

الفصل الثاني
الأدلة الإجمالية المختلف في صحتها



obeikandi.com

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 - 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 خاتمة 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 ص ٣٥ 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 فقهاءنا دون ذلك » ^(٢) .

فالعادة - إذن - 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 لابن عبد البر ١٥ / ٤٣٢ ف ٢٢٦٤٥ .

(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 - أعني عمل أهل البلد - 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 المزي ، وضم إليها مذهب زيد في المسائل ، ولم يقل : « تحريت مذهب الشافعي » ، كقوله في أواخر كتب مضت ، فإن التحري اجتهد ، ولا اجتهد في النقل . البحر المحيط ٦ / ٦٣ .

(٢) البحر المحيط ٦ / ٧٠ .

(٣) كتاب سير الأوزاعي في الأم ٧ / ٣٧٢ ، باب « بيع السي 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 رحمته الله ألزمهم بمذهب إبراهيم وأقرانه ، لا يجاوزه إلا ما شاء الله ، وكان عظيم الشأن 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 أبي ليلى في الأخذ بعمل أهل بلده ، فلقد كان يراعيه في أقضيته وفتاواه ما أمكن ، لكنه قد يخرج عن هذا الأصل للدليل ترجح لديه .

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

(٢) السابق ص ٣٩ .

(٣) السابق ص ٤٨ .

(٤) السابق ص ٤٨ .

(٥) السابق ص ٥٠ .

بعض المسائل التي راعى فيها عمل أهل بلده :

١ - سجود السهو كله بعد السلام عند ابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن حي ، وأبي حنيفة ، وبه قال النخعي ، وهو مروى 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 شعبه 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 - 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 - ويتمسك بما عليه العمل أكثر عندما يكون عاما ، ساريا في أحوال الناس ، أخذا به عامة العلماء ، كعدم كراهيته للقضاء في المسجد ، قال مالك : القضاء في المسجد من أمر الناس القديم ^(٣) .

٤ - ونظير المسألة السابقة عدم إجازته شهادة العبيد . « وظهرت الخوارج على الكوفة وهو يتولى القضاء بها فأمره 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 ٣٧٩/٤ .

(٢) المغني ٣٨٩/٢ .

(٣) المغني ٤٥/٩ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤٩٥/١ .

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

٥ - 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 أعطاه الرسول ﷺ الخيار ، لأنها كانت تحت عبد ^(٤) .

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

(٢) ينظر الحديث في صحيح البخاري ، كتاب الشفعة ، ح ٢٢٥٧ .

(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 ، والله الحمد والمنة .



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

obeikandi.com

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 أبي 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 - والله أعلم - 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 - كما سبق في الباب الأول - بأن عطاء كان أعلم الناس بالحج .

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

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

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

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

(٦) أما النوع الثاني - وهو ما عرف أن له مخالفا من الصحابة - 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 واحد منهم مرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقوا (كذا) في بعض ما أخذوا به منهم » ^(٢) .

قال مناظره : « فإلي 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 - إذن - يأخذون بقول واحد منهم مرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقون في بعض ما أخذوا به منهم .

(١) وهذا من أوضح الأدلة على أن الشافعي لا يعتبر قول الصحابي حجة ، وهذا النص ينحل كثير من الإشكال الموجود في كتب الأصول . على أن المطالع لنصوص الشافعي في « الرسالة » و « الأم » يخرج بتتيحة ، وهي أن الشافعي يقدم رأي الصحابي على رأيه ويقلده دون أن يعتبره حجة . ينظر الرسالة ص ٥٠٨ ف ١٤٦٨ ، وص ٥١٠ ف ١٤٧١ ، والأم ٢٤٤ / ٧ باب في الأقضية ، و ٢٤٨ / ٧ ، باب القضاء في الضرس والترقوة والطلع ، و ٧٩ / ٣ باب بيع الآجال ، وكتاب اختلاف الحديث في الأم ٦١٩ / ٨ و ٦٢٠ ، باب الخلاف في الساعات التي تكره فيها الصلاة ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي ١ / ١٠٧ ، تح : سيد كسروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١٩٩١ م .

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

(٣) الرسالة ص ٥٩٧ ف ١٨٠٧ - ١٨١١ .

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 مسألة انفرد فيها علي بقول عن سائر الصحابة تبعه فيها ابن أبي 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 تبعه علقمه ، والأسود ، وأبو أيوب » ^(٢) .

وهذا الكلام لا ينطبق تمام الانطباق على منهج ابن أبي 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 - 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 - 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 - إن شاء الله - إلا ما عضدته الأمثلة من الفروع .

(٢) البحر المحيط ٦ / ٧٠ .

(٣) على ما هو موجود في كتاب الإجماع لابن المنذر في النخل المؤبر ص ١٠٣ ف ٤٨٢ ، وفي ضمان اللبن في المصرة ص ١٠٣ ف ٤٨٣ ، وفي مسألة الشركة بالعروض ص ١٠٩ ف ٥١٨ .

(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 عليه السلام قنّت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك ، وقت معاوية بالشام يدعو على علي عليه السلام فأخذ أهل الشام عنه ذلك » .

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

٣ - 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 - إذا تزوجت المرأة زوجها 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 أبي طالب عليه السلام » ^(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 - 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 - ووافقه في امرأة المفقود في أنها لا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ^(٧) .

٧ - وإذا رجع 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 . والمسألة مبسوسة في اختلاف أبي حنيفة وابن

أبي ليلى في الأم ٧/ ١٦٦ .

(٧) الإشراف ١/ ٨٦ ، والمغني ٧/ ٤٨٨-٤٩٠ .

كان يقول : أقتله ، فإن رجعوا أربعتهم قتلتهم ولا نغرمهم الدية ^(١) . واحتج له ابن قدامة بأن « عليا عليه السلام 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 - 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 - وكان ابن أبي ليلى يقول : على المدعي « اليمين مع شهوده على قول علي بن أبي طالب عليه السلام » ^(٤) .

بعض المسائل التي خالف فيها عليا :

١ - إذا قال الرجل لامرأته - ولم يدخل بها - : 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 ، وروى 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 زوجها كان نكاحها جائزا؟ فكيف يقع عليها الطلاق ، وهي ليست بامرأته ،

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

(٢) المغني ٢٤٧ / ٩ .

(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 ١٣٥ / ٧ .

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 - وإذا خير الرجل امرأته ، أو ملكها أمرها فاختارت نفسها ، فإن ابن أبي ليلى كان يقول : هي واحدة ، يملك بها الرجعة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء ، وروى عن عمر وابن مسعود وابن عباس ^(٢) . قال الشافعي : إن طلق نفسها تطليقه فهو يملك الرجعة .

وروى عن علي أنها واحدة بائة ، وإن اختارت زوجها فلا شيء . وبه قال أبو حنيفة . وروى عن زيد بن ثابت أنها إن اختارت نفسها تكون ثلاثا ، وهو مذهب مالك ، قال : وإن طلق نفسها واحدة لم يقع شيء ^(٣) .

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



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

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

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

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 - لمسوغات - لا يحترمها . والله أعلم .



obeikandi.com

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 أبي ليلى ما يفيد أنه يأخذ بها هو أيضا :

١ - من ذلك تضمين الصناعات ، 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 الصناعات إلا ما جنت أيديهم ، ولم يكن يباح بذلك خوفا من الصناعات » ^(٥) .

وتضمين الصناعات هو مذهب الحلفاء الراشدين ، وقد نص علي بن أبي طالب عليه السلام

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

(٢) ينظر البحر المحيط ٧٦/٦ .

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

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

(٥) السابق ١٠٢/٧ . 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 الغسل والصباغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك » - وذكر سنده، ثم قال: « ويروى عن عمر تضمين بعض الصناعات من وجه أضعف من هذا. ولم نعلم واحدا منها يثبت. وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء، من وجه لا يثبت مثله »^(٢).

والمهم عندي هو إثبات أن تضمين الصناعات أساسه المصلحة. إلا أن الشافعي رأى أن من ضمن الصناعات 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).

وتضمن الصناعات مخالف للقياس الصحيح، إذ الأصل أن يد الصانع على الأمانة، كالمضارب، والشريك، والمستأجر، لأن الصانع يقبض العين بعقد الإجارة، بإذن مالكة، لنفع يعود على المالك^(٥).

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

(١) الاعتصام للشاطبي ٢/ ٢٨٧-٣٠٢.

(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 - 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 تحصيلًا للمصلحة وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة . والقراية 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 - 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 يثبتته عنده أجازته ، وبه يأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجيزه حتى يثبتته 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 زوجها 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 ذاakra لذلك . ووجه المصلحة عبر عنها الربيع أبلغ تعبير ، قال الربيع : « وكان الشافعي يميز 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 ذاakra ، « لأنه لو لم يفعله أضر بالناس » ^(٢) .

٤ - ومما يدل على توسعه في الأخذ بالمصلحة تقليده لعمر رضي الله عنه في أخذه الزكاة من أموال نصارى بني تغلب ومواشيهم وثمرهم ، دون الجزية . مع أن الآية تقول : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [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 . وروى عن علي رضي الله عنه 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 رضي الله عنه صالحهم على أن لا ينصروا أولادهم ^(٣) .

٥ - 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 ١٦١ / ٧ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٥١٣ / ١ .

(٣) المغني ٥١٢ / ٨ .

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

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 » ^(١) .



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

obeikandi.com

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 ١١٨/٢ .

(٢) ينظر البحر المحيط ٩٣/٦ .

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

(٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٣/٤ . وتعقب فيه هذا التعريف فقال : « ويلزم عليه أن يكون العدول عن العموم إلى التخصيص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحسانا » ، أي : إن التعريف - على رأي البخاري - 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 الموضوع الذي يؤخذ فيه بالاستحسان ^(٢) .

أما حقيقته عند المالكية فقد قال الشاطبي في الموافقات : « وهو - في مذهب مالك - 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 الموازنة ^(٤) .

(١) أصول السرخسي ٢/ ٢٠٠ .

(٢) أصول السرخسي ٢/ ٢٠١ .

(٣) الموافقات ٤/ ٢٠٩ .

(٤) إحكام الفصول للباجي ص ٦٨٧ .

قال ابن العربي في المحصول : « وقد تتبعناه في مذهبننا ، وألفيناه أيضا منقسما أقساما : فمنه ترك الدليل للمصلحة «أي المصلحة المرسل» ، 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 المرسل) ، إلا أنه يفترق عن المصالح المرسل 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- 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 تحبب الأصل وتمليك المنفعة ، «فلم يجز اشتراط

(١) ينظر المحصول في علم الأصول لابن العربي ٢٧٦/٣ 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 الراحي . وينظر كذلك الاعتصام ٩٥/٢ .

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٠٩/٤ .

(٣) المغني ٥/٦٠٤ - 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 بخير ، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها ، فقال : يا رسول الله ، إني أصبت أرضا بخير ، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه ، فما تأمرني به ؟ قال : « إن شئت حبست أصلها وتصدق 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- الاستحسان لقول الصحابي :

من أمثله 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 ح ٢٧٣٧ .

(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 ، فتحزى 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 رضي الله عنهم 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 يحزى هناك التقرب بإراقة دم الحمل والعناق مقصودا ، فكذلك هنا ؛ ولأن الواجب بالنص هنا الهدي ، قال الله تعالى : ﴿ هَذَا بَلِغُ الْكَعْبَةِ ﴾ [المائدة: ٩٥] ، فهو بمنزلة هدي المتعة والقران ، فكما لا يحزى الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يحزى هنا « ^(٢) » .

٣- 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 . وأمثله في فقه ابن أبي ليلى كثيرة ، فلا نطيل فيه .

٤- استحسان المصلحة :

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

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

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

خوصم إليه فيه بعد ذلك ، فإن ابن أبي ليلى قال : لا يقضي بذلك عليه ، وإن كان ذاكرا حتى يثبت 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 ، فكذاك 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 استحسّن ابن أبي ليلى ~ ، وقال : القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشتبّه عليه ذلك ، ولهذا يثبت في ديوانه ليرجع إليه ، فينبغي له الشهود ، فإذا لم يثبت 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 يثبت في ديوانه » ^(١) .

٥- استحسان العرف :

أ- 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 ^(٢) . وكذلك لو أقر على نفسه ببال في صك حق من ثمن متاع ، ثم أقام البينة أنه ربا ، قبلت بينته ، ورد إلى رأس المال ^(٣) . وعند أبي حنيفة لا تقبل بينته في الحالين .

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

(١) المبسوط ١٦٤/٣٠ .

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

(٣) ينظر السابق ١٢٨/٧ .

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 - ومن أمثلة ذلك أيضا أن الرجل لو أقر بهال 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 - استحسان الضرورة :

من أمثله 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 ١٥٠/٣٠ .

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

(٣) المبسوط ١٥٠/٣٠ ، ١٥١ .

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

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 – زيادة على أخذه بالاستحسان بكل أنواعه يراعي العرف في الاستنباط ،
ويتوسع فيه .

إلا أنني 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 يدري 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 ، والله الحمد والمنة .

(١) المبسوط ١٥٣/٣٠ .

(٢) المبسوط ١٥٣/٣٠ .

(٣) المبسوط ١٦٧/٣٠ .

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

(٥) المبسوط ١٦٧/٣٠ .