

الفصل السادس

الاستدلال عند الإمام شريح رحمه الله

ويشتمل على:

❖ توطئة: تعريف الاستدلال.

❖ المبحث الأول: موقف الإمام شريح من الاحتجاج برأي الصحابي.

❖ المبحث الثاني: الاستصحاب عند الإمام شريح.

❖ المبحث الثالث: الاستحسان عند الإمام شريح.

❖ المبحث الرابع: شرع من قبلنا عند الإمام شريح.

❖ المبحث الخامس: سد الذرائع عند الإمام شريح.

❖ المبحث السادس: المصلحة المرسلة عند الإمام شريح.

❖ المبحث السابع: العرف عند الإمام شريح.

obeikendi.com

الفصل السادس

الاستدلال عند الإمام شريح - رحمه الله -

❁ توطئة:

الاستدلال دليل من أدلة الفقه الإجمالية المدروسة في علم أصول الفقه، لكنه كمصطلح علمي ليس له نفس الشهرة التي نالتها المصطلحات الأخرى؛ لأنه كثيراً ما يعبر عنه بمصطلح الأدلة المختلف فيها أو غيره من المصطلحات.

ولكنَّ هذا المصطلح دار حوله نقاش لتحديد مفهومه وتعيين الأفراد الداخلة تحته.

ولقد فرض هذا المصطلح نفسه على هذه الدراسة بسبب، كونه يبنى على المعاني الكلية كما يظهر من تعريفه، وتلك المعاني الكلية كانت عنصراً رئيسياً في حركة الاجتهاد في عصر الصحابة والتابعين الذين ينتمي شريح القاضي لعصرهم.

بل هناك سبب أقوى، وهو أن الإمام الشافعي نصَّ على أن الاستدلال كان من أهم الوسائل التي استخدمها الصحابة في عملية الاجتهاد فقد نقل الإمام الجويني عنه أنه قال: "من سير أحوال الصحابة رضي الله عنهم، وهم القدوة والأسوة في النظر، لم ير لواحد منهم في مجالس الاشتوار تمهيد أصل، واستشارة معني، ثم بناء الواقعة عليه، ولكنهم يخوضون في وجوه الرأي من غير التفات إلى الأصول، كانت أو لم تكن، فإذا ثبت اتساع الاجتهاد، واستحال حصر ما اتسع منه في المنصوصات، وانضم إليه عدم

احتفال علماء الصحابة بتطلب الأصول - أرشد مجموع ذلك إلى القول بالاستدلال " (١).

فالإمام الشافعي يوضح أن الاستدلال كان نتيجة حتمية لاتساع الحركة الفقهية في عصر الصحابة، مع إدراك أن الصحابة لم يكونوا ليقفوا أمام كل واقعة باحثين عن النصوص الدالة عليها، بل كانوا يستخدمون معاني كلية في استنباط الحكم لهذه الوقائع، وهذه المعاني هي التي يطلق عليها الاستدلال.

❁ تعريفه:

(١) في اللغة: الاستدلال مصدر من الفعل السداسي استدلَّ بمعنى طلب الدليل والطريق المرشد إلى المطلوب (٢).

(٢) في الاصطلاح: وقع خلاف في تعريف الاستدلال اصطلاحاً يمكن إجمال هذا الخلاف في اتجاهين، هما:

١- اتجاه يعرف الاستدلال بتعريف عرفي اصطلاحى، لكنه قريب من اللغوي، وهو التعريف العرفي العام، وممن عرّف الاستدلال بهذا التعريف العام أبو يعلى الفراء من الحنابلة في (العدة) حيث قال: "الاستدلال طلب الدليل"، وكذلك الشيرازي في (اللمع) والجويني في "الورقات" (٣).

(١) انظر: البرهان، للإمام الجويني (٢/٧٢٤-١١٣٤)، دار الوفاء المنصورة، مصر، ط ٤، ت د. عبد العظيم الديب.

(٢) انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣/٢١٠).

(٣) انظر: العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى الفراء (١/١٣٢)، واللمع، الشيرازي (ص ٥) وشرحه (١/٩٨)، والورقات، للجويني (ص ٥).

- ٢- واتجاه عرّفه بتعريف عرفي خاص، وهذا ما عليه أكثر الأصوليين، ولكنهم في هذا الاتجاه ليسوا على طريق واحد، بلى على ثلاثة طرق، هي:
- أ - طريق عرّف الاستدلال بأنه: دليل لا يكون نصّاً ولا إجماعاً ولا قياساً، وهذا التعريف هو الذي حدّه به أكثر الأصوليين: منهم الإمام الآمدي، وابن الجوزي، وابن الساعاتي، والصفوي الهندي، وابن السبكي، وابن الهمام^(١).
- ب- وثانٍ عرّفه بأنه: معنى مُشعّرٌ بالحكم مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه، والتعليل المنسوب جار فيه. وهذا التعريف هو ما عرفه به إمام الحرمين في (البرهان)، وذكره ابن السمعاني في (القواطع)^(٢).
- ج- وثالثٌ عرّفه بأنه: محاولة الدليل المفضى إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة.

(١) انظر: الإحكام، للآمدي (١٠٤/٤)، ومنتهي السؤل - للآمدي (٤٩/٣)، والإيضاح لقوانين الاصطلاح في الجدل والمناظرة لابن الجوزي (ص ١٢٤)، و بديع النظام لابن الساعاتي، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة - جامعة الأزهر، تحقيق محمد بن يحيى بن محمد (٣/١٠٥٢)، ونهاية السؤل في طريقة الأصول، للصفوي الهندي (٤٣٦/٨) - وجمع الجوامع للتاج السبكي مع حاشية البناني (٣٤٣/٢)، والتحرير، كامل، (٥٢٠).

(٢) انظر: البرهان، للجويني (١/٧٢١ ف ١١٢٧)، وقواطع الأدلة لابن السمعاني (ص ٥٦)، تحقيق حسن هيتو.

وهذا التعريف هو ما عرفه به الإمام القرافي، وهو أحد تعريفي الإمام ابن جزى المالكي^(١).

والواضح أن التعريف الأول: هو تعريف للاستدلال من خلاله لازمه، بمعنى أنه يلزم معرفة أنواع الاستدلال لمعرفته، والتعريف الأول يجعل الاستدلال يشمل كل الأدلة المختلفة فيها من الاستحسان والاستصحاب، والاستصلاح، وقول الصحابي، والعرف والعادة، وسد الذرائع وشرع من قبلنا.

أمَّا التعريف الثاني: فهو تعريف من خلال ملزوم الاستدلال وهو أنه عملية بناء الأحكام على معان كلية لا على الأصول المتفق عليها، ومؤدَّى هذا اشمال الاستدلال - أيضاً - على كل الأدلة المختلف فيها. أمَّا التعريف الثالث: فهو في مجمله قريب من التعريف الثاني.

ولذا نخلص من هذه التعريفات إلى أن الاستدلال دليل تبني عليه الأحكام من خلال المعاني الكلية من غير نظر إلى كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس.

وأن كل الأدلة المختلف فيها داخلة في الاستدلال بناء على المعنى السابق الذي اتفق عليه أكثر الأصوليين.

❁ ولكني أريد أن أشير إلى أمرين هما:

١- يكاد إمام الحرمين الجويني أن يكون أول من تكلم عن الاستدلال بمعناه الاصطلاحي الخاص.

(١) انظر: تنقيح الفصول، للقرافي مع حاشية ابن عاشور (١/٢٢٧)، وتقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزى (ص ٣٨٧-٣٨٨).

أمّا قبل إمام الحرمين فقد كان تعريف الاستدلال جارياً في الغالب على المعنى الاصطلاحي العام القريب من المعنى اللغوي، وهو: طلب الدليل. وهذا ما نستطيع أن نلاحظه في تعريفات كل من الإمام ابن حزم الظاهري في (الإحكام) وإن زاد فيه أن يكون هذا الطلب من "قبل معارف العقل ونتائجه، أو من قبل إنسان يعلم"^(١)، والإمام أبي يعلى الفراء الحنبلي في (العدة)، والإمام الشيرازي في (اللمع)، وشرحه (اللمع).

٢- وقع اشتباه عند بعض الكاتبيين في علم الأصول بين مصطلح (الاستدلال) ومصطلح (المصلحة المرسلّة) وهذا ما يمكن ملاحظته فيما كتبه الإمام الزركشي في كتابه (البحر المحيط) عند حديثه عن تعريف (المصلحة المرسلّة) حيث قال: "وهو المعبر عنه بـ(المصالح المرسلّة) ويلقب بـ(الاستدلال المرسل)... وأطلق إمام الحرمين وابن السمعاني عليه اسم (الاستدلال)"^(٢).

و الواضح أن سبب هذا الخلط بين (الاستدلال) و(المصلحة المرسلّة) أن إمام الحرمين عند كلامه عن الاستدلال ضرب مثالا -وإن لم يصرح- بالمصلحة المرسلّة، فأدى ذلك إلى ظنّ بعض الكاتبيين أن الاستدلال هو المصلحة المرسلّة، وأن إمام الحرمين سمّى (المصلحة) بغير اسمها بأن سماها (الاستدلال).

والصحيح أن المصلحة المرسلّة أحد أنواع (الاستدلال)؛ لأن تعريف إمام الحرمين يقتضي ذلك عندما يقول: "من غير وجدان أصل متفق عليه

(١) انظر: الإحكام لابن حزم (٣٧/١).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (٨٣/٨).

" فهذا يعني: أن الأدلة المختلف فيها كلها داخلة تحت معنى الاستدلال، ومن هذه الأدلة (المصلحة المرسله).

❁ حجته:

الاستدلال - كما سبق - يرى بعض الأصوليين أن معرفته متوقفة على معرفة أنواعه، وهذا ما ذكرت أنه التعريف باللازم، وهو ما عرّف به الإمام الآمدي وغيره الاستدلال.

ولذا كانت معرفة حجية الاستدلال كذلك متوقفة على معرفة أنواعه؛ لأن الحكم بحجيته من عدمها نوع من الأحكام التي لا بد لها من تصور سابق؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

وقد يظن بعض الباحثين أن ما ذكره الإمام الجويني حصر لأقوال العلماء في حجية الاستدلال حين قال: " فذهب القاضي، وطوائف من متكلمي الأصحاب إلى رد الاستدلال، وحصر المعنى فيما يستند إلى أصل. وأفرط الإمام إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستدلال؛ ... يثبت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة، والمعاني المعروفة في الشريعة... وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى اعتماد الاستدلال، وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النأي والبعد والإفراط، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول، قارة في الشريعة.

فالمذاهب إذا في الاستدلال ثلاثة: أحدها: نفيه والاقتران على اتباع كل معنى له أصل. والثاني: جواز اتباع وجوه الاستصلاح والاستصواب قُرِبَتْ من موارد النص أو بَعُدَتْ، إذا لم يصدَّ عنها أصل من الأصول الثلاثة: الكتاب والسنة والإجماع. والمذهب الثالث، هو المعروف من

مذهب الشافعي: التمسك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل، على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة " (١).

فهذا الحصر لمذاهب العلماء ظاهره أنه لذكر آراء العلماء في حجية الاستدلال، ولكني أرى أن الصواب: أن كلام إمام الحرمين هنا وذكره مذاهب العلماء في الاستدلال ليس في الحقيقة إلا من باب ذكر العام المراد به الخصوص؛ لأن إمام الحرمين هنا يذكر آراء العلماء في العمل بالمصالح المرسلة الذي هو أحد أفراد الاستدلال؛ لأن المذاهب المذكورة هي مذاهب العلماء في العمل بالمصالح المرسلة كما يظهر من كلام إمام الحرمين نفسه عندما يكثر ذكر المصالح سواء التي يرتضيها الإمام ماك وإن بُعدت، أو التي يرتضيها الإمام الشافعي وأصحاب أبي حنيفة إذا كانت قريبة أو تجري على سنن الأحكام الثابتة.

ويظهر ذلك أيضاً من كلام علماء أصول الفقه عند ذكرهم هذه المذاهب، فهم يذكرونها عند الحديث عن المصالح المرسلة، ومن هؤلاء الذين ذكروا هذه المذاهب في المصلحة المرسلة: ابن النجار من الحنابلة في كتابه (شرح الكوكب المنير) (٢)، وكذلك الإمام ابن قدامة في

(١) انظر: البرهان، لإمام الحرمين الجويني (١/٧٢ ف١١).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/٤٣٣-٤٣٤).

(الروضة)^(١)، والبيضاويُّ في (المنهاج)^(٢) والزرکشي في (البحر المحيط)^(٣) من الشافعية، وكذلك الإمام الشوكاني في (الإرشاد)^(٤).
ولما سبق يظهر أن الحديث عن حجية الاستدلال عند الإمام شريح يتوصل إليها بدراسة حجية كل نوع من أنواعه عنده.

-
- (١) انظر: مذكرة أصول الفقه، للشنقيطي (ص ٢٠١).
(٢) انظر: المنهاج، للبيضاوي (ص ١١١)، مطبعة السعادة - ومذكرة أصول الفقه لأبي النور زهير (٤/١٥٤).
(٣) انظر البحر المحيط للزرکشي (٧/٨٤-٨٧).
(٤) انظر: إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٢٤٢).

المبحث الأول
رأي الصحابي
وموقف شريح القاضي منه

ويشتمل على توطئة ومطلين:

✿ توطئة: تعريف رأي الصحابي.

✿ المطلب الأول: موقف الإمام شريح من الاحتجاج برأي الصحابي.

(١) الاحتجاج برأي الصحابي عند الأصوليين.

(٢) الاحتجاج برأي الصحابي عند الإمام شريح.

✿ المطلب الثاني: من شروط الاحتجاج برأي الصحابي عند الإمام شريح.

(١) ألا يخالف رأي الصحابي ظاهر الكتاب.

(٢) ألا يخالف رأي الصحابي ظاهر السنة.

obeikendi.com

المبحث الأول

رأي الصحابي وموقف شريح القاضي منه

❁ توطئة: تعريف الصحابي:

(أ) في اللغة: الصحابي: اسم مشتق من الصُّحْبَةِ، بمعنى المعاشرة، قال صاحب القاموس: "صَحِبَهُ كَسَمِعَهُ صَحَابَةً وَيُكْسَرُ وَصُحْبَةً عَاشِرُهُ"^(١). ولكنَّ القاضي أبا بكر الباقلاني نقل عن أهل اللغة أنهم اتفقوا على أن الصحابي مشتق من الصُّحْبَةِ جار على كل من صحب غيره قليلاً أو كثيراً"^(٢).

ولكنَّ ظاهر كلام الفيروز آبادي يخالف ذلك، إذ المعاشرة تقتضي طول المجالسة، والصحيح عدم المخالفة؛ لأنها تعم قليل والكثير.

(ب) في الاصطلاح

❁ وقع خلاف في تعريف الصحابي في الاصطلاح يمكن إيجازه فيما يلي:

١- من عَرَّفَ الصحابي بأنه: مَنْ رَأَى النَّبِيَّ ﷺ مسلماً. وهذا التعريف هو ما عليه جمهور المحدثين وأكثر الأصوليين^(٣).

(١) انظر القاموس المحيط للفيروز آبادي (١/٩١ - مادة صحب).

(٢) انظر: فتح المغيث، للسخاوي (٢/٧٩-٨٠)، والتقييد والإيضاح، للعراقي (ص٢٩٦).

(٣) انظر: الأحكام، للآمدى (٢/٩٢)، ومختصر ابن الحاجب (٢/٦٧)، شرح صحيح مسلم، للنووي (١/٣١) الهيئة العامة للمطابع الأميرية ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م - والبحر المحيط للزركشي (٦/١٩٠).

٢- وَمَنْ عَرَّفَهُ بِأَنَّهُ: مَنْ طَالَتْ صَحْبَتُهُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ وَكَثُرَتْ مَجَالِسَتُهُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطِيلَ الْمَكَثَ مَعَهُ عَلَى طَرِيقَةِ السَّمْعِ لَهُ وَالْأَخْذِ عَنْهُ ^(١).
وهذا تعريف أبي المظفر السمعاني للصحابي في (القواطع) ونسبه للأصوليين.

والصحيح أن هذا التعريف لم يقل به إلا بعض الأصوليين؛ لأن أكثر الشافعية ^(٢) والإمام أحمد بن حنبل واختيار الآمدي وابن الحاجب: أن الصحابي من رأى النبي ﷺ، ولذلك قال الإمام النووي في (التقريب): "المعروف عند المحدثين أنه كل مسلم رأى رسول الله ﷺ، وعند أصحاب الأصول أو بعضهم أنه من طالت على طريق التبع" ^(٣).

٣- وَمَنْ عَرَّفَهُ بِأَنَّهُ مِمَّنْ أَقَامَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ سَنَةً أَوْ سَنَتَيْنِ، وَغَزَا مَعَهُ غَزْوَةً أَوْ غَزْوَتَيْنِ، وَهَذَا هُوَ الْمُرُويُّ عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ^(٤).

(١) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني (٣٩٢/١)، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

(٢) انظر: فتح المغيث، للسخاوي (٧٩/٢-٨٠) والتقييد والإيضاح، للعراقي (ص ٢٩٦-٢٩٧)، والإحكام للآمدي (٩٢/٢)، ومختصر ابن الحاجب (٦٧/٢)، والبحر المحيط للزركشي (١٩٠/٦).

(٣) انظر: التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير، للنووي (ص ٩٢)، دار الكتاب العربي، ط ١ ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

(٤) انظر: مقدمة ابن الصلاح، لأبي عمرو بن الصلاح (ص ٤٨٧)، دار المعارف، تحقيق د. عائشة عبد الرحمن.

✽ المراد برأي الصحابي:

هو المنقول عن الصحابي مما ثبت عنه من فتوى أو قضاء في حادثة لم يأت فيها نصٌّ ولم يحصل على حكمها إجماع من مجتهدي الأئمة في عصره. وعَبَّرْتُ لذلك بلفظ (رأى الصحابي) مع كون المعبر به في كتب الأصول (مذهب الصحابي) و (قول الصحابي)؛ لأن لفظ (رأى الصحابي) فيه إشعار بأنه رأى عن اجتهاد لا عن نصٍّ أو إجماع. والمشهور أن رأى الصحابي وقع خلاف في حجتيه، وهذا ما أعرضه فيما يلي:

المطلب الأول

موقف الإمام شريح من الاحتجاج برأي الصحابي

١- الاحتجاج برأي الصحابي عند الأصوليين:

وقع خلاف في الاحتجاج برأي الصحابي، ولكن محل هذا الخلاف يحتاج لتحرير.

أ - تحرير محل الخلاف: لم يقع خلاف بين العلماء في كون رأي الصحابي واجتهاده في المسائل الاجتهادية سواء أكان الصحابي إماماً أم حاكماً أم مفتياً، ليس بحجة على صحابي مجتهد آخر.

وممن نقل الاتفاق على ذلك القاضي أبو بكر الباقلاني والآمدي وابن الحاجب وغيرهم^(١).

وإنما محل الخلاف فيما إذا ورد عن الصحابي رأى في مسألة أو حادثة وهذه المسألة أو الحادثة لم ينتشر رأى الصحابي فيها بأن كانت لا تعمُّ بها البلوى، ولا تدعو الحاجة إليها فهل يكون هذا الرأى حجة على التابعين ومن بعدهم من المجتهدين؟^(٢).

ب- مذاهب العلماء في حجيته: كان لعلماء الأصول مذاهب في حجية رأي الصحابي، هي:

(١) انظر: البحر المحيط، الزركشي (٥٥/٨)، والإحكام، للآمدي (١٤٩/٤)، ومختصر ابن الحاجب والعضد (٢٨٧/٢)، كشف الأسرار، للبخاري (٢١٧/٣)، ومذكرة أصول الفقه، للشنقيطي (ص١٩٦، ١٩٩)، إرشاد الفحول (ص٢٤٣).

(٢) انظر: المراجع السابقة، نفس المواضع.

١- مذهب يرى أصحابه أن رأى الصحابي: ليس بحجة على التابعين ومن بعدهم.

وهذا المذهب هو ما ذهب إليه الإمام الشافعي في أحد قوليهِ في الجديد، وإليه ذهب جمهور أصحابه والمعتزلة، ورواية عن الإمام أحمد، واختاره أبو الخطاب من أصحابه، وزعم القاضي عبد الوهاب أنه الصحيح الذي يقتضيه مذهب مالك، واختاره الآمدي والفخر الرازي وابن الحاجب وأبو الحسن الكرخي، والشوكاني ونسبه للجمهور^(١).

٢- وثانٍ يرى أنه حجة مطلقاً: وهو المنقول عن الإمام مالك، والمالكية، وقول الشافعي في القديم، والقول الثاني عنه في الجديد، وعليه أكثر الحنفية كأبي سعيد البردعي، وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهو ما عليه أكثر أصحابه^(٢).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٥٧/٨)، والأحكام، للآمدي (١٩٤/٤)، ومذكرة أصول الفقه، للشنقيطي (ص١٩٧)، والحصول (١٢٩/٦، ١٣٢) مؤسسة الرسالة، ط ١٤١٢هـ - ومختصر ابن الحاجب، والعضد عليه (٢٨٧/٢)، أصول السرخسي (١٠٥/٢، ١٠٦)، إرشاد الفحول (ص٢٤٣) قواطع الأدلة لابن السمعاني، (٩/٢)، وقد رد الإمام ابن القيم نسبة هذا الرأي للإمام الشافعي واحتج لذلك والصواب ما نقله أصحاب الشافعي عنه، وانظر: أعلام الموقعين (٩٧/٤-٩٩)، والبحر المحيط للزركشي (٦٤/٨).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول (ص٤٤٥)، الإحكام، للآمدي (١٤٩/٤)، والبحر المحيط للزركشي (٥٧/٨-٥٩)، الحصول، للرازي (١٢٩/٦، ١٣٠) مؤسسة الرسالة - وأصول السرخسي (١٠٥/٢)، وكشف الأسرار، البخاري (٢١٧، ٢١٩/٣)، ومختصر ابن الحاجب (٢٨٧/٢)، والروضة (ص١٦٥)، والمسودة (ص٢٧٦- ٣٣٦، ٣٧٠)، وإعلام الموقعين (٩٧/٤)، وإرشاد الفحول (ص٢٤٣).

- ٣- وثالث يرى أنه حجة إذا انضم إليه القياس: وهو ما رواه القاضي حسين والقفال الشاشي والقاضي أبو بكر الباقلاني والمزني وابن القطان وابن أبي هريرة عن الشافعي وهو ظاهر قوله في الرسالة^(١).
- ٤- ورابع فيه أنه حجة إذا خالف القياس: والظاهر أنه قول لبعض الحنفية ويظهر ذلك من كلام السرخسي والبخاري، واختاره ابن برهان من الشافعية وقال: ومسائل الإمامين الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تدل عليه^(٢).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٦٠/٨-٦٣)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٣).

(٢) انظر: أصول السرخسي (١٠٥/٢-١٠٦) وكشف الأسرار، للبخاري (٢١٩/٣)، والبحر المحيط للزركشي (٦٣/٨)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٣).

المطلب الثاني

موقف شريح القاضي من الاحتجاج برأي الصحابي

إن دراسة موقف الإمام شريح القاضي من الاحتجاج برأي الصحابي يعدُّ من الأهمية بمكان؛ لأن الإمام شريحاً القاضي يعدُّ من أوائل الفقهاء الذين يمكن أن نلمس في فقههم أثر الاحتجاج بقول ورأي الصحابي؛ لأن الإمام شريحاً القاضي - كما سبق ذكره - مختلف في صحبته والراجح أنه من كبار التابعين؛ مما يجعله من الناحية التاريخية أقرب الفقهاء لظهور مدى الاحتجاج بقول الصحابة رضوان الله عليهم.

وأضيف إلى ذلك أن رحلاته أتاحت له فرصة كبيرة للاطلاع على آراء الصحابة وفقههم من أمثال عمر وعليّ وعبد الله بن مسعود ومعاذ رضي الله عنهم.

فهذا الاطلاع الواسع للإمام شريح القاضي على فقه الصحابة رضي الله عنهم سمح له بأن يكون له موقف واضح تجاه اجتهاداتهم وآرائهم؛ وهذا الموقف يمكن تلخيصه فيما يلي:

١- أن الإمام شريحاً القاضي كان يحتج برأي الصحابة، ولكن هذا الاحتجاج ليس مطلقاً بل مقيداً بشروط.

٢- وأنه كان يخالف الصحابة في بعض آرائهم، وهذا لا يقدر في احتجابه برأي الصحابة؛ لأنهم رضوان الله عليهم كما قرّر الأصوليون سوّغوا للإمام شريح القاضي الاجتهاد في حضرته وكذلك جوّزوا له مخالفتهم؛ ولأن ما خالف فيه الإمام شريح القاضي الصحابة رضوان الله عليهم كان مما اختلف فيه الصحابة أنفسهم، أو مما فقد شرطاً من الشروط التي وضعها الإمام شريح القاضي للاحتجاج برأي الصحابي.

وسأبينُ ما ذُكِرَ بأمثلة توضح النتيجة التي وصلت إليها وتؤكدتها، وسأعرض الأمثلة والنماذج من خلال عنصرين هما:

- ١- أمثلة تدلُّ على احتجاج الإمام شريح بقول الصحابي.
 - ٢- أمثلة يظهر من خلالها ما اشترطه الإمام شريح القاضي من شروط للاحتجاج برأي الصحابي. وهذا ما سأذكره في المطلب الثاني.
- أمثلة تدل على احتجاج الإمام شريح القاضي برأي الصحابي:**
- لقد ظهر احتجاج الإمام شريح القاضي برأي الصحابي في مواطن كثيرة، ومن خلال أمثلة عديدة، رجع الإمام شريح القاضي في بعضها عن رأيه إلى رأي الصحابي.
- وبعضها الآخر نصَّ راوي الأثر عن الإمام شريح القاضي على أنه أخذ برأي أحد الصحابة.

وباستقراء الآثار المروية عن الإمام شريح القاضي يظهر أن الصحابة الذين أكثر في الأخذ بأرائهم شيوخه من الصحابة الذين على فكرهم نشأت مدرسة الرأي، وأهم هؤلاء الشيوخ الإمام عمر بن الخطاب، والإمام علي بن أبي طالب، والإمام عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

وهذه النماذج تؤكد صحة ما ذكرت.

أ- ما أخذ فيه شريح القاضي برأي الإمام عمر رضي الله عنه: ذكرت فيما سبق أن علاقة الإمام شريح بالإمام عمر رضي الله عنه كانت علاقة وطيدة، نتج عنها أخذ الإمام شريح برأي الإمام عمر في بعض المسائل منها^(١):

(١) انظر: أخبار القضاة لوكيع (١٩١/٢).

١- رأيه في الجناية على عين الدابة: لقد كانت الجناية على أعضاء الإنسان محددة الأرش، ولكنَّ الجناية على الدواب كانت تحتاج لاجتهاد من العلماء لتحديد القدر الواجب دفعه لصاحب الدابة عند الجناية على أحد أعضائها.

ومن الجناية على الدواب الجناية على عينها بفقئها، وقد روى عبد الرازق وابن أبي شيبة ووكيع بأسانيدهم عن شريح القاضي أنه قضى في عين الدابة إذا فقئت بربع ثمنها^(١).

وهذا القضاء من الإمام شريح القاضي يصعب أن تجد له دليلاً غير ما ورد إليه من كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذه المسألة.

فقد روى عبد الرازق وابن أبي شيبة ووكيع بأسانيدهم من شريح القاضي أنه قال: أتاني عروة البارقي من عند عمر بأن في عين الدابة ربع ثمنها^(٢). ولذا لم يكن بعيداً أن أقول: إن قضاء شريح القاضي لم يكن إلاً أخذاً برأي الإمام عمر رضي الله عنه في مسألة الجناية على عين الدابة.

وبهذا المثال يظهر أن الإمام شريحاً قد احتج برأي الصحابي احتجاجاً واضحاً.

٢- رأيه في تأجيل العينين: إن من الأسباب التي تعطي المرأة الحق في الخيار في فسخ عقد الزواج أن يكون الزوج عنيماً لا يقدر على أن يصل إليها. ولكن هل للزوجة الحق في التخيار بدون أن تنتظر مدة معينة؟

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٧٧-٧٦/١٠) ومصنف ابن أبي شيبة (٢٧٩/٩)، وأخبار القضاة لو كيع (١٩٣/٢).

(٢) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٧٧/١٠)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٧٦/٩)، وأخبار القضاة لو كيع (٣٩٣/٢).

لقد رأى الإمام شريح القاضي أن الزوجة تكون مخيرة بعد مضي سنة من زمن رفعها لأمرها للقاضي، فقد روى محمد بن خلف وكيع بإسناده عن شريح القاضي أنه قال في العنين:

يؤجله الإمام سنة من يوم يرفع إليه، فإن وصل إليها، وإلا فرّق بينهما^(١).

ولن يكون من السهل أن نجد دليلاً يمكن الإمام شريح القاضي أن يكون استدلالاً به غير قول الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نفس المسألة وهو الرأي الذي كتبه الإمام عمر رضي الله عنه وأرسله لشريح القاضي - فقد روى سعيد بن منصور وأبو بكر ابن أبي شيبة بأسانيدهما عن شريح القاضي قال: كتب إلي عمر.. أجله سنة، فإن استطاعها، وإلا خيرها، فإن شاءت أقامت، وإن شاءت فارقت^(٢).

وواضح من مقارنة الأثرين أن الإمام شريحاً القاضي قد احتج بقول ورأى الإمام عمر رضي الله عنه في تأجيل العنين سنة، ذلك الحكم الذي كتب به الإمام عمر رضي الله عنه رسالة وأرسلها لشريح القاضي.

٣- رأيه في توريث الحميل: قد يحمل الصغير من بلاده إلى بلاد الإسلام، ولا يكون معروف النسب على جهة اليقين.

وهذا الشك في نسب الحميل كان له أثر كبير في اختلاف الفقهاء في مسألة توريثه، فرأى الإمام شريح القاضي: أن الحميل لا يورث إلا بيئته^(٣).

(١) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣٨٧)، (٢/٢٦٧)، (٢٦٨)

(٢) انظر: سنن سعيد بن منصور (٢/٧٩)، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/٢٠٨).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٢٧٨)، دار الرشد ط ١ الحدث - المصنف، لعبد الرزاق (١٠/٢٠٠).

وهذا الرأي الذي رواه الإمام عبدالرزاق الصنعاني عن شريح القاضي واضح أنه صدى لرأي الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي كتبه لشريح القاضي في إحدى رسائله له.

فقد روى عبد الزاق وو كيع بأسانيدهما عن الشعبي عن شريح أن عمر بن الخطاب كتب إليه: ألا يورث الحميل إلا بيينة ^(١).

فالإمام شريح القاضي لا شك قد احتج برأي الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ويظهر هذا بجلاء عند مقارنة الأثرين السابقين، بل وكون الإمام شريح القاضي قد أرسل إليه عمر رضي الله عنه بهذه الرسالة مما يعني أنه قد اطلع عليها وعمل بما فيها من حكم.

٤- رأيه في الجارية تؤسر ثم يشتريها مسلم آخر: قد تؤسر جارية يمتلكها مسلم، ثم يشتريها مسلم غير صاحبها، فهل زال ملك الأول عن الجارية؟

يرى الإمام شريح القاضي في هذه المسألة التفصيل: فإن كانت الجارية لم تلد، فترد على صاحبها بالثمن، وإن ولدت فقد صارت حرة، فقد روى وكيع وأبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بأسانيدهم عن شريح أنه خصم إليه في جارية أسرت، فاشتراها رجل من المسلمين، فخاصمه صاحبها إلى شريح القاضي فقال: (المسلم أحق من يرد على أخيه).

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (١٠/٢٩٩-٣٠٠)، وأخبار القضاة لو كيع (٢/١٩١، ١٩٢).

قال: إنها قد ولدت، قال: اعتقها قضاء الأمير، وفي رواية عبد الرزاق يعني عمر بن الخطاب، "وإن كان كذا وكذا، وإن كان كذا وكذا"^(١).
 فالشاهد من الأثر السابق أن الإمام شريحاً القاضي عندما أراد أن يظهر وجه استدلاله في المسألة قال - في حالة إذا صارت الجارية أم ولد-:
 أعتقها قضاء الأمير - فاحتج بقضاء أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضي الله عنه مما يكشف عن أن الإمام شريحاً القاضي كان محتجاً برأي الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

ب- ما أخذ فيه شريح القاضي برأي الإمام علي رضي الله عنه: عرضت فيما سبق كيف اتصل الإمام شريح القاضي بفقهِ الإمام علي رضي الله عنه، وفيما يلي سأعرض و أوضح النماذج التي تدلُّ على أخذ شريح ببعض آراء الإمام علي رضي الله عنه، وهي:

١- قضاؤه في المرأة تهب زوجها ثم تريد طلاقها: إن المرأة قد تهب هبة لزوجها وهي لا تقصد بها مجرد الهبة فقط، بل تقصد أيضاً إدامة الحياة السعيدة بينهما؛ ولذا يقع في بعض الأحيان رجوع المرأة في هبتها إذا أراد الزوج طلاقها أو الزواج من أخرى، فماذا كان رأي شريح القاضي في هذا الرجوع، وما دليله في حكمه في هذه المسألة؟.
 لقد رأى شريح القاضي أن من حق المرأة الرجوع في هبتها؛ لأن في مخاصمتها لزوجها علامة على عدم رضاها بهبتها إياه.

(١) انظر: أخبار القضاة لوكيع (٣٥٩/٢، ٣٩٥-٣٩٦) ومصنف ابن أبي شيبة (٤٤٦/١٢)، والمصنف، لعبد الرزاق (١٩٥/٥).

فقد روى سعيد بن منصور في سننه بسنده عن عبد الأعلى الثعلبي قال: كنت جالساً عند شريح، فجاءته امرأة فقالت: يا أبا أمية إن هذا الرجل أتاني، ولا يرجو أن يتزوجني، فقلت له: هل لك أن تزوجني، قال: أتسخرين بي، فزوجته نفسي، وأعطيته من الذي لي أربعة آلاف درهم، وأتجرت في مالي حتى عمر ماله في مالي كالرقمة في جنب البعير، فزعم أنه مطلق، ويتزوج عليّ، فقال شريح للرجل: ما تقول؟ قال: صدقت، فسأل شريح المأ حوله فزعموا أن علياً عليه السلام أتاه مثل الذي أتاك فقال: أنت أحق بالطلاق والنكاح ما بينك وبين أربعة نسوة، فإن أنت طلقت فالطلاق بيدك، واردد إليها مالها، ومثله من مالك بما استحلت من فرجها، فقال شريح: هذا الذي بلغنا عنه، هو قضائي بينكما، قوماً^(١).

فهذا الأثر عند تحليله يتضح أن الإمام شريحاً رأى أن للمرأة أن تعود في هبتها لزوجها إذا أراد الزواج عليها.

ويتضح منه أيضاً أن الإمام شريحاً إنما قضى بذلك لأن من حوله من العلماء أخبره بأن ذلك قضاء الإمام علي عليه السلام فأخذ الإمام شريح برأيه بغير بحث عن دليل قوله عليه السلام، مما يعني أنه قد استدل بالقول نفسه على صحة هذا القضاء؛ ولذا قال شريح القاضي: هذا الذي بلغنا عنه، هو قضائي بينكما.

٢- رأيه في من تركت ابني عم: أحدهما زوج، والآخر أخ لأم: الإمام شريح القاضي روي عنه قولان في هذه المسألة، ولكن هذين القولين ليس بينهما تعارض، بل فيهما ما يكشف عن موقفه من الأخذ برأي الصحابي.

(١) انظر: سنن سعيد بن منصور (٢/٢١٤).

فقد روى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن قتادة قال: كتب هشام بن هبيرة -قاضي كان لأهل الكوفة- إلى شريح يسأله... عن امرأة توفيت وتركت ابني عمها: أحدهما زوج، والآخر أخوها لأمها، فكتب إليه شريح.. في التي توفيت وتركت ابني عمها أحدهما زوجها، والآخر أخوها لأمها: لزوجها النصف، ولأخيها لأمها السدس، وما بقى بينهما^(١).

فهذه الإجابة من الإمام شريح القاضي تكشف أن الإمام شريحاً القاضي قد رد باقي التركة على الزوج والأخ لأم بعد إعطاء كل واحد منهما فرضه؛ لأن التركة لم يكن فيها مستحقون غيرهم.

وهذا الرأي هو آخر القولين المرويين عن الإمام شريح القاضي لأن السائل هو هشام بن هبيرة قاضي الكوفة زمن بني أمية، ولقد دارت مناقشة بين الإمام عليّ وشريح القاضي حول هذه المسألة وكان الإمام شريح قد رأى خلاف ذلك بأن تكون التركة نصفاً للزوج والنصف الباقي للأخ لأم - فقد روى سعيد بن منصور وابن أبي شيبة ووكيع والبيهقي بأسانيدهم عن حكيم بن عقال أن شريحاً أتى في امرأة تركت ابني عمها: أحدهما زوجها، والآخر: أخوها لأمها، فجعل -شريح- للزوج النصف، وجعل النصف الباقي للأخ من الأم، فأتوا علياً فذكروا ذلك له، فأرسل إلى شريح فلما أتاه قال: كيف قضيت بين هؤلاء، فأخبره بما قضى فقال: وما حملك على ذلك؟ قال قول الله ﷻ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٢)، فقال له عليّ: أفلا

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٢٨٨/١٠-٢٨٩).

(٢) سورة: الأحزاب: الآية ٦.

أعطيت الزوج فريضة في كتاب الله النصف، وأعطيت الأخ فريضته السدس، وجعلت ما بقى بينهما نصفين^(١).

فهذا الأثر يظهر عملية قضائية تشبه الاستئناف للأحكام القضائية في عصرنا، وفيها ناقش الإمام عليُّ خليفة المسلمين وأكبر قضاة الدولة قضاء شريح القاضي قاضيه على الكوفة، ورأى أن الأولى منه أن يقضى في هذه الأقضية بأن النصف فرضاً للزوج والسدس فرضاً للأخ، ورد الباقي يكون مناصفة بينهما.

وهذا القضاء الذي قضى به الإمام عليٌّ عليه السلام هو آخر قول الإمام شريح القاضي مما يكشف أن الإمام شريحاً القاضي قد غير اجتهاده أخذاً برأي عليٍّ عليه السلام.

٣- رأيه في الذي بيده عقدة النكاح: هذا المسألة يشبه رأي الإمام شريح القاضي فيها رأيه في المسألة السابقة من حيث إنه قال فيها قولين، رجع فيهما من أحدهما إلى الآخر.

فقد روى ابن أبي شيبة ووكيع والبيهقي بأسانيدهم عن شريح القاضي: سأني عليٌّ عليه السلام عن: ﴿الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ ^(٢) قال: قلت: الولي، قال لا، بل الزوج ^(٣).

(١) انظر: سنن سعيد بن منصور (٨٣/٢) ومصنف ابن أبي شيبة (٢٥١/١١)، وأخبار القضاة لو كيع (١٩٦/٢)، ٢٩٠-٢٩١، ٣٨٦، والسنن الكبرى، للبيهقي (٢٣٩/٦-٢٤٠).

(٢) سورة البقرة: (جزء من الآية ٢٣٧).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٨٠/٤)، وأخبار القضاة لو كيع (١٩٥/٢-١٩٦)، والسنن الكبرى، للبيهقي (٢٥١/٧).

والواضح من هذا الأثر أن الإمام شريح القاضي رحمه الله كان يرى أن المقصود بقوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١) أن يعفو الولي. ولكن الإمام علياً عليه السلام كان يخالف شريحاً القاضي في ذلك فكان يرى أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج.

ولكن الإمام شريحاً القاضي رجع عن قوله بأنه الولي إلى أنه الزوج فقد روى وكيع بسنده عن الشعبي قال: كان شريح يقضى زماناً أن الذي بيده عقدة النكاح الولي ثم رجع، فقال: هو الزوج^(٢).

ولعل السبب في هذا الرجوع عن قوله الأول ما قاله له الإمام علي عليه السلام من أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، فرجع الإمام شريح القاضي لرأيه عليه السلام، مما يكشف عن أخذه برأي الصحابي كشفاً ظاهراً.

ج- ما أخذ فيه شريح القاضي برأي الإمام ابن مسعود رضي الله عنه

ذكرت عند ترجمتي لشيوخ شريح القاضي ترجمة ابن مسعود رضي الله عنه وذكرت فيها كيف اطلع شريح القاضي على فقه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، مما أتاح لشريح الأخذ ببعض آراء الإمام ابن مسعود، ومن هذه المسائل التي أخذ فيها برأي ابن مسعود:

١- رأيه في من ترك ابني عم أحدهما أخوه لأمه: قد يدلي أحد الورثة إلى المورث بجهتين فيكون لإحدهما الأثر في حجب غيره أو في منعه من أن يرث، وكان الإمام شريح القاضي يرى أن من ترك ابني عم أحدهما أخوه لأمه من هذا النوع من مسائل الميراث فكان يرى أن

(١) سورة البقرة: (جزء من الآية ٢٣٧).

(٢) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٢٦٢).

ابن العم الذي هو أخ لأم يحوز التركة كلها، ولا شيء لابن العم الآخر.

❖ ولكن على أي شيء اعتمد الإمام شريح القاضي في هذا القضاء؟

لقد جاءت الآثار المروية عن الإمام شريح القاضي كاشفة عن ذلك، فقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة بسندهما عن ابن سيرين عن شريح أنه كان يقضي في ابني عم أحدهما أخ لأم بقضاء عبد الله^(١). فهذا الأثر يوضح أن الإمام شريحاً القاضي قد أخذ برأي الإمام عبد الله بن مسعود في مسألة من ترك ابني عم أحدهم أخ لأم فقد جعل التركة سهمًا واحدًا وأعطاه للأخ لأم. وبهذا يكون شريح القاضي رحمه الله قد احتج برأي أحد الصحابة وهو عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

٢- رأيه في المكاتب يترك مالا وعليه بقية كتابته: المكاتب قد يتوفى وعليه بقية من كتابته، ويكون ماله الذي تركه يُوفى سداد الباقي من نجوم كتابته، وبقي بعد السداد مالٌ، فما رأى شريح القاضي في هذه المسألة، وما مستنده فيها؟

روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي وابن حزم بأسانيدهم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال، قلت له: إن شريحاً كان يقضي في المكاتب يموت ويترك مالا و ولدًا: يؤدي عنه لمواليه ما بقي من مكاتبته،

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٢٨٧/١٠)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٥٠/١١).

وما بقى رده على ولده - فقال الشعبي: إن شريحاً كان يقضى فيها بقضاء عبد الله بن مسعود^(١).

فهذا الأثر يظهر منه أن الإمام شريحاً القاضي كان يرى أن المكاتب تُسدّدُ مما ترك من مال بقية كتابته، وما بقى بعد ذلك أُعطي لأولاده. ولكن هذا الحكم لم يرد بخصوصه نص، فعلى أي شيء بني الإمام شريح القاضي رأيه في هذه المسألة؟

جواب هذا السؤال يظهر بجلاء أيضاً من خلال النظر في الأثر السابق؛ لأن الإمام الشعبي أظهر ذلك حين قال: إن شريحاً كان يقضى فيها بقضاء عبد الله بن مسعود.

مما يعني أن شريحاً القاضي رحمه الله أخذ برأي عبد الله بن مسعودرضي الله عنه في هذه المسألة.

٣- رأيه في المكاتب إذا أدى قيمته: المكاتب الذي كاتبه سيده قد يؤدي قدر قيمته، فما حكمه في هذه الحالة عند الإمام شريح القاضي؟ روى الإمام عبد الرزاق بسنده عن الشعبي أن شريحاً كان يقول: إذا أدى المكاتب قيمته فهو غريم.

قال الشعبي: فكان يقول فيها بقول عبد الله بن مسعود^(٢). فواضح من هذا الأثر أن الإمام شريحاً القاضي يجعل المكاتب الذي دفع لمكاتبه قدر قيمته يصير غريماً - أي مدينًا - بالباقي لمكاتبه.

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٣٩١/٨-٣٩٢) ومصنف ابن أبي شيبة (٤١٥/٦)، والسنن الكبرى، للبيهقي (٣٢٤/١٠)، والمحلى لابن حزم (٢٣٨/٩).

(٢) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٤١١/٨).

وكان الإمام شريح القاضي في هذا الحكم قد استند على قول الإمام عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، هذا يكشف عن أن شريحاً القاضي كان يعمل برأي الصحابي.

ولعل هذا ما لاحظته الإمام ابن حزم حين أراد التذليل على صحة الأثر السابق فعبر عنه بقوله: "وهذا إسناد جيد؛ لأن الشعبي صحب شريحاً، وشريحاً صحب ابن مسعود"^(١).

فقد يكون كلام الإمام ابن حزم إشارة إلى أن الإمام شريحاً القاضي صحب الإمام عبد الله بن مسعود؛ ولذا يصح أن يقضى شريح القاضي معتمداً على قضاء عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

❖ وأريد أن أشير إلى أمر هو:

لقد صحح الإمام ابن حزم قولاً آخر في هذه المسألة عن الإمامين عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وشريح القاضي رحمه الله وهو أن المكاتب إذا أدى نصف الكتابة فهو غريم^(٢).

وهذا الذي صححه الإمام ابن حزم عنهما ظاهره أنه يعارض ما سبق ذكره في أول هذه المسألة عنهما من أن المكاتب إذا أدى قيمته فهو غريم. والصحيح أنه لا تعارض بين القولين، وقد أوضح جهة فك التعارض بين القولين الإمام ابن حزم حين قال: "وليس هذا مخالفاً - أي قولهما بأنه إذا أدى قيمته صار غريماً - لما روى من هذه الطريق نفسها: إذا أدى نصف قيمته فهو غريم، لأنه قد يُمكن أن القولين معاً، ولا يتمانعان: إذا

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٢٣٠/٩).

(٢) انظر: السابق، نفس الموضع.

أدى الأقل من قيمته، أو من نصف الكتابة فهو غريم، أيهما أدى فهو غريم" (١).

وبهذا يظهر عدم وجود تعارض بين القولين لإمكان الجمع بينهما كما وضح الإمام ابن حزم، والله أعلم.

(١) انظر: السابق، نفس الموضوع.

المطلب الثالث

من شروط الاحتجاج برأي الصحابي عند شريح القاضي

هذه الشروط التالي ذكرها لم يصرح الإمام شريح القاضي باشتراطها في رأى الصحابي لكي يحتج به.

بل هذه الشروط مستنبطة من خلال تحليل ما أثر عنه من مسائل فقهية خالف فيها قول الصحابي صراحة، مما يعني أنه لم يعمل بقول الصحابي في هذه المسائل التي خالفه فيها.

ويفك التعارض الذي ينتج عن قولهم: إن الإمام شريحاً القاضي كان يحتج برأي الصحابي، وهو كذلك كان يخالف رأي الصحابة رضي الله عنهم في بعض المسائل، بأنه إنما خالف بعض آراء الصحابة رضوان الله عليهم؛ لأنها فقدت شرطاً من شروط قبوله الاحتجاج بها.

وبعد، فمن الشروط التي يمكن استنباطها من تحليل الآثار الفقهية المروية عن الإمام شريح القاضي في احتجاجه برأي الصحابي:

أ - ألا يخالف رأي الصحابي ظاهر الكتاب: إن التحليل الدقيق للمسائل الفقهية التي يمكن أن يكون لها علاقة بالاحتجاج برأي الصحابي عند الإمام شريح القاضي، يجعلنا نقرر بما لا يدع مجالاً للشك أنه كان يشترط شرطاً أولاً في رأي الصحابي ليقبله، هو: أن يكون رأي الصحابي لا يخالف ظاهر الكتاب، فإن خالف لم يعمل به.

ولإظهار صحة هذه النتيجة يجب عرض النماذج التي فقدت هذا الشرط عند الإمام شريح القاضي؛ لأنها تكون أكثر توضيحاً للاستدلال على اشتراطه هذا الشرط.

❖ ومن هذه النماذج:

١- رأيه في ميراث الأم في الغراوين أو العمريتين: قد يتوفى المورث ويترك زوجة وأبوين، أو زوجاً وأبوين، وهاتان المسألتان سميتا بالغراوين؛ لأنهما كالكوكب الأغر، وسميتا كذلك بالعمريتين؛ لأن الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى فيهما بأن للزوج النصف وللزوجة في الثانية الربع، وللأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، وما بقي فللأب.

فهل رأي الإمام شريح القاضي كان موافقاً لرأي الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه شيخه، وقد كان هذا الرأي أيضاً رأي ابن مسعود وزيد ورواية عن علي رضي الله عنه، فهل أخذ برأيهم؟ لا، لم يأخذ الإمام شريح القاضي برأي شيوخه من الصحابة رضوان الله عليهم من أمثال عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، بل لقد خالفهم في هذا الرأي، فقد نقل الأئمة ابن حزم والقرطبي وابن كثير وابن قدامة وابن رشد^(١) عن شريح القاضي أنه يقول في زوج وأبوين: (للزوج النصف، وللأم الثلث من جميع المال، وللأب ما بقي).

وبهذا الرأي يخالف الإمام شريح القاضي شيوخه من الصحابة رضي الله عنهم؛ وذلك لأنه يرى أن رأيهم في هذه المسألة يخالف ظاهر الكتاب فقد قال

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٢٧٤/٨) دار الفكر - وتفسير القرطبي (٥٧/٥) دار الشام - وتفسير ابن كثير (٤٥٨/١) مكتبة مصر - والمغني لابن قدامة (١٧٢-١٧١/٦) وبداية المجتهد لابن رشد (٤٢٠/٢) دار الكتب الإسلامية.

الله ﷻ: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾^(١)، وقد بين الأئمة الذين نقلوا مذهب شريح استدلاله بهذه الآية^(٢).

ولذا لم يكن بعيداً أن أقول: إن شريحاً القاضي لم يحتج برأي شيوخه من الصحابة ﷺ، لأن رأيهم فقد شرطاً من شروط قبوله لرأي الصحابي هذا الشرط هو عدم مخالفة رأي الصحابي لظاهر الكتاب.

٢- رأيه في ما يجب به المهر كاملاً: عرضت في حديثي عن موقف شريح القاضي من الاحتجاج باتفاق الخلفاء الراشدين ﷺ، رأيه في ما يجب به المهر كاملاً، وقررت أن الإمام شريحاً القاضي رأي: أن المهر لا يجب كاملاً للمدخول بها إلا بالمسيس^(٣).

وذكرت في حينها أنه برأيه هذا يكون مخالفاً لرأي الخلفاء الراشدين ﷺ الذي كان رأيهم أن المهر يجب كاملاً بإرخاء الستر وإغلاق الباب كما نقل عنهم ذلك زرارة بن أوفى.

والتأمل في مقارنة الرأيين -رأي الإمام شريح القاضي ورأي الخلفاء الراشدين ﷺ- يؤدي إلى الوصول لنتيجة أخرى ألا وهي أن الإمام شريحاً القاضي لم يحتج في هذه المسألة برأي كبار الصحابة الممثلين في الخلفاء الراشدين مع أنه ممن يعملون برأي الصحابي وكلام الإمام شريح في هذه المسألة يبين السبب في ذلك؛ لأنه قال: لم أسمع الله ﷻ ذكر في كتابه باباً ولا سترًا، لها نصف الصداق.

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) انظر: المراجع السابقة، نفس المواضع.

(٣) سبق تخريجه في ص ٥٥٩.

وكانه في هذا الأثر يشير إلى أنه إنما ترك القول بوجوب المهر كاملاً بإرخاء الستر وإغلاق الباب؛ لأنه خالف ظاهر الكتاب، حيث لم يرد فيه ذكر لستر ولا باب.

وعليه يصح القول بأن الإمام شريحاً القاضي كان لا يأخذ ولا يحتج برأي الصحابي أو الصحابة إذا كان مخالفاً لظاهر الكتاب، مما يعني أن عدم مخالفة رأي الصحابي لظاهر الكتاب شرطاً من شروط الاحتجاج برأي الصحابي عند الإمام شريح القاضي.

٣- رأيه في المختلعة: هل يلحقها طلاق؟ عرضت عند حديثي عن مرتبة القياس عند شريح القاضي رأيه في الرجل يخالع امرأته ثم يطلقها، وذكرت في حينها أنه رحمه الله كان يرى أنها يلحقها الطلاق ما دامت في عدتها^(١).

والإمام شريح القاضي بهذا القول يكون قد خالف رأي اثنين من الصحابة هما: ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما؛ كما روى عنهما ابن أبي شيبه بسنده أنهما قالوا في الرجل يخلع امرأته ثم يطلقها: ليس بشيء، وهو رأي جابر بن زيد الذي رواه عنه أبو بكر ابن أبي شيبه أيضاً^(٢).

وهذا الرأي للإمام شريح القاضي يكشف عن عدم احتجازه برأي عدد من الصحابة مثل ابن عباس وابن الزبير وجابر بن زيد رضي الله عنهم؛ وذلك المخالفة رأيهم هذا لظاهر الكتاب الذي يتمسك به الإمام شريح القاضي والقائلون بأنها يلحقها طلاق.

(١) سبق تخريجه في ص ٥٨٣.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبه (٩٠/٤).

وبيان ذلك فيما سبق ذكره من قبل من كلام الإمامين البيهقي والخصاص، والذي ملخصه: أن الله ﷻ قال في كتابه العزيز ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) ثم قال ﷻ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ﴾^(٢)، وهذا يعني أن المختلعة يلحقها طلاق؛ وهذا واضح من نظم الآية، وهذا ما جعل العلامة ابن التركماني يقول: "وظاهر الكتاب يشهد لهذا القول"^(٣).

ب- ألا يخالف رأى الصحابي ظاهر السنة: ذكرت فيما سبق من حديث عن الأدلة عند شريح القاضي أنه كان يرى أن السنة النبوية المطهرة هي المصدر الثاني للتشريع، وأنه كان يقدمها على سائر الأدلة عدا الكتاب.

وعليه كان طبيعياً أن تفرز العلاقة بين السنة النبوية - المقدمة على سائر الأدلة عدا الكتاب - وبين رأى الصحابي - باعتباره أحد الأدلة الإجمالية-، ما يمكن أن يكون من شأنه توسيع دائرة الاحتجاج برأى الصحابي، أو تضيقها، وذلك عندما يقع التعارض بينهما فتقدم السنة على رأى الصحابي، مما يجعل من السهل أن أقول واصفاً هذه العلاقة بأنها التي يظهر فيها اشتراط الإمام شريح القاضي عدم مخالفة رأى الصحابي للسنة النبوية لكي يقبل رأى الصحابي.

والآثار المروية عن الإمام شريح القاضي فيها ما يظهر هذا الشرط بوضوح، ومن هذه النماذج:

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٣) انظر: الجوهر النقي لابن التركماني (٣١٧/٧).

١- رأيه في توريث المسلم الكافر: عرضت رأي الإمام شريح القاضي في توريث المسلم الكافر، وعرضت كيف رفض الإمام شريح القاضي رأي معاوية بن أبي سفيان وهو الخليفة حين قال: يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم، الإسلام يعلو ولا يُعلا عليه^(١). ولكن الإمام شريحاً القاضي حين أرغم على القضاء بهذا الرأي كان إذا قضى به قال: هذا قضاء الأمير، يعني معاوية^(٢).

ومن ذلك يظهر أن الإمام شريحاً القاضي كان لا يحتج برأي الصحابي معاوية بن أبي سفيان، وأنه خالفه في هذا الرأي، وعندما أجبر على القضاء برأي معاوية ذكره بصورة تعبيرية تدلُّ على عدم رضائه بهذا الرأي، بل كان في تعبير يشبه ما يسميه علماء المناظرة برواية مذهب الخصم.

يرد هنا سؤال، وهو لماذا لم يأخذ الإمام شريح القاضي برأي معاوية مع كونه يحتج برأي الصحابي؟

لقد أجاب على هذا السؤال الإمام شريح القاضي نفسه حين سمع الفقهاء من أقرانه ومنهم مسروق يقولون: ما رأينا في الإسلام قضاء بعد رسول الله ﷺ أحسن من هذا^(٣).

فرد عليهم الإمام شريح القاضي موجهاً كلامه لهم: سنة رسول الله ﷺ أحسن^(٤).

(١) انظر: السنن الكبرى، للبيهقي (٢٠٥/٦).

(٢) انظر: سبق تخريجه في ص ٤٠٥.

(٣) انظر: سبق تخريجه في ص ٤٠٥.

(٤) انظر: سبق تخريجه في ص ٤٠٥.

فيتضح من ردِّ الإمام شريح القاضي أنه إنما ردَّ هذا القول لأنه يخالف سنة رسول الله ﷺ وهي قوله ﷺ: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"^(١).

ولهذا يصحُّ القول بأن الإمام شريحاً القاضي كان يشترط لقبول رأي الصحابي أن يكون غير مخالف للسنة النبوية المطهرة، والله أعلم.

٢- رأيه في دية الأذن: اختلف الفقهاء في دية الأذن الواحدة: فرأى بعضهم السير على قاعدة أن في كل زوج من أعضاء الإنسان إذا جُنِيَ على واحد منهما نصف الدية، وفي كل فرد منه إذا جنى عليه الدية كاملة؛ ولذا جعلوا في الأذن نصف الدية.

ورأى فريق آخر أن الدية تقدر في بعض الأعضاء بمقدار منفعتها، ولذا جعلوا في الأذن خمس عشرة من الإبل.

والإمام شريح القاضي كان من أصحاب الرأي الأول فقد روى عنه أبو بكر ابن أبي شيبة وابن حزم بسندهما أنه قال: في الأذن نصف الدية^(٢).

ولكنَّ الإمام شريحاً القاضي حين أخذ بهذا الرأي يكون قد خالف رأي الإمام أبي بكر الصديق ﷺ الذي كان من أصحاب الرأي الثاني، فقد

(١) الحديث أخرجه البخاري (كتاب الفرائض - باب لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم... (٦٢٦٧)، ومسلم (كتاب الفرائض ٣٠٢٧) كلاهما عن أسامة بن زيد رضي الله عنه.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١٥٤/٩)، والمحلى لابن حزم (٧٦/١١) دار الفكر.

روى أبو بكر ابن أبي شيبة بسنده عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: في الأذن خمس عشرة من أجل أنه لم يضر سمعاً، ويغطيها الشعر والعمامة^(١). والإمام شريحاً قد وصله هذا التعليل، ولكنه لم يقبله، ودليل ذلك ما رواه ابن حزم بسنده عنه أنه قال ردّاً على من تعجب من تسوية شريح القاضي بين الأصابع في الدية: تتبع ولا نبتدع، فإنك لا تضل ما أخذت بالأثر. يدك وأذنك: في اليد النصف، في الأذن النصف، والأذن يواريتها الشعر والقلنسوة والعمامة^(٢).

فهذا الأثر تتضح منه عدة أمور يهمننا فيما نحن بصدده أمران هما: أولهما: أن الإمام شريحاً القاضي اطلع على تعليل من يقللون من دية الأذن، ولكنه يرفض هذا التعليل، ومن ثم سوّى بين دية اليد ودية الأذن. وثانيهما: أنه إنما سوّى بين دية اليد ودية الأذن لاتباعه الأثر - الذي قصد به السنة النبوية كما سبق ذكره -.

وهذا الأخير ينتج عنه أن الإمام شريحاً القاضي ترك العمل والاحتجاج برأي أبي بكر الصديق رضي الله عنه؛ لأنه رآه مخالفاً لظاهر سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.
٣- رأيه في دية عين الأعور: ذكرت من قبل أن الإمام شريحاً القاضي كان يرى أن عين الأعور إذا فقئت خطأ فيها نصف الدية^(٣).

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١٥٤/٩).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٤٣٧/١٠).

(٣) انظر: ص ٥٤٨ من هذه الرسالة - مصنف ابن أبي شيبة (١٩٩/٩).

وهذا القول خالف به ما رواه أبو بكر ابن أبي شيبة بأسانيده عن كل من عمر وعثمان وعلى وابن عمر رضي الله عنهم جميعاً حيث جعلوا في عين الأعور الدية كاملة ^(١).

والواضح أن الإمام شريحاً القاضي قد دفعه تمسكه بظاهر الأحاديث النبوية إلى ترك الاحتجاج برأي هؤلاء الصحابة، وهذا ما نستطيع التماسه من خلال توضيح الإمام ابن قدامة للدليل القائلين بمثل رأي شريح القاضي، فقال: " وقال مسروق، وعبد الله بن مغفل، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة والشافعي: فيها نصف الدية؛ لقوله صلى الله عليه وآله: "وفي العين خمسون من الإبل" وقول النبي صلى الله عليه وآله: " وفي العينين الدية " يقتضى أن لا يجب فيها أكثر من ذلك - أي النصف " ^(٢) .

وقول الإمام ابن قدامة: "يقتضى" يعني أن ظاهر هذه الأحاديث مؤداه أن عين الأعور فيها نصف الدية، وعليه يمكن التأكد من أن مانع الإمام شريح القاضي من الأخذ والاحتجاج برأي الصحابة عمر وعثمان وعلى وابن عمر رضي الله عنهم هو مخالفة رأيهم لظاهر السنة النبوية.

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٤٠٧-٤٠٨) دار الفكر.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٨/٣٤٢) دار الفكر.

obeikendi.com

المبحث الثاني
الاستصحاب عند الإمام شريح

يشتمل على:

✽ توطئة: حقيقة الاستصحاب.

(١) تعريفه. (٢) نشأته.

✽ المطلب الأول: حجية الاستصحاب عند الإمام شريح.

(١) حجية الاستصحاب عند الأصوليين.

(٢) موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالاستصحاب.

✽ المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب عند الإمام شريح.

(١) أنواع الاستصحاب عند الأصوليين.

(٢) من أنواع الاستصحاب عند الإمام شريح.

obeikendi.com

المبحث الثاني

الاستصحاب عند الإمام شريح

❁ توطئة: حقيقة الاستصحاب.

(١) تعريفه:

(أ) في اللغة: الاستصحاب مصدر من الفعل السداسي استصحب. بمعنى الدعوة إلى الصحبة، مع الملازمة قال الفيروزآبادي: "واستصحه دعاه إلى الصحبة ولازمه"^(١)، ومن هنا قيل: استصحب الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة"^(٢).

(ب) في الاصطلاح: عرّف علماء الأصول الاستصحاب بتعريفات كثيرة قريبة المعنى، منها:

١- الاستصحاب: عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل، بل إلى الدليل مع العلم بانتفاء المغير - أو مع ظن انتفاء المغير - عند بذل الجهد في البحث والطلب. وهذا التعريف هو تعريف حجة الإسلام الغزالي، وقريب منه تعريف ابن النجار وابن قدامة الحنبليين^(٣).

٢- وعرفه القرافي بأنه: اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر بموجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال^(٤).

(١) انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي (٩١/١).

(٢) انظر: المصباح المنير للفيومي (١٥٨/٥).

(٣) انظر: المستصفى، للغزالي (ص ١٦٠) دار الكتب العلمية - شرح الكوكب

المنير لابن النجار (٤٠٣/٤)، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي (ص ١٩٠).

(٤) انظر شرح تنقيح الأصول، للقرافي (ص ٤٤٧) مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- وعرفه الزنجاني بأنه: الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل^(١).

وهذه التعريفات معانيها متقاربة وهي تدور حول معنى الحكم باستمرار وجود ما يثبت وجوده حتى يدل دليل على ذهابه^(٢).

(٢) نشأة الاستصحاب: أشرت من قبل أن مصطلح الاجتهاد مصطلح مدلوله يتصف بالسعة ما جعله صالحاً لانضمام عدة أدلة تحته ما دامت هذه الأدلة تتصف بأنها جاءت نتيجة بذل المجتهد وسعه في الوصول إلى الحكم.

وهذه المقدمة يمكن أن ننطلق من خلالها، ونحن نعالج نشأة الاستصحاب؛ إذ أنه من المؤكد أن مصطلح الاستصحاب لم يكن موجوداً بلفظه في عصر الرسالة، وإن وجد بمعناه؛ لأن هناك أحاديث ذكر فيها النبي ﷺ أحكاماً عند تأملها تجدها هي عين الاستصحاب؛ فمن ذلك قوله ﷺ: "إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول: أحدثت أحدثت، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً"^(٣).

فهذا الحديث يأمر فيه النبي ﷺ من وسوس له الشيطان أن يستصحب أصل طهارته حتى يأتي ما يتيقن به خروجه عن أصل الطهارة.

(١) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ١٧٢).

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. مصطفى ديب البغا (ص ١٨٧).

(٣) هذا الحديث أورده ابن حجر في التلخيص وقال: هذا الحديث تبع في إirاده الغزالي، وهو تبع الإمام وكذا ذكره الماوردي، وقال ابن الرفعة في "المطلب": لم أظفر به "التلخيص" (١/١٢٨).

ومنها قوله ﷺ: "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أو أربعاً، فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم" (١).

وفي هذا الحديث دلالة على طرح الشك والبقاء على الأقل؛ لأنه المتيقن، وهذا هو عين الاستصحاب.

ومما سبق ندرك أن الاستصحاب نشأ في عصر الرسالة في حضان الاجتهاد بمعناه الواسع، وإن لم يظهر كمصطلح يتفق عليه أهل الفن، ويستخدمونه كأداة للتواصل بينهم.

واستمر الأمر كذلك في عصر الصحابة فجدهم يستخدمونه و لا يسمونه بهذا الاسم، ومن ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب مع أبي موسى الأشعري ﷺ حين استأذن عليه ثلاثاً فلم يجبه، فانصرف فطلب عمر بن الخطاب ﷺ منه آخر يشهد بأن هذا من قول النبي ﷺ (٢).

فأمير المؤمنين عمر ﷺ لم يفعل ذلك إلا لاستصحابه أصل ما رآه من إقرار النبي ﷺ بأن يدخل عليه باستئذان أكثر من ثلاث؛ ولذا طلب دليلاً قوياً ليخرجه عن هذا الأصل المستصحب.

ومن النماذج الدالة على استصحاب الأصل عند الصحابة ما كتبه عمر ﷺ لشريح في المرأة يطلقها زوجها في مرض الموت بأنها ترثه ما دامت في العدة (٣)، وهذا استصحاب لأصل النكاح الذي هو سبب للإرث.

(١) مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له.

(٢) مسلم، كتاب الآداب، باب الاستئذان.

(٣) انظر: سنن سعيد بن منصور (٦٨/٢).

ولقد استمر هذا في عصر التابعين أيضاً على النحو الذي سأذكره عند ذكر موقف شريح من الاستصحاب.

obeykhalid.com

المطلب الأول

موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالاستصحاب

- (١) حجة الاستصحاب عند العلماء: لقد اختلف علماء الأصول في حجة الاستصحاب في استنباط الأحكام الشرعية على مذاهب، منها:
- ١- مذهب يرى أصحابه: أنه حجة مطلقاً سواء أكان ذلك في جانب النفي أم في جانب الإثبات.
- ذهب إليه طائفة من الحنفية والظاهرية، وجمهير أصحاب مالك وأحمد، وأكثر أصحاب الشافعي كالزني والصيرفي وابن سريج والغزالي، واختاره الآمدي والرازي^(١).
- ٢- وثان أصحابه يذهبون إلى: أنه ليس بحجة مطلقاً سواء أكان ذلك في جانب النفي أم في جانب الإثبات.
- وهو مذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعيين والمتكلمين كأبي الحسين البصري^(٢).
- ٣- وثالث يذهب أصحابه إلى: أنه حجة للدفع لا للإثبات، أي أن الاستصحاب يصلح ليكون دليلاً على إبقاء ما كان على ما كان، ولا يصلح لإثبات حكم لما لم يكن.

(١) انظر: الإحكام، للآمدي (١٢٧/٤)، والبحر المحيط للزرکشي (١٤/٨) - مختصر ابن الحاجب (٢٨٤/٢)، والمحصول (١٠٩/٦) مؤسسة الرسالة - والمستصفي (٢١٨/١)، شرح تنقيح الفصول (ص٤٤٧)، شرح الكوكب المنير، (٤٠٣/٤)، تيسير التحرير (١٧٧/٤).

(٢) انظر: الإحكام، للآمدي (١٢٧/٤)، والمعتمد (٣٢٥/٢)، وأصول السرخسي (٢١٥/٢)، البحر المحيط، (١٤/٨).

وعليه رأي أكثر متأخري الحنفية^(١).

٤- ورابع أصحابه يقولون: إنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله ﷻ.

ولا يصح أن يستخدمه المجتهد في التناظر.

وهذا هو اختيار القاضي أبي بكر الباقلاني^(٢).

٥- ونقل الأستاذ أبو إسحاق عن الإمام الشافعي أنه يجوز به الترجيح فقط لا غير^(٣).

(٢) موقف شريح القاضي من الاحتجاج بالاستصحاب:

لقد كان لدى فقهاء المسلمين مكونات ضمن خططهم التشريعية تجعل هذه الخطط تتصف بالاتساع والاستيعاب لما يحدث من حوادث، ويتزل من نوازل.

فقد اعتمد الفقهاء في هذا الصدد على معان كلية من شأنها أن تشمل عدداً كبيراً من الأفراد، مما يجعل هذه الخطط التشريعية - مع اتصافها بالاتساع والاستيعاب السابق ذكره - تتصف بالدقة والإحكام بوضع كل فرد أو حادثة أو نازلة تحت المعاني التي تناسبها.

وهذه المعاني الكلية كانت هي أهم عناصر الاتساق في الخطط التشريعية للفقهاء، وذلك لأن هذه المعاني الكلية كانت بمثابة عنصر الربط

(١) انظر: أصول السرخسي (٢/٢١٥-٢١٦)، البحر المحيط للزرکشي (١٦/٨)،

أثر الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ١٨٩).

(٢) انظر: البحر المحيط (١٦/٨) دار الكتابي - وإرشاد الفحول (ص ٢٣٧-٢٣٨).

(٣) انظر: المرجعين السابقين، نفس المواضع - الإحكام، للآمدي (٤/١٢٧) المكتب الإسلامي.

بين النصوص المحدودة وبين الحوادث والنوازل غير المحدودة، مما أدى إلى الاتساق الدقيق الناتج من جمع هذه الخطط بين النصوص المحدودة التي تكون أساس الأحكام في محل هذه النصوص، وبين المعاني الكلية التي تمثل عنصر التفاعل مع ما يحدث أو يتزل بالمسلمين.

والاستصحاب أحد هذه المعاني الكلية التي لا يكاد الباحث أن يجد فقيهاً لم يجعله ضمن خطته التشريعية.

ولذا لم يكن بعيداً أن أجد الإمام شريحاً القاضي قد جعل الاستصحاب أحد عناصر خطته التشريعية، وأن أجده قد اعتمد على هذا العنصر اعتماداً كبيراً.

وذلك يجعلني أقطع بأن الإمام شريحاً القاضي - كغيره من الفقهاء - قد احتج بالاستصحاب بصورة واسعة.

ويساعدني على هذا القطع كثرة النماذج التي يظهر فيها اعتماد الإمام شريح فيها على الاستصحاب، أو تصريح العلماء بأن الذي يرى مثل رأي شريح القاضي في هذه النماذج يكون محتجاً في هذا بالاستصحاب، ومن هذه النماذج التي يمكن إدراك احتجاج الإمام شريح القاضي فيها بالاستصحاب:

١- رأيه في رد اليمين إذا نكل المدعى عليه: قد يحدث أثناء رفع خصومة للقضاء أن يكون المدعي لا يمتلك بينة، فيطالب المدعى عليه باليمين، فإذا نكل المدعى عليه ولم يحلف، فهل يحكم القاضي شريح على المدعى عليه بمجرد نكوله؟

يرى الإمام شريح القاضي في حالة ما إذا نكل المدعى عليه ولم يحلف اليمين، يرى رد اليمين على المدعي، ولا يحكم على المدعى عليه بمجرد

نكوله. وهذا ما رواه وكيع بسنده عن الشعبي عن شريح أنه كان يرد اليمين^(١).

وروى عن محمد بن سيرين عن شريح قال: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. قيل لمحمد: فلم رد عليه اليمين؟ قال: فقد أنصفه، وزاده. قيل لأيوب: فإن لم يحلف؟ قال: فإن لم يحلف فلا حق له^(٢). فهذان الأثران يكشفان عن رأى الإمام شريح القاضي في مسألة رد اليمين على المدعي، وعدم القضاء على المدعى عليه بمجرد النكول. وهذا الرأى نقله عن شريح القاضي الإمام سحنون في المدونة، والإمام ابن قدامة في المغني^(٣).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن لم قال الإمام شريح القاضي برد اليمين؟

وإجابة هذا السؤال هي التي من أجلها سقت هذا النموذج هنا؛ لأن الإمام شريحاً القاضي يمكن معرفة مستنده في أخذه بهذا الرأى إذا نظرنا في الرأىين في المسألة: الأول القائل برد اليمين، وهو الذي عليه الإمام شريح القاضي، والثاني القائل بالقضاء بمجرد النكول.

وبتحليل الرأىين نجد أن الرأى الأول رأى القائلون به ألا يشغلوا ذمة المدعى عليه بمجرد نكوله عن اليمين، في حين رأى أصحاب الرأى الثاني وهم الحنفية أن النص وهو قوله ﷺ: "البينة على المدعى، واليمين على

(١) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٢٣٢، ٢٥٢).

(٢) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣٥٥).

(٣) انظر: المدونة، للمالك (٤/٣٦)، دار الكتب العلمية، والمغنى لابن قدامة (١٠/٢١٧).

المدعى عليه"^(١) - جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه، وجنس البينة على المدعى، مما يدل على حصر اليمين في جانب المدعى عليه، فلا يمين على المدعى؛ ولذا لا يرد عليه اليمين، ويقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله.

والرأي الأول كما هو واضح يعتمد على أن الذمة تكون غير مشغولة في أصلها بحقوق للآخرين، حتى يدل دليل على شغلها، وهذا المعنى الكلى الذي اعتمد عليه أصحاب الرأي الأول ومنهم الإمام شريح القاضي هو ما يسمى باستصحاب البراءة الأصلية.

وقد يمكن أن تزيد تأكيد اعتماد أصحاب الرأي الأول ومنهم الإمام شريح القاضي على الاستصحاب في رد اليمين، بذكر تخريج الإمام الزنجاني لهذه المسألة على أصل الاستصحاب؛ حيث قال: "ومنها - أي الفروع التي تنبني على الاستصحاب - أنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله، بل يعرض اليمين على المدعى...؛ لأن الأصل أن لا يحكم إلا بما يعلم، أو يظن ظناً يقارب العلم، فإذا أعوز، بقينا على النفي استصحاباً للبراءة الأصلية"^(٢).

وكلام الإمام الزنجاني يؤكد أن الرأي القائل برد اليمين على المدعي مخرج على أصل استصحاب البراءة الأصلية، مما يكشف عن أنه كان مستند القائلين بهذا القول.

(١) الحديث أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وقال: هذا الحديث في إسناده مقال.
(٢) انظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص ١٧٤-١٧٥).

✽ وأريد أن أشير إلى أمر هو: لقد نقل بعض العلماء عن الإمام شريح القاضي أنه قضى بالنكول، واحتجوا بما رواه ابن أبي شيبة بسنده عن الحارث قال: نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه فقال: أنا أحلف. فقال شريح: قد مضى قضائي^(١).

وهذا النقل عن الإمام شريح القاضي ظاهره التعارض مع القول الأول المنقول عنه.

والتحقيق أن النقلين يمكن فك التعارض بينهما بأن القضاء بالنكول هذا كان بعد رد اليمين على المدعى أي أن الإمام شريحاً لم يحكم بمجرد نكول المدعى عليه عن اليمين، بل رد اليمين على المدعى، فنكل المدعى أيضاً، فقضى عليه.

ويؤيد هذا الجمع أن الإمام ابن حزم روى من طريق أبي عبيد بسنده عن ابن سيرين، عن شريح أنه كان إذا قضى باليمين فردها على الطالب، فلم يحلف لم يعطه شيئاً ولم يستحلف الآخر^(٢).

وهذا الأثر يدل على أن الإمام شريحاً القاضي كان يقضى برد اليمين على الطالب، فإذا نكل قضى عليه.

فلعل ما رواه ابن أبي شيبة من قضائه بالنكول، يكون هذا النكول قد وقع من الطالب بعد رد اليمين عليه، فقضى عليه الإمام شريح القاضي فلم يعطه شيئاً، ثم قال له: أحلف، فرفض الإمام شريح الرجوع في قضائه.

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥٠٣/٦).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٣٧٧/٩).

٢- رأيه في ميراث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت: عرضت من قبل رأي الإمام شريح في مسألة المطلقة ثلاثاً في مرض الموت، هل ترث؟ وذكرت في حينها أنه رحمه الله كان يري أنها ترث ما دامت في عدتها^(١).

ولا بد أن الإمام شريحاً القاضي حتى يحكم بهذا الحكم قد استصحب أحد أمرين:

أولهما: أن يكون قد استصحب بقاء أحكام الزوجية في فترة العدة، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال كلام الإمام البابر في العناية حين يقول: "يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح، قائماً، وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة؛ لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة الزوج، وحرمة الخروج، والبروز وحرمة نكاح الأخت، وحرمة نكاح أربعة سواها، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعا للضرر عنها"^(٢).

فالإمام البابر هنا يوضح مسلك القائلين بأنها ترثه ما دامت في عدتها بأنه يمكن جعل النكاح قائماً فترة العدة أي تستصحب بقاءه وعليه تبقى بعض آثاره التي منها أحقية الزوجة في الإرث من زوجها.

وثانيهما: أن يكون استصحب منع المريض من التصرف بمنعه من إسقاط أحد الورثة، وهي الزوجة التي طلقها ثلاثاً في هذا المرض ويمكن أن يوضح ذلك ما قاله الإمام الماوردي في الحاوي حين قال: "لأنه لما كان

(١) انظر: ص ٣٩٩ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية، للبابر في (١٢١/٤).

المريض ممنوعاً من التصرف فيما زاد على الثلث لما فيه من إضرار الوارث، فكان أولى أن يكون ممنوعاً من إسقاط الوارث"^(١).

وهذا التعليل من الإمام الماوردي لمذهب القائلين بأنها ترثه ما دامت في العدة يوضح من خلاله استصحابهم لحكم منع المريض من التصرف؛ ولذا يمنعونه من إسقاط أحد الورثة للإضرار به.

ولعل الاحتمال الأول -الذي يستصحب فيه القائلون بأنها ترثه ما دامت في العدة، أحكام الزوجية فيثبتون حقها في الإرث- هو الأقرب لرأي الإمام شريح القاضي.

وما سبق يوضح استناد الإمام شريح القاضي وغيره من الفقهاء القائلين بأنها ترثه ما دامت في العدة، على الاستصحاب لإثبات استحقاقها للإرث منه؛ لمعاقبته بعكس مراده؛ لأنه قصد الإضرار بالوارثة.

٣- رأيه في توريث الحميل: يرى الإمام شريح القاضي أن الولد المحمول من بلد آخر ولا يعرف نسبه حقيقة والذي اصطلح الفقهاء على تسميته بالحميل لا يستحق الميراث بغير دليل.

فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق وو كيع بأسانيدهم عن شريح القاضي أن الحميل لا يرث إلا بيينة^(٢).

(١) انظر: الحاوي الكبير، للماوردي (١٥٠/٨)، دار الكتب العلمية.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٨/٤)، والمصنف، لعبد الرزاق (٢٩٩/١٠) -

(٣٠٠) وأخبار القضاة لو كيع (١٩١/٢، ١٩٢).

والواضح من هذا الأثر أن الإمام شريحاً القاضي قد استصحب أصل أنه لا يثبت نسب لأحد إلا ببينة، ولا يثبت نسب لأحد بمجرد الإدعاء؛ لأن الذمم لا تشغل بنسب ولا غيره إلا بحجة.

ويمكن أن يكون الإمام شريح القاضي قد استصحب عدم إسلامه حتى تأتي بيينة على إسلامه؛ لأنه في هذه الحالة يسير على الأصل بأنه لا يتوارث أهل الملتين.

وأرى أن الأشبه بأن يكون مستنداً للإمام شريح القاضي الاستصحاب الأول؛ لأن المنع من الميراث لعدم ثبوت النسب أقوى من منعه لاحتمال اختلاف الديانة؛ لأن التأكد من إسلام الحميل لا يكفي لإثبات نسبه للمدعى عليه.

ومن ثم كان الأصل الذي تمسك به الإمام شريح القاضي هو استصحاب عدم إثبات نسب لشخص إلا ببينة؛ لأن الأصل عدم شغل الذمة لا بنسب ولا غيره.

٤- رأيه في ميراث الأسير: اختلف الفقهاء في الأسير، هل يرث؟ فذهب بعض الفقهاء إلى أن الأسير لا يرث؛ وهذا الرأي رواه أبو بكر ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب، ورواه عن إبراهيم النخعي في رواية أخرى^(١).

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣٨٠/١١، ٢٩٣/١٢) - والمصنف، لعبد الرزاق (٣٠٨/١٠)، وأخبار القضاة لو كيع (٢٦٣/٢).

والعلة التي جعلت أصحاب هذا القول يذهبون إليه، أنهم جعلوا الأسير عبداً، فلم يورثوه. قال الإمام ابن قدامة: " وحكى عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث؛ لأنه عبد " (١).

وذهب عامة الفقهاء ومنهم الإمام شريح القاضي إلى أن الأسير يرث. فقد روى عنه الإمام أبو بكر ابن أبي شيبة بسنده أنه قال: أحوج ما يكون إلى ميراثه وهو أسير (٢).

والواضح أن الإمام شريحاً القاضي حين رأى أن الأسير يرث، قد استصحب أصل حرية الأسير؛ ولذا لم يجعله عبداً، مما يجعل الأسير عند الإمام شريح وغيره من عامة الفقهاء مستحقاً للميراث.

وأستطيع أن أؤكد أن الإمام شريحاً القاضي قد استصحب أصل الحرية في الأسير، من خلال كلام الإمام ابن قدامة؛ حيث قال: "ويرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء...؛ لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر، فهو باق على حرثته " (٣).

فكلام الإمام ابن قدامة يوضح أن العلة في توريث الأسير هي استصحاب أصل حرثته.

ومما سبق لم يكن بعيداً أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي قد احتج في مسألة توريث الأسير بالاستصحاب.

(١) انظر: المغنى لابن قدامة (٦/٢٦٥).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١١/٣٨٠).

(٣) انظر: المغنى لابن قدامة (٦/٢٢٩).

❖ وبعد...

فإن هذه النماذج تكشف بوضوح عن احتجاج الإمام شريح القاضي بالاستصحاب.

ويتضح منها أيضاً أن طريقة الإمام شريح القاضي في الاحتجاج بالاستصحاب تشابه طريقة أكثر الأصوليين؛ حيث يحتج الإمام شريح القاضي بالاستصحاب مطلقاً سواء أكان في النفي كما في رأيه في رد اليمين إذا نكل المدعى عليه، وفي رأيه في توريث الحميل.

فالإمام شريح القاضي استصحب فيهما الأصل النافي لشغل الذمة بغير بينة، ففي الأول استصحه لنفي الحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله، وفي الثاني استصحه لنفي إثبات نسب الحميل للمدعى عليه.

وإذا كان الاستصحاب في الإثبات، فإن الإمام شريحاً القاضي يحتج به أيضاً، وذلك ما وضحته في عرض رأيه في مسألتى توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت ما دامت في عدتها، وتوريث الأسير.

ففي توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت ما دامت في عدتها استصحب الإمام شريح القاضي حالة الزوجية فترة العدة، وبهذه يكون الإمام شريح قد استصحب حالة الزوجية لإثبات حق هذه المطلقة في الميراث؛ فهو استصحاب للإثبات إذن.

وفي توريث الأسير استصحب حرية الأسير وعدم عبوديته؛ لإثبات حقه في الميراث.

المطلب الثاني

أنواع الاستصحاب عند الإمام شريح

(١) أنواع الاستصحاب عند الأصوليين: سبق أن الاستصحاب من حيث حجيته وقع اختلاف فيه بين علماء الأصول، فهل للاستصحاب صورة واحدة وقع فيها الخلاف؟

❁ لا بل للاستصحاب صور، منها:

أ- استصحاب ما دل الشرع أو العقل على ثبوته ودوامه: كـ: دوام حل المنكوحة بعد تقرير النكاح، والملك عند جريان القول المقتضي له. قال الزركشي: "وهذا لا خلاف في وجوب العمل به، إلى أن يثبت معارض له"^(١).

ب- استصحاب الدليل مع احتمال المعارض: كـ«التخصيص» والنسخ إذا كان الدليل نصًا. وهذا معمول به بالإجماع. ولكن الأصوليين اختلفوا في إلحاقه بالاستصحاب، فالجمهور على إلحاقه. ومنع بعض المحققين كإمام الحرمين، وإلكيا المهراسي، وابن السمعاني^(٢).

ج- استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية: كـ"براءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغييره، كنفي صلاة سادسة.

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٨/٨)، وإرشاد الفحول (ص٢٣٨).

(٢) انظر: البحر المحيط (١٩/٨)، وإرشاد الفحول (ص٢٣٨)، والبرهان (٢/٧٣٥-١١٥٩) - وقواطع الأدلة لابن السمعاني (٢/٣٥)، دار الكتب العلمية.

قال أبو الطيب: "وهذا حجة بالإجماع"^(١). ونقل الجلال المحلى عدم الخلاف فيه أيضاً^(٢)، ولكن الإمام ابن القيم قال: "استصحاب البراءة الأصلية... تنازع الناس فيه" ثم نقل المذهبين: القائل أحدهما: بأنه يصلح للدفع والإبقاء وهذا ما عليه الأكثرون من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم. وثانيهما: بأنه يصلح للدفع لا للإبقاء. وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية^(٣).

د- استصحاب حكم الإجماع في محل التزاع. ك: المتيمم. أجمع العلماء على أنه إذا رأى الماء قبل شروعه في الصلاة تبطل صلاته، فهل يستصحب ذلك إذا رأى الماء بعد الشروع.

وهذه الصورة للاستصحاب محل للتزاع بين الأصوليين، فقد رأى فريق من الأصوليين أن استصحاب حكم الإجماع في محل التزاع ليس بحجة، وهذا ما عليه الأكثرون، منهم:

القاضي أبو بكر الباقلاني والشيخ أبو إسحاق الشيرازي وابن الصباغ والغزالي، وقال بعضهم: وهو قول جمهور أهل الحق من الطوائف. وقال الروياني والماوردي: إنه قول الشافعي وجمهور العلماء. ونقل عن الحنفية ومتكلمي الأشعرية والمالكية وبعض الحنابلة^(٤).

(١) انظر: البحر المحیط (١٨/٨)، وإرشاد الفحول (ص٢٣٨).

(٢) انظر: شرح المحلى على جمع الجوامع (٢٨٤/٢).

(٣) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم (٢٩٠/١).

(٤) انظر: البحر المحیط للزركشي (٢٠/٨-٢١)، وإرشاد الفحول (ص٢٣٨)،

وشرح الكوكب المنير (٤٠٦/٤) والمستصفي (٢٢٣/١) وما بعدها، والبناني والمحلى على جمع الجوامع (٣٥٠/٢)، والمناهج في ترتيب الحاجج، لأبي الوليد

وذهب فريق آخر إلى أنه حجة، ومن هؤلاء أبو ثور وداود الظاهري ونقله ابن السمعاني عن المزني وابن سريج والصيرفي وابن خيران. واختاره الآمدي وابن الحاجب وابن القيم والشوكاني. ونسبه الزنجاني للشافعي^(١).

(٢) أنواع الاستصحاب عند شريح القاضي:

إن ذكر موقف الإمام شريح القاضي من الاحتجاج بالاستصحاب يزيد وضوحاً ذكر أنواع الاستصحاب اعتمد عليها في عملية استدلاله على الأحكام؛ وذلك لأن ذكر هذه الأنواع يعد تنمة لعرض موقفه من الاحتجاج بالاستصحاب فيكون بمثابة البرهنة على احتجاجة بالاستصحاب بصورة تطبيقية.

وسأذكر الأمثلة الكاشفة عن أنواع الاستصحاب التي اعتمد عليها الإمام شريح القاضي في عملية استنباطه للأحكام، ثم أبين الأنواع التي استخدمها، والأنواع التي لم أجد في آثاره ما يدل على استخدامها لها. أ- رأيه في حرية اللقيط:

ذكر الإمام ابن قدامة إجماع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر، ولكنه أعقبه بعد ذلك بذكر قول الإمام النخعي يُفصّل فيه في المسألة بين

=

الباجي (ص ٣١)، طبعة باريس سنة ١٩٧٨ تحقيق د. عبد المجيد تركي - تخريج الفروع على الأصول: للزنجاني (ص ٧٣) والتلويح على التوضيح (١٠١، ٥١/٢).

(١) انظر: البحر المحيط للزرکشي (٢٠/٨)، وإرشاد الفحول (ص ٢٣٨)، وأعلام الموقعين (٢٩٢/١) ووقع في نسخة دار الحديث خطأ في عدم تمييز القولين - والإحكام، للآمدي (١٣٦/٤)، ومختصر ابن الحاجب (٢٨٤/٢ - ٢٨٥) مع العضد، وحاشية التفتازاني - وتخريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص ٧٣).

أن يلتقط الملتقط اللقيط حسبة فهو حي، وبين أن يلتقطه لاسترقاقه، فهو رقيق له^(١).

والإمام شريح القاضي رحمه الله من الفقهاء القائلين بحرية اللقيط، فقد قال الإمام ابن حزم - بعد روايته لرأى عمر رضي الله عنه: هو حرٌّ، وولأؤه لك، ونفقته من بيت المال - : " وروينا أيضاً هذا عن شريح"^(٢). ومثل ذلك قول الإمام الزيلعي: "وكتب أيضاً ما نصه: لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: اللقيط حر. وولأؤه وعقله للمسلمين.

وعن عمر مثله وعن شريح وإبراهيم مثله"^(٣).

والإمام شريح القاضي حين يري حرية اللقيط لا بد أن الحامل له على ذلك أن الأصل في الآدميين الحرية، فما كان منه إلا أن استصحب هذا الأصل.

وهذا المعنى هو ما ذكره الإمام الكاساني في البدائع حين قال: "ولأن الأصل هو الحرية في بني آدم؛ لأن الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء؛ وهما كانا حرين والمتولد من الحرين يكون حرّاً، وإنما حدث الرق في البعض شرعاً بعارض الاستيلاء بسبب عارض الكفر

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٣٥/٦) دار إحياء التراث العربي.

وما ذكره الإمام ابن قدامة من مخالفة إبراهيم النخعي رحمه الله يوضح أن المسألة خلافية وليست إجماعية، وهذا ما يظهر من دراسة الإمام ابن حزم لهذه المسألة في المحلى (٢٧٤/٨)، دار الآفاق الجديدة.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (١٣٣/٧) دار الفكر.

(٣) انظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٢٩١/٣).

الباعث على الخراب؛ فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض " (١).

ومثله نجده في كلام كثير من الفقهاء كالسرخسي والزليعي والبابرتي من الحنفية، وابن قدامة من الحنابلة (٢).

وعليه يكون استصحاب الإمام شريح القاضي لأصل حرية الآدميين في حق اللقيط يعني أنه كان يستخدم استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ودوامه في استنباطه للأحكام الشرعية، وهذا النوع من الاستصحاب هو أحد أنواع الاستصحاب التي ذكرها الأصوليون.

ب- رأيه في الرجلين يدعيان العين لكل بينة والعين في يد أحدهما: قد يقع في بعض الأفضيات أن يقيم كل خصم من طرفي الخصومة البينة على أحقيته بالحكم له، وقد تتساوى بينة كل واحد منهما مع بينة الآخر، وهنا للفقهاء طريقتان للحكم في هذه المسألة، هما:
الأولى: يري أصحابها استعمال البينتين، ولذا يقسمان العين المتنازع عليها بين الخصمين.

والثانية: يري أصحابها أن البينتين تعارضتا وتساقطتا، فصار الأمر كأن لا بينة لأحدهما، يبحثون عن شيء آخر غير البينة ليحكموا به، فإن كانت العين في يد أحدهما أقرت في يده (٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني (١٩٧/٦، ١٩٨).

(٢) انظر: المبسوط، للسرخسي (٢٠٩/١٠)، وتبيين الحقائق، للزليعي (٢٩٧/٣)، والعناية شرح الهداية، للبابرتي (١١٠/٦)، والمغنى لابن قدامة (٣٥/٦) دار إحياء التراث العربي.

(٣) انظر: الطريقتين في المغنى لابن قدامة (٢٤٣/١٠-٢٤٤).

والإمام شريح القاضي يسير على نهج أصحاب الطريقة الثانية، ويتضح ذلك من خلال ما رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة ووكيع والبيهقي بأسانيدهم عن الإمام شريح القاضي أنه جاءه رجلان يختصمان في فرس - وفي بعض الروايات: دابة - ادعيها جميعاً. فأقام هذا البينة أنه نتجها، وأقام الآخر البينة أنه عرفها. وكانت في يد أحدهما. فقال الإمام شريح القاضي: هي للذي في يديه^(١).

والمأمل في صنيع الإمام شريح القاضي في هذه المسألة يجده قد جعل البينتين قد تساقطتا. وبحث عن أمر يمكن الاعتماد عليه في الحكم، فوجد أن أحدهما حائز للعين - الفرس - فرأى أن الحيازة تصلح كدليل على الملك فاستصحب الأصل بدوام الملك الذي دلت عليه الحيازة.

وهذه الأقضية التي فصل فيها الإمام شريح القاضي تشبه مسألة جرت كتب تخريج الفروع على الأصول على ذكرها وهي مسألة ما إذا ادعى خصمان ملكية عين وأقام كل واحد منهما البينة، والعين في يد شخص ثالث، وجرت عادتهم أيضاً على تخريج الحكم في هذه المسألة على أصل العمل بالاستصحاب. وفي ذلك يقول الإمام الزنجاني: " ومنها - أي من المسائل التي تتفرع على أصل الاستصحاب -: إذا تداعي رجلان داراً في يد ثالث، وأقام كل واحد منهما بينة على أن الملك في جميع الدار له،

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٢٧٧/٨)، ومصنف ابن أبي شيبة (٦/٣١٤-٣١٥)، وأخبار القضاة لو كيع (٢/٣٧٢، ٣٣٧).

تعارضت البيئتان وتساقطتا، وصار كأن لا بينة عندنا، وتقر الدار بيد الثالث، تمسكاً بالاستصحاب " (١).

فهذه المسألة تتشابه مع المسألة التي فصل فيها الإمام شريح القاضي في عدة أمور: وهي: وجود بينة لكل من الخصمين، وحيازة شخص للعين، وإبطال البيئتين بتعارضهما ثم تساقطهما، والحكم لصاحب الحيازة.

ج- رأيه في اختلاف الوارث والموهوب له في الهبة: الإمام شريح القاضي أجاز أن يفضل الرجل بعض أولاده على بعض في العطية والهبة. وقد يحدث أن يهب الأب الهبة لولده ثم بعد أن يتوفى يأتي وارث آخر، وليكن أخاه -مثلا- لينازعه ملكيته لهذه العطية أو الهبة، فماذا كان يرى شريح القاضي رحمه الله في هذه الأقضية؟

يري الإمام شريح القاضي أن الهبة تظل على حالها حتى يأتي المدعى بما يحولها عن ملكية الموهوبة له، فقد روى وكيع بسنده عن شريح القاضي أنه جاءه رجل يخاصم أختاً له في طوق في عنقها، فقالت: أعطانيه أبي في حياته، فجعلته في عنقي. فقال شريح: هذا موضع أبيك وضعه، فهات ما يخرجك (٢).

ويتضح من هذا الأثر أن الإمام شريحاً القاضي استصحب ملكية الأخت للطوق بدليل حيازتها له؛ ودليل ذلك طلبه من الأخ أن يأتي بما يصرفه عن هذا الاستصحاب لثبوت الملك ودوامه.

(١) انظر: تحريج الفروع على الأصول، للزنجاني (ص ٢٥٥)، الرسالة.

(٢) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٢٨٥-٢٨٦).

د- رأيه في الرجل يتزوج أمة غيره ثم يملكها في حملها منه: رأى بعض الفقهاء أن الأمة لا تصير أم ولد إلا إذا حملت في ملك سيدها الذي يصير أبا لولدها بعد ذلك، أما إذا حملت من رجل بنكاح وهي ليست ملكه ثم اشتراها وهي حامل، فلا تصير أم ولد عندهم وإن عتق ابنها؛ ولذا يجوز بيعها عندهم.

والإمام شريح القاضي رحمه الله نقل عنه الإمام ابن قدامة هذا القول حين قال: "وقال: أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون: لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو عليها فإن عبدة السلماني يقول نبيعتها. وشريحاً، وإبراهيم، وعامراً الشعبي"^(١).

ولقد وضع الإمام ابن قدامة ما استدلل به القائلون بجواز بيع الأمة التي تحمل وهي في غير ملك من أحبلها ثم يملكها وهي حامل، وذلك حين قال: "ولأن حكم الاستيلاء إنما يثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه، وما عداه ليس في معناه، وليس فيه نص ولا إجماع، فوجب أن لا يثبت هذا الحكم، ولأن الأصل الرق، فيبقى على ما كان عليه"^(٢).

وهذا الايضاح من الإمام ابن قدامة يكشف عن استدلال القائلين على جواز بيع الأمة في هذه الحالة وعدم اعتبارها أم ولد، بالاستصحاب لأصل الرق الذي من صفته الدوام ما لم يأت ما يغيره عن حاله سواء بإعتاق أو غيره. ويظهر ذلك بوضوح هذا النوع من الاستصحاب حين قال الإمام ابن قدامة: "فيبقى على ما كان عليه".

(١) انظر: المغنى لابن قدامة (٤١٥/١٠) دار إحياء التراث العربي.

(٢) انظر: المغنى لابن قدامة (٤١٦/١٠) دار إحياء التراث العربي.

ولذا ليس بعيداً أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي - الذي عدّه الإمام ابن قدامة فيمن قال بجواز بيع الأمة إذا حملت من رجل في غير ملكه - كان مستصحباً لأصل الرق الذي من صفته الدوام؛ ولذا أبقى هذه الأمة على وصفها بأنها رقيق يجوز بيعه.

هـ - قضاؤه في العمرى: فقد سبق أن ذكرت رأى الإمام شريح القاضي في العمرى وأنه قضى بأنها لمن أعمارها حياته ثم لعقبه من بعده، وعندما سئل عن دليل قضاؤه ذكر أنه ليس هو القاضي بذلك؛ بل القاضي به هو النبي ﷺ^(١)، وقد ذكرت هذا القول عند حديثي عن قول الصحابي: «قضى رسول الله ﷺ» هل يعم؟

وذكرت في حينها أن الإمام شريحاً القاضي بقضائه بصحة العمرى يكون بذلك قد جعل قول الصحابي قضى رسول الله ﷺ بالعمرى يعم، ولا يختص بالأفضية التي قضى فيها رسول الله ﷺ.

وهذا لا شك يكشف عن أمر آخر وهو ما نحن بصدد، وهو أن الإمام شريحاً القاضي حين قضى بالعمرى فهو بهذا يكون مستصحباً للدليل وهو نص قول الصحابي قضى رسول الله ﷺ بالعمرى مع وجود احتمال لتخصيص هذا الدليل بالأفضية التي قضى فيها رسول الله ﷺ فقط.

وهذا الصنيع من الإمام شريح القاضي يعد أحد أنواع الاستصحاب التي ذكرها الأصوليون في كتبهم، وهو ما أطلقوا عليه استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، والله أعلم.

(١) انظر: ص ٣٢٠ من هذه الدراسة.

و- رأيه في حبس المدین: كان الإمام شريح القاضي رحمه الله يري حبس المدین إذا لم يقض دينه في أجله، وسبق أن ذكرت^(١) أنه كان يحتج على ذلك بقوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢). ونقلت عن الصدر الشهيد تحريره لمذهب الإمام شريح القاضي في تفسير لفظ (الأمانات) في الآية، ذلك التحرير الذي يبين فيه الصدر الشهيد أن الإمام شريحاً القاضي كان يري أن لفظ (الأمانات) في الآية لفظ عام يشمل الديون والأمانات جميعاً^(٣).

ولكن هذه الآية لم يكن تفسير الإمام شريح القاضي هو التفسير الوحيد، بل لقد نقل الصدر الشهيد ثلاثة مذاهب أخرى غير مذهب الإمام شريح القاضي في تفسير لفظ (الأمانات) وهي: من يفسرونها بأنها أداء الودائع والعواري، ومن يفسرونها برد مفتاح الكعبة على بني شيبه، ومن يفسرونها بأنها الديون.

وهذا التحرير لمذاهب المفسرين للفظ (الأمانات) في الآية يكشف عن عمل الإمام شريح القاضي باستصحاب العموم في معنى (الأمانات) وإن كان هناك احتمال للتخصيص كما هو ظاهر من المذاهب الثلاثة الأخرى التي خصص أصحابها معنى (الأمانات) سواء بكونها الديون أو العواري والودائع أو رد مفتاح الكعبة على بني شيبه.

(١) انظر: ص ٣٦٠ من هذه الدراسة.

(٢) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٣) انظر: ص ٣٦٠ من هذه الدراسة.

ومن ذلك يظهر أن استصحاب الدليل مع احتمال المعارض كان أحد أنواع الاستصحاب التي استخدمها الإمام شريح القاضي ضمن خطته التشريعية.

ز- رأيه في الخلع بدون السلطان: الخلع بدون السلطان جائز عند بعض الفقهاء، في حين يشترط بعضهم حضرة السلطان.

وذكرت قبل ذلك أن الإمام شريحاً القاضي كان ممن يرون جواز الخلع بدون السلطان^(١) تمسكاً بالإطلاق الذي في قوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢)؛ لأنه لم يأت ذكر للسلطان يقيد الإطلاق في الآية.

ولذا يكون الإمام شريح القاضي رحمه الله قد استصحب الإطلاق في قوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾؛ ولذا لم يقيد الخلع بحضرة السلطان كما فعل بعض الفقهاء.

وبهذا يكون الإمام شريح القاضي يري استصحاب الإطلاق في الدليل مع احتمال المعارض المقيد.

ح- رأيه في إهدار ثنية العاض: قد يتسبب شخص في إيقاع الأذى بنفسه عن طريق تعديه على غيره فيدافع غيره عن نفسه، فيقع على ذلك الشخص المتعدى بسبب فعله.

ومن صور هذه الحالة ما إذا عض شخص آخر، فانتزع العضوض يده من في العاض فيسقط ثنيته.

(١) انظر: ص ٤٤٤ من هذه الرسالة.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

والإمام شريح القاضي رحمه الله كان ممن يرون إهدار ثنية العاض؛ وذلك لحديث يعلى بن أمية وفيه "فأهدر النبي ﷺ ثنيته فحسبت أنه قال: قال النبي ﷺ: "أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل"^(١).

فهذا خطاب من النبي ﷺ لواحد من الأمة، وهذا ما يعني احتمال خصوصية هذا الحكم بصاحب هذه الواقعة، ولكن الإمام شريحاً القاضي عمم حكم هذه الواقعة لجميع الأمة، مما يكشف عن استصحابه للعموم في هذا النص مع احتمال خصوصيته بهذه الواقعة واعتبارها واقعة عين.

ط- رأيه في الرجل يشتري السلعة ثم يحدث بها العيب: العيوب قسمها الفقهاء من جهة القدم والحدوث إلى عيوب قديمة - أي كانت قبل البيع - وعيوب حادثة - أي حدثت بعد البيع.

ويري الفقهاء أن العيوب القديمة إن لم يطلع عليها المشتري قبل البيع، ثم أطلع عليها بعده فله أن يرد السلعة بهذا العيب.

ورأى الفقهاء أيضاً أن العيوب الحادثة في السلعة بعد البيع في ضمان المشتري.

وقد روى الإمام عبد الرزاق وغيره بأسانيدهم عن الشعبي عن شريح أنه كان يقول له: إن الناس يعلمون ذلك، يقول: إنه لا يحدث. فقال: اثني برجلين من الناس أنه باعك وبه ذلك الداء^(٢).

(١) سبق تخريجه في مسألة خطابه لواحد من الأمة في ص ٣٣٩.

(٢) انظر: المصنف لعبد الرزاق (١٥٨/٨)، وأخبار القضاة لوكيع (٢٥٨/٢)،

(٢٣٥، ٢٥٩).

فالإمام شريح القاضي يطلب من المشتري الذي يدعى العيب في سلعته أن يقدم له البينة على أن هذا العيب أو الداء كان في السلعة قبل الشراء حتى يكون ذلك سبباً لرد السلعة؛ وذلك لأن الإمام شريحاً القاضي يستصحب عدم وجود العيب بالسلعة وهو ما يسمي بالعدم الأصلي المعلوم بدليل العقل حتى تأتي البينة لتغير هذا العيب إلى حالة أخرى. ي- رأيه في الرجل يبيع السلعة ثم يدعى اشتراطه استردادها إن تبعته نفسه:

إن عقود المعاملات لدى الفقهاء تكون تامة باكتمال شروطها وأركانها؛ ولذا يعتبر الفقهاء الشروط المقترنة بالعقود عناصر زائدة على معنى العقد.

ولذا أيضاً اعتبروا أن وجود الشروط المصاحبة للعقود خلاف الأصل وهو عدم وجود الشروط.

والإمام شريح القاضي رحمه الله كان يرى ذلك. فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق ووكيع بأسانيدهم عن عبد العزيز بن رفيع قال: بعث من رجل جارية وشرطت عليه إن تبعها نفسي. قال: فتبعها نفسي، فخاصمته إلى شريح القاضي فقال: قد أقررت بالبيع فبينتك على الشرط^(١).

فالإمام شريح القاضي في هذا الأثر يستصحب العدم الأصلي بخلو العقد من الشرط الذي يدعيه البائع، ولولا استصحابه لعدم الاشتراط في

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٧/٧)، والمصنف، لعبد الرزاق (٥٧/٨، ٥٨)، وأخبار القضاة لو كيع (٣٩٤/٢-٣٩٥).

عقد البيع لما طلب من البائع البينة على اشتراط هذا الشرط، وكأن الإمام شريحاً القاضي يقول للبائع: إدعاء وجود هذا الشرط في عقد البيع خلاف الأصل وهو البراءة الأصلية من الشرط، وإذا أردت إثبات هذا الشرط فعليك ببينة يكون من شأنها إخراجي من استصحابي للعدم الأصلي.

ك- رأيه في إدعاء رب المال خيانة عامل المضاربة: عقد المضاربة يكون بين متعاقدين هما: رب المال، وعامل المضاربة.

وقد يختلف الاثنان فيري رب المال مثلاً أن عامل المضاربة قد خاناه في شيء يتعلق؛ المضاربة فما رأى الإمام شريح القاضي في ذلك؟ يرى الإمام شريح القاضي أن أي اتهام لعامل المضاربة لا يقبل إلا ببينة، فقد روى عبد الرزاق وو كيع بسندهما عن ابن سيرين عن شريح كان إذا جاءه الرجل يقول: إن هذا خانني. يقول: بينتك أن أمينك هذا خانك في المضاربة^(١).

والإمام شريح القاضي وهو يطلب البينة على خيانة عامل المضاربة، فهو يستصحب الأصل وهو عدم خيانة عامل المضاربة حتى يأتي رب المال ببينة تصرف الإمام شريحاً عن استصحابه لهذا الأصل.

ومما يؤكد هذا ما قاله الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر عند حديثه عن قاعدة: الأصل العدم، فقد قال: " ومنها - أي من الفروع المخرجة على قاعدة الأصل العدم - : القول قول عامل القراض في قوله: لم أربح؛ لأن الأصل عدم الربح، أو لم أربح إلا كذا؛ لأن الأصل عدم الزائد، وفي

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٢٥٢/٨)، وأخبار القضاة لو كيع (٣٥٠/٢).

قوله: لم تنهني عن شراء كذا؛ لأن الأصل عدم النهي؛ ولأنه لو كان كما يزعمه رب المال لكان خائناً، والأصل عدم الخيانة" (١).

فكلام الإمام السيوطي يوضح ما يمكن أن يكون الإمام شريح القاضي قد استصحبه في حكمه على عامل المضاربة، إلا وهو العدم الأصلي المتمثل في عدم الخيانة.

ل- رأيه في إدعاء عامل المضاربة هلاك المال: عرضت في المسألة السابقة رأى الإمام شريح القاضي في اتمام عامل المضاربة بالخيانة؛ فكان عامل المضاربة فيها المدعى عليه.

ولكن في هذه المسألة يكون عامل المضاربة هو المدعى حيث يدعى أن مال المضاربة قد أصابته مصيبة أهلكته، فماذا كان رأى الإمام شريح القاضي رحمه الله في هذه المسألة؟

فيرى الإمام شريح القاضي أن عامل المضاربة لا تُقبل دعواه في هلاك أو إصابة رأس مال المضاربة حتى يأتي ببينة، فقد روى عبد الرزاق ووكيع بإسنادهما عن محمد بن سيرين عن شريح كان إذا أتاه الرجل قال له: أصابني كذا وكذا، قال: بينة بمصيبة بعد ربها وفي لفظ وكيع كان مما يقول للمضارب: شاهدك على مصيبة بعد ربها (٢).

فالإمام شريح القاضي في هذه المسألة يرد دعوى عامل المضاربة بهلاك رأس مال المضاربة ما لم يأت ببينة؛ وذلك لأن الأصل عند الإمام شريح

(١) انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٥٧)، دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٠م ١٤١١هـ.

(٢) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (٢٥٢/٨)، وأخبار القضاة لوكيع (٣٥٠/٢).

القاضي هو عدم الهلاك أو التلف ولذلك يمكن أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي كان حين يطلب البينة من عامل المضاربة على هلاك مال المضاربة يستصحب العدم الأصلي المتمثل في عدم الهلاك أو التلف، والله أعلم.

✽ **تحرير أنواع الاستصحاب عند شريح القاضي:** لقد كانت النماذج السابقة كاشفة عن أنواع الاستصحاب التي كان يستخدمها الإمام شريح القاضي في عملية تفكيره الفقهي ونستطيع أن نلخص هذه القضية في العبارة التالية:

إن الإمام شريح القاضي رحمه الله كان يستخدم أثناء عملية استنباطه للأحكام الشرعية والاستدلال عليها ثلاثة أنواع مما ذكره الأصوليون من أنواع للاستصحاب، وهي:

١- **استصحاب ما دل الشرع أو العقل على ثبوته ودوامه:** وقد دل على استخدام الإمام شريح القاضي لهذه النوع المسائل الأربع الأول، وهي: مسألة حرية اللقيط، ومسألة الرجلين يدعيان السلعة، ولكل منهما بينة والسلعة في يد أحدهما، ومسألة اختلاف الوارث والموهوب له في الهبة، ومسألة الرجل يتزوج أمة غيره ثم يملكها وهي حامل منه.

٢- **استصحاب الدليل مع احتمال المعارض:** وقد دل على استعمال الإمام شريح القاضي لهذا النوع من الاستصحاب المسائل الأربع التالية: مسألة العمرى، ومسألة حبس المدين، ومسألة الخلع بغير حضرة السلطان، ومسألة إهدار ثنية العاض.

٣- **استصحاب العدم الأصلي:** وقد دل على استعمال الإمام شريح القاضي لهذا النوع من الاستصحاب المسائل الأربع الأخيرة، وهي:

مسألة الرجل يشتري السلعة ثم يحدث بها العيب، ومسألة إيداع
الشرط في البيع، ومسألة إيداع رب مال المضاربة خيانة عامل
المضاربة، ومسألة إيداع عامل المضاربة هلاك المال.
ومن هذا التحرير يظهر أن الإمام شريحاً القاضي قد استعمل
الاستصحاب بأنواعه عدا النوع الذي أطلق عليه بعض الأصوليين
استصحاب الإجماع في محل الخلاف، والله أعلم.

المبحث الثالث الاستحسان عند الإمام شريح

❁ توطئة: حقيقة الاستحسان:

(١) تعريفه. (٢) نشأته.

❁ المطلب الأول: حجية الاستحسان عند الإمام شريح.

(١) الاحتجاج بالاستحسان عند الأصوليين.

(٢) موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالاستحسان.

❁ المطلب الثاني: أنواع الاستحسان عند الإمام شريح.

(١) أنواع الاستحسان عند الأصوليين.

(٢) من أنواع الاستحسان عند شريح القاضي.

obeikendi.com

المبحث الثالث

الاستحسان عند الإمام شريح

❖ توطئة: حقيقة الاستحسان:

(١) تعريفه:

(أ) في اللغة: الاستحسان مصدر من الفعل السداسي استحسن قال الفيروزآبادي: "استحسن الشيء عدّه حسناً"^(١)، وقال ابن منظور في معنى المصدر: "فهو استفعال من الحسن: يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسياً كان هذا الشيء أو معنوياً، وإن كان مستقبِحاً عند غيره"^(٢).

(ب) في الاصطلاح: يكاد علماء الأصول يتفقون على أن سبب الخلاف الواقع حول حجية الاستحسان هو تحديد معنى الاستحسان، فالخلاف في اصطلاح الاستحسان واسع جداً وهذا ما أحاول أن أوجزه فيما يلي:

فالحنفية اختلفوا في تعريف الاستحسان اختلافاً واسعاً ألخصه بذكر بعض تعريفاتهم ومنها:

- ١- أن الاستحسان العمل بأقوى القياسين^(٣).
- ٢- وأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه^(٤).
- ٣- وأنه ترك أقوى القياسين بأضعفهما إذا كان حتماً^(٥).

(١) انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢١٠/٤).

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور (٤٤٩/٢).

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦) دار الصفوة.

(٤) انظر: كشف الأسرار للبخاري (٣/٤)، وشروح المنار (ص ٨١١).

(٥) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩١/٦).

- ٤- وأنه تخصيص القياس بالسنة^(١).
- ٥- وأنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عبارته عنه^(٢).
- ٦- وأنه ما يستحسنه المجتهد برأي نفسه من غير دليل أو ما يستحسنه المجتهد بعقله^(٣).
- ٧- وأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول^(٤).
- والتعريف الأخير عند الحنفية هو تعريف أبي الحسن الكرخي وهو من أحسن تعاريفهم للاستحسان، وقد استحسنه كثير من العلماء مثل الكيا الهراسي والغزالي في المنحول والقاضي عبد الوهاب^(٥).
- أما المالكية: فقد نقل القرافي في شرح تنقيح الفصول تعريف أبي الوليد الباجي قال: "قال الباجي: هو القول بأقوى الدليلين"^(٦).
- وعرفه أبو إسحاق الشاطبي في كتابيه "الاعتصام" و "الموافقات" بقوله: "وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي"^(٧).

- (١) انظر: المرجع السابق، نفس الموضوع.
- (٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. مصطفى ديب البغا (ص ١٢٣)، والبحر المحيط للزرکشي (٩٣/٦).
- (٣) انظر: البحر المحيط للزرکشي (٩٣/٦).
- (٤) انظر: الإحكام، للآمدى (١٣٧/٤)، والعضد على ابن الحاجب (٢٨٨/٢)، والبحر المحيط (٩١/٦).
- (٥) انظر: البحر المحيط للزرکشي (٩١/٦-٩٢).
- (٦) انظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ص ٤٥١)، م. الكليات الأزهرية ونقله الباجي في إحكام الفصول (٥٦٤/٢) عن ابن خويز منداد.
- (٧) انظر: الاعتصام، للشاطبي (١٣٩/٢)، والموافقات، له (٢٠٥/٤).

أما الشافعية فموقف إمامهم الإمام الشافعي رحمته الله معروف في إنكاره الاستحسان، ولكنه ورد عنه أيضاً العمل بالاستحسان، نقل عنه ذلك ابن القاص والخفاف من أصحابه ^(١).

وقد فسر أصحابه أن الاستحسان الذي ذهب إليه إنما استحسان بدليل يدل عليه، وهو استحسان حجة أي أنه حسن؛ لأن كل ما ثبتت حجته كان حسناً ^(٢).

ومنه نستطيع أن نقول: إن الاستحسان لدى الشافعي هو كل ما ثبتت حجته بدليل يدل عليه ^(٣). فهو بمعنى الأحسن.

ولكن الشافعي نقل عنه أيضاً قوله في مدة جواز طلب الشفعة: إنها ثلاثة أيام. ثم قال: "هذا استحسان مني وليس بأصل". فرأى بعض أصحاب الشافعي كالغزالي وإمام الحرمين أن عبارة "ليس بأصل" من قبيل استحسان أبي حنيفة ^(٤) ولكن هذا ما جعل الغزالي في المستصفى يعرف الاستحسان بأنه: "ما يستحسنه المجتهد بعقله". وقال عن هذا التعريف: "إنه هو الذي يسبق إلى الفهم" ^(٥).

ولكن الزركشي وجه كلام الشافعي السابق بأن مراده "أن لا أذكر دليل ما قلته لأجله، لا أنه قاله من غير دليل بهوى نفسه" ^(٦).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦).

(٣) انظر: السابق، نفس الموضوع.

(٤) انظر: السابق (٩٩/٦).

(٥) انظر: المستصفى، للغزالي (١٣٧/١).

(٦) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٠٧/٨).

أما الحنابلة فقد ارتضى الإمام ابن قدامة تعريف أبي الحسن الكرخي السابق، بأن عرّف الاستحسان بأنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة^(١).

وهو التعريف الذي اختاره ابن النجار والطوفي من أصحاب أحمد أيضاً^(٢).

أما أبو الحسين المعتزلي فقد عرف الاستحسان بأنه: "ترك وجه من وجوه الاجتهاد، غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول"^(٣).

وقد استحسّن الآمدي هذا التعريف وعده من أفضل التعريفات للاستحسان؛ لأنه جامع مانع. ولكنه رأى أن محصلة هذا التعريف هو الانتقال "من حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه"^(٤) وليس هذا محل النزاع في الاستحسان للاتفاق على الاحتجاج به^(٥).

(٢) نشأة الاستحسان: ذكرت عند الكلام عن نشأة الإجماع والقياس ما محصلته أن الخطة التشريعية في عصر الرسالة أول عصور تاريخ التشريع الإسلامي كانت تشتمل على ثلاثة مصادر تشريعية هي الكتاب والسنة والاجتهاد الذي أثمر القياس، ثم انضم إلى هذه المصادر الثلاثة مصدر رابع في عصر كبار الصحابة، هو الإجماع.

(١) انظر: روضة الناظر لابن قدامة (ص ١٦٧).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/٤٣١)، مختصر الطوفي (ص ١٤٣).

(٣) انظر: المعتمد، لأبي الحسين (٢/٢٩٦) دار الكتب العلمية.

(٤) انظر: الإحكام، للآمدي (٤/١٥٨).

(٥) انظر: المرجع السابق (٤/١٥٨-١٥٩).

والسؤال الذي يفرض نفسه - ونحن بصدد الحديث عن الاستحسان باعتباره أحد المصادر التي نبحت دخوله ضمن خطة التشريع الإسلامي - متى ظهر الاستحسان في ساحة التشريع الإسلامي، وكيف ظهر؟ إن العصر الذي يجب أن تبدأ به الدراسة التاريخية في التشريع الإسلامي، هو عصر الرسالة الذي كان بداية معرفة البشرية بهذا التشريع الحق.

والتأمل في عصر الرسالة يجد أمرين مهمين يفيدان كثيراً في دراسة نشأة الاستحسان، هما:

١- أن مصطلح الاجتهاد الذي كان يرشد الرسول ﷺ أصحابه لتطبيق مفهومه بالعمل بمقتضاه؛ وذلك ما ظهر في حديث معاذ بن جبل عندما ولّاه رسول الله ﷺ قضاء اليمن حيث ظهر في هذا الحديث الاجتهاد كأحد العناصر المكونة للخطة التشريعية التي أقرها النبي ﷺ لتكون وسيلة معاذ بن جبل للقضاء باليمن.

وهذا المصطلح - الاجتهاد - يتسم بالاتساع الناشئ من كثرة الأفراد التي يمكن أن تدخل تحته، بكونها جميعاً تشترك في اشتغالها على بذل الوسع من المجتهد، وذلك البذل هو المسمي بالاجتهاد. فدخل فيه القياس من قبل في عصر الرسالة، ويمكن أن يدخل فيه الاستحسان أيضاً - وإن لم يخص بهذا الاسم.

٢- وأن النبي ﷺ - سبق أن ذكرت - أنه على الصحيح اجتهد وقد كان فعله في بعض الحوادث الموصوفة بأنه اجتهاده فيها يوافق بعض التعريفات التي اصطلح عليها بعض الأصوليين للاستحسان فمن هذه الحوادث اجتهاد النبي ﷺ في أسري بدر حيث رجح النبي ﷺ رأى

أبي بكر الصديق بأن يأخذ الفداء من المشركين ليستميل قلوبهم، على رأى عمر بن الخطاب بأن يقتلهم؛ لكونهم أئمة الكفر. فكان فعل النبي ﷺ بترجيح رأى أبي بكر الصديق على رأى عمر ﷺ داخلا تحت مفهوم الاستحسان بمعناه العام، كما في تعريف بعض الأصوليين له بأنه "العمل بأقوى الدليلين" أو كما في تعريف أبي الحسين البصري وهو "ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه أقوى منه" فقد ترك النبي ﷺ أحد وجوه الاجتهاد، وهو رأى عمر ﷺ الذي رأى أن اجتهاد أبي بكر أقوى منه، لما فيه من تحقيق مصلحة الدعوة.

وهكذا كان اجتهاد النبي ﷺ داخلا تحته الاستحسان كما وضحت، وإن لم يسم الاستحسان بهذا الاسم في هذه الفترة من التشريع. ثم بقي الحال كما هو في عصر الصحابة الذين تواصلوا فيما بينهم باستخدام الاجتهاد الذي تعلموه من المعلم الأول محمد ﷺ، وظهر ذلك في كلام عبد الله بن مسعود وعمر بن الخطاب ﷺ السابق ذكره. بل وظهر ذلك في فتاويهم وأقضيائهم، ومن ذلك مسألة المُشْرَكَة وحكمهم بتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم، مع أن الأصل المأخوذ من ظاهر النص أن يأخذ أصحاب الفروض نصيبهم، وهم الإخوة لأم، ثم يأخذ أصحاب العصبات، ولكن الصحابة تركوا هذا الأصل لقاعدة أولى وهي أن من أدلى إلى الوارث بجهتين لم يضر بذلك إن لم ينتفع. ثم جاء عصر التابعين، وظهرت فيه المدارس الفقهية ظهور التميز، واتسعت رقعة العالم الإسلامي وازدادت الحوادث والوقائع التي تحتاج إلى اجتهاد ورأى، فزاد استخدامهما، وزاد العمل بالاستحسان في هذا العصر

حتى يمكن أن نلاحظه في كثير من الأقضية التي وقعت في هذا العصر، ومن هذه المسائل والأقضية ما وقع بين سعيد بن المسيب رأس مدرسة الحديث وبين ربيعة بن أبي عبد الرحمن المشهور بريعة الرأي حيث سأل الثاني الأول عن عقل أصابع المرأة: ما عقل الأصبع الواحدة؟ قال: عشرة من الإبل، قال: فأصبعان؟ قال: عشرون. قال: فثلاثة؟ قال: ثلاثون. قال: فأربع؟ قال: عشرون. فتعجب ربيعة من ذلك. وقال: فعندما عظم جرحها نقص عقلها؟ فقال له سعيد: أعراقي أنت؟ قال ربيعة: بل عالم مثبت، أو جاهل متعلم. فقال: هي السنة يا ابن أخي^(١).

فالنص السابق ينطبق عليه أيضاً بعض تعريفات الاستحسان كتعريف أبي الحسن الكرخي بأنه عدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول.

فقد عدل بدية المرأة بعد الثلث عن سنن القياس، وهو زيادة الدية كلما زاد الجرح، فبدأ بعد الثلث يجعل ديتها على النصف من دية الرجل عملاً بالحديث الذي جاء بأن دية الرجل والمرأة سواء إلى الثلث ثم على النصف من دية الرجل.

فعدل سعيد من القياس القاضي بالتساوي، إلى النص النبوي القاضي بالتساوي إلى الثلث، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل، وهذا العدول يدخل تحت مفهوم الاستحسان السابق ذكره.

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٩٩/٨)، ونيل الأوطار للشوكاني (٢٢٥/٧)، دار الباز سنة ١٤٠٤هـ.

واستمر مصطلح الاستحسان غير مرصود للتعبير عنه في هذا العصر ولكن كان لأهل هذا العصر بعض الألفاظ التي يعبرون بها عن عملية الاستحسان كتعبيرات (الأحسن عندي، والأفضل عندي، والأولى، وأحب إلي) ^(١).

وبدأ هذا المصطلح في الظهور ليعبر به عن معناه الاصطلاحي في عصر الأئمة المجتهدين على يد أبي حنيفة وصاحبيه، ومن ذلك ما نقل محمد بن الحسن الشيباني يصف شيخه الإمام أبا حنيفة فيقول: كان أبو حنيفة يناظر أصحابه في المقاييس فينتصفون منه ويعارضونه، حتى إذا قال: أستحسن، لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد في الاستحسان من مسائل ^(٢).

وقال القاضي أبو يوسف -تلميذ الإمام أبي حنيفة- في كتابه (الخراج): "وإذا رأى الإمام أو حاكمه رجلاً قد سرق أو شرب خمرًا، أو زنى، فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته لذلك، حتى يقوم به عنده بينة وهذا استحسان لما بلغنا في ذلك من الأثر" ^(٣).

وقال الإمام محمد بن الحسن الشيباني -كما نقل عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله-: "من كان عالماً بالكتاب والسنة، ويقول أصحاب رسول الله ﷺ، وبما استحسنت فقهاء المسلمين، وسعه أن يجتهد رأيه فيما ابتلى به ويقضى به ويمضيه في صلاته وصيامه وحجه وجميع ما

(١) انظر: رسالة فقه ابن شهاب الزهري، رسالة ماجستير للباحثة نعيمة محمد يحيى، إشراف أد. محمد بلتاجي حسن، دار العلوم سنة ١٩٩٨م-١٤١٨هـ.

(٢) انظر: أبو حنيفة، للشيخ أبو زهرة (ص ٣٤٢).

(٣) انظر: كتاب الخراج، لأبي يوسف (ص ١٨٢).

أمر به ونهى عنه فإذا اجتهد ونظر وقاس على ما أشبهه، ولم يأل وسعه العمل بذلك وإن أخطأ الذي ينبغي أن يقول به^(١).
ثم بعد هؤلاء الأئمة الثلاثة تتابع ذكر هذا المصطلح، وبدأ العلماء يتحدثون في حجيته، ناسبين ذلك للإمام أبي حنيفة.
ومما يؤكد هذا الرأي أن عددًا من محققي الأصوليين قد ارتأوا ذلك، فقد ذهب إليه ابن الحاجب والآمدي واختاره العضد في شرحه "للمختصر"، والمحلى في شرحه على "جمع الجوامع"، وهو مقتضى كلام ابن السمعاني في "القواطع"^(٢).

(١) انظر: جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (٦١/٢).
(٢) انظر: مختصر ابن الحاجب مع العضد (٢٨٨/٢)، والإحكام، للآمدي (١٥٧، ١٥٩/٤) والمحلى مع حاشية البناني (٣٥٣/٢)، وقواطع الأدلة لابن السمعاني (٢٧٠/٢-٢٧١).

المطلب الأول

حجية الاستحسان عند الإمام شريح

(١) الاحتجاج بالاستحسان عند الأصوليين: لقد دار حول الاستحسان نقاش طويل يحتاج لتحديد لكي لا ينتشر البحث؛ ولذا كان من الضروري أن نحدد موضع النزاع في هذه المسألة؛ ثم يأتي ذكر آراء العلماء بعد ذلك، وهذا ما يتناوله البحث فيما يلي:

أ- تحرير محل النزاع: وقع خلاف عريض في مسألة حجية الاستحسان، ومبنى هذا الخلاف عائد كما ذكرت لتحديد مفهوم وحقيقة الاستحسان.

إن الخلاف بين العلماء إنما هو خلال لفظي لو اطلع كل فريقٍ على ما قاله الآخر لقال به.

وهذا ما ذهب إليه الآمدي وابن الحاجب وابن السمعاني^(١).

وذلك عندما نظروا للمواضع التي يمكن أن تكون محلاً للنزاع مثل أن يكون تعريف الاستحسان بأنه "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول أو كان تعريفه العمل بأقوى القياسين.

فهذا لا يصلح ليكون محلاً للنزاع؛ لأن العدول لموجب قياس أقوى لا خلاف فيه.

(١) انظر: الإحكام، للآمدي (١٦٤/٤)، دار الكتاب العربي - ومختصر ابن الحاجب مع العضد (٢٨٨/٢)، وقواطع الأدلة لابن السمعاني (٢٧١/٢)، دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٧م.

وإن قصد أنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة، فأكثر الأصوليين كالآمدي وابن الحاجب أنه لا يصلح محلاً للتزاع^(١)؛ لأن العادة لو كان في زمانه ﷺ فهو ثابت بالسنة، ولا خلاف في العمل به، وإن كان في زمن الصحابة كان ثابتاً بالإجماع، ولا خلاف أيضاً في العمل به، وإن كان في غير ذلك بأن كانت العادات من المستحدثات، فالعدول إليها مردود بالاتفاق؛ ولذا لا يصلح ذلك محلاً للتزاع؛ لأنه قسمان معمول به باتفاق، ومردود باتفاق.

وإن كان المقصود بالاستحسان العدول عن القياس في مسألة جزئية إلى حكم آخر اقتضته مصلحة جزئية، وهذا وإن كان يصلح أن يكون محلاً للتزاع، ولكنه يدرس في بحث المصالح المرسله؛ ولذا سَمَّاه الشاطبي بعد تعريفه الاستدلال المرسل على القياس^(٢).

لكني رأيت أنه من العسير أن يكون هذا الخلاف كله لغير معنى؛ ولذا زدت في البحث حتى رأيت موضعين ذكر العلماء صلاحتهما ليكونا محلين للتزاع هما:

١- تعريف الحنفية الاستحسان بأنه تخصيص العلة؛ وذلك لأن بعض الحنفية قالوا بجواز تخصيص العلة، وقد نقل ذلك الإمام السرخسي فقال: "وزعم بعض أصحابنا أن التخصيص في العلل الشرعية جائز، وأنه غير مخالف لطريق السلف ولا لمذهب أهل السنة"^(٣).

(١) انظر: الإحكام، للآمدي (١٦٤/٤)، مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد (٢٨٨/٢).

(٢) انظر: الموافقات للشاطبي (١٩٥/٤).

(٣) انظر: أصول السرخسي (٢٠٠/٢).

ونقل الزركشي أن الحنفية يجعلون في بعض أقوالهم الاستحسان حقيقته تخصيص العلة، ثم نقل عن القفال الشاشي والماوردي قولهما: ونحن -أي الشافعية - نخالفهم بناء على أنه لا يجوز تخصيص العلة عندنا^(١).

ولقد رأى الفخر الرازي ذلك في المحصول أيضاً بعد بيانه أن الخلاف في المعنى لا في اللفظ، فقال: "وإنما الخلاف في المعنى - وهو: أن القياس إذا كان قائماً في صورة الاستحسان في سائر الصور، ثم ترك العمل به في صورة الاستحسان، وبقي معمولاً به في غير تلك الصورة: فهذا هو القول بتخصيص العلة وهو - عند الشافعي وجمهور المحققين - باطل... فظهر: أن القول بالاستحسان باطل"^(٢).

ويظهر من كلام الفخر الرازي أنه يرى بطلان الاستحسان إذا كان بمعنى تخصيص العلة، وقد ذكرت أن السرخسي نقل عن بعض الحنفية القول بتخصيص العلة؛ ولذا يرى الإمام أن هذا محل للتراع، كما ظهر هذا من كلام القفال والماوردي.

٢- وتعريف الحنفية للاستحسان بأنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عبارته عنه، فلا يقدر أن يتفوه به.

فهذا التعريف يصلح ليكون محلاً للتراع أيضاً كما نقل الزركشي ذلك عن الخوارزمي قال: "وقال الخوارزمي في الكافي: "ينبغي أن يكون هذا هو محل الخلاف، ولا ينبغي أن يكون حجة؛ إذ لا شاهد له"^(٣).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٠/٨).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٤/١٢٠).

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (٨/١٠٣)، دار الكتبي.

ولكني عندما نظرت في هذين الموضوعين أيضاً وجدتهما لا يصلحان محلاً للتراع أيضاً.

فالأول: الذي عرف بعض الحنفية فيه الاستحسان بأنه تخصيص العلة، لا يصلح ليكون محلاً للتراع؛ لأن تخصيص العلة مبحث مستقل من مباحث الأصول يدرس في موضعه، ودراسته في الكلام عن الاستحسان يعتبر من عدم التمييز في الدراسة بين المباحث المختلفة.

ولأن تسمية تخصيص العلة بالاستحسان لا يجعل تخصيص العلة مساوياً للاستحسان، ولكنه اصطلاح خاص ببعض الحنفية، ولعلمهم لم ينظروا فيه أصلاً للاستحسان الاصطلاحي لكي يساوي بينه وبين تخصيص العلة.

أما الثاني: فقد رأى الإمام الآمدي أنه لا يصلح محلاً للتراع؛ لأن التعريف فحواه التردد بين أن يكون الاستحسان دليلاً محققاً أو وهماً فاسداً، فإن كان دليلاً محققاً فلا خلاف في التمسك به، وإن كان وهماً فاسداً فلا خوف في طرحه.

وبعد، فإن هذا البحث يسلمني لنتيجة واحدة هي أن الخلاف في الاستحسان راجع إلى الإطلاقات اللفظية؛ ولذا لا حاصل له، والله أعلم.

ب- آراء العلماء في الاحتجاج بالاستحسان⁽¹⁾: لقد تباينت آراء العلماء في الاحتجاج بالاستحسان تبايناً كبيراً، ولعل هذا التباين سببه الاختلاف الكبير - السابق عرضه - حول تحديد مفهوم الاستحسان.

(1) كانت طريقة عرضي " لآراء العلماء في الاحتجاج " في المسائل الأخرى أرتب فيها آراء العلماء مقسمة على مذهبهم في المسألة، ولكني في هذا المسألة سأرتبهم على المذاهب الفقهية لفك عدد من الإشكالات في نسبة بعض الآراء لبعض الأئمة.

وتكاد تكون مسألة الاحتجاج بالاستحسان من المسائل التي كثر فيها كلام العلماء واختلافهم؛ وإن كانت هذه الآراء الكثيرة يمكن أن يجمعها قولان:

❖ الأول: جواز الاحتجاج بالاستحسان واستخدامه في استنباط الأحكام.

❖ والثاني: المنع.

ويكاد القول بالتفصيل في المسألة لا يكون مروياً عن أحد من العلماء، وأستطيع أن أرجع هذا الاقتصار على القولين المذكورين، إلى الاختلاف الشديد في تحديد مفهوم الاستحسان على ما سبق ذكره -، فمن حدّه بما يتناسب مع ما أتفق عليه في علم أصول الفقه قال بجواز الاحتجاج به، ومن حدّه بما يخالف منع من الاحتجاج به.

ولعل ذلك أيضاً هو السبب في اضطراب النقل لأقوال بعض الأئمة كالشافعي وأحمد.

وفيما يلي سأعرض آراء المذاهب في الاحتجاج به.

١- رأي الحنفية: اتفق النقل عن أئمة الحنفية في احتجاجهم بالاستحسان والاعتماد عليه في استنباط الأحكام.

لم تنقل المصادر الأصولية لم تنقل خلافاً بين الحنفية في العمل بالاستحسان.

فالإمام أبو حنيفة إمام الحنفية نقل عنه تلميذه محمد بن الحسن العمل بالاستحسان عندما قال: "إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: أستحسن لم يلحق به أحد"^(١).

وعبارة الإمام السرخسي تشعر باتفاق العلماء الحنفية على العمل بالاستحسان حين قال: "وقد طعن بعض الفقهاء في تصنيف له على عبارة علمائنا في الكتب: إلا أنا تركنا القياس واستحسننا"^(٢).

فعبارة الإمام السرخسي تشعر بعدم الخلاف في العمل بالاستحسان عند الحنفية ويظهر ذلك في قوله " في عبارة علماءنا في الكتب " ولو كان رأياً لبعضهم لخصّص نقله.

وما نقل عنهم من خلاف إنما هو في تحديد مفهوم الاستحسان على ما سبق بيانه.

٢- رأي المالكية: لقد اتفق النقل لرأي المالكية في الاحتجاج بالاستحسان على أنهم يقولون بالاحتجاج به وأنه أحد الأدلة التي تستعمل في استنباط الأحكام الشرعية، فقد ذكر الإمام الشاطبي في كتابه الاعتصام أن الإمام مالكا يعتبر الاستحسان وقال: "بل قد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم، ورواه أصبغ عن ابن القاسم: قال أصبغ في الاستحسان: قد يكون أغلب من القياس"^(٣).

(١) انظر: أبا حنيفة لأبي زهرة ص ٣٤٢.

(٢) انظر: أصول السرخسي (١٩٩/٢).

(٣) انظر: الاعتصام للشاطبي (١٣٧/٢-١٣٨).

ولقد نقل أبو الوليد الباجي وعبد الله الشنقيطي عن ابن خويز منداد أن الاستحسان الذي أخذ به المالكية هو الأخذ بأقوى الدليلين^(١). قال الشنقيطي: "وهذا لا خلاف فيه؛ للإجماع على وجوب العمل بالراجح"^(٢).

ونقل الشنقيطي عن أشهب أنه يرى الاستحسان تخصيص الدليل العام بالعادة لمصلحة الناس كاستحسان جواز دخول الحمام^(٣). والذي أرى أنه هو مذهب الإمام مالك أن الاستحسان عنده يكاد ينحصر فيما سَمَّاه الأصوليون بالاستحسان للضرورة والمصلحة، ويدلُّ على ذلك ما قاله الشنقيطي - بعد نقله عن الأبياري أنه قال: الذي يظهر من مذهب مالك في الاستحسان أنه استعمال مصلحة جزئية - "فالاستحسان على هذا القول الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"^(٤).

٣- رأي الشافعية: المنقول عن الشافعية أنهم يرون عدم جواز الاحتجاج بالاستحسان في استنباط الأحكام. ولقد تبع الشافعية في ذلك المنقول عن إمامهم الإمام الشافعي من رفضه ومنعه الاحتجاج بالاستحسان حتى قال معبراً عن ذلك: "من استحسَن فقد شرع".

(١) انظر: إحكام الفصول، للباجي (٢/٥٦٤)، الرسالة - ونشر البنود، للشنقيطي (٢/٢٥٥).

(٢) انظر: نشر البنود للشنقيطي (٢/٢٥٥).

(٣) انظر: نشر البنود للشنقيطي (٢/٢٥٦).

(٤) انظر: نشر البنود للشنقيطي (٢/٢٥٦-٢٥٧).

وقال موضعاً موقفه بجلاء في الأم: "ولا يجوز له - أي من استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً - أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان، إذ لم يكن الاستحسان واجباً، ولا في واحد من هذه المعاني - أي الكتاب والسنة والإجماع والقياس" وقد أسهب بعد ذلك في عرض أدلته لإبطال الاحتجاج بالاستحسان.

وكلامه في الرسالة مُصَرَّح بمذهبه هذا أيضاً فقد قال: "فهل تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس؟ فقلت: لا يجوز هذا عندي - والله أعلم - لأحد" (١).

فهذه النصوص المنقولة عن الإمام الشافعي رحمته الله التي يصرح فيها بمذهبه يعارضها صنيعه وتطبيقه وبعض ما نقله عنه أصحابه مما جزموا بأنه عمل بالاستحسان فيه.

ومن ذلك ما ذكره الزركشي نقلاً عن ابن القاص أنه قال "لم يقل الشافعي بالاستحسان إلا في ثلاثة مواضع: قال: واستحسن في المتعة أن تقدر ثلاثين درهماً، وقال: رأيت بعض الحكام يحلفُ على المصحف، وذلك حسن، وقال في مدة الشفعة: وأستحسن ثلاثة أيام" (٢)، وجعل القفال هذه المسائل إلى ستاً (٣).

وقد أجاب بعض أصحاب الشافعي كالإسطخري وابن القاص والقفال والسنجي والماوردي والرويان عن هذه المواضع بأن الشافعي رحمته الله إنما

(١) انظر: الرسالة، للشافعي (ص ٥٠٣).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٠٦/٨) دار الكتبي.

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٠٦/٨) دار الكتبي.

استحسن ذلك بدليل يدل عليه، وهو "استحسان حجة"^(١)، أي أنه حسن؛ لأن كل ما ثبتت حجته كان حسنًا.

والذي أراه أن هذا التعارض يمكن فكُّه بأن يقال: لقد نصَّ الشافعي على عدم الاحتجاج بالاستحسان، ويقصد به ما اتفق العلماء على عدم الاحتجاج به وهو أن يكون المقصود من الاستحسان اتباع الهوى والتشهي، ودليل ذلك أن الإمام الروياني فسر قول الشافعي: "من استحسن فقد شرع" بأنه معناه أن ينصب من جهة نفسه شرعًا غير شرع المصطفى^(٢).

وأما ما عمل الشافعي فيه بالاستحسان فهو استحسان اتفق العلماء على العمل به كأن يكون عدولاً عن دليل لما هو أقوى منه أو غير ذلك من معاني الاستحسان المتفق على العمل بها، فهو استحسان عن دليل؛ ولذا فهو استحسان حجة كما يقول أصحابه، والله أعلم.

٤- رأي الحنابلة: لقد نقل الإمام ابن قدامة في "الروضة" عن القاضي يعقوب مذهب الإمام أحمد، فقال: "قال القاضي يعقوب: القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله"^(٣).

وهذا أيضاً ما نقله ابن النجار^(٤) في "شرح الكوكب المنير"، ولقد نسب الآمدي إلى الإمام أحمد القول بجواز الاحتجاج بالاستحسان،

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩٥/٨) دار الكتيبي.

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (٩٥/٨) دار الكتيبي.

(٣) انظر: روضة الناظر لابن قدامة (ص ١٦٧)، جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض ط ٢ سنة ١٣٩٩هـ.

(٤) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/٤٢٧-٤٢٨).

ونسبه ابن الحاجب إلى الحنابلة^(١).
فكل هذه النقول عن الإمام أحمد رحمه الله والحنابلة تدل على أنه
الصحيح من مذهبهم.

ولكن الجلال المحلي نقل خلاف ذلك في شرحه على "جمع الجوامع"
فقال: "الاستحسان قال به أبو حنيفة وأنكره الباقر من العلماء منهم
الحنابلة خلاف قول ابن الحاجب: قال به الحنفية والحنابلة"^(٢).
وهذه النسبة من الجلال المحلي للحنابلة بأنهم لا يحتجون بالاستحسان
تخالف ما نقله الحنابلة كابن قدامة وابن النجار، ولذا فنقل أهل المذهب
هو المعتمد في نقل المذهب، والله أعلم.

❁ الخلاصة:

أنه لا نستطيع أن نقول أن هناك مذهباً أصحابه لا يقولون
بالاستحسان إن قصدنا بذلك الاستحسان الحجة الذي بينى على دليل؛
وذلك لأن المانعين من الاحتجاج بالاستحسان منعه درأً لمفسدة القول
في الدين بالهوى والتشهي، والله أعلم.

٢- موقف شريح القاضي من الاحتجاج بالاستحسان: لقد أثمر تحليلي
للمروى من مسائل عن الإمام شريح القاضي عن نتيجة هي أنه رحمه
الله كان يحتج بالاستحسان في عملية استنباطه للأحكام الشرعية.

(١) انظر الإحكام، للآمدي (٦/٤) - ومختصر ابن الحاجب مع العضد (٢/٢٨٨).
(٢) انظر: شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار (٢/٢٩٥) دار
الكتب العلمية.

ولقد دلت على هذه النتيجة دلائل وشواهد من فقهه ذكر في بعضها ألفاظاً أستطيع أن أقول: إنها كانت تستخدم للتعبير عن الاستحسان في عصر الصحابة والتابعين كقوله: "أحسن عندي".

❁ ومن هذه الشواهد والنماذج:

١- رأيه في أن يرث المسلم الكافر: ذكرت عند دراستي لشروط عمل الإمام شريح القاضي رحمه الله بقول الصحابي رأيه في أن يرث المسلم مال الكافر.

وذكرت أنه كان لا يرى جواز ذلك، ولكنه عندما اضطر ليقضى بهذا القضاء كان يذكره بصورة تكشف عن عدم رضاه، فكان يقول عن الحكم بتوريثه - أي المسلم من الكافر - : هذا قضاء الأمير^(١).

❁ وعندما قال بعض أقرانه من الفقهاء:

ما رأينا سنة بعد رسول الله ﷺ أحسن من هذه - يقصدون رأي معاوية بتوريث المسلم الكافر.

رد عليهم بقوله: سنة رسول الله ﷺ أحسن^(٢).

فأقرانه من الفقهاء أعجبهم قياس معاوية ميراث المسلم للكافر على نكاح المسلم من الكافرات، ولذا استحسَنوه من جهة سيره على سنن القياس.

(١) انظر: ص ٢٥٣ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص ٢٥٣ من هذه الرسالة.

ولكنَّ الإمام شريحاً القاضي رحمه الله استحسن نصَّ سنة رسول الله ﷺ أنه لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم^(١).

وإذا تأملنا ما فعله الإمام شريح القاضي رحمه الله فس نجد عين الاستحسان الذي تكلم عنه الأصوليون فيما بعد فقد عدل عن حكم القياس في المسألة إلى حكم آخر جاء به النصُّ.

ولقد استخدم الإمام شريح القاضي للتعبير عن حالة التفكير الفقهي التي كان يعيشها عند عرض المسألة عليه، وهي حالة الترجيح بين القياس والنص بلفظ (أحسن) الذي يعني التفضيل والترجيح، فاستحسن الإمام شريح القاضي النص، وأخذ بمقتضاه وترك القياس.

٢- رأيه في دية الأصابع: ذكرت سلفاً أن الإمام شريحاً القاضي كان يرى أن الأصابع سواء في الدية^(٢).

وعرضت كيف اعترضَ على الإمام شريح القاضي في تسويته بين الإبهام والخنصر فردَّ على هذا الاعتراض بقوله: إن السنة سبقت قياسكم -وفي رواية الدارمي: منعت- تتبع ولا نبتدع فإنك لن تضلَّ ما أخذت بالأثر^(٣).

فالإمام شريح القاضي في هذا الأثر يكشف عن عملية فقهية قام فيها بالموازنة بين حكم استنبط بالقياس وهو أن دية الأصابع تتفاوت بتفاوت

(١) الحديث سبق تحريجه في ص ٢٥٣ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص ٢٧٨ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص ٢٧٨ من هذه الرسالة.

منافعها، وبين حكم كان مستنده النصّ، وهو أن دية الأصابع تتساوى فيما بينها فلا فرق في الدية بين الإبهام والخنصر.

وهذه العملية الفقهية التي قام بها نتج عنها أنه عدل عن حكم القياس القاضي بالتفاوت إلى حكم آخر وهو التساوي، وذلك لمجيء النصّ به. ولذا لا يكون بعيداً أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي قام بعمليات فقهية عند تحليلها نجدها هي نفس عملية الاستحسان التي تعارف عليها الأصوليون من بعده.

ولقد دلّ على ذلك قوله: إن السنة منعت قياسكم -أو سبقت- أي منعت استمرار التمسك بحكم القياس فجعلت الحكم معدولاً به عن حكم القياس.

وبهذا يتجه كلامي في تحرير موقف الإمام شريح القاضي من الاستحسان، والله أعلم.

٣- رأيه في بيع المصاحف:

❖ لقد نظر الفقهاء للمصاحف من خلال نظرتين هما:

نظرة من يرى أن المصحف يتألف من ورق أو جلد ويكتب بمداد ويُبدلُ جهداً في كتابته، وأصحاب هذه النظرة من الفقهاء أجازوا بيع المصاحف، وهؤلاء نظرهم بلا شك يؤيدها القياس.

والنظرة الثانية يرى أصحابها أن المصاحف تضم بين دفتيها كلام الله ﷻ الذي يجب أن يصاب عن الابتدال، ورأوا في البيع نوع ابتدال؛ ولذا ذهبوا إلى تحريم بيع المصاحف^(١).

(١) انظر: هذين المذهبين في المغني لابن قدامة (٤/١٧٨) دار الفكر.

ولقد كان الإمام شريح القاضي من الذين نظروا لمسألة بيع المصاحف من خلال النظرة الثانية؛ ولذا ذهب إلى عدم جواز بيعه، فقد روى عنه عبد الرزاق وابن أبي شيبة -واللفظ له- أنه قال في بيع المصاحف - هو ومسروق وعبد الله بن يزيد -: ما نحب أن نأخذ بكتاب الله ثمناً^(١).

فالإمام شريح القاضي رحمه الله لا يجب أن تكون المصاحف سلعة تباع وتشتري، وذلك لأنه يرى في ذلك ابتذالاً للمصحف الذي يحتوي على كلام الله، ويوضح هذا الإمام ابن قدامة أثناء استدلاله على رأيه فيقول: ".....؛ ولأنه - أي المصحف - يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانتها عن البيع والابتذال"^(٢).

المتأمل في منع الإمام شريح القاضي وغيره بيع المصاحف يجده يشتمل على عدول عن حكم القياس الذي تمسك به أصحاب الرأي الأول القائلون بالجواز، فهم قد رأوا أن بيع المصاحف جائز؛ لأن كاتبه يأخذون "أجور أيديهم؛ ولأنه -المصحف- طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال"^(٣).

فكلام الإمام الشيرازي السابق يوضح فيه وجه القياس الذي تمسك به القائلون بالجواز، وأنهم إنما أجازوا بيع المصاحف قياساً لها على سائر الأموال بجامع الطهارة والانتفاع في كل.

(١) انظر: المصنف، لعبد الرزاق (١١٢/٨) ومصنف ابن أبي شيبة (٦٠/٦-٦٢).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٧٨/٤) دار الفكر.

(٣) انظر: المهذب، للشيرازي (٢٦٢/١) دار الفكر - بيروت.

ومثله كلام الإمام ابن قدامة حين يقول - مستدلاً للقائلين بالجواز -
 "لأن البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح"^(١).
 ومن ثم كان رأي القائلين بالمنع من بيع المصاحف - ومنهم الإمام
 شريح القاضي - فيه عدول عن حكم القياس لحكم آخر.
 وبالنظر في هذه المسألة نجد أن سبب العدول هو سدُّ ذريعة ابتذال
 المصاحف التي تشتمل على كلام الله تعالى.
 ولقد يكون مناسباً أن أشير إلى التعبير الذي استخدمه الإمام شريح
 القاضي - ومسروق وعبد الله بن يزيد - في الكشف عن رأيهم في المسألة
 حين قالوا: ما نحب أن نأخذ بكتاب الله ثمناً، فلفظ "ما نحب" يشعر
 المتأمل أن هناك عملية مفاضلة جرت بين رأيين ومال هؤلاء الفقهاء لأحد
 الرأيين؛ ولذا عبروا بلفظ "ما نحب" والله أعلم.

(١) انظر: المغني لابن قدامة (١٧٨/٤).

المطلب الثاني

أنواع الاستحسان عند شريح القاضي

(١) أنواع الاستحسان عند الأصوليين:

لقد ذكر الأصوليون للاستحسان عدة أنواع هي:

أ- الاستحسان بالنص: وهذا النوع ذكره الكرخي وغيره من الأصوليين كالسرخسي واليزدوي وابن حزم^(١). وعرفه بعضهم بأنه العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة^(٢).

وقد ذكر الأصوليون لهذا النوع أمثلة كثيرة منها: الحكم بجواز السلم مع مخالفة ذلك للقياس؛ لأن المعقود عليه معدوم عند العقد، ولكنه حكم بجوازه للنص وهو حديث أن النبي ﷺ رخص في السلم^(٣).

ومنها: القول بجواز الوصية فيه استحسان^(٤)؛ لأن القياس أن الإنسان لا يستطيع نقل ملكيته لشيء بعد زوال ملكيته عنه بالموت أو غيره؛ وفي الوصية ينقل الملكية بعد زوالها عنه بالموت، فكان الحكم بجواز الوصية

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٠١/٨)، وأصول السرخسي (٢/٢٠٢-٢٠٣)، كشف الأسرار، للبخاري (٤/٥-٦) وشرح ابن ملك على المنار (ص ٨١٣)، الإحكام لابن حزم (٤/١٩٤)، دار الحديث سنة ١٤٠٤هـ.

(٢) انظر: كشف الأسرار، للبخاري (٤/٥)، وشرح ابن ملك على المنار (ص ٨١٤).

(٣) انظر: أصول السرخسي (٢/٢٠٣).

(٤) انظر: الهداية، للمرغيناني (٨/٤١٨-٤١٩) المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٥هـ.

يخالف القياس وعدولا عن حكمه؛ وذلك لأن القرآن الكريم نطق بذلك فقال ﷺ: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةَ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(١).

ب- استحسان الإجماع: وهو نوع جرى الأصوليون على ذكره ضمن أنواع الاستحسان، ويمكن تعريفه بأنه العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر انعقد عليه الإجماع.

ومن أكثر أمثلة الأصوليين ذكراً في حديثهم عن هذا النوع من الاستحسان عقد الاستصناع الذي يأمر فيه الإنسان الصانع أن يصنع له شيئاً ويبين له صفته بغير تحديد أجل لذلك ويدفع الطالب الثمن مقدماً.

وقد بين غير واحد من علماء الأصول وجه الاستحسان في عقد الاستصناع؛ ومن هؤلاء الإمام السرخسي في أصوله فقال: "وأما ترك القياس بدليل الإجماع، فنحو الاستصناع فيما فيه للناس تعامل؛ فإن القياس يأبي جوازه، تركنا القياس للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا؛ وهذا لأن القياس فيه احتمال الخطأ والغلط، فبالنص أو الإجماع يتعين فيه جهة الخطأ، فيكون واجب الترك لا جائز العمل به في الموضع الذي تعين جهة الخطأ فيه"^(٢).

فقول الإمام السرخسي "فإن القياس يأبي جوازه" يقصد به أن الاستصناع عقد المعقود عليه فيه معدوم، فالقياس يأبي جواز بيع المعدوم.

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) انظر: أصول السرخسي (٢/٢٠٣).

ج- استحسان العرف أو العادة:

✽ ذكر الأصوليون نوعاً ثالثاً للاستحسان، وهو:

استحسان العادة أو العرف: وهو ما يمكن تعريفه بأنه العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر لجريان العرف أو العادة عليه^(١).
وضربوا لهذا النوع عدداً من الأمثلة منها: الحكم بجواز بيع المعاطاة؛ لأن القياس عدم صحته؛ لأنه يفتقد لصيغة العقد؛ ولكن لجريان العادة عليه في تعاملات الناس ما يُنبئ بأنها عادة تورثت خلفاً عن سلف، حتى يغلب على الظن أنه كان في عصر الرسول ﷺ^(٢).

د- استحسان الضرورة: من أنواع الاستحسان التي ذكرها الأصوليون استحسان الضرورة وعرفوه بأنه: العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر سداً للحاجة أو دفعاً لخرج^(٣).

ومن الأمثلة التي ذكرت لهذا النوع ما قاله صاحب الهداية في عدم الإفطار بما يصعب الاحتراز عنه - قال: " ولو دخل حلقة ذباب، وهو ذاكر لصومه لم يفطر، وفي القياس يفسد صومه؛ لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة " ^(٤).

فواضح أن السبب الذي جعل الفقهاء يعدلون عن إفساد صومه بما يصعب الاحتراز عنه، هو رفع الحرج ودفع المشقة، وهو ما يسمى استحسان الضرورة.

(١) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. مصطفى ديب البغا (ص ١٤٣).

(٢) انظر: المجموع، للنووي (١٧٢/٩)، نشر زكريا علي يوسف.

(٣) انظر: كشف الأسرار، للبخاري (٦/٤)، والمدخل الفقهي، للزرقا (٥٢/١)، ط ٩.

(٤) انظر: الهداية، للمرغيناني (٦٦/٢)، مطبعة الأميرية بولاق ١٣١٥ هـ.

هـ - الاستحسان بالقياس: وهو آخر الأنواع التي ذكرها الأصوليون للاستحسان، وعرفه الأصوليون بأنه: العدول عن حكم القياس الظاهر إلى حكم قياس آخر أدق وأخفى من الأول، لكنه أقوى في الحجة وأسد في النظر^(١).

ومن أمثلة هذا النوع حكم سؤر سباع الطير؛ لأن هناك قياسين يتنازعان هذا الحكم:

❖ الأول: الحكم بنجاسة سؤرها قياساً على سباع الوحش بعلّة حرمة التناول.

❖ والثاني: الحكم بعدم النجاسة قياساً على السباع؛ لأنها لا يحرم الانتفاع بها، فدلّ ذلك على عدم نجاسة عينها.

والثاني هو القياس المستحسن؛ " لأن نجاسة سؤر سباع الوحش كانت باعتبار حرمة أكلها؛ لأنها تشرب بلسانها، وهو رطب من لعابها، ولعابها يتجلب من لحمها، وهذا لا يوجد في سباع الطير؛ لأنها تأخذ الماء بمنقارها ثم تبتلعه، ومنقارها عظم جاف، والعظم لا يكون نجساً من الميت فكيف يكون نجساً من الحي " ^(١).

فهذا المعنى المذكور أدق وأخفى من معنى القياس الأول، ولكنه كان أولى من جهة النظر؛ ولذا تعلق به الحكم استحساناً للقياس الثاني.

(١) انظر: حواشي المنار (ص ٨١٢)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٤٨/١).

(٢) انظر: أصول السرخسي (٢٠٤/٢).

(٢) أنواع الاستحسان عند شريح القاضي: عرضت فيما سبق أنواع الاستحسان التي ذكرها الأصوليون وهي الاستحسان بالنص، واستحسان الإجماع، واستحسان الضرورة، والاستحسان بالقياس. فيما يلي أحاول أن أبحث عن هذه الأنواع في فقه الإمام شريح القاضي، وذلك بعد أن أجبته في بحثي في موقفه من الاحتجاج بالاستحسان عن السؤال هل احتج الإمام شريح القاضي بالاستحسان؟ فكانت الإجابة بالإيجاب، ومن ثم جاء دور الأنواع التي يمكن أن يكون قد استعملها في احتجائه.

لقد قام الإمام شريح القاضي بعملية فقهية تمثلت في الترجيح بين دليلين أحدهما أقوى من الآخر، وأحكامهما تتعارض بعضها مع بعض، فرجح الإمام شريح القاضي الأقوى، فرجح النص على القياس، ورجح الإجماع على القياس، ورجح العرف والعادة عليه، والضرورة أيضاً، ثم رجح أيضاً أحد القياسين المتعارضين ذوى الحكمين، فرجح القوى الخفي منهما على الدني الجلي.

ولذا يمكن أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي رحمه الله قد استعمل - تقريباً - كل أنواع الاستحسان التي ذكرها الأصوليون، وفيما يلي سأذكر النماذج الدالة على ذلك مقسماً لها على حسب أنواعها:

أ- **الاستحسان بالنص**: إن الاستحسان بالنص أو الأثر كثير في فقه الإمام شريح القاضي ودليل ذلك أن الأمثلة المذكورة ضمن مبحث موقفه من الاحتجاج بخبر الواحد إذا خالف القياس تصلح للدلالة على ذلك؛ لأنه في هذه النماذج ترك حكم القياس وتمسك بحكم النص، وهذا عين ما أطلق عليه الأصوليون الاستحسان بالنص.

وسأذكر فيما يلي بعض النماذج التي أضيفها لما سبق ذكره سواء أكان في مبحث خبر الواحد إذا خالف القياس أم مبحث الاحتجاج بالاستحسان، ومن هذه النماذج:

١- رآيه في دية الجنين: عرضت سابقاً رأى الإمام شريح القاضي في دية الجنين وأنه كان يرى أن ديته غرة عبد أو أمة. وذكرت أيضاً أنه كان في ذلك، عاملاً بحديث روي عن النبي ﷺ قال في الجنين: "غرة عبد أو أمة"^(١).

وإذا أردنا أن نصف ما قام به الإمام شريح القاضي من عملية فقهية فيمكننا أن نقول: إنه عدل عن حكم القياس المانع من ضمان ما لم يتيقن وجوده، إلى حكم النصّ القاضي بضمان الجنين ووجوب الدية. وهذه الصورة التي وصفتها للعملية الفقهية التي قام بها الإمام شريح القاضي هي عين ما أطلق عليه الأصوليون الاستحسان بالنصّ.

ويؤيد ذلك الفهم لمسلك الإمام شريح ما قاله الإمام المرغيناني حيث قال: "وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية، قال ﷺ: معناه دية الرجل، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أنه لا يجب شيء، لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر حجة للاستحسان. ووجه الاستحسان ما روي أن النبي ﷺ قال في الجنين: غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة"، ويروى "أو خمسمائة" فتركنا القياس بالأثر"^(٢).

(١) سبق تخريجه في ص ٣٤٩.

(٢) انظر: الهداية شرح البداية، للمرغيناني (٤/١٨٩).

فكلام الإمام المرغيناني واضح في وصف من أخذ بنصّ الحديث في هذه المسألة أنه يكون قد عمل بالاستحسان بالنصّ^(١).

٢- رأيه في السلم: يرى الإمام شريح القاضي جواز السلم؛ وذلك لأنه كان يقضى في مسائل السلم بوجوب استيفاء شروطه، فإذا استوفى السلم شروطه عنده قضي بآثاره، ومن ذلك ما رواه أبو بكر ابن أبي شيبة ووكيع بسندهما عن إبراهيم عن شريح أن رجلاً أسلم إلى رجل في طعام حديث، فلم يأت حتى صار حديث ذلك العام عتيقاً، فقال شريح: يعطيه حديث سنته التي يتقاضاه فيها^(٢).

فالإمام شريح في هذا الأثر يقضى بحديث الطعام في سنة التقاضي؛ لأن السلم كان مستوفياً للشروط؛ ولذا تترتب عليه آثاره التي منها الضمان الذي قضي به في هذا الأثر.

والإمام شريح القاضي حين يقضى بذلك فهو قطعاً يرى جواز السلم وإلا لما قضي على النحو السابق.

ولكن القياس يأبى أن يكون السلم جائزاً؛ لأنه فيه بيع للمعدوم، فلا بد أن هناك شيئاً دفع الإمام شريحاً للعدول عن حكم القياس القاضي بعدم جواز السلم.

والواضح أن سبب عدول الإمام شريح القاضي عن حكم هذا القياس، هو حديث الرسول ﷺ أنه رخص في السلم^(٣).

(١) انظر أيضاً كلا من: المبسوط، للسرخسي (٨٧/٢٦)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣٨٩/٨).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٩٤/٧)، وأخبار القضاة لو كيع (٢٨١/٢).

(٣) سبق تخريجه ص ٧١٣.

وهذا العدول الذي قام به هو عين ما اسمّاه الأصوليون الاستحسان بالأثر ويؤكد ذلك ما قاله الإمام السرخسي - عند ذكره أمثلة الاستحسان بالأثر - فقال: "وكذلك القياس يأبي جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد، تركناه - أي القياس - بالنص وهو الرخصة الثابتة بقوله عليه السلام ورخص في السلم"^(١).

ومن ذلك يعلم أن الإمام شريحاً القاضي كان يستعمل العدول عن القياس إلى النص في عملية استنباطه للأحكام، وهذا العدول هو ما أطلق عليه الأصوليون الاستحسان بالأثر.

٣- رأيه في شهادة النساء وحدهن: الإمام شريح القاضي كان يقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال، ومن ذلك قبوله لشهادة القابلة وحدها، وقبوله لشهادة النساء وحدهن في الاستهلال^(٢).

وذكرت عند عرضي لرأيه في هذه المسألة أنه عمل للوصول لهذا الحكم بالسنة النبوية التي ورد فيها أن النبي ﷺ قبل شهادة امرأة واحدة في مسألة الرضاع وأنه ﷺ قبل شهادة القابلة بمفردها^(٣).

والنظر في هذه المسألة يكشف عن قيام الإمام شريح القاضي بعملية عدول بحكم شهادة النساء عن سنن القياس القاضي بعدم قبول شهادتهن وحدهن لنقصهن في العقل والدين.

(١) انظر: أصول السرخسي (٢/٢٠٣).

(٢) سبق تخريجه في ص ٤٣١ من هذه الرسالة.

(٣) سبق تخريجه في ص ٤٣١ من هذه الرسالة.

وعمل بمقتضى النص، وهذا العدول يطلق عليه الأصوليون الاستحسان بالنص أو بالأثر.

ويزيد الأمر وضوحاً كلام الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال: "ولا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا فيما لا ينظر إليه الرجال كالولادة والعيب يكون في موضع لا ينظر إليه إلا النساء؛ لأن الأصل أن لا شهادة للنساء؛ فإنهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله ﷺ، وبالنقصان يثبت شبهة العدم، ثم الضلال والنسيان غلب عليهن، وسرعة الانخداع، والميل إلى الهوى ظاهر فيهن، وذلك يكن قهمة في الشهادة، وهي قهمة يمكن التحرز منها بجنس الشهود، فلا تكون شهادتهن على الأفراد حجة تامة لذلك، ولكننا تركنا القياس فيما لا يطلع عليه الرجال بالأثر، وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضي الله عنهم قالوا: قال رسول الله ﷺ: "شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه" ^(١).

فالنص السابق يكشف عن عملية العدول التي يمكن أن يكون الإمام شريح القاضي قد قام بها حين عدل عن سنن القياس القاضي بعدم قبول شهادة النساء وحدهن مطلقاً إلى حكم النص القاضي بقبول شهادتهن وحدهن في ما لا يطلع عليه الرجال، والله أعلم.

❁ ولكن لي ملاحظة صغيرة وهي:

لعل ما ذكره الإمام السرخسي باعتباره حديثاً ما هو إلا رواية بالمعنى لجملة من أحاديث قضى فيها رسول الله ﷺ أو حكم بشهادة النساء

(١) انظر: المبسوط، للسرخسي (١٤٢/١٦).

وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال، كما ورد في الأحاديث التي خرجتها من قبل.

ولقد بحث كثيراً عن أحاديث بهذا اللفظ فلم أجد؛ ولذا أرجح كونها مروية بالمعنى، والرواية بالمعنى عادة جرى عليها الفقهاء وكثرت في تصانيفهم وكلامهم، والله أعلم.

ب- استحسان الإجماع: ذكر علماء الأصول استحسان الإجماع كأحد أنواع الاستحسان التي درسوها عند دراستهم للاستحسان. وهذا النوع يعدل فيه المجتهد بحكم المسألة التي يريد استنباط حكم لها عن سنن القياس إلى حكم الإجماع؛ ولذا سُمِّي هذا النوع استحسان الإجماع.

ولقد كشف تحليل المسائل الفقهية والأقضية التي رويت عن الإمام شريح القاضي عن استعماله لهذا النوع من الاستحسان بصورة واضحة، وسأذكر بعض الأمثلة التي توضح ذلك:

١- رأيه في احتساب الحيضة التي طُلِّقَتْ فيها المرأة: ذكرت رأي الإمام شريح القاضي الذي ارتأى فيه أن الرجل إذا طلق امرأته في الحيض ثلاثاً فإنَّ الحيضة التي طلقها فيها لا تحتسب، بل تنتظر حتى تطهر، ثم تبدأ في حساب عدتها^(١) من الحيضة القابلة؛ حيث إن الإمام شريحاً القاضي كان يرى أن الأقراء هي الحيض^(٢).

(١) انظر: ص ٣٢٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: ص ٣٢٠، ٣٩٩ من هذه الرسالة.

وذكرت أنه قال عندما سئل عن المرأة يطلقها زوجها في الحيض، لا تحسب هذه الحيضة فرداً بقوله: هذا ما عليه الناس - أي عدم احتساب هذه الحيضة^(١).

وقد ذكرت أن قول الإمام شريح القاضي: هذا ما عليه الناس فيه إشارة لإجماع الصحابة.

وقد كان حكم القياس يقتضي بأن تكون العدة إثر الطلاق بلا مهلة، ولكن عدل الإمام شريح القاضي عن هذا الحكم إلى حكم الإجماع القاضي بعدم احتساب هذه الحيضة.

ولقد اعترض الإمام ابن حزم على القائلين بأن القرء هو الحيض بكلام يفيد ذكره في هذا الموضع؛ وذلك حين قال: "إنَّ العدة واجبة فرضاً إثر الطلاق بلا مهلة، ولو كان القرء هو الحيض^(٢)، لوجب عندهم على أصلهم فيمن طلق حائضاً أن تعد بتلك الحيضة قرءاً، فهذا النصُّ عن الإمام ابن حزم يوضح أمرين هما:

- ١- أن الأصل أو القياس هو أن تحتسب العدة إثر الطلاق بلا مهلة.
 - ٢- وأن من قال بأن المقصود بالقرء هو الحيض فقد خالف هذا الأصل حين لم يحتسب الحيضة التي طُلق فيها الحائض.
- ومن ثم يكون الإمام شريح القاضي بناءً على كلام الإمام ابن حزم خالف القياس والأصل، فلم يخالفه؟

(١) انظر: ص ٤٢٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (١٠/٢٦١).

الجواب أنه مخالفه؛ لأنه عدل عن حكمه إلى حكم الإجماع القاضي بعدم احتساب هذه الحيضة التي طلقت فيها الحائض من العدة.

وهذا الجواب الكاشف عن عدول الإمام شريح القاضي عن حكم القياس إلى حكم الإجماع، وهو ما اصطاح الأصوليون على تسميته استحسان الإجماع، والله أعلم.

٢- رأيه في شهادة العبد: ذكرت فيما سبق أن الإمام شريحاً القاضي كان له رأي في شهادة العبد، ثم تحوّل عن هذا الرأي لآخر^(١).

وهذا التحول هو ما جعلني أذكر رأيه في شهادة العبد عند دراسة استحسان الإجماع.

وبيان ذلك أن الإمام شريحاً القاضي كان يرى أن شهادة العبد لا تقبل، ومن الواضح أنه كان كغيره من الفقهاء الذين قالوا برّد شهادة العبد إنما رأوا هذا الرأي لأنهم قاسوا شهادة العبد على سائر تصرفاته واستحقاقاته التي تحتاج إلى كمال في الأهلية، وهذا ما يوضحه الإمام ابن قدامة عندما ذهب ليوضح علة الرادين لشهادة العبد فقال ذاكراً علتهم: "ولأنها - أي الشهادة - مبنية على الكمال لا تتبع فلم يدخل فيها العبد كالميراث"^(٢).

ومن ثم كانت علة ردّ الإمام شريح القاضي لشهادة العبد أولاً أنها تحتاج لكمال؛ ولذا تقاس على ما يحتاج لكمال كالميراث، والعبد ممنوع من الإرث فكذاك يكون ممنوعاً من قبول الشهادة.

(١) سبق تخريجه في ص ٣٣٢ من هذه الدراسة.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/١٨٩) دار الفكر.

إذن كان عمدة رأي الإمام شريح القاضي في رأيه الأول القياس. ولكنَّ الإمام شريحاً القاضي عدَلَ عن هذا الحكم إلى حكم آخر وهو قبول شهادة العبد، وذلك بعد مناقشة قصيرة بينه وبين الإمام عليٍّ عليه السلام أظهر له فيها أن الصحابة كانوا يجيزون شهادة العبد عندما قال للإمام شريح القاضي: ولكننا نجيزها - أي الصحابة ^(١).

ومما يؤكد أن هذا الرأي كان عليه إجماع الصحابة قول أنس بن مالك رضي الله عنه: لم أعلم أحداً من الصحابة ردَّ شهادة العبد ^(٢). فحدث أن الإمام شريحاً القاضي بعد مناقشته مع الإمام عليٍّ رجع للرأي الذي نقل له إجماع الصحابة عليه.

ولذا يكون من السهل أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي عدل عن حكم القياس القاضي برد شهادة العبد إلى حكم الإجماع القاضي بقبول شهادته.

وهذا العدول من الإمام شريح القاضي هو ما اصطلح على تسميته باستحسان الإجماع.

ومن ثم يمكن أن أقول: لقد كانت عملية استحسان الإجماع إحدى العمليات الفكرية التي يستعملها الإمام شريح القاضي ضمن خطته التشريعية في استنباط الأحكام، وإن كان لم يسمها باسمها الذي اصطلح عليه من بعده.

(١) سبق تخريجه في ص ٣٣٢.

(٢) سبق تخريجه في ص ٣٣٢.

٣- رأيه في الأجرة على دخول الحمام: ذكر الأصوليون مسألة الأجرة على دخول الحمام عند دراستهم لاستحسان الإجماع؛ وذلك لأن من يدخل إلى الحمام يدفع أجرة على دخوله الحمام بغير تحديد لمقدار الماء الذي يستخدمه ولا مقدار الوقت الذي سيمكته في الحمام، وفي ذلك جهالة بالمعقود عليه وهو مقدار الماء المستعمل والوقت الذي سيمكته^(١).

والقياس أن مثل هذه العقود لا يصح، ولكن الأمة أجمعت على دخول الحمام على الصورة السابقة ولم يقل أحدٌ بفسادها. ولذا كان القائل بجواز دخول الحمام على الصورة السابقة عادلاً عن حكم القياس القاضي بفساد هذا النوع من الإجارة، إلى حكم الإجماع القاضي بتصحيحها.

ولقد كان الإمام شريح القاضي يرى جواز دخول الحمام على النحو السابق.

فقد روى الإمام أبو بكر ابن أبي شيبة بسنده عن أبي جعفر البجلي قال: دخل رجل الحمام فأعطاه أجرًا على دخول الحمام قال: وأعطاه ثيابه يمسكها، قال فضاعت الثياب فخاصمه إلى شريح، فقال شريح: أعطيته على إمساك الثياب؟ قال: لا، ولكن أعطيته على دخول الحمام، فقال له شريح: قم، فلا شيء لك^(٢).

(١) انظر: أصول السرخسي (٢٠٨/٢) والبحر المحيط للزركشي (١٠٤/٨) دار الكتب، والفصول، للحصاص، وزارة الأوقاف الكويتية (٤٠/٢) (٤٠٨/٤) - (٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٩٥/٧).

فالإمام شريح في هذا الأثر يرفض أن يضمن صاحب الحمام؛ لأنه إنما أخذ أجره دخول الرجل الحمام، لا أجره إمساك الثياب، وهذا يعني أن الإمام شريحاً القاضي كان يرى جواز أخذ الأجرة على دخول الحمام، ولم يذكر في الأثر بيان لمقدار الماء المستعمل أو الوقت الذي سيمكته.

ولقد وضح الإمام السرخسي سبب عدم تضمين الإمام شريح القاضي لصاحب الحمام؛ لأنه في حكم المودع عنده الثياب، ووضح أن الأجرة المأخوذة إنما كانت نظير دخول الحمام فقال: "ولو أن رجلاً دخل الحمام بأجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فضاغت، لم يكن عليه ضمانها هكذا روي عن شريح رحمه الله؛ وهذا لأن صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع، فإن ما يأخذه ليس بأجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام - أي أجرته ^(١).

فمن كلام الإمام السرخسي يتضح أن الإمام شريحاً القاضي يرى جواز دخول الحمام بأجر لم يحدد مقابله تحديداً دقيقاً؛ لأنه لو لم يقل بجوازه لظهر ذلك في قضائه في هذه المسألة، ولحكم بردّ المال الذي أخذه صاحب الحمام، ولكنه لما لم يرده ظهر أنه يقول جواز هذه الصورة من الإجارة.

وسبق أن بينت أن القول بالجواز ينبي على التمسك بإجماع الأمة والعدول عن القياس كما بين ذلك الإمام السرخسي عند عرضه لأمثلة لاستحسان الإجماع في المبسوط حيث قال: "لو أعطاه فلساً على أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكته ومقدار ما

(١) انظر: المبسوط، للسرخسي (١٥٩/١٥ - ١٦٠).

يصب من الماء، ولكنه استحسّن وجوزه؛ لأنه عمل الناس وقد استحسّنه^(١).

ولذا يكون الإمام شريح القاضي حين رأى جواز أخذ الأجرة على دخول الحمام بغير بيان للمستعمل من الماء و الوقت الذي سيمكث في الحمام كان عاملاً باستحسان الإجماع وإن لم يصرح باسمه؛ لأنه عدل عن حكم القياس إلى حكم الإجماع.

(١) انظر: الميسوط، للسرخسي (١٥/١٦٠).

المبحث الرابع

شرع من قبلنا وموقف شريح القاضي منه

❖ توطئة: تعريف شرع من قبلنا.

❖ المطلب الأول: الاحتجاج بشرع من قبلنا عند الأصوليين.

(١) تحرير محل النزاع.

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا.

❖ المطلب الثاني: موقف الإمام شريح من الاحتجاج بشرع من

قبلنا.

obeikendi.com

المبحث الرابع

شرع من قبلنا وموقف شريح القاضي منه

❁ توطئة: تعريف شرع من قبلنا:

❁ تعريفه:

(أ) في اللغة: الشرع مصدر من الفعل الثلاثي شرَع، قال الراغب في "المفردات": "شرع: الشرعُ نهجُ الطريق الواضح. يقال شرَعْتُ له طريقاً، والشرعُ مصدرٌ، ثم جعلَ اسماً للطريق النهج فقليل له: شرعٌ وشرعٌ وشرية. واستعير ذلك للطريقة الإلهية، قال: ﴿شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾^{(١)(٢)}.

فالشرع الطريقة الإلهية على سبيل الاستعارة المجازية.

(ب) في الاصطلاح: والشرع في الاصطلاح هو الذي أشار إليه الراغب بقوله " واستعير ذلك للطريقة الإلهية "، فالشرع في الاصطلاح الطريقة الإلهية المشتملة على أحكام من شأنها تنظيم حياة المكلفين سواء لأمة معينة أو لسائر الأمم.

فيكون شرع من قبلنا المراد به: "ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع السابقة التي كانوا مكلفين بها على أنها شرع الله ﷻ لهم، وما بينه لهم رسلهم عليهم الصلاة والسلام"^(٣).

(١) سورة المائدة: الآية ٤٨.

(٢) انظر: المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني (٢٥٨/١)، كتاب الجمهورية.

(٣) انظر: الأدلة المختلف فيها؛ د. مصطفى ديب البغا (ص٥٣٢)، دار القلم دمشق ودار العلوم الإنسانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

المطلب الأول

آراء العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا

(١) تحرير محل النزاع: لقد سبق الشرع الإسلامي عدة شرائع شرعها الله كلها لتنظيم وعمارة الكون، ولقد كانت هذه الشرائع كلها - بما فيها شريعة الإسلام - متفقة في العقائد، ويظهر ذلك في قوله ﷺ - بعد ذكر جملة من الشرائع: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾ (١). ولذا فهذه الأحكام العقائدية لازمة لكل أحد.

وقد تنقل هذه الشرائع إلينا - المسلمين - مقترنة بما يدل على أنها مشروعة في حقنا؛ ولذا تكون لازمة في حقنا، ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿يَنَاءُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (٢).

ومن الشرائع السابقة لشريعة الإسلام ما يكون نقله مقترناً بما يدل على نسخها في حقنا، ومن مثل ذلك قوله ﷺ: "وأحلت لي الغنائم، ولم تحل لأحد قبلي" (٣).

وهناك شرائع من قبلنا نقلت إلينا عن طريق القرآن أو السنة، ولم تقترن بشيء يدل على نسخها أو مشروعيتها في حقنا، ومن مثله قوله ﷺ: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (٤).

(١) سورة الأنعام: الآية ٩٠.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٣.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم.

(٤) سورة المائدة: الآية ٤٥.

فالشرائع السابقة إذا كانت تشتمل على عقائد أو كانت منقولة مقترنة بما يدل على مشروعيتها في حقنا، أو منقولة بما يدل على نسخها ليست محلاً للتزاع بين العلماء.

وذلك لأن العقائد واحدة في كل الشرائع، فكل ما ورد من شرع يختص بالعقائد فهو ملزم لكل المكلفين.

ويستمر حكم الشرائع السابقة في الإسلام إذا نقلت بما يدل على مشروعيتها، وتنتهي إذا نقلت بما يدل على نسخها.

فلم يبق من الشرائع السابقة المنقولة إلينا إلا الشرائع المنقولة ولم يقترن بها ما يدل على نسخها أو مشروعيتها في حقنا.

وهذا النوع من الشرائع السابقة هو محل التزاع بين علماء الأصول في هل النبي ﷺ - بعد البعثة - وأمته من بعده مكلفون باتباع هذه الشرائع ومتعبدون بها؟

❁ وأريد أن أشير إلى أمرين:

١- تكلم الأصوليون عند ذكر شرع من قبلنا عن مسألتين: إحداهما: -

السابق ذكرها- وهي: تعبد النبي ﷺ بعد النبوة بشرع من قبله ﷺ.

وثانيهما: تعبد ﷺ بشرع من قبله قبل النبوة، وهذه المسألة لم

أذكرها؛ لأنني لم أجد لها فائدة، وقد قال الإمام الزركشي: "قال إمام الحرمين: وهذه المسألة لا يظهر لها فائدة، بل تجري مجرى التواريخ المنقولة، ووافقها المازري والأبياري وغيرهما"^(١).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤٢/٨) دار الكتبي.

٢- فائدة مناقشة مسألة تعبد النبي ﷺ وأُمَّته بعد البعثة " تظهر في حادثة ليس فيها نص ولا إجماع، ولها حكم شرعي معلوم في شرع قبل هذا الشرع، هل يجوز الأخذ به أم لا؟" (١).

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا: لقد ذهب العلماء إلى مذاهب عدة عندما أجابوا عن سؤال هل النبي ﷺ وأُمَّته متعبدون بشرع من قبله ﷺ؟

وهذه المذاهب خاصة بمن قال: إنه ﷺ كان متعبداً بشرع من قبله ﷺ. أما الذين نقلوا تعبده ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة فهم هنا ينفونه من باب أولى (٢).

أما مذاهب الذين قالوا بتعبده ﷺ قبل البعثة، في تعبده ﷺ وأُمَّته بعد البعثة، فهي:

١- مذهب يرى أصحابه أنه ﷺ لم يكن متعبداً بشرع من قبله بعد البعثة وكذلك أُمَّته، بل كان منهيّاً عنه.

وحكى هذا ابن السمعاني عن أكثر المتكلمين وجماعة من الشافعية ومن الحنفية وهو آخر قول الشيخ أبي إسحاق الشيرازي المذكور في (اللمع) واختاره الغزالي في آخر عمره، وصححه ابن السمعاني وابن حزم والخوارزمي والنووي في زوائده، ونصره الصيرفي واختاره القاضي إسماعيل

(١) انظر: المرجع السابق (٤٨/٨).

(٢) انظر: البحر المحيط للزرکشي (٤٢/٨).

المالكي والإمام الرازي والآمدي وهو مذهب الأشاعرة والمعتزلة ورواية عن الإمام أحمد^(١).

٢- وثان يذهب أصحابه إلى أنه ﷺ كان متعبداً باتباعها إلا ما نسخ منها.

ونقله ابن السمعي عن أكثر الشافعية وأكثر الحنفية وطائفة من المتكلمين، وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد وحكاها الأستاذ أبو منصور عن محمد بن الحسن الشيباني، واختاره أبو إسحاق الشيرازي أولاً، والخفاف، وابن الحاجب، وذكر ابن السمعي إيماء الشافعي إليه وقال ابن الرفعة إن الشافعي نص عليه وقال إمام الحرمين الشافعي ميل إلى هذا وبني عليه أصلاً من أصوله في كتاب (الأطعمة) وتابعه معظم أصحابه^(٢).

٣- وحكى ابن السمعي مذهباً ثالثاً أنه ﷺ لم يتعبد فيها بأمر ولا نهي^(٣).

(١) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعي (٣١٦/١)، اللمع، للشيرازي (ص ٢٥) والمستصفي، للغزالي - (٢٥١/١، ٢٥٥)، الحصول، للرازي (٢٦٥/٣) وما بعدها - والإحكام، للآمدي (١٤٠/٤)، والإحكام لابن حزم (١٤٩/٥)، والروضة لابن قدامة (ص ١٦٠ وما بعدها)، والبحر المحيط للزركشي (٤٢/٨-٤٣)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٠).

(٢) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعي (٣١٦/١)، والروضة لابن قدامة، (ص ١٦٠ وما بعدها)، والبحر المحيط للزركشي (٤٣-٤٤)، ومختصر ابن الحاجب والعضد عليه (٢٨٦/٢)، والبرهان، للإمام الجويني (٣٣١/١) - ف (٤١١)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٠) والإحكام، للآمدي (١٤٠/٤).

(٣) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعي (٣١٦/١)، والبحر المحيط للزركشي (٤٥/٨).

٤- وحكى ابن برهان وابن القشيري مذهباً رابعاً نسبة ابن برهان لأبي زيد وهو الوقف في المسألة^(١).

❖ وأريد أن أشير إلى أمرين:

١- من قال بأن شرع من قبلنا شرع لنا، له في ذلك ثلاثة شروط هي:

أ- أن يصح النقل بطريقة تثبت أنه شرعهم: إما بالقرآن، أو تصحيح السنة، أو نقل بطريق التواتر، أو أن يشهد به اثنان أسلما منهم ممن يعرف المبدل.

ب- أن لا يختلف في تحريم ذلك أو تحليله شريعتان سابقتان.

ج- أن يكون التحريم والتحليل ثابتاً قبل تحريفهم وتبديلهم، وإلا فلا ذكر هذه الشروط الإمام الزركشي في (البحر المحيط)^(٢).

٢- لعل مبنى الخلاف في مسألة تعبدته ﷺ وأمته بشرع من قبله بعد البعثة، هو " هل يجوز أن يبعث الله تعالى نبياً تكون شريعته مثل الذي قبله، أم يجب أن تكون له شريعة منفردة ؟ "^(٣).

فالذين يقولون باتباع شريعة من قبلنا يقولون يجوز، ويشترطون أن تدرس الأولى، وأن تجدها الثانية.

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤٥/٨)، وإرشاد الفحول (ص٢٤).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤٨/٨-٤٩).

(٣) انظر: المرجع السابق (٥٠/٨).

المطلب الثاني

موقف شريح القاضي من الاحتجاج بشرع من قبلنا

لقد كان فكر الإمام شريح القاضي الفقهي مليئاً بالجوانب التي يمكن دراستها، والتي إن كشفت فإنما تكشف عن منهج فقهي متكامل، وفكر أصولي متسق.

ومن هذه الجوانب التي يمكن للباحث أن يجد لها صدقاً قوياً في فقه الإمام شريح القاضي مسألة احتجاجه بشيء من قبلنا.

فالنصوص الواردة عن الإمام شريح القاضي يكاد يصرحُ الإمام شريح القاضي فيها باحتجاجه بشرع من قبلنا إن لم ينسخ.

حتى نجده في إحدى أقضياته يعنى عليه أحدُ الخصوم تمسكه بطريقة قضائية معينة في الإثبات، فيرد الإمام شريح بما يفيدته تعجبه من نعي هذا الناعي عليه؛ لأنه -الإمام شريحاً- لم يزد على استخدامه لطريقة أحد الأنبياء السابقين في القضاء.

فيظهر في هذا معنى يقتضى احتجاجه رحمه الله بشرع من قبلنا إن لم يرد ناسخ، وهذا المعنى وإن لم تكن دلالاته قد صُرح بها في كلام الإمام شريح القاضي، ولكنها تقترب من التصريح.

ولتأكيد هذه النتيجة التي وصل إليها بحثي في فقه الإمام شريح القاضي، أعرض بعض الأمثلة من فقهه لعلها تغني عن الكثير، فمن هذه الأمثلة:

١- قوله عن قضائه بالبينة أو اليمين: لقد جاء الذكر الحكيم بذكر بعض الفضائل التي منَّ بها الله ﷻ على أنبيائه، ومنها ما ذكره ﷻ من

تفضله على داود عليه السلام بإيتائه الحكمة وفصل الخطاب، وقد ورد هذا في قوله عليه السلام: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾^(١). وقد اختلف العلماء في تفسير معنى الحكمة وفصل الخطاب، ويمكن مراجعة هذا الخلاف في كتب التفاسير^(٢).

والذي من أجله تعرضت في الحديث لهذه الآية أن الإمام شريحاً القاضي كان له رأي في تفسير هذه الآية وهذا ما رواه عنه أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق والبيهقي، فقد رووا بأسانيدهم عنه أنه قال في قوله عليه السلام: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾^(٣) قال: الشهود والأيمان، وفي لفظ لعبد الرزاق: الشاهدان على المدعى واليمين على من أنكر^(٤).

ولو ضمنا لهذا التفسير من الإمام شريح القاضي أثراً آخر عنه يرويه عنه الإمام وكيع في (أخبار القضاة) حيث يرويه بسنده عن حبيب بن سنان -الذي كان يقوم على رأس شريح القاضي- فكان حبيب يقول للمدعى: شاهدك أو يمينه. فقال رجل: من لا يحسن هذا! شاهدك أو يمينه لكل من يتقدم من الناس! ويقولون: شريح، ويعجبون به. فسمعها شريح، فقال لرجل إلى جنبه: يعيب على قضاء داود^(٥).

(١) سورة ص: الآية ٢٠.

(٢) انظر: تفسير القرطبي (١٥/١٦١) دار الشام للتراث.

(٣) سورة ص: الآية ٢٠.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٧/٢٣١)، والمصنف، لعبد الرزاق (٨/٢٧٣)، السنن الكبرى، للبيهقي (١٠/٢٥٣، ١٨١).

(٥) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣١٧).

فهذا الأثر يكشف أن الإمام شريحاً القاضي حين أنكر عليه الرجل أنه أمر حبيباً -الذي يقوم على رأسه- أن يطلب من المدعى شاهديه أو يمين الذي يدعى عليه، فأنكر الرجل أن يفعل هذا شريح القاضي دائماً متعجباً من إعجاب الناس بشريح القاضي مع كونه يحسن ما يحسنه الناس جميعهم، ولكن الإمام شريحاً القاضي عندما يصل إلى سمعه هذا الإنكار يكشف عن أحد مفردات منهجه الفقهي فيقول: يعيب على قضاء داود، مما يعني أنه يحتج بتفسيره السابق لقوله ﷺ: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾ حين فسره بأنه الشهود والأيمان.

فدل كل ما سبق أن الإمام شريح القاضي عمل بقضاء نبي الله داود ﷺ، وهو شرع من شرع من قبلنا.

وهو حين يعمل بقضاء نبي الله داود فهو يعمل بقوله ﷺ: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾ وهذه الآية لم يرد فيها ما يدل على أنها شرع لنا ولم تقترن بما يدل أيضاً على أنها منسوخة.

فأخذ شريح القاضي بقضاء نبي الله داود ﷺ يظهر رأي الإمام شريح القاضي بجلاء وهو أنه يرى أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه إذا كان النص الوارد من قبلنا لم يقترن أيضاً بما يفيد أنه شرع لنا.

٢- رأيه في ضمان الدواب: كان الإمام شريح القاضي يرى أن الدواب إذا أفسدت زرعاً أو شيئاً غيره نهاراً فلا ضمان على أصحابها، وإن أفسدت ليلاً فأصحابها يضمنون ما أتلفته.

فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق ووكيع والبيهقي بأسانيدهم -واللفظ لو كيع- عن الشعبي، عن شريح القاضي قال: كان يضمن ما أفسدت الغنم بالليل، ولا يضمن ما كان بالنهار، ويتلو هذه

الآية: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾^(١)، ويقول كان النفس بالليل^(٢).

بل لقد كان الإمام شريح القاضي كلما جاءته أقضية أفسدت فيها الدواب شيئاً يسأل: أليلاً وقعت أم نهاراً، ويوضح ذلك ما رواه الإمام عبد الرزاق وغيره بأسانيدهم عن الشعبي: انظروه فإنه سيسألهم أليلاً وقعت فيه فاختصموا إلى شريح، فقال للشعبي: انظروه فإنه سيسألهم أليلاً وقعت فيه أم نهاراً؟ ففعل، ثم قال: إن كان بالليل ضمن، وإن كان بالنهار لم يضمن، ثم قرأ شريح: ﴿إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾، قال: والنفس بالليل، والهمل بالنهار^(٣).

وبتحليل الأثرين السابقين من خلال استكشاف رأي الإمام شريح القاضي في مسألة شرع من قبلنا، نحصل على هذه النتائج:

- ١- أن الإمام شريحاً القاضي كان يفرق بين النفس الذي هو بالليل والهمل الذي هو بالنهار.
- ٢- أن الإمام شريحاً القاضي وصل لمعنى النفس من خلال تفسيره لقوله ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾ ففسر النفس بأنه الذي يقع بالليل.
- ٣- وأنه رحمه الله علّق الحكم بالضمن على كون تعدي البهائم كان نفساً - أي بالليل - أم كان هملاً - أي بالنهار.

(١) سورة الأنبياء: الآية ٨٧.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١٤/١٢١)، المصنف لعبد الرزاق (١٠/٨١-).

(٣) (٨٢)، وأخبار القضاة لو كيع (٢/٢٥٤)، والسنن الكبرى للبيهقي (٨/٣٤٢).

(٣) المصنف، لعبد الرزاق (١٠/٨٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٣٤٢).

- ٤- وأنه رحمه الله قد استفاد هذا الحكم من قصة داود وسليمان عليهما السلام - أي تعليق الحكم بالضمان بوقت الوقوع.
- ٥- وأنه رحمه الله كان هذا رأياً لم يتغير عنه، بل كان يصنعه في كل مسألة يقع تعدي الدواب فيها على ممتلكات الغير.
- ٦- وأنه رحمه الله كان يستدل بقصة داود وسليمان عليهما السلام دائماً. ومما سبق من النتائج يتضح جلياً أن الإمام شريح القاضي كان يستدل للحكم بتضمين أصحاب الدواب ما أتلفته دواهم ليلاً، كان يستدل بقصة داود وسليمان عليهما السلام، مما يعني أنه كان يرى أن شرع من قبلنا الذي لم يصف إلى نقله لنا ما يدل على أنه شرع لنا أو أنه منسوخ، فكان يراه شرعاً لنا.

وواضح أن هذا الرأي كان مذهباً واضحاً للإمام شريح القاضي مما جعل الإمام الشوكاني يجزم به حين قال: " ولا يشكل على المذهب الأول قول الله ﷻ: ﴿ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ ﴾ في قصة داود وسليمان على القول بأن شرع من قبلنا يلزمنا؛ لأن النفس إنما يكون بالليل كما جزم بذلك الشعبي وشريح ومسروق " (١).

(١) انظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٦/٧٤).

obeikendi.com

المبحث الخامس

سد الذرائع وموقف شريح القاضي منه

❖ توطئة: تعريف سد الذرائع.

❖ المطلب الأول: الاحتجاج بسد الذرائع عند الأصوليين.

(١) تحرير محل النزاع (وتقسيم الذرائع عند الأصوليين).

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع.

❖ المطلب الثاني: موقف الإمام شريح من الاحتجاج بسد الذرائع.

obeikendi.com

المبحث الخامس

سد الذرائع وموقف شريح القاضي منه

❁ توطئة: تعريف سد الذرائع.

(أ) في اللغة: الذرائع جمع ذريعة، وهي: الوسيلة أو السبب إلى الشيء فنقول: تذرَع فلان بذريعة، أي: توسل بوسيلة^(١).

وسدها لغة منعها، أي: منع الوسيلة أو السبب إلى الشيء.

(ب) في الاصطلاح: وعرّف العلماء الذريعة بتعريفين يمثلان اتجاهين، أحدهما: يتجه ناحية تعريف الذريعة بتعريف عام، وثانيهما: يتجه للتعريف الخاص:

١- فالتعريف العام هو ما عرّف به الإمام القرافي الذريعة حين قال: "الذريعة: هي الوسيلة إلى الشيء"^(٢)، وبمثله عرّفها الإمام ابن القيم فقال "الذريعة: ما كان وسيلة وطريقاً للشيء"^(٣).

فالذريعة في تعريفهما الوسيلة أو السبب الموصلان لأي شيء بغض النظر عن حكم هذا الشيء.

٢- والتعريف الخاص هو ما عرّفها به الإمام أبو الوليد الباجي حين قال: "الذريعة: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل

(١) انظر: لسان العرب (ذرع) (٩٦/٨).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (٢٠٠).

(٣) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (١١٢/٣).

المحظور"^(١)، وعرفها الشاطبي بقوله: "التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة"^(٢).

وعرفها ابن رشد والشوكاني^(٣) بمثل تعريف أبي الوليد الباجي، وقريب منه تعريف ابن النجار^(٤).

وفسر ابن النجار معنى سد الذريعة بقوله: "ومعنى سدها: المنع من فعلها لتحريمه"^(٥).

والتأمل في الاتجاهين: المعرف للذريعة بمعناها العام، والمعرف لها بمعناها الخاص يلحظ أمرين:

- ١- أن الاتجاه الأول يرى أن الذريعة تكون في الأمر المشروع كما تكون في الأمر المحظور؛ ولذا لم يتطرق التعريف لحكم الشيء المتوصل إليه.
 - ٢- وأن الاتجاه الثاني يحصر الذريعة في الوصول للشيء المحظور؛ ولعل هذا ما جعل أصحاب هذا الاتجاه يثبتون لفظ "سد" قبل لفظ "ذريعة".
- والجدير بالذكر أن الإمام ابن تيمية أراد الجمع بين الاتجاهين فقال: "الذريعة: ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء"، ثم قال "لكنها صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى عمل محرم"^(٦).

(١) انظر: الحدود، لأبي الوليد الباجي (ص ٦٨)، والإشارات، له (ص ١١٢).

(٢) انظر: الموافقات، للشاطبي (٢/٢٨٥).

(٣) انظر: المقدمات الممهدة لابن رشد (٢/١٩٧)، وإرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٢٤٦).

(٤) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/٤٣٤).

(٥) انظر: المرجع السابق، نفس الموضوع.

(٦) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/١٣٩).

والمدقق في كلام شيخ الإسلام ابن تيمية يجده جعل الاتجاه الأول في مرحلة سابقة عن الاتجاه الثاني، وأن الاتجاه الثاني بمثابة التطور لمفهوم الذريعة لدى الاتجاه الأول.

(١) تحرير محل النزاع: وقع اختلاف بين العلماء في الأخذ بسد الذرائع كدليل يمكن من خلاله استنباط الأحكام الشرعية. ولكن هذا الخلاف يحتاج إلى معرفة أقسام الذرائع؛ لنعرف أي هذه الأقسام يكون صالحاً كمحل للنزاع.

❁ لقد قسم العلماء الذرائع تقسيمات كثيرة من حيثيات عدة منها:

١- تقسيم الذرائع من حيث معناها العام:

وتنقسم الذريعة من حيث معناها العام إلى قسمين: هما:

أولاً: الذرائع المفضية إلى المصلحة وهي نوعان:

١- أن تكون الذرائع المفضية للمصلحة، مصلحة في ذاتها مثل الاكتساب الحلال لسد الحاجة، وهذا النوع مطلوب شرعاً بحسب المصلحة المفضي إليها.

٢- أن تكون الذرائع المفضية للمصلحة، مفسدة في ذاتها مثل الاكتساب الحرام لسد الحاجة، وهذه الذرائع ممنوعة إلا في حالة الضرورة التي تبيح المحظور وهذا باتفاق العلماء^(١).

ثانياً: الذرائع المفضية إلى المفسدة^(٢) وهي نوعان:

(١) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٥٦٨).

(٢) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم (١/١١٢).

١- أن تكون الذرائع المفضية للمفسدة، مفسدة في حد ذاتها مثل الزنا المفضي لاختلاط الأنساب وضياع النسل، ولا خلاف في أن الإسلام جاء بمنع هذه الذرائع بحسب درجة المفسدة فيها فتكون على سبيل الكراهة أو التحريم^(١).

٢- أن تكون الذرائع المفضية للمفسدة، مصلحة في ذاتها مثل عقد النكاح يقصد التحليل "وهذا النوع من الذرائع على مراتب حسب نسبة المفسدة التي قد تفضي إليها واعتبار قصد الفاعل للمفسدة وعدمه وبالتالي يختلف النظر الفقهي إليها سداً وفتحاً"^(٢)؛ ولذا أرى أن هذا النوع يصلح ليكون محلاً للتزاع.

٢- تقسيم الذرائع من حيث اعتبار الشارع لها وإلغاؤها لها: وهذا التقسيم ذكره الإمام القرافي^(٣) حين قسم الذرائع إلى ثلاثة أقسام، هي:

أ - الذرائع المعتبرة إجماعاً: كمنع حفر البئر في طريق المسلمين، وإلقاء السم في طعامهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله.

ب- والذرائع الملقاة إجماعاً: كزراعة العنب، فإنها لا تمنع خشية اتخاذ خمرًا.

ج- والذرائع المختلف في اعتبارها وإلغاؤها: كبيع الآجال. والقسم الأخير هو ما يصلح محلاً للتزاع.

(١) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٥٦٨).

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٥٦٩).

(٣) انظر: تبصرة الحكام للقرافي (٢/٣٦٦)، دار الكتب العلمية.

ونخلص مما سبق أن النوع الثاني من الذرائع المفضية للمفسدة، وهي: التي تكون مصلحة في ذاتها، هو الصالح ليكون محلاً للتزاع، وفي الوقت نفسه هذا النوع مطابق للقسم الثالث من أقسام الذرائع من حيث الاعتبار والإلغاء، وهي الذرائع المختلف في اعتبارها وإلغائها؛ لأن بيوع الآجال مباحة في نفسها، ولكنها قد تؤدي إلى مفسدة الربا.

وأرى أن محل التزاع المحرر فيما سبق موافق في إجماله لتعريف الذريعة بمعناه الخاص، وهو: المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها للمحذور؛ ولذا أستطيع إجمال محل التزاع بأن أقول: إن محل التزاع في الحديث عن الذرائع هو: إذا كانت المسألة ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحذور - أي الذريعة بتعريفها الخاص.

٣- آراء العلماء في الاحتجاج به: لقد اختلف العلماء في الأخذ بالذرائع وسدها في استنباط الأحكام الشرعية، ولكن لا بد أن ندرك أمرين قبل الخوض في عرض أقوال العلماء في سد الذرائع، وهما:

١- أن الفقهاء جميعاً لا تكاد تخلو استنباطاتهم من الأخذ بسد الذرائع، وهذا ما نجده مقررًا في كلام كثير من الأصوليين كالقراقي حين أكد أن مالكا لم ينفرد بذلك - أي بالقول بسد الذرائع - بل كل واحد يقول بها، ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادته فيها^(١).

ثم قال - بعد ذكر ما استدل به المالكية على سد الذرائع -: "وإنما قلنا: إن هذه الأدلة لا تفيد في محل التزاع؛ لأنها تدل على اعتبار الشرع سد

(١) انظر: الفروق للقراقي (٣/٢٦٧)، والبحر المحيط للزرکشي (٦/٨٣).

الذرائع في الجملة، وهذا أمر مجمع عليه، وإنما التزاع في ذريعة خاصة وهو بيوع الآجال ونحوها فينبغي أن يذكروا أدلة خاصة بمحل التزاع"^(١).

فالإمام القرافي يذكر أن العمل بسد الذرائع واعتبار الشرع له أمر مجمع عليه، وقريب منه كلام الإمام القرطبي فيما نقله عنه الزركشي حيث قال: "قال القرطبي: سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً"^(٢).

٢- ويرى بعض الباحثين أن منشأ الخلاف حول الأخذ بسد الذرائع يرجع إلى موقف كل مذهب من المذاهب تجاه العمل بالمصلحة: فبعض المذاهب تتوسع في العمل بالمصلحة، وبعضها تضبط العمل بها بشروط معينة^(٣).

وبعد ذكر هذين الأمرين أعرض آراء العلماء في العمل بسد الذرائع فأقول: اشتهر عند ذكر الخلاف في الأخذ بسد الذرائع أن هناك رأيين في مسألة العمل بسد الذرائع، هما:

١- رأي أصحابه يعملون بسد الذرائع ويرون وجوب المنع منها، وهذا الرأي هو ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد بن حنبل رحمهما الله^(٤).

(١) انظر: الفروق، للقرافي (٢٦٧/٣)، وإرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٢٤٧).

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي (١٣/٦).

(٣) انظر: سد الذرائع، رسالة ماجستير أعدها الباحث هشام البرهاني، قسم الشريعة، دار العلوم (ص ١٧٠).

(٤) انظر: مالك لمحمد أبي زهرة (ص ٤٠٥)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٣/١٣٠) دار الحديث.

٢- وثان أصحابه يبيحون العمل بالذرائع ولا يمنعون العمل بها وهو المنقول عن الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة رحمهما الله^(١).
ولعله من الجدير بالذكر أن ننبه إلى وجود رأي ثالث يمنع من العمل بسد الذرائع مطلقاً، وهو رأي أهل الظاهر^(٢).

وإذا كان ما سبق ذكره هو المشهور في حكاية الخلاف في سد الذرائع، فإنني أرى أن الأولى أن يكون حكاية الخلاف على النحو التالي:
العلماء في العمل بسد الذرائع يتجهون إلى اتجاهين هما:

أ- اتجاه يرى الأخذ بسد الذرائع وهو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين منهم الأئمة الأربعة، على تفصيل بين أصحاب هذا الاتجاه، حيث توسع بعضهم في الأخذ بسد الذرائع كالإمامين مالك وأحمد بن حنبل، ومنهم من لم يتوسع في الأخذ بسدها كالإمامين الشافعي وأبي حنيفة.

ب- وثان يرى عدم الأخذ بسد الذرائع مطلقاً، وهم أهل الظاهر ولعل من مرجحات حكاية الخلاف بالطريقة السابقة أمور منها:

- ١- ما سبق وقدمت به من أن الأئمة جميعاً عملوا بسد الذائع في الجملة.
- ٢- ما قاله الإمام القرافي ملخصاً الخلاف في المسألة في قوله: "فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا، لا أنها خاصة"^(٣).

(١) انظر: البحر المحيط للزرکشي (٦/٨٥)، الأدلة المختلف فيها، د/ البغا (ص ٥٧٣).

(٢) انظر: السابقين نفس الموضوعين.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ص ٢٠٠)، المطبعة الخيرية، ١٣٠٦هـ.

ونصُّ الإمام القرافي السابق يقتضي أن غير المالكية - ويقصد بهم الشافعية - يقولون أيضاً بسد الذرائع، ولكن بصورة يستعمل فيها سد الذرائع أقل من استعماله لدى المالكية.

وكذلك ما قاله الإمام الشاطبي في (الموافقات) حين قال: "أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلماً بعدم وجوبها، وليس ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة، وإنما عمل جملة من الصحابة، وذلك عند الشافعي ليس بحجة، لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر، ورجح على غيره فأعمله، فترك سد الذريعة لأجله، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفاً"^(١).

ثم قال: "وأما أبو حنيفة: فإن ثبت عنه جواز أعمال الحيل لم يكن في أصله في بيوع الآجال إلا الجواز، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع، وهذا واضح، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها، وإن خالفه في بعض التفاصيل، وإذا كان كذلك فلا إشكال"^(٢).

وكلام الإمام الشاطبي معناه إثبات القول بسد الذرائع للإمامين الشافعي وأبي حنيفة، وهذا الذي مال إليه الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (مالك).

٣- محاولة الإمام ابن الرفعة تخريج قول بسد الذرائع عن الإمام الشافعي، فقد نقل الإمام الزركشي عن الإمام ابن الرفعة ذلك فقال: "واعلم أن أبا العباس ابن الرفعة - رحمه الله - حاول تخريج قول الشافعي في الذرائع

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (٣/٣٠٥)، تحقيق عبد الله دراز.

(٢) السابق نفس الموضوع.

من نصه في باب إحياء الموات من الأم إذ قال بعدما ذكر النهي عن بيع الماء ليمنع الكأ، وإنما يحتمل أن كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذا ما كان ذريعة إلى ما حرم الله ما نصه: "وإذا كان هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام يشبه معاني الحلال والحرام"^(١).

٤- وأن الباحثين الذين تكلموا عن منشأ الخلاف في سد الذرائع وأنه يرجع للاختلاف في العمل بالمصلحة، وعليه يكون درجة الاختلاف في الذرائع والعمل بها، ولم يرد أن أحداً من الفقهاء لم يعمل بالمصلحة، بل غاية الأمر أن بعض العلماء أخذ بالمصالح بصورة أخذ بعضهم الآخر بأقل منها.

وعليه يكون الحال في الأخذ بسد الذرائع: يتوسع بعض العلماء ويضيق بعضهم.

(١) انظر: البحر المحيط (٦/٨٤).

المطلب الثاني

موقف الإمام شريح من الاحتجاج بسد الذرائع

سد الذرائع الموصلة للمفسدة لا يكاد يخلو فقه مجتهد من الأخذ والعمل به، وهذا ما يقرره فضيلة الشيخ/ محمد أبو زهرة -رحمه الله- حين يقول: " ونحن نميل إلى أن العلماء جميعاً يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بذلك الاسم"^(١).

وهذا التقرير لفكرة سد الذرائع من العلامة/محمد أبو زهرة يجعلني أطمئن لما وصل إليها بحثي في فقه الإمام شريح عند تحليلي لتراثه الفقهي بغية الوصول لإجابة عن السؤال التالي:

❁ هل الإمام شريح كان ممن يحتجون بسد الذرائع؟

نعم، كان الإمام شريح القاضي ممن يحتجون بسد الذرائع ولكنه لم يكن متوسعاً بشدة في الأخذ بسد الذرائع، بل كان يعتبر منها ما يغلب على ظنه أنها موصلة إلى ضرر ومفسدة.

وفقه الإمام شريح القاضي به أمثلة كثيرة على أخذه واعتباره بسد الذرائع، ومن هذه الأمثلة:

١- رأيه في القُبلَة للصائم: لقد سئل الإمام شريح القاضي عن قبلة الصائم فكانت إجابته عن هذا السؤال كاشفة عن عمله بسد الذرائع.

(١) انظر: مالك لأبي زهرة (ص ٤١٦).

فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق ووكيعة عن شريح القاضي بأسانيدهم أنه سئل عن الرجل يقبل امرأته وهو صائم، فقال: يتقي الله ولا يعود^(١).

فالإمام شريح القاضي يتضح من هذا الأثر أنه كره القبلة للصائم، فلماذا كرهها؟

وفي الإجابة على هذا يقول الحافظ ابن عبد البر: "كل من كرهها فإنما كرهها خوفاً أن تحدث شيئاً يكون رفثاً كإنزال الماء الدافق أو خروج المني وشبه ذلك مما لا يجوز للصائم"^(٢).

فكلام الحافظ ابن عبد البر السابق نقل فيه اتفاق العلماء على أن كراهية القبلة كانت سداً لذريعة الإنزال المفسد للصوم.

وعليه يكون الإمام شريح القاضي حين كره القبلة لم يكرهها لكونها بنفسها مفسدة للصوم، بل لكونها ذريعة للإنزال الذي يفسد الصوم، ودليل ذلك أنه لم يجعل القبلة مفسدة لصوم السائل فقال له: يتقي الله ولا يعود.

وهذا الكلام مشعر بأن الإمام شريحاً لم يرها مفسدة لصوم السائل، مما يعني أنه كرهها سداً للذريعة.

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦١/٣)، والمصنف، لعبد الرزاق (٤/١٨٦-١٨٧) وأخبار القضاة لوكيعة (٢/٢٣٧-٣٦٤).

(٢) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٥/١١٢) وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية، المغرب سنة ١٣٨٧هـ. وعنه أيضاً طرح الشريب، للحافظ العراقي (٤/١٣٩).

٢- رأيه في مباشرة الحائض بين السرة والركبة: ذكرت فيما سبق من نماذج في هذه الدراسة رأي الإمام شريح القاضي في مباشرة الحائض بين السرة والركبة وأنه كان يرى عدم جواز ذلك ويجعل الاستمتاع إنما يجوز بما فوق الإزار أو السرة^(١).

لعل اختيار هذا الرأي من الإمام شريح القاضي يرجع لسد الذريعة، لأن في مباشرة الحائض ما بين السرة والركبة اقتراب من الجمع على تحريمه وهو الوطء للحائض، فكان منعه سدًّا للذريعة الوقوع في المحرم وهو الوطء للحائض.

ويزيد الإمام الشوكاني الأمر وضوحاً بقوله: "فالقول بتحريم -أي تحريم المباشرة للحائض بين السرة والركبة - سدًّا للذريعة لما كان الحوم حول الحمى مظنةً للوقوع فيه"^(٢).

وبناءً على كلام الإمام الشوكاني يكون قول الإمام شريح القاضي مبنياً على سد الذريعة.

٣- رأيه في بيعتين في بيعة: فقد سبق أن عرضت رأي الإمام شريح في هذه المسألة وهو أنه قال: له أو كسهما أو الربا، أي من باع بيعتين في بيعة^(٣). ويكون أو كسهما كما في رواية الإمام ابن حزم عن شريح القاضي أقل الثمنين وأبعد الأجلين أو الربا^(٤).

(١) انظر: ص ٢٥١ من هذه الدراسة.

(٢) انظر: نيل الأوطار، للشوكاني (١/٣٤٤).

(٣) انظر: ص ٤٠٦ من هذه الدراسة.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم (٩/١٦).

ولكنَّ الصورة التي ذكرها الإمام ابن حزم للبيعتين في بيعة التي قال فيها الإمام شريح القاضي أقل الثمنين وأبعد الأجلين هي أن يكون شرطان في بيع بأن يقول له: أبيعك إلى شهر بعشرة فإن حبسته شهراً فتأخذ عشرة وتختلف هذه الصورة مع التأويل الذي سبق نقله عن الخطابي^(١).

والغرض الذي من أجله ذكرت رأي الإمام شريح في المسألة ثانية أنه حين يجعل للبائع أو كس الثمنين وأبعد الأجلين، فهو بذلك يسد ذريعة الربا التي كان يتذرع بها البائع بيعتين في بيعة، وهذا المعنى يظهر واضحاً إذا دققنا النظر في إقران الإمام شريح القاضي بين الأخذ بأقل الثمنين وأبعد الأجلين وبين الربا.

مما يعني أن الإمام شريحاً يرى أن البيعتين في بيعة ذريعة للربا، ولذا سد بابها بأخذ أقل الثمنين، وهذا ما أشار إليه الإمام الشوكاني حين قال: "والعلة في تحريم بيعتين في بيعة... تلزم الربا في صورة القفيز الحنطة - يقصد بذلك التفسير الذي ذكرته عن الإمام الخطابي سلفاً -" ^(٢).

فالإمام الشوكاني جعل العلة المحرمة لبيعتين في بيعة هو أن البيعتين في بيعة في الصورة التي أول بها الخطابي الحديث - يلزم منها الوقوع في الربا. وبذلك يكون منع شريح القاضي لبيعتين في بيعة ليسدَّ به ذريعة الربا، والله أعلم.

(١) انظر: ص ٤٠٧ من هذه الدراسة.

(٢) انظر: نيل الأوطار: للشوكاني (١٨١/٥).

٤- رأيه في السلم في الحيوان: اختلف الفقهاء في حكم السلم في الحيوان: فرأى فريق منهم جواز السلم في الحيوان، ورأى فريق آخر منع السلم في الحيوان^(١).

وكان الإمام شريح القاضي ممن رأوا عدم جواز السلم في الحيوان؛ فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة ووكيع بإسنادهما عن عبد الأعلى قال: شهدت شريحاً ردّ السلم في الحيوان^(٢).

والإمام شريح القاضي حين يرد السلم في الحيوان لا يرده إلا لعدم جوازه عنده.

والأقرب أن علة التحريم أو المنع عند الإمام شريح القاضي هي أن السلم في الحيوان يؤدي إلى المنازعة بسبب التفاوت الفاحش بين أفراد الحيوان الذي يسلم فيه؛ وذلك المعنى يوضحه الإمام الباقر في العناية بقوله: "بعد ذكر الأوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنية، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة، ويزيد ثمن إحداها زيادة فاحشة للمعاني الباطنية فيفضي إلى المنازعة المنافية لوضع الأسباب"^(٣).

ومما سبق تكون وجهة نظر القائلين بعدم جواز السلم في الحيوان تبنى على سد ذريعة المنازعة.

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٤/١٨٦-١٨٧) دار إحياء التراث العربي.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٤٧١)، وأخبار القضاة لو كيع (٢/٣١٣).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية، الباقر (٧/٧٦)، دار الفكر.

٥- رأيه في الإقالة من بعض المسلم فيه: للمسلم شروط منها: أن يكون إلى أجل معلوم، ولكن في بعض الظروف يحلُّ الأجل فيعتذر على المسلم إليه إعطاء كل المسلم فيه للمسلم؛ وذلك لتوفر بعض المسلم فيه فقط.

وفي هذه الحالة هناك ثلاثة احتمالات للخروج من هذه الحالة وهي:

أن يقبل المسلم المسلم إليه من كل المسلم فيه.

أو أن ينتظر المسلم حتى يتوفر المسلم فيه.

أو أن يقبل المسلم المسلم إليه في بعض المسلم فيه ويأخذ بعض المسلم فيه المتوفر.

والإمام شريح القاضي حين نستعرض رأيه في هذه المخارج نجده يقبل منها المخرجين الأولين فقط، أما الثالث فقد رفضه الإمام شريح القاضي.

ويظهر ذلك بوضوح من خلال ما يرويه الإمام عبد الرزاق في مصنفه حين يروى بسنده عن أبي السوداء قال: تقدمت أنا وأخ لي إلى شريح فسألته عن رجل أسلمنا إليه سلمًا، فلما حلَّ الأجل قال: ليس عندي كل الطعام فإن شئتم أن تأخذوا من بعض الطعام وبعض رأس مالكم وتحسنوا، قال: قلنا نسأل عن ذلك، قال: فسألنا شريحًا، فقال: إما أن تأخذوا الطعام، وإما أن تأخذوا رأس مالكم^(١).

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (١٣/٨).

ويؤكد رفض الإمام شريح القاضي للإقالة من بعض المسلّم فيه ما رواه أبو بكر ابن أبي شيبة قال: نا ابن عيينة، عن أبي السوداء عن شريح أنه كره -أي كره أن يأخذ بعض سلمه وبعضاً طعاماً^(١).

وهذا المعنى هو ما نقله الإمام ابن حزم أيضاً حين عد الإمام شريحاً القاضي فيمن منعوا من أخذ بعض السلم والإقالة في بعضه^(٢). والإمام شريح القاضي حين منع الإقالة من بعض المسلم فيه، لا بد أن هناك دافعاً دفعه لذلك.

والنصوص لم تنصّ على حكم الإقالة من بعض المسلم فيه، وكذا الإجماع لم ينعقد على الأخذ به؛ ولذا لا بد أن هناك دليلاً ليس مردّه للنصّ هو الذي اعتمد عليه الإمام شريح القاضي لاشتماله على معنى كليّ أوجب المنع.

وأقرب الأدلة التي مردها للمعاني الكلية لاعتماد الإمام شريح القاضي عليها في هذه المسألة هو سد الذرائع؛ لأن هذه الصورة بالإقالة من بعض المسلم فيه تؤدي إلى الوقوع في أحد البيوع المنهي عنها وهو البيع مع السلف المتمثل في السلم في بعض المسلم فيه المتوفر؛ ولذا سدّ الإمام شريح القاضي باب هذه الذريعة لهذا البيع المنهي عنه.

ولعل كلام الإمام ابن رشد في هذه المسألة يزيد الأمر وضوحاً حين يقول: "مثال ذلك في دخول بيع وسلف به -أي السلم- إذ حلّ الأجل،

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (١١/٦).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٤/٩).

فأقاله على أخذ البعض وأقال من البعض، فإنه لا يجوز عنده -أي مالك-؛ فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف"^(١).

وتمثل تعليل الإمام ابن رشد علل صنيع الإمام شريح القاضي في رده للإقالة من بعض المسلم فيه بأنه ذريعة إلى البيع مع السلف المنهي عنه.

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٤٦) دار الكتب الإسلامية.

obeikendi.com

المبحث السادس

المصالح المرسلّة وموقف شريح القاضي منها

❁ توطئه: تعريف المصلحة المرسلّة.

❁ المطلب الأول: الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة عند الأصوليين.

(١) تحرير محل النزاع وتقسيم المصلحة عند الأصوليين.

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة.

❁ المطلب الثاني: موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالمصلحة

المرسلّة.

obeikendi.com

المبحث السادس

المصالح المرسلّة وموقف شريح القاضي منها

❁ توّطئه: تعريف المصلحة المرسلّة:

(أ) في اللغة: المصالح جمع مفردة المصلحة و هي الصلاح الذي هو ضد الفساد، أو تطلق على المنفعة وزناً ومعنى^(١).

والمرسلّة صفة لها من أرسل الشيء أي لم يقيده فهو مرسل و هي مرسلّة^(٢).

وعليه فالمصالح المرسلّة عند علماء اللغة المنافع غير المقيدة.

(ب) في الاصطلاح: وعرف علماء الأصول المصالح المرسلّة بأن عرفوا المصالح ثم عرفوا وصفها بالإرسال.

❁ فقالوا تعريفات للمصالح منها:

ما نقله الزركشي عن الخوارزمي بأنه قال: "المراد بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد على الخلق"^(٣).

وكذلك أمّا "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم"^(٤).

❁ أما المقصود بوصفها بكونها مرسلّة فيعني أن الشرع سكت عن اعتبارها وإهدارها؛ ولهذا سميت مرسلّة أي لم تعتبر من قبل الشرع ولم تلغ^(١).

(١) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي (١/٢٣٣).

(٢) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي (٣/٣٧٢).

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (٦/٧٦) دار الصفوة.

(٤) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٢٩).

❁ وبهذا يمكن تعريف المصلحة المرسلّة بأنها: "كل منفعة داخلّة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء"^(٢).

❁ فائدتان:

الأولى: أن هناك اختلافاً في تحديد مصطلح المصلحة المرسلّة أراه غير معتبر، وهو ما نقله الزركشي حين ذكر أن المصلحة المرسلّة تلقب بـ(الاستدلال المرسل)، ونقل أيضاً عن إمام الحرمين وابن السمعاني أنهما أطلقا عليها اسم (الاستدلال)^(٣).

ووجهة عدم اعتباري لهذا الاختلاف في المصطلح ما ذكرته في بداية هذا الفصل عند حديثي عن الاستدلال، وأن هذا الخلط في الاصطلاح بين (المصلحة المرسلّة) و(الاستدلال) نشأ من صنيع إمام الحرمين حين ضرب مثالا للاستدلال بالمصلحة المرسلّة، فظن بعض المصنفين في علم الأصول أنه قصد التسوية بين مصطلحي (المصلحة المرسلّة) و(الاستدلال).

الثانية: أن هناك تعريفات للمصلحة المرسلّة لم أر أنها يمكن أن تكون اصطلاحاً يتفق عليه علماء الأصول ومن مثل ذلك تعريف نقله الزركشي عن ابن برهان بأن المصلحة المرسلّة هي ما لا يستند إلى أصل كلي ولا جزئي^(٤).

وهذا التعريف وإن كان من الممكن أن يقبله بعض المالكية سيراً على ما نسب للإمام مالك من اعتباره مصالح تتسم بعدم الاستناد لأصول كلية

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٧٦/٦) دار الصفوة.

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٣٥).

(٣) انظر: البحر المحيط للزركشي (٧٩/٦) دار الصفوة.

(٤) انظر: السابق، نفس الموضوع.

ولا جزئية، ولكنه غير مقبول بالمرّة عند الشافعية والحنفية الذين يأخذون بالمصالح شريطة أن تكون قريبة بشاهدة الأصول الثابتة لها. أما التعريف الذي ذكره الزركشي عن الإمام الغزالي "أن يوجد معنى مشعر بالحكم مناسب له عقلاً، ولا يوجد أصل متفق عليه"^(١). فهذا التعريف إنما هو للاستدلال لا للمصلحة المرسلّة كما يظهر بالرجوع لتعريف الاستدلال في بداية هذا الفصل.

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٧٦/٦) دار الصفوة.

المطلب الأول

الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة عند الأصوليين

١- تحرير محل النزاع: إن المصلحة عنصر عليه يدور التعامل بين أفراد المجتمع؛ ولذا كان اهتمام خاص بها، يظهر هذا الاهتمام جلياً حين نعرف أن الشارع نظر لهذه المصالح بنظرات مختلفة باعتبار أهمية هذه المصالح في تنظيم العلاقة بين أفراد المجتمع.

ولذا قسمت المصالح من خلال عدة حيثيات أهمها - لهذا البحث -:

✽ تقسيم المصالح من حيث اعتبار الشارع لها^(١):

والمصالح من حيث اعتبار الشارع لها تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

١- المصالح المعتبرة: وهي المصالح التي اعتبرها الشارع، وقام الدليل منه على رعايتها، وهذه المصالح لا خلاف في إعمالها^(٢).

ومن مثلها وجوب اعتزال النساء في وقت النفاس قياساً على اعتزالهن في وقت الحيض؛ لأن هناك مصلحة معتبرة تشترك فيها الحالتان، وهي مصلحة دفع الأذى. وواضح في هذا القسم من المصالح أنه يرجع حاصلها إلى القياس.

٢- المصالح الملغاة: وهي المصالح التي لم يعتبرها الشارع، بل ألغاهها وشهد بردها.

وهذه المصالح لا خلاف بين العلماء في ردها وإهمالها^(٣). ومن مثلها التسوية بين الإناث والذكور في الميراث، فهذه مصلحة متوهمة مهملة، لأن

(١) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٣٢).

(٢) انظر: المستصفى للغزالي (١٧٣/١-١٧٤) دار الكتب العلمية سنة ١٤١٢ هـ.

(٣) انظر: السابق (ص ٣٣).

الشارع شهد بإلغائها في قوله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١).

٣- المصالح المرسلة: وهي المصالح التي لم يقدّم دليل من الشارع على اعتبارها ولا إلغائها.

وإنما سميت (مرسلة)؛ لأن الشارع أرسلها ولم يقيدتها باعتبار أو إلغاء. وهذه المصالح المرسلة هي التي جرى اختلاف العلماء في الاحتجاج بها^(٢). ومن مثلها حبس مدعى الفلس إذا لم يعلم صدقه؛ لمصلحة استيفاء حقوق الناس. فنخلص أن محل التراع هي المصالح المرسلة.

٢- آراء العلماء في الاحتجاج بها: لم يكن العلماء على منهج واحد في الأخذ والاحتجاج بالمصالح المرسلة، بل كانوا مناهج، ولكل منهج منهم رأى في الأخذ بالمصالح المرسلة، ويمكن أن نجمل هذه الآراء في أربعة، هي:

١- رأي القائلون به يمتنعون الأخذ والتمسك بالمصالح المرسلة مطلقاً. وقد نسب هذا الرأي إمام الحرمين للقاضي أبي بكر الباقلاني وطوائف من متكلمي الشافعية، ونسبه الزركشي إلى الأكثرين وجعله الشوكاني مذهب الجمهور، ونقل الآمدي اتفاق فقهاء الشافعية والحنفية. وحكاه ابن برهان عن الشافعي. واختاره الآمدي^(٣).

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٣٥).

(٣) انظر: البرهان، للجويني (٢/٧٢٥ ف ٢ ١١٣)، والبحر المحيط للزركشي (٧٦/٦) دار الصفوة - وإرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٢٤٢)، والإحكام للآمدي (٤/١٦٧) دار الكتاب العربي سنة ١٤٠٤ هـ.

٢- رأي القائلون به يجوزون الأخذ والتمسك بالمصالح المرسله مطلقاً: وهو الرأي المنسوب للإمام مالك، ونقل الزركشي استنكار ابن شاس والقرطبي ونقل عن أبي العز المقتراح في حواشيه على البرهان أن أصحاب مالك يستنكرون ذلك^(١). ولكن إمام الحرمين أكد ذلك، وقال: "وأفرط الإمام إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستدلال - أي المصالح المرسله-؛ فرأيته يثبت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشريعة، وجره ذلك إلى استحداث القتل، وأخذ المال بمصالح تقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستنداً إلى أصول"^(٢).

٣- وثالث قائلوه يأخذون بالمصالح المرسله بشرط أن تكون ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع، أو لأصل جزئي، وإلا فلا. وهذا ما نسبته إمام الحرمين للشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة^(٣).

٤- ورابع قائلوه يأخذون بمصالح مرسله بشرط أن تكون ضرورية، كلية، قطعية، وهو اختيار الغزالي والبيضاوي^(٤).

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي (٧٦/٦) دار الصفوة.

(٢) انظر: البرهان، للزركشي (٧٢١/٢ ف٧٢٩).

(٣) انظر: السابق (٧٢١/٢ ف١١٣٠).

(٤) انظر: المستصفي للغزالي (١٧٦/١) دار الكتب العلمية، الإجماع شرح المنهاج

(١٧٨/٣) دار الكتب العلمية سنة ١٤٠٤ هـ.

المطلب الثاني

موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالمصالح المرسلّة

لقد عمدت إلى نصوص فقه الإمام شريح فحللتها فوجدته ممن يحتجون بالمصالح المرسلّة ولكن لا يتوسع في الاحتجاج بها وهناك نماذج من فقهه تدل على ذلك منها:

١- رأيه في تضمين الصناع: يقسم الفقهاء الأجراء إلى قسمين، هما:

الأجير الخاص، والأجير المشترك.

والأول: منهما هو الذي يستأجر لمدة معلومة، ويستحق المستأجر نفعه في جميع المدة. ويستحق الأجر ولو لم يعمل شيئاً في المدة.

والثاني: منهما هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، ويمكن أن يقوم به لاثنين أو ثلاثة أو أكثر في وقت واحد؛ ولذا سمي مشتركاً، ولا يستحق الأجر إلا بالعمل.

وقد اتفق الفقهاء أن يد الأجير الخاص يد أمانة فلا ضمان عليه إلا بالتعدى.

أما الأجير المشترك وهو ما يسمونه "الصانع" اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من جعل يده يد أمانة، ومنهم من جعلها يد ضمان، والإمام شريح القاضي كان ممن جعل يد الأجراء المشتركين يد ضمان، وهو ما أطلق عليه العلماء تضمين الصناع.

فكان الإمام شريح القاضي يضمن الصناع ما يدعون هلاكه، وذلك لما رآه في ذلك من المصلحة؛ لأنه بتضمينه الصناع سيمنعهم من الاستهانة بالمحافظة على أمتعة الناس وأمواهم التي يعملون فيها، هذا مع حاجة الناس

الشديدة لصناعتهم، فكانت المصلحة في تضمينهم؛ ليحافظوا على ما تحت أيديهم.

والآثار الدالة على أن الإمام شريحاً كان يضمن الصناع ثابتة وكثيرة منها ما رواه وكيع وعبد الرزاق بسندهما عن علي بن الأقرم قال: خاصمت إلى شريح في ثوب دفعتها إلى صباغ، فاحترق بيته، فضمنه، فقال: إنه احترق بيبي. فقال شريح: أرأيت لو أن بيته احترق أكنت تدع له أجرك؟ قال: لا قال: فاغرم له ثيابه^(١).

فيظهر رأى الإمام شريح القاضي في هذه المسألة بوضوح فهو يضمن الصباغ مع إدعائه هلاك الثياب واحتراقه مع بيته. بل وساوى بين ضمان المستأجر للأجر وضمن الصانع للثياب، وبهذا يتضح أنه قد جعل يد الصانع يد ضمان.

وهذا الأثر، وإن كان لا يشتمل على تصريح بالعمل بالمصلحة، ولكن تحليله يدل على ذلك؛ لأن تضمين الصناع على خلاف الأصل، فلا بد أن هناك دليلاً آخر جعل الإمام شريحاً يعدل عن الأصل إلى خلافه، وبالنظر لا توجد غير المصلحة دليلاً على ذلك ومما يدل على صحة هذا التحليل ما قاله الإمام ابن رشد في "بداية المجتهد" حين قال: "ومن ضمنه -أي الأجير المشترك" فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة"^(٢).

(١) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣٠٤-٣٠٥)، والمصنف لعبد الرزاق (١/٢٢١).

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٧٩) دار الكتب الإسلامية.

وإذا -ومن خلال كلام الإمام ابن رشد- لا يكون بعيداً أن أقول: إن الإمام شريحاً القاضي حين ضمن الصناعات كان يحتج بالمصلحة المرسله التي بها يحفظ أمتعة الناس وأموالهم.

❁ تنبيه: قد يعترض بعض الباحثين عليّ بأن يقول: "لقد كان الإمامان عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب رضي الله عنهما يقولان بتضمين الصناعات فلعل الإمام شريحاً القاضي قلدهما في ذلك ولم يكن محتجاً بالمصلحة المرسله".

ولكن هذا الاعتراض لا وجه له من الصحة؛ لأن القول بتضمين الصناعات ليس بثابت عن الإمامين عمر وعلي رضي الله عنهما، وبذلك يظهر بطلان الاعتراض بتقليد الإمام شريح القاضي لهما.

ولقد حكم بعدم ثبوت هذا القول عنهما الإمام الشافعي ناصر السنة عندما قال في "الأم": "وقد روي شيء فيه -أي تضمين الصناعات- عن عمر وعلي رضي الله عنهما وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما"^(١).

بل لقد نص الإمام الشافعي رحمه الله على عدم صحة نسبة هذا القول لأحد من الصحابة رضي الله عنهم، وذلك في قوله في الأم: "وليس بهذا -أي تضمين الصناعات- سنة علمتها، ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم"^(٢).

(١) انظر: الأم، للشافعي (١٧٤/٦) دار المعرفة.

(٢) انظر: الأم، للشافعي (١٧٤/٦) دار المعرفة.

وبهذا النص من الإمام الشافعي تنتفى صحة الاعتراض بتقيد الإمام شريح القاضي لأحد من الصحابة رضي الله عنه بله عمر وعلى رضي الله عنهما والله أعلم.

٢- رأيه في حبس المدعي الفلوس: المدعي إذا ادعى الفلوس، فله حالتان:

الأولى: هي أن يصدقه الغرماء أو تقوم البينة على فلسه وفي هذه الحالة اتفق الفقهاء على إنظاره وعدم حبسه لقوله رضي الله عنه: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١).

والثانية: هي ألا يصدقه الغرماء أو لم تقم البينة على إعساره وفلسه فإنه يحبس حتى يتبين صدقه أو تشهد البينة بإعساره.

والإمام شريح القاضي كان يحبس مدعي الفلوس غير المصدق كغيره من الفقهاء. فقد روى أبو بكر ابن أبي شيبة وعبد الرزاق ووكيع بأسانيدهم عن شريح القاضي أنه اختصم عنده رجلان: كان لأحدهما على الآخر دين يطلبه أجله... وفيه أن الإمام شريحاً القاضي حبس المدعي^(٢).

والظاهر أن عمدة الإمام شريح القاضي في حبسه للمدعي مدعي الفلوس غير المصدق النظر إلى المصلحة المرسله والاحتجاج بها حتى لا يتسبب عدم حبسه في ضياع حقوق الناس وأكل أموالهم بمجرد إعلانة لفلسه.

(١) سورة البقرة: آية ٢٨٠.

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٢٤٨، ٢٥٠)، والمصنف لعبد الرزاق (٨/٣٠٥-٣٠٦)، وأخبار القضاة لو كيع (٢/٣١٣).

ويؤكد هذا الاحتجاج من قبل الإمام شريح القاضي ما ذكره الإمام ابن رشد في بيانه للدليل القائلين بالحبس فقد قال: " وكلهم - أي فقهاء الأمصار - مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلاس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فإذا كان ذلك خلى سبيله..... وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون - وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح -؛ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضى المصلحة، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل"^(١).

والقياس المرسل هو نفسه المصلحة المرسله عند الأصوليين ويمكن التماس ذلك فيما ذكره الإمام الزركشي في البحر من تسمية المصلحة المرسله بالاستدلال المرسل؛ لأن لفظ القياس هنا ليس على بابه، بل يقصد به مجرد الاستدلال لا القياس بمعناه الأصولي.

وعلى ذلك يكون قول الإمام شريح القاضي بحبس المدين غير المصدق في دعواه الفلاس كاشفاً عن أخذه واحتجاجه بالمصلحة المرسله، والله أعلم.

٣- رأيه في الدفن ليلاً: القبر والدفن ليلاً ورد ن هي عنه من رسول الله ﷺ في حديث جابر بن عبد الله قال: "خطب رسول الله ﷺ فزجر أن يقبر إنسان ليلاً إلا أن يضطر إلى ذلك"^(٢).

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٢٠).

(٢) الحديث أخرجه مسلم (كتاب الجنائز - باب تسجية الميت - ح ٩٤٣ - والبيهقي في السنن الكبرى (٤٠٣) - وأبو داود في السنن (كتاب الجنائز - باب في الكفن - ح ٣١٤٨)، والنسائي في المجتبى (كتاب الجنائز - باب الأمر بتحسين الكفن - ح ١٨٩٥).

والفقهاء منهم من حمل هذا الن هي على التحريم، ومنهم من حمله على الكراهة.

والواضح أن الإمام شريحاً القاضي كان يحمله على الكراهة؛ لأنه كان يدفن ليلاً.

والشاهد من هذه المسألة في مبحث احتجاج الإمام شريح القاضي بالمصالح المرسله، أن الإمام شريحاً القاضي كان يدفن ليلاً لمصلحة مرسله لم يأت دليل باعتبارها، و هي مصلحة عدم الزحام عند الدفن.

فقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة وابن سعد بأسانيدهم عن شريح أنه كان يدفن ليلاً^(١).

وفي رواية عند عبد الرزاق: يتعمد بموتاه الليل، وأخرى عند ابن سعد: يغتم ذاك - أي الدفن بالليل^(٢).

ولقد أوضح الإمام الشعبي - أحد أكثر تلاميذ شريح رواية عنه - علة حرص الإمام شريح على الدفن ليلاً فيما رواه عنه ابن أبي شيبة بسنده قال: كان شريح يدفن بعض ولده ليلاً كراهية الزحام^(٣).

فالإمام الشعبي - رحمه الله - ذكر علة حرص الإمام شريح القاضي على الدفن ليلاً ألا و هي كراهية الزحام.

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٣/٥٢١-٥٢٢)، ومصنف ابن أبي شيبة (٣/٣٤٦)، والطبقات الكبرى لابن سعد (٦/١٢٧).

(٢) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٣/٥٢٢)، والطبقات الكبرى لابن سعد (٦/١٢٧).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣/٣٤٦).

وكراهية الزحام هذه مصلحة يقل فيها الوقوع في المعصية من نواح وصراخ وغيرهما مما نهي عنه في الجنائز، وهذه الأشياء مظنة الوقوع عند الزحام.

فهي مصلحة نعم، ولكن الشرع لم يأت بدليل بخصوصها، ولم يعتبرها؛ ولذا ف هي مرسله.

ولقد كانت هذه المصلحة المرسله (كراهية الزحام) دافعة للإمام شريح على دفن أقاربه ليلا، مما يعني أنه كان يحتج بالمصلحة المرسله.

ولقد أوضح الإمام ابن حزم أن من دفن ليلا من أزواج النبي ﷺ وأصحابه إنما فعلوا ذلك للمصلحة. فقال: "كل من دفن ليلا منه عليه السلام، ومن أزواجه، ومن أصحابه ﷺ: فإنما ذلك لضرورة أوجبت ذلك من خوف زحام أو خوف الحر على من حضر...." (1) وقصد الإمام ابن حزم بالضرورة هنا المصلحة، والله أعلم.

٤- رأيه في إتخاذ القاضي جلوازا: الجلواز هو صاحب مجلس القضاء، ويقوم بمهمة الحفاظ على النظام داخل مجلس القضاء، وينادي على الخصوم، والشهود وغير ذلك من الأعمال المساعدة للقاضي كالشرطي. ولقد كان الإمام شريح القاضي -رحمه الله- باعتباره من أوائل قضاة الإسلام، من أوائل القضاة الذي عينوا لهذه الأعمال المساعدة من يقوم بها في مجلس القضاء.

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٣/٣٣٦).

وكان ممن يعمل مع الإمام شريح القاضي جلوازاً الإمام إبراهيم النخعي فقد روى وكيع بسنده عن ابن عون قال: كان إبراهيم جلوازاً لشريح^(١). وكان للإمام شريح القاضي جلواز آخر اسمه حبيب وكان يقوم على رأسه وفي يده سوط. فقد روى وكيع بسنده عن عمرو بن قيس قال: رأيت رجلاً يقوم على رأس شريح، وكان إذا تقدم إليه خصمان، فيقول: أيكما المدعى فليتكلم^(٢).

وفي رواية أخرى عند وكيع بسنده عن الشيباني قال: عن حبيب الذي كان يقوم على رأس شريح^(٣).

واتخاذ الإمام شريح القاضي للجلواز ووقوفه على رأسه وقيامه بالنداء على الخصوم والشهود لم يفعله الإمام شريح القاضي إلا لمصلحة وهي الحفاظ على هيئة مجلس القضاء والنظام فيه بحيث لا يحدث الخصوم ما من شأنه الذهاب بهيبة القاضي ومجلس القضاء.

وهذه المصلحة المرسلة هي التي دفعت القاضي شريحاً لاتخاذ الجلواز أو الشرطى لمجلس القضاء، وهذه المصلحة هي التي وضحها الإمام الكاساني حين قال: "ومنها - أي الأمور التي تنبغي على القاضي - أن يكون له جلواز وهو المسمي بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على رأس القاضي لتهديب المجلس ويده سوط يؤدب به المنافق وينذر المؤمن"^(٤).

(١) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٢٧٧، ٢١٥).

(٢) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣٠٧).

(٣) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢/٣١٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٧/١٢).

٥- رأيه في قبول شهادة الصبيان في الجراح: لقد كان اشتراط البلوغ لقبول الشهادة مما اتفق عليه الأئمة، ولكن هذا الاتفاق كان جملياً؛ لأنهم اختلفوا بعد ذلك في قبول شهادة الصبيان في الجراح. فذهب الجمهور إلى عدم قبول شهادة الصبيان مطلقاً وذهب الإمام مالك ورواية عند الإمام أحمد إلى قبولها في الجراح. والإمام شريح القاضي كان رأيه قبول شهادة الصبيان في الجراح. فقد روى عبد الرزاق ووكيع وابن أبي شيبة بأسانيدهم عن شريح القاضي أنه أجاز شهادة الصبيان في السن والموضحة. وفي رواية أخرى عند وكيع وعبد الرزاق: في آمة، وقضى فيها بأربعة آلاف^(١).

ولعل الإمام شريحاً القاضي حين قضى بقبول شهادة الصبيان في الجراح إنما قضى بذلك محتجاً بالمصلحة التي دعت إلى الأخذ بشهادتهم في مواضع يصعب فيها شهادة البالغين، وذلك فيما إذا جرح أحد الصبيان أثناء لعبهم معاً؛ ولذا كان عدم الأخذ بشهادة الصبيان في هذه الحالات يسبب ضياعاً للحقوق المترتبة على ما يقع بين هؤلاء الصبيان.

وهذه المصلحة هي التي قصدتها الإمام ابن رشد - عند بيانه لمدرک رأي الإمام مالك - فقال: " وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة " ^(٢) أي المصلحة المرسلة وأستطيع أن أقول: ولقد كانت

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٣٤٩/٨-٣٥٠)، وأخبار القضاة لوكيع

(٢/٣١٣) ومصنف ابن أبي شيبة (٦/٢٨١، ٢٨٤).

(٢) بداية المجتهد لابن رشد (٢/٥٦٨) دار الكتب الإسلامية.

إجازة الإمام شريح القاضي لشهادة الصبيان في الجراح أيضاً للمصلحة المرسله؛ لأنه لا يوجد نص أو إجماع يمكن أن يحتج به الإمام شريح القاضي في هذه المسألة، وكذلك القياس على خلاف ما ذهب إليه؛ ولذا لم يبق إلا رد هذا الرأي للدليل يرجع أو مرده للمعاني وأوضح هذه الأدلة وأقربها من هذه المسألة المصلحة المرسله، والله أعلم.

❁ ولكن لي ملحوظتان:

❁ الأولى: اشتراط الأئمة القائلين بقبول شهادة الصبيان بعض الشروط لقبولها كاشتراط عدم مفارقتهم لمكان الحادثة، واتفاقهم في وصف الحادث، وأن يكون معهم أيمان المدعي.

فالإمام شريح القاضي كان يشترط شروطاً أخرى منها ما هو ضمن الشروط السابقة كاشتراطه اتفاقهم، وذلك ما نقله عنه الإمام ابن حزم في المحلى قال: وعن شريح أن شهادة الصبيان تقبل إذا اتفقوا، ولا تقبل إذا اختلفوا^(١) وروى ذلك عنه عبد الرزاق بلفظ: إذا لم يترددوا^(٢) ومنها ما هو زائد على الشروط السابقة كاشتراطه أن يشبوا على ذلك حتى يبلغوا، وهذا ما ذكر الإمام ابن حزم عنه، ورواه عنه عبد الرزاق في مصنفه، ووكيع في أخبار القضاة^(٣).

❁ الثانية: أن ما ورد عن الإمام شريح القاضي من رده لشهادة غلام^(٤)، إنما هو محمول على أن هذه الشهادة كانت في غير الجراح، أو

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٩/٤٢١).

(٢) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٨/٣٤٩-٣٥٠).

(٣) انظر: أخبار القضاة (٢/٣٠٨، ٣٧٧).

(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٦/٢٨٣)، والمصنف لعبد الرزاق (٨/٣٤٩).

كانت في الجراح ولكنها لم تستوف الشروط التي وضعها الإمام شريح القاضي لقبول شهادة الصبيان، والتي سبق ذكرها، والله أعلم.

٦- رأيه في معاقبة شاهد الزور: شاهد الزور عنصر غير صالح في المجتمع، وله أثره السيئ على العلاقة بين أفراد المجتمع الواحد.

وشاهد الزور لم يقرر الشرع عقوبة محددة له على تزويره لشهادته؛ وذلك لأن شاهد الزور الغرض من عقابه انزجاره وغيره عن شهادة الزور، وهذا يختلف من شخص لآخر.

ولكن كل من قال من الفقهاء بمعاقبة شاهد الزور سواء بالتشهير به أو تعزيره كان الدافع لهم على ذلك، ومتمسكهم هو زجر شاهد الزور، وتخويف من تسول له نفسه أن يصنع مثل صنيعه، وهذه مصلحة مرسله لم يأت دليل شرعي بخصوصها.

والإمام شريح القاضي كان كسائر الفقهاء يشهر بشاهد الزور، فقد روى عبد الرزاق بسنده عن ابن سيرين أن شريحاً أقام شاهد الزور على مكان مرتفع^(١).

وروى وكيع بسنده عن أبي حصين أن شريحاً كان يؤتى بشاهد الزور، فيطاف به في أهل المسجد وسوقه، ويقول: إنا قد دفعنا شهادته^(٢).

وهذا التشهير الذي كان يقوم به الإمام شريح القاضي لشاهد الزور إنما كان لمصلحة العامة مما في هذا التشهير من انزجار وتخويف، وهو من قبيل السياسة الشرعية لعدم ورود الشرع بكيفية لها، وفي وصف ذلك

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق (٣٢٦/٨).

(٢) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٢٨٨/٢).

يقول الخادمي في " بريقة محمودية ": " والسياسة ما يفعله الحاكم لمصلحة العامة من غير ورود في الشرع فإذا رأى القاضي تشهير الراشي مصلحة للعامة تقليلاً للرشوة مع كثرتها في هذا الزمان، فإنه يثاب على ذلك ولو لم يرد كيف، وله أصل، وهو شاهد الزور " (١).

فقد جعل الخادمي التشهير بالراشي من السياسة الشرعية قياساً على التشهير بشاهد الزور بجامع اشتمال كل منهما على مصلحة العامة. ولا بد أن هذه المصلحة العامة هي مستند الإمام شريح القاضي في التشهير بشاهد الزور كما كانت مستند غيره من الفقهاء القائلين بتشهيره.

٧- رأيه في الطلاق بعد الإيلاء: اختلف العلماء في تكييف الطلاق الواقع بعد انتهاء مدة الإيلاء: فذهب بعضهم إلى القول برجعيته، وذهب آخرون إلى القول بأنه بائن. ممن ذهب إلى القول بأن الطلاق الواقع بعد انتهاء مدة الإيلاء بائن، الإمام شريح القاضي.

وحكى ابن حزم رأى الإمام شريح القاضي هذا بعد ذكر أن مسروقاً قال: إذا مضت الأربعة الأشهر بانت منك بتطبيقه - يخاطب المولى - وتعد بثلاث حيض فتخطبها إن شئت وشاءت، ولا يخطبها غيرك ثم قال ابن حزم: ورويناه أيضاً عن شريح (٢).

(١) انظر: بريقة محمودية، لمحمد بن الخادمي (٨٩/٤) دار إحياء الكتب العربية.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (١٨٤/٩) دار الفكر.

فَعُلِمَ أن رأى الإمام شريح القاضي أن الطلاق الواقع بعد انتهاء مدة الإيلاء بائن، فتبين الزوجة بتطبيقه واحدة بائنة ويحتاج الزوج لكى يعود إليها أن ينتظر انقضاء عدتها ثم يخطبها ويعقد عليها عقداً جديداً، بمهر جديد.

وقد خالف الإمام شريح القاضي بهذا الرأي الأصل في الطلاق، وهو أن يكون رجعيًا، ولا بد أن هناك دليلاً آخر استدل به جعله يخالف ما عليه الأصل في الطلاق، وهذا الدليل يوضحه الإمام ابن رشد بقوله: "فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي؛ لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن، وقال أبو حنيفة وأبو ثور: هو بائن؛ وذلك أنه إن كان رجعيًا لم يزل الضرر عنها بذلك؛ لأنه يجبرها على الرجعة، فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق.

فمن غلب الأصل قال: رجعي، ومن غلب المصلحة قال: "بائن"^(١). ولا بد أن الإمام شريحًا القاضي كان ممن غلبوا المصلحة؛ لأنه قال: بائن. وعليه يكون الإمام شريح القاضي يحتج بالمصلحة المرسلة، بل ويقدمها على الأصل إن تعارضوا، والله أعلم.

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (١٢١/٢) دار الكتب الإسلامية.

obeikendi.com

المبحث السابع
العرف عند الإمام شريح القاضي

❖ توطئه: تعريف العرف

❖ المطلب الأول: الاحتجاج بالعرف عند الأصوليين.

(١) أقسام العرف عند الأصوليين.

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج به.

❖ المطلب الثاني: موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالعرف.

obeikendi.com

المبحث السابع العرف عن الإمام شريح

❁ توطئة: تعريفه:

(أ) في اللغة: عند علماء اللغة العرف بأنه ضد المنكر، وهو المعروف بمعنى واحد، يقول صاحب اللسان: «والعرف والعارفة والمعروف واحد: ضد النكر، وهو ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به إليه»^(١).

(ب) في الاصطلاح: لم يكن الاختلاف بين الأصوليين في تعريف العرف كالاختلاف في غيره من الاصطلاحات في هذا الفن، فلقد جاءت تعريفاتهم للعرف متقاربة، ولعل من أحسنها ما نقله فضيلة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة عن الإمام النسفي عبد الله بن أحمد حيث قال: «العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن مصطلحي العرف والعادة كثيراً ما يستعملها الأصوليون بمعنى واحد؛ لأن مؤادهما واحد وفي بيان ذلك يقول ابن عابدين: «والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق، وإن اختلفا من حيث المفهوم»^(٣).

(1) انظر: لسان العرب لابن منظور (٢٤/٩).

(2) انظر: العرف والعادة لفضيلة الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة (ص ٨).

(3) انظر: نشر العرف لابن عابدين (ص ٣).

ولقد قال الشيخ أبو زهرة كلاماً قريباً من كلام العلامة ابن عابدين في كتابه (مالك)، وجزم فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلافاً في مصادر التشريع بأهما لفظان مترادفان في لسان الشرعيين⁽¹⁾.

(1) انظر: مالك للشيخ أبي زهرة (ص ٤٢٠)، ومصادر التشريع الإسلامي، لفضيلة الأستاذ عبد الوهاب خلاف (ص ١٤٥).

المطلب الأول

الاحتجاج بالعرف عند الأصوليين

يجدر بي قبل عرض موقف العلماء من الاحتجاج بـ«العرف» أن أذكر بعض تقسيماتهم له؛ ليسهل معرفة ماذا كانوا يقصدون بالعرف عندما تكلموا في الاحتجاج به.

(١) أقسام العرف عند الأصوليين:

❖ فالأصوليون قسموا العرف من عدة حيثيات منها:

١- تقسيم العرف من حيث من يصدر عنه: قسم الأصوليون العرف باعتبار من يصدر عنه إلى قسمين:

أ- عرف عام: وعرفه ابن عابدين بأنه ما تعامله عامة أهل البلاد، سواء أكان قديماً أو حديثاً^(١)، وذلك مثل الاستصناع، واستخدام لفظ الطلاق في الفرقة.

ب- وعرف خاص: وهو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعاً، وإنما كان مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر أو فئة دون أخرى مثل عرف التجار فيما يعد عيباً في السلع^(٢)، وقسم الشاطبي العرف والعادة من نفس الحثية إلى قسمين هما:

أ- العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها فمنها الواجب والمندوب والمكروه والمحرم.

(1) انظر: نشر العرف لابن عابدين (ص ٤).

(2) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٢٤٨).

ب- العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي^(١).

٢- تقسيم العرف من حيث سببه ومتعلقه:

❁ قسم الأصوليون العرف من هذه الحثية إلى قسمين:

أ- العرف اللفظي: وهو ما كان موضوعه استعمال بعض الألفاظ في معان تعرف الناس على استعمالها فيها^(٢). كاستعمال لفظ الفلوس للعملات الرائجة في مصر وغيرها.

ب- العرف العملي: وهو ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتاد الناس عليها في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية كتعارف الناس على أخذ المؤجل من الصداق في حالتي الموت أو الطلاق^(٣).

(٢) آراء العلماء في الاحتجاج بالعرف: أما موقف العلماء من الاحتجاج بالعرف بمعناه وأقسامه السابق ذكرهما:

فقد اتفقت المذاهب الأربعة على الاحتجاج بالعرف على وجه الإجمال، ويظهر ذلك بوضوح من خلال النصوص الواردة عن بعض علمائها، ومن ذلك:

❁ ما قاله ابن عابدين في (نشر العرف): حيث قال: «واعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة، هكذا ذكر فخر الإسلام، أنت هي كلام الأشباه. وفي

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (ص ٢٨٣).

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها، د. البغا (ص ٢٤٦).

(٣) انظر: السابق نفس الموضوع.

شرح الأشباه للبري قال في المشرع: الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي. وفي المبسوط: الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(١).

والإمام ابن عابدين من كبار محرري مذهب السادة الحنفية ولاشك أن النص السابق يكشف لنا بدقة موقف الحنفية من الاحتجاج بالعرف.

✽ ما قاله الشاطبي المالكي في (الموافقات) حيث قال - بعد ذكره التقسيم السابق ذكره عنه-: العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً^(٢).

✽ وما قاله السيوطي من الشافعية في (الأشباه والنظائر) حيث قال: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف، رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة» ثم ذكر بعض المسائل التراجع فيها الشافعي والرافعي - رحمهما الله - للعرف والعادة^(٣).

ونقل الحافظ ابن حجر عن القاضي الحسين من الشافعية أن الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام يترتب عليه الأحكام^(٤).

✽ وما قاله الإمام ابن قيم الجوزية في (إعلام الموقعين) حيث قال بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف في الفصل الذي عقده لتغير الفتوى فقال في آخره: «وهذا محض الفقه - أي القول بعدم تغير الفتوى للأعراف والعادات - ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتههم وأمكتتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طيب الناس كلهم على

(1) انظر: نشر العرف لابن عابدين (ص ٣).

(2) انظر: الموافقات للشاطبي (٢/٢٨٤-٢٨٦).

(3) انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٩٩).

(4) انظر: فتح الباري لابن حجر (٤/٤٠٦).

اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب الطب على أبدانهم؛ بل هذا الطيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل، أضر على أديان الناس وأبدانهم، والله المستعان»^(١).

ولعل كل هذه النصوص عن أصحاب المذاهب الأربعة هي التي جعلت فضيلة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة يقول: «اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرفن وجعلوه أصلاً ينبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه»^(٢).

(1) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٦٦/٣)، دار الحديث.

(2) انظر: العرف والعادة لأبي سنة (ص ٢٣).

المطلب الثاني

موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالعرف

أما موقف الإمام شريح من الاحتجاج بالعرف فقد كان -رحمه الله- ممن يحتجون بالعرف دل على ذلك نماذج كثيرة من فقهه اخترت بعضها، وهي:

١- قوله للغزاليين: فقد روى وكيع بسنده عن ابن سيرين أن شريحاً كان مما يقول إذا قالوا: سنتنا بيننا يقول: سنتكم بينكم، إذا كان البيع حلالاً^(١).

فالإمام شريح في هذا الأثر يجعل سنة الغزاليين أي عاداتهم وعرفهم بينهم جائزة فيما يقرونه من أحكام؛ وذلك لأنه رأي أن العرف صالح لكي يعتمدوا على أحكامه في تنظيم علاقتهم فيما بينهم.

ومما يدل على أن الإمام شريحاً كان عاملاً ومحتجاً بالعرف في هذا الأثر ما ذكره الإمام البخاري في كتاب (اليبوع) من الصحيح حيث قال: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والميزان وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وقال شريح للغزاليين سنتكم بينكم ربجاً»^(٢).

فصنيع الإمام البخاري في هذه الترجمة يعني أن الإمام شريحاً ممن كانوا يجرون أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، وهذا ما ذكره الإمام العيني

(1) انظر: أخبار القضاة لو كيع (٣٢٩/٢).

(2) انظر: صحيح البخاري (٧٦٩/٢) دار ابن كثير، اليمامة.

في شرحه لصحيح البخاري حيث قالك «ستتكم بينكم» يعني عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة⁽¹⁾.

فالنصوص التي ذكرتها عن الأئمة في تفسير قول الإمام شريح كلها تؤكد عمل الإمام شريح في إجازته لعمل الغزاليين بسنتهم وعادتكم فيما بينهم، وكلها تؤكد احتجاجه بالعرف في ذلك.

❁ **قوله في الفرس المهقوع:** قد تتغير الأعراف فيصير الحسن قبيحاً، وهذا ما حدث مع صفة الهقوع وهي دائرة بجانب الفرس، فقد كانت مستحبة عند العرب ولكنها طراً على ذلك الاستحباب ما يعكسه ويغيره، فصارت صفة مذمومة في الفرس، ولقد كان للإمام شريح موقف من هذا التغير يكشف بجلاء عن مدى احتجاجه بالعرف والعادة، وذلك الموقف يحكيه الإمام الونشريسي في كتابه (المعيار المعرب) فيقول:

«والأصل أن كل ما حط القيمة يجب الرد، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار، ورأيت لشريح رحمته الله في بعض ما قضى به ما هو أشد الأشياء مطابقة لهذه النازلة التي نحن بسيلها، ولها مقدمة وهي من تمام بياها: وهي أن أبا عبيدة معمر بن المثنى قال: كانت العرب تستحب الهقعة في الفرس -وهي دائرة في جنب الفرس- قالوا: لأن أهنأ الخيل المهقوع حتى أراد رجل شراء فرس مهقوع، فامتنع صاحبه من بيعه فقال:

إذا عرف المهقوع بالفرس انغظت حليلة واشتد حراً عجانها وتركت النصف الثاني لأنه أقذع فيه. قال: فكان مكروهاً بسبب هذا البيت بعد أن كان مستحباً. قال الحاكمي عن أبي عبيدة وهو أبو محمد

(1) انظر: عمدة القاري، للعيني (١٦/١٢).

ابن السيد. أن رجلاً اشترى فرساً فوجده مهقوعاً فخاصم بائه إلى شريح: فأوجب شريح على بائه أخذ فرسه ورد الثمن. فقا له البائع: أيمنع هذا الشيء من مطعم أو مشرب أو ينقص من قوة أو جري؟ فقال: لا. قال البائع: أفمن أجل قول شاعر زعم ما زعم وتقول ما شاء ترده عليّ؟! فقال شريح: صار عيباً عند الناس فخذ فرسك ودعني من هذا»⁽¹⁾.

(1) انظر: المعيار المعرب، للونشريسي (٢٠٨/٥).