ، إصلاحاً ، أو درءاً لمفسدة . ولذا لم يقع الاختلاف في الأحكام الشرعية إلا بعد وفاة الرسول صلوات الله وسلامه عليه .

ثم اختلف الصحابة رضوان الله عليهم في تطبيق النصوص على ما واجهوا من وقائع ومسائل ، وفي استنباط الأحكام للمسائل الجديدة ، حين نظروا في كتاب الله وسنة رسوله ، وبعد رد المتنازع فيه إلى الله ورسوله ، وإلحاق الأمور بنظائرها ، ومراعاة المبادئ العامة والأصول الكلية ، أو تحقيق أسرار الشريعة وأغراضها .

واختلفوا في كثير مما استنبطوه من الأحكام ، بحسب درجات العلم والفهم والإحاطة بنصوص الشريعة ومقاصدها ، وتفاوتهم في سعة الإدراك وقوة الملاحظة^(١) . وبما أن الوحي قد انقطع بوفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، والنصوص محدودة متناهية ، كان لا بد من الاجتهاد في المسائل المستجدة ، والاجتهاد عرضة للخطأ والصواب ، ووقوع الاختلاف بين المجتهدين ، لأنهم بشر غير معصومين . وكان الصحابة الكرام سادات المفتين والعلماء ، منهم المكثرون من الفتيا وهم سبعة :

(١) أسباب اختلاف الفقهاء لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ٢٥٩ طبع معهد الدراسات العربية بمصر عام ١٩٧٥/١٩٥٦

عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وعائشة ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر . ومنهم المتوسطون كأبي بكر وأم سلمة ، وأنس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وعثمان ، وابن عمرو ، وابن الزبير ، وأبي موسى الأشعري ، وسعد بن أبي وقاص ، وسلمان الفارسي ، وجابر بن عبد الله ، ومعاذ بن جبل .

ومنهم المقلّون في الفتيا ، لا يروى عن الواحد منهم إلا المسألة والمسألтан ، والزيادة اليسيرة على ذلك ، ويمكن أن يجمع عنهم جميعهم جزء صغير فقط ، مثل أبي الدرداء وأبي اليسر ، وأبي سلمة المخزومي ، وأبي عبيدة بن الجراح ، وسعيد بن زيد ، والحسن والحسين ابني علي ، والنعمان بن بشير ، وأبي مسعود ، وأبي أيوب ، وأبي طلحة ، وأبي ذر... إلخ^(١) .

وكان الاجتهاد أو الإفتاء في عصر الصحابة ، لمجرد الإرشاد والتعليم ، عند الحاجة إليه ، وانتقلت سيرة الصحابة في هذا كله إلى التابعين بإحسان من بعدهم ، وعلى رأسهم فقهاء المدينة السبعة في المدينة ، مهبط الوحي وموطن الفقهاء ، وهم : سعيد بن المسيب ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر ، وعروة بن الزبير ، وسليمان بن يسار ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود .

وفي مكة : كان فقهاء التابعين : عطاء ، وطاوس بن كيسان ، وعمرو ابن دينار ، وعكرمة مولى ابن عباس .

وفي البصرة : الحسن البصري ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، وزرارة بن أوفى وغيرهم .

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ، ط : محيي الدين عبد الحميد ١٢/١ وما بعدها .

وفي الكوفة : علقمة بن قيس ، والأسود بن يزيد ، وعبد الله بن عبد الله بن مسعود ، ومسروق بن الأجدع ، وشريح القاضي ، وإبراهيم النخعي ، وعامر الشعبي ، وسعيد بن جبير ، وعامر بن شراحيل ، وحمام بن أبي سليمان وغيرهم ، مثل ابن أبي ليلى ، وشريك القاضي ، وسفيان الثوري ، وأبي حنيفة .

وفي الشام : عبد الرحمن بن غنم ، وأبو إدريس الخولاني ، وعبد الرحمن بن جبير ، ومكحول ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبد الملك بن مروان ، والأوزاعي .

وفي مصر : عمرو بن العاص وابنه عبد الله ، ومرثد المزني ، ويزيد ابن أبي حبيب ، والليث بن سعد .

وتبلور ظهور المدارس في العصر الأموي بحسب مناهج الاجتهاد إلى مدرستين في المذاهب السنية : مدرسة الرأي بزعامة الإمام أبي حنيفة في الكوفة والعراق والتي تنتمي إلى عبد الله بن مسعود ، ومدرسة الحديث في الحجاز أو المدينة بزعامة الإمام مالك بن أنس ، ثم تلميذه الإمام الشافعي ، ثم في العراق الإمام أحمد بن حنبل ، والتي تنتمي إلى زيد بن ثابت . وكل من المدرستين يأخذ بالحديث النبوي وبالرأي الاجتهادي ، إلا أن الغالب على مدرسة الكوفة الاتجاه نحو الرأي المتفق مع روح الشريعة ، لقلة رواية الحديث الثقات في العراق ، والغالب على مدرسة المدينة هو العمل بالحديث الثابت ، لتجمع الصحابة والتابعين والمحدثين والفقهاء ، والعلماء فيها .

وهذا يدلنا على أن ظهور المذاهب الإسلامية يرجع لعصر الصحابة ، ثم عصر التابعين من بعدهم ، وتكونت نواة الفقه ، وتأسست مناهجه في هذين العصرين . وتميزت مدرسة الرأي بالاجتهاد في المسائل الافتراضية

التي لم تقع بعد ، واقتصرت مدرسة الحديث على المسائل الواقعة فعلاً^(١) .

وتقيّد كل إمام من أئمة المذاهب بمجموعة من أصول الاجتهاد ، وكان لكل إمام تلاميذ نشروا مذهبه ، ودافعوا عنه ، وليس الخلاف الواقع بينهم في الأصول أو العقيدة أو الأساس ، لأن أصولهم واحدة ، وإنما هو خلاف يرجع إلى الفهم والوزن والتقدير ، أو بسبب طبيعة اللغة العربية التي قد يكون للفظ الواحد أكثر من معنى ، أو بسبب ثبوت رواية الحديث عند بعضهم ، وعدم ثبوته عند آخر . وكلهم يعمل بالقرآن والسنة والإجماع والقياس والاستحسان ، والمصالح المرسلة والاستصحاب ، والعرف ، وسد الذرائع ، وهذان عمل بنوع من المصالح في الواقع^(٢) لكن الحق والصواب كما قال الشافعي في واحد من الأقوال المختلفة ، وما عده خطأ ، إلا أن الإثم موضوع عن المخطيء فيه ، وكذلك تقليد كل مجتهد لآحرج فيه ، قال الليث : « لا يكون الحق إلا واحداً ، ولا يكون في أمرين مختلفين »^(٣) .

* * *

(١) نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور علي حسن عبد القادر :

ص ١٤٨-١٥٨ ، حجة الله البالغة للدهلوي ١/١١٨ وما بعدها .

(٢) الشيخ علي الخفيف في المرجع السابق : ص ٢٨٧ .

(٣) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ٢/١١٤-١١٥ .

مفاهيم المشروعات في الشريعة

الفروع الشرعية ثلاثة أنواع^(١) :

الأول : ما بني في الشريعة على اليسر والسماحة ، مع اختلافه باختلاف أحوال المكلفين .

الثاني : ما بني على الورع والاحتياط .

الثالث : ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم .

أما النوع الأول : فهو العبادات المحضة ، والقصد منها إظهار العبودية والخضوع لله تعالى ، وتعظيم الخالق ، وشكر المنعم ، وتهدف لأغراض تهذيبية للإنسان في قلبه ونفسه ، وسلوكه وأخلاقه ، ومعاملاته وعقوده ، وأعماله وتصرفاته ، فهي إذاً لمصلحة الإنسان وخيره .

وأما النوع الثاني : فهو المحظورات أو المحرمات ، وهي مبنية على الاحتياط ، والأخذ بالورع مهما أمكن ، لأن الله تعالى لا ينهى عن شيء إلا لمضرته . وقد حكم فيها الشرع بالتأثيم والعصيان لمخالفتها ، وأوجب عليها العقوبات الدنيوية من تعزيرات وحدود ، والعقوبات الأخروية لمن لم يعاقب عليها في الدنيا ، لأن العقوبات الأولى كفارات لأهلها ، في اتجاه جمهور الفقهاء غير الحنفية ، ومجرد زواجر عند

(١) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق للشيخ محمد سعيد الباني : ص ١٢٧ وما بعدها ، مطبعة حكومة دمشق ١٣٤٢ / ١٩٢٣ ، أصول الفقه الإسلامي للباحث : ١١٥١ / ٢ دار الفكر بدمشق .

الحنفية . وهذه العقوبات بنوعيتها للحفاظ على مصالح الفرد والجماعة ، فهي سبب لاستبقاء الأنفس ، والعقول ، والأديان ، والأبضاع (الفروج) والأموال .

وأما النوع الثالث : فهو المناكحات والمعاملات وأداء الأموال من عشر وخراج وخمس المعادن والكنوز أو الركاز (دفين الجاهلية) وتشريعها مع ضوابطها وشرائطها لتحقيق المصلحة ، ودرء المضرة والمفسدة ، فالمناكحات سبب للتناسل والتكاثر من العباد والعباد جميعاً ، والمعاملات سبب لإقامة المصالح ، وقطع المنازعات .

ولا يخفى على أي إنسان ذي عقل حُسن هذه المشروعات ، وقبح أضدادها ، فلا يتصور نسخها ولا النهي عنها^(١) وكلها من أجل إقامة المجتمع الفاضل ، وتوفير الأمن والنظام ، والسعادة والاستقرار ، والفوز برضوان الله والنجاة في الآخرة والظفر بالجنان ، والبعد عن النيران ، قال ابن القيم : إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل^(٢) .

* * *

(١) تخريج الفروع على الأصول للإمام شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني : ص ١٢٧ مطبعة جامعة دمشق ١٣٨٢/١٩٦٢ .

(٢) أعلام الموقعين ١٤/٣ .

أسباب الاختلاف الفقهي وأمثلته في المعاملات

للعلماء في بيان أسباب اختلاف الفقهاء : مناهج في التصنيف والبيان ، فابن رشد الفيلسوف الفقيه الحفيد^(١) (المتوفى سنة ٥٩١ هـ) في بداية المجتهد^(٢) حصرها في ستة :

أحدها : تردد الألفاظ بين هذه الطرق الأربع ، أي : أن يكون اللفظ عاماً يراد به الخاص ، أو خاصاً يراد به العام ، أو عاماً يراد به العام ، أو خاصاً يراد به الخاص ، أو يكون له دليل خطاب (مفهوم مخالفة) أو لا يكون له .

والثاني : الاشتراك الذي في الألفاظ وهو إما في اللفظ المفرد ، كلفظ القرء الذي يطلق على الأظهار ، وعلى الحِيض ، وذلك إما اللفظ المفرد ، كلفظ القرء الذي يطلق على الأظهار ، وكذلك لفظ الأمر ، هل يحمل على الوجوب أو على الندب ، ولفظ النهي ، هل يحمل على التحريم ، أو الكراهية .

وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى في حد القذف : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور : ٥] فإنه يحتمل أن يعود على الفاسق فقط ، ويحتمل أن يعود

(١) وهناك ابن رشد الجد المتوفى سنة (٥٢٠) صاحب كتاب المقدمات الممهدة في الفقه المالكي .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ٥ / ١ وما بعدها ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

على الفاسق والشاهد ، فتكون التوبة رافعة للفسق ، ومجيزة شهادة القاذف .

والثالث : اختلاف الإعراب .

والرابع : تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة ، أو حمله على نوع من أنواع المجاز ، التي هي إما الحذف وإما الزيادة ، وإما التقديم وإما التأخير ، وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة .

والخامس : إطلاق اللفظ تارة ، وتقييده تارة ، مثل إطلاق الرقبة في العتق تارة أي في كفارتي اليمين والظهار : ﴿تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة : ٨٩ والمجادلة : ٢] وتقييده بالإيمان تارة ، أي في كفارة القتل الخطأ : ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء : ٩٢] .

والسادس : التعارض في الشئيين في جميع أصناف الألفاظ التي يتلقى منها الشرع الأحكام ، بعضها مع بعض ، وكذلك التعارض الذي يأتي في الأفعال أو في الإقرارات ، أو تعارض القياسات أنفسها ، أو التعارض الذي يتركب من هذه الأصناف الثلاثة ، أي : معارضة القول للفعل ، أو للإقرار ، أو للقياس ، ومعارضة الفعل للإقرار ، أو للقياس ، ومعارضة الإقرار للقياس .

والإمام النحوي اللغوي أبو محمد محمد عبد الله بن محمد المشهور بابن السيد البطلوسي ذكر الأسباب الموجبة للخلاف ، وحصرها في ثمانية^(١) :

الأول منها : اشتراك الألفاظ والمعاني .

(١) الإنصاف في التنبيه على المعاني والأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم : ص ٣٣ .

والثاني : الحقيقة والمجاز .

والثالث : الأفراد والتركيب .

والرابع : الخصوص والعموم .

والخامس : الرواية والنقل .

والسادس : الاجتهاد فيما لا نص فيه .

والسابع : النسخ والمنسوخ .

والثامن : الإباحة والتوسع .

وتابعه الإمام الشاطبي في هذا التعداد في كتابه الموافقات^(١) وقريب من هذا الاتجاه الإمام الدهلوي^(٢) .

وكذلك المعاصرون تفاوتت عباراتهم ، منها ما سار عليه أستاذانا الشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي السائس في كتابهما « مقارنة المذاهب في الفقه »^(٣) وحصرها في ستة :

أولاً : اختلاف معاني الألفاظ : وهو باب واسع نشأ من غرابة الألفاظ واشتراكها ، وترددها بين الحقيقة والمجاز ، واختلاف العرب في معنى اللفظ .

ثانياً : الرواية : وذلك بأن يصل الحديث إلى أحدهم ، ولا يصل إلى غيره ، أو يصل من طريق لا تقوم به الحجة ، في حين يصل إلى آخر ، من

(١) الموافقات ٢١١/٤ وما بعدها ، المطبعة الرحمانية بمصر ، وبه أخذت موسوعة الفقه الإسلامي في مصر ٩١/٤ .

(٢) حجة الله البالغة للشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله المحدث الدهلوي : ١١٥/١ وما بعدها .

(٣) مقارنة المذاهب في الفقه : ص ٦-٧ مطبعة صبيح بالقاهرة ، ١٣٧٣هـ/ ١٩٥٣ .

طريق صحيح ، أو يصل إليهما من طريق واحد ، ولكن يعتقد أحدهم أن في بعض رواته ضعفاً لا يعتقده غيره ، أو لا يراه مانعاً من قبول الرواية . وهذا مبني على الاختلاف في طريق التعديل والتجريح ، أو يصل إليهما من طريق متفق عليه ، غير أن أحدهما يشترط في العمل بمثله شروطاً لا يشترطها الآخر ، وذلك كما في الحديث المرسل والمنقطع^(١) .

ثالثاً : مصادمة الدليل لأصل من الأصول المسلّم بها عند أحدهم دون الآخر ، وذلك كقاعدة : العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة ، والزيادة على الكتاب نسخ ، إلى غير ذلك من قواعد الأصول المختلف فيها .

رابعاً : التعارض والترجيح : وهو باب واسع اختلفت فيه الأنظار ، وكثر فيه الأخذ والرد . وهو يتناول دعوى النسخ والتأويل ، ويدخل فيه القرب والبعد ، والخطأ والصواب .

خامساً : القياس : وهو أوسع الأبواب اختلافاً ، فإن له شروطاً وعللاً ، وللعلل شروطاً ومسالك ، وفي الجميع أنظار مختلفة وآراء متباينة ، ولا يكاد الناظر في باب القياس يجد أصلاً فيه متفقاً عليه بين القائمين بحجته ، بعد أن تناوله المتأخرون ، وأوسعوا فيه من ضروب القول ومناحي التفكير .

سادساً : أدلة : اختلفوا في صحة الاعتماد عليها ، وذلك كالاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وقول الصحابي ، والبراءة الأصلية ، والاستدلال : وهو ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس .

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوي ١١٩٦/٤ ، ط : مكتب الصنایع ١٣٠٧هـ .

ويمكن أن يضاف إلى هذه الأسباب : تفاوت الفقهاء في حفظ السنة ،
ووجوه الترجيح^(١) .

هذه أسباب الاختلاف عند الفقهاء ، وقد رأيت تصنيفها إلى ثلاثة
أقسام كما ذكرت في الخطة وهي :

١- الاختلاف في أحوال النص .

٢- الاختلاف في فهم النص .

٣- الاختلاف فيما لا نص فيه .

ولكل سبب من هذه الأسباب الثلاثة فروع ، سأذكرها بمشيئة الله
بأمثلتها .

* * *

(١) بداية المجتهد ٣/١ .

السبب الأول

الاختلاف في أحوال النص الشرعي

النص الشرعي إما من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، أما القرآن فتأبث نقله بالتواتر بحفظ جماعة عن جماعة يؤمن في العادة تواطؤهم على الكذب ، ومدوّن منقول بالرسم الثابت عن الصحابة وعن الرسول ﷺ . وأما السنة : فالمتواتر منها وهو قرابة ٣١٤ حديثاً ، كالقرآن ثبوتاً يفيد القطع واليقين ، وأغلب السنة منقول بطريق ظني (غلبة الظن) إلى النبي ﷺ .

والاختلاف في أحوال النص بسبب ثلاثة أمور : النقل والرواية ، والنسخ ، والإباحة والتوسع .

أولاً : النقل والرواية : هذا يشمل اختلاف القراءات في القرآن ، والاختلاف في ثبوت الحديث وسلامة نقله .

ويلاحظ أن الخلاف في هذا المجال في السنة أو الحديث أكثر منه في القرآن ، لأن ثبوت القرآن بالتواتر ، أي : بطريق النقل الذي يفيد العلم والقطع بصحة الرواية^(١) وقد نُقلت قراءات سبع أو عشر بالتواتر ، وما عداها إلى بقية القراءات الأربع عشرة ، فهي قراءات شاذة . والقراءة الشاذة : هي التي صح سندها ، ولكنها لم تحتمل أو توافق رسم المصحف العثماني ، مع موافقتها للوجه الإعرابي والمعنى العربي .

(١) المستصفى للغزالي ٦٥/١ طبعة مصطفى محمد بمصر .

الاختلاف في القراءات القرآنية :

إن اختلاف الأحكام الفقهية بسبب اختلاف / القراءات / المتواترة : محصور في (٣٧ موضعاً ، أغلبها في العبادات وأحكام الأسرة ، وبعضها في المعاملات ، وبعضها في الحدود والجهاد ، وبعضها في الأقضية .

ومثالها في العبادات : آية ﴿ وَأَمْسَحُوا رُءُوسَكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ﴾ [المائدة : ٦] فكلمة ﴿ وأرجلكم ﴾ بفتح اللام تدل على وجوب غسل الرجلين في الوضوء ، وهو مذهب أهل السنة ، المؤيدة بالأحاديث المتواترة بإيجاب الغسل^(١) ويكسر اللام تدل على وجوب مسح الرجلين ، وهو مذهب الشيعة الإمامية ، والمروى عن ابن عباس وأنس بن مالك .

وأما في المعاملات فهناك آيتان وفي الثانية منهما موضعان :

الأولى قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَنُكُمْ فَتَأْتُوهُمْ نَصِيحَةً ﴾ [النساء : ٣٣] فعلى قراءة ﴿ عَقَدَتْ ﴾ كان يستحق الحليف نصيبه من إرث مولاه (سيده) سواء انعقد حلفه بالتعاقد أو بمحض ملك اليمين ، وعلى قراءة « عاقدت » يستحق الحليف الإرث بالتعاقد فقط ، ولما نسخ التوارث بالحلف بحصر الإرث في ذوي الأرحام ، بقيت دلالة الآية في مناصرة الحلفاء في معنى آخر : وهو النصرة والنصيحة والرفادة (العطاء والصلة) كما ذكر الطبري عن ابن عباس^(٢) .

والآية الثانية : ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّكَ لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ ﴾ [الروم : ٣٩] الموضوع الأول فعل « آتيتم » أي : أعطيتم في قراءة الجمهور ، والربا : الزيادة ، يدل على أن إيتاء الربا وأخذه حرام ، وعلى قراءة ابن كثير

(١) نيل الأوطار ١/ ١٦٩ وما بعدها ، المطبعة العثمانية المصرية .

(٢) تفسير القرطبي ٥/ ١٦٥-١٦٦ ، ط : دار الكتب المصرية .

ومجاهد وحُميد بغير مدّ ، أي : أتيتم « يدل على أن فعل الربا حرام .
فعلى القراءة الأولى : يكون الربا الحرام هو المذكور في آية سورة
البقرة : ﴿... وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة : ٢٧٥] وأما الربا المذكور في هذه الآية
فهو :

الربا الحلال ، ولكن لا ثواب فيه ، وثبت بهذا أن الربا قسمان : منه
حلال ومنه حرام ، قال عكرمة في قوله تعالى : ﴿وَمَا أَتَيْنُم مِّن رِّبَا . . .﴾
« الربا رِبَوَان : ربا حلال وربا حرام » . فأما الربا الحلال : فهو الذي
يُهدى ، ليثاب ما هو أفضل منه ، ليس فيه أجر ، وليس عليه فيه إثم ،
وهو الذي لا يربو عند الله ، ولا يؤجر صاحبه ، ولكن لا إثم عليه ، وفي
هذا المعنى نزلت الآية : ﴿وما أتيتم﴾ أي : إن كل زيادة غير مشروطة ولا
متعارفة عند وفاء القرض ، لا إثم فيها لقول النبي ﷺ : « خيركم أحسنكم
قضاء » (١) .

وقال ابن عباس وابن جبير وطاوس ومجاهد : هذه آية نزلت في هبة
الثواب (الهبة بعوض) قال ابن عطية : وما جرى مجراها مما يصنعه
الإنسان ، ليجازى عليه كالسلام وغيره ، فهو وإن كان لا إثم فيه ، فلا
أجر فيه ولا زيادة عند الله تعالى (٢) .

وعلى قراءة « أتيتم » يحرم أي ربا أو زيادة ، لأن فعل الربا حرام ،
وبه أخذ الإمام مالك سدا للذرائع ، وللنهي في السنة عن هدية المديان .
والموضع الثاني في الآية وهو فعل « ليربو » في قراءة الجمهور
السبعة ، وذلك يدل على أن الربا حرام ، سواء كان الفعل بقصد الربا أو
دون قصد ، وعلى قراءة « نافع » وحده بالتاء والواو الساكنة على

(١) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة (نيل الأوطار ٥/ ٢٣٠) .

(٢) تفسير القرطبي ١٤/ ٣٦-٣٧ ، تفسير الرازي ٢١/ ٤٦ بيروت .

المخاطبة ، أي : لتربو^(١) فمعناه : ويكون الربا الحرام : هو المقصود به المرابة .

وأما القراءة الشاذة المنقولة إلينا بطريق الآحاد ، كمصحف ابن مسعود وغيره ، فهي ليست قرآناً بالاتفاق ، وهي التي لم يشتها قراء الأمصار لعدم تواترها ، مثل قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين : ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام - متتابعات﴾ فزيادة ﴿متتابعات﴾ لم تتواتر ، فليست من القرآن . ومثل ما ورد في قراءة بعضهم في نفقة الوالدات : ﴿وعلى الوارث - ذي الرحم المحرم - مثل ذلك﴾ فزيادة « ذي الرحم المحرم » لم تتواتر .

وللعلماء في شأنها اتجاهان^(٢) :

اتجاه الحنفية والحنابلة : أنها حجة ظنية ، بمثابة السنة ، لأنه لا بد من أن تكون مسموعة من النبي ﷺ ، وكل مسموع عنه ﷺ حجة ، ودليل السماع : أن الناقل عدل ، وعدالته تمنع من الاختراع ، فهي سنة .

واتجاه المالكية والشافعية : أنها ليست بحجة ، لأنها ليست بقرآن ، لعدم تواترها ، وليست أيضاً سنة ، لأنها لم تنقل على أنها سنة ، فلا يحتج بها .

(١) تفسير القرطبي ٣٩/١٤ .

(٢) مسلم الثبوت ٩٤/٢ ، التقرير والتحجير ٢/٢١٦ ، شرح العضد لمختصر ابن الحاجب وحواشيه ٢/٢١ ، الإحكام للآمدي ١/٨٣ ، المستصفى للغزالي ١/٦٥ روضة الناظر وجنة المناظر لابن بدران الدمشقي ١/١٨١ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢٧ .

ثمرات الاختلاف في القراءة الشاذة :

لهذا الاختلاف أمثلة أهمها :

التتابع في صيام كفارة اليمين :

لم يشترط الإمامان مالك والشافعي التابع في صيام كفارة اليمين ، بل له أن يصومه متتابعاً ومتفرقاً ، لقوله تعالى : ﴿... فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّرةٌ أَيْمَنَ بَكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة : ٨٩] .

واشترط الحنفية والحنابلة في ظاهر المذهب التابع في كفارة اليمين ، فلو صام متفرقاً ، لم يصح ، لقراءة أبي وابن مسعود : ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾ وهذه وإن لم تتواتر ، فهي بمنزلة حديث الآحاد .

النفقة على القرابة :

لا تجب النفقة عند المالكية والشافعية على الوالدين والمولودين ، تركاً للإضرار . وأوجبها الحنابلة على القريب الوارث الموسر ، إلا إذا كان المحجوب عن الإرث من عمودي النسب ، فتجب على الموسر وإن كان أبعد ، كأب معسر ، وجدّ موسر ، تجب على الجدّ الموسر ، لأنه من عمودي النسب .

وقصر الحنفية إيجاب النفقة على كل ذي رحم محرم ، لقراءة ابن مسعود : « وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك » وهي قراءة شاذة بمنزلة خبر الواحد .

التابع في قضاء رمضان :

لم يوجب الجمهور منهم المذاهب الأربعة التابع في قضاء أيام رمضان ، لما رواه الدارقطني عن ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « قضاء رمضان : إن شاء فرّق وإن شاء تابع » .

وأوجبه بعض الصحابة (علي وابن عمر) وبعض التابعين (النخعي والشعبي) وداود الظاهري قائلًا : يجب ولا يشترط ، عملاً بقراءة أبي بن كعب : « فعدة من أيام أخر متتابعات » وهي قراءة شاذة بمنزلة خبر الآحاد ، ومع ذلك لم يأخذ بها الحنفية لعدم شهرتها ، بخلاف قراءة ابن مسعود المشتهرة .

قطع يمين السارق :

اتفق الفقهاء على أن السارق تقطع يده اليمنى في المرة الأولى ، أما الذين لا يحتجون بالقراءة الشاذة فاستدلوا بفعل النبي ﷺ والخلفاء الراشدين ، وأما الذي يحتج بالقراءة الشاذة ، فاستدل بقراءة عبد الله بن مسعود : « فاقطعوا أيماهما » .

الاختلاف في ثبوت الحديث وسلامة نقله :

كان العرب يعتمدون في أخبارهم وحفظ أشعارهم وخطبهم على الذاكرة والحفظ ، ولم تكن الكتابة شائعة ، ولا التدوين أو الطباعة ظاهرة قائمة ، فاعتمد المسلمون في الماضي في تداول الحديث على الحفظ والنقل الشفهي ، سواء لدى نقله عن النبي ﷺ ، أو فيما بعد ذلك من الصحابة والتابعين ، لكن الصحابة كلهم عدول .

وقد اشترط المحدثون في الراوي شروطاً دقيقة ، للتوثق من روايته ،

منها العدالة والثقة والضبط (أي قوة الحافظة في نقل الحديث نقلاً تاماً) . وذلك بسبب تفاوت الرواة في توافر شروط الحديث الصحيح أو الحسن ، فكان هناك الحديث الثابت والضعيف . كما أنه قد وضع بعض الناس أحاديث إما بحسن نية للترغيب في عمل أو الترهيب من شيء ، أو تأييداً لنحلة مذهبية أو مشايعة جماعة ، أو بسوء نية ، فوجد الحديث الموضوع . والوضّاعون آثمون أيّاً كان قصدهم ، لأنهم كاذبون على النبي ﷺ ، وينطبق عليهم وعيد الكذب في الحديث المتواتر عنه : « من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » .

هذه الظاهرة التي تمس الحديث أدّت إلى اختلافات بين الفقهاء في اجتهاداتهم .

وقد ذكر ابن السيد البطلّوسي ثمانى علل في الحديث المأثور عن رسول الله ﷺ ، وعن أصحابه والتابعين لهم بإحسان رضي الله عنهم وهي ما يأتي (١) :

الأولى : فساد الإسناد (٢) : وهي أشهر العلل عند الناس ، وفساده إما بسبب الإرسال وعدم الاتصال (الانقطاع) . أو بسبب التعصب لبعض الصحابة دون بعض ، أو بسبب كون بعض رواة صاحب بدعة ، أو متهماً بالكذب وقلة الثقة ، أو لكونه مشهوراً ببله وغفلة .

العلة الثانية : نقل الحديث بالمعنى دون لفظ الحديث بعينه ، وهذا الباب يعظم الغلط فيه جداً ، لتفاوت الناس في قرائحهم وأفهامهم .

العلة الثالثة : الجهل بالإعراب ومعاني كلام العرب ومجازاتها ،

(١) الإنصاف : ص ١٥٧-١٩٣ .

(٢) وهو قول الراوي غير الصحابي : قال رسول الله ، من غير اتصال السند أو سلسلة الرواة .

لجهلهم بلسان العرب ، وعدم تمييزهم بين المرفوع ، والمنصوب ، والمخفض .

العلة الرابعة : التصحيف ، لعدم ضبط الحروف ، أهي منقوطة ، أم مهملة من غير نقط ، أو مفتوحة أو مكسورة أو مضمومة .

العلة الخامسة : إسقاط شيء من الحديث لا يتم المعنى إلا به .

العلة السادسة : أن ينقل المحدث الحديث ، ويغفل عن نقل السبب الموجب له ، فيقع الإشكال في الحديث ، أو المعارضة لحديث آخر .

العلة السابعة : أن يسمع المحدث بعض الحديث ، ويفوته سماع بعضه .

العلة الثامنة : نقل الحديث من الصحف دون لقاء الشيوخ ، والسماع من الأئمة . هذه العلل تعرف المسلم العادي سبب الاختلاف في الحديث وروايته .

أمثلة الاختلاف في رواية الحديث :

أذكر هنا أمثلة لاختلاف الفقهاء في رواية الحديث وأحواله في مجال المعاملات ، وهي ما يأتي :

١- عدم الاطلاع على الحديث :

تفاوت الصحابة في اطلاعهم على الأخبار المروية عن النبي ﷺ من قول أو فعل ، بسبب حضور مجلسه أو غيابه عنه ، أو انشغاله بالجهاد أو بأحوال المعيشة الدنيوية ، ولا يستثنى من هذا أحد ، حتى الخلفاء الراشدون .

ومثاله : ربا الفضل :

الفضل (أي زيادة أحد المالين الربويين على الآخر في الحال) . كان أربعة من الصحابة (وهم ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وعبد الله ابن الزبير) يرون أنه لا ربا إلا في النسيئة (بيع المال الربوي وتأخير قبضه للمستقبل) ولو لم توجد زيادة ظاهرة أو محسوسة ، كبيع صاع حنطة في الحال بصاع حنطة لأجل ؛ لأن العين خير من الدين ، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل . أما ربا الفضل فهو جائز مع التقابض ، كبيع صاع شعير بصاعين من الشعير ، عملاً بما رواه الشيخان من حديث أسامة : « لا ربا إلا في النسيئة » أو « إنما الربا في النسيئة » .

ولم يبلغهم حديث أبي سعيد الخدري الذي رواه أحمد والبخاري ومسلم : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تُشَفُوا^(١) بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق^(٢) بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز^(٣) » . ثم رجع ابن عباس عن قوله هذا حينما بلغه حديث أبي سعيد في تحريم ربا الفضل .

خيار المجلس : للفقهاء اتجاهات في خيار المجلس : وهو إعطاء كل من العاقلين حق فسخ العقد ، ما دام في مجلس العقد ، لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر ، فيختار لزوم العقد .

الاتجاه الأول - للحنفية والمالكية : القائلين بأن العقد يلزم بمجرد صدور الإيجاب والقبول من العاقلين ، وليس لأحدهما بعد ذلك خيار في المجلس ، إلا باشتراط الخيار ، وهو خيار الشرط ، لأن الله أمر بالوفاء

(١) أي : لا تفضلوا .

(٢) أي : الفضة .

(٣) أي : لا تبيعوا مؤجلاً بحال .

بالعقود في قوله تعالى : ﴿ اَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] . والخيار منافع لذلك ، فإن الراجع عن العقد لم يف به ، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي .

والاتجاه الثاني - للشافعية والحنابلة : القائلين بخيار المجلس ، عملاً بالحديث الصحيح في رواية البخاري ومسلم وهو أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر » أي : اختر لزوم العقد ، والمراد بالتفرق : هو التفرق بالأبدان .

ولما لم يجد الحنفية في هذا الحديث مطعناً ، تأولوا المراد بالتفرق فيه بأنه التفرق بالأقوال ، أي قبل صدور القبول من العاقد الآخر . وأما المالكية ، فعلى الرغم من أن الإمام مالك روى هذا الحديث في الموطأ ، فإنه لم يأخذ به ، لتعارضه مع إجماع أهل المدينة ، وهو يقدم هذا الإجماع على خبر الواحد . وكلا التأويلين ينافي عمل الكثيرين من الصحابة والتابعين بخيار المجلس .

البيع وشرط : اختلف العلماء في البيع وشرط ، فقال أبو حنيفة : البيع باطل ، والشرط باطل . وقال ابن أبي ليلى : البيع جائز ، والشرط باطل . وقال ابن أبي شبرمة : البيع جائز والشرط جائز . وهؤلاء الثلاثة من فقهاء العراق . احتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط » فالبيع باطل والشرط باطل . واحتج ابن أبي ليلى بحديث عائشة قالت : « أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها » البيع جائز والشرط باطل . واحتج ابن شبرمة بالحديث المتفق عليه عن جابر قال : « بعت النبي ﷺ بغيراً ، وشرط لي حملانه إلى المدينة » البيع جائز والشرط جائز .

والواقع أن ترك بعض الفقهاء لبعض الأحاديث الصحيحة ، وتأويلها

البعيد ، وتحميلها من المعاني ما لا تحتتمل ظاهراً ، إنما يرجع إلى عدم العلم بها عند بعض فقهاء الصحابة ، وعملهم بخلافها ، ثم شيوع ذلك ونقله عنهم إلى من جاء بعدهم من الفقهاء والتابعين ، ثم أتباع هؤلاء لهم في ذلك ، حتى إذا دَوَّن الحديث وجمع ، وظهر ثبوت الحديث ، لم يكن أمام الأتباع إلا التأويل البعيد ، وعدم الجرأة على رد عمل أسلافهم^(١) .

النكاح بغير ولي : ومثل ذلك أيضاً اختلاف الفقهاء في إبرام الزواج بغير ولي ، أبطل الجمهور (غير الحنفية) ذلك ، عملاً بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أبي بردة عن أبيه ، عن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » وما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه أيضاً عن عائشة : أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له » وغيرها من الأحاديث الصحيحة .

وأجاز الحنفية الزواج بغير ولي ، ولما لم يتمكنوا من تحصيل سبب لرد هذه الأحاديث ، من علة قاذحة ، أو معارضة لحديث آخر ، أو تأويل ، حاولوا الأخذ بعمومات الآيات القرآنية ، مثل قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] ومثل آية : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] . نسب النكاح في الآيتين للمرأة أو للأزواج ، لا لأولياء .

والواقع أن أحاديث الجمهور لم تظهر صحتها في عهد أبي حنيفة ، أو لم تصل إلى علمه^(٢) .

(١) أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف : ص ٦٣ .

(٢) المرجع السابق : ص ٦٤ وما بعدها .

٢- الشك في ثبوت الحديث :

تشكك بعض الفقهاء في ثبوت الحديث ، بسبب الشك في عدالة الراوي أو ضبطه وحفظه ، أو انقطاع السند ، أو عدم رفعه إلى النبي ﷺ ، أو عدم سماع الراوي ممن روى عنه ، أو لتفرد الراوي بما يرويه أو لغير ذلك من أحوال رواية الحديث ، والأمثلة لذلك كثيرة ، منها :

إباحة المتعة : وهي الزواج المؤقت بالمرأة بغير ولي ولا شهود ، فيرى الشيعة أنها حلال ، للآثار الصحيحة فيها ، ويرى أهل السنة أنها حرام ، للآثار الصحيحة الدالة على نسخها .

أما أدلة الشيعة فمنها : أن النبي ﷺ رخص فيها في بعض الغزوات الحربية ، عام أو طاس ثلاثة أيام ، وفي عمرة القضاء ، وفي خيبر ، و عام فتح مكة خمسة عشر يوماً ، وفي موقعة تبوك^(١) وذلك مروى عن ابن عباس وابن مسعود وجابر ، قال ابن عباس فيما رواه البخاري : رخص فيها النبي ﷺ في الحال الشديدة ، وفي النساء قلة . وروى عنه الترمذي : إنما كانت المتعة في أول الإسلام . وروى أحمد والبخاري ومسلم عن ابن مسعود قال : « كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء ، فقلنا : ألا نختصي ؟ فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ ابن مسعود : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبِيبَتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ . . . ﴾ [المائدة : ٨٧] الآية^(٢) . وروى مسلم عن جابر : « كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول الله ﷺ ، وأبي

(١) نيل الأوطار ٦/ ١٣٦-١٣٧ .

(٢) نيل الأوطار ٦/ ١٣٣ .

بكر ، حتى نهى عمر في شأن عمرو بن حُرَيْث^(١) .

وأما أدلة أهل السنة فكثيرة ، منها^(٢) ما رواه أحمد والشيخان عن علي رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ : نهى عن نكاح المتعة ، وعن لحوم الحُمُر الأهلية زمن خيبر .

وروى مسلم عن سبرة بن معبد أن النبي ﷺ قال يوم فتح مكة : « يا أيها الناس ، إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء ، فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتوهن شيئاً » . وروى أحمد وأبو داود عن سبرة أيضاً : أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة في حجة الوداع .

وروى مسلم وأحمد عن سلمة بن الأكوع قال : « رخص لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ، ثم نهى عنها » .

وقد صحت هذه الآثار الناسخة عند جميع الأئمة ، فأجمعوا على تحريمها إلى يوم القيامة . ولم ير الشيعة صحة هذه الآثار ، ورأوا أنها باقية المشروعية . وأما ابن عباس فظل يجيزها للمضطر فقط ، روى عنه سعيد بن جبير أنه قال : سبحان الله ، ما بهذا أفتيت ، وإنما هي كالميتة لا تحل إلا للمضطر .

ثبوت الشفعة للجار : الشفعة : حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري . وقد اتفق الفقهاء على ثبوتها للشريك فيما يقبل القسمة ، واختلفوا في ثبوتها للجار ، فلم يجزها له الجمهور (مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي) لما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت

(١) نصب الراية للزيلعي ١٨١/٣ .

(٢) انظر : نصب الراية ١٧٧/٣ ، ونيل الأوطار ١٣٤/٦ .

الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة » وما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا قسمت الدار ، وحذت فلا شفعة فيها » .

وأجازها الحنفية للجار كالشريك ، لما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ قال : « الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » . وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره » .

٣- الزيادة على القرآن بخبر الواحد :

اختلف الفقهاء في العمل بالحديث الصحيح الذي يقرر حكماً زائداً على الكتاب أو يكون معارضاً للحديث المشهور .

فالحنفية لا يعملون به حيثئذ ، لأنهم يرون ذلك مانعاً من صحته ، إذ لا يجوز عندهم أن يكون خبر الواحد الظني حاكماً على الكتاب القطعي ، فلا يقبلون الزيادة على الكتاب إلا بحديث متواتر أو حديث مشهور .

وخالفهم في ذلك بقية الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية) فزادوا على الكتاب بخبر الواحد ، على اعتبار أن ذلك بيان له .

ومظاهر الخلاف في هذا كثيرة ، منها ما يأتي :

القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي في الأموال : من المعلوم أن نصاب الشهادة هو شهادة شاهدين في آية الدين ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

عمل بهذا الحنفية ، ولكن روى أحمد ومسلم وغيرهما عن ابن

عباس : أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين ، وكذلك روى أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه عن جابر بن عبد الله : أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . روى أحمد والدارقطني عن علي : أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق .

ترك الحنفية العمل بهذه الأحاديث ، لأن الزيادة تعتبر نسخاً في رأيهم ، ورأى بقية الفقهاء أنها بيان وتخصيص ، وقد خصص الحنفية بعض الآيات بأخبار آحاد ، منها : تخصيص قوله تعالى : ﴿ وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء : ٢٤] بحديث النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وتخصيص آية السرقة من ناحيتين : ناحية تقدير النصاب بدينار أو عشرة دراهم ، وناحية قطع الرجل في المرة الثانية إذا سرق .

٤- معارضة خبر الواحد للحديث المشهور :

قد يتعارض حديث الآحاد (المروي بواحد أو اثنين) مع الحديث المشهور (الذي اشتهر في القرون الثلاثة الهجرية الأولى ، وكان أصله آحادياً) فيأخذ به بعض الفقهاء ، ويرده آخرون ، مثل :

- القضاء باليمين المردودة على المدعي : ذهب الحنفية والحنابلة^(١) إلى أنه لا ترد اليمين على المدعي ، بل يحكم على المدعي عليه ، إذا ما وجهت إليه اليمين بالنكول ، ولا توجه اليمين إلى المدعي ، عملاً بالحديث المشهور الذي رواه أحمد ومسلم : « ولكن اليمين على المدعي عليه » ورواه البيهقي بلفظ : « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » ورواه الجماعة بلفظ : « شاهدك أو يمينه » فلم يجعل الحديث على المدعي يميناً ، ولا يعمل بحديث رد اليمين على المدعي .

(١) البدائع ٦/٢٢٥ ، ٢٣٠ ، المغني ٩/٢٣٥ .

وذهب المالكية والشافعية وجمهور أهل السنة والشيعة^(١) : إلى أنه ترد اليمين على المدعي ، فيحلف ، فيأخذ حقه ، ويقضى بالشاهد واليمين ، عملاً بما رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم من حديث ابن عمر : « أن رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق »^(٢) .

٥- مخالفة خبر الواحد لقواعد القياس العامة :

إذا خالف خبر الواحد القياس أو الأصول العامة المستنبطة من النصوص الشرعية المختلفة ، وجب العمل بالخبر في اتجاه الجمهور ومنهم الظاهرية ، لأنه لا اجتهاد مع النص . وقدم القياس على الخبر في اتجاه الحنفية إلا إذا كان الخبر مما لا مجال للرأي والاجتهاد فيه ، فيقدم حيثئذ الخبر على القياس ، من أمثلة ذلك ما يأتي :

حديث التصرية : وهي حبس اللبن في الضرع مدة من الزمان ، لإيهام الناظر بكثرة اللبن . والحديث متفق عليه بين أحمد والبخاري ومسلم (الشيخين) وهو ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا تُصْرُوا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ، فهو بخير النظرين »^(٣) بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر « ولمسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » .

ذهب الجمهور من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب غير الحنفية إلى

(١) بداية المجتهد ٢/٢٥٦ ، ٤٥٩ ، حاشية الدسوقي ٤/١٨٧ ، مغني المحتاج ٤/٤٦٨ وما بعدها ، المختصر النافع في فقه الإمامية ص ٢٨٣ البحر الزخار ٤/٤٠٤ ، المحلى ٩/٤٦٤ .

(٢) ويؤيده حديث آخر : « من كان له طلبة عند أخيه ، فعليه البينة ، والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ » .

(٣) أي : الرأيين .

إثبات الرد للمصرّة ، ورد صاع من تمر ، سواء كان اللبن كثيراً أو قليلاً ، وسواء كان التمر قوتاً لأهل البلد أو لا .

وخالف الحنفية ، وقالوا : لا يرد المبيع بعيب التصرية ، فلا يجب رد الصاع من التمر ، لمخالفته القياس ، وتطبيق الأصول العامة في الضمان ، لأن اللبن التالف إن كان موجوداً عند العقد ، فقد نقص جزء من المبيع ، فيمتنع الرد ، وإن كان حادثاً عند المشتري ، فهو غير مضمون ولأن القاعدة في الضمان : وجوب رد المثل في المثليات (المكيلات والموزونات ونحوها) والقيمة في القيميات (كأنواع الجواهر والآلات والسجاد والمفروشات وأفراد الحيوان ونحوها) والتمر ليس من جنس اللبن ، ولا قيمة له ، فلا مناسبة بين التمر وبين اللبن . ولعدم معرفة مقدار ما حلب وأخذ من اللبن ، ولتخصيص البدل بأن يكون من الطعام ، لا من شيء آخر ، ولمخالفته أيضاً لقاعدة أو حديث « الخراج بالضمان » الذي رواه أحمد وأبو داود وغيرهما عن عائشة أي إن المنفعة أو الغنم مقابلة بالغرم أو مسؤولية تحمل التبعة أو ضمان المبيع ، وذلك يقتضي أن تجعل الغلة الناتجة من العين ملكاً لمن هي في ضمانه ، فيكون اللبن للمشتري . وعلى هذا يكون الأمر برد صاع من تمر مخالفاً لهذه القاعدة .

والجواب بأن الحديث أصل مستقل بنفسه ، ولا يقال : إنه خالف قياس الأصول ، أو عارض قاعدة : « الخراج بالضمان » فهو مستثنى من هذا .

جحد العارية : روى مسلم عن عائشة قالت : « كانت امرأة تستعير المتاع وتجده ، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها » وهذا مذهب أحمد وإسحاق والظاهرية .

وذهب الجمهور إلى أنه لا يجب القطع في جحد العارية ، لأن الحديث المذكور مخالف للأصول العامة المستفادة من النصوص ، لأن

المستعير مؤتمن ، ولم يأخذ الشيء بغير إذن ، ولا سرق من حرز ، وقالوا : إن في الحديث حذفاً وتركاً لما كان منها ، وهو أن هذه كانت عادة تلك المرأة المخزومية ، وأنها مع ذلك سرقت ، ويدل على ذلك كلام النبي ﷺ في سرقة الشريف والضعيف في الحديث المتفق عليه : « أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد » .

٦- عدم معرفة الراوي بدلالة الحديث :

ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية عشرة أسباب لترك الحديث وهي ما يأتي^(١) :

- ١- من لم يبلغه الحديث .
 - ٢- من لم يثبت عنده الحديث .
 - ٣- اعتقاد ضعف الحديث .
 - ٤- التزام شروط خاصة في الأخذ بالحديث .
 - ٥- نسيان الحديث .
 - ٦- عدم المعرفة بدلالة الحديث .
 - ٧- اعتقاد عدم دلالة الحديث .
 - ٨- اعتقاد وجود المعارض للحديث .
 - ٩- اعتقاد معارضة الحديث لغيره .
 - ١٠- معارضته بما يدل على ضعفه أو نسخه أو تأويله . . إلخ .
- وأذكر هنا ما يوضح السبب السادس : وهو عدم المعرفة بدلالة

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام : ص ٥-٤٦ .

الحديث . وأستبعد كون الراوي يجهل مضمون ما يرويه .

- وعدم المعرفة تارة لكون اللفظ الذي في الحديث غريباً عنده ، مثل لفظ « المزبنة » و « المخابرة » و « المحاقلة » و « الملامسة » و « المنابذة » و « الغرر »^(١) إلى غير ذلك من الكلمات الغريبة التي قد يختلف العلماء في تفسيرها . ومثل الحديث الذي رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والحاكم عن عائشة : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » والإغلاق : الإكراه . ومن يخالفه لا يعرف هذا التفسير . وجعل ابن تيمية الإغلاق شاملاً كل ما لم يقصد من طلاق المعتوه والمجنون والسكران والغضبان الذي لا يعقل ما يقول .

وتارة لكون معناه في لغته وعرفه غير معناه في لغة النبي ﷺ ، وهو يحمله على ما يفهمه في لغته ، مثل الرخصة في تناول « النبيذ » فظنوه

(١) المزبنة : هي بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر ، والنهي عنها لما يقع فيها من الغبن والجهالة ، والربا ، لأنه يشترط في مبادلة التمور التحقق من المساواة ، ولا مساواة بين الرطب والتمر ، لأن الرطب يتقص إذا جف . والمخابرة : هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرها ، لم يجزها أبو حنيفة والشافعي ، للجهالة بمقدار النصيب الناتج من الأرض . والمحاقلة : اكتراء الأرض بالحنطة ، أو المحارثة ، وإنما نهى عنها لأنها من المكيل ، ولا تجوز المبادلة في جنس واحد إلا مثلاً بمثل ، وبدأ بيد ، وهذا مجهول لا يدري أيهما أكثر .

والملامسة : هي أن يقول : إن لمست ثوبي أو ثوبك ، فقد وجب البيع ، أي إن للمس قاطع للخيار ، ويرجع ذلك إلى تعليق اللزوم ، وهو غير نافذ . والمنابذة : هي أن يقول الرجل لصاحبه : انبذ إلي الثوب ، أو أنبذه إليك ليجب البيع ، أو إذا نبذت إليك الحصاة ، فقد وجب البيع ، فيكون البيع معاطاة من غير عقد ولا يصح

والغرر : ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول . وبيع الغرر : بيع الأشياء الاحتمالية المترددة بين الوجود وعدم الوجود . فلا يجوز بسبب الجهالة أو الاحتمال .

بعض أنواع المسكر ، لأنه لغتهم ، وإنما هو ما ينبذ لتحلية الماء قبل أن يشتد ويصبح مسكراً ، أي : هو « الخشاف » . ومثل لفظ « الخمر » أنه في اللغة عصير العنب المشتد خاصة ، والمراد به في الأحاديث الصحيحة : كل شراب مسكر .

- وتارة لكون اللفظ مشتركاً ، أو مجملاً ، أو متردداً بين حقيقة ومجاز ، فيحمله على الأقرب عنده ، وإن كان المراد هو الآخر . كما حمل جماعة من الصحابة في أول الأمر « الخيط الأبيض والخيط الأسود » على الحبل^(١) . وكما فهم بعضهم معنى اليد في غسل الوضوء : أنها اليد إلى الإبط .

- وتارة لكون الدلالة من النص خفية ، والناس يتفاوتون في إدراكها ، وفهم وجوه الكلام .

٧- خبر الواحد فيما تعم به البلوى :

يعمل جمهور العلماء بخبر الواحد ، ولو كان من شأنه أن يروى من أكثر من راوٍ ، لأنه قيل في ملأ عام أو جماعة ، ولا يرون أن عدم اشتهاره حينئذ قادح فيه أو مانع من العمل به ، متى ثبت أنه حديث صحيح ، لا شذوذ فيه ولا علة ، إذ لا يصح أن يكون عدم اشتهاره سبباً في ترك أمر الرسول ﷺ .

وخالف في ذلك الحنفية ، فلم يعملوا بما يدل عليه ظاهراً ، بل جعلوا عدم اشتهاره قرينة تصرفه عن ظاهرة ، إذ لو كان المراد به الإيجاب أو التحريم ، لاشتهر ذلك الحكم بين السلف ، ولنقل إلينا الخبر بطريق الاشتهار ، لا على هذا الوجه ، إذ لا يستغني عنه جميع الناس ، لهذا لم

(١) وهو ما فهمه عدي بن حاتم .

يعملوا بحديث التسمية جهراً مع قراءة الفاتحة في الصلاة^(١) ولم يعملوا بحديث رفع اليدين عند الركوع في الصلاة ، لأن ما من شأنه أن تتوافر الدواعي على نقله بطريق التواتر أو الشهرة ، فروايته بطريق الآحاد تورث الشك في صحة صدوره عن الرسول ﷺ^(٢) .

٨- عمل الراوي بخلاف روايته :

أوجب الشافعية والحنابلة العمل بالحديث الصحيح ، وإن عمل الراوي بخلاف روايته ، صحابياً كان أو غيره ، لأن العمل بالحديث الصحيح واجب على أي حال ، وعمل الراوي قد يكون عن تأويل خطأ ، ولا تجوز المتابعة في الخطأ ، وقد تكون رواية عمله أو فتياه كاذبة ، فلا يصح أن تكون معارضة لروايته للحديث الثابت .

وترك الحنفية وأحياناً المالكية العمل بالحديث ، إذا عمل الراوي بخلاف روايته ، ويعمل برأي الراوي ، لا بروايته ، لأن مخالفته لم تكن إلا بسبب ناسخ علمه ، فهو لم يترك روايته إلا لناسخ ، أو لعلمه أن المعنى الظاهر من الخبر غير مراد ، وأن تركه إنما هو متابعة لأمر من رسول الله ﷺ^(٣) .

(١) أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف : ص ٧١ .

(٢) ترتب على هذا الاتجاه الحنفي أن يشترطوا للعمل بخبر الواحد شروطاً ثلاثة :

الأول : ألا يعمل الراوي بخلاف ما يرويه .

والثاني : ألا يكون موضوع الحديث فيما يكثر وقوعه ، وتعم البلوى به ، ويحتاج الناس إلى بيانه .

والثالث : ألا يكون الحديث مخالفاً للقياس والأصول الشرعية إذا كان الراوي

غير فقيه (أصول الفقه للباحث ١/ ٤٧٠) .

(٣) الشيخ الخفيف في المرجع السابق : ص ٨ وما بعدها ، أصول الفقه للباحث : ٤٧٠/١ .

غسل نجاسة الكلب :

بناء عليه ، لم يعمل الحنفية بحديث أبي هريرة المتفق عليه بين أحمد والبخاري ومسلم بلفظ :

« طهور إناء أحلكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات ، أولاهن بالتراب » وفي لفظ « إذا ولغ الكلب في إناء أحلكم ، فليغسله سبعاً إحداهن بالتراب » .

قالوا : فإن أبا هريرة اكتفى بالغسل ثلاثاً ، كما روى الدارقطني .

- لبن الفحل : أي هل أن التحريم بسبب الرضاع يشمل زوج المرضعة وأقاربه من غيرها من أولاد وآباء ، لأنه السبب في إدرار اللبن ، أو أن الحرمة تبقى مقصورة على أولاد المرضع وقرابتها ؟

روى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت : « دخل عليّ أفلح ، فاستترت منه ، فقال : أتستترين مني وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي ، قلت : إنما أرضعتني المرأة ، ولم يرضعني الرجل . فدخل علي رسول الله ﷺ فحدثته ، فقال : إنه عمك ، فليلج عليك .

ترك بعض التابعين^(١) هذا الحديث ، أخذوا بعمل السيدة عائشة رضي الله عنها . وأخذ جماعة من فقهاء الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة والظاهرية بالحديث ، لرواية عائشة ، فأوجبوا التحريم بلبن الفحل ، ولم يأخذوا بروايتها ، لأن عمل عائشة كما يقولون كان قبل حادثة أفلح الدالة على التحريم بلبن الفحل ، وأن قول الرسول ﷺ لها : « إنه عمك فليلج

(١) وهم سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء والنخعي ، وأبو قلابة ، وهو رأي بعض الصحابة أيضاً .

عليك « أظهر أن منعها من إدخال عم المرضعة عليها لم يكن صحيحاً ، فلم يكن عملها معارضاً روايتها ، ويؤيده الحديث الصحيح المتفق عليه : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . وانفرد المالكية بالقول : بأن المرضع لو تزوجت غير الزوج الأول ، بعد انقضاء عدتها ، فحملت منه ثم أرضعت طفلاً ، قال ابن القاسم : اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول ، سواء كان الوطاء حلالاً أو حراماً^(١) .

٩- تعارض الخبرين :

لا تعارض في واقع الشريعة وأحكامها ، لأنها جميعها من عند الله ، سواء ما جاء به القرآن أو السنة النبوية ، لأن كل سنة وحي من عند الله تعالى ، لقول الله تعالى :

﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۚ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾ [النجم : ٤-٣] .

وأما التعارض بين النصين أو الخبرين ، فبسبب ظروف النقل والرواية ، أو بسبب فهم المجتهد وما يثور في ذهنه من تعارض ، أو بسبب نسخ أحد الدليلين لسبق واحد منهما وتأخر الآخر ، ولكننا جهلنا السابق منهما ، ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

- نكاح المُخْرَم :

تعارض خبران في زواج النبي ﷺ بميمونة بنت الحارث ، فروى الجماعة عن ابن عباس : أن النبي ﷺ تزوج ميمونة بنت الحارث وهو محرم . وفي صحيح البخاري عنه أيضاً : أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم ، وبنى بها وهو حلال ، وماتت بسرف .

(١) المنتقى على الموطأ للبابي ١٥٠/٤ .

وروى أحمد والترمذي عن يزيد بن الأصم عن ميمونة رضي الله عنها : أن النبي ﷺ تزوجها وهو حلال ، وبنى بها وهو حلال ، وماتت بسرف ، فدفناها في الظلة التي بنى بها فيها . ورويا أيضاً مثل ذلك عن أبي رافع . علماً بأن زواج النبي بميمونة كان في أواخر حياته في شهر ذي القعدة سنة سبع من الهجرة .

أخذ الحنفية برواية ابن عباس ، وجعلوها ناسخة لما يعارضها ، وأخذ جمهور الفقهاء غير الحنفية برواية الجماعة إلا البخاري عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَنْكح المحرم ولا يُنكح ، ولا يخطب » .

- رجوع الأب في هبته لولده : لم يجز الحنفية رجوع الأب فيما يهبه لولده ، عملاً بحديث : « الواهب أحق بهبته مالم يُثب منها »^(١) أو عليها .

وأجاز الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) هذا الرجوع ، فللأب أن يسترد برجوعه ما وهبه ، لما رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن ابن عباس وابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « لا يحل للرجل أن يعطي العطية ، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل هذه الرجل الذي يعطي العطية ، ثم يرجع فيها كمثل الكلب ، أكل ، حتى إذا شبع قاء ، ثم رجع في قيئه » .

(١) روي من حديث أبي هريرة عند ابن ماجه والدارقطني ، وفيه ضعيف ، ومن حديث ابن عباس من طريقين : أحدهما عند الطبراني في معجمه ، والآخر عند الدارقطني في سننه ، ومن حديث ابن عمر عند الحاكم وصححه ، ونصه : « من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب عليها » . ويؤيده حديث سمرة مرفوعاً : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع » .

وقد رجح الحنفية ما استدلوا به ، لأنه موافق للقياس ، لأن المقصود من التملك في العادة التعويض ، فإذا لم يتحقق مقصود الواهب من الهبة وهو العوض والثواب ، كان له الرجوع . ولكن الهبة للولد لا يراد منها تعويض ، فكانت لازمة ، لا يملك الواهب أن يرجع فيها ، كما دل على ذلك حديث سمرة المذكور في الحاشية ، ولأن في رواية ابن عباس وابن عمر اضطراباً في متنها ، إذ جاء في بعض الروايات عنهما حذف الاستثناء ، وهو : « إلا الوالد فيما يعطي ولده » .

ورجح الجمهور آثارهم بعلو السند ، وكثرة الطرق ، وبأن زيادة بعض الروايات على الأخرى لا يعد اضطراباً^(١) .

١٠- العمل بالحديث الضعيف :

الحديث الضعيف : هو ما تتوافر فيه صفات الحديث الصحيح والحسن ، كالأحاديث التي أشار السيوطي في الجامع الصغير إلى ضعفها ، مثل الحديث الذي رواه الطبراني عن النعمان بن بشير : « اتقوا الله ، واعدلوا بين أولادكم ، كما تحبون أن يبرؤكم » . وكالحديث الذي رواه القضاعي عن ابن مسعود : « أفضل الحسنات تكربة الجلساء » والحديث الذي رواه البيهقي عن عبد الله بن عمرو : « اعمل عمل امرئ يظن أن لن يموت أبداً ، واحذر حذر امرئ يخشى أن يموت غداً » . وقد اتفق الفقهاء على أن الحديث إذا انتهى في ضعفه إلى درجة لم يفد معها ظناً ، لم يجز العمل به اتفاقاً ، وهو الشديد الضعف ، لأنه لا يجوز نسبة حكم إلى المشرع الحكيم إلا عن دليل قطعي أو ظني يدل على أنه حكم الله تعالى .

(١) الشيخ علي الخفيف في المرجع السابق : ص ٨٩ وما بعدها .

أما إذا لم يصل في ضعفه إلى هذه الدرجة ، فيجوز العمل به عند جمهور الفقهاء بشروط ثلاثة : ألا يكون ضعفه شديداً ، كاشتماله على متهم بالكذب ، وأن يكون مندرجاً تحت أصل كلي عام ثابت في الكتاب أو السنة ، وأن يكون العمل به على سبيل الاحتياط ، لا على أنه قول الرسول . وخالف في ذلك الظاهرية ، فمنعوا العمل به ، لتمكن الشبهة فيه ، من ناحية ضعفه ، وعدم إفادته ظناً راجحاً ، يصح أن يتخذ معه أساساً للعمل به ، وحيث أن يعمل بحكم الإباحة الأصلية أو الحظر الأصلي ، ومن أمثلة ذلك :

اشتراط الكفاءة في الزواج :

لا تشترط الكفاءة في الزواج عند الظاهرية ، لأن الإسلام دين المساواة . واشترطها فقهاء المذاهب الأربعة ، ولكنهم اختلفوا في أوصاف الكفاءة ، فجعلها الحنفية ستة : وهي النسب ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة ، لما رواه الحاكم عن ابن عمر : « العرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل إلا حائك أو حجام »^(١) . وجعلها الشافعية خمسة هي المذكورة سابقاً ما عدا اليسار . واعتبرها الإمام مالك في الدين والتقوى فقط ، والإمام أحمد في التقوى والنسب .

مهر المرأة المفوضة : وهي الزوجة دون صداق :

قرر الحنفية أنها تستحق مهر المثل ، عملاً بما رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) من حديث معقل بن سنان الأشجعي ، في بزوع بنت

(١) حديث منقطع (نصب الراية ٣/١٩٦ ، نيل الأوطار ٦/١٢٨) .

واشقى ، فقد مات عنها هلال بن أمية ، قبل أن يدخل بها ، ولم يكن سمي لها مهرأ فقضى رسول الله ﷺ لها بمهر مثل نساءها . وأفتى ابن مسعود بأن لها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط ، من غير أن يعلم بقضاء النبي بذلك ، حتى شهد له معقل بن سنان بما ذكر ، ففرح بذلك فرحاً شديداً ، لموافقة فتياه قضاء رسول الله ﷺ . وأخذ الحنفية بذلك لموافقة القياس ، حيث رأوا أن الموت كالدخول في تأكيد وجوب المهر وتثبته ، لاستوائهما في إيجاب العدة . ولكن الإمام علي رضي الله عنه رد هذا الحديث حين بلغه ، وقال : ما نضع بقول أعرابي بوال على عقبه .

ولم يعمل الشافعية بالحديث المذكور لضعفه ، ولمخالفته عندهم قياساً آخر ، لأن المهر لا يجب إلا بالفرض (التقدير) عن تراض ، أو بقضاء ، أو باستيفاء المعقود عليه ، ولم يوجد شيء من ذلك .

- نفقة المبتوتة أو المعتدة من طلاق بائن : اتجه الصحابة والفقهاء في إلزام الزوج بنفقة المرأة المطلقة طلاقاً بائناً في أثناء العدة اتجاهات ثلاثة^(١) .

فذهب فريق منهم (عمر والحنفية) إلى أن المبانة لها النفقة والسكنى لاحتباسها لحق الزوج .

ولم يوجب لها ابن عباس والحنابلة (وإسحاق والأوزاعي وأبو ثور وداود الظاهري) أي نفقة ، لأن رسول الله ﷺ لم يجعل لفاطمة بنت قيس التي طلقت البتة نفقة ولا سكنى^(٢) . وقال عمر في شأنها :

(١) الدر المختار ٩٢١/٢ وما بعدها ، البدائع ١٦/٤ ، الشرح الصغير للدردير ٧٤٠/٢ ، وما بعدها ، تكملة المجموع ١١٧/١٧ وما بعدها ، حاشية الباجوري ١٧٨/٢ ، كشاف القناع ٥٣٨/٥ ، المغني ٦٠٦/٧-٦١١ .

(٢) رواه مسلم بسنده عن الشعبي أنه حدث بحديث فاطمة بنت قيس .

« لا تترك كتاب ربنا ، وسنة نبينا لقول امرأة ، لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت » وفي رواية : « لعلها جهلت أو نسيت »^(١) لها السكنى والنقمة . وهو مذهب الإمامية .

وتوسط المالكية والشافعية : فأوجبوا لها السكنى فقط ، لقول الله تعالى : ﴿ أَشْكُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] .

فمن لم يأخذ بهذا الحديث إنما تركه لضعفه أو عدم ثبوته عنده ، ولو ثبت ، لم يحدث خلاف بينهم في شأنه .

- كراء الأرض والمزارعة : للعلماء اتجاهات ثلاثة في هذا ، فبعض الصحابة والتابعين أجازهما ، وبعضهم ذهب إلى عدم جوازهما ، وبعضهم أجازها بالذهب والورق (الفضة)^(٢) .

فالمجيزون كالصاحبين من الحنفية وبرأيهما يفتى والحنابلة : احتجوا بعمل النبي ﷺ في خير ، وفتح خير كان متأخراً ، ففي الحديث المتفق عليه عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ لما ظهر على خير ، سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملاً ، ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » وظل الأمر على ذلك إلى ما بعد وفاة النبي ﷺ . ورى الجماعة (أحمد وأئمة الكتب الستة) عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ عامل أهل خير بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع » .

والمانعون للمزارعة كأبي حنيفة وزفر والشافعي : استدلوا بما أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله وابن عمر ورافع بن خديج : « أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة » وهي المزارعة وهي عمل الأرض ببعض ما يخرج منها

(١) تنمة رواية الحديث (نيل الأوطار ٦/٣٠٢ وما بعدها) .

(٢) العناية مع تكملة فتح القدير ٨/٣٢ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٧٢ وما بعدها ، مغني المحتاج ٢/٣٢٣ وما بعدها ، المغني ٥/٣٨٢ .

والبذر من العامل) والذين لا يجيزون كراء الأرض مطلقاً بطعام أو نقود : استدلو بما روي أن سليمان بن موسى سأل عطاء ، فقال : أحدثك جابر أن النبي ﷺ قال : « من كان له أرض فليزرعها أو ليُزرعها أخاه ، ولا يكرها ، قال : نعم » .

والمتوسطون وهم المالكية أجازوا كراء الأرض بالذهب والورق (الفضة) لا بما يخرج منها كالثلث والربع ، وهي المخابرة ، ولا بطعام مسمى ، ودليلهم ما رواه أحمد والبخاري والنسائي من حديث رافع بن خديج : « نهانا النبي أن نحاول بالأرض ، فنكرها على الثلث والربع والطعام المسمى ، وأمر رب الأرض أن يزرعها أو يُزرعها ، وكره كراءها وما سوى ذلك » .

والخلاف المذكور إما لأن بعض هذه الروايات لم يثبت ، أو أن بعضها متقدم ، والآخر متأخر ، فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم ، أو بعضها في شيء والآخر في شيء آخر ، ولكن جهل ذلك ، فحصل الخلاف .

١١- العمل بالحديث المرسل :

المرسل من الأحاديث الضعيفة ، لعدم اتصال سنده ، وهو عند جمهور المحدثين : قول التابعي : قال رسول الله ﷺ كذا . والتابعون جميعاً في ذلك سواء . أو هو ما رفعه التابعي إلى الرسول ﷺ من قول أو فعل ، أو تقرير ، صغيراً كان التابعي أو كبيراً .

وعند الفقهاء وعلماء الأصول : ما رفعه غير الصحابي ، أي قول غير الصحابي : قال رسول الله ﷺ ، والتابعي وغيره في ذلك سواء .

وقد سمي بالمرسل ، لأن راويه أطلقه من غير أن يقيده بالصحابي الذي رواه عنه^(١) .

وبين الفقهاء خلاف في العمل بالمرسل ، فإذا كان به علة قاذحة أخرى غير إرساله ، كان من أقسام الضعيف ، وفيه الخلاف المتقدم في الضعيف . وإذا لم يكن به علة سوى إرساله ، كان أعلى من الضعيف ، لكنهم اختلفوا فيه .

فالجُمهور (أبو حنيفة ومالك وأحمد) يأخذون بمرسل القرون الثلاثة الأولى من الهجرة (الأول والثاني والثالث) لأن في إغفال العمل بالمرسل تركاً لشطر السنة ، ولأن تارك الراوي المحذوف يرى أنه عدل ثقة .

ولم يأخذ جمهور المحدثين والإمام الشافعي وكثير من الفقهاء والأصوليين بالمرسل مطلقاً ، للجهل بالمروى عنه .

ومذهب الشافعي قبول المرسل إن اعتقد بأحد أمور خمسة : أن يكون من مراسيل كبار التابعين كابن المسيب والزهري ، أو يؤيده مسند في معناه ، أو مرسل مقبول عند أهل العلم ، أو قول صحابي ، أو يتقوى بفتوى أكثر العلماء .

ومن أمثلته ما يأتي .

- مقدار التعزير : أخرج البيهقي في ذلك عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ^(٢) : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » فأخذ به فريق ، ولم يأخذ به فريق آخر لإرساله^(٣) .

(١) أصول الحديث للدكتور محمد عجاج الخطيب : ص ٣٣٤-٣٣٥ .

(٢) نصب الراية ٣/٣٥٤ ، مجمع الزوائد ٦/٢٨١ .

(٣) فتح القدير ٤/٢١٤ ، القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٣٥٨ ، حاشية الدسوقي

٤/٣٥٥ ، مغني المحتاج ٤/١٩٣ ، المذهب ٢/٢٨٨ ، المغني ٨/٣٢٤ ، الطرق

الحكمية : ص ٢٦٥ .

ذهب أبو حنيفة والشافعي وزيد بن علي وغيرهم إلى جواز الزيادة على عشرة أسواط ، بشرط ألا يبلغ أدنى الحدود (أربعين جلدة) .

وذهب الأوزاعي وبعض الزيدية : إلى جواز زيادته على عشرة أسواط ، بشرط ألا يصل إلى الحد المقرر ، لجنس الجناية التي استوجبت التعزير .

ورأى الإمام مالك وأبو يوسف وابن أبي ليلى : أنه بقدر ما يراه الحاكم رادعاً ، بالغاً ما بلغ ، بحسب اجتهاده ، حتى ولو تجاوز أعلى الحدود ، لأن عمر رضي الله عنه ضرب معن بن أوس مئة جلدة ، لأنه عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم زاده مئة ، لما تكلم فيه ، ثم زاده مئة ، لما كلم فيه من بعد ، ونفاه^(١) .

- انتفاع المرتهن بالرهن وضمانه بهلاكه : للفقهاء في انتفاع الدائن المرتهن بالمرهون اتجاهان : اتجاه الجمهور ، واتجاه الحنابلة^(٢) أما الجمهور فقالوا : ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن ، إلا بإذن الراهن ، وأما الحنابلة : فأجازوا للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا كان حيواناً ، فله أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه ، وينفق عليه ، وإن لم يأذنه الراهن ، لما رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان يقول : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » .

(١) القصة في المغني ٣٢٥/٨ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ٦٧/٦ ، الدر المختار ورد المحتار ٣٤٢/٥ ، الشرح الكبير للدردير ٢٤٦/٣ ، بداية المجتهد ٢٧٣/٢ ، مغني المحتاج ١٢١/٢ ، كشاف القناع ٣٤٢/٢ وما بعدها ، المغني ٣٨٥/٤ وما بعدها .

ثم اختلف الجمهور فيما بينهم ، فأجاز جماعة من الحنفية^(١) للمرتهن الانتفاع بالرهن بإذن الراهن ، وألزموا المرتهن بضمان المرهون عند هلاكه بالأقل من قيمة الرهن ومقدار الدين ، عملاً بحديث مرسل ، أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال : سمعت عطاء يحدث عن النبي ﷺ : أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده (تلف) فقال رسول الله ﷺ للمرتهن : « ذهب حَقُّك » وكذلك ما رواه أبو داود في مراسيله عن الأوزاعي عن عطاء عن النبي ﷺ قال : « الرهن بما فيه » وهذا يدل على سقوط الدين بهلاك الرهن .

وذهب غير الحنفية^(٢) إلى أن المرهون أمانة بيد المرتهن ، لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، عملاً بما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلُقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه »^(٣) أي : لا يستحقه المرتهن بالدين الذي هو مرهون به ، ثم فسر الحديث ذلك بقوله : « للراهن غنمه » أي : منافعه وزياداته ، « وعليه غرمه » أي نقصانه وهلاكه ونفقاته ، فإذا هلك هلك على مالكة ، وليس للمرتهن منافعه . وفي هذا رد على ما كان عليه العرب في الجاهلية ، من أن المرتهن كان يملك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المحدد لوفاء الدين ، فأبطله المشرع .

وهكذا كان الاختلاف في العمل بالحديث المرسل سبباً لاختلاف الفقهاء في هذه المسألة ، فالشافعي أخذ بمرسل سعيد بن المسيب ، لأنه

(١) البدائع ١٥٤/٦ ، الدر المختار ٣٤٢/٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢٧٣/٢ ، المهذب ٣١٦/١ ، كشاف القناع ٣٢٨/٣ .

(٣) وهو حديث مرسل أيضاً ، رواه الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا يغلق الرهن . . . » الحديث .

مقبول عنده لا بمراسيل غيره ، وتأول الحنفية مرسل سعيد بأن المراد بغلاق الرهن : الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكاً^(١) وذلك جمع بينه وبين مراسيل غيره . وغيرهم لم يأخذ بكل هذه المراسيل ، فوقع الاختلاف^(٢) .

وأما الانتفاع بالرهن بإذن الراهن ، فأجازه بعض الحنفية ، وبعضهم منعه ، وبعضهم فصل في الأمر ، فلم يجزه إن كان الانتفاع مشروطاً أو متعارفاً عليه ، لأنه ربا أو فيه شبهة الربا ، ولأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وإلا جاز ، لأنه تبرع من الراهن للمرتهن ، وهذا التفصيل هو المتفق مع مقاصد الشريعة .

وأجاز المالكية ، والشافعية ، والحنابلة (في غير الحيوان) الانتفاع بالرهن إذا كان الدين ناشئاً من بيع أو نحوه من المعاولات ، وقدرت المنفعة بزمان أو عمل ، وحيثئذ يكون مقابل الانتفاع داخلاً في الثمن المؤجل للمبيع ، ولا يجوز إن كان الدين من قرض ، لأنه قرض جر نفعاً ، وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم « نهوا عن قرض جرّ نفعاً »^(٣) وتضييع المنفعة على الراهن : وهو المقترض ، إذ ليس لها مقابل في القرض ، لأنها لا تحسب منه ، فتكون زيادة مشروطة في القرض ، وهي ربا ممنوع .

ولم يجز المالكية أيضاً أن يتبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة إذا كان الدين

(١) تكملة فتح القدير والعناية ١٩٤/٨ .

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء للخفيف : ص ١٠٠ وما بعدها .

(٣) هذا موقوف عليهم ، ولم يصح كونه حديثاً ، لأن إسناده ساقط (التلخيص الحبير ص ٢٤٥ ، نيل الأوطار ٢٣٢/٥ ، سبل السلام ٥٣/٣) لكن معناه صحيح تؤيده قواعد الشريعة ، وهو المستقر لدى الصحابة الكرام .

قرضاً ، ولم يشترطها المرتهن ، لأنها هدية مديان ، وقد نهى عنها النبي ﷺ (١) .

فإن كان الانتفاع بالرهن بعوض هو أجر المثل ، جاز بالاتفاق في القرض وغيره ، أما إن كان بغير عوض أو بأقل من أجر المثل فلا يجوز في القرض .

وإذا انتفع المرتهن من غير إذن الراهن ، حسب من دينه . وعلى كل حال يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه إن عينت مدتها بزمان أو عمل ، وحسبت من الدين ، سواء أكان الدين من بيع أم من قرض ، فإن لم تحسب من الدين ، منع اشتراطها له إن كان الدين من قرض ، وجاز إن كان من بيع مؤجل الثمن ، وشرط ذلك في عقد البيع .

١٢- الاختلاف في أحوال السنة إجمالاً :

يمكن حصر أوجه الاختلاف في أحوال السنة في ثلاثة أمور :

الأول : الاختلاف من جهة النقل والرواية : مثل وصول الحديث إلى إمام من طريق قوي ، وعدم وصوله ، أو وصوله من طريق ضعيف لإمام آخر ، كما تقدم بحثه .

الثاني : الاختلاف من جهة الفعل : هل هو مثلاً من خصوصيات النبي ﷺ أو هو عام للأمة ، كالتزوج بلفظ الهبة ، وما نوع دلالة فعل النبي ﷺ على الحكم الشرعي ؟

قسم الأصوليون أفعال النبي ﷺ ثلاثة أنواع (٢) :

(١) عن أنس عن النبي ﷺ قال : « إذا أقرض فلا يأخذ هدية » أي قبل الوفاء ، رواه البخاري في تاريخه (نيل الأوطار ٥/٢٣١) .

(٢) الإحكام للآمدي ١/٨٩ ، شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ٢/٢٢ ، التقرير والتحرير ٢/٣٠٢ .

١- الأفعال الجبلية : أي التي تصدر عن الرسول ﷺ بحكم الخلقة أو الطبيعة الإنسانية ، كالقيام والقعود والأكل والشرب والنوم والمشي . وهي على الإباحة بالنسبة إليه وإلى أمته ، ولا يجب علينا التأسى والاقتداء به فيها ، فإن قام الدليل على نذرها أو سنيها كالأكل باليمين ، كانت تشريعاً . ومنها الأفعال المتعلقة بشؤون الدنيا من تجارة وزراعة وتدابير حربية ، ووصف دواء لمريض ، لا تعد تشريعاً ، لأنها باجتهاد وخبرة شخصية ، لا بالوحي الإلهي .

٢- خصوصيات النبي ﷺ : كإباحة الوصال في الصيام ، واختصاصه بوجوب صلاة الضحى والأضحى والوتر والتهجد بالليل ، واكتفائه في إثبات الدعوة بشهادة خزيمة بن ثابت وحده ، وغير ذلك . وحكم هذه الخصائص : أنه لا يقتدى به فيها ، وتعد خاصة به .

٣- الأفعال المجردة عما سبق ، والتي قصد بها التشريع ، فهذه نطالب بالتأسى والاقتداء بها ، وتعرف صفتها وجوباً أو نذراً أو إباحة مما يأتي :

أ- فإن كانت هذه الأفعال واردة بياناً لمجمل في القرى ، ، أو تقييداً لمطلق أو تخصيصاً لعام ، فحكمها حكم ما بينته من وجوب أو نذ ، كبيان أحكام الصلاة وشعائر الحج ، ومحل قطع يد السارق ، والتيمم إلى المرفقين أو إلى الرسغ .

ب- وإن وردت هذه الأفعال ابتداء دون بيان شيء ، فإن عرفت صفتها من وجوب أو نذ ، فإن أمته مثله في الفعل . وإن جهلت صفة الفعل الشرعية : فإن ظهرت فيه صفة القرية ، كصلاة ركعتين من غير مواظبة عليها ، دل الفعل على النذ .

وإن لم يظهر فيه صفة القرية كالبيع والمزارعة ، كان الفعل مفيداً الإباحة ، وهو الراجح عند العلماء ، لأن الإباحة هي القدر المتيقن ، فلا

يثبت الزائد عليها إلا بدليل ، وفي اتجاه آخر للعلماء : يكون الفعل دالاً على الندب ، لأن الفعل لا بد من أن يكون لقربة ، وأقل ما يتقرب به المندوب .

وعلى الرغم من هذه الضوابط ، فقد وقع اختلاف بين الفقهاء في كثير من أفعال الرسول ﷺ في العبادات والمعاملات والمناكحات والعلاقات الخارجية والداخلية في معاملة غير المسلمين وغير ذلك ، لكثرة تفرعاتها ، ولورود آثار مختلفة فيها ، فاستنبط منها فريق من الفقهاء أحكاماً لهذه الأفعال ، تخالف ما استنبطه منها فريق آخر منهم ، مثل مواضع غسل الوجه في الوضوء ، وغسل ما تحت الذقن ، وتحريك الشعر الكثيف من اللحية عند الوضوء ، وقراءة الفاتحة في الصلاة ، وأفعال الحج أمي سنة أم واجب أم عمل عادي ، كرقدة في المحصّب ، والرّمْل (الإسراع في المشي) مع تقارب الخطوات في الطواف ، وطواف القدوم وطواف الوداع ، ولبسه الخاتم ثم تركه التختم ، ونحو ذلك في المعاملات .

الثالث : الاختلاف من جهة التقرير : كالاختلاف في الاعتماد على القيافة (معرفة التشابه في تقاطيع الجسد) لإثبات النسب ، في حادثة إثبات نسب أسامة من أبيه زيد بن حارثة ، اعتمده الجمهور ، وقال الحنفية : استبشار النبي ﷺ كان لإلزام الكفار الطاعنين في نسب أسامة بما يعتمدون عليه في عاداتهم وأعرافهم .

ثانياً - الاختلاف في النسخ :

من أحوال الاختلاف بين الفقهاء في أحوال النص : نسخ الحكم الشرعي ، والنسخ : رفع الحكم الشرعي بطريق شرعي متراخ عنه . وذلك إذا عرف المتأخر والمتقدم من النصين ، ولا يكون النسخ إلا في

عهد النبوة ، لأن النسخ فقط هو المشرع ، ولا نسخ إلا بالوحي الإلهي ،
إما في القرآن ذاته ، وإما في السنة بأن يوحى الله لنبه نسخ حكم سابق .
والاختلاف في النسخ نوعان^(١) :

أحدهما : الخلاف القائم في إثبات النسخ ذاته وإنكاره ، فأثبتته
الجمهور ، وهو الصحيح ، وأنكره أبو مسلم الأصفهاني .
والثاني : الخلاف الواقع بين الجمهور في تفاصيل النسخ ، وهذا
النوع له أحوال ثلاثة :

١- اختلافهم في الأخبار ، هل يجوز فيها النسخ ، كما يجوز في الأمر
والنهي أم لا ، والمتفق عليه : أن النسخ واقع في الخبر الذي يتضمن
حكماً تكليفاً ، مثل : هذا حلال ، وذاك حرام ، فيجوز نسخه .

أما إذا كان مدلول الخبر مما يتغير ، كالإخبار عن إيمان زيد وكفره ،
وعن الوعد والوعيد ، فأجاز الجمهور نسخه ورفع ، لجواز إخراج بعض
ما تناوله اللفظ ، ومنع جماعة من المتكلمين والفقهاء نسخه ، لاستلزامه
السهو أو الكذب في خبر الله تعالى .

٢- اختلافهم في نسخ السنة بالقرآن وعلى العكس ، أجازة الجمهور ،
ومنه الإمام الشافعي .

٣- اختلافهم في أشياء من القرآن والحديث ، فذهب بعضهم إلى أنها
نسخت ، وبعضهم إلى أنها لم تنسخ .

الأمثلة :

في القرآن : وقع النسخ في القرآن الكريم في عشرين آية^(٢) كما أثبت

(١) الإنصاف لابن السيد البطليوسي : ص ١٩٧ .

(٢) أصول الفقه الإسلامي للباحث ٩٦٤-٩٦٥ ، ٩٦٧ .

السيوطي ، منها آية الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف (البقرة : ١٨٠) بآية المواريث (النساء : ١١-١٢) وآية وجوب الثبات أمام عشرة من الأعداء في مبدأ الأمر حينما كان المسلمون قلة ، بآية الثبات أمام اثنين فقط حينما كثر المسلمون (الأنفال : ٦٥-٦٦) وآية عدة الوفاة حولاً كاملاً (البقرة : ٢٤٠) بآية العدة أربعة أشهر وعشرة أيام (البقرة : ٢٢٨) وآية تقديم الصدقة قبل مناجاة الرسول ﷺ بالآية التي بعدها تخفيفاً وتيسيراً على الأمة (المجادلة ١١-١٢) وآية إمساك الزانية في البيت ، وإيذاء الرجل بالضرب والتوبيخ (النساء : ١٥-١٦) بآية جلد الزناة (النور : ٢) .

في السنة : وجد النسخ أيضاً في السنة النبوية ، مثل نسخ تحريم زيارة القبور ، ونسخ ادخار لحوم الأضاحي ، ونسخ قتل من شرب الخمر للمرة الرابعة ، ونسخ نقض الوضوء بأكل لحم الإبل عند الجمهور غير الحنابلة بحديث : « إنه كان آخر الأمرين منه ﷺ عدم الوضوء مما مست النار »^(١) ونسخ حديث شداد بن أوس : « أفطر الحاجم والمحجوم »^(٢) بحديث ابن عباس : « أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم ، واحتجم وهو صائم »^(٣) ونسخ حديث أبي هريرة : « إذا نودي للصلاة ، صلاة الصبح ، وأحدكم جنب ، فلا يصم يومه »^(٤) بحديث عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ كان يصبح جنباً من جماع ، ثم يغتسل ويصوم »^(٥) وزاد

-
- (١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان من حديث جابر (سبل السلام ١/٦٩) .
 (٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) إلا الترمذي ، وصححه أحمد وابن خزيمة وابن حبان (سبل السلام ٢/١٥٨) .
 (٣) رواه البخاري (سبل السلام ، المكان السابق) .
 (٤) رواه أحمد وابن حبان (سبل السلام : ٢/١٦٥) .
 (٥) متفق عليه بين أحمد والشيخين ، المرجع والمكان السابق .

مسلم في حديث أم سلمة : « ولا يقضي » .

ونسخ حديث ثابت بن الضحاك عند الجمهور غير أبي حنيفة والشافعي « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة »^(١) حديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ عامل أهل خير بشر ما يخرج من ثمر أو زرع »^(٢) .

ثالثاً - الاختلاف بسبب التوسع والإباحة :

قد يقع الاختلاف بين الفقهاء في أحوال النص ، بسبب أشياء وسَّع الله تعالى فيها على عباده ، وأباحها لهم على لسان نبيه ﷺ ، كاختلاف الناس في الأذان (في عدد ألفاظه)^(٣) والتكبير على الجنائز (أربع تكبيرات أو أكثر)^(٤) وتكبير التشريق (صفته ووقته وكونه عقيب الصلاة مطلقاً أو عقيب الفرائض دون النوافل ، في صلاة الجماعة أو فرادى ، والمؤداة أو المقضية ، والمقيم أو المسافر ، وفي الأمصار أو القرى ، وفي ابتدائه وانتهائه)^(٥) وغير ذلك من صفات كثيرة عن عدة من الأئمة ، وهو يدل

(١) رواه مسلم (نبيل الأوطار ٥/ ٢٧٥ ، ٢٨٠) .

(٢) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) (المرجع السابق : ص ٢٧٢) .

(٣) فذهب الأكثر (الجمهور غير المالكية) إلى العمل بالتربيع - تربيع التكبير أي تكراره أربعاً ، لشهرة روايته ، وخالف المالكية والهادوية فقالوا بالثنائية (سبل السلام ١/ ١١٩) .

(٤) كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعاً ، وكبر خمساً ، وكبر علي ستاً ، وعن أبي وائل قال : « كانوا يكبرون على عهد رسول الله ﷺ أربعاً وخمساً وستاً وسبعاً ، فجمعهم عمر على أربع تكبيرات (سبل السلام ٢/ ١٠٣) .

(٥) أصح ما ورد فيه عن الصحابة : قول علي وابن مسعود ، وأنه من صبح يوم عرفة إلى آخر أيام منى ، أخرجهما ابن المنذر . وأصح ما ورد في صفته : ما رواه عبد الرزاق عن سلمان بسند صحيح قال : « كَبَرُوا ، الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر كبيراً » (سبل السلام ٢/ ٧١-٧٢) .

على التوسعة في الأمر ، وإطلاق الآية : ﴿لَشَكْرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ﴾ [الحج : ٣٧] يقتضي ذلك .

ومن المشروع للتوسعة : وجوه القراءات السبع ، ونحو ذلك^(١) .

الأصل في العقود والشروط :

إذا لم يوجد نص على عقد أو شرط ، أو كان الشرط غير مخالف لمقتضى العقد (وهو الأثر الجوهرى أو الغاية النوعية من التعاقد ، أو الحكم الأساسي الذي قرره الشرع لكل عقد ، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق ، والتعادل في الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد في عقود المعاوضات ، نفياً للربا أو الغرر) فهل الأصل إباحة التعاقد والاشتراط أو المنع؟

هذا هو مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي ، وهو مقصور على إنشاء العقد أو التصرف ، أما آثار العقد فمقصود ترتيبها على الشرع ، فإن المشرع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره .

للموضوع جانبان : الأول - حرية التعاقد ورضائيته ، والثاني - حرية الاشتراط^(٢) أما الجانب الأول - وهو حرية التعاقد ورضائيته : فعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود ، لقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء : ٢٩] فإن الاجتهادات الإسلامية مختلفة على اتجاهين في مبدأ حرية إنشاء العقود (حرية التعاقد باختيار نظام معين ليكون عقداً بين طرفين ، أو اختيار نوع معين من أنواع العقود

(١) الإنصاف لابن السيد البطليوسي : ص ٢٠١ .

(٢) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للباحث ١٩٧/٤ - ٢٠٢ .

الجديدة ، بالإضافة إلى العقود المتعارف عليها في الماضي وهي في الفقه الإسلامي (٢١ عقداً) .

الاتجاه الأول - للظاهرية ، وهم المضيقون : يرون أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة ، أي إن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع ، فهو باطل ممنوع^(١) .

والاتجاه الثاني - للحنابلة وبقية الفقهاء ، وهم الموسعون الذين يقولون : الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط : الإباحة ، ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوص الشرع .

وأما الجانب الثاني - وهو حرية الاشتراط وترتيب آثار العقود .

ففيه أيضاً اتجاهان للفقهاء الشرعيين^(٢) علماً بأنهم اتفقوا على أن العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية ، أي : إنه ملزم لكل عاقد بنتائجه ، ومقيد لإرادته ، لقوله تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١] واتفقوا أيضاً على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل متروكة لإرادة المشرع ، لا لعلم المتعاقدين ، فإرادة العاقدين هي التي تنشئ العقد ، ولكن الشريعة هي التي ترتب ما لكل عقد من آثار ونتائج ، لذا يقول الفقهاء : إن العقود أسباب جعلية شرعية ، أي لآثارها ، فهي رابطة جعلها الشرع بين العاقدين ، حتى لا يبغي أحدهما على الآخر بما يشترطه من شروط ، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم .

فالعاقد يقدم بإرادته على إنشاء العقد فقط ، كعقد البيع ، والشرع هو

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٣ ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم : ٥/ ٥٩٣ وما بعدها ، ط الإمام .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا : ف ٢١٥ ، ٢١٧ ، ص ٤٧٥ .

الذي يرتب آثار العقد ، كنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع .

الاتجاه الأول : للظاهرية الذين يقولون : إن الأصل في الشروط المنع ، فكل شرط لم يقره الشرع في القرآن الكريم أو السنة النبوية ، فهو باطل .

الاتجاه الثاني : لبقية الفقهاء الذين يقولون : إن الأصل في الشروط الإباحة . وهؤلاء فريقان :

الفريق الأول - الحنابلة يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق ، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه ، فهو جائز ، فهم أكثر الفقهاء تصحيحاً للشروط العقدية ، وأكثرهم استجابة لحاجات الناس ومراعاة مصالحهم ، والتجاوب للتطورات والأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة ، وإلا شلت حركة التجارة والاقتصاد الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء .

فأجازوا أن تشترط الزوجة في عقد الزواج ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها الزوج من بلدها ، أو ألا يسافر بها ، وصححوا كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين ، كاشتراط صفة معينة في المبيع أو في أحد الزوجين ، واشتراط منفعة في عقد البيع كسكنى الدار المبيعة بعد بيعها مدة معينة ، وتوصيل المبيع لدار المشتري ، وخياطة الثوب للمشتري .

وأجاز متأخرو الحنابلة (ابن تيمية وابن القيم) كل شرط في العقد ، إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد ، أو كان منافياً للشرع نفسه .

والفريق الثاني - بقية المذاهب يقولون : الأصل في الشروط العقدية هو التقييد ، فكل شرط خالف الشرع ومقتضى العقد ، فهو باطل ، وما عداه فهو صحيح ، لكن الحنفية والمالكية صححوا الشرط الذي جرى به

العرف والتعامل ، ولم يعتبر الشافعية العرف مصححاً للعقد ، ولم يجيزوا الشرط الذي يوجب الربا ، أو يورث غرراً ، أو جهالة تفضي إلى المنازعة .

* * *

السبب الثاني

الاختلاف في فهم النص

يقع الاختلاف بين الفقهاء كثيراً بسبب اختلافهم في فهم النص الشرعي ، لاختلاف تكوينهم ، وإمكاناتهم العلمية ، وتأثرهم بقواعدهم وأصولهم المذهبية ، ولتعارض الأدلة ذاتها ، والاختلاف في قواعد الترجيح بينها .

وهذا السبب يشمل نوعين : الأول - الاختلاف في القواعد الأصولية ، والثاني - الاختلاف في القواعد الفقهية .

النوع الأول - الاختلاف في القواعد الأصولية :

إن مباني الاختلاف وأسبابه في القواعد الأصولية ثلاثة :

- ١- اختلاف معاني الألفاظ في اللغة العربية .
- ٢- مصادمة الدليل لأصل اجتهادي عند المجتهد .
- ٣- التعارض والترجيح بين الأدلة أو النصوص والأقيسة .

أما اختلاف معاني الألفاظ العربية : فهذا بسبب سعة اللغة العربية وخصوبتها ، فقد يكون اللفظ غريباً ، أو مشتركاً ، أو متردداً بين الحقيقة والمجاز ، أو للاختلاف في العموم والخصوص ، أو حمل المطلق على المقيد ، أو لاختلاف العرف والتعامل في معنى اللفظ ، كإطلاق لفظ

الدابة على الفرس في العراق ، وتعارف الناس على إطلاق لفظ « الولد » على الذكر دون الأنثى ، وعدم إطلاق لفظ « اللحم » على السمك ، ونحو ذلك من أمثلة العرف اللفظي أو القولي . وسأفصل الكلام في هذا السبب في الأمور السبعة الآتية :

وأما الاختلاف بسبب مصادمة الدليل لأصل اجتهادي عند أحدهم دون الآخر : فله أمثلة كثيرة ، كقاعدة العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة ، والزيادة على الكتاب نسخ ، كما تقدم ، أو العمل ببعض الأدلة المختلف فيها دون بعضها الآخر ، مما سيأتي بيانه .

وأما الاختلاف بسبب التعارض والترجيح بين الأدلة : فهو مجال واسع لتباين وجهات النظر والأخذ والرد ، علماً بأن التعارض ينحصر في ذهن المجتهد وفيما يظهر له فقط ، بحسب إدراكه وقوة فهمه ، لا في الواقع ونفس الأمر ، إذ لا تناقض أو تعارض في الشريعة ، لأن التعارض معناه التناقض ، ومن المستحيل أن يصدر عن المشرع دليلان متناقضان في وقت واحد وفي موضوع واحد ، لأنه أمارة العجز ، وهو محال على الله تعالى ، فالتعارض أمر صوري لا حقيقي .

وللفقهاء طريقتان في دفع التعارض بنحو عام : طريقة الحنفية والحنابلة ، وطريقة الشافعية والمالكية .

أما طريقة الحنفية ومثلهم الحنابلة فيقولون : إما أن يكون التعارض بين النصوص الشرعية أو بين غيرها من الأدلة . فإن كان التعارض بين نصين فيسلك المجتهد هذه المراحل الأربع على الترتيب الآتي^(١) :

(١) مسلم الثبوت / ١٥٢ ، وما بعدها ، فواتح الرحموت ١٨٩/٢ ، روضة الناظر ٢٥٧/٢ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد : ص ١٩٨ .

١- النسخ :

وهو أن يبحث المجتهد عن تاريخ النص ، فإذا علم تقدم أحدهما ، وتأخر الآخر ، حكم بأن المتأخر ينسخ المتقدم إذا كانا متساويين في القوة ، بحيث يصح أن ينسخ أحدهما الآخر كآيتين ، أو آية وسنة متواترة أو مشهورة ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، مثل آيتي عدة الوفاة وعدة الحامل ، فالآية الأولى هي : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة : ٢٣٤] والآية الثانية هي : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْصَاءُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] ومقتضاها أن المرأة الحامل تنقضي عدتها بوضع الحمل ، سواء أكانت متوفى عنها زوجها أم مطلقة .

فهاتان الآيتان متعارضتان في الظاهر ، روي عن ابن مسعود : أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى^(١) فتكون ناسخة لها في القدر الذي تعارضتا فيه ، وهي الحامل المتوفى عنها زوجها ، فتصبح عدتها منتهية بوضع الحمل ، كما هو رأي جمهور العلماء .

٢- الترجيح :

إذا لم يعلم المجتهد تاريخ النصين المتعارضين ، رجع أحدهما على الآخر إن أمكن بطريق من طرق الترجيح ، مثل ترجيح المحكم على المفسر ، وترجيح العبارة على الإشارة ، وترجيح المحرّم على المبيح ، وترجيح أحد خبري الآحاد بضبط الراوي ، أو عدالته ، أو فقهه ، ونحو ذلك .

(١) أخرجه البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن ابن مسعود من قوله .

٣- الجمع والتوفيق :

إذا تعذر الترجيح ، لجأ المجتهد إلى الجمع والتوفيق بين النصين ، لأن أعمال الدليلين أولى من إهمالهما ، كالجمع بين العامين بالتنوع ، وبين المطلقين بالتقييد ، وبين الخاصين بالتبعض ، وبين العام والخاص بتخصيص العام به .

مثال الجمع بالتنوع من السنة : قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا أخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها »^(١) .

وحديث : « إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون »^(٢) .

فالحديث الأول : يجيز قبول الشهادة قبل أن يطلبها منه صاحب الحق ، سواء في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد .

والحديث الثاني : لا يجيزها أصلاً ، فيحمل الحديث الأول على نوع من الحقوق ، وهي حقوق الله تعالى ، وتكون الشهادة شهادة حسنة ، ويحمل الحديث الثاني على نوع آخر : وهو حقوق العباد .

ومثال تخصيص العام : قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْصِدْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فإنه نص عام يدل على وجوب العدة على كل مطلقة ، قبل الدخول وبعده إلا أنه خصص بالمطلقات بعد الدخول بقوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ ﴾ [الأحزاب : ٤٩] فالعام عمل به فيما وراء الخاص .

(١) رواه مسلم عن زيد بن خالد الجهني (سبل السلام ٤/١٢٦) .

(٢) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن عمران بن حصين (المرجع والمكان السابق) .

فإن كان أحد النصين مطلقاً ، والآخر مقيداً ، حمل المطلق على المقيد ، لاتحاد الحكم والسبب ، مثل آية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْيَتَةٌ ﴾ [المائدة : ٣] وآية ﴿ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيِّتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] فاللفظ المطلق في الآية الأولى « الدم » محمول على المقيد في الآية الثانية ، ويكون الدم المحرم هو الدم المسفوح .

٤- تساقط الدليلين والاستدلال بما دونهما في الرتبة :

إذا تعارض الدليلان ، وتعذرت كل الطرق السابقة ، فإنه يحكم بتساقط الدليلين ، نظراً لتعارضهما ، وحيث أن يلجأ المجتهد إلى الاستدلال بما دونهما في الرتبة ، فإذا تعارضت آيتان ، ترك الاستدلال بهما إلى السنة . وإذا تعارض حديثان ، عدل عنهما إلى الاستدلال بقول الصحابي عند من يحتج به ، أو إلى القياس عند من لا يحتج بمذهب الصحابي .

وأما إذا كان التعارض بين غير نصين ، كقياسين ، فإنه يجب على المجتهد أن يرجح بينهما بأحد مرجحات القياس ، كالترجيح بالعلة المنصوصة ، على العلة المستنبطة ، بطريق المناسبة (الملاءمة بين الحكم والعلة بتحقيق المصلحة ودرء المفسدة) مثلاً .

وأما طريقة الشافعية ومثلهم المالكية في دفع التعارض : فهي اتباع المراحل التالية بالترتيب الآتي^(١) :

١- الجمع والتوفيق بين المتعارضين بوجه مقبول .

(١) شرح المحلي وحاشية البتاني على جمع الجوامع ٢/٢٩٥ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/٣١٠ .

- ٢- الترجيح بين الدليلين بمرجع من المرجحات الآتي بيانها .
- ٣- النسخ لأحد الدليلين والعمل بالآخر إذا كان مدلولهما قابلاً للنسخ ، وعُلم تقدم أحدهما وتأخر الآخر ، فيجعل المتأخر ناسخاً للمتقدم .
- ٤- تساقط الدليلين إذا تعذرت الوجوه السابقة ، فيترك العمل بهما معاً ، ويعمل بغيرهما من الأدلة ، كأن الواقعة حينئذ لانص فيها .

الترجيح بين الأدلة وطرقه :

- الترجيح : هو تقوية أحد الدليلين الظنيين على الآخر ، ليعمل به . وهذا يعني أن الترجيح لا يجري بين الأمور القطعية ، ولا بين القطعي والظني . ويعتمد المجتهد في الترجيح في الجملة على مقاصد الشريعة .
- والترجيح إما بين النصوص وإما بين الأقيسة .
- أما الترجيح بين النصوص ، فله أحوال أربعة :
- ترجيح من جهة السند (طريق الإخبار به عن المتن) أو من جهة المتن (المضمون) أو من جهة الحكم الشرعي أو المدلول ، أو باعتبار أمر خارجي عن النص .

أولاً : الترجيح من جهة السند :

له اثنان وأربعون وجهاً ، يمكن حصرها في أربعة أنواع وهي ^(١) :

١- الترجيح باعتبار الراوي :

يرجح عند الأكثرين السند بكثرة الرواة ، بأن تكون رواية أحدهما أكثر

(١) إرشاد الفحول : ص ٢٤٤ وما بعدها .

من رواية الآخر ، لقوة الظن به ، وبعده عن احتمال الغلط أو الكذب . ولا يرجح عند الإمام أبي حنيفة بكثرة الرواية أو الأدلة ، ما لم تبلغ حد الشهرة ، قياساً على الشهادة ، فإنه إذا تعارضت شهادتان ، فلا ترجح إحداهما على الأخرى بكثرة الشهود ، بعد أن تكون الأخرى قد تم نصابها .

ويرجح السند أيضاً بأن يكون أحد الراويين أعلم أو أضبط من الآخر ، أو أروع وأتقى ، أو أعدل وأوثق ، أو أفقه في الدين أو اللغة العربية . ويرجح أيضاً بالعمل بالرواية عند بعضهم ، أو شهرة النسب ، أو الذكورة ، أو الحرية ، أو السماع مشافهة ، وقلة الوسائط وهو علو الإسناد ، أو حسن الاعتقاد ، أو معرفة القضية ، أو مجالسة المحدثين ، أو كثرة المزكين ، ونحو ذلك مما يقوي الظن بصحة الرواية .

٢- الترجيح باعتبار نفس الرواية أي طريق الرواية :

يرجح الحديث المتواتر على الحديث المشهور ، والمشهور على خبر الواحد ، لأن المتواتر متيقن ، والمشهور قريب من اليقين ، وأما الآحاد فهو مظنون .

ويرجح الحديث المسند (المتصل الإسناد) على المرسل ، لتحقيق المعرفة برواة الأول ، وجهالة بعض رواة الثاني .

٣- الترجيح باعتبار المروي :

يرجح المسموع من النبي ﷺ على المنقول من كتاب ، لبعد رواية السماع عن احتمال التصحيف والغلط . ويرجح المسموع من النبي على المروي مما جرى في مجلسه أو زمانه ، وسكت عنه ، لأن رواية السماع أبعد عن الغفلة والذهول .

ويرجع خبر الواحد فيما لا تعم به البلوى على الخبر الوارد فيما تعم به البلوى ، لأن شأن الخبر الملقى على كثيرين أن ينقله أكثر من واحد أو اثنين .

٤- الترجيح باعتبار المروي عنه :

يرجح الحديث الذي لم يقع فيه إنكار رواية المروي عنه ، على الحديث الذي وقع فيه إنكار رواية المروي عنه ، كحديث الزهري ، لأن الأول أغلب على الظن .

ثانياً- الترجيح من جهة المتن :

المتن : ما يتضمنه القرآن والسنة والإجماع ، من الأمر والنهي والعام والخاص ونحوها . وله واحد وخمسون وجهاً ، منها ما يأتي^(١) :

- النهي يقدم على الأمر ، لأن دفع المفسد مقدم على جلب المصالح .

- الأمر مرجح على المبيح احتياطاً ، لأن العامل بالأول عامل بالثاني .

- الحقيقة تقدم على المجاز ، لأنها الأصل في الكلام ، والمجاز يحتاج لقريضة .

- الخاص مقدم على العام في القدر الذي يتفقان فيه ، لأن الخاص أقوى في الدلالة ، وأخص بالمطلوب .

- العام الذي لم يخصص مقدم على العام الذي قد خصص ، لأن التخصيص يضعف اللفظ ويجعله مجازاً .

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣/ ١٨٠ .

- الجمع المعرف مقدم على الجمع المنكر ، لأن الأول لا إبهام فيه .
- القول مقدم على العمل ، لأنه أبلغ في البيان من العمل .

ثالثاً- الترجيح من جهة الحكم أو المدلول :

له تسعة أنواع من الترجيحات في رأي الشوكاني ، وأحد عشر نوعاً في رأي الآمدي^(١) منها ما يأتي :

- يقدم حكم أحد النصين الحاضر على المبيح ، في رأي الجمهور ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال »^(٢) ، وقوله أيضاً : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »^(٣) يدل هذا على ترجيح الحرام على الحلال . فلو اجتمع في العين الواحدة حظر وإباحة ، كالمتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل ، قدم التحريم على الإباحة ، وكذلك إذا طلق إحدى نسائه بعينها ، ثم أنسيها ، حرم وطء الجميع ، تقديماً للحرمة على الإباحة .

- ويقدم النص الحاضر على الموجب ، لأن اهتمام الشرع والعقلاء بدفع المفاسد أكد من اهتمامهم بجلب المصالح .

- ويقدم عند الجمهور خلافاً للشافعي النص المثبت على النافي ، كخبر بلال بأن النبي ﷺ دخل البيت الحرام وصلى^(٤) وخبر أسامة أنه دخل ولم يصل^(٥) .

- ويقدم حكم الأخف على ما هو حكمه أثقل ، لبناء الشريعة على

(١) إرشاد الفحول : ص ٢٤٦ ، الإحكام للآمدي ١٨٥/٣ .

(٢) موقوف على ابن مسعود ، أخرجه عبد الرزاق (نصب الراية ٣١٤/٤) .

(٣) رواه أحمد والترمذي وابن حبان عن الحسن بن علي .

(٤) رواه البخاري في صحيحه .

(٥) رواه أحمد ومسلم والنسائي (جمع القوائد لابن سليمان الروداني ٤٨٥/١) .

التخفيف ، لقول الله تعالى :

﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة : ١٨٥] ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء : ٢٨] .

رابعاً : الترجيح بأمر خارج :

له عشرة أنواع عند الشوكاني ، وخمسة عشر نوعاً عند الآمدي^(١) منها :
- يقدم أحد الدليلين على الآخر ، إذا عاضده دليل آخر من كتاب أو سنة ، أو إجماع ، أو قياس ، أو عقل ، أو حس ، لتأكد غلبته بقصد الشارع مدلوله .

- يقدم الدليل الذي عمل به أهل المدينة أو الخلفاء الراشدون ، أو بعض الأمة ، لأن المدينة مهبط الوحي ، وللحث على متابعة الراشدين والافتداء بهم ، ولأن عمل بعض الأمة يغلب على الظن ، فكان أولى .
- يرجح الدليل الأقرب للاحتياط وبراءة الذمة ، لأنه أقرب لتحصيل المصلحة ودفع المضرة .

الترجيح بين الأقيسة :

له في الجملة أربعة أنواع : ترجيح من جهة الأصل ، وترجيح من جهة الفرع ، وترجيح بحسب العلة ، وترجيح من جهة أمر خارج عن القياس^(٢) ، ولكل نوع أمثلة يرجع إليها في المصادر المذكورة ، آثرت تركها للاختصار .

(١) الإحكام للآمدي ٣/ ١٨٧ ، إرشاد الفحول : ص ٢٤٧ .

(٢) الأحكام للآمدي ٣/ ١٩٠-١٩٧ ، المستصفى للغزالي ١٣٠٢-١٣٢٢ إرشاد الفحول : ص ٢٤٩-٢٥٠ .

تفصيل الكلام في أنواع الاختلاف في فهم النص :

أهم أسباب الاختلاف في فهم النص في مجال القواعد الأصولية ، بسبب اختلاف معاني الألفاظ اللغوية . وأصول الاجتهاد فيها لدى الأئمة المجتهدين : هي ثمانية : الدلالات ، المفهوم ، العموم والخصوص ، الإطلاق والتقييد ، والإفراد والتركيب ، والأمر والنهي ، والمشارك وقواعده ، والحقيقة والمجاز .

والقواعد الأصولية سابقة في الوجود على القواعد الفقهية ، كما يسبق الأساس في وجوده البناء ، ولأن النظرية قبل التطبيق . ويرى الحنفية أن الفروع الفقهية سابقة على الأصول . والاختلاف في الفهم يكون في القرآن والسنة جميعاً ، فإن اختلاف الناس كثيراً ما يكون في فهم الآية والحديث ، لاختلاف أنظارهم ، ومدى إحاطة علمهم باللغة العربية وأساليبها ، وسعة علومهم وثقافتهم ، وتباينهم في أعرفهم وعاداتهم ، وإذا اختلفوا في فهم الآية أو الحديث ، اختلفوا فيما يدل عليه كل منهما من حكم^(١) .

وينعكس الاختلاف في القواعد الأصولية على استنباط الأحكام ، مثل : هل الأمر للوجوب أو الندب ، وهل النهي للتحريم أو الكراهة؟ وعلاقة العام بالمخصص ، والمطلق بالمقيد ، وعلاقة دلالة المفهوم بجانب المنظوق ، مثل الاختلاف في المقدار المحرّم من الرضاع والاختلاف في عدة الحامل المتوفى عنها زوجها ، والقضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي في الأموال ، وهل مفهوم المخالفة حجة أو لا؟ سأذكر هذه الأحوال وأمثلتها .

(١) أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف : ص ١٠٣-١٠٤ .

١- الدلالات أو القواعد الأصولية اللغوية :

دلالة اللفظ على الحكم الشرعي : هي المحور الأول في استنباط الأحكام من النصوص الشرعية من قرآن أو سنة ، وقد وضع العلماء قواعد لكيفية الاستنباط ، مستمدة من أساليب اللغة العربية ، أو من الأحكام الشرعية وعللها ، ومن مبادئ الشريعة وأصولها الكلية المفهومة من النصوص . وأصبحت هذه القواعد مرعية في فهم النصوص الشرعية ، واختلف العلماء الأصوليون في هذه القواعد تبعاً لاختلافهم في المنهج . ولهم منهجان مشهوران : أحدهما - منهج الحنفية ، والآخر - منهج الشافعية وهو منهج المتكلمين ، واختلف المناهج أدى إلى الاختلاف في استنباط الأحكام .

أما منهج الحنفية في طرق الدلالة : فيعتمد على قسمة طرق دلالة النص على الحكم الشرعي إلى أربعة أقسام : وهي دلالة العبارة ، ودلالة الإشارة ، ودلالة النص ، ودلالة الاقتضاء^(١) .

١- عبارة النص :

هي دلالة الكلام على المعنى المقصود منه ، أي : المعنى المتبادر فهمه منه ، سواء أكان مقصوداً أصالة أم تبعاً ، فإن كان المعنى مقصوداً من الكلام ذاته ، فهو المعنى المقصود أصالة ، وإن كان المعنى مقصوداً قصداً غير أصلي ، فهو المعنى التبعي .

مثاله : قول الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] له معنى مقصود أصالة ، وهو التفرقة أو نفي المماثلة بين البيع والربا ، لأن الآية نزلت للرد على أهل الجاهلية القائلين : « إنما البيع مثل الربا » في

(١) أصول السرخسي ١/٢٣٦-٢٤٥ ، كشف الأسرار ١/٦٧ وما بعدها ، ٧٦-٧٥ .

الآية نفسها . وله أيضاً معنى آخر مقصود تبعاً ، يراد به إفادة المعنى المقصود تبعاً : وهو إباحة البيع وحرمة الربا . وكل من هذين المعنيين مقصود من سياق الآية الكريمة ، لكن المعنى الأول هو المقصود الأصلي ، والثاني هو المقصود التبعي .

ويلاحظ أن أكثر نصوص التشريع في القرآن والسنة تدل على الأحكام بطريق عبارة النص ، مثل قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] وقوله ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »^(١) .

٢- إشارة النص :

هي دلالة الكلام على معنى غير مقصود أصالة ، ولا تبعاً ، ولكنه لازم للمعنى الذي سيق الكلام لإفادته ، أي : المعنى المتبادر من ألفاظه .

مثاله قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] يدل بعبارته على وجوب نفقة الوالدات المرضعات وكسوتهن على الوالد دون الأم ، ويلزم منه : أن الوالد لا يشاركه أحد في الإنفاق على أولاده ، لأن النسب مختص به ، ويلزم منه أيضاً : أن للوالد عند الحاجة أن يملك أو يأخذ من مال ابنه ما يسد به حاجته ، لأن ولده له ، فمال ولده له ، لأن المولود نسب لأبيه بحرف اللام الذي يفيد الاختصاص في قوله : « وعلى المولود له » . ويلزم منه كذلك : عدم جواز استئجار الأم على الإرضاع في حالة قيام الزوجية ، لأن الله تعالى جعل النفقة لها عليه ، باعتبار عمل الإرضاع ، بقوله تعالى في مطلع الآية ذاتها : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

(١) سبق تخريجه .

٣- دلالة النص :

هي دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لوجود معنى فيه . ويفهم ذلك من غير حاجة إلى اجتهاد أو قياس . وتسمى هذه الدلالة فحوى الخطاب ، أي : مقصده ومرماه ، وعند الشافعية تسمى مفهوم الموافقة .

مثاله : قول الله تعالى : ﴿ إِنَّا الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء : ١٠] يدل بعبارته على تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً ، ويدل من طريق دلالة النص على تحريم إتلاف أموال اليتامى مطلقاً ولو من غير أكل ، كالإحراق أو التبيد ، لأن كل إنسان يفهم من النص القرآني تضييع مال اليتيم ، فيكون كالأكل ، لمساواته له في علة الحكم .

وقد تكون العلة في المسكوت عنه أولى ، كدلالة : ﴿ فَلَا تَقْلُ لَهُمَا قِرِّيًّا وَلَا تَنْهَرْهُمَا ﴾ [الإسراء : ٢٣] على تحريم الضرب والشتم والحبس ومنع الطعام ونحوه ، لأنه أشد إيذاءً للوالدين من التأفف ، فيكون الحكم في المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق ، لأن العلة فيه أقوى وأوضح .

٤- اقتضاء النص :

هو ما يدل عليه النص من طريق المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره عقلاً أو شرعاً . والاقتضاء معناه الطلب والاستدعاء ، والمعنى المقدر يتطلبه صدق الكلام وصحته شرعاً .

مثاله : قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) يدل بلفظه وعبارته على رفع الفعل الواقع خطأ أو

(١) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان ، ورواه ابن ماجه عن أبي ذر بلفظ « إن الله =

نسياناً أو إكراهاً بعد وقوعه ، وهذا المعنى غير سليم ، لأن هذه الأشياء واقعة فعلاً من الأمة ، فكان لا بد من تقدير شيء في الكلام يصحح هذه العبارة ، وهو رفع الإثم أو الحكم ، أي : رفع إثم الخطأ والنسيان والإكراه ، ورفع الإثم مفهوم بالاقتضاء .

وأما منهج المتكلمين في طرق الدلالة : فهو قسمة دلالة اللفظ على الحكم إلى نوعين هما : المنطوق والمفهوم^(١) .

والمنطوق : ما دل عليه اللفظ في محل النطق . وهو نوعان : صريح وغير صريح . والصريح : هو ما وضع اللفظ له ، مثل قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] دل على حل البيع وحرمة الربا . وغير الصريح : هو ما لم يوضع اللفظ له ، بل هو لازم لما وضع له ، كدلالة قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] على أن النسب يكون للأب ، لا للأم ، وعلى أن نفقة الولد على الأب ، لا على الأم .

وأما المفهوم : فهو دلالة اللفظ على شيء مسكوت عنه ، وهو نوعان : مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة .

ومفهوم الموافقة : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه ، وموافقته له نفيًا أو إثباتًا ، لاشتراكهما في معنى الحكم من طريق اللغة ، دون الحاجة إلى اجتهاد . مثل دلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرُهَا ﴾ [الأسراء : ٢٣] على تحريم التأفف بمنطوقه ، وتحريم الضرب بمفهومه ، كما تقدم . ودلالة آية ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ

= تجاوز لي " ، وفي رواية أخرى له : " إن الله وضع عن أمتي . . . " .

(١) شرح جمع الجوامع للمحلي وحاشية البناني ٢٣٥/١ وما بعدها ، شرح العنصر المختصر المنتهى لابن الحاجب ١٧١/٢ وما بعدها .

أَمْوَالٌ أَلَيْسَتْكَ [النساء : ١٠] على تحريم أكل مال اليتيم بالمنطوق ، وعلى تحريم الإحراق وكل أنواع التبديد بالمفهوم ، للتساوي في الإتلاف .
ومفهوم المخالفة : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دل عليه المنطوق ، أو هو دلالة الكلام على نفي أو نقيض الحكم الثابت للشيء المذكور عن المسكوت عنه لعدم توافر قيد من قيود المنطوق . ويسمى دليل الخطاب .

٢- المفهوم والخلاف فيه :

اتفق الأصوليون على الاحتجاج بمفهوم الموافقة ، ما عدا الظاهرية ، واختلفوا في مفهوم المخالفة . فلا يعترف الحنفية بدلالة مفهوم المخالفة بأنواعه المختلفة ، خلافاً لبقية المذاهب ، فإنهم يعتبرون هذه الدلالة حجة بشروط معينة ، ويتبين ذلك بإيضاح أنواع مفهوم المخالفة .

الأول - مفهوم الصفة : هو دلالة اللفظ المقيد بصفة على نفي أو نقيض الحكم عن الموصوف عند انتفاء تلك الصفة ، مثاله : قوله ﷺ : « وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومئة : شاة »^(١) يدل عند جمهور الفقهاء على أن السوم (الرعي في الأراضي المباحة) شرط في وجوب زكاة الغنم ، فلا تجب الزكاة في المعلوفة . وبه قال الحنفية . وقال مالك وربيعة : لا يشترط ، وتجب الزكاة في السائمة والمعلوفة ، لعموم حديث : « في كل خمس شاة »^(٢) أي : في كل خمس من الإبل شاة ، فإنه خلا من التقييد بالوصف ، فلم يأخذ مالك وربيعة بالمفهوم ، ولاحظ أنه مطلق ، فيعمل به على إطلاقه ، وأما الحنفية الذين لا يقولون

(١) رواه البخاري وغيره ، (سبل السلام ١٢١/٢ وما بعدها) .

(٢) الحديث السابق (المرجع السابق) .

بدلالة مفهوم الصفة على شيء ، فإنهم يقولون : إن هذا الإطلاق منسوخ ، لورود المقيد في الغنم متراحياً عن المطلق ، فكان رافعاً للحكم عما ليس موصوفاً بهذا الوصف ، وهو وصف السوم .

ومثله حديث : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ »^(١) يدل في رأي المتكلمين (أي غير الحنفية) على أن مطل الفقير ليس بظلم .

وحديث ابن عمر : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع »^(٢) والتأبير : التلقيح ، يدل بمنطوقه على أن ثمر النخل المؤبر لا يدخل في بيع النخل ، وإنما هو للبائع ، ويدل بمفهومه على أن الثمر إذا لم يكن مؤبراً يدخل في بيع النخل عند بيعه ، فيكون للمشتري ، وبهذا يقول جمهور العلماء . وخالفهم في ذلك الحنفية والأوزاعي ، فقالوا : لا يدخل ثمر النخيل في بيعه ، سواء أكان مؤبراً أم غير مؤبر ، لأنه ليس للصفة دلالة على نفي الحكم عند عدمها .

الثاني - مفهوم الشرط : هو دلالة اللفظ المعلق فيه الحكم على شرط على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط ، أي على ثبوت نقيض الحكم عند عدم الشرط ، مثل قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] فإنه يدل عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) بمفهومه المخالف على عدم وجوب النفقة للمعتدة غير الحامل . ولا يدل على ذلك عند الحنفية . وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا ﴾ [النساء : ٤] يدل عند الجمهور على تحريم أخذ شيء من المهور إذا لم تطب نفوس الزوجات بإعطاء شيء منه ، ولا يدل عليه عند الحنفية .

(١) متفق عليه بين الشيخين (البخاري ومسلم) .

(٢) رواه ابن ماجه .

ومنه اختلافهم في أجل السَّلَم ، بسبب حديث : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(١) يدل عند المالكية والحنابلة على أنه لا سلم إلا إذا كان مع أجل معلوم ، فإذا كان حالاً لم يجز ، وكذلك قال الحنفية : لا يجوز السلم الحال ، لأن السلم شرع ترخيصاً واستثناء من جواز بيع المعدوم ، فيجب الاقتصار على الرخصة الواردة ، ولا يتوسع في الاستثناء .

لكن الشافعية أجازوا السلم الحال قياساً على السلم المؤجل ، لأن الاستثناء إذا كان بدليل مستقل ، جاز تعليقه ، واتخاذهُ أصلاً يقاس عليه ، وهو قياس جلي من باب أولى ، لأنه إذا جاز السلم المؤجل ، جاز السلم الحال ، بل هو أولى بالجواز .

الثالث - مفهوم الغاية : هو دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على ثبوت نقيض ذلك الحكم بعد الغاية . وللغاية لفظان : وهما : إلى وحتى . مثل قوله تعالى : ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى آتِلٍ ﴾ [البقرة : ١٨٧] فإنه يدل بمفهومه المخالف على تحريم الأكل والشرب بعد الغاية ، وهي طلوع الفجر ، وعلى جواز تناول المفطرات بدخول الليل عند الغروب . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ ﴾ [البقرة : ٢٢٢] يدل عند المتكلمين على جواز الاستمتاع بعد الطهر من الحيض .

وقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا ﴾ [البقرة : ٢٣٠] يدل عند الجمهور بمفهومه المخالف على حل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، بعد أن تتزوج بغيره ، ثم تفارقه ، وقال الحنفية : لا يدل هذا

المفهوم على نفي الحكم فيما بعد الغاية ، وإنما دل على ذلك نصوص أخرى .

ومثله حديث ابن عمر رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها »^(١) قال الحنفية : إذا بيع الثمر بشرط بقاءه على الشجر حتى يتم نضجه هو بيع فاسد غير صحيح ، إذ ليس لمفهوم الغاية دلالة على نفي الحكم بعدها ، وأجازوا أيضاً بيع الثمار قبل بدو الصلاح إذا لم يشترط البقاء . وقال الجمهور : يصح بيع الثمار بعد بدو الصلاح ، عملاً بمفهوم الغاية ، ويكون البيع قبل بدو الصلاح باطلاً إذا لم يشترط القطع .

الرابع - مفهوم العدد : هو دلالة اللفظ المقيد فيه الحكم بعدد على نفيه فيما عدا ذلك ، أي عند عدم تحقق ذلك العدد ، مثل قوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور : ٢] يدل عند الجمهور بمفهوم المخالفة على أنه لا تجوز الزيادة على مائة ولا النقص عنه ، ويرى الحنفية أن ذلك ليس من مدلول الآية ، وإنما يستفاد من أدلة أخرى ، وذلك مثل حديث : حبان بن منقذ في خيار الشرط : « إذا بايعت فقل : لا خلافة - لا خديعة ولا غش - ولي الخيار ثلاثة أيام » فإنه في رأي أبي حنيفة والشافعي وزفر ، وإن لم تجز الزيادة على الثلاثة ، ولكن ليس ذلك من مدلول المخالفة ، وإنما لأن الاشتراط خلاف القياس ، فيقتصر فيه على ما ورد به النص . وقال مالك وأحمد والصاحبان : تجوز الزيادة على تلك المدة . فلو كان للعدد دلالة - في اتجاه الحنفية - على مفهوم المخالفة ، ما وجد هذا الخلاف^(٢) .

(١) رواه الجماعة .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة عبد الرزاق ، =

وذكر كمال الدين المعروف بابن الهمام أنه لا نزاع بين الفقهاء في العمل بمفهوم المخالفة في كلام الناس وعبارات المؤلفين أو المصنفين ، فمفاهيم كلامهم ومصنفاتهم حجة ، إذ جرت عاداتهم بأن لا يقيدون كلامهم بقيد من هذه القيود إلا لفائدة . وإنما النزاع بين العلماء في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، فذهب جمهورهم إلى أن مفهوم المخالفة حجة يجب العمل به إلا إذا دل دليل على أن المراد من القيد تحقيق فائدة معينة غير ذلك . وذهب الحنفية إلى أنه ليس بحجة ، ولا يجوز العمل به ، لأن هذه القيود تأتي لأغراض عدة ومقاصد كثيرة ، ومقاصد الشارع لا يمكن الإحاطة بها ، وفي تعيينها ادعاء للقول بغير علم^(١) .

الخامس - مفهوم اللقب أو الاسم : هو مفهوم الاسم الذي يعبر به عن الذات . مثل « محمد رسول الله » ، مفهوم المخالفة : غير محمد ، وقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] مفهوم المخالفة : غير الأمهات . وقوله ﷺ : « في البرّ صدقة »^(٢) مفهوم المخالفة : غير البرّ .

وقد اتفق الأصوليون على أن مفهوم اللقب في النصوص الشرعية وغيرها ليس بحجة ، لأن ذكره لا يفيد تقييداً ولا تخصيصاً ولا احترازاً عما عداه .

= وأعله بأبان بن أبي عياش .

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق : ص ١٥٧ .

(٢) روى الطبراني والحاكم والدارقطني عن أبي موسى الأشعري ومعاذ : أن النبي ﷺ قال لهما ، حين بعثهما إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم : « لا تأخذا الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة : الشعير والحنطة والزبيب والتمر » . قال البيهقي : رواه ثقات وهو متصل (سبل السلام ١٣٢/٢) .

٣- العموم والخصوص :

هما من صفات الألفاظ ، لأن اللفظ إما أن يدل على استغراقه لجميع أفراد ، وهو العام ، أو يدل على معنى واحد على سبيل الانفراد وهو الخاص .

فالعام : هو اللفظ الذي يستغرق جميع ما يصلح له من الأفراد ، مثل : كل مؤمن في الجنة ، وكل كافر في النار ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن ، فذلك يشمل جميع من ينطبق عليه هذا الوصف من غير حصر في أفراد معينين .

وألفاظ العموم : ألفاظ الجمع مثل كل وجميع ومعشر وعامة وكافة وقاطبة ونحوها ، والجمع المعرف بأل الجنسية مثل « المؤمنون » أو المعرف بالإضافة مثل « أولادكم » والمفرد المعرف بأل الجنسية مثل « الإنسان » والمعرف بالإضافة مثل قولهم عن التيمم « فرضه » يراد به فروضه . وفي الحديث عن البحر : « هو الطهور ماؤه ، الحل ميتته » والمفرد المعرف بأل مثل : « السارق والسارقة » و« البيع والربا » والنكرة في سياق النفي أو النهي أو الشرط ، مثل « لا إكراه في الدين » « لا وصية لوارث » « لا ضرر ولا ضرار » والأسماء الموصولة كالذي والتي ، وأسماء الشرط مثل : من وما وأي وأين ، وأسماء الاستفهام مثل : من ومتى وماذا .

ويختلف العام عن المطلق والنكرة : في أن العام يدل على شمول كل فرد من أفراد ، أما المطلق مثل الرجل فيدل على الحقيقة دون شمول ، وأما النكرة مثل رجل ، فيدل على من يتصف بالرجولة دون استغراق الجميع وشمولهم .

والخاص : هو اللفظ الموضوع للدلالة على معنى واحد على سبيل

الانفراد ، مثل خالد ، ومحمد ، وأسماء الأعداد ، كاثنين وثلاثة ومئة ، وألف ، وقوم ورهط ، وهو باتفاق الأصوليين يدل على معناه الذي وضع له حقيقة على سبيل القطع واليقين .

وهذا النوع مجال لاختلاف كثير بين العلماء ، منها الاختلاف في أمرين : دلالة العام على أفراده ، وتخصيص العام^(١) .

أما دلالة العام الذي لم يخصص على أفراده : فهي دلالة قطعية أم ظنية ؟ ففيه اتجاهان : اتجاه الجمهور واتجاه الحنفية .

أما اتجاه الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) : فذهبوا إلى أن دلالة العام على جميع أفراده دلالة ظنية غير قطعية ، لأن كل عام يحتمل التخصيص ، وما من عام إلا وقد خص منه البعض ، وهذا يورث شبهة في دلالة العام على كل فرد بخصوصه . ويترتب عليه : أنه يصح تخصيص العام بدليل ظني مطلقاً ، كخبر الواحد والقياس ، وأنه لا يتحقق التعارض بين عام وخاص ، وإنما يعمل بالخاص فيما دل عليه ، ويعمل بالعام فيما عداه ، لأن العام ظني الدلالة ، والخاص قطعي الدلالة ، ولا تعارض بين الظني والقطعي .

وأما الحنفية : فذهبوا إلى أن دلالة العام قطعية إذا لم يخص منه البعض ، لأن اللفظ العام موضوع للعموم ، فكان العموم ملازماً له ، حتى يقوم دليل الخصوص ، واحتمال التخصيص نادر وناشئ عن غير دليل ، فلا ينافي قطعية العام . ويترتب عليه : أنه لا يصح تخصيص العام بالدليل الظني ، لأن الظني لا يخصص القطعي ، وأنه يتحقق التعارض

(١) كشف الأسرار ٢٩١/١ ، التوضيح ٣٥/١ ، المحلي على جمع الجوامع ٢٣٦/١ ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ١١١ ، إرشاد الفحول : ص ١٠٠ .

بين العام الذي لم يخصص ، وبين الخاص القطعي ، لأنهما قطعيان .
وبناء عليه ، وقع الاختلاف في أمثلة كثيرة ، منها :

١- تخصيص العام بالدليل الظني : وأمثله ما يأتي :

- حرّم الحنفية الذبيحة متروكة التسمية عمداً عند ذبحها ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [الأنعام : ١٢١] ولم يخصصوه بحديث أبي داود في المراسيل : « ذبيحة المسلم حلال ، ذكر اسم الله أو لم يذكر » لأنه حديث آحاد ، وهو ظني ، والإمام مالك في هذا كالحنفية ، لأنه يرى أن الآية ناسخة للحديث^(١) وكذلك الإمام أحمد في المشهور عنه^(٢) .

وأباح الشافعية وأحمد في رواية عنه الأكل من ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عليها عمداً ، لأنهم خصصوا عام القرآن الظني بهذا الحديث الظني ، والظني يجوز تخصيصه بالظني . ويؤيده ما رواه الدارقطني عن أبي هريرة : « اسم الله على فم كل مسلم » .

- وخصص الجمهور عام القرآن بخبر الآحاد ، مثل قوله تعالى : ﴿ وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء : ٢٤] بحديث « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها »^(٣) . وخصصوا آيات الموارث بحديث « لا يرث القاتل »^(٤) وحديث « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر »^(٥) . وخصصوا آية ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ [البقرة : ١٧٨]

(١) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨ .

(٢) المغني ٨/ ٥٤١ .

(٣) رواه الجماعة (سبل السلام ٣/ ١٢٤) ، وبه أخذ الحنفية أيضاً خلافاً لقاعدتهم .

(٤) رواه أبو داود عن عبد الله بن عمرو (نيل الأوطار ٦/ ٧٤) .

(٥) رواه الجماعة عن أسامة بن زيد .

بحديث « لا يقتل مسلم بكافر »^(١) . وكذلك خصصوا آية ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] بحديث : « تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً »^(٢) .

وهذه هي المسألة الأولى من ثمرات الخلاف وهي : تخصيص العام من الكتاب أو السنة المتواترة بالدليل الظني كخبر الواحد والقياس .

٢- تعارض العام والخاص :

وأمثلته كثيرة ، منها : نصاب زكاة الزروع والثمار :

لم يشترط أبو حنيفة النصاب فيما أخرجته الأرض ، واشترط صاحبان والجمهور ملك النصاب ، وهو خمسة أوسق (٦٥٣ كغ) .

ومنشأ الخلاف : تعارض حديثين وهما حديث : « ليس فيما دون خمسة أوسق من تمر ولا حب صدقة »^(٣) وحديث « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً : العشر ، وفيما سقي بالنضح : نصف العشر »^(٤) .

تعارض العام والخاص عند أبي حنيفة فيما دون خمسة أوسق ، ولم يعلم تاريخ النصين ، فيعمل بالراجح منهما ، والعام في رأيه هو الراجح ، لأنه يوجب الزكاة في القليل ، فيعمل به احتياطاً .

وخصص الجمهور الحديث الثاني بالأول ، فلم يوجبوا الزكاة في

(١) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو .

(٢) رواه مالك في الموطأ والجماعة عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري (سبل السلام ١٣١/٢) .

(٤) رواه البخاري ، والعشري : هو الذي يشرب بعروقه من غير سقي ، لأنه عثر على الماء ، وذلك حيث كان الماء قريباً من وجه الأرض (المرجع السابق) .

الخارج من الأرض في أقل من خمسة أوسق ، أي : إنه يقدم الخاص ، ويشترط ملك النصاب .

ومن أمثله : بيع العرايا أو بيع الثمر (الرطب) الذي على النخل بخرصه تمراً . كأن يقول رجل لصاحب النخل : بعني ثمرة هذه النخلات بخرصها من الثمر . لم يجز أبو حنيفة هذا البيع ، منعاً من الربا ، لأن الرطب والتمر من الأموال الربوية ، ومحتجاً بعموم قوله ﷺ : « التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، يداً بيد »^(١) ولا علم بالمماثلة بسبب الخرص ، أي التقدير والتخمين ، وبعموم ما رواه الشيخان عن ابن عمر في تفسير النهي عن المحاقلة والمزابة : « أن يبيع الرجل ثمر حائطه - بستانه - إن كان نخلاً بتمر كيلاً ، وإن كان كرمًا - عنباً - أن يبيعه بزبيب كيلاً ، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام » .

ولم يأخذ أبو حنيفة بالحديث الخاص الذي أخرجه أحمد والبخاري عن زيد بن ثابت : أن النبي ﷺ : « رخص في بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلاً » .

وخصص الجمهور عموم حديث « التمر بالتمر » وحديث النهي عن المزابة ، بحديث الترخيص في العرايا .

وهذه هي المسألة الثانية من ثمرات الخلاف بين الحنفية والجمهور ، فالجمهور يخصصون العام بالأخص منه في قدر الخاص ، ويعملون بالأعم فيما وراء ذلك ، أما الحنفية فيحكمون بالتعارض حيثئذ بين الدليلين في القدر الذي دل عليه الأخص لتساويهما في الدلالة ، فإن علم

(١) رواه مسلم وغيره .

المتقدم والمتأخر ، كان المتأخر ناسخاً ، وإن لم يعلم ذلك يعمل بالراجع منهما .

تخصيص العام : هو قصر اللفظ على بعض أفراد ، أو صرف العام عن عموم ، وإرادة بعض ما ينطوي عليه من أفراد ، وهو يحدث كثيراً في الكتاب والسنة ، ففيهما تبين أن العام يراد به بعض أفراد ، مثل تخصيص آيات الموارث بحديث : « ليس للقاتل ميراث »^(١) وحديث « لا نورث ما تركناه صدقة »^(٢) . ففيهما تبين أن حكم الإرث لم يشرع لكل قريب .

وتخصيص آية السرقة : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] بحديث : « لا قطع في أقل من ربع دينار »^(٣) ففيه بيان أن حكم القطع لم يشرع لكل سارق .

وهذا الذي ذهب إليه الحنفية يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور من جواز تخصيص الكتاب بخبر الآحاد إذا كان صحيحاً ، لكن الحنفية ادعوا شهرة الأثر الذي خصص به الآية .

وذهب أهل الظاهر والخوارج والحسن البصري إلى قطع يد كل من سرق ، سواء سرق قليلاً أو كثيراً ، لعموم الآية ، ويؤيدهم ما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لعن الله السارق يسرق البيضة ، فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده » . وخالفهم الجمهور في ذلك كما رأينا ، فرأوا تخصيص الآية بما ورد من الآثار ، دالاً على أن القطع إنما يجب عند سرقة قدر معين من المال وهو

(١) تقدم تخريجه .

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن أبي بكر الصديق (نيل الأوطار ٦/٧٦) .

(٣) سبق تخريجه .

نصاب السرقة : ربع دينار عند الجمهور ، ودينار عند الحنفية .

دليل التخصيص : اختلف الحنفية مع الجمهور أيضاً في دليل التخصيص^(١) فاشتروا أن يكون مستقلاً ، ومقارناً ، أما غير المستقل عن جملة العام كالشرط والاستثناء ، فيسمى قصراً ، لا تخصيصاً ، وأما غير المقارن للعام بأن يكون مترخياً عنه ، فيسمى نسخاً « ضمناً » . ولم يشترط الجمهور هذين الشرطين ، واكتفوا بألا يتأخر ورود النص الآخر عن وقت الحاجة وهو وقت العمل ، وإلا كان ناسخاً .

والفرق بين المذهبين : أن التخصيص عند الجمهور له معنى أشمل وأعم منه عند غيرهم ، فهو يشمل التخصيص بالدليل المستقل وغير المستقل ، والمقارن والمتأخر عن ورود النص ، بشرط عدم التأخر عن وقت العمل به ، وأما عند الحنفية فلا بد من أن يكون المخصص مستقلاً ومقارناً .

وينحصر التخصيص عند الحنفية في ثلاثة أنواع : هي العقل ، والعرف والعادة ، والنص المستقل المقترن بالعام .

وعند الجمهور : المخصص المستقل ستة أنواع : هي الحسن ، والعقل ، والعرف والعادة ، والإجماع ، وقول الصحابي ، والنص .

والخلاصة :

حدث اختلاف بين الحنفية والجمهور في جواز حمل النص العام على النص الخاص عند التعارض ، بناء على اختلافهم في دلالة العام . فقال الجمهور : إن دلالة العام ظنية ، وقال الحنفية : إن دلالة

(١) كشف الأسرار ٣٠٦/١ ، حاشية اللبناني على جمع الجوامع ٧٢/٢ ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ١١٤ ، إرشاد الفحول : ص ١٢٨ .

قطعية ، ولذا يحمل الجمهور العام على الخاص ، فيعملون بالخاص فيما دل عليه ، ويعملون بالعام فيما وراء ذلك . ولا يحمل الحنفية العام على الخاص إذا تعارضا ، ولم يعلم تقدم أحدهما على الآخر ، وإنما يعمدون إلى الترجيح بينهما ، كدليلين متعارضين ، بأي طريق من طرق الترجيح إذا تعذر الجمع^(١) .

٤- الإطلاق والتقييد :

ينقسم اللفظ الخاص بحسب صيغته إلى أربعة أنواع : هي المطلق والمقيد ، والأمر والنهي .

أما المطلق : فهو اللفظ الخاص الذي يدل على فرد شائع ، ولم يتقيد بصفة من الصفات ، مثل رجل ، وكتاب ، وطائر ، وطالب ، وعربي ، فإنها ألفاظ تدل على فرد شائع في جنسه ، دون ملاحظة العموم أو الشمول ، وإنما المقصود هو الماهية ، أو الحقيقة ، دون تقييدها بصفة ما . وحكمه : أنه يفهم أو يجري على إطلاقه ، ما لم يرد دليل يدل على التقييد . فإذا دل الدليل على تقييد المطلق ، عمل بالمقيد ، مثل قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيكَ بِهَا أَوْ ذِئْرَةً ﴾ [النساء : ١٢] الوصية هنا مطلقة ، قيدت بالحديث الذي لا يجيز الزيادة في الوصية عن الثلث .

وأما المقيد : فهو لفظ خاص يدل على فرد شائع مقيد بصفة من الصفات ، مثل : رجل مؤمن ، وامرأة عفيفة ، وحكمه : أنه يعمل به على تقييده ، ما لم يدل دليل على إلغاء القيد ، فيلغى حيثئذ القيد اللاحق به^(٢) .

(١) الاختلافات الفقهية للدكتور محمد أبو الفتح البيانوني : ص ٧٩ .

(٢) مسلم الثبوت ٢٨٩/١ ، التلويح على التوضيح ٦٣/١ ، الإحكام للآمدي =

حمل المطلق على المقيد : وقع اختلاف بين الفقهاء في حمل المطلق على المقيد ، كاختلافهم في حمل النص العام على الخاص ، فاتجه الجمهور إلى حمل المطلق على المقيد بشروط ، وخالفهم الحنفية ، فلم يحملوا المطلق على المقيد ، وأدى ذلك إلى اختلاف في الفروع الفقهية .

ويلاحظ أن الفريقين اتفقوا في حالة واحدة وهي حالة اتحاد الحكم والسبب ، فحملوا المطلق على المقيد . فإذا كان موضوع النصين واحداً ، بأن اتحد الحكم والسبب ، حمل المطلق على المقيد ، أي : كان المراد من المطلق هو المقيد ، مثل تحريم الدم في آية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالْدَّمُ ﴾ [المائدة : ٣] وآية ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] السبب في الآيتين واحد : وهو ضرر الدم ، والحكم أيضاً متحد : وهو حرمة تناول الدم ، فيحمل المطلق على المقيد ، ويكون الدم المحرم هو المسفوح ، دون الباقي في العروق واللحم ، والجامد كالكبدة والطحال .

واتفقوا أيضاً على أنه لا يحمل المطلق على المقيد في حالة اختلاف الحكم والسبب ، لعدم المنافاة في الجمع بينهما ، بل يعمل بالمطلق على إطلاقه في موضعه ، وبالمقيد على قيده في موضعه ، مثل قوله تعالى في حد السرقة :

﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] ، وفي الوضوء : ﴿ فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ [المائدة : ٦] لفظ « أَيْدِيَهُمَا » في الآية الأولى مطلق ، وفي الثانية مقيد ، والسبب في الآيتين مختلف ، وهو السرقة ، وإرادة الصلاة بعد الحدث ، والحكم مختلف أيضاً : في

= ٢/٢١١١ ، حاشية البناني على جمع الجوامع ٢/٣٩ ، مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢/١٨٤ ، روضة الناظر : ص ١٣٦ .

الأول : قطع يد السارق ، وفي الثاني : غسل الأيدي ، فلا يحمل المطلق على المقيد ، لكن حددت السنة موضع قطع يد السارق : وهو من الرسغ .

واختلفوا في حالتين :

الأولى - أن يختلف الحكم ويتحد السبب : مثل آية الوضوء : ﴿ فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ [المائدة : ٦] . وفي التيمم : ﴿ فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ ﴾ [المائدة : ٦] السبب متحد : وهو الحدث مع إرادة الصلاة ، والحكم مختلف في الآيتين وهو غسل الأيدي في الوضوء ، والمسح في التيمم ، فلا يحمل المطلق على المقيد ، ويعمل بكل منهما على حدة ، إلا إذا دل الدليل على حمل المطلق على المقيد ، إذ لا تنافي في الجمع بينهما .

وحيث لا يحمل المطلق على المقيد في هذه الحالة ، يلجأ إلى السنة النبوية ، فوجد الحنفية والشافعية : أن الواجب مسح الأيدي إلى المرافق ، لحديث ابن عمر مرفوعاً : « التيمم ضربتان : ضربة للوجه ، وضربة لليدين إلى المرفقين »^(١) .

ورأى المالكية والحنابلة : أن الواجب هو مسح الكفين فقط ، لأن النبي ﷺ أمر عمار بن ياسر بالتيمم في الوجه والكفين^(٢) ، وعلى هذا تكون ظاهرة الخلاف في هذا بسبب تعارض حديثين في السنة .

الثانية - أن يتحد الحكم ويختلف السبب : مثل تحرير الرقبة في كفارة

(١) رواه الدارقطني ، قال ابن حجر في بلوغ المرام : وصحح الأئمة وقفه (سبل السلام ٩٦/١) .

(٢) متفق عليه بين الشيخين : البخاري ومسلم (المرجع السابق ص ٩٥) .

الظهار وكفارة القتل الخطأ ، ففي الآية الأولى قال الله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ﴾ [المجادلة : ٣] وفي الآية الثانية قال سبحانه : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] اللفظ الأول مطلق ، والثاني مقيد بوصف الإيمان ، والحكم متحد في الآيتين ، والسبب مختلف ، فهو في الظهار : إرادة العودة إلى الاستمتاع بالزوجة ، وفي القتل : القتل الخطأ .

ذهب أكثر الحنفية ، ومعهم في هذا أكثر المالكية^(١) إلى أنه لا يحمل المطلق على المقيد ، ويعمل بالمطلق في محله ، وبالمقيد في موضعه ، فيجب في كفارة القتل الخطأ : عتق رقبة مؤمنة ، وفي كفارة الظهار : عتق أي رقبة ، مؤمنة أو كافرة ، لأنه لا تعارض بينهما لاختلاف السبب .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى أنه يحمل المطلق على المقيد في هذه الحالة ، فيجب عتق رقبة مؤمنة في الكفارتين : كفارة الظهار وكفارة القتل الخطأ ، ولا تجزئ رقبة كافرة ، لأن اتحاد الحكم في النصين يقضي بحمل المطلق على المقيد ، حتى لا يكون هناك تخالف بين النصوص الواردة في شيء واحد ، لأن القرآن كله كالكلمة الواحدة في وجوب بناء بعضه على بعض .

ومثال آخر : قوله تعالى في شهود المداينة : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] وفي شهود الرجعة أو مراجعة المرأة المطلقة : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [الطلاق : ٢] الحكم واحد ، وهو وجوب الاستشهاد بشهيدين ، والسبب في الوجوب مختلف ، لأنه في الآية

(١) الذخيرة للقرافي ١/ ١٠٠ وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير ٢/ ٦٤٥ .

الأولى : المداينة ، وفي الثانية : المراجعة ، فلا يحمل المطلق على المقيد عند الحنفية ، ويحمل عليه في رأي الجمهور .

٥- الأمر والنهي :

الأمر : هو اللفظ الدال على طلب الفعل وتحصيله في المستقبل ، سواء أكان بصيغة الأمر ، أم بصيغة المضارع المقترن بلام الأمر ، أم بالجملة الخبرية التي يقصد منها الطلب ، مثل : « أوفوا » « لينفق » « والوالدات يرضعن » . . .

والنهي : هو ما دل على طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام ، مثل : « لا تقتلوا » « حرمت عليكم » « لا يحل لكم » « ذروا » « اجتنبوا »^(١) .

وقد وقع اختلاف واضح في موجب هذه الصيغ ونحوها ، سواء في الأمر أو في النهي ، اللذين هما من أنواع اللفظ الخاص .

ففي الأمر : المراد به الإيجاب أو الندب ، أو الإرشاد أو التأييد ، أو الدعاء أو الإنذار والتهديد ، أو الإباحة ؟ والخلاف قائم حينما تتجرد الصيغة من القرائن التي تعيّن المراد أو حين الالتباس . ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

كتابة الدين والإشهاد عليه : ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ . . . ﴾ [البقرة : ٢٨٢] الآية ، فقد تضمنت الآية الأمر بكتابة الدين ، والأمر بالإشهاد عند البيع في قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا

(١) كشف الأسرار ١/١٠١ ، الإحكام للآمدي ٦/٢ ، ٣٢ ، شرح تنقيح الفصول : ص ١٢٦ ، ١٦٨ ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ١٠١ ، ١٠٦ ، العدة في أصول الفقه الحنبلي ٢/٤٢٨ .

تَبَايَعْتُمْ^١ وقوله : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ فاتجه الجمهور إلى أن الأمر بكتابة الدين للإرشاد فقط ، بقرينة الآية التي بعدها : ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَقَ أَمَنَّتَهُ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

وذهبت طائفة إلى أنه للوجوب ، واختاره الطبري وابن جريج ، وقالوا : من أدان فليكتب ، ومن باع فليشهد .

واختلفوا أيضاً فيما يدل عليه قوله تعالى : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا﴾ فقال الجمهور : النذب ، وهو الصحيح . وقال بعضهم : الوجوب ، ولا تكون الشهادة إلا من رجلين ، أو رجل وامرأتين .

وكذلك اختلفوا في الأمر بالإشهاد على البيع ، فقال جماعة من الصحابة والتابعين ، وداود الظاهري والطبري : إنه للوجوب . وقال جماعة آخرون من التابعين والمذاهب الأربعة : إنه للنذب والإرشاد ، وهو الصحيح ، فقد ورد كثير من الآثار بأن النبي ﷺ باع واشترى دون إشهاد^(١) .

وليمة الزواج : كرم الإسلام مناسبة عقد الزواج ، فأمر بالاحتفاء به ، فقال النبي ﷺ فيما يرويه البخاري عن أنس : « أولم ولو بشاة » وهذا في رأي الظاهرية يدل على وجوب الوليمة في العرس ، أي : على كل من تزوج^(٢) ، وذهب الجمهور إلى أن الأمر للنذب والاستحباب ، لا

(١) تفسير القرطبي ٤٠٤/٣ .

(٢) ويؤيده ما أخرجه الإمام أحمد من حديث بريدة : « أنه ﷺ قال : لما خطب علي فاطمة : لا بد من وليمة » وسنده لا بأس به ، وهو يدل على لزوم الوليمة ، وهو في معنى الوجوب ، وما أخرجه أبو الشيخ والطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة مرفوعاً : « الوليمة حق وستة ، فمن دعي ولم يجب فقد عصى » والظاهر من كلمة الحق : الوجوب (سبل السلام ١٥٤/٣) .

للوجوب ، فتستحب الوليمة ولا تجب^(١) . وقال أحمد : الوليمة سنة ، وقال الجمهور : مندوبة .

- استئذان الفتاة البكر في تزويجها : روى مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « الشيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإذنها سكوتها » اختلف الفقهاء في استئذان البكر ، للطلب به في صورة جملة خبرية ، فذهب الحنفية إلى أن هذه الصيغة تدل على وجوب استئذان البكر البالغ في تزويجها ، فإذا زوجها وليها أو أبوها بغير إذنها ، كان الزواج موقوفاً على إذنها .

وذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن ذلك للندب والاستحباب أو الاستحسان ، فلو زوجها أبوها دون استشارتها لزمها ذلك ، لأنه ﷺ فرق في الحكم بين الشيب والبكر ، فكانتا مختلفتين فيه ، وقد جعل الشيب أحق بنفسها من وليها ، فلها تزويج نفسها ، وحكم البكر على خلاف ذلك ، فوجب أن يكون الأمر باستئذانها على سبيل الاستحسان ، وأنه إذا زوجها من غير رضاها ، لزمها ذلك .

وفي النهي أيضاً اختلاف :

وقع اختلاف في دلالته ، كالاختلاف في دلالة الأمر ، هل المراد به التحريم ولزوم الترك على سبيل الجزم والقطع ، أو الكراهة ، أو الدعاء ، أو الإرشاد أو التحقير ، أو بيان العاقبة ، أو اليأس .

ومن أمثلة الاختلاف فيه ما يأتي :

- البيع على البيع : روى الإمام أحمد عن ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن

يأذن له « وقوله : « أخيه » أي في الدّين في رأي الأوزاعي ، وقال غيره : يحرم أيضاً على بيع الكافر وخطبته ، والحديث لمراعاة الغالب . وفي حديث آخر متفق عليه عن أبي هريرة : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » . ومجال تدخل الآخرين في البيع واضح في حال وجود الخيار ما لم يأذن الأول للثاني بالشراء . أما في حال بيع المزايدة فلا يحرم البيع اتفاقاً^(١) .

ذهب جماعة إلى أنه نهى للتأديب ، وليس بنهي تحريم ، وأثره الكراهة فقط ، فيكون البيع الثاني صحيحاً يترتب عليه أثره .

والجمهور على أنه نهى للتحريم ، ولكن لا يترتب عليه فساد المنهي عنه ، من بيع أو زواج ، لأن النهي ليس لذات العقد ، ولكنه لأمر خارج عن العقد ، عارض له ، لذا اعتبره الحنفية مكروهاً تحريماً .

- النهي عن كسب الحجام : روى الإمام أحمد عن أبي هريرة : « أن النبي ﷺ نهى عن كسب الحجام ، ومهر البغي » وفي رواية أخرى عن رافع بن خديج : « كسب الحجام خبيث » ذهب بعض أصحاب الحديث إلى تحريم كسب الحجام ، لأن النهي حقيقة في التحريم ، والخبيث حرام ، فيحرم أخذه والانتفاع به .

وذهب الجمهور إلى أنه مباح حلال ، وحملوا النهي على كراهة التنزيه ، لأن في كسب الحجام دناءة ، والله يحب معالي الأمور ، ولأن الحجاماة تتطلب التعاون عليها عند الاحتياج إليها^(٢) .

- أثر النهي عن البيع بسبب الوصف : اختلف الفقهاء في أثر النهي

(١) سبل السلام ٢٣/٣ ، نيل الأوطار ١٦٧/٥ .

(٢) نيل الأوطار ٢٨٤/٥ وما بعدها .

بسبب الوصف ، وقسموه ثلاثة أنواع^(١) :

١- فإن كان النهي عن الشيء لتعلق حق الغير أو فقدان الولاية على العقد كبيع الفضولي ، وبيع المرهون وبيع السفينة ، وبيع الصبي المميز ، كان العقد عند الحنفية والمالكية صحيحاً موقوفاً على إجازة صاحب الحق في إجازته ، وإنما توقف لمانع ، فإذا زال المانع نفذ . وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه بيع باطل ، لأن النهي عنه لوصف ملازم .

٢- وإن كان النهي عن الشيء لوصف ملازم له ، كجعل الخمر ثمناً في بيع ، والبيع بشرط أن يبيعه المشتري سلعة أخرى ، أو يقرضه ، ويبيع الزرع بشرط أن يحصده البائع ، أو الثوب بشرط أن يخيطه البائع ، كان البيع عند الحنفية فاسداً ، لا باطلاً ، لأن النهي عنه ليس لذاته ، بل لوصف آخر ملازم خارج عن حقيقة البيع ، والبيع الفاسد يفيد الملك بالقبض . وأما الجمهور فيرون البيع باطلاً أو فاسداً بمعنى واحد ، للنهي عنه لوصف ملازم له ، فلا يترتب عليه أثر .

وهذا ينطبق على ما نهى عنه المشرع من العبادات لوصف لازم ، كصوم يوم العيد ، أو النهي عن التنفل في الأوقات المكروهة ، ينعقد عند الحنفية الصوم فيها ، ويصح النذر بصيامها ، وينعقد النفل في هذه الأوقات لأن النهي عنه لوصف مجاور ، ولا ينعقد الصوم أو النفل عند الجمهور ، لأن النهي إذا رجع للعبادة نفسها أو لوصف لازم لها ، اقتضى الفساد .

(١) أصول السرخسي ٨٠/١ وما بعدها ، كشف الأسرار ٢٥٧/١ وما بعدها ، تنقيح الفصول : ص ١٧٣ ، الإحكام للآمدي ٣٣/٢ وما بعدها ، المدخل إلى مذهب أحمد : ص ١٠٥ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٩٧ ، أسباب الاختلاف للخفيف : ص ١٢٧-١٣٠ ، أصول الفقه ، وهبة الزحيلي ٢٣٧-٢٤٣ .

٣- إن كان النهي عن الشيء لوصف مجاور منفك عنه ، كان الفعل مكروهاً عند الجمهور ، كالصلاة في الأرض المغصوبة أو في الثوب المغصوب ، والبيع عند النداء لصلاة الجمعة ، وبيع حاضر لباد بالوكالة عنه ، ونحو ذلك ، لأن النهي الوارد في هذه البيوع لأمر مجاور ينفك عن البيع ، وليس جزءاً من العقد .

وذهب الحنابلة والظاهرية إلى فساد ذلك للنهي عنها ، لأنها وقعت على خلاف ما يطلبه الشرع ، للحديث الثابت : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(١) .

٦- الإرادة والتركيب :

قد يعرض الخلاف بين العلماء بسبب أخذ بعضهم بمفرد الآية دون النظر إلى آية أخرى ، أو بمفرد حديث دون ملاحظة حديث آخر ، وإن كان الأصل أن تستوفي كل آية أو كل حديث الغرض المقصود منهما ، وربما وردت الآية مجملة ، ثم يفسرها الحديث ، كآيات الواردة مجملة في الصلاة والزكاة والصيام والحج ، ثم شرحت السنة والآثار جميع ذلك ، فكان الفقيه مضطراً في استعمال القياس أو الاجتهاد إلى الجمع بين الآيات المفترقة والأحاديث المتغايرة ، وبناء بعضها على بعض ، وعلى هذا لا بد أحياناً من ملاحظة التركيب وضم الآيات إلى بعضها وكذا الأحاديث ، وعدم الاختصار على المفردات أو الجزئيات . وأمثلة ذلك ما يأتي^(٢) :

- تحريم الخمر : يستدل بعض الفقهاء بطريق التركيب ، وبناء الألفاظ

(١) رواه أحمد وأحمد ومسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) الإنصاف لابن السيد البطليوسي : ص ١١٣-١٤١ .

بعضها على بعض ، على تحريم الخمر ، بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ ﴾ [البقرة : ٢١٩] . وبقوله في آية أخرى : ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ ۚ ﴾ [الأعراف : ٣٣] ، وتركب من مجموع الآيتين قياس أنتج تحريم الخمر ، وهو أن يقال : كل إثم حرام ، والخمر إثم ، فالخمر إذاً حرام ، والإثم اسم من أسماء الخمر ، وأنشد اللغويون :

شربت الإثم حتى زال عقلي كذلك الإثم يذهب بالعقول

- قال في لسان العرب : الإثم عند بعضهم الخمر ، وذكر هذا البيت ، وقال ابن سيده : إنه إنما سماها إثماً لأن شربها إثم .

- منع البيع وشرط : تقدمت الإشارة إليه ، وأذكر قصة الخلاف في شأنه بين الفقهاء بمناسبة الأفراد والتركيب ، لأخذ كل واحد منهم بحديث مفرد اتصل به ، ولم يتصل به سواه .

روي عن عبد الوارث بن سعيد أنه قال : قدمت مكة ، فألفيت فيها أبا حنيفة ، فقلت له : ما تقول في رجل باع يبعاً وشرط شرطاً ؟ فقال : البيع باطل والشرط باطل . فأتيت ابن أبي ليلى ، فسألته عن ذلك فقال : البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة ، فسألته عن ذلك ، فقال : البيع جائز والشرط جائز . فقلت في نفسي : يا سبحان الله ، ثلاثة من فقهاء العراق لا يتفقون على مسألة .

فعدتُ إلى أبي حنيفة فأخبرته بما قال صاحبه ، فقال : ما أدري ما قال لك ، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط »^(١) فالبيع باطل والشرط باطل .

(١) أخرجه الحاكم بلفظ « نهى عن بيع وشرط » وهو غريب ، والصحيح ما رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل سلف =

فعدتُ إلى ابن أبي ليلى ، فأخبرته بما قال أصحابه ، فقال : ما أدري ما قال لك ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها »^(١) البيع جائز والشرط باطل .

قال : فعدت إلى ابن شبرمة فأخبرته بما قال أصحابه ، فقال : ما أدري ما قال لك ، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال : « بعث النبي ﷺ بغيراً ، وشرط لي حملانه إلى المدينة »^(٢) البيع جائز ، والشرط جائز .

لقد اختلف هؤلاء الفقهاء بسبب النظرة الإفرادية لكل حديث ، ولو نظروا نظرة تركيبيه ما وقعوا في هذا الخلاف .

٧- الاشتراك وأنواعه :

اللغة العربية خصبة المعاني ، فقد يكون اللفظ المستعمل في القرآن أو السنة محتملاً أكثر من معنى ، فاختلف الفقهاء فيما دل عليه النص من أحكام .

وهذا باب واسع للخلاف . والمشارك من أنواع اللفظ الخاص . وأسباب الاشتراك كثيرة ، منها ثلاثة^(٣) :

= بيع ، ولا شرطان في بيع . سبل السلام ١٦/٣ ، نيل الأوطار ١٧٩/٥ .
(١) أخرجه مسلم البخاري والنسائي والدارمي (سبل السلام ١٠/٣ ، نيل الأوطار ١٨٠/٥) .

(٢) أخرجه مسلم عن جابر من طرق ، وفيها : أن النبي ﷺ قال له : « قد أخذت جملك بأربعة دنائير ، ولك ظهره إلى المدينة » وهو متفق عليه بين أحمد والشيخين (نيل الأوطار ١٧٨/٥) .

(٣) أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي : ٢٨٩-٢٨٤/١ .

الأول - اشتراك اللفظ المفرد بين معنيين حقيقيين :

مثل لفظ القرء في قول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] القرء مشترك بين الحيض والطمهر ، فذهب المالكية والشافعية إلى أنه الطهر ، لقوله تعالى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] والرسول أمر بأن يكون الطلاق وقت الطهر ، فوجب أن يكون المعتبر في العدة ، فكان المراد من الآية : فطلقوهن لوقت تعتد به ، فيكون ذلك الوقت هو الوقت الذي أمر الرسول أن يكون الطلاق فيه ، وهو الطهر ، ثم قال تعالى : ﴿ وَأَحْضُوا أَلْعِدَّةَ ﴾ [الطلاق : ١] يريد ما تعتد به المطلقة ، وهو الطهر . وأمر الرسول عمر أن يأمر ابنه عبد الله الذي طلق امرأته وهي حائض : « مُرّه فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »^(١) وهو يدل على أن زمن الطهر هو الذي يسمى عدة ، وهو الذي تطلق فيه النساء .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن القرء هو الحيض ، بقرينة اللفظ الخاص « ثلاثة » ولأنه تعالى جعل المرأة اليائس من الحيض تعتد بالأشهر في قوله : ﴿ وَالَّتِي يَلْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ [الطلاق : ٤] وجعل بدل كل حيضة شهراً ، ولأنه عليه الصلاة والسلام قال للمستحاضة : « دعي الصلاة أيام أقرائك »^(٢) أي : حيضاتك .

ومثل لفظ النكاح في قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء : ٢٢] حملة أبو حنيفة وأحمد على الوطء مطلقاً ، ولو كان زنى ، وحملة مالك والشافعي على العقد .

(١) أخرجه مسلم .

(٢) أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، وقال : حسن (نيل الأوطار ١/ ٢٧٤) .

ومثل لفظ ﴿أو﴾ في آية المحاربة : ﴿... أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة : ٣٣] ذهب قوم ، منهم الإمام مالك إلى أنها في الآية للتخيير ، كما هي في اللغة ، فقالوا : إن ولي الأمر مخير في هذه العقوبات ، فله أن يعاقب المحارب بأيها شاء ، بحسب ما يراه مناسباً . وذهب الجمهور إلى أنها للتفصيل والتبعض أو التنويع ، لأن العقوبة بمقدار الجريمة ، فمن أخاف السبيل فقط ، ولم يأخذ مالا ولا قتل ينفي ، ومن أخاف السبيل وأخذ المال قطعت يده ورجله من خلاف ، ومن أخذ المال وقتل ، قطعت يده ورجله ثم صلب ، ومن قتل ولم يأخذ مالا قتل .

واختلفوا في النفي من الأرض بسبب التردد بين المعنى الحقيقي والمجازي ، فقال الحجازيون : ينفي من موضع إلى موضع ، وهو الإبعاد ، وقال العراقيون : يسجن ويحبس ، والعرب تستعمل النفي بمعنى السجن .

ومن هذا النوع : قوله ﷺ لنسائه : «أسرعن لحاقاً بي أطولكن يداً»^(١) فحسبته من الطول الذي هو ضد القصر ، فظنت عائشة أنها المرادة ، فلما ماتت زينب قبلها ، علمت حينئذ أنه إنما أراد الطول الذي هو الفضل والكرم ، وكانت زينب أكثرهن صدقة . والعرب تقول : فلان أطول يداً من فلان : إذا كان أكرم منه وأكثر بذلاً .

الثاني - الاشتراك بسبب اختلاف إعراب الكلمة :

مثل قوله تعالى في آية الدين : ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة : ٢٨٢] قال قوم : مضارة الكاتب : أن يكتب ما لم يُمل عليه ، ومضارة الشهيد : أن يشهد بخلاف الشهادة . وقال آخرون : مضارتهما : أن

(١) رواه مسلم في الفضائل والحاكم في المستدرک .

يُمنعا من أشغالهما ، ويكلفا الكتابة والشهادة في وقت يشق ذلك فيه عليهما .

ومنشأ الخلاف : أن قوله ﴿ولا يضارز﴾ يحتمل أن يكون تقديره : « ولا يضارز » بفتح الراء ، فيلزم على هذا أن يكون الكاتب والشهيد مفعولاً بهما ، من المبني للمجهول ، وهكذا كان يقرأ ابن مسعود ، بإظهار التضعيف وفتح الراء . ويحتمل أن يكون تقديره : « ولا يُضَارِزُ » بكسر الراء ، فيلزم على هذا أن يكون الكاتب والشهيد فاعلين ، وهكذا كان يقرأ ابن عمر بإظهار التضعيف وكسر الراء .

الثالث - الاشتراك بسبب تركيب اللفظ :

مثل قوله تعالى في يتامى النساء : ﴿وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [النساء : ١٢٧] قال قوم : معناه « وترغبون في نكاحهن لمالهن » وقال آخرون : إنما أراد : « وترغبون عن نكاحهن ، لدمامتهن وقلة مالهن » .

وسبب الخلاف أن العرب تقول : « رغبت عن الشيء » إذا زهدت فيه ، و« رغبت في الشيء » إذا حرصت عليه ، فلما ركّب الكلام تركيباً ، سقط منه حرف الجر ، واحتمل التأويلين المتضادين .

ومثل الفاء في قوله تعالى : ﴿فَإِنْ فَاءُ﴾ [البقرة : ٢٢٦] بعد يمين الإيلاء (الحلف على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة » رأى الشافعية أنها للتعقيب الزمني ، فلا بد من طلاق الزوج بعد مدة الإيلاء وهي أربعة أشهر ، ورأى الحنفية أنها للتعقيب الذكري ، فلا تفيد التأخير في الزمن ، فيقع الفراق بمجرد مضي مدة الإيلاء : أربعة أشهر ، من غير حاجة إلى طلاق .

٨- الحقيقة والمجاز (الحقيقة) :

استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له في اصطلاح المتخاطبين به .
والمجاز : استعمال اللفظ في غير المعنى الموضوع له بقرينة من
القرائن .

والأصل في الكلام الحقيقة ، ولا يعدل عنها إلى المجاز إلا بقرينة .
وهذا الكلام على مذهب من أثبت المجاز ، لأنه الصحيح الذي لا يجوز
غيره ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ ﴾ [إبراهيم : ٤]
وقوله تعالى : ﴿ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ ﴾ [الشعراء : ١٩٥] .

والمجاز ثلاثة أنواع : في اللفظة المفردة ، وأحوال الإعراب ، بسبب
التركيب وبناء بعض الألفاظ على بعض ^(١) .

- من أمثلة المجاز في اللفظة المفردة : قوله تعالى : ﴿ يَبْقَىٰ آدَمُ قَدْ
أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ لِبَاسًا يُؤَرِّى سَوْآتِكُمْ وَرِيشًا وَلِبَاسُ الْقَوَىٰ ذَٰلِكَ خَيْرٌ ﴾ [الأعراف : ٢٦]
ومعلوم أن الله تعالى لم ينزل من السماء ملابس تلبس ، وإنما تأويله - والله
أعلم - أنه أنزل المطر ، فنبت عنه النبات ، ورعته البهائم ، فصار صوفاً
وشعراً ووبراً على أبدانها ، ونبت عنه القطن والكتان ، فاتخذت من ذلك
أصناف الملابس ، فسمي المطر لباساً ، إذ كان سبباً لذلك على مذهب
العرب في تسمية الشيء باسم الشيء إذا كان منه بسبب ، فهو مجاز من
قبيل إطلاق السبب وإرادة المسبب .

ومنه ما تقدم وهو تفسير النفي من الأرض في عقوبة المحاربين ،
اختلف الفقهاء في معناه ، فحمله الجمهور على الإخراج والإبعاد ،
وحمله الحنفية على السجن .

(١) ابن السيد البطليوسي ، المرجع السابق : ص ٧١-١١٠ .

- ومن أمثلة اختلاف أحوال الحقيقة والمجاز من ناحية الإعراب : قولهم : « مات زيد » فيرفعونه كما يرفعون قولهم : « أمات الله زيداً » وأحدهما وهو الثاني حقيقة ، والآخر مجاز ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا عَزَمَ الْأَمْرُ ﴾ [محمد : ٢١] والأمر لا يعزم ، إنما يعزم عليه . ونحوه قوله عز وجل : ﴿ بَلْ مَكْرُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ﴾ [سبا : ٣٣] وإنما المراد : بل مكرهم في الليل والنهار .

- وأحوال الحقيقة والمجاز من ناحية التركيب : نحو ورود الأمر بصيغة الخبر ، والخبر بصيغة الأمر ، وورود الإيجاب بصيغة النفي ، والنفي بصيغة الإيجاب ، والواجب يرد بصيغة الممكن والممتنع ، وعلى العكس (الممكن والممتنع يردان بصيغة الواجب) والمدح يرد بصورة الذم ، والذم يرد بصورة المدح ، والتقليل يرد بصورة التكثير ، وعلى العكس (التكثير يرد بصورة التقليل) ونحو ذلك من أساليب الكلام . وكل نوع من هذه الأنواع يقصد به تحقيق غرض من أغراض البيان .

وأكتفي بمثال ورود الأمر بصيغة الخبر ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] وإنما المعنى : لترضع الوالدات أولادهن ، لأنه لم يخبرنا وإنما أمرنا . ومثال العكس ، وهو ورود الخبر بصيغة الأمر : قوله تعالى : ﴿ أَسْمِعْ بِهِمْ وَأَبْصِرْ ﴾ [مريم : ٣٨] أي ما أسمعهم وأبصرهم !! .

واحتمالات الاختلاف في كل ذلك قائمة ، فهل المراد الحقيقة أو المجاز أو كلاهما ، وهل للمجاز عموم أو لا ؟

ومن أمثلة الاختلاف في المراد : أهى الحقيقة أم المجاز^(١) قول

(١) اختلاف الفقهاء للخفيف : ص ١٣١ وما بعدها .

النبي ﷺ : « لا نكاح إلا بولي »^(١) ذهب الجمهور (غير الحنفية) : إلى إرادة الحقيقة في قوله « لا نكاح » فالمراد به نفي النكاح وعدم صحته ، إذا لم يباشره ولي ، وذهب الحنفية : إلى إرادة المعنى المجازي ، وقالوا : إن المعنى : لا نكاح مستحجاً أو كاملاً إلا بولي ، وذلك لعدم إمكان إرادة الحقيقة ، بدليل : أن عائشة رضي الله عنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن : المنذر بن الزبير ، وعبد الرحمن غائب بالشام ، وأقر المنذر ذلك . وعن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها »^(٢) كما روي عنه أيضاً : « ليس مع الثيب أمر »^(٣) فلو باشرت الثيب زواجها بنفسها ، كان زواجها صحيحاً ، وليس للولي معها أمر .

فدل ذلك على صحة تزويجها لنفسها ، وعلى أن الحديث « لا نكاح إلا بولي » لا يدل على نفي النكاح ، وإنما على نفي كماله أو استحسانه ، فكان المراد من الحديث هو المعنى المجازي ، لا الحقيقي .

وكذلك حديث « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب »^(٤) حملة الجمهور على الحقيقة ، فقالوا : لا تصح الصلاة بقراءة غير الفاتحة ، وحملة الحنفية على المجاز ، أي لا صلاة كاملة لعدم إمكان إرادة الحقيقة ، إذ لو حمل على الحقيقة لكان ناسخاً للكتاب ، وهو قطعي ، فإن قوله تعالى : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا يَنْسَرُ مِنَ الْقُرْآنِ ﴾ [المزمل : ٢٠] . عام يتناول قراءة آية ولو غير الفاتحة .

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي بردة) .

(٢) رواه مسلم .

(٣) رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان .

(٤) متفق عليه .

ومن أمثلة عموم المجاز : قول الرسول ﷺ : « لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ، ولا الصاع بصاعين »^(١) وليس المراد بالصاع حقيقته بالاتفاق ، وإنما المراد به معناه المجازي ، وهو مقدار ما يكال به ، ويراد به عموم المجاز في كل ما يكال من جنس واحد ، وهو رأي الحنفية . وقال بعض الشافعية :

المراد به : الصاع من الطعام ، لأنه مراد إجماعاً ، ولا يتناول غيره ، إذ لا عموم للمجاز ، وعلى ذلك لا يمتنع بيع صاع بصاعين من غير طعام .

ومثل ذلك حديث « إنما الأعمال بالنيات »^(٢) يراد به المعنى المجازي بالاتفاق ، والقائلون بعموم المجاز رأوا أن المراد به أن حكم الأعمال بالنيات ، في الدنيا كالصحة ، وفي الآخرة كالثواب . والذين لا يرون عموم المجاز . قالوا : إن المراد ثواب الأعمال في الآخرة فقط . وترتب على الخلاف صحة بعض العبادات كالوضوء من غير نية ، عند الحنفية ، وقال الشافعية : لا يصح من غير نية .

ومن أمثلة إرادة المعنى الحقيقي والمجازي : قوله تعالى : ﴿ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ [المائدة : ٦] يرى بعض الفقهاء أن المراد بالملامسة ما يعم الوطء واللمس باليد ، وأحدهما حقيقي ، والآخر وهو الوطء مجازي ، جمعاً بين الحقيقة والمجاز ، وهؤلاء هم الشافعية . وقال الجمهور : المراد هو الوطء فقط ولا يجب الوضوء بلمس المرأة .

(١) رواه أحمد ومسلم وغيرهما .

(٢) متفق عليه بين الشيخين .

النوع الثاني : الاختلاف في القواعد الفقهية - قواعد الفروع والشروط :

هذا هو النوع الثاني من نوعي الاختلاف في فهم النص .

كثيراً ما يختلف الفقهاء بسبب تحكيم القواعد الفقهية ، مثل ما تقدم من رد صاع من تمر في حديث الشاة المصرة (مربوطة الضرع لاجتماع اللبن فيه) مع رد الشاة المشتراة ، لم يأخذ به الحنفية ، لمخالفته قاعدة الضمان : المثل في المثليات والقيمة في القيميات .
ومن هذه الاختلافات ما يأتي :

١- التراضي في العقود :

الأصل في إبرام العقود المالية أو المعاملات الجارية بين الناس : اتباع التراضي المدلول عليه بقوله تعالى : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] . وتطبيق هذا الأصل أدى إلى الاختلاف الفقهي ، فأجاز الجمهور انعقاد البيع بالإيجاب والقبول وبالمعاطاة ، لدلالاتها على التراضي عرفاً وعادة ، لقوله تعالى : ﴿ أَوْ أَنْ تَفْعَلَ فِي أَمْوَالِنَا مَا نَشَاءُ ﴾ [هود : ٨٧] .

ولم يجز الشافعي انعقاد البيع بالمعاطاة ، لأن حقيقة الرضا أمر خفي في القلب ، ولا سبيل لمعرفة إلا بضابط كلي محسوس وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقلين ، بالتعبير عما في القلب باللسان^(١) .

٢- مفهوم الاستثناء :

الاستثناء عند الشافعي يثبت به عكس ما يكون قبل أداة الاستثناء وهي

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني : ص : ٦٢ .

«إلا» ونحوها ، وعلى هذا قال «الاستثناء من النفي إثبات ، ومن الإثبات نفي» لإجماع أهل اللغة على أن كلمة التوحيد «لا إله إلا الله» موضوعة لنفي الألوهية عن غير الله تعالى ، وإثبات ألوهية الله . ولو قال : فلان علي عشرة إلا تسعة ، لزمه واحد .

وعند أبي حنيفة : الاستثناء يدل فقط على منع عموم المستثنى منه ، كأن المتكلم لم يتكلم إلا بالقدر الباقي بعد الاستثناء . وعليه : ليس الاستثناء من النفي إثباتاً ، وترتب على ذلك إبطال الاستثناء من غير الجنس ، فلو قال له : علي ألف درهم إلا ثوباً ، لزمه كل الألف ، لأن المستثنى لم يشمل عموم الاستثناء^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل منها :

- الأصل في الأموال الربوية عند الشافعي تحريم بيع بعضها ببعض ، والجائز منها يثبت مستثنى من قاعدة التحريم ، ففي حال اتحاد الجنس يجوز بيع مال ربوي بمال ربوي كبيع حنطة بحنطة ، مقيداً بشروط المساواة ، والحلول ، والتقابض ، وعند اختلاف الجنس يجوز البيع بشرط الحلول والتقابض ، لقوله ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، والبرّ بالبرّ ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، يدأ بيد ، عيناً بعين ، فإذا اختلف الجنسان ، فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يدأ بيد »^(٢) فإنه نهى عن بيع الأشياء بعضها ببعض نهياً عاماً ، ثم استثنى حالة المساواة ، فالنهي الأول يتناول القليل والكثير بعمومه ، والاستثناء يتناول ما يدخل تحت الكيل ، وهو ما يتحقق فيه المساواة .

(١) الزنجاني المرجع السابق: ص ٦٧-٦٨ .

(٢) رواه مسلم عن عبادة بن الصامت .

وبناء عليه ، قال الشافعي : لا يجوز بيع حفنة^(١) بحفتين ، ولا بطيخة ببطيختين ، وسفرجلة بسفرجلتين ونظائرها .

وقال أبو حنيفة : الأصل في المبادلات الإباحة ، لقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مِمَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ [البقرة : ٢٩] ولقيام الملك فيها ، والحفنة غير مكيلة ، أي : إنها أقل من المعيار الشرعي وهو نصف صاع ، فتبقى على أصل الجواز ، لأنه لا تقدير في الشرع فيما دون نصف صاع .

- ومنها : أن التقايض في بيع الطعام بالطعام شرط عند الشافعي ، سواء اتحد الجنس أو اختلف ، لأن الجواز ثبت مستثنى من قاعدة التحريم ، وفيها التقابض المستفاد من قوله ﷺ : « يدأ بيد » فإنه صريح ، والتقابض في مجلس العقد .

وحمل أبو حنيفة رحمه الله قوله : « يدأ بيد » على الحلول المنافي للنساء ، وقوله « عيناً بعين » على التأكيد والتكرير .

- ومنها : أن الشخص إذا باع مد عجوة ودرهماً بمد عجوة ، ونظائره من جَمْع شيئين مختلفي القيمة في صفقة البيع : لا يصح عند الشافعي ، لأن ربا الفضل معلوم ، والمماثلة التي هي طريق الخلاص غير معلومة ، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ، ويصح عند أبي حنيفة لصرف الجنس إلى خلافه .

- ومنها : أن بيع اللحم بالحيوان باطل عند الشافعي ، للجهل بالمماثلة فيما اعتبرت فيه المماثلة ، ومثله بيع السمسّم بالدهن . وقال أبو حنيفة : يصح ، إذا تحققت المماثلة بالوزن ، عملاً بقاعدة « الأصل في البيوع الإباحة » .

(١) الحفنة : ملء الكفين من الطعام .

- ومنها : أن بيع الرطب بالتمر باطل عند الشافعي ، لعدم التحقق من المماثلة . وقال أبو حنيفة : يصح لتحقيق المساواة في الكيل .

- ومنها : اختلافهم في أجرة الصياغة ، فقال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور : إذا استأجر رجل أجيراً يعمل له فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة ، فلا بأس بذلك . وقال الأوزاعي ومالك والشافعي :

لا خير في أن يأتي الرجل الصائغ بالورق ، يريد أن يعمل له خلخالاً بوزنه من الورق ، ويعطيه أجر عمله ، وقد نهى ابن عمر عن ذلك ، كما روى مالك والنسائي عن مجاهد^(١) .

ومثله الاختلاف في بيع الذهب الجيد بغير الجيد ، أو الذهب الجيد بالردئي ، أو الطعام الجيد بالردئي ، فلم يجزه مالك والشافعي وغيرهما ، منعاً من التهمة ، وسداً للذريعة عند مالك ، وللتفاضل الموجود في القيمة عند الشافعي .

وأجاز ذلك الحنفية إذا اتحد الوزن ، وردوا القول بسد الذرائع ، لأن العبرة وجود المماثلة بين الذهب . لكن يجوز بالاتفاق أخذ الذهب بالذهب ، مع اتحاد الوزن ، وأحدهما أكثر عدداً من الآخر^(٢) .

ومنها اختلافهم في المرافطة : وهي بيع الذهب النقد بالتبر (السبيكة) مع اتفاق الوزن .

٣- مفهوم الصفة :

ذهب الشافعية إلى أن تخصيص الحكم بصفة من أوصاف الشيء يدل

(١) اختلاف الفقهاء للطبري: ص ٦٢ وما بعدها، جامع الأصول ١/٤٦٧ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق: ص ٦٤-٦٧، أعلام الموقعين ٢/١٤٣، بداية المجتهد ١٩٨-١٩٧/٢ .

على نفي الحكم عما عدا محل الصفة ، وهو الملقب بالمفهوم ، وقد تقدم بحثه ، ومثاله : قوله ﷺ : « في سائمة الغنم زكاة » فدل على نفي الحكم عما عداها ، وتنزل الصفة منزلة العلة . كذلك هو الحكم عند الحنفية ، لكن لا على أساس مفهوم الصفة ، لأن المفهوم مطلقاً ليس حجة . وإنما على أساس أن الصفة تجري مجرى العلم ، إذ المقصود من الصفة الإبانة عن الموصوف والتمييز بينه وبين غيره^(١) .

٤- أثر النهي في العقود المالية :

يرى الحنفية أن النهي عن التصرف لوصف من الأوصاف لا يقتضي بطلان المنهي عنه ، فالنهي عن الشيء لأمر يرجع إلى شروط صحة العقد وتوابعه وأوصافه المقارنة له كالبيع إلى أجل مجهول ، والبيع بالخمير والخنزير لا يبطل التصرف ، على عكس النهي عن الأمر المتعلق بركن من أركان التصرف كالإيجاب والقبول ، أو لمحل العقد (المعقود عليه) كبيع الحر والميتة والدم ، وانعدام أهلية العاقد كبيع غير المميز ، فهذا يبطل العقد . ويرتب عليه وجود ما يسمى بالعقد الفاسد في مواجهة الباطل والصحيح . والفساد لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية ، والفساد ينقل الملكية بالقبض ، أما الباطل فلا ينقلها .

وذهب الجمهور إلى أن فساد الوصف مثل فساد الأصل ، والأصل هو ركن العقد أو محله ، والفساد والباطل مترادفان بمعنى واحد^(٢) .

وترتب على هذا الأصل مسائل ، منها :

(١) الزنجاني ، المرجع السابق : ص ٧٣-٧٦ .

(٢) المرجع السابق : ص ٧٦-٧٨ .

- أن البيع الفاسد لا ينعقد عند الجمهور ، ولا يفيد الملك أصلاً ، وعند الحنفية : ينعقد ويفيد الملك إذا اتصل به القبض .

- والإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع عند الجمهور ، وعند الحنفية : تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد .

- وبيع المكره وإجارته لا ينعقد عند الجمهور ، وينعقد عند الحنفية ويتوقف نفاذه على الرضا .

ويلحق بهذا الأصل : أن العاصي بسفـره (منشئ سفر المعصية) لا يترخص ترخص المسافرين عند الشافعية ، لكون السفر ممنوعاً منه . وعند الحنفية : يترخص ، لأن الممنوع هو وصفه دون أصله .

٥- حكم الإيجاب والقبول :

يترتب على الإيجاب والقبول عند الحنفية مجرد انعقاد العقد ، أي الارتباط الحاصل بين الخطاب والجواب ، دون زوال الملك ، فهو حكم منفصل عن الانعقاد ، بدليل العقد في مدة الخيار ، والهبة قبل القبض ، فإن كلاهما منعقد ، دون إزالة الملك ، لأن زوال الملك ينـبني على توافر صفة الولاية على محل العقد .

وأنكر الشافعي (ومثله أحمد) هذا الانقسام ، ولم يثبت للانعقاد معنى ، سوى كون العقد مفيداً للحكم الذي وضع له ، لأن الإيجاب والقبول وضعا سبباً لزوال الملك في المحل المملوك ، إذا صدر العقد من المالك الولي على المحل ، فلا معنى للانعقاد دونه^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

(١) المرجع السابق : ص ٨٧ وما بعدها .

منها : أن الفضولي إذا باع مال الغير لغا بيعه ، ولم ينفذ بالإجازة عند الشافعية والحنابلة . وعند الحنفية : ينفذ بالإجازة .
ومنها : أن تصرفات الصبي باطلة عند الشافعية والحنابلة ، وعبارته لاغية فيها ، وعند الحنفية : يتوقف نفوذها على إجازة الولي .

٦- هل بيع الأعيان يتبع الطهارة أو الانتفاع ؟

ذهب الشافعي إلى أن جواز بيع الأعيان يتبع الطهارة ، أي : إن الطهارة فيه شرط ، فما كان طاهراً جاز بيعه ، وما لم يكن طاهراً لم يجز بيعه ، لأن النجس واجب الاجتناب ، منهي الاقتراب ، والبيع وسيلة إلى الاقتراب .

وقال أبو حنيفة : جواز البيع يتبع الانتفاع ، فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه ، لأن الأعيان خلقت لمنافع الآدمي ، لقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾^(١) [البقرة : ٢٩] .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن الكلب المعلم لا يجوز بيعه عند الشافعية ، ولا يضمن بالإتلاف كسائر الأموال ، لأنه نجس . وعند الحنفية : يجوز بيعه ويضمن بالإتلاف .

ومنها : أن بيع لبن الآدميات جائز عند الشافعية ، لطهارته ، وعند الحنفية : لا يجوز ، لأن الانتفاع به ضرورة ، فيقدر بقدر الضرورة ، ولا يقبل نقل الاختصاص إلى غير محله ، ولهذا لا يضمن بالإتلاف .

ومنها : أن بيع السرقين (الزبل) لا يجوز عند الشافعية لنجاسته ،

(١) المرجع السابق: ص ٨٩ وما بعدها .

ويجوز عند الحنفية لأنه منتفع به في تسميد الأرض وغيره .
ومنها : أن بيع خمر أهل الذمة فيما بينهم باطل عند الشافعية
لنجاستها . ويصح عند الحنفية لجواز الانتفاع بها فيما بينهم ، ولذلك
يضمن بالإتلاف .

٧- موجب عقود المعاوضات :

موجب (أو مقتضى) عقود المعاوضات التسوية بين العوض
والمعوض ، ذاتاً (بأن يكون كل منهما مالاً) ووصفاً (بأن يكون كل
منهما قابلاً أن يكون حالاً ومؤجلاً ، ودينياً وعينياً) وحكماً (بأن يكون كل
منهما ركناً مقصوداً بالعقد) لأن العقد قائم على التساوي بين العاقلين ،
ورفع الضرر عنهما ، ورعاية مصلحتهما .

وقال أبو حنيفة : إن المبيع من شروط انعقاد العقد ، فلا يتصور وجود
العقد دونه ، والضمن حكم العقد ، أي : أثره ، فهو غير داخل في حقيقة
العقد ، بدليل صحة شراء المفلس شيئاً^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن السلم الحال صحيح عند الشافعية ، تسوية بين العوض
والمعوض . ولا يصح عند الحنفية ، تفرقة بينهما .

ومنها : أن السلم في الحيوان صحيح عند الشافعية ، لأنه جاز أن
يكون ثمناً ، فجاز أن يكون مثمناً ، وعند الحنفية : لا يصح ، تفرقة بين
المبيع والضمن .

(١) المرجع ذاته : ص ٩٣-٩٦ .

ومنها : أن السلم في المنقطع جنسه عند العقد ، المعلوم وجوده عند حلول أجل تسليم المسلم فيه : صحيح عند الشافعية ، تسوية بين الثمن والمثمن .

ولا يصح عند الحنفية ، لأن الثمن حكم العقد ، والعجز عن تسليمه لا يمنع صحة العقد .

ومنها : إفلاس المشتري بالثمن يثبت للبائع حق الفسخ عند الشافعية ، إذا كان المبيع قائماً ، تسوية بين العوض والمعوّض . وعند الحنفية : لا يثبت ، لأن الثمن وصف فرعي متمم للعقد ، وليس أصلاً فيه .

ومنها : أن النقود تتعين بالتعيين عند الشافعية في عقود المعاوضات ، حتى يمتنع إبدالها ، كتعيين المبيع ، وعند الحنفية : لا يتعين الثمن أو النقود بالتعيين ، لأنه يثبت في الذمة ، بخلاف المبيع ؛ لأنه أحد شروط انعقاد ركن العقد .

٨- موجب الرهن :

اختلف العلماء في موجب قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾ [البقرة : ٢٨٣] فقال الشافعية : إن موجب عقد الرهن : تعلق الدين بالعين المرهونة ، أي : تعيينها لأداء حق المرتهن منها ، ومنع المالك الراهن من التصرفات المزيللة لملك الرقبة (ذات المرهون) كالبيع والهبة ، تغلياً للمعنى الشرعي ، على المعنى الحسي في اللفظ .

وقال أبو حنيفة : موجب الرهن ثبوت حق حبس العين المرهونة على سبيل الدوام ، ثبوتاً حسياً ، لأن الرهن لغة هو الحبس ، قال الله تعالى :

﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدرثر : ٣٨] أي : محبوسة^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن رهن المشاع صحيح عند الشافعية (ومثلهم المالكية والحنابلة) لأنه قابل لحكم الرهن ، وهو تعلق الدين بالمرهون ، ولا يصح عند الحنفية لتعذر تحقيق ديمومة الحبس (دوام اليد) على الشائع .

ومنها : أن منافع الرهن لا تتعطل على الراهن عند الشافعية ، لأن تعلق الدين بالعين المرهونة لا يفوت باستيفاء المنافع . وعند الحنفية : تتعطل ، لأن حكم الرهن ثبوت حق الحيازة (أو ملك اليد) على سبيل الدوام ، وتمكن الراهن من الانتفاع بالمرهون يفضي إلى تغير اليد (أو الحيازة) .

ومنها : أن زوائد المرهون غير مرهونة عند الشافعية ، لأن حق المرتهن تعلق بعين المرهون . وعند الحنفية : هي مرهونة ، لأن الفرع يتبع الأصل ، وأجزاء الشيء تتصف بصفة الأصل .

ومنها : أن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن عند الشافعية (ومثلهم المالكية والحنابلة) فإذا تلفت بغير تعدّ ولا تقصير ، لم يسقط من الدين شيء ، لأن حكم الرهن تعلق الدين بالعين المرهونة ، فإذا فاتت (هلكت) العين ، بطل هذا التعلق ، أما فوات الحق من أصله فلا وجه له . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بأقل الأمرين : وهو القيمة (قيمة المرهون) أو الدين ، فإذا تساوى حدثت المقاصة ، وإذا كانت قيمة المرهون أقل من الدين سقط من الدين بقدرها ، وإن كانت أكثر ، سقط الدين ، ولم تضمن الزيادة ، إلا بالتعدي أو التقصير ، لأن حكم الرهن

(١) المرجع السابق : ص ٩٧-٩٩ .

ثبوت ملك اليد ، وثبوت حق الاستيفاء من المرهون ، وذلك يوجب سقوط الدين عند هلاك المرهون ، لأن ثبوت اليد لجهة الاستيفاء أو حق الاستيفاء نازل منزلة الأخذ على حقيقته في الضمان ، مثل المقبوض على سوم الشراء ، فإنه لما كان مأخوذاً على جهة العقد ، كان كالمقبوض على حقيقة العقد في الضمان ، كذلك ها هنا .

٩- الأمر المطلق هل يقتضي الأمر بشيء من جزئياته؟

يرى الشافعية أن الأمر المطلق الكلي لا يقتضي الأمر بشيء من جزئياته ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ، ولا فرد من أفرادهِ . وذهب الحنفية إلى أنه يقتضي ذلك ، لاشتمال الكلي على الجزئي ضرورة^(١) . ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن الوكيل بالبيع المطلق إذا قال له موكله : بع هذا الشيء ، لا يكون أمراً ببيعه بالغبن الفاحش ، ولا بضمن المثل ولا بأقل من ثمن المثل ، ولا بالنقد ولا بالنسيئة ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ، ولا فرد من أفرادهِ ، وإنما ملك البيع بضمن المثل وبالنقد الحال ، لقيام القرينة الدالة على الرضا بسبب العرف . وعند أبي حنيفة : المطلق يجري على إطلاقه ، وله البيع بما شاء ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كوجود تهمة كالبيع لنفسه أو زوجته أو ولد ولده ، ولا يعتمد على العرف لأن العرف متعارض ، فإن البيع بغبن فاحش ليتوصل بضمن المبيع إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً^(٢) .

(١) الزنجاني: ص ١٠٠-١٠٢ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي ١٠٣/٥ .

ومنها : أن الوكيل بالخصومة كالمحامي إذا أقر عن موكله ، لم يصح إقراره عند الجمهور ، لأن اللفظ من حيث إطلاقه لا يتناوله ، والعرف لا يقتضيه . وعند الحنفية : يملك الإقرار بغير القصاص والحدود^(١) .

ومنها : أن الأجير المشترك كالصباغ والكواء إذا اقتصر على المعتاد في عمله فتلف الثوب ، لم يضمن عند الشافعية ، فإن اللفظ لا يوجب تقييداً ، والقرينة العرفية لا توجب تعين السلامة . وعند الحنفية : يضمن ، لأن الأجير المشترك تابع للعمل المسمى في ذمته ، فيحمل على السليم دون المعيب ، كما في بيع العين (المال الحاضر) فإذا أتى بغيره وأتلف : ضمن ، وإن لم يكن مقتصراً .

١٠- هل تعتبر التهمة في الأحكام ؟

قال الشافعية : إذا وجد الفعل مطابقاً لظاهر الشرع حكم بصحته ، ولا تعتبر التهمة في الأحكام ، لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية ، دون المعاني الخفية . وقال أبو حنيفة : كل فعل تمكنت التهمة فيه ، حكم بفساده ، لتعارض دليل الصحة والفساد^(٢) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن إقرار المريض مرض الموت لغرماء المرض ، كإقراره لغرماء الصحة ، فيتساويان في استحقاق التركة ، إذ الإقرار للوارث صحيح عند الشافعية ، وعند أبي حنيفة : لا يصح ، لأنه متهم فيه ، لأنه أراد تخصيصه ، فعدل إلى صيغة الإقرار .

(١) المرجع السابق ٩٣/٥ .

(٢) الزنجاني: ص ١٠٢ وما بعدها .

١١- ملك المضمون ، والأثر المستند أو الرجعي :

ذهب الحنفية إلى أن المضمونات تملك بالضمان ، ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان . فمن ضمن شيئاً بسبب غصبه أو إتلافه ملك حطامه . وذهب الشافعية : إلى أنها لا تملك ^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن الغاصب إذا ضمن قيمة المغصوب ، ثم ظهر المغصوب ، فهو عند الشافعية لملكه المغصوب منه ، يأخذه ، ويرد القيمة ، لأن الغاصب لم يملكه . وعند الحنفية : هو الغاصب ، لأنه ملكه بالضمان ، واستند ملكه إلى وقت وجوب الضمان .

ومنها : إذا غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فخاطه ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو غصناً فغرسه فصار شجرة ، أو نحاساً أو رصاصاً ، فاتخذ منها آتية ، غرم عند الشافعية أرش (تعويض) النقصان .

وعند الحنفية : يغرم قيمة المأخوذ ، ويملك العين المغصوبة ، فإن الضمان في مقابلة العين ، وقد تبدلت ، فإن مالية الحنطة غير مالية الدقيق ، من حيث إنهما مفترقان اسماً وصورة ومعنى ، فإن الحنطة متهيئة لأغراض كالبذر والقلبي والهرس والطحن ، وهي قابلة للادخار ، وهذه المعاني تقصد وتطلب .

ومنها : أن القطع (قطع يد السارق) والضمان لا يجتمعان عند الحنفية ، لأنه لو ضمن لملك المسروق ، واستند ملكه إلى وقت الأخذ ، فيحصل القطع في أخذ ملك نفسه ، وذلك لا يجوز . وعند الشافعية والحنابلة : يجتمعان ، لتعدد السبب ، فسبب الضمان تفويت حق الآدمي

(١) المرجع السابق: ١٠٤-١٠٨ .

وأخذ ماله ، وسبب القطع مراعاة حق الله تعالى ، فلا يمنع أحدهما الآخر ، كالدية والكفارة في القتل .

ومنها : أن المسروق منه إذا وهب الشيء المسروق للسارق بعد الرفع للقضاء ، لا يسقط حد القطع عند الشافعية . ويسقط عند الحنفية ، لأنه ملك الشيء بالهبة ، وأسند ملكه إلى وقت الأخذ ، فلو قطع لقطع في ملك نفسه .

١٢- هل للمنافع أحكام الأعيان في الإجارة ؟

يرى الشافعي : أن المنافع هيئة قائمة بالمحل ، تنزل منزلة الأعيان ، في عقد الإجارة ، فهي صنف من البيع ، فتملك المنافع المعقود عليها مقترنة بالعقد ، وإن ترتبت في الاستيفاء شيئاً فشيئاً ، بدليل جواز العقد ، وامتناع بيع المعدوم .

ويرى الحنفية : أن المنافع المعقود عليها لا تملك مقترنة بالعقد ، بل تملك شيئاً فشيئاً مع مرور الزمان ، لأن المنافع معدومة لدى العقد ، فلا يملكها مالك الدار قبل وجودها^(١) .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن الأجرة تملك بنفس العقد في الإجارة المطلقة عند الشافعية ، دفعة واحدة كالثمن في بيع الأعيان . وعند الحنفية : تملك يوماً فيوماً ، ساعة فساعة ، بحسب وجود المنافع .

ومنها : أن إجارة المشاع جائزة عند الشافعية ، تنزيلاً لبيع المنافع منزلة بيع الأعيان . وعند الحنفية : لا يجوز ، لأن المنافع لا يمكن قبضها

(١) الزنجاني ص ١١٤-١١٧ .

إلا بالفعل ، واستيفاء منفعة شائعة غير ممكن ، فإن السكنى فعل لا يتبعض ، وكذلك اللبس ، بخلاف بيع الشائع .

ومنها : أن الإجارة لا تبطل بموت المستأجر عند الشافعية ، لأن المستأجر ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة ، ملكاً لازماً ، فيورث عنه ، وعند الحنفية : تفسخ الإجارة بموت المستأجر ، لأن ملك المنافع مرتب على الوجود ، وقد فات قبل الملك .

وكذلك لا يفسخ العقد عند الشافعية بموت المؤجر ، لأنه مات بعد زوال ملكه ، فلا يصير لوارثه بموته ، وعند الحنفية : يفسخ ، لأنه عقد يتجدد على ملكه ، وما يتجدد بعد موته ، لا يحدث على ملكه ، حتى يتناوله مطلق عقد المورث .

ومنها : أن إضافة الإجارة إلى السنة القابلة (للمستقبل) لا يصح عند الشافعية ، لتعذر تسليم المنافع المعقود عليها . وعند الحنفية : يصح ، بناء على تجدد العقود بحسب وجود المنافع شيئاً فشيئاً .

١٣- اختلاف الدارين :

أي : دار الإسلام ودار الحرب ، هل يوجب تباين الأحكام؟ للفقهاء اتجاهان^(١) :

١- اتجاه أبي حنيفة ومحمد :

أن اختلاف الدار يوجب تباين الأحكام ، لأن تباين الدارين حقيقة وحكماً منزّل منزلة الموت ، والموت قاطع للأحكام ، فكذا تباين

(١) البدائع ٧/ ١٣٠-١٣٤ ، رد المختار على الدر المختار ٣/ ٣٥٠ ، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٤٣ .

الدارين . والتباين الحقيقي : بالخروج عن يد المالك . والتباين الحكمي : بانقطاع الولاية والنصرة والتصرف .

٢- واتجاه أبي يوسف وجمهور العلماء (بقية أئمة المذاهب) :

أن اختلاف الدارين لا يوجب تباين الأحكام ، لأن الدور والأماكن والأراضي ، لا حكم لها ، وإنما الحكم لله تعالى ، ودعوة الإسلام عامة لجميع الناس سواء في أماكنهم أو في غيرها .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

أولاً : لو دخل مسلم دار الحرب بأمان ، فعاقده حريياً عقداً مثل الربا ، أو أي عقد فاسد ، جاز في الاتجاه الأول ، ولم يجز عند أصحاب الاتجاه الثاني .

دليل أبي حنيفة ومحمد : أن المسلم يحل له أخذ مال الحربي ، من غير خيانة ولا غدر ، ولأن العصمة منتفية عن ماله ، فإتلافه مباح ، وفي عقد الربا ، المتعاقدان راضيان فلا غدر فيه . والربا كإتلاف المال . وهذا لا ينطبق على إيداع أموال المسلمين في بنوك الغرب ، وأخذ الفوائد الربوية عنها ، فذلك حرام بالاتفاق لأننا بهذا نقويهم علينا ، ولا نضعفهم .

ودليل الجمهور : أن حرمة الربا ثابتة في حق المسلم والحربي ، أما المسلم فظاهر ، وأما الحربي فلأنه مخاطب بالحرمان ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ هُمُوعَتَهُ ﴾ [النساء : ١٦١] .

ثانياً : إذا هاجر أحد الزوجين إلينا ، مسلماً أو ذمياً ، وتخلّف الآخر في دار الحرب ، لا ينقطع النكاح عند الجمهور بنفس الخروج ، وينقطع عند أبي حنيفة ومحمد ، لتباين الدار .

ثالثاً : إذا أسلم الحربي ، وخرج إلينا وترك ماله في دار الحرب ، ثم ظهر المسلمون على دارهم ، فإن ماله لا يملك عند الجمهور ، وعند أبي حنيفة ومحمد : يملك ، ويكون من جملة الغنائم .

رابعاً : من أسلم في دار الحرب ، ولم يهاجر إلى دار الإسلام ، فهو معصوم يجب عند الجمهور على قاتله الدية والقصاص ، وعلى من أتلف ماله الضمان ، كما في دار الإسلام . وقال أبو حنيفة رحمه الله : يحرم قتله وأخذ ماله ، ولكن لا يجب الضمان ، فإن العصمة المقومة تثبت بالدار ، والحرمة تثبت بالإسلام .

* * *

السبب الثالث

الاختلاف فيما لا نص فيه من أدلة الأحكام

هذا سبب واضح للاختلاف ، وهو يشمل تسعة أدلة : وهي الإجماع ، والقياس ، والاستحسان ، والاستصلاح ، والعرف ، والاستصحاب ، ومذهب الصحابي ، وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع ، وأبحاثها على التوالي :

١- الإجماع :

هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي . وهذا المعنى في الواقع لم يوجد إلا في أصول الدين والعلم والأحكام المعلومة من الدين بالضرورة ، أي بالبداهة ، وفي بعض الأحكام الأخرى التي ورد بها نص في القرآن أو السنة . أما الإجماع على أمر اجتهادي فلم يقع إلا في مثال واحد وهو شركة المضاربة .

وقد كثرت دعاوى الإجماع ، وهي في الواقع إما رأي الكثرة ، أو مما لا يعلم فيه خلاف ، وما لا يعلم فيه خلاف لا يقال له إجماع ، كما قرر الإمام الشافعي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم^(١) .

(١) الرسالة للشافعي : ص ٥٣٤ ، الأم ١٤٧/٧ ، رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن =

من الأمثلة التي ادعي فيها الإجماع ما يأتي :

أولاً : وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد : يقع هذا الطلاق عند الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة ، للإجماع عليه في زمن عمر ، ولما رواه مسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم في أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم . ولم يأخذوا بما رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس في قصة طلاق رُكَّانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثاً في مجلس واحد ، فقال له النبي ﷺ : إنما تلك طلقة واحدة ، أي إنها طلقة رجعية واحدة ، كما أفتى ابن عباس^(١) . يتبين من ذلك أن ادعاء الإجماع على وقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً ، في زمن عمر ، حال بين الفقهاء وبين أن يأخذوا بحديث رُكَّانة ، وبأصح الروايتين عن ابن عباس ، وبما كان عليه الناس قبل خلافة عمر .

ثانياً : سهم المؤلفة قلوبهم : لم يعط الخليفة عمر في عهد أبي بكر بعض المؤلفة قلوبهم من الزكاة ، وهما عيينة بن حصن والأقرع بن حابس ، ووافقهم الصحابة على ذلك ، فاختلف الفقهاء في حكمه . فذهب الحنفية إلى سقوطه مطلقاً ، واستدلوا على سقوطه بالإجماع ، وذهب الحنابلة إلى بقاءه إذ لم يرد فيه ناسخ ، ورأى الشافعية على الأصح عدم إعطاء الكفار فقط ، ويعطى المسلمون ، ورأى المالكية بقاء سهم المؤلفة قلوبهم ، من غير فرق بين مسلم وكافر .

وبه يظهر أن الفقهاء في ذلك فريقان : فريق يرى سقوطه ، ويحتج

= تيمية ص ٤٠ ، أعلام الموقعين ٧/ وما بعدها ، ط : محيي الدين عبد الحميد ، أسباب اختلاف الفقهاء للخفيف : ص ٢٠٣ وما بعدها .

(١) أعلام الموقعين ٤١/٣ وما بعدها .

بالإجماع ، وفريق يرى بقاءه ويحتج بالآية وعدم نزول ما ينسخها ، فكان ادعاء الإجماع على ذلك هو السبب في خلاف الحنفية .

ثالثاً : اجتماع العشر والخراج في الأرض المفتوحة عنوة : كالشام ومصر والعراق . أخرج البخاري أن رسول الله ﷺ قال : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً : العشر ، وفيما سقي بالنضح نصف العشر » وبه أخذ الجمهور . وذهب الحنفية بعد صيرورة الأرض الخراجية بيد المسلمين إلى أنه لا يجب على مالكيها إلا الخراج ، ولا يؤخذ مما تنتجه العشر ولا نصف العشر ، إذ لا يجتمع عندهم عشر وخراج . واحتجوا على ذلك بحديث رواه ابن عدي : « لا يجتمع العشر والخراج في أرض مسلم » والواقع أن فيه يحيى بن عنبسة ، وهو منكر الحديث ، بل هو موضوع كما ذكر ابن الجوزي . فادعى بعض الحنفية الاستدلال على رأيهم بإجماع الصحابة ، كما جاء في فتح القدير .

والأصح أنه لا إجماع فيه ، ولولا ادعاء الإجماع لكان الحنفية مع غيرهم في وجوب العشر ، لعموم الأدلة القاضية به . وأما إجماع أهل المدينة الذي يحتج به الإمام مالك على أنه أثر منقول عن النبي ﷺ ، ففيه تفصيل عند المالكية^(١) :

- ١- العمل الذي أجمعوا عليه ولم يخالفهم فيه غيرهم ، وهو حجة اتفاقاً .
- ٢- العمل الذي خالفهم فيه أهل الأمصار الأخرى : هو حجة إذا كان منقولاً عن الرسول ﷺ وأصحابه . وليس محلاً للاجتهاد ، كبيانهم مقدار الصاع والمد ، وموضع الروضة والمصلى ، وعملهم في الأوقاف ، والأذان على المكان المرتفع ، وتثنية الأذان ، وإفراد الإقامة ونحو ذلك ، وليس حجة فيما عدا ذلك .

(١) أعلام الموقعين ٢/ ٣٦١-٣٧٦ ، أسباب اختلاف الفقهاء للخصيف ٢١٣-٢١٤ .

٣- العمل المختلف فيه فيما بينهم هو محل نزاع : فإن كان على خلاف الخبر المروي من القسمين السابقين ، فإن الخبر يترك لعملهم ، وإن كان ذلك اجتهداً ، فالخبر أولى منه عند جمهور العلماء ، لأن العصمة لم تضمن لاجتهادهم ، مثل عملهم ، بخلاف الأخبار الدالة على خيار المجلس ، أو على أن التسليمة من الصلاة واحدة ، أو على أن القنوت في الفجر قبل الركوع ، وعلى ترك رفع اليدين عند الركوع والرفع منه ، ونحو ذلك .

وبه يظهر أن عمل أهل المدينة وقع بسببه خلاف بين الفقهاء .

٢- القياس :

هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه ، لاشتراكهما في علة الحكم .

أنكر الشيعة والظاهرية القياس ، لأن القرآن تبيان لكل شيء وهدى ورحمة ، ولم يفرط الله بشيء نحتاج إليه . وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء ، للأدلة القاطعة على أن القياس حجة شرعية .

وأدى هذا الاختلاف إلى الاختلاف في كثير من المسائل التي بنيت عند الجمهور على القياس ، إذ أعطيت لها أحكام نظائرها التي دلت عليها النصوص لاشتراكها معها في علة الحكم . واعتبرها منكرو القياس مباحة ، لأن « الأصل في الأشياء الإباحة » .

من أمثلة ذلك : جعل الربا في كل مطعموم عند الشافعية ، وكل مقتات مدخر عند المالكية ، وكل مكيل موزون عند الحنفية والحنابلة ، فيجري الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الذي رواه أحمد والبخاري عن أبي سعيد الخدري ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الذهب

بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبُرُّ بالبُرِّ ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، الآخذ والمعطي فيه سواء » فالزبيب وغيره من الموزونات المطعومات ، كالشمش والتفاح والأرز ، لا تباع إلا مثلاً بمثل ، يدأ بيد كالتمر ، اتفاقاً بين الحنفية والشافعية ، والحديد والنحاس ونحوهما لا تباع إلا مثلاً بمثل عند الحنفية فقط ، لوجود الوزن فيها . وخالفهم الظاهرية ، فلم يجزوا الربا إلا فيما نص عليه في الحديث من الأصناف الستة ، وأجازوا بيع الزبيب بالزبيب .

وقد يلتبس الظاهرية الحكم من بعض النصوص ، مثل إرث الجد مع الإخوة ، فيقولون : رويت آثار تجعل الجد أباً ، فلا يرث معه الإخوة والأخوات شيئاً . والحنفية قاسوا الجد على الأب ، وهنا يتفق القياس مع الآثار .

وقاس الجمهور حد السكر على حد القذف ، أخذاً بقول علي رضي الله عنه : « إن السكران إذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري ، وحد المفترى ثمانون » .

وأهل الظاهر لم يصح ذلك عندهم ، ولا يقولون بهذا القياس ، ورجعوا إلى حكم النصوص العامة ، فاعتبروا ذلك من باب التعزير ، وهنا اختلف القياس مع النصوص .

اختلاف القائلين بالقياس :

اختلف القائلون بمشروعية القياس لأسباب كثيرة^(١) منها اختلاف الفقهاء في علة حكم الأصل ، وفي شروط العلة ، وفي طريق استنباطها ، ومنها اختلافهم في التعليل بالحكمة الشرعية : وهي المصلحة التي يريد

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق : ص ٢١٩ وما بعدها .

الشرع تحقيقها ، والمفسدة التي يريد الشرع درءها . مثل إباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض . هل يقاس عليهما القائم في الحضر بالأعمال الشاقة كالحصادين وعمال الأفران والمناجم .

من أمثلة الخلاف في علة القياس :

١- اختلاف الفقهاء في نوع علة الربا^(١) :

الحنفية ومثلهم الحنابلة في أشهر الروايات الثلاث يرون أن علة ربا الفضل مركبة من وصفين : اتحاد الجنس في البدلين ، واتفاق الكيل أو الوزن ، فلا يجوز بيع البر بالبر عندهم إلا يداً بيد ، مثلاً بمثل ، وكذلك الحكم في كل مكيل أو موزون كالذرة والأرز والزيت والسمن والحديد والنحاس ونحوها مما لم يذكر في الحديث المتقدم الذي ذكرت فيه الأصناف الستة الربوية .

وعلة ربا النساء : هي تحقق أحدهذين الوصفين : اتحاد الجنس ، أو اتفاق الكيل أو الوزن ، فإذا ما تحقق أحدهما حرم النساء ، ووجب أن تكون يداً بيد ، وإذا لم يتحقق أحدهما حل التفاضل والنساء ، فلا يصح بيع بغير ببعيرين إلى أجل ، ولا شاة بشاتين إلى أجل ، لاتحاد البدلين جنساً ، وإن اختلفا قيمة وقدرأ ، ولكن يصح ذلك إذا كان يداً بيد .

وإنما جاز بيع الحديد والقطن بالذهب أي بالتقدين ، يداً بيد ، ومع النساء (التأجيل) على الرغم من أنهما موزونان ، لأنهما ، وإن قدرا بالوزن ، فإن وزن أحدهما يخالف وزن الآخر ، فالذهب والفضة إنما يوزنان بالمثاقيل ، والقطن والحديد إنما يوزنان بالقناطر ، وبين المثقال والقنطار فرق شاسع ، جعل بمثابة اختلافهما في التقدير ، فلم يتحدا

(١) الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٩٢-٦٧٦/٤ .

بسبب ذلك في الوزن ، وهذا جواب غير سديد ، والأصح أن الذهب والفضة استثنيا من الموزون ، حتى لا ينسد باب واسع من أبواب التعامل ، لا غنى للناس عنه .

وذهب المالكية والشافعية إلى أن علة الربا في النقيدين : الذهب والفضة هي الثمنية مع اتحاد الجنس ، سواء في ربا الفضل أو النسيئة . ثم اختلفوا في بقية الأصناف ، فجعل المالكية العلة هي الاقتيات والادخار ، فلا ربا في الفواكه والخضراوات ، وجعل الشافعية العلة هي الطعم : وهو كل ما يؤخذ اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً .

٢- علة ولاية الإجماع في تزويج البنت البكر الصغيرة :

اختلف الفقهاء في علة هذا الحكم ، فذهب الحنفية إلى أنها الصغر ، وذهب الجمهور إلى أنها البكارة .

أما الحنفية فقالوا : إنما جعل الشرع للولي حق تزويج البكر الصغيرة ، لعل الصغر ، وهو مظنة قصور عقلها وجهلها بأمور الزواج وعاقبته ، وانعدام خبرتها . أما البكر الكبيرة فلا تزوج إلا بإذنها ورضاها ، وتزوج الثيب الصغيرة بغير رضاها قياساً على البكر الصغيرة .

والدليل على إلغاء وصف البكارة : ما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن جارية بكرة أتت رسول الله ﷺ ، فذكرت أن أباهاً زوجها وهي كارهة ، فخيرها رسول الله ﷺ .

ودليل طلب استئذان البكر الكبيرة : ما رواه الجماعة عن أبي هريرة : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله ، وكيف إذن ؟ قال : أن تسكت » .

وأما الجمهور : فذهبوا إلى أن الشرع إنما جعل للأب حق تزويج البكر ، دون أخذ رأيها ، لأنها جاهلة بأمر الزواج وعاقبته ، لأنها تستحي عادة أن تصرح برأيها ، فالعلة في تزويجها هي البكارة ، لأنها مظنة تحقيق هذه الحكمة ، وذلك يشمل البكر البكيرة ، فللأب حق إجبارها على الزواج ، لجهلها بأمر الزواج وعاقبته ، وليس له حق إجبار الشيب الصغيرة عليه ، لعدم تحقق الحكمة فيها ، لأنها ليست كالبكر في الجهل والحياء ، ويدل لذلك ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الشيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » فقد فرق بين الشيب والبكر ، وخص كلا منهما بحكم ، وذلك يستلزم أن يكون حكم كل منهما غير حكم الأخرى ، وكون الشيب أحق بنفسها من وليها ، يقضي للمقابلة بينها وبين البكر أن يكون الولي أحق بالبكر من نفسها . وهذا يدل على اختلاف الأحكام باختلاف الفقهاء في تعيين العلة .

٣- طلاق الفرار في مرض الموت وإرث الزوجة :

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي ترث إذا توفي زوجها في عدتها ، لبقاء الزوجية ، وعلى أن المعتدة من طلاق بائن لا فرار فيه لا ترث من زوجها ، وإن مات في عدتها .

أما المطلقة في مرض الموت طلاقاً بائناً بقصد الفرار من ميراثها ، فاختلف الفقهاء في إرثها على رأيين : رأي الشافعية : أنها لا ترث ، ورأي الجمهور أنها ترث ، مع اختلافات جزئية بينهم ، معاملة له بنقيض مقصوده .

أما الشافعية فقالوا : لا ترث ، وإن توفي زوجها في عدتها ، لعدم قيام الزوجية عند الوفاة .

وأما الحنفية : فذهبوا إلى أنها ترثه إذا توفي في عدتها ، ولا ترثه إذا توفي بعد انقضاء عدتها ، عملاً بما روي : أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، حين بثّ طلاقها في مرضه الذي مات فيه ، وهي في العدة ، بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه من حضر .

وذهب المالكية : إلى توريثها في هذه الحالة ، وإن توفي مطلقاً بعد انقضاء عدتها ، قياساً على القاتل لمورثه ، لأن القصد السيئ متحقق ، سواء توفي الزوج في العدة أو بعدها .

وذهب الحنابلة : إلى أنها ترثه ما لم تتزوج .

وهذا مظهر آخر للاختلاف في علة قياس الزوج على قاتل مورثه .

ومن أمثلة ذلك : اختلاف الفقهاء في مدة خيار الشرط ، حيث التزم أبو حنيفة والشافعي وزفر بمدة ثلاثة أيام ، عملاً بما أذن به النبي ﷺ في حديث حبان بن منقذ ، والصحيح كما قال النووي أن الإذن لأبيه منقذ .

وأجاز بقية الفقهاء الزيادة على هذه المدة ، لأن ما ذكر في الحديث إنما جاء بقدر ما يحقق الحاجة .

ومن الأمثلة : الإجارة المضافة لزمن مستقبل ، لم يجزها الشافعية ، لأن الإجارة بيع معنى ، ولا يجوز البيع الذي أجل فيه تسليم المبيع ، وأجازها الجمهور ، لأن الإجارة تختلف عن البيع بطبيعتها ، لقيامها على عنصر المدة ، وأن المعقود عليه وهو المنافع لا يستوفى دفعة واحدة . وكل من الفريقين لاحظ معنى أو وصفاً يختلف عن الآخر .

ومن الأمثلة : اختلاف الفقهاء في جواز الصلح على المؤجل من الدين ببعضه حالاً ، ذهب الجمهور ومنهم أئمة المذاهب الأربعة إلى أنه لا يجوز ، عملاً بمنع قاعدة الربا : « ضع وتعجل » وفي ذلك ربا نسيئة ،

بسبب كون أحد العوضين معجل حال ، والآخر مؤجل ، فلو أخذ عشرة دنائير بدلاً من خمسة عشر مؤجلة ، كانت زيادة الخمسة في نظير الأجل ، وهو معنى الربا . وذهب ابن عباس والنخعي وابن سيرين إلى أنه لا بأس به ، لأن ذلك إبراء عن بعض الدين ، كالإبراء عن كله ، وهو جائز ، فيكون كل فريق قد لاحظ وصفاً لم يلحظه الآخر .

القياس في الحدود والكفارات والرخص والتقديرات :

للعلماء اتجاهان في هذا الموضوع : اتجاه الحنفية والحنابلة ، واتجاه المالكية والشافعية والأكثرين^(١) ، وقد أدى الاختلاف في ذلك إلى الاختلاف في الأحكام الشرعية .

أما اتجاه الحنفية : فلا يجوز القياس في هذه الأمور الأربعة ، كما لا يجوز في أصول العقائد والعبادات ، لأن الحدود مبنية على الدرء بالشبهات ، والقياس إنما يفيد الظن ، والظن سبيل الخطأ ، فهو شبهة لا دليل قاطع .

ولأن الكفارات فيها معنى العقوبة ، فتشبه الحد ، فلا تثبت بالقياس ، لوجود الشبهة في ذلك ، ولأن المقدرات الشرعية تعبدية ، لا تدرك علتها ولا يتعقل معناها ، ولأن الرخص : منح من الله تعالى ، فلا تتعدى فيها موردتها إلى غير محلها ، والقياس مبني على تعدي العلة ، أي : انتقالها إلى غير المحل المنصوص على حكمه .

وأما اتجاه الجمهور : فهو أن القياس يجري في هذه الأمور الأربعة إذا

(١) التقرير والتجيب ٣/ ٢٤١ ، مرآة الأصول ٢/ ٢٨٤ ، مسلم الثبوت ٢/ ٢٧٦ ، المغني ٢/ ٣٢٨ .

وجدت شرائط القياس فيها ، فمن أمثلة القياس في الحدود : قياس النباش (سارق أكفان الموتى) بسبب أخذ مال الغير خفية ، فتقطع يده ، وقياس اللائط على الزاني بسبب وجود الإيلاج في فرج محرم مشتهى ، فيحد اللائط كالزاني .

والقياس في الكفارات : مثل إيجاب الكفارة عند الشافعية في القتل العمد قياساً على القتل الخطأ ، وقياس الأكل في نهار رمضان عمداً عند المالكية (ومثلهم الحنفية) على الجماع ، لانتهاك حرمة الشهر في كل منهما ، لإثبات الكفارة في الأكل ، كالجماع .

والقياس في الرخص : مثل قياس إزالة النجاسة بالأحجار ونحوها على الاستنجاء عند غير الشافعية .

والقياس في المقدرات : مثل تقدير النفقة الواجبة للزوجة بمقادير معينة ، وتقديرات الدلو والبئر في نزع الماء منه إذا سقطت فيه الدواب وماتت ، فينزع كذا وكذا من الدلاء ، وليس هذا التقدير عن نص ولا إجماع ، فيكون قياساً .

وكذلك اختلف الفقهاء في القياس في الأسباب والشروط والموانع^(١) فمنعه المالكية وجماعة ، وأجازه الحنابلة وآخرون ، فمن القياس في الأسباب : قياس القتل بالمثل على القتل بالمحدد ، لإيجاب القصاص ، ومن القياس في الشروط : قياس طهارة المكان على طهارة الستر في الشرطية للصلاة ، ومن القياس في الموانع : قياس النفاس على الحيض في المنع من صحة الصلاة .

(١) مسلم الثبوت ٢/٢٦ ، شرح العضد على مختصر المنتهى ٢/٢٥٥ ، الإبهاج للسبكي ٢/٢٦ ، روضة الناظر ٢/٣٩ .

٣- الاستحسان :

الاستحسان في الواقع أحد أمرين : إما ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل ، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة ، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك .

أما الاختلاف في شأنه ، فليس فيه محل نزاع موحد ، فقد أنكر الإمام الشافعي الاستحسان بمعنى آخر غير المذكور هنا والذي أخذ به الجمهور ، وهو اتباع الهوى والشهوة ، أو الذي لا يخضع لقواعد القياس المعروفة . فيكون الاختلاف الناجم عنه داخلاً في الترجيح بين الأقيسة ، ويكون التنازع بين قياسين .

من أمثلة ذلك : الوصية بجزء شائع في التركة كالربع ، أو بنوع منها كثلث ما فيها من النقود ، ثم تلف بعض التركة ، يرى الجمهور ومنهم زفر : أن الموصى له يشبه الشريك ، فيكون مع الورثة في الهلاك على السواء ، ويرى جمهور الحنفية : أن الموصى له يشبه الغريم ، أي الدائن ، فهو أولى من الورثة فيما يبقى من المال الموصى بسهم منه .

ومنها : إذا وكل شخص غيره بشراء شاتين بأعيانهما بعشرين ديناراً ، وقيمتها سواء ، فاشترى إحداهما بعشرة دنانير أو أقل ، نفذ الشراء عند الحنفية ، لأن الوكيل لم يتجاوز حدود الوكالة ، لأن الموكل قابل بينهما وبين العشرين ، فكأنه وكل الوكيل بشراء كل منهما بعشرة ، فكان موافقاً على الشراء بعشرة أو أقل ، وهذا استحسان ، يحقق غرض الموكل .

ولم ينفذ الشراء عند الجمهور ، لمخالفته مقتضى الوكالة ، ولأن الشراء تم للوكيل ، فلا ينقلب بعد ذلك نافذاً على الموكل ، بعد أن وقع مخالفاتاً للوكالة ، وهذا قياس واضح ، والأول أقوى لعدم تحقق المخالفة .

ومن الأمثلة : دخول حقوق الارتفاق من حق الشُّرب والمسيل والطريق في وقف الأراضي الزراعية ، يتنازعه قياسان : قياس جلي : وهو أن الوقف يشبه البيع ، في أن كلاً منهما يتضمن إخراج العين عن ملك صاحبها ، فلا يدخل في الوقف حقوق الارتفاق إلا بالنص عليها من الواقف ، كما في البيع . وقياس خفي : وهو أن الوقف يشبه الإجارة في إفادة كل منهما مجرد الانتفاع بالعين الموقوفة ، فتدخل حقوق الارتفاق في الوقف ، ولو لم ينص الواقف عليها ، كما في الإجارة ، فيرجح أحد المجتهدين القياس الثاني : وهو الاستحسان ، ويرجح مجتهد آخر القياس الأول .

٤- الاستصلاح :

الاستصلاح أو المصالح المرسلة : هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده ، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء ، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس .

ومن الثابت أن الأحكام الشرعية شرعت إما لتحقيق مصلحة أو لدفع مضرة ، والمصالح : هي رعاية أو حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . ومعيار تقدير المصلحة أو المفسدة : هو الشرع ، وليس بحسب أهواء الناس .

والمعاملات : هي مجال الاجتهاد عن طريق القياس والمصالح المرسلة ونحوها .

لكن اختلف العلماء في بناء الأحكام على المصالح المرسلة ، فردها الشافعية والظاهرية ، وأقرها الجمهور ، ومن أمثلتها ما يأتي :

- جمع القرآن في عهد أبي بكر وفي عهد عثمان ، اتفق الصحابة على ذلك ، وخالف ابن مسعود في تحريق بقية المصاحف في عهد عثمان ، ومرد الخلاف هو اعتبار المصلحة التي قصد إليها عثمان وهي وحدة الأمة على حرف واحد .

- تضمين الصناع أو الأجراء ، لما يتلف بأيديهم ، كالطباخ ، والخباز ، والحمال ، والصباغ ، أجازة أبو حنيفة ومالك وأحمد رعاية لمصالح الناس في حفظ أموالهم ، ومنع التهاون فيها وترك التفریط في حفظها ، ولقول علي رضي الله عنه في ذلك : « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

ومنعه الشافعي إلا إذا وجد تعدّ أو تقصير ، لأن يد الصانع يد أمانة ، ولأن في ذلك نوعاً من الفساد : وهو تضمين البرئ ، إذ لعله لم يفرط ولم يفسد ، إذا كان التلف نتيجة عمل له . أما إذا كان بغير عمله كحرق غالب وغرق غالب ونحو ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه ، فيضمن عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه .

ومرد الخلاف خلافهم في تقدير المصلحة التي بنيت عليها الأحكام .

- حبس المتهم وضربه : أجاز الإمام مالك السجن في التهمة ، وإن كان فيه تعذيب ، وأجاز بعض المالكية ضرب المتهم ، وإلا تعذر استخلاص الأموال من أيدي السرّاق والغصاب ، لتعذر إقامة البينة عليهم ، فكان في ذلك مصلحة ، وخالف في الحكم بقية الفقهاء ، لأن فيه تعديباً ، لمن لم يثبت عليه جرم ، وهو بري .

- التفریم بأخذ المال : أجازة أبو يوسف وابن تيمية وابن القيم^(١) إذا

(١) أعلام الموقعين ٩٨/٢ وما بعدها .

دعت لذلك مصلحة ، ونقلوا عن النبي ﷺ آثاراً فيه ، وكذا عن عمر وعلي وبعض الصحابة ، ولم يجزه الجمهور ، لأنه لا يلائم تصرفات الشرع ، ولا يتفق مع الأصول العامة .

ومن الأمثلة أيضاً : ترك قسمة الأراضي المفتوحة عنوة ، عملاً بما رآه عمر وأغلب الصحابة من مصلحة عامة لبيت المال ، وللمستقبل في عدم حصر الأراضي بأيدي فئة من الناس . وخالف في ذلك صحابة آخرون .

ومنها : إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً ، كما تقدم من فعل عمر وإقرار الصحابة .

ومنها : قتل الجماعة بالواحد عند أكثر الفقهاء ، عملاً بما رآه عمر ووافقه الصحابة في ذلك ، منعاً من الإفلات من القصاص ، وخالف في ذلك بعض الفقهاء ، لما رأوه في معنى القصاص من المساواة .

ومنها : إسقاط حد السرقة في المجاعة في عهد عمر .

ومنها : ما ذهب إليه مالك رحمه الله من عدم تحليف المدعى عليه في الأموال ، ما لم تثبت خلطة بين المدعي والمدعى عليه ، عملاً بالمصلحة ، كيلا يتوصل الناس إلى إحراج بعضهم بعضاً ، وخالفه في ذلك الجمهور ، وقالوا : تلزم المدعى عليه اليمين بمجرد الدعوى ، عملاً بما رواه أحمد والبيهقي « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » .

ومنها : مصادرة ما ارتكبت به الجريمة عند الملكية ، رعاية للمصلحة العامة ، وتقديماً على المصلحة الخاصة ، كمصادرة الزعفران المغشوش ، والتصدق به على الفقراء ، كما فعل عمر في إراقة اللبن المغشوش ، وخالفهم الفقهاء الآخرون .

٥- العرف :

هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه . وهو بمعنى العادة الجماعية . وهذا يشمل العرف العملي والقولي ، والعام والخاص .

والأعراف مثار اختلاف بين الفقهاء بسبب تبدلها وتغير الأحوال^(١) من أمثلة العرف :

- إباحة الاستصناع عند أكثر الفقهاء عرفاً للحاجة إليه ، مع أنه بيع لمعدوم .

- وجواز بيع الثمار المتلاحقة الظهور ، بأن وجد بعضها دون بعض ، عند المالكية ومتأخري الحنفية ، كالبطيخ والباذنجان والعنب ، للتعامل به عرفاً للضرورة ، مع أن بعضها بيع لمعدوم . وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة والحنفية في ظاهر المذهب .

- صحة ما تعارفه الناس من شروط البيع عند الحنفية ، كضمان إصلاح المبيع عند العطب لمدة معينة ، في مقابلة النهي عن بيع وشرط^(٢) لأن النهي من أجل المنازعة ، والعرف مانع للنزاع ، فكان موافقاً لمعنى الحديث .

- جواز وقف المنقول إذا تعورف وقفه ، عند الحنفية ، خلافاً لأصل المذهب ، وبناء ألفاظ الواقفين على عرفهم السائد في زمانهم .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٨٦ أعلام الموقعين ٢/٣٩٣ ، ٣/٣٣ وما بعدها ، رسائل ابن عابدين ٢/١١٦ ، ١٢١ ١٣٤-١٣٧ .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن ، وصححه الترمذي (نصب الراية ٤/١٧ ، سبل السلام ٣/١٦) .

- إباحة الاستئجار على تعليم القرآن ، بعد أن كان ممنوعاً ، ومثله الإمامة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصوم وحج ، نظراً لتغير الزمان ، وانقطاع عطايا المعلمين وأصحاب الشعائر الدينية ، من بيت المال ، وذلك عند متأخري الحنفية وغيرهم .

- وجوب تزكية الشهود في جميع الحوادث ، وهو رأي الصاحبين والمفتى به عند الحنفية ، خلافاً لما كان يراه الإمام أبو حنيفة من الاكتفاء بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص .

- وجوب الدية في القتل الخطأ على العاقلة (الديوان عند الحنفية ، وعصبة القتال عند الجمهور) روعي فيه عرف العرب ، مع أن المتبادر إلى الذهن هو إلزام القتال بها ، لأنه المباشر للقتل .

وكذلك اعتبار الكفاءة في الزواج ، روعي فيها عرف العرب أيضاً ، مع أن الناس سواء ، وذلك من أجل الحفاظ على مستقبل الحياة الزوجية ، لأن الناس لا يقدرون من دونهم عادة .

- بيع المعاطاة : مبادلة العوضين من غير إيجاب وقبول لفظاً . وهو صحيح عند جمهور الفقهاء ، لأن البيع ينعقد بما يدل على التراضي عرفاً ، وهو المختار عند الشافعية . ولم يجزه الإمام الشافعي مطلقاً ، لحاجة العقد إلى التعبير الصريح عن الإرادة والرضا الموجود في القلب .

- البيع على البرنامج : وهو بيع الأعيان الغائبة التي لم يرها المتعاقدان ، وهو مختلف فيه ، فيصح عرفاً عند الحنفية ، وللمشتري خيار الرؤية ، وكذا عند المالكية والحنابلة ، إذا كان المبيع موصوفاً ، ويلزم المشتري إذا وجده على الصفة . ولا يصح عند الشافعية ، للجهالة ، ولا يجوز خيار الرؤية .

وقد تختلف الآراء الفقهية في زمن واحد ، باختلاف البلاد وأعرافها ،

كما هو الحال في بلاد ما وراء النهر ، وفي بلاد العراق ، فكثيراً ما نجد لفقهاء ما وراء النهر أحكاماً تخالف فقهاء العراق في زمنهم ، تبعاً لاختلاف الأعراف ، كذهاب الأولين إلى جواز بيع بعض حقوق الارتفاق كحق الشرب ، وعدم جواز ذلك في مذهب العراقيين أو بقية الحنفية .

والخلاف في الواقع في الأعراف ظاهري ، لأن أساس العرف هو مراعاة المصلحة ، والمصالح تتبدل في كل زمان ومكان ، وهي من أسباب الخلاف بين الفقهاء .

وبعض الفقهاء لا يعتد بالعرف فلا يترك به قياساً ، ولا يقيد به مطلقاً ، ولا يخصص عاماً ، وبعضهم يصلح العرف العام عندهم لتخصيص النص وترك القياس ، فبعض الفقهاء لا يعتبر الكفاءة شرطاً بين الزوجين ، ولو قام العرف بها . وبعضهم لا يعتبر المعروف من قبيل المشروط في العقود حتى يشترط صريحاً .

٦- شرع من قبلنا :

محل الخلاف فيه في الأحكام التي لم تقرر في شريعتنا ، إذا علم ثبوتها بطريق صحيح ، ولم يرد عليها ناسخ ، كالتى قصها الله تعالى علينا في قرآنه ، أو وردت على لسان نبيه ﷺ ، من غير إنكار ولا إقرار لها ، مثل حكاية شريعة القصاص عند اليهود في آية : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ ﴾ [المائدة : ٤٥] .

ومثل قسمة المهايأة في شريعة صالح عليه السلام وقسمة الماء بين ناقته وبينهم : ﴿ وَنَبِّهْنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرِبٍ فَخَصَرٌ ﴾ [القمر : ٢٨] .

والخلاف في اتجاهين : اتجاه الجمهور واتجاه الشافعية ، أما

الجمهور فذهبوا إلى أن ما صح من شرع من قبلنا شرع لنا ، من طريق الوحي إلى الرسول ﷺ ، لا من جهة كتبهم المبدلة ، فيجب علينا العمل به ، ما لم يرد في شرعنا خلافه ، ولم يظهر إنكار له .

وذهب الشافعية : إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا .

والواقع أن شرع من قبلنا ليس شرعاً مستقلاً ، لأنه مردود إلى الكتاب والسنة ، ومن أمثلة الخلاف فيه ما يأتي :

- قسمة المنافع بطريق المهايأة : اتفقت المذاهب الأربعة على جواز قسمة المنافع مهايأة ، لكن الجمهور استدلوا بثبوت ذلك في شرع من قبلنا في قوله تعالى : ﴿لَمَّا شَرَبُوا وَلَكَّرْ شَرِبُوا يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء : ١٥٥] . أما الشافعية فاستدلوا على ذلك بفعل النبي ﷺ أنه قسم في غزوة بدر ، كل بعير من الأبعرة السبعين ، بين ثلاثة نفر ، وكانوا يتعاقبون على ركوبه^(١) وأما شريعة صالح فيستأنس بها عندهم .

- مشروعية الجعالة : وهي الإجارة على منفعة مضمون حصولها ، كمكافأة من يحفظ القرآن ، أو يرد ضالة ، أو يكتشف علاجاً لمرض معين . هي مشروعة عند الجمهور ، عملاً بشريعة يوسف عليه السلام في آية : ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف : ٧٢] والشافعية احتجوا بالثابت في السنة : أن أبا سعيد الخدري رقى رجلاً - لديغاً - بالفاتحة ، على قطيع من الغنم ، وشارطه على البرء^(٢)

وهي غير مشروعة عند الحنفية ، لما فيها من الغرر ، أي : جهالة العمل والمدة ، قياساً على سائر الإجازات التي يشترط لها معلومية العمل

(١) سيرة ابن هشام ١/ ٦١٣ .

(٢) رواه البخاري ومسلم .

والمأجور والأجرة والمدة ، وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل (المكافأة) لمن يرد العبد الآبق^(١) .

- ضمان ما تفسده البهائم : فيه رأيان ، ذهب الجمهور إلى أن ما أفسدته البهائم ليلاً مضمون على أصحابها ، وغير مضمون ما أفسدته في النهار ، استدلالاً بما روي : أن ناقة للبراء بين عازب دخلت حائط رجل ، فأفسدت فيه ، ف قضى رسول الله ﷺ : أن على أهل الحوائط (البساتين) حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها^(٢) أي : مضمون .

وأضاف المالكية والحنابلة دليلاً من شرع من قبلنا وهو قوله تعالى : ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾ [الأنبياء : ٧٨] والنفش : الرعي ليلاً .

وذهب الحنفية : إلى أنه لا ضمان على أصحاب البهائم مطلقاً ، ليلاً ونهاراً ، لقوله ﷺ : « جرح العجماء جُبَار »^(٣) وهي الدابة المنفلتة ، جرحها هدر .

- الكفالة بالنفس : اختلف الفقهاء في مشروعية الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال ، فأجازها الجمهور ، عملاً بشريعة يعقوب عليه السلام في قوله تعالى : ﴿لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾ [يوسف ٦٦] وهذا وارد على لسان يعقوب عليه السلام . ويؤيده ما رواه أبو داود من قوله ﷺ : « الزعيم غارم » والزعيم : الكفيل بالنفس

(١) البدائع ٦/٢٠٣-٢٠٥ ، بداية المجتهد ٢/٢٣٣ ، مغني المحتاج ٢/٤٢٩ ، كشف القناع ٤/٢٢٥ .

(٢) حديث مرسل أخرجه مالك في الموطأ ، وغيره .

(٣) أخرجه البخاري وأبو داود .

(بالبدن) أو بالمال ، وهذا هو المذهب عند الشافعية في غير الحدود .
ولم يجزها بعض الشافعية ، والظاهرية ، للعجز عن تسليم المكفول
بنفسه . ولقوله تعالى :

﴿ مَكَادُ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعَيْنًا عِنْدَهُ ﴾^(١) [يوسف : ٧٩] .

- جعل المنفعة مهراً : أجاز الجمهور جعل المنفعة مهراً ، عملاً بشرع
من قبلنا ، في قوله تعالى :
﴿ إِنْ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي
حَبِيبٌ ﴾ [القصص : ٢٧] .

لكن الشافعية أجازوها قياساً على الإجارة ، واستأنسوا بشرع من
قبلنا . وزوج النبي ﷺ رجلاً بما معه من القرآن ، لتعليم المرأة .
ومنعها الإمام مالك ، لأن المسمى ليس مالاً ، والمشروع في عقد
النكاح هو الابتغاء بالمال ، لقوله تعالى :
﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾^(٢) [النساء : ٢٤] .

٧- مذهب الصحابي :

الصحابي عند الأصوليين : هو من لقي الرسول ﷺ مؤمناً به ، ولازمه
زمناً طويلاً . وهذا هو المراد هنا . وعند المحدثين : من لقيه مسلماً
ومات على إسلامه ، سواء طالت صحبته أو لم تطل .
ومحل الخلاف في شأن اتباع الصحابي : هو في فتوى الصحابي

(١) فتح القدير ٣٩١/٥ ، البدائع ٨/٦ ، بداية المجتهد ٢٩١/٢ ، المقدمات الممهدة

٣٩٩/٣ ، المذهب ٣٤٢/١ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٢ ، المغني ٥٥٦/٤ .

(٢) البدائع ٢٧٧/٢ وما بعدها ، الدر المختار ٢٥٣/٢ ، ٢٥٨-٤٦١ ، أحكام القرآن

للجصاص ١٤٣/٢ ، الشرح الكبير ٢٩٤/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٠/٣ وما بعدها ،

كشاف القناع ١٤٧/٥ .

بالاجتهاد المحض ، بالنسبة للتابعي ومن بعده ، هل يعتبر حجة شرعية أو لا ؟ .

وللعلماء في حجية مذهب الصحابي اتجاهان شهيران : مذهب الجمهور ومذهب الشافعية ، أما الجمهور فقالوا : إنه حجة ، لاحتمال السماع عن النبي ، ولفضل إصابته في الرأي ، لاطلاعه على أحوال التشريع ، ومصاحبة النبي ﷺ .

وأما الشافعية ، فذهبوا إلى أنه ليس بحجة ، لأن المجتهد يجوز الخطأ والسهو عليه ، فلا يجب على التابعي المجتهد ، ولا من بعده العمل بمذهبه ، والذي يروى عنه لا يرقى إلى مرتبة الخبر المرفوع (الحديث) فلا يقدم قوله على القياس ، لجواز الخطأ عليه .

والواقع أن مذهب الصحابي ليس دليلاً مستقلاً ، وإنما هو طريق للترجيح بين الاجتهاد ، لأن قوله أقرب إلى الصواب والاجتهاد السديد^(١) .

وأمثلة الخلاف ما يأتي :

- الزكاة في مال الصبي والمجنون : فيها اتجاهان : اتجاه الجمهور ، واتجاه الحنفية .

أما اتجاه الجمهور : فهو أنها تجب في مالهما مطلقاً ، لما روى مالك في الموطأ عن عمر بلاغاً قال : اتجروا في أموال اليتامى ، لا تأكلها الصدقة . وقالت عائشة بذلك ، ولأن الزكاة حق يتعلق بالمال ، فيجب بعداً من هضم حقوق المحتاجين .

(١) مرآة الأصول ٢٥/٢ ، المستصفى ١٣٥/١ ، الإحكام للآمدي ١٣٣/٣ ، أعلام الموقعين ٤٩/٣ وما بعدها ، إرشاد الفحول : ص ٢١٣ ، أصول الفقه الإسلامي للباحث : ٨٥٠/٢ وما بعدها .

وأما الحنفية فذهبوا إلى أنها لا تجب ، فلا زكاة عليهما ، وإنما عليهما العشر فيما تخرجه الأرض ، عملاً بقول ابن مسعود فإنه قال : ليس في مال اليتيم زكاة ، وكذا هو قول ابن عباس رضي الله عنهما .

- زكاة الحلي : ذهب الجمهور إلى أنه ليس في الحلي زكاة ، قل ذلك أو كثر ، عملاً بقول عائشة رضي الله عنهما ، ويقول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، وذهب الحنفية : إلى أنه تجب فيه الزكاة ، عملاً بقول عمر وعلي وعبد الله بن عمرو رضي الله عنهم .

- بيع العينة : وهو بيع السلعة بثمن أكثر إلى أجل ، ثم شراؤها نقداً بثمن أقل ، أو شراؤها بالثمن نفسه إلى أجل أقرب أو بأكثر من الثمن إلى أجل أبعد .

ذهب الجمهور إلى فساد هذا البيع وعدم جوازه ، أخذاً بقول عائشة رضي الله عنها ، وهو ما ذكره الإمام مالك في الموطأ : « أن أم ولد زيد ابن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها : يا أمير المؤمنين ، إني بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمئة درهم إلى العطاء ، واشتريته منه بستمئة درهم نقداً ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت ، أخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب . قالت : أرأيتني إن أخذته برأس مالي ؟ فقالت عائشة رضي الله عنها : فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى ، فله ما سلف ، وأمره إلى الله » .

ولأن هذا البيع ذريعة إلى الربا .

وذهب الشافعية : إلى صحة هذا البيع ، قياساً ، لأن البيعة الثانية غير البيعة الأولى ، فيصير المبيع ملكاً للمشتري ، فلا يحرم عليه أن يبيع ملكه بنقد ، وإن اشتراه إلى أجل ، سواء باعه لمن اشتراه منه أو لغيره ، بمثل

الثلث أو أقل أو أكثر . ولأن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ، ولا يتتاع مثله .

- وجوب المهر بالخلوة : أوجب الحنفية والحنابلة المهر كاملاً بالخلوة بين الزوجين وإرخاء الستور ، عملاً بما رواه مالك في الموطأ عن عمر وعلي ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم .

وذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يجب كمال المهر بالخلوة ، بل بالوطء ، عملاً بنص القرآن في المرأة المدخول بها لها المهر كاملاً ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْبِدَ لَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِيَّاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتَّاتِكُمْ وَإِنْ تَمِيسَا ﴾ [النساء : ٢٠] . ونص القرآن في المطلقة قبل الدخول : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] .

- الزواج في العدة : اختلف الفقهاء فيمن تزوج امرأة في عدتها ، فذهب الإمام مالك إلى أنه يفرق بينهما ، ولا تحل له أبداً ، أخذاً بما رواه مالك في الموطأ : أن عمر فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها رشيد الثقفي ، وقال بعد التفريق : ثم لا يجتمعان أبداً .

وذهب بقية الأئمة : إلى أنه يفرق بينهما ، فإذا انقضت عدتها من الاثنين كان خاطباً من الخطاب ، أخذاً بما روى الشافعي عن ابن جريج عن علي رضي الله عنه : أن رجلاً طلق امرأته ، فاعتدت منه ، حتى إذا بقي شيء من عدتها ، نكحها رجل في آخر عدتها ، جهلاً منه ، وبني بها ، فأتى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، في ذلك ، ففرق بينهما ، وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ، ثم تعتد من هذا عدة مستقبلية ، فإذا انقضت عدتها ، فهي بالخيار ، إن شاءت نكحت ، وإن شاءت فلا .

ولأن الأصل عدم التحريم ، وأن الوطء في النكاح الفاسد لا يوجب التحريم .

- فسخ الزواج بالعيوب : أثبت الجمهور الخيار في فسخ الزواج من أربعة عيوب ، وهي الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء ، أخذاً بما رواه مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه : أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة ، وبها جنون أو جذام أو برص ، فمسها ، فلها صداقها كاملاً ، وذلك غرم لزوجها على وليها . وهو أيضاً مروى عن ابن عمر وابن عباس ، وقياساً على الضرر اللاحق بالزوجة في الإيلاء .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف : إلى أنها لا خيار لها إلا بالجب أو العنة أو الخصاء ، دون بقية العيوب ، أخذاً بما روي عن ابن مسعود أنه قال : لا ترد الحرة عن عيب ، وهو أيضاً قول علي رضي الله عنه .

- التفريق بين المفقود وزوجته : ذهب مالك وأحمد إلى أنه يفرق بينهما بعد أربع سنين ، يحددها الحاكم ، ثم تعتد عدة وفاة ، ثم تحل ، أخذاً بما رواه مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه .

وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنه لا يفرق بينهما حتى يتيقن موت المفقود ، أو يتم له مئة وعشرون سنة من الولادة ، عملاً بمبدأ الاستصحاب الذي يقضي بأن لا تنحل عصمة النكاح ، حتى يدل الدليل على الموت أو الطلاق .

- إرث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت (طلاق الفرار) : حكم الجمهور بإرثها ، عملاً بقول عثمان رضي الله عنه ، كما تقدم ، وباستحسان الإجماع ، وذهب الشافعي إلى أنه لا توارث بينهما ، لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن ، فهي ليست بزوجة ولا في معنى الزوجة ، فلا ميراث لها .

طلاق السكران والغضبان والمكره :

ورد عن الصحابة خلاف في طلاق هؤلاء^(١) :

أما طلاق السكران : فقال عثمان فيه : « ليس لمجنون ولا لسكران طلاق » وهو قول ابن عباس : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز ، وقول عقبة بن عامر وغيره ، وعمر بن عبد العزيز ، وقول أبي بكر المروزي وابن القيم من الحنابلة ، وقول أبي جعفر الطحاوي وأبي الحسن الكرخي ، وحكي عن أبي يوسف وزفر ، وعن المزني وابن سريج والجويني وجماعة من الشافعية . وقال آخرون مثل الإمام علي بوقوع طلاقه ، وهو المعمول به في المذاهب الأربعة . لكن قال ابن القيم : والصحيح أنه لا عبرة بأقواله من طلاق ولا عتاق ولا بيع ولا هبة ولا وقف ولا إسلام ولا ردة ولا إقرار ، لبضعة عشر دليلاً ، ليس هذا موضع ذكرها ، ويكفي منها قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصُّلُوَّةَ وَأَنْتُمْ سَكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] وأمر النبي ﷺ باستنكاه^(٢) معز ، لما أقر بالزنى بين يديه ، وعدم أمر النبي ﷺ حمزة بتجديد إسلامه لما قال في سكره : « أنتم عبيد لآبائي » وفتوى عثمان وابن عباس ، ولم يخالفهما أحد من الصحابة ، والقياس الصحيح على زائل العقل بدواء أو بنج أو مسكر هو فيه معذور بمقتضى قواعد الشريعة ، فإن السكران لا قصد له ، فهو أولى بعدم المؤاخذه من اللاغي ، ومن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له .

وأما الغضبان في حال الغضب الشديد الذي يحول بين كمال قصده

(١) أعلام الموقعين ٤/ ٥٤-٤٧ .

(٢) شم ريح فمه .

وتصوره ، فهذا لا يقع طلاقه ولا عتقه ولا وقفه ، نص على ذلك الإمام أحمد وغيره ، ويدل له حديث عائشة رضي الله عنها أنها سمعت النبي ﷺ يقول : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق »^(١) أي غضب في رأي بعضهم . ويقع طلاق الغضبان عند آخرين ، منهم جمهور الفقهاء وابن تيمية ، إذا كان الغضبان في حال وعي وإدراك لما يقول ، فيكون طلاق الغضبان في حال فقد الثبوت والتروي محل اجتهاد ، كما ذكر ابن تيمية .

وأما المكروه على الطلاق أو الحلف به : فلا يقع طلاقه عند جمهور الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد ومالك والشافعي وجميع أصحابهم ، على اختلاف بينهم في حقيقة الإكراه وشروطه ، لأنه غير قاصد للطلاق ، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه ، ولقوله ﷺ : « إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٢) وهو رأي علي وابن عباس وابن عمر ، وابن الزبير ، وعطاء وعبد الله بن عمير . لكن نقل عن عمر أنه أوقع طلاقه ، وقد اختلف فيه عنه ، والمشهور أنه رد زوجته إليه .

٨- الاستصحاب :

هو الحكم بثبوت أمر أو نفيه ، في الزمان الحاضر أو المستقبل ، بناء على ثبوته أو عدمه في الزمان الماضي ، لعدم قيام الدليل على تغييره . وهو آخر مدار الفتوى ، كما قال الخوارزمي في الكافي ، أي إنه يعمل به إذا لم يوجد دليل آخر .

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم .

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس .

وقد اتجه الأصوليون في حجبيته اتجاهين^(١) :

- يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية : أن الاستصحاب حجة مطلقاً لتقرير الحكم الثابت ، حتى يقوم الدليل على تغييره ، أي إنه يثبت الحقين الإيجابي والسلبي ، ما لم يقد دليل مانع من الاستمرار .

- ويرى الحنفية والمالكية : أن الاستصحاب حجة للدفع والنفي ، لا للإثبات ، أي إنه يصلح حجة لأن يدفع به من ادعى تغير الحال ، التي كانت ثابتة ، لإبقاء الأمر على ما كان ، ولكنه لا يصلح حجة لترتيب آثار جديدة على اعتباره . فلا يثبت به إلا الحقوق السلبية ، ولا يثبت به حكم جديد ، وإنما يستمر به حكم العقل بالإباحة الأصلية أو البراءة ، فالأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت أنه قد زال .

فمن اشترى سلعة تملكها ، وبوسع الشاهد أن يشهد بملكية المشتري لهذه السلعة استصحاباً لأثر العقد . ومن شاهد إنساناً يقترض ، كان له أن يشهد بأنه مدين ، حتى يقوم الدليل على أنه وفي دينه .

من أمثلة الاختلاف ما يأتي :

- حال المفقود : وهو الذي غاب عن بلده بحيث لم يعرف أثره ، ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره .

فعند الشافعية والحنابلة : يتلقى حقوقاً إيجابية من غيره ، فيرث من قريبه المتوفى ، وتثبت له الوصايا ، استصحاباً لحياته ، وتظل على ملكيته الحقوق التي كانت له قبل فقده ، وهذا هو الجانب السلبي ، فهم يحكمون ببقاء حياته مدة فقده ، إلى أن يثبت موته . فهو يرث ، ولا يورث .

(١) أصول الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي ٢/ ٨٥٩ ، ٨٦٧ وما بعدها .

وعند الحنفية والمالكية : لا يرث ولا يورث ، فلا تثبت له حقوق إيجابية كالإرث والوصية من غيره ، وإنما يحتفظ فقط بالحقوق السلبية ، وهي بقاء ملكيته على ذمته فيما كان له قبل فقده ، أي : إن استصحاب حياته يفيد فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ، ومن فراق زوجته ، ولا يفيد في انتقال ملكية الغير له ، ويكون أثر الاستصحاب فقط : بقاء حياته مدة فقده بالنسبة لأمواله وزوجته فقط ، حتى يقوم الدليل على وفاته ، أو يحكم القاضي بوفاته .

ورجح أستاذنا الشيخ علي الخفيف هذا الاتجاه الثاني قائلاً^(١) : إن عدَّ الاستصحاب دليلاً على الحكم : فيه تجوز ، لأن دليل الحكم في الواقع هو الدليل الذي ثبت به ابتداء فيما مضى ، أما الاستصحاب فليس إلا استبقاء أثر ذلك الدليل ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت أنه قد زال .

- الصلح على الإنكار : وهو أن يتم الصلح مع إنكار المدعى عليه أصل الادعاء . أجازاه الجمهور ، لإطلاق قوله تعالى : ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء : ١٢٨] . فهو يشمل أنواع الصلح الثلاثة : عن إقرار ، وعن سكوت ، وعن إنكار ، ولأن البراءة الأصلية دافعة للدعوى ، وليست حجة على المدعي ، وتساوى ادعاء المدعي وإنكار المدعى عليه ، فلا مانع من الصلح .

ومنه الشافعية أخذاً بالاستصحاب ، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه عن الحقوق ، والتمسك بهذا الأصل ، كما يدفع الدَّعوى عن المدعى عليه ، ويتعدى إلى المدعي في إبطال دعواه ، وصار كأنه أقام

(١) أسباب الاختلاف بين الفقهاء : ص ٢٥٢ .

بينة على أن ذمته فارغة عن حق الغير ، فيبطل الصلح^(١) .

- القضاء بالنكول : وهو أن يحكم على المدعى عليه بالحق المدعى به ، بمجرد نكوله عن حلف اليمين . وفيه اتجاهان^(٢) :

اتجاه المالكية والشافعية : أنه لا يقضى على المدعى عليه بالنكول ، وإنما ترد اليمين على المدعي ، فإن حلف أخذ ما ادعى به ، وإلا فلا ، وذلك عملاً بالاستصحاب : وهو أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه ، حتى يقوم الدليل على شغلها بحق الغير ، والنكول لا ينهض دليلاً على ذلك ، لأن النكول يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا قضاء مع التردد . ولأن الأصل أن لا يحكم القاضي إلا بما يعلم أو يظن ظناً يقارب العلم ، فإذا لم يتوافر ذلك بقينا على النفي ، استصحاباً للبراءة الأصلية^(٣) .

واتجاه الحنفية والحنابلة : إلى أنه يقضى بالنكول على المدعى عليه في الأموال بمجرد النكول ، ولا ترد اليمين على المدعي بحال . ولا يقضى بالنكول فيما ليس مائلاً ، ولا يقصد به المال ، كالقصاص والحدود ، والنكاح والطلاق واللعان ، والوصاية والوكالة . لكن المفتي به عند الحنفية هو قول صاحبين بأنه يقضى بالنكول إلا في الحدود والقصاص ، واللعان ، لأنه في معنى الحد .

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني : ص ٨٠ .

(٢) الدر المختار ٤/٤٤٢ ، تبصرة الحكام ١/٢٧٠ ، القوانين الفقهية ، ص ٣٠ وما بعدها ، حاشية الشرقاوي على الباجوري : ٢/٥٠٢ ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم : ص ١٤١ وما بعدها .

(٣) الزنجاني ، المرجع والمكان السابق .

٩- سد الذرائع :

الذرائع : كل ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة .
وللعلماء في شأن حجيته فريقان^(١) :

الفريق الأول : المالكية والحنابلة : يقولون بسد الذرائع وبكونه أصلاً من أصول الفقه ، للنص عليه في القرآن الكريم مثل : ﴿ وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدَاً بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [الأنعام : ١٠٨] وفي السنة النبوية مثل : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »^(٢) « إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه ، قيل : يا رسول الله ، كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال : يسب أب الرجل ، فيسب أباه ، ويسب أمه ، فيسب أمه »^(٣) .

والفريق الثاني : أبو حنيفة والشافعي : أنه يؤخذ بسد الذرائع في المنصوص عليه ، ولا يؤخذ به في التصرفات المالية ، لأنه لا يهتم أحد بسوء القصد .

ومحل الخلاف في الواقع هو في بيع الآجال : وهي أن يبيع شخص شيئاً لأجل كشه ، ثم يشتريه البائع نفسه من المشتري بجنس ثمنه نقداً بأقل من الثمن الأول ، أو إلى أقرب من الأجل ، أو بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل . لا يجوز ذلك عند الفريق الأول ، لما في هذه البيوع من التهمة ، وأدائها إلى ممنوع : وهو اجتماع بيع وسلف ، أو سلف جر نفعاً ، أو ضمان بجعل .

(١) الموافقات للشاطبي ٣٥٢/٢ ، ٣٦١ ، ١٩٨/٤ ، تبصرة الحكام ٣٧٦-٣٢٣/٢ ، الفروق للقرافي ٣٣/٢ ، الأم للشافعي ٢٧٢/٣ ، المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٨ ، أعلام الموقعين ١٤٨/٣ ، ١٧١ .

(٢) رواه النسائي والترمذي والحاكم وصحاحه عن الحسن بن علي رضي الله عنهما .

(٣) رواه البخاري ومسلم وأبو داود عن عبد الله بن عمرو .

أما أبو حنيفة من الفريق الثاني ، فهو وإن لم يقل بحكم الذرائع ، إلا أنه يبطل هذه البيوع ما لم يتوسط شخص ثالث ، على أساس آخر : وهو أن الثمن إذا لم يستوف ، لم يتم البيع الأول ، فيصير الثاني مبنياً عليه ، أي : ليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يملكه ، فيكون البيع الثاني فاسداً ، ويؤول الأمر إلى بيع خمسة في عشرة لأجل ، وهو ربا فضل ونساء معاً ، فيصبح العقد الثاني فاسداً ، لأن فيه معنى الربا .

وأما الشافعي : فيصحح صورة هذه البيوع قضاء ، ويترك ناحية القصد الباطن إلى الله تعالى ، بالتأثيم والعقاب الأخروي ، بمعنى أن العقد حرام للنهي عنه ، لكن النهي لا يبطل العقد في كل بيع يؤدي إلى مفسدة ، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية ، ما دام مستوفياً أركاناً وشروطه الصحيحة ، فالعقدان صحيحان ، حتى يقوم الدليل على قصد الربا المحرم ، فيكون القضاء أبداً على الظاهر ، ولا يفسد العقد إلا ما قارنه^(١) .

وقد حقق القرطبي والقرافي محل النزاع في الذرائع : وهو بيع الآجال ، أما المنصوص عليه : فهو إما معتبر إجماعاً ، كالمنع من حفر الآبار في طريق المسلمين ، وإلقاء السم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ . وإما ملغي إجماعاً كزراعة العنب ، فإنها لا تمنع خشية الخمر ، وإن كان وسيلة إلى المحرم^(٢) .

وعلى هذا يرى الحنابلة أنه تمنع العقود المؤدية إلى الربا ، والعقود التي تؤدي إلى الحيل ، والشراء ممن يرخص في السلع ، ومنع الإنسان غيره من الطعام والشراب حتى يموت^(٣) .

(١) مغني المحتاج ٢/٣٨٣٧ .

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢١٧ .

(٣) أعلام الموقعين ٣/١٦٩ ، ١٧١ ، المغني ٤/١٣٣ وما بعدها ، ٨/٤٣٣ .

الخاتمة

١- لقد ازدادت إكباراً وإعجاباً بأئمة الاجتهاد المسلمين ، حيث لم أجد الاجتهاد أمراً سهلاً ، ولا يسير على وتيرة واحدة ، فالوتيرة الواحدة في الآلات فقط ، مثل قطع غيار السيارات ، وإنما وراء الاجتهاد شرع واسع ، وعقل كبير لكل مجتهد ، لذا يصعب التنبؤ سلفاً بنتيجة الاجتهاد ، ولو كان المبدأ أو الأصل أو القاعدة واحداً أو واحدة ، لأن المجتهد يتنازع أمور أخرى ، تشده إلى الاستثناء من المبدأ أو القاعدة ، وقد رأينا أمثلة كثيرة من الاختلافات التي يصعب ضبطها ، وذلك مما يورث التعجب والحيرة في شأن الاجتهاد .

٢- والاجتهاد مثل هذا الكون الفسيح ذو أفق واسع ، والتأمل فيه يولد نتائج كثيرة ، بعضها يساوي بعضاً ، وبعضها يختلف عن بعض ، وإن كان الظاهر واحداً ، ففي أصول الاجتهاد ثوابت ومتغيرات ، وللثوابت أحوال يصعب على المجتهد حصرها لأول وهلة ، أو إدراك انعكاساتها ودلالاتها . وللمتغيرات آفاق شدة وجذب ، بحسب تقدير المصلحة ، تحمل المجتهد على التأثير بها ، والمؤثرات كثيرة .

٣- لذا لن تخلف الدنيا في تقديري مثل أئمة الاجتهاد ، ولن نجد أمثلة تضارع عبقرياتهم المفتحة ، والمقرونة بالتوفيق الإلهي .

٤- والاختلاف في الاجتهاد ضرورة حتمية ، لأسباب كثيرة أحصيتها وحصرتها في ثلاثة أسباب ، ولم أجد لأحد مثل هذا الحصر ، وذلك

بسبب طبيعة النصوص الشرعية ذاتها ، وفهم هذه النصوص ، وطبيعة اللغة العربية أداة التعبير عن الحكم أو وعاء الأحكام الشرعية ، ذات الخصوبة الواضحة ، والألفاظ ذات الدلالات المختلفة ، واحتمالاتها لأكثر من معنى .

ثم إن احتمالات تعارض النصوص ، والاختلاف في طرق دفع التعارض وطرق الترجيح بين النصين المتعارضين ، والأقيسة المتعارضة ، يوجد شبكة من نتاج الأفكار وثمرات الاجتهاد .

وكل هذا كما تبين في هذا البحث الممتع والمعقد والواسع في آن واحد ، يدل على أن للاجتهاد في حد ذاته طبيعة متميزة ، عدا طبيعة النص ، وطبيعة اللغة ، وعلى أن المجتهدين معذورون في الاختلاف ، فرضوان الله عليهم ، وجزاهم الله تعالى عن الأمة الإسلامية خير الجزاء ، لا فرق بين صحابة وتابعين وأئمة مذاهب ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

٥- والاختلاف في فهم النصوص لا يقتصر على المجتهدين الشرعيين ولا على القدامى فقط ، وإنما مداه وأحواله وأوجه الاختلاف عند غير الشرعيين ، وعند المعاصرين في فهم النصوص القانونية ، أرحب وأكثر ، فقد أحصى الكتاب في أعقاب ندوات بحث التأمين لدى المعاصرين من الخمسينيات فما بعدها حوالي ثمانين قولاً ، علماً بأن دائرة الخلاف بين فقهاءنا القدامى لا تتجاوز أحياناً مع التفاصيل أكثر من أربعة أقوال ، وقد رد الإمام الشعراني اختلافات الفقهاء إلى مرتبتين فقط وهما : مرتبة تشديد ، ومرتبة تيسير ، والأصل وحدة الحكم الشرعي . ومثال آخر عند القانونيين ، وهو تعريف الديمقراطية ، فإنهم ذكروا لها زهاء ثلاثمئة تعريف .

٦- إن المناداة بتوحيد المذاهب عبث ولهو وجهل ، ويتعذر تحقيقه ، لانقطاع الوحي بانتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى ، وتعذر معرفة الحق أو الصواب ، علماً بأنه من حيث المبدأ : الحق واحد لا يتعدد ، ولكن ما هو ؟ ! لذا كنا معذورين في تقليد المجتهد الثقة الورع ، حتى ولو اختلفت آراء المجتهدين الذين كانوا في أتم حالات اكتمال ملكة الاجتهاد ، ويكون اختلاف الأئمة فعلاً رحمة للأمة .

٧- ويلزم في النهاية العمل على تبسيط بيان أسباب الخلاف ، ونشرها بين الناس كافة ، ليعرف كل إنسان أقدار المجتهدين ، ويوازن قدره بأقدارهم ، وبخاصة من أولئك المغرورين الذين قد يتبجحون فيقولون : نحن رجال وهم رجال . والواقع أنهم أشباه الرجال ، ولم يصلوا إلى مراتب أولئك الأفذاذ رحمهم الله تعالى ، بل ولا لأدنى مرتبة منهم .

* * *