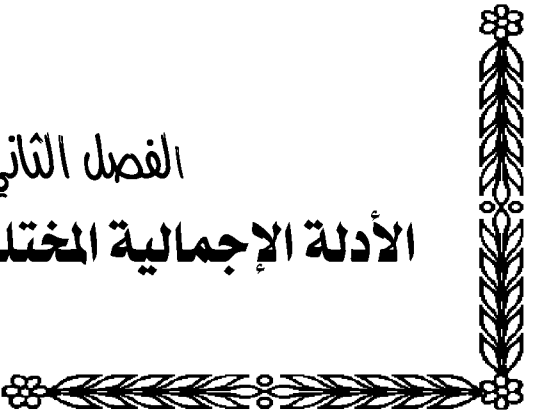

الفصل الثاني
الأدلة الإجمالية المختلف في صحتها

المبحث الأول
أخذ ابن أبي ليلى بعمل أهل الكوفة

اشتهر عن مالك أنه كان يأخذ بعمل أهل بلده : المدينة . والحقيقة أن مراعاة عمل أهل البلد وما عليه فقهاؤها لا يخص مالكا وحده ، بل كان ذلك قبل الشافعي منهجا سائدا في القضاء والفتوى . واشتهار الإمام مالك بالأخذ بعمل أهل المدينة دون غيره يرجع في نظري إلى أسباب ، أهمها أن مالكا – جعله أصلا قائما بذاته ، له ملامح واضحة ، وأكثر من ذكر ذلك في موطئه ؛ وأنه اعتبر الناس تبعا للمدينة وأهلها ، لما ورد في فضلها من نصوص عن رسول الله ﷺ .

قيل لإبراهيم النخعي ، أحد فقهاء الكوفة : يا أبا عمران ، أما بلغك حديث عن النبي ﷺ تحدثنا؟ قال : « بلى ، ولكن أقول : قال عمر ، وقال عبد الله ، وقال علقمة ، وقال الأسود ، أجد ذلك أهون علي »[(١)] .

وقال الشعبي وقد سئل عن حديث ـ وقيل إنه يرفع إلى النبي ﷺ ؟ قال : لا ، على من دون النبي ﷺ أحب إلينا ، فإن كان فيه زيادة أو نقصان كان على من دون النبي ﷺ[(٢)] .

وتقرأ كلاما لا بن أبي ليلى في مصنف عبد الرزاق ، في خاتمته إشارة إلى تأكيد ما قررته : « قال ابن جريح : قال لي محمد بن أبي ليلى : إن مات رجل ، وكانت له جارية لها ولد ، يشهد به ذوا عدل من الورثة أن أباهم قد ألحقه واعترف به ، فهو وارث معهم . وإن كانا رجلين ابني المتوفى ، شهد أحدهما أن أباه قد استلحقه ، وأنكر الآخر ، فيقول ويختلف فيها (كذا) ، نقول : للذي أنكر شطر الميراث ،

---

(١) طبقات ابن سعد ٦/ ٢٧٢ .

(٢) الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف ص٣٥ وص ٥٧ .

وللذي اعترف وشهد : ثلث الميراث ، وللذي ادعي سدس الميراث ، سدسه في شطر الذي اعترف وشهد ، وسدسه الآخر في شطر الذي أنكر ، فلم يعترف ولم يشهد به . قلت : وكذلك يقولون في الذي يعترف به بعض الورثة ، ويقضون بحصة ما ورثوا؟ قال : نعم . قلت : إن كان رجلان ورثا مائة دينار ، فشهد أحدهما أن على صاحبه عشرة دنانير ، وأنكر الآخر ، قضى الذي شهد خمسة . قال محمد : لا يرفع [١] شيئا من هذا إلى أصحاب النبي ﷺ ، ولكن إلى فقهائنا دون ذلك » [٢] .

فالعادة ـ إذن ـ أن الفقهاء كانوا يقلدون من سبقهم من العلماء : الصحابة فمن بعدهم . والغالب كذلك أن كل جماعة من فقهاء البلد تختار تقليد عالم من علمائها السابقين لا تعدوه إلا بدليل صحيح صريح . قال ابن عبد البر : « وأما جمهور أهل العراق فيذهبون إلى قول علي في فرائض المواريث لا يعدونه إلا باليسير النادر ، كما صنع أهل الحجاز بمذهب زيد في ذلك (أي في فرائض المواريث) . ومن خالف زيدا من الحجازيين أو خالف عليا من العراقيين فقليل . وذلك لما يرويه مما يلزم الانقياد إليه » [٣] .

وقال ابن القيم : « فأما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر ، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس ، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود» [٤] .

ويمكن أن نضع كلام الأستاذ أبي منصور البغدادي الذي أدرجته في مبحث قول الصحابي : في هذا السياق : فكل مسألة انفرد فيها علي بقول عن سائر الصحابة تبعه

---

(١) كذا ، والظاهر : لا نرفع ، بدليل قوله «شيئا» على النصب .

(٢) المصنف ١٠/ ٢٩٠ ، ٢٩١ رقم ١٩١٣٩ .

(٣) الاستذكار لا بن عبد البر ١٥/ ٤٣٢ ف٢٢٦٤٥ .

(٤) إعلام الموقعين ١/ ٢٢ .

فيها ابن أبي ليلى (لكن ليس دائما) ، والشعبي ، وعبيدة السلماني ، وكل مسألة انفرد فيها زيد بقول تبعه الشافعي [١] ، ومالك في أكثره ، وتبعه خارجة بن زيد لا محالة . وكل مسألة انفرد فيها ابن مسعود تبعه علقمة والأسود وأبو أيوب [٢] .

وفي كتاب سير الأوزاعي ، يلفت نظرك عبارة للأوزاعي تتكرر كثيرا وهي قوله : « لم يزل المسلمون يفعلون كذا » أو نحوها . وقد رد عليه أبو يوسف مرة فقال : « ليس يؤخذ في الحكم في الحلال والحرام بمثل هذا أن يقول : لم يزل الناس على هذا . فأكثر ما لم يزل الناس عليه مما لا يحل ولا ينبغي مما لو فسرته لك لعرفته وأبصرته : عليه العامة ، مما قد نهى عنه رسول الله ﷺ ، إنما يؤخذ في هذا بالسنة عن رسول الله ﷺ وعن السلف من أصحابه ، ومن قوم فقهاء » [٣] .

ومن الذين نصوا على شيوع هذا الأصل عند العلماء قبل الشافعي ولي الله الدهلوي ، قال : «وإنه إذا اختلفت مذاهب الصحابة والتابعين في مسألة ، فالمختار عند كل عالم مذهب أهل بلده وشيوخه ، لأنه أعرف بصحيح أقاويلهم من السقيم ، وأوعى للأصول المناسبة لها ، وقلبه أميل إلى فضلهم وتبحرهم » . وقال : « فإن اتفق أهل البلد على شيء أخذوا عليه بالنواجذ ، وهو الذي يقول في مثله مالك :

---

(١) الشافعي هو من أول من انتقد هذا الأصل ـ أعني عمل أهل البلد ـ وإذا كان للشافعي تقليد لزيد ، فإنما هو في الفرائض لقوله ﷺ : « **أفرضكم زيد** » . قال إمام الحرمين في النهاية : اختار الشافعي أن يتبع مذهب زيد ، ولم يضع لذلك كتابا في الفرائض لعلمه بعلم الناس بمذهب زيد ، وإنما نص في مسائل متفرقة في الكتاب فجمعها المزني ، وضم إليها مذهب زيد في المسائل ، ولم يقل : « تحريت مذهب الشافعي » ، كقوله في أواخر كتب مضت ، فإن التحري اجتهاد ، ولا اجتهاد في النقل . البحر المحيط ٦/ ٦٣ .

(٢) البحر المحيط ٦/ ٧٠ .

(٣) كتاب سير الأوزاعي في الأم ٧/ ٣٧٢ ، باب « بيع السبي في دار الحرب » . وكلام أبي يوسف يؤكد ما قررته ولا ينفيه ، لقوله : « ومن قوم فقهاء » . والله أعلم .

السنة التي لا اختلاف فيها عندنا كذا وكذا . وإن اختلفوا أخذوا بأقواها وأرجحها ، إما لكثرة القائلين به ، أو لموافقته لقياس قوي ، أو تخريج من الكتاب والسنة . وهو الذي يقول في مثله مالك : هذا أحسن ما سمعت »[١] . وقال : « وكان أبو حنيفة ﷺ ألزمهم بمذهب إبراهيم وأقرانه ، لا يجاوزه إلا ما شاء الله ، وكان عظيم الشان في التخريج على مذهبه » ، إلى أن قال : « وإن شئت أن تعلم حقيقة ما قلناه فلخص أقوال إبراهيم من كتاب الآثار لمحمد ~ وجامع عبد الرزاق ومصنف أبي بكر بن أبي شيبة ، ثم قايسه بمذهبه تجده لا يفارق تلك المحجة إلا في مواضع يسيرة ، وهو في تلك اليسيرة أيضا لا يخرج عما ذهب إليه فقهاء الكوفة»[٢] .

وحتى في مجال الآثار كان الرجل «لا يتمكن إلا من جمع حديث بلده وأصحابه»[٣] .

ولقد سار ابن أبي ليلى ، على غرار عادة فقهاء عصره ، على هذا السنن كما سنرى ، ولم تنخرم هذه القاعدة إلا بعد أن تم جمع أحاديث الأمصار ، وأقوال الصحابة والتابعين ، فاجتمع للعلماء « ما لم يجتمع لأحد قبلهم ، وتيسر لهم ما لم يتيسر لأحد قبلهم ، وخلص لهم من طرق الحديث شيء كثير»[٤] ، فطفقوا لا يتقيدون في الفتوى والقضاء « بقوم دون قوم ، ولا بلد دون بلد ، كما كان يفعل من قبلهم »[٥] .

نعود بعد هذا الاستطراد الذي كان لابد منه إلى منهج ابن أبى ليلى في الأخذ بعمل أهل بلده ، فلقد كان يراعيه في أقضيته وفتاواه ما أمكن ، لكنه قد يخرج عن هذا الأصل لدليل ترجح لديه .

---

(١) الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي ص ٣٦ ،٣٧ .

(٢) السابق ٣٩ .

(٣) السابق ص٤٨ .

(٤) السابق ص٤٨ .

(٥) السابق ص٥٠ .

بعض المسائل التي راعى فيها عمل أهل بلده :

١ ـ سجود السهو كله بعد السلام عند ابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن حي ، وأبي حنيفة ، وبه قال النخعي ، وهو مروي عن علي ، وابن مسعود ، وسعد بن أبي وقاص ، وعمار ، وعمران بن حصين ، والمغيرة بن شعبه ، والضحاك بن قيس . قال بن عبد البر : « وحجتهم في القيام من اثنتين حديث المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قام من اثنتين ، وسجد بعد السلام ، وحديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ سجد بعد السلام ، إذ صلى خمسا » [(١)] .

٢ ـ مذهب ابن أبي ليلى أن يصلى بعد صلاة العيد ، ولا يصلى قبلها . قال الإمام أحمد : أهل المدينة لا يتطوعون قبلها ولا بعدها ، وأهل البصرة يتطوعون قبلها وبعدها ، وأهل الكوفة لا يتطوعون قبلها ويتطوعون بعدها [(٢)] .

٣ ـ ويتمسك بما عليه العمل أكثر عندما يكون عاما ، ساريا في أحوال الناس ، آخذا به عامة العلماء ، كعدم كراهيته للقضاء في المسجد ، قال مالك : القضاء في المسجد من أمر الناس القديم [(٣)] .

٤ ـ ونظير المسألة السابقة عدم إجازته شهادة العبيد . « وظهرت الخوارج على الكوفة وهو يتولى القضاء بها فأمروه بقبول شهادة العبيد ، وبأشياء ذكروها له من آرائهم كان على خلافها ، فأجابهم إلى امتثالها ، فأقروه على القضاء ، فلما كان في الليل ركب راحلته ، ولحق بمكة . ولما جاءت الدولة الهاشمية ردوه إلى ما كان عليه من القضاء على أهل الكوفة » [(٤)] .

---

(١) الاستذكار ٤/ ٣٧٩ .

(٢) المغني ٢/ ٣٨٩ .

(٣) المغني ٩/ ٤٥ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٩٥ .

في مقابل ذلك كان يجيز شهادة المبتدعة . وقياس قوله يقتضي أن تقبل شهادة العبيد من باب أولى إذا ثبتت عدالتهم .

٥ ـ وقد يكون العمل الذي راعاه ابن أبي ليلى عبارة عن فتيا ألزم بها السلطان العامة ، وإن كان هو من الناحية العلمية يخالفها . أوضح ذلك بما جاء في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : «وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، وهي بعده للشريك الذي قاسم ، والطريق واحدة بينهما ، وهي بعده للجار الملاصق . وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء : فهم شركاء في الشفعة . وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب إليه أبو العباس أمير المؤمنين يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم ، فأخذ بذلك ، وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم . وهذا قول أهل الحجاز . وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهما »[(١)] .

قلت : وهذا الذي أمر به أبو العباس ابن أبي ليلى هو الراجح الذي عليه الجمهور ، والموافق للسنة ، لحديث جابر : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[(٢)] . والله أعلم .

من المسائل التي خالف فيها سائر الكوفيين :

إن أعتقت الأمة تحت حر فإن ابن أبي ليلى كان يقول : لا خيار لها . وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وسليمان ابن يسار ، وأبي قلابة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأحمد .

وجهه أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم[(٣)] . ولأن بريرة إنما أعطاها الرسول ﷺ الخيار ، لأنها كانت تحت عبد[(٤)] .

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١١٥ .

(٢) ينظر الحديث في صحيح البخاري ، كتاب الشفعة ، ح٢٢٥٧ .

(٣) المغني ٦/ ٦٥٩ .

(٤) ينظر الأم ٥/ ١٣١ ، وصحيح البخاري مع الفتح ١٠/ ٥١٠ ، كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة تحت العبد .

قال بن حجر : « وذهب الكوفيون إلى إثبات الخيار لمن عتقت ، سواء كانت تحت حر أم عبد ، وتمسكوا بحديث الأسود بن يزيد عن عائشة أن زوج بريرة كان حرا » .

ثم شرع في تضعيف هذه الرواية [١] . وبهذا يتم هذا المبحث ، ولله الحمد والمنة .

(١) ينظر فتح الباري ١٠/ ٥١١ . قلت : وقد يقصد بالكوفيين أبا حنيفة وأصحابه . والله أعلم .

المبحث الثاني
قول الصحابي ليس بحجة

أقوال الصحابة قسمان :

القسم الأول : ما ليس للرأي فيه مجال ، فالظاهر أنه من قبيل المرفوع . ونمثل له من فتاوى ابن أبي ليلى بما إذا أصاب الرجل حماما من حمام الحرم أن عليه شاة . وسمع أبو يوسف ابن أبى ليلى يقول في ذلك عن عطاء بن أبي رباح : شاة [١] . وهو في الحقيقة قول عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر [٢] . وليس هناك حديث مرفوع يدل على هذا ، ولذلك قال أبو حنيفة : عليه قيمته [٣] .

ومن أمثلة ذلك أيضا أن ابن أبي ليلى كان يقول : إشعار البدن في السنام من الجانب الأيسر . ومستنده في ذلك فعل ابن عمر [٤] .

القسم الثاني : ما كان للرأي فيه مجال ، وهو الغالب عند الإطلاق . وهو نوعان :

النوع الأول : قول الصحابي الذي ليس له مخالف ، فإن اشتهر بين الصحابة ، ولم ينكروه ، فجمهور الفقهاء والأصوليين على أنه إجماع وحجة [٥] . وإن لم يشتهر ، فهذا ـ والله أعلم ـ هو الذي ينبغي أن يكون فيه الخلاف ، هل هو حجة أم لا [٦] ؟

والذي يهمنا هو خلاف الأئمة المتبوعين ، ورجوعنا إلى كتب الأصول لا يفيد

---

(١) لقد صرح ابن أبي ليلى ـ كما سبق في الباب الأول ـ بأن عطاء كان أعلم الناس بالحج .

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٥ . وينظر البحر المحيط ٥/ ٦٣ .

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٥ ، والاختيار ١/ ١٦٧ . وينظر المغني ٣/ ٥١٨ .

(٤) ينظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٤ ، والمغني ٣/ ٥٤٩ .

(٥) ينظر إعلام الموقعين ٤/ ١٥٤ ، والبحر المحيط ٦/ ٦١ .

(٦) أما النوع الثاني ـ وهو ما عرف أن له مخالفا من الصحابة ـ فلا ينبغي أن يكون فيه الخلاف أنه ليس بحجة . والله أعلم .

الغرض ، لأن النقول فيه متضاربة ، لذلك ارتأيت أن أكتفي في نقل الخلاف بنص للشافعي من الرسالة ، لأنه الأقرب إلى فترة القرون الأولى :

قال مناظر الشافعي : « أفرأيت إذا قال الواحد منهم (أي الصحابة) القول لا يحفظ عن غيره منهم فيه له موافقة ولا خلافا : أتجد لك حجة باتباعه في كتاب أو سنة ، أو أمر أجمع الناس عليه ، فيكون من الأسباب التي قلت بها خبرا ؟ » .

قال له الشافعي : « ما وجدنا في هذا كتابا ولا سنة ثابتة [١] . ولقد وجدنا أهل العلم يأخذون بقول واحدهم مرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقوا (كذا) في بعض ما أخذوا به منهم » [٢] .

قال مناظره : « فإلى أي شيء صرت من هذا ؟ » .

قال الشافعي : « الى اتباع قول واحد ، إذا لم أجد كتابا ولا سنة ولا إجماعا ، ولا شيئا في معناه يحكم له بحكمه ، أو وجد معه قياس . وقل ما يوجد من قول الواحد منهم لا يخالفه غيره من هذا» [٣] .

فأهل العلم ـ إذن ـ يأخذون بقول واحدهم مرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقون في بعض ما أخذوا به منهم .

---

(١) وهذا من أوضح الأدلة على أن الشافعي لا يعتبر قول الصحابي حجة ، وبهذا النص ينحل كثير من الإشكال الموجود في كتب الأصول . على أن المطالع لنصوص الشافعي في « الرسالة» و« الأم» يخرج بنتيجة ، وهي أن الشافعي يقدم رأي الصحابي على رأيه ويقلده دون أن يعتبره حجة . ينظر الرسالة ص ٥٠٨ ف ١٤٦٨ ، وص ٥١٠ ف ١٤٧١ ، والأم ٧/ ٢٤٤ باب في الأقضية ، و٧/ ٢٤٨ ، باب القضاء في الضرس والترقوة والطلع ، و٣/ ٧٩ باب بيع الآجال ، وكتاب اختلاف الحديث في الأم ٨/ ٦١٩ و ٦٢٠ ، باب الخلاف في الساعات التي تكره فيها الصلاة ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي ١/ ١٠٧ ، تح : سيد كسروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١٩٩١م .

(٢) الضمير في «منهم» راجع إلى الصحابة . كتبه محقق « الرسالة « الشيخ أحمد شاكر .

(٣) الرسالة ص٥٩٧ ف ١٨٠٧ـ١٨١١.

أما فيما يخص ابن أبي ليلى فإن الزركشي قال في البحر المحيط : « قال الأستاذ أبو منصور البغدادي في كتاب الأصول الخمسة عشر : أربعة من الصحابة تكلموا في جميع أبواب الفقه ، وهم : علي ، وزيد ، وابن عباس ، وابن مسعود . وهؤلاء الأربعة متى أجمعوا على مسألة على قول ، فالأمة فيها مجمعة على قولهم ، غير مبتدع لا يعتد بخلافه . وكل مسالة انفرد فيها علي بقول عن سائر الصحابة تبعه فيها ابن أبى ليلى [(١)] ، والشعبي ، وعبيدة السلماني . وكل مسألة انفرد فيها زيد بقول تبعه الشافعي ومالك في أكثره . وتبعه خارجة بن زيد لا محالة ، وكل مسألة انفرد بها ابن مسعود تبعة علقمه ، والأسود ، وأبو أيوب » [(٢)] .

وهذا الكلام لا ينطبق تمام الانطباق على منهج ابن أبى ليلى بل أخذ بقول علي إذا انفرد مرة وتركه أخرى ، بل إنك تجده يخالفهم جميعا ، بل تجده يخالف الإجماع [(٣)] . وإليك البيان :

بعض المسائل التي وافق فيها عليا :

١ ـ يسن القنوت في صلاة الصبح عند ابن أبي ليلى ، وهو مذهب علي ، ومالك ، والشافعي ، وروي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود عدم سنية ذلك . وبه قال أبو حنيفة [(٤)] .

٢ ـ من سبقه الحدث في صلاته : بولا كان أو غائطا أو رعافا أو ريحا ، فإنه

---

(١) هل هو محمد أو عبد الرحمن أبوه؟ الظاهر الأول . لكن الجواب على هذا السؤال ليس ذا شأن هنا ، لأننا لا نقرر ـ إن شاء الله ـ إلا ما عضدته الأمثلة من الفروع .

(٢) البحر المحيط ٦/ ٧٠ .

(٣) على ما هو موجود في كتاب الإجماع لابن المنذر في النخل المؤبر ص١٠٣ ف٤٨٢ ، وفي ضمان اللبن في المصراة ص١٠٣ ف٤٨٣ ، وفي مسألة الشركة بالعروض ص١٠٩ ف٥١٨ .

(٤) ينظر الاستذكار ٦/ ٢٠٠، ٢٠١ . وينظر المصنف ٣/ ١١٥ ، رقم ٤٩٧٤ ، وينظر كذلك اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٤٨ ، وفيه أن «عليا ﷺ قَنَت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك ، وقنت معاوية بالشام يدعو على علي ﷺ فأخذ أهل الشام عنه ذلك » .

ينصرف ويتوضأ ، ويبني على ما قد صلى . وروى الكوفيون ذلك عن علي . لكن ابن عبد البر قال : « الا أن أكثر الأحاديث عن علي ليس فيها إلا ذكر القيء والرعاف لا غير ، ولا يصح عنه البناء إلا في القيء و الرعاف » [١] .

٣ ـ يجوز للرجل أن يغسل امرأته كما جاز أن تغسله؛ لأن عليا غسل فاطمة { . قال في المغني : « واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكروه ، فكان إجماعا » [٢] .

٤ ـ إذا تزوجت المرأة وزوجها غائب ، كان قد نعي إليها ، فولدت من زوجها الآخر ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال ابن أبي ليلى : « الولد للآخر ، لأنه ليس بعاهر ، والعاهر الزاني ، لأنه متزوج . وكذلك بلغنا عن علي بن أبى طالب ﷺ » [٣] . قال بن المنذر : « وكل من نحفظ عنه يقول : إن الولد للآخر ، إلا النعمان ، فإنه زعم أن الولد للأول ، لأنه صاحب الفراش » [٤] . قال : «وقد روينا عن علي بن أبي طالب أنه قضى بالولد للثاني » [٥] .

٥ ـ ويوافق ابن أبي ليلى عليا فيما إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق البتة ، أو أنت علي حرام : في أنها ثلاث تطليقات دون أن يسأله عن نيته [٦] .

٦ ـ ووافقه في امرأة المفقود في أنها لا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته [٧] .

٧ ـ وإذ ارجع الرجل عن شهادته بالزنى وقد رجم صاحبه بها ، فإن ابن أبي ليلى

---

(١) الاستذكار ٢/ ٢٧٣، ٢٧٤ ، وينظر المعونة ١/ ٢٨١ ، والمغني ٢/ ١٠٣ .

(٢) المغني ٢/ ٥٢٤ ، والاستذكار ٨/ ١٩٧ و ١٩٩ .

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٥ .

(٤) الإشراف ١/ ٨٩ ط دار الفكر .

(٥) الإشراف ١/ ٢٣٢، ٢٣٣ .

(٦) وروي عن علي شيء آخر . ينظر الإشراف ١/ ١٥٢ . و المسألة مبسوطة في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٦ .

(٧) الإشراف ١/ ٨٦ ، والمغني ٧/ ٤٨٨ـ٤٩٠ .

كان يقول : أقتله ، فإن رجعوا أربعتهم قتلتهم ولا نغرمهم الدية [١] . واحتج له ابن قدامة بأن « عليا ﷺ شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة ، فقطعة ، ثم عادا فقالا : أخطأنا ، ليس هذا هو السارق ، فقال علي : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما . ولا مخالف له في الصحابة ، فيكون إجماعا » [٢] .

٨ ـ وفي الفرائض اتبع ابن أبي ليلى طريقة علي في كيفية توريث الإخوة مع الجد : « انه بمنزلة أحد الإخوة ما لم تنقصه المقاسمة من السدس ، فيعطى السدس ، ولم ينقص منه شيء » [٣] .

٩ ـ وكان ابن أبي ليلى يقول : على المدعي « اليمين مع شهوده على قول علي بن أبي طالب ﷺ » [٤] .

بعض المسائل التي خالف فيها عليا :

١ ـ إذا قال الرجل لامرأته ـ ولم يدخل بها ـ : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فإن ابن أبي ليلى كان يقول : عليها الثلاث ، إذا كانت من الرجل في مجلس واحد .

قال الشافعي : « طلقت بالتطليقة الأولى ، ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان » . وهو قول أبي حنيفة ، وروي عن عمر بن الخطاب ، وعلي ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وإبراهيم ؛ «لأن امرأته ليست عليها عدة ، فقد بانت منه بالتطليقة الأولى ، وحلت للرجال ، ألا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجا كان نكاحها جائزا؟ فكيف يقع عليها الطلاق ، وهي ليست بامرأته ،

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٣٢ .

(٢) المغني ٩/ ٢٤٧ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٨٢ (البقرة ١٣٢) . وقد سبق تفصيل المسألة في كتاب الفرائض من هذا البحث .

(٤) المبسوط ٣٠/ ١٥٤ . وينظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٣٥ .

وهي امرأة غيره؟ »[١] .

ومعنى هذا أن ابن أبي ليلى لم يخالف عليا وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر فحسب ، بل خالف القياس الصحيح . والله أعلم .

٢ ـ وإذا خير الرجل امرأته ، أو ملكها أمرها فاختارت نفسها ، فإن ابن أبي ليلى كان يقول : هي واحدة ، يملك بها الرجعة ، وإن اختارت زوجها فلاشيء ، وروي عن عمر وابن مسعود وابن عباس[٢] . قال الشافعي : إن طلقت نفسها تطليقه فهو يملك الرجعة .

وروى عن علي أنها واحدة بائنة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء . وبه قال أبو حنيفة . وروي عن زيد بن ثابت أنها إن اختارت نفسها تكون ثلاثا ، وهو مذهب مالك ، قال : وإن طلقت نفسها واحدة لم يقع شيء[٣] .

٣ ـ و كان ابن أبي ليلى يقيم الحد على المرأة وهي قائمة . وروي عن علي أنه قال : تضرب المرأة جالسة ، والرجل قائما .

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٦ .

(٢) رأي ابن عمر وابن مسعود وابن عباس كما في المغني ٧/ ١٤٢ : إذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة .

(٣) ينظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٦ ، والإشراف ١/ ١٥٨ ، وأحكام القرآن للجصاص ٣/ ٣٥٨ ، والمغني ٧/ ١٤٢ .

مما سبق نستنتج ما يلي :

* أن ابن أبي ليلى لا يرى قول الصحابي حجة .

* أنه يميل إلى تقليد علي في الغالب .

* أنه في بعض الأحيان يخالفه ، بل ويخالف ابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت جميعا .

* أنه بسلوكه هذا المنهج يؤكد السلوك الفقهي الشائع قبل مجيء الشافعي ، وذلك أنه لا يطبق منهجا صارما لا يخرج عنه ، وإنما يسطر لنفسه أصولا يسير عليها ، وفي بعض الأحيان ـ لمسوغات ـ لا يحترمها . والله أعلم .

المبحث الثالث
المصالح المرسلة

المصالح ثلاثة أقسام : قسم شهد له الشرع بالاعتبار ، فهذا لا اختلاف فيه بين العلماء القائلين بالقياس [١] . وقسم شهد له الشرع بالإلغاء ، فهذا لا خلاف في رده . وقسم ثالث ، وهو الذي لم يشهد له الشرع لا بالاعتبار ، ولا بالإلغاء ، ولكنه يلائم جنس تصرفات الشرع ، وهو المسمى عند الأصوليين « بالمصالح المرسلة » ، ويلقب بـ«الاستدلال المرسل» [٢] .

والمشهور اختصاص مالك ~ بها ، ولكن يوجد في فقه ابن أبى ليلى ما يفيد أنه يأخذ بها هو أيضا :

١ ـ من ذلك تضمين الصناع ، وإن لم تجن أيديهم ، وفاقا لمالك [٣] . قال أبو يوسف : « هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب » [٤] . قال الربيع : « الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم ، ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الصناع » [٥] .

وتضمين الصناع هو مذهب الخلفاء الراشدين ، وقد نص علي بن أبي طالب ﷺ

---

(١) قال الزركشي : « والمراد بالاعتبار إيراد الحكم على وفقه ، لا التنصيص عليه ، ولا الإيماء إليه ، وإلا لم تكن العلية مستفادة من المناسبة ، وهو المراد بقولهم : شهد له أصل معين» . البحر المحيط ٥/ ٢١٤ .

(٢) ينظر البحر المحيط ٦/ ٧٦ .

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٠١ ، والمغنى ٥/ ٥٣٤ .

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٠١ .

(٥) السابق ٧/ ١٠٢ . قلت : من المعلوم أن من أصول الشافعي عدم القول بالاستدلال المرسل ، فالشرع عنده إما نص أو حمل على النص .

على ما يدل أن مبنى القول في تضمينهم المصلحة ، قال : « لا يصلح الناس إلا ذاك » [١] .

وقد طعن الشافعي في صحة نسبة هذا القول إلى علي ، قال : « وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ضمن الغسال والصباغ ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك » ـ وذكر سنده ، ثم قال : «ويروى عن عمر تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا . ولم نعلم واحدا منهما يثبت . وقد روي عن علي بن أبى طالب أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء ، من وجه لا يثبت مثله » [٢] .

والمهم عندي هو إثبات أن تضمين الصناع أساسه المصلحة . إلا أن الشافعي رأى أن من ضمن الصناع قاس ذلك على العارية . ثم أورد الاعتراض على هذا القياس [٣] .

وروى الشافعي أن شريحا ضمن قصارا احترق بيته ، فقال : تضمنني وقد احترق بيتي؟ فقال شريح : أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك؟ [٤] .

وتضمين الصناع مخالف للقياس الصحيح ، إذ الأصل أن يد الصانع على الأمانة ، كالمضارب ، والشريك ، والمستأجر ، لأن الصانع يقبض العين بعقد الإجارة ، بإذن مالكها ، لنفع يعود على المالك [٥] .

وقياسها على العارية بعيد ، إذ المعار إليه يأخذ العارية لنفع نفسه فقط ، فافترقا . فلم يبق في التضمين إلا تحقيق مصلحة راعت الشريعة جنسها ، لأن عدم تضمين

---

(١) الاعتصام للشاطبي ٢/ ٢٨٧ـ٣٠٢ .

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٠٢ .

(٣) السابق ٧/ ١٠٢ .

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٠٢ .

(٥) ينظر المغني ٥ / ٥٣٤ .

الصناع قد يغريهم على التهاون في حفظ أموال الناس . والله أعلم .

٢ ـ ومن ذلك عدم تسليط الجد على إجبار البكر البالغ ، وعدم تزويجه للصغيرة [١] مع أن الجد أب ، فالقياس أن يكون له ما للأب .

وجه المصلحة عند ابن أبي ليلى أن النظر والشفقة يكونان أكثر في الأب . والجد قاصر الشفقة .

وهذا الاعتبار موجود لدى الأحناف ، وإن خالفوا في المسألة من بعض الوجوه [٢] قال في الاختيار : « النكاح يتضمن المصالح ، وذلك يكون بين المتكافئين ، والكفء لا يتفق في كل وقت ، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة . والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع (الأب والجد وغيرهما) إلا أن شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لا خيار فيه ، وشفقة غيرهما لمن قصرت عنهما ، قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فإن رآه غير مصلحة فسخه » [٣] .

٣ ـ ومن ذلك ما جاء في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : « وإذا أثبت القاضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ، ثم رفع إليه ذلك ، وهو لا يذكره ، فإن أبا حنيفة ~ كان يقول : لا ينبغي له أن يجيزه ، وكان ابن أبي ليلى ~ يجيز ذلك ، وبه يأخذ «أي أبو يوسف» . قال أبو حنيفة ~ : إن كان يذكره ، ولم يثبته عنده أجازه ، وبه يأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجيزه حتى يثبته عنده ، وإن ذكره » [٤] .

وجه الشاهد عندنا : أن ابن أبي ليلى كان لا يمضي الإقرار أو شهادة الشهود إذا لم

---

(١) ينظر الإشراف ١/ ٢٦ ، ط دار الفكر ، والمغنى ٦/ ٤٨٩ .

(٢) عند الأحناف أنه يجوز للولي إنكاح الصغير والصغيرة والمجنونة ، ثم إن كان المزوج أبا أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ ، وإن زوجهما غيرهما فلهما الخيار .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٣/ ٩٤ .

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٠ .

يكن مثبتا في ديوانه ، وإن كان ذاكرا لذلك . ووجه المصلحة عبر عنها الربيع أبلغ تعبير ، قال الربيع : «وكان الشافعي يجيز الإقرار عند القاضي ، وإنما كره أن يتكلم بإجازته لحال ظلم بعض القضاة »[١] .

بل إن رأي ابن أبي ليلى الأول فيه أيضا نوع من المصلحة ، عبر عنها أبو يوسف ، قال : يقضي القاضي بالإقرار ، « اذا كان في قمطره ، وتحت خاتمه » ، وإن لم يكن ذاكرا ، «لأنه لو لم يفعله أضر بالناس»[٢] .

٤ ـ ومما يدل على توسعه في الأخذ بالمصلحة تقليده لعمر ﷺ في أخذه الزكاة من أموال نصارى بني تغلب ومواشيهم وثمرهم ، دون الجزية . مع أن الآية تقول : ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة:٢٩] . ولذلك يروى عن عمر بن عبد العزيز أنه أبى على نصارى بني تغلب إلا الجزية ، قال : لا ، والله إلا الجزية ، وإلا فقد آذنتكم بالحرب . وروي عن علي ﷺ أنه قال : لئن تفرغت لبني تغلب ليكونن لي فيهم رأي ، لأقتلن مقاتلتهم ، ولأسبين ذراريهم ، فقد نقضوا العهد ، وبرئت منهم الذمة حتى نصروا أولادهم . وذلك أن عمر ﷺ صالحهم على أن لا ينصروا أولادهم[٣] .

٥ ـ المعاملة بنقيض المقصود :

ويعبر عن ذلك بقاعدة : من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه . وهذا النوع من الاستدلال داخل في مسمى المصلحة المرسلة . ومن أمثلة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا وهو مريض مرضا مخوفا ، ثم مات في مرضه ، فإن ابن أبي ليلى كان يقول : لها الميراث وإن انقضت عدتها ما لم تتزوج[٤] . وزاد بن قدامه عنه في

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦١ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٥١٣ .

(٣) المغني ٨/ ٥١٢ .

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٧٠ .

المغني : « وهو لم يرثها إن ماتت » ، وعبر عن وجه المصلحة فقال : « لأن هذا قصد قصدا فاسدا في الميراث ، فعورض بنقيض قصده ، كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه » [1] .

(١) المغني ٦/ ٣٢٩ ــ ٣٣٠ . أشير إلى أن الإمام مالكا رحمه الله كان لا يورث القاتل القتل العمد العدوان بناء على هذا الأصل . والله أعلم .

المبحث الرابع
أخذه بالاستحسان

اشتهر بالأخذ بالاستحسان أبو حنيفة . وورد في كتب المالكية أن الإمام مالكا أخذ به أيضا ، وقد روى أصبغ ، عن ابن القاسم ، عن مالك قوله : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » [١] .

واشتهر عن الشافعي التشنيع على القائلين به ، فحكى الشافعية عنه أنه قال : « من استحسن فقد شرع » [٢] . وهذه العبارة لا توجد في كتاب إبطال الاستحسان للشافعي ، ولكن يوجد فيه من معناها الكثير . وهو يقصد به : ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير دليل [٣] ، وقد كان معمولا به بهذا المفهوم ، وإلا لما تكلف الشافعي الكلام عنه . والله أعلم .

أما الأحناف فاختلفت عباراتهم في بيان حقيقته ، والمشهور عندهم تعريف أبي الحسن الكرخي ، قال : « الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول » [٤] .

وبينه السرخسي في أصوله بعبارة أوضح من عبارة الكرخي ، فقال : الاستحسان «هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إنعام

---

(١) الاعتصام ٢/ ١١٨ .

(٢) ينظر البحر المحيط ٦/ ٩٣ .

(٣) ينظر الأم ٧/ ٣١٥ ، باب إبطال الاستحسان .

(٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/ ٣ . وتعقب فيه هذا التعريف فقال : « ويلزم عليه أن يكون العدول عن العموم إلى التخصيص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحسانا » ، أي : إن التعريف ــ على رأي البخاري ـ غير مانع .

التأمل فيه ، وبعد إنعام التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة ، وأن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل ، على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله » [١] .

وحاصل حقيقته عندهم أن يترك القياس في مسألة لدليل أقوى من القياس ، بل إن السرخسي نبه إلى أن الأخذ بالاستحسان معناه ترك القياس المعارض له أصلا في الموضع الذي يؤخذ فيه بالاستحسان [٢] .

أما حقيقته عند المالكية فقد قال الشاطبي في الموافقات : « وهو ـ في مذهب مالك ـ الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي» [٣] ، وهو تعريف يشير فقط إلى نوع واحد من الاستحسان ، هو استحسان المصلحة .

وذكر الباجي عن محمد بن خويز منداد من المالكية تعريفا للاستحسان أوسع من هذا فقال : الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك ~ : « القول بأقوى الدليلين » ، مثل تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر ، للسنة الواردة في ذلك ، وتخصيص الرعاف دون القيء بالبناء (أي في الصلاة) ، للسنة الواردة في ذلك ، وذلك أنه لو لم ترد سنة بالبناء في الرعاف لكان في حكم القيء في ألا يصح البناء ، لأن القياس يقتضي تتابع الصلاة ، فإذا وردت السنة بالرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليها وأبقينا الباقي على أصل القياس .

وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل ، وإن كان يسميه استحسانا على سبيل المواضعة [٤] .

---

(١) أصول السرخسي ٢/ ٢٠٠ .

(٢) أصول السرخسي ٢/ ٢٠١ .

(٣) الموافقات ٤/ ٢٠٩ .

(٤) إحكام الفصول للباجي ص٦٨٧ .

قال ابن العربي في المحصول : « وقد تتبعناه في مذهبنا ، وألفيناه أيضا منقسما أقساما : فمنه ترك الدليل للمصلحة «أي المصلحة المرسلة» ، ومنه ترك الدليل للعرف ، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة ، ومنه ترك الدليل في اليسير لرفع المشقة ، ولإيثار التوسعة على الخلق » .

وأعطى أمثلة لذلك [١] :

فبان من كل ما سبق أن الاستحسان منهج في الاستدلال قريب في بعض الجوانب من الاستدلال المرسل (المصلحة المرسلة) ، إلا أنه يفترق عن المصالح المرسلة في أنها قد تكون دليلا حيث لا دليل سواها ، والاستحسان ليس دليلا شرعيا مستقلا بذاته ، وإنما هو إعمال النظر في الأدلة ، ولوازمها ، ومآلاتها . فهو «غير خارج عن مقتضى الأدلة ، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها » [٢] .

هذا النوع من الاستدلال معروف في فقه ابن أبي ليلى ، فتجده يعدل عن القياس لأجل الحديث ، ومرة يعدل عنه تقليدا للصحابي ، ومرة يستحسن بالمصلحة ، أو يرجح قياسا على قياس ، ومرة يترك القياس للعرف أو للضرورة . وإليك البيان :

١ ـ استحسان الأثر :

مثاله أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط عند ابن أبي ليلى ، وفاقا لابن شبرمة ، وأبي يوسف ، وأحمد [٣] .

وهذا مخالف للقياس ، إذ الوقف تحبيس الأصل وتمليك المنفعة ، «فلم يجز اشتراط

---

(١) ينظر المحصول في علم الأصول لابن العربي ٣/ ٢٧٦ وما بعدها ، وهو موجود بدار الحديث الحسنية ، تحت رقم ٢٣/ ٢٤/ ٢٥ ، حققه الدكتور الحسين التاويل ، لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الإسلامية ، بإشراف الدكتور التهامي الراجي . وينظر كذلك الاعتصام ٢/ ٩٥ .

(٢) الموافقات للشاطبي ٤/ ٢٠٩ .

(٣) المغني ٥/ ٦٠٤ ـ ٦٠٥ .

نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، كما لو أعتق عبدا بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئا ، واشترط أن ينتفع به »[١] .

لكن عدل عن هذا القياس للخبر الذي رواه الإمام أحمد ، واحتج به ، قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه ، عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر . ولما جاء عن ابن عمر أنه قال : « أصاب «عمر رضي الله عنه » أرضا بخيبر ، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها ، فقال : يا رسول الله ، إني أصبت أرضا بخيبر ، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه ، فما تأمرني به؟ قال : « **إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها** » ، قال : فتصدق بها عمر : أنه لا يباع «أصلها» ، ولا يوهب ، ولا يورث ، وتصدق بها في الفقراء ، وفي القربى ، وفي الرقاب ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، والضيف . لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول »[٢] .

٢ ـ الاستحسان لقول الصحابي :

من أمثلته أن ابن أبي ليلى كان يقول بإشعار البدن ، لفعل ابن عمر رضي الله عنه . وترك القياس الذي تمسك به أبو حنيفة الذي قال : الإشعار مثله[٣] .

ومن ذلك أن الرجل إذا أصاب حماما من حمام الحرم فعليه شاة ، اتباعا لعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر .

والشاة لا تشبه الحمام ، ولذلك قال أبو حنيفة : عليه قيمته[٤] .

وشبيه بالمسألة السابقة اختلاف الفقهاء في السن الذي يجوز في جزاء الصيد ،

---

(١) المغني ٥/ ٦٠٥ .

(٢) حديث ابن عمر في صحيح البخاري ، في آخر كتاب الشروط ح٢٧٣٧ .

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٤ .

(٤) المصدر السابق الأم ٧/ ١٥٥ .

فقال ابن أبي ليلى : يفدى الصغير بالصغير ، والكبير بالكبير ، فتجزئ الجفرة والعناق ، على قدر الصيد . واتبع في ذلك الآثار الواردة عن الصحابة [١] . قال السرخسي : « وأبو يوسف ، ومحمد ، وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانا بالآثار التي جاءت به ، فإن الصحابة ﷺ قالوا : في الأرنب عناق ، وفي اليربوع جفرة » .

وعبر السرخسي عن القياس المقابل لهذا الاستحسان فقال : وجعل (أي أبو حنيفة) هذا (أي قوله) قياس الأضحية ، فكما لا يجزئ هناك التقرب بإراقة دم الحمل والعناق مقصودا ، فكذلك هنا ؛ ولأن الواجب بالنص هنا الهدي ، قال الله تعالى : ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥] ، فهو بمنزلة هدي المتعة والقران ، فكما لا يجزئ الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يجزئ هنا » [٢] .

٣ ـ استحسان القياس :

وصورته أن يكون الشأن في مسألة إلحاقها بمثيلاتها في سياق قياس وصفه ظاهر متبادر ، لكن يعدل المجتهد في هذه المسألة عن هذا القياس إلى أصل آخر وصفه خفي ، لكن أثره قوي .

وحاصله يرجع إلى ترجيح قياس على قياس . وأمثلته في فقه ابن أبي ليلى كثيرة ، فلا نطيل فيه .

٤ ـ استحسان المصلحة :

وهو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي . وقد مر في مبحث المصلحة المرسلة أن الرجل إذا أقر عند القاضي بشيء ، فلم يقض به ، ولم يثبته في ديوانه ، ثم

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٥ ، ١٥٦ .

(٢) المبسوط ٤/ ٩٣ . ونازع الشافعي أبا حنيفة هذا القياس في كلام طويل ، ينظر في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٥٥ ، ١٥٦ .

خوصم إليه فيه بعد ذلك ، فإن ابن أبي ليلى قال : لا يقضي بذلك عليه ، وإن كان ذاكرا حتى يثبته في ديوانه . وعند أبي حنيفة أنه يقضي به إذا كان يذكره . قال السرخسي معقبا على رأي أبي حنيفة وابن أبي ليلى : «والقياس ما قلنا ، لأن القاضي حين سمع لإقراره بذلك كان له أن يقضي به لو طلب الخصم ذلك ، فكذلك بعدما مضى على ذلك مدة ، إذا كان القاضي يذكر ذلك .

والمقصود من الإثبات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة ، فإذا كان ذاكرا فما هو المقصود حاصل » . قال : « ولكن استحسن ابن أبي ليلى ~ ، وقال : القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشتبه عليه ذلك ، ولهذا يثبته في ديوانه ليرجع إليه ، فينبغي له الشهود ، فإذا لم يثبته في ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة ، وربما ينسب به إلى الميل ، فعليه أن يحتاط في ذلك ، ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرا حتى يثبته في ديوانه »[1] .

٥ ـ استحسان العرف :

أ ـ جاء النقل عن ابن أبي ليلى أنه يترك القياس في بعض المواضع ويستحسن لأجل العرف . مثال ذلك أن الرجل إذا كتب على نفسه صك حق بعوض ، ثم أقام البينة أن أصله مضاربة قبلت بينته عند ابن أبي ليلى ، وجعل مضاربة[2] . وكذلك لو أقر على نفسه بمال في صك حق من ثمن متاع ، ثم أقام البينة أنه ربا ، قبلت بينته ، ورد إلى رأس المال[3] . وعند أبي حنيفة لا تقبل بينته في الحالين .

قال السرخسي : « والقياس ما قلنا ، لأن قبول البينة ينبني على صحة الدعوى ، وبعدما أقر أن المال عليه قرضا لا يصح دعواه أنه مضاربة ، لأنه مناقض في ذلك ،

---

(١) المبسوط ٣٠/ ١٦٤ .

(٢) ينظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٢٨ .

(٣) ينظر السابق ٧/ ١٢٨ .

وبدون الدعوى لا تقبل البينة .

وكذلك بعدما أقر أن المال واجب عليه من ثمن متاع لا يسمع دعواه أنه ربا لكونه مناقضا في ذلك ، فإن الربا لا يكون واجبا عليه ، وبدون الدعوى لا تقبل بينته ، واستحسن ابن أبي ليلى ~ في الفصلين جميعا ، لأنه وجد في ذلك عرفا ظاهرا بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط ، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة ، ويقرون بثمن المتاع ، وإن كان أصل المعاملة قرضا ، والزيادة ربا شرط عليه . فللعرف الظاهر قال : تقبل بينته على ذلك »[١] .

ب ـ ومن أمثلة ذلك أيضا أن الرجل لو أقر بمال في صك حق من ثمن بيع ، ثم قال : لم أقبض المبيع ، فالقول قوله ، ولا يلزمه شيء حتى يأتي الطالب ببينة على قبض المتاع[٢] ، « للعرف الظاهر أن المشتري يقر بوجوب الثمن عليه بعد البيع قبل القبض فلا يكون إقدامه على الإقرار بذلك دليلا على قبضه المبيع ، فإذا قال : لم أقبض فهو منكر للقبض بالحقيقة ، فالقول قوله مع يمينه ، وعلى الطالب البينة على تسليم المبيع »[٣] .

٦ ـ استحسان الضرورة :

من أمثلته أن شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات وتمزيق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب جائزة عند ابن أبي ليلى ما لم يتفرقوا[٤] . وجهه أن «العدول قل ما يحضرون ملاعب الصبيان فكانت الضرورة داعية إلى قبول شهادة بعضهم على بعض بمنزلة شهادة النساء في ما لا يطلع عليه الرجال . ولكن هذا ما لم يتفرقوا ، فإذا تفرقوا وعادوا إلى بيوتهم فإنهم يلقنون الكذب . هذا هو العادة ، فلا

---

(١) المبسوط ٣٠/ ١٥٠ .

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٢٩ .

(٣) المبسوط ٣٠/ ١٥٠، ١٥١ .

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الأم ٧/ ١٣٥ ، والمبسوط ٣٠/ ١٥٣ .

تقبل شهادتهم لذلك» [١] .

وهذا مخالف للقياس ، وهو أن الصبيان ليسوا من أهل الشهادة . قال السرخسي : « الصبي ليس من أهل الولاية على أحد ، وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض » [٢] .

من هذه الأمثلة والشواهد والنقول عن السرخسي ، نقرر مطمئنين أن ابن أبي ليلى ــ زيادة على أخذه بالاستحسان بكل أنواعه يراعي العرف في الاستنباط ، ويتوسع فيه .

إلا أني وجدته مرة يتمسك بالقياس في مقابلة العرف الظاهر في بلده ، معضدا بآثار رواها غيره كأبي حنيفة ، وفي مقابل رفع الحرج عند المخالف : بيان ذلك أنه كان يكره نثر السكر والجوز واللوز في العرس والختان ، وأخذ ذلك وإن أذن أهله فيه ، قال : « هذا تمليك من المجهول ، لأنه لا يدرى من يأخذ ، وأي مقدار يأخذ ، والتمليك من المجهول باطل ، وإذا بطل التمليك كان النثر تضييعا للمال » [٣] .

وخالفه أبو حنيفة ، فقال : لا بأس بذلك .

قال السرخسي : « والقياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ، ولكن تركنا هذا القياس بما روينا فيه من الآثار [٤] ، وفي التعامل الظاهر بين الناس أنهم يفعلون ذلك ، ولم ينقل عن أحد أنه تحرز عن نثر ذلك ، أو تحرز عن أخذه . وفي الأخذ بطريق القياس في هذا إيقاع الناس في الحرج ، وقد أمرنا بترك العسر لليسر » [٥] ، وبه يتم هذا المبحث ، ولله الحمد والمنة .

---

(١) المبسوط ٣٠/ ١٥٣ .

(٢) المبسوط ٣٠/ ١٥٣ .

(٣) المبسوط ٣٠/ ١٦٧ .

(٤) تنظر هذه الآثار في أول كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من المبسوط ٣٠/ ١٦٧ .

(٥) المبسوط ٣٠/ ١٦٧ .