الفصل الثالث
الاختلاف في مصادر التشريع مما لا نص فيه

هناك أصولٌ متفقٌ على العمل بها عند جميع العلماء، وهي الكتاب والسنة، والإجماع، وهو يرجع إلى القرآن أو السنة لأنه لا يكون إلا على نصٍ منهما أو من أحدهما، فتعين أن الكتاب والسنة هما المصدران الأَصليان للتشريع!.

وهناك عدة مصادر للتشريع يرجع إليهما العالم المجتهد اختلفت أنظار العلماء باعتبارها والأخذ بها مما كان له أكثر الأثر في اختلافهم عند استنباط الأحكام، ومعرفتها لطالب العلم أمر ضروري لمعرفة أسباب اختلاف العلماء عامةً والمفسرين منهم خاصةً. وهي كثيرة أهمها:

١ ـ القياس:

وهو في اللغة[١] التقدير والمساواة، تقول: قست الثوب بالذراع إذا قدرته، وتقول زيدٌ لا يقاس بعمر، بمعنى لا يساويه ولا يقاربه، والقياس في الاصطلاح هو «حمل فرعٍ على[٢] أصلٍ في حكمٍ بجامعٍ بينهما». ويعتبره بعض علماء الأصول الأصل الرابع بعد الكتاب

(١) انظر: القاموس المحيط مادة (قيس).

(٢) روضة الناظر: ١٤٥.

والسنة والإجماع. وقد اتفق العلماء على حجية القياس في حالتين. واختلفوا في تسمية كلٍ منهما قياساً:

الأولى: إذا كانت العلة منصوصةً في حكم الأصل، كقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾[1] فيقاس دم النفاس على الحيض في المنع من الوطء حال سيلان الدم لتحقق الأذى كالحيض. وهذا قياسٌ صحيحٌ معتبر.

الثانية: قياس الأولى كقياس تحريم الضرب على التأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾[2].

واختلف العلماء[3] في حجية ما عداهما، فمنعه أهل الظاهر والشيعة والنظام من المعتزلة، وأجازه الجمهور، واختلف المجيزون للقياس في دخوله الحدود والكفارات فقال الشافعي والإمام أحمد في المشهور عنه: يجوز إثبات الحدود والكفارات بالقياس، وبه قال الزهري. واستدلوا بما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن شارب الخمر كان يضرب على عهد رسول الله ﷺ بالأيدي والنعال والعصي حتى توفي، فكان أبو بكر يجلد أربعين حتى توفي، وعمل به عمر صدراً من خلافته. ثم قال ـ رضي الله عنه ـ للصحابة ماذا ترون؟ فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: (إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى. وعلى المفتري ثمانون)[4] فقاس علي بن

---

(١) الآية: ٢٢٢ من سورة البقرة.

(٢) الآية: ٢٣ من سورة الإسراء.

(٣) انظر إرشاد الفحول: ١٩٩ وروضة الناظر ص ١٤٩.

(٤) رواه مالك في الموطأ ٢/ ٨٤٢ بتحقيق عبد الباقي ـ وفي معناه نكارة لأن الهاذي لا يعد قوله مزية لأنه غير متعمد.

أبي طالب حد الشرب على حد القذف، وعمل به عمر بعد ذلك، ولم ينكر عليه أحدٌ من الصحابة رضي الله عنهم. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى عدم إثبات الحدود والكفارات بالقياس، وقالوا: إن الحدود والكفارات مقدرةٌ غير معقولة المعنى، فلا يدخلها القياس.

مثاله: وجوب الكفارة على القاتل عمداً قياساً على القتل خطأً في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[١] نص على إيجاب الكفارة في قتل الخطأ ولم يذكر كفارة في قتل العمد في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾[٢] الآية. فذهب الشافعية، وهو رواية لأحمد[٣]، إلى وجوب الكفارة على قاتل العمد قياساً على القاتل المخطئ، فإذا وجبت على المخطئ فعلى المتعمد من بابٍ أولى لعظم جرمه. واستدلوا بحديث واثلة بن الأسقع[٤] قال: (أتينا النبي ﷺ بصاحبٍ لنا قد أوجب بالقتل، فقال: اعتقوا عنه رقبةً يعتق الله تعالى بكل عضوٍ منها عضواً من النار)[٥].

وذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه

---

(١) الآية: ٦٢ من سورة النساء.

(٢) الآية: ١٧٨ من سورة البقرة.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٨/ ٥١٤.

(٤) هو واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر من بني ليث بن عبد مناه أسلم قبل غزوة تبوك وشهدها مع الرسول ﷺ مات سنة ٥٨ بدمشق وعمره ٧٨ سنة وهو آخر من مات بدمشق من الصحابة.
انظر ابن حجر: الإصابة ٣/ ٦٢٦.

(٥) أخرجه الإمام أحمد من طريقين.
انظر المسند ٣/ ٤٩٠ و ٤/ ١٠٧ وأبو داود في سننه
انظر عون المعبود ١٠/ ٥٠٩ والحديث صحيح على شرط الشيخين.

لا كفارة في قتل العمد، حيث لم يذكر فيه كفارة، وإنما فيه القصاص والوعيد فقط ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ﴾[١].

قال أبو بكر الجصاص: «لا يجوز إثبات الكفارات قياساً، وإنما طريقها التوقيف أو الاتفاق، وأيضاً لما نص الله على حكم كل واحدٍ من القتيلين»[٢]. وقال النبي ﷺ: (ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)[٣] فموجب الكفارة على العامة مدخلٌ في أمره ما ليس منه. وهذا هو الأرجح ويتبين مما سبق أن سبب الاختلاف هو إلحاق قتل العمد بالقتل الخطأ أو عدم إلحاقه به.

٢ ـ المصلحة المرسلة:

المصلحة من حيث هي، ثلاثة أقسام: **قسم**[٤] شهد الشرع باعتبارها، فهذا هو القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص أو الإجماع.

القسم الثاني: ما شهد ببطلانه كإيجاب الصوم بالوقاع في رمضان على الملك إذ كان العتق عليه سهلاً فلا ينزجر، والكفارة وضعت للزجر، فهذا لا خلاف في بطلانه لمخالفته النص، إذ القول به يؤدي إلى تغيير حدود الشرع.

القسم الثالث: ما لم يشهد له الشرع بإبطال ولا اعتبار معين. وهذا على ثلاثة أضرب:

---

(١) الآية: ٩٣ من سورة النساء.

(٢) انظر أحكام القرآن ٢/ ٢٤٥.

(٣) متفق عليه. انظر: اللؤلؤ والمرجان ص ٤٣١.

(٤) انظر: روضة الناظر ص ٨٦ بتصرف. وانظر: الأحكام للآمدي ٤/ ١٦١ والموافقات ٢/ ٨.

أ ـ أحدها ما يعرف بالحاجيات، كتزويج الأب ابنته الصغيرة دون إذنها، فهو في الأصل لا ضرورة له، وإنما احتيج إليه حرصاً على الزوج الكفؤ لها.

ب ـ الثاني ما يعرف بالتحسينيات كاشتراط الولي في النكاح صيانة للمرأة عن مباشرة العقد بنفسها لمنافاته للمروءة. وهذان الضربان لا يجوز التمسك بهما من دون أصل.

جـ ـ الضرب الثالث: الضروريات وهي ما تتوقف عليه حياة الإنسان أو لا تستقيم بدونه، كرعاية الإسلام الضروريات الخمس: الدين والنفس والعقل والمال والنسب. وقد اختلف العلماء في الأخذ بالمصلحة المرسلة، فذهب مالك وأحمد إلى القول بها، وجعلها كل منهما أصلاً في مذهبه، وذهب الشافعي إلى اعتبارها، غير أنها نوعٌ من أنواع القياس عنده، أما أبو حنيفة فيراها من الاستحسان.

مثاله: قتل الجماعة بالواحد. فقد ورد أن امرأةً في عهد عمر بن الخطاب غاب زوجها وترك في حجرها صبياً له من غيرها، فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلاً، فقالت له: إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله، فأبى، فامتنعت منه فطاوعها، فاجتمع على قتل الغلام الرجل ورجلٌ آخر والمرأة وخادمها، فقتلوه وطرحوه في بئر. ثم كشف الأمر، فاعترفوا كلهم، فكتب أمير صنعاء بذلك إلى عمر بن الخطاب يعرض عليه أمرهم فكتب إليه عمر بقتلهم وقال: (والله لو أن أهل صنعاء اشتركوا في قتله لقتلتهم أجمعين)[1]. وفعل عمر هذا إنما هو

---

(١) حديث صحيح أخرجه البخاري

انظر الفتح ١٢/٢٢٦ وانظر القصة في سبل السلام ٣/٢٩٥ وانظر السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٤٠.

عملٌ بالمصلحة المرسلة حفظاً لدماء المسلمين، مع عدم وجود النص، لأن القرآن والسنة ليس بهما دليلٌ على قتل الجماعة بالواحد. وقد وافقه جمهور الصحابة. وهذا حجةٌ لمالك وأحمد، ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى اتساع القتل وانتشاره، ومن لم يعمل بالمصلحة كأبي حنيفة وداوود الظاهري يرى في مثل هذه الحال أن يحكم بالدية، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾[2] ومقتضى الآيتين أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفسٍ واحدةٍ. وقالوا: إن التفاوت في الأوصاف يمنع القصاص، بدليل أن الحر لا يقتل بالعبد، فالتفاوت بالعدد من باب أولى. وقد روي هذا القول عن بعض التابعين كالزهري وابن سيرين، وهو رواية عن أحمد. والراجح القول الأول لقوة دليله وموافقته مقاصد الشريعة.

ومما مضى يتبين أن سبب الخلاف مقتضى قوله تعالى: ﴿... ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ ألا يقتل بالنفس أكثر من نفسٍ واحدةٍ، في حين أن الشارع جاء برعاية ما عرف بالضروريات الخمس، ومنها المحافظة على الدماء، ولا يتم ذلك إلا بقتل من اشتركوا في سفك دم معصوم، إذ لو لم يقتلوا بقتيلهم لأفضى ذلك إلى الفوضى في الدماء، وتذرع من يريد إسقاط القصاص وإهدار الدم بإشراك غيره معه في القتل، لينجو من القصاص ويعدل بالقتلة إلى الدية.

٣ ـ الاستحسان:

الاستحسان في اللغة مصدرٌ يفيد اعتبار الشيء حسناً.

---

(١) الآية: ٤٥ من سورة المائدة.

(٢) الآية: ١٧٨ من سورة البقرة.

وعند الأصوليين له[١] عدة تعريفات منها: أنه «ما ينقدح في نفس المجتهد ولا يقدر على التعبير عنه» وقال الغزالي: «هو ما يستحسنه المجتهد بعقله» قال به الأئمة الثلاثة ومنعه الشافعي، وقال: من استحسن فقد شرع. وقد اختلف العلماء في العمل به، على قولين: ذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى العمل به ومنعه الشافعي وأحمد في الرواية الثانية.

مثاله: حكم قطاع الطريق داخل المصر.

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ﴾[٢] الآية.

اختلف العلماء عند تفسيرها فيمن يستحق اسم المحاربة، هل يشترط أن يكون بالصحراء أو لا؟ على قولين: الأول: يجب أن يكون في الصحراء وبه قال أبو حنيفة[٣] وهو رواية لأحمد. قال أبو حنيفة: «من قطع الطريق في المصر ليلاً أو نهاراً أو بين الحيرة والكوفة ليلاً أو نهاراً لا يكون قاطعاً للطريق إلا في الصحاري». وهذا من باب الاستحسان عنده. وقال أبو بكر الجصاص في توجيه قول أبي حنيفة آنف الذكر: «روي عن النبي ﷺ أنه قال: (لا قطع على خائن ولا مختلس)[٤]. فنفى عليه السلام القطع عن المختلس، وهو الذي يختلس

---

(١) انظر مصادر التشريع الإسلامي: ٧٠ وكشف الأسرار للبزدوي ٣/ ٤ والإحكام للآمدي ٢/ ١٥٦، والمستصفى ١/ ١٣٧.

(٢) الآية: ٣٣ من سورة المائدة.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤١٣ والجامع لأحكام القرآن ٦/ ١٥١.

(٤) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم انظر جامعه ٤/ ٥٢.

الشيء، وهو غير ممتنع، فوجب بذلك اعتبار المنعة من المحاربين، وإنهم متى كانوا في موضع لا يمكنهم أن يمتنعوا، وقد يلحق من قصدوه الغوث من قبل المسلمين إلا أن يكونوا محاربين وأن يكونوا بمنزلة المختلس والمنتهب كالرجل الواحد إذا فعل في المصر فيكون مختلساً أو غاصباً لا يجري عليه أحكام قطاع الطريق»[١] اهـ.

القول الثاني: أنه لا فرق بين الصحراء والمصر والقرى، وهو مذهب مالك والشافعي ورواية عن أحمد، وقال به أبو يوسف من الحنفية. واحتجوا بعموم الآية. فهو يتناول كل محارب. ولفظة «الأرض» و «الفساد» عامتان في الصحاري والمدن على السواء. وهذا القول هو الصحيح. فتبين أن سبب الاختلاف هو عموم لفظتي الأرض والفساد، فتشمل الصحراء والمدن، وأن الغلبة قد توجد في المصر كما توجد في الصحراء ومنع المخالفون وجود الغلبة والامتناع في المصر لإمكان حصول الغوث.

٤ ـ الاستصحاب:

وهو في اللغة طلب الصحبة[٢] ومقاربة الشيء، ويطلق على الملازمة. واستصحبه دعاه إلى الصحبة. والرجل الذي يحدث نفسه. أما في الاصطلاح فهو «البقاء على الأصل فيما لم يعلم ثبوته وانتفاؤه بالشرع».

وقد اختلف العلماء في الأخذ به، فقال به الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن استصحاب

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص: ٢/ ٤١٣ ولابن العربي ٢/ ٥٩٣.

(٢) القاموس المحيط مادة (صحب).

الحال ليس بحجة، وأن بقاء الحكم لا بد أن يدل عليه دليلٌ كثبوته.

مثاله: حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من صيده: قال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ ۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ۖ﴾[1].

فقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ يحتمل ما أكل منه الكلب وما لم يأكل منه، مما أمسكه لنفسه أو على صاحبه. فههنا مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الأكل من الصيد إذا أكل منه الكلب، وفيه قولان[2]:

القول الأول: المنع. نقل عن ابن عباس وأبي هريرة والنخعي[3] وسعيد بن جبير وعطاء وعكرمة، وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد وأحد القولين للشافعي، وقالوا أن آية: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ تدل على أنه إذا لم يمسك الكلب لصاحبه فقد أمسك لنفسه، ولا يجوز حينئذٍ. ويؤكد هذا حديث عدي: (. . . وإذا أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه)[4] ففيه تصريح بما إذا لم

---

(١) الآية: ٤ من سورة المائدة.

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٣١٤ وتفسير القرطبي ٦/ ٦٩.

(٣) اسمه إبراهيم بن سويد النخعي الكوفي الأعور روى عن الأسود بن يزيد وعلقمة بن قيس وروى عنه الحسن بن عبد الله النخعي وسلمة بن كهيل. أخرج له أصحاب الكتب الستة إلا البخاري. ثقة مشهور.
انظر ابن حجر: تهذيب التهذيب ١/ ١٢٦.

(٤) متفق عليه.
انظر اللؤلؤ والمرجان ص ٥٠١.

يمسك الكلب لصاحبه. يقول الزنجاني[١] الشافعي: إن الكلب إذا أكل من فريسته مرةً واحدةً لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا، ولم يحرم ما مضى من فريسته قولاً واحداً استصحاباً للحل الثابت قبل الأكل، فإنه ثابت يقيناً.

القول الثاني: الجواز وهو مذهب مالك والقول الثاني للشافعي، واستدلا بحديث أبي ثعلبة[٢] الخشني: (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه، وكل ما ردت عليك يمينك)[٣] وفي رواية لمالك عن ابن عمر: (وإن أكل أو لم يأكل). وهذا القول أصح لظاهر الآية والحديث، ولاستصحاب حكم الأصل وهو الإباحة. أما حديث عدي فيحمل النهي عن الأكل فيه على كراهة التنزيه، بدليل قوله: (.. فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه) فهو خوفٌ متوقعٌ واليقين لا يزول بالظن.

المسألة الثانية: حكم الأكل من الصيد الغائب. وقد اختلف فيه العلماء[٤] على ثلاثة أقوال: قيل بالجواز لاستصحاب حكم الأصل

---

(١) هو شهاب الدين محمود بن أحمد بن بختيار من فقهاء الشافعية وعلماء اللغة، ولد سنة ٥٧٣هـ بزنجان واستوطن بغداد ودرس بها في المدرسة النظامية والمستنصرية واستشهد أيام دخول هولاكو بغداد سنة ٦٥٦هـ له عدة مصنفات منها مختصر تهذيب الصحاح وتخريج الفروع على الأصول.
انظر السبكي: طبقات الشافعية ٥/ ١٥٤.

(٢) صحابي مشهور اختلف في اسمه واسم أبيه، فقيل جرهم أو جرثوم بن قيس أو ابن عمرو له عدة أحاديث في الصحيحين كان ممن أسلم وبايع تحت الشجرة في بيعة الرضوان واعتزل القتال يوم صفين وتوفي سنة ٧٥هـ.
انظر ابن حجر: الإصابة ٤/ ٣٠.

(٣) رواه أبو داود والترمذي ٤/ ٦٤ وابن ماجه ٢/ ١٠٧٠ والإمام أحمد في مسنده ٤/ ١٩٥.
انظر مختصر سنن أبي داود ٤/ ١٣٦.

(٤) انظر أحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٥٤٦.

وهو الإباحة، ولا يزول إلا بيقين، ولا يقين هنا. وقيل بالمنع لقوله ﷺ: (كل ما أصميت ودع ما أنميت)[١] وقيل بالتفريق بين صيد السهم فيؤكل وصيد الكلب فلا يؤكل. ووجه التفريق أن السهم يقتل على جهةٍ واحدة، والكلب على جهاتٍ متعددةٍ. وهذه الأقوال الثلاثة كلها روايات للإمام مالك[٢] رحمه الله.

ومما سبق يتبين أن سبب الخلاف هو الشك[٣] العارض في عين الصيد أو ذكاته. واختلاف الآثار في اشتراط أن يكون الكلب أو الجارح (مكلباً) يمسك على صاحبه لا لنفسه وعدم اشتراط ذلك.

٥ ـ هل شرع من قبلنا شرع لنا؟

اتفق العلماء على أن شرع من قبلنا إن شهد له شرعنا باعتبار فهو شرع لنا، وإن شهد له بالإلغاء فليس شرعاً لنا. واختلفوا[٤] فيما لم يشهد له، باعتبار ولا إلغاء. فذهب الشافعي وأحمد إلى أنه ليس بشرع لنا، وذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى القول بأنه شرع لنا.

مثاله: قضاء داود وسليمان في الحرث:

في قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ

(١) رواه الطبراني عن ابن عباس ورمز له السيوطي بالحسن وقال فيه الهيثمي، فيه عثمان بن عبد الرحمن أظنه القرشي: متروك.
انظر فيض القدير ٥/ ٤١ وانظر مجمع الزوائد... ومعنى «أصميت أي أصبت بسرعة (وأنميت) أي أصبت إصابة غير قاتلة.

(٢) انظر أحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٥٤٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد ١/ ٤٤٦.

(٤) انظر: روضة الناظر ٨٢. والمستصفى ١/ ٢٤٥.

فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾[١].

قال ابن عباس: قضى داوود بالغنم لأصحاب الحرث، فخرج الرعاء معهم الكلاب، فقال لهم سليمان كيف قضى بينكم؟ فأخبروه فقال: لو وليت أمركم لقضيت بغير هذا، فأخبر بذلك داود فدعاه فقال: كيف تقضي بينهم؟ قال: أدفع الغنم إلى صاحب الحرث فيكون له أولادها وألبانها وأسلاؤها ومنافعها، ويبذر أصحاب الغنم لأهل الحرث مثل حرثهم فإذا بلغ الحرث الذي كان عليه أخذه أصحاب الحرث وردوا الغنم إلى أصحابها. قال: والحرث الذي نفشت فيه الغنم شجر عنب، فلم تدع فيه ورقة ولا عنقوداً إلا أهلكته[٢] اهـ.

وهذا الحكم جاء شرعنا بخلافه في حديث حرام[٣] بن سعد بن محيصة أن ناقة البراء بن عازب[٤] دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ: (على أهل الحوائط حفظها بالنهار وما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها)[٥].

---

(١) الآية: ٧٨ من سورة الأنبياء.

(٢) تفسير ابن كثير ٣/ ١٨٦.

(٣) أبو سعيد حرام بن سعد بن محيصة بن مسعود بن كعب الأنصاري المدني روى عن جده محيصة والبراء بن عازب قال ابن سعد: كان ثقة قليل الحديث توفي سنة ١١٣هـ وعمره سبعون سنة.
انظر ابن حجر: تهذيب التهذيب ٢/ ٢٢٣.

(٤) أبو الطفيل البراء بن عازب بن الحارث بن عدي الأوسي هو صحابي وأبوه صحابي روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعلي. رده النبي ﷺ يوم بدر لصغر سنه توفي سنة ٧٢هـ.
انظر ابن حجر: تهذيب التهذيب ١/ ٤٢٥ وابن العماد: شذرات الذهب ١/ ٧٧.

(٥) انظر: تفسير ابن كثير ٣/ ١٨٦ وقد أعله ابن كثير بالإرسال وقد وصله أبو داود
انظر: عون المعبود ٩/ ٤٨٣ والموطأ ٢/ ٧٤٧ ومسند أحمد ٥/ ٤٣٦.

وهذا قول جمهور العلماء، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن هذا الحكم منسوخ للحديث (جرح العجماء جبار)[١]. والصحيح المذهب الأول، والقول بالنسخ لا يصار إليه إلا عند تعذر الجمع، وهو ممكن، فإن حديث (العجماء جبار) عام في الحوائط وغيرها وفي الليل والنهار على السواء، وحديث البراء خاص، فيحمل عليه العام فيزول التعارض.

٦ ـ الاحتجاج بمفهوم المخالفة:

ومفهوم المخالفة عند علماء الأصول هو أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمذكور في الحكم إثباتاً ونفياً[٢].

وقد احتج به جمهور العلماء واشترطوا له شروطاً، وأنكره الإمام أبو حنيفة وبعض أصحابه.

مثاله: نكاح الأمة مع الاستطاعة لطول الحرة.

قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٣]. فذهب[٤] الجمهور إلى أنه لا يجوز زواج الأمة مع القدرة على زواج الحرة أخذاً بمفهوم «الشرط» في الآية، وهو نوعٌ من أنواع مفهوم المخالفة، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى جواز زواج الأمة مع وجود طوال الحرة بناءً على أصله بعدم القول بمفهوم المخالفة، فلا يخصص عمومات

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣/ ١٣٣٤.

(٢) إرشاد الفحول ص ١٦٩ وانظر الآمدي ٣/ ٦٦.

(٣) الآية: ٢٥ من سورة النساء.

(٤) انظر تفسير الرازي ١٠/ ٥٧ وانظر تفسير القرطبي ٥/ ١٣٦.

النصوص، كقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[١] وقوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[٢]. «والطول» في الآية فسر بالسعة والغنى، وقيل الطول هو الحرة، وقيل هو الجلد والصبر، فمن أحب أمةً لا يستطيع أن يتزوج غيرها فإن له أن يتزوج الأمة إن خشي أن يقع في العنت. فتبين مما سبق أن سبب الاختلاف هو مفهوم الشرط «من لم يستطع منكم طولاً»، فمن فسر استطاعة الطول بالسعة والغنى أو الحرة، منع نكاح الأمة.

والصحيح ما ذهب إليه الجمهور، فمفهوم الشرط في آية: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ مخصص للعموم في قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ وقوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾.

٧ ـ سد الذرائع:

الذرائع في اللغة جمع ذريعة، وهي الوسيلة، وتطلق على الناقة التي يستتر بها رامي الصيد، والذروع من الخيل هو الخفيف السير الواسع الخطو[٣]، والذريعة بمعناها العام: هي ما اتخذ وسيلةً إلى شيءٍ آخر. فتشمل المقاصد والوسائل سواء أكانت جائزةً أم ممنوعةً. يقول ابن القيم[٤]: لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسبابٍ وطرقٍ تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعةً لها معتبرةً بها. فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى

---

(١) الآية: ٢٤ من سورة النساء.
(٢) الآية: ٣ من سورة النساء.
(٣) القاموس المحيط مادة «ذرع».
(٤) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ١٤٧.

غاياتها وارتباطاتها بها. ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها. فوسيلة المقصود تابعةٌ للمقصود. وكلاهما مقصود. لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل.. ثم قال: ولا بد من تحرير هذا الموضع قبل تقريره ليزول الالتباس فيه، فنقول: القول أو الفعل المفضي إلى المفسدة قسمان:

أحدهما: أن يكون وضعه للإفضاء إليها، كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، والقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش، ونحو ذلك. فهذه أفعالٌ وأقوالٌ وضعت مفضيةً لهذه المفاسد، وليس لها ظاهرٌ غيرها.

والثاني: أن تكون موضوعةً للإفضاء إلى أمرٍ جائزٍ أو مستحبٍ، فيتخذ وسيلةً إلى المحرم، إما بقصده أو بغير قصد منه. فالأول كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل، أو يعقد البيع قاصداً به الربا، أو يخالع قاصداً به الحنث، ونحو ذلك. والثاني كمن يصلي تطوعاً بغير سبب في أوقات النهي، أو يسب أرباب المشركين بين أظهرهم.. أو يصلي بين يدي القبر لله. ثم هذا القسم من الذرائع نوعان: أحدهما أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته، والثاني أن تكون مفسدته راجحةً على مصلحته.

وقسم الذرائع إلى أربعة أقسام، الأول: وسيلةٌ موضوعةٌ للإفضاء إلى المفسدة. والثاني: وسيلةٌ موضوعةٌ للمباح وقصد بها التوسل إلى المفسدة. الثالث وسيلةٌ موضوعةٌ للمباح لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة، لكنها مفضيةٌ إليها غالباً ومفسدتها أرجح من مصلحتها. الرابع: وسيلةٌ موضوعةٌ للمباح، وقد تفضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها اهـ. فمن خلال كلام ابن القيم هذا يتحرر لنا أن الذرائع التي هي محل الخلاف؛ القسمان الثاني والثالث... أما الأول

فممنوع البتة، والرابع جائزٌ إجماعاً. وقد اختلف العلماء في العمل بقاعدة سد الذرائع بين مجيزٍ ومانعٍ.

مثاله: جزاء الصيد إذا قتله جماعةٌ وهم حرم.

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[١] الآية. اختلف العلماء[٢] عند تفسير هذه الآية فيما إذا اشترك اثنان فأكثر في قتل صيد وهم محرمون، هل عليهم جزاءٌ واحدٌ أو يجب على كل واحدٍ منهم جزاءٌ كامل؟. ذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب على كل واحدٍ منهم جزاءٌ كاملٌ سداً للذريعة، وقالوا: الجزاء كفارةٌ للإثم؛ والإثم لا يتبعض فكذلك جزاؤه.

وذهب الشافعي وأحمد في رواية له، إلى القول بجزاء واحدٍ على الجميع. واحتجوا بظاهر الآية: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ فإذا صاد الجماعة صيداً واحداً فعليهم مثله، والزائد خارج عنه، فلا يجب. وروي هذا القول عن ابن عباس وعمر وعبد الرحمن بن عوف. قلت: وسبب الاختلاف أن الآية لم تذكر تعدد جزاء الصيد بتعدد قاتليه، ولو لم يثبت الجزاء بتعدد الجماعة المشتركين لأفضى ذلك عند جماعة، إلى تكرار ارتكاب المحظور.

والصحيح ما ذهب إليه الشافعي وأحمد لظاهر الآية.

٨ ـ هل الأصل في الأحكام الشرعية التعليل؟

اختلف العلماء في هذا على قولين[٣]:

---

(١) الآية: ٩٥ من سورة المائدة.

(٢) انظر في هذا المعنى تفسير القرطبي ٦/ ٣١٣.

(٣) انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص ٥.

الأول: أن الأصل فيها التعليل. وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وقالوا: إن الأحكام صفات للحال المنسوبة إليها، أثبتها الله تعالى وشرعها معللةً بمصالح العباد لا غير. وقالوا: إن شرع الحكم لغير مصلحةٍ عبث وسفه، والعبث قبيح عقلاً. وهذا بناء على القول بالتقبيح والتحسين العقليين.

القول الثاني: وهو مذهب الجمهور: إن الأصل في الأحكام الشرعية عدم التعليل. وقالوا إن أحكام الطهارة والنجاسة والبيع والنكاح وسائر الأحكام الشرعية غير معللة، وندين لله بها تعبداً، وهو الشارع لها لا راد لقضائه ولا معقب لحكمه ولا تصل عقولنا وأفكارنا القاصرة إلى حقائق شرعها. وما يتعلق بمصالح العباد منها فهو حاصلٌ ضمناً وتبعاً، حيث إن المصلحة ليست واجبة الحصول في حكمه ﴿لَا يُسْـَٔلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْـَٔلُونَ ﴿٢٣﴾﴾[1]. وله سبحانه أن يشرع الأحكام ولو لم يتعلق بها مصلحةٌ لأحد ﴿أَمْ يَقُولُونَ ٱفْتَرَىٰهُ ۖ قُلْ فَأْتُوا۟ بِسُورَةٍ مِّثْلِهِۦ﴾[2]. وقد أخبر الله أنهم لن يستطيعوا ولو استظهروا بغيرهم ﴿قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا ﴿٨٨﴾﴾[3].

مثاله: إخراج القيمة في الزكاة.

في قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ ۗ﴾[4]. اختلف العلماء[5] في تفسير (الصدقة)

---

(١) الآية: ٢٣ من سورة الأنبياء.

(٢) الآية: ٣٨ من سورة يونس.

(٣) الآية: ٨٨ من سورة الإسراء.

(٤) الآية: ١٠٣ من سورة التوبة.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٨/ ٢٤٤. وأحكام القرآن لابن العربي٢/ ٩٩٧.

في الآية على قولين: الأول: قول الجمهور أن المراد بها الفرض. روي ذلك عن ابن عباس وعكرمة. الثاني: المراد بها صدقة التطوع. روي ذلك عن الحسن البصري وبه قال مالك. وقيل هي خاصةٌ بالذين نزلت فيهم ـ أبو لبابة وأصحابه ـ جاؤوا بثلث أموالهم كفارةً لذنوبهم.

والأظهر: أن المراد بالصدقة صدقة الفرض. يقول أبو بكر الجصاص: «الصحيح أنها ـ أي الصدقة ـ الزكوات المفروضات، إذ لم يثبت أن هؤلاء القوم ـ يعني من نزلت فيهم ـ أوجب الله عليهم صدقة دون سائر الناس سوى زكوات الأموال، وإذا لم يثبت بذلك خبر، فهم وسائر الناس سواءٌ[1] في الأحكام والعبادات، وإنهم غير مخصوصين بها دون غيرهم» اهـ.

واختلف[2] العلماء في تعليل الأحكام الشرعية على قولين: ذهب الجمهور إلى عدم التعليل، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى القول بتعليل الأحكام الشرعية، وبناءً على الاختلاف في تعليل الأحكام الشرعية اختلف العلماء في إخراج القيمة في الزكاة، فلا يجوز عند الجمهور إخراج قيمة ما وجب من الزكاة في الأصناف المنصوص عليها نقداً أو نحوه لأجل التعبد بالوقوف عند النص. والعمل بمقتضاه وإخراج الزكاة من جنس المال المزكى تظهر فيه بوضوح جلي مواساة الأغنياء للفقراء.

وعند الحنفية يجوز إخراج القيمة عما وجب من الزكاة، لأن مواساة الفقير وسد خلته لا يتوقفان على إخراج الزكاة من جنس المال

(١) انظر كتابه أحكام القرآن ٣/١٤٨.

(٢) انظر: تخريج الفروع على الأصول ص ٤.

المزكى، بل يجوز أن تكون في قيمته إذا قُوِّم.

قلت: هذا صحيح لو لم ينص الشارع على القدر المخرج من الجنس المزكى وإذ كان الفقير ـ وهو المدفوع إليه الزكاة ـ بحاجة إلى القيمة فله بعد تملكها التصرف بها بالبيع أو المعاوضة فيحصل على القيمة. أما المزكي فليس له إلا أن يخرج ما خوطب به. ثم إن الزكاة عبادة شرعية لا يدخلها القياس والاجتهاد. فيجب الوقوف عند نص الشارع.

ومنشأ الخلاف الوقوف عند ظاهر قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ فإنه يدل على أخذها من جنس المال اعتماداً على أن الأصل في الأحكام التعبد.

واعتماد المخالف كالحنفية إنما هو على التعليل كسد الحاجة، فأجازوا أخذ القيمة لتحقيق المقصود بها.

٩ ـ حكم الزيادة على النص:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الزيادة على النص نسخٌ. وذهب الجمهور إلى أنها ليست نسخاً. ومنشأ هذا الاختلاف[١]، الخلاف في حقيقة النسخ وماهيته، هل هو رفعٌ للحكم، أو بيانٌ لانتهاء مدته؟ فهو عند الحنفية بيان لمدة الحكم وعند الجمهور هو رفع للحكم الثابت. فإن صح تفسير النسخ بالبيان، صح قولهم أن الزيادة على النص نسخٌ من حيث إنها بيانٌ لكمية العبادة أو كيفيتها، وإذا كانت حقيقة النسخ هي الرفع، لم تكن هناك زيادةٌ، ومن ثم فلا نسخ. فالخلاف إذن واقع في دلالة اللفظ. والصحيح هو القول الثاني.

---

(١) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٠ بتصرف.

مثالـه: الجمع بين الجلد والتغريب:

يرى الجمهور مشروعية الجمع بين الجلد والتغريب لحديث (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)[1] وعند الحنفية لا يشرع التغريب، لأنه لم يذكر مع الجلد في القرآن ولم يأخذوا بالحديث لأنه زيادةٌ على النص توجب النسخ، والقرآن متواترٌ والحديث آحاد. ولا ينسخ الآحاد المتواتر.

(١) رواه مسلم:
انظر مختصر المنذري ٢/٣٦.

obeikandl.com