

ثانياً: القياس

تعريف القياس:

– القياس والقياس: في اللغة العربية معناه:

التقدير أي معرفة قدر الشيء، يقال قست الثوب بالذراع، والأرض بالمتر أي عرفت قدرها.

والقياس في الاصطلاح: نختار في تعريفه اصطلاحاً بأنه هو:

«إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم»¹.

والمراد من الإلحاق: هو الكشف والإظهار للحكم، وليس المراد إثبات الحكم وأنشائه، لأن الحكم ثابت

للمقيس من وقت ثبوته للمقيس عليه وإنما تأخر ظهوره إلى وقت بيان المجتهد بواسطة وجود العلة كما هي في

المقيس عليه.

وعلى هذا فأنتهم قالوا:

أ- القياس كاشف للحكم وليس منشئاً له.

ب- العلة هي أساس الحكم.

ج- عمل المجتهد هو إظهار الحكم في الفرع بسبب إتحاد علة الحكم في المقيس والمقيس عليه².

وطريق الكشف أو الإظهار: فإنه إذا ورد نص من الكتاب أو السنة على حكم واقعه، وعرف المجتهد علة

الحكم، ثم لاحظ وجود نفس العلة في واقعة أخرى، فإنه يغلب على الظن الاشتراك في الحكم بين الواقعتين فيلحق

ما لم ينص عليه بما ورد فيه نص ويسمى هذا الإلحاق، القياس.

ومن أمثله:

أ- إن الله سبحانه وتعالى نص على تحريم الخمر بآية ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾³.

وقد أدرك المجتهدون أن علة التحريم هي الإسكار لأنه يترتب عليه وقوع مفسد.

وعند التأمل وجد العلماء المجتهدون أن الإسكار يتحقق أيضاً بشرب النبيذ فيكون النبيذ⁴ ملحقاً بالخمر

في حرمة تناوله، فالخمر أصل والنبيذ فرع، والحكم التحريم، والعلة الجامعة بينهما هي الإسكار⁵.

ب- نص الرسول ﷺ على أن القتل يمنع الميراث، فقال: «لا يرث القاتل شيئاً»⁶.

والعلة: هي استعجال الشيء قبل أوانه فيعاقب بجرمانه وهذه العلة متحققة في قتل الموصى له للموصي

فتقاس الوصية على الإرث حالة القتل، فيمنع الموصى له القاتل من الوصية، كما يمنع الوارث القاتل من الإرث⁷.

¹ روضة الناظر: 227/2، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة: ص 204.

² اللمع للشيرازي: ص 51.

³ سورة المائدة: 90.

⁴ الماء الذي ينبذ فيه التمر أو الزبيب أو نحوهما ما لم ينقلب إلى مسكر، فإذا صار مسكراً فهو خمر.

⁵ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، 603/1-604.

⁶ رواه النسائي والدارقطني وفي إسناده مقال.

ج- حرم الرسول ﷺ الخطبة على الخطبة فقال «لا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب على خطبته»⁸.

والعلة هي: إيذاء الخاطب أو المشتري الأول وإثارة العداوة والحقد بين الخاطبين. وهذا المعنى متحقق في استئجار الأخ على استئجار أخيه، فيحرم قياسا على تحريم الخطبة على الخطبة، فالتسوية بين الواقعتين في الحكم، أو الإلحاق في الحكم هي القياس.

أركان القياس

الركن: هو ما لا يقوم الشيء إلا به.

وأركان القياس أربع وهي:

(1) الأصل (2) الفرع (3) العلة وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع (4) حكم الأصل.

1- الأصل: عند الفقهاء: هو محل الحكم الذي ثبت بالنص أو الإجماع، وعند المتكلمين هو النص الدال على الحكم، والأصل هو ما بني عليه غيره.

وبناء عليه فإن الأصل: في مثال تحريم النبيذ قياسا على الخمر هو الحكم الثابت حرمة بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ⁹﴾.

2- الفرع: هو المحل الذي لم يرد فيه نص ولا إجماع، وهو في المقال السابق النبيذ.

3- العلة: هي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل، وهو في المثال: الإسكار.

4- حكم الأصل: هو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد تعديته إلى الفرع، وهو في المثال حرمة الخمر.

أما الحكم الذي يثبت في الفرع بالقياس، وهو تحريم النبيذ في المثال، فهو ثمرة القياس وليس ركنا فيه¹⁰.

حجية القياس

⁷ وأجاز الشافعية في الأظهر: الوصية للقاتل لأنها عليك بعقد فأشبهت الهبة وخالفته الإرث.

⁸ رواه البخاري ومسلم.

⁹ سورة المائدة: الآية 90.

¹⁰ أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: 606-605/1.

في إثبات حجية القياس أقوال وآراء مختلفة ذكرها الإمام الشوكاني في إرشاد الفحول¹¹، وخلاصة تلك الآراء ترجع إلى مذهبين:

المذهب الأول: مذهب جمهور العلماء وهو أن القياس حجة مطلقا.

المذهب الثاني: مذهب الشيعة والنظام والظاهرية وجماعة من معتزلة بغداد، وهو أن القياس ليس حجة إلا أن بعض هؤلاء يقول: أن امتناع حجيته من جهة العقل، وبعضهم يقول أن ذلك من جهة الشرع وكلاهما منكر للقياس.

أدلة نفاة القياس

استدل نفاة القياس بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

1- القرآن الكريم: اعتمد نفاة القياس على أدلة من القرآن الكريم منها¹²:

أ- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ¹³﴾ حيث قالوا: إن هذه الآية تنهى عن العمل بغير كتاب الله وسنة رسوله والعمل بالقياس عمل بغيرهما، لأنه تقديم بين يدي الله ورسوله فكان منهيًا عنه. ويجاب عن الاستدلال بهذه الآية: بأن هذه الآية لا تمنع العمل بالقياس لأن الله تعالى ورسوله أمرا بالعمل بالقياس، فالعمل بالقياس عمل بكتاب الله وسنة رسوله كما سيأتي في أدلة المثبتين للقياس.

ب- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ¹⁴﴾ وقوله تعالى كذلك ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ¹⁵﴾.

حيث قالوا: فهاتان الآيتان تنهيان عن إتباع الإنسان ما ليس مفيدا للعلم واليقين، والقياس إنما يفيد الظن، فكان المجتهد منهيًا عن العمل به.

وكذلك قوله تعالى ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا¹⁶﴾.

¹¹ مذهب جمهور العلماء: إن التعبد بالقياس جائز عقلا، ويجب العمل به شرعا.

¹² المستصفي: 64/2، إرشاد الفحول: 175.

¹³ سورة الحجرات: الآية 1.

¹⁴ البقرة: 169.

¹⁵ الإسراء: 36.

¹⁶ النجم: 28.

قالوا: والظن لا يفيد الحق، والقياس مفيد للظن، ولذلك فالقياس لا يفيد الحق، وأجيب: بأن هذه الآيات لا دلالة فيها على المنع من العمل بالقياس للإجماع على وجوب العمل بظن المجتهد، والإجماع يفيد القطع على الراجح.

2- السنة النبوية: استدلوها من السنة بأحاديث منها:

أ- قول النبي ﷺ «إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدودا فلا تتعدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها»¹⁷.

حيث قالوا: إن هذا الحديث يدل على أن الأشياء، إما واجبة وإما حرام وإما مسكوت عنها، فهي في دائرة المعفو عنه أو المباح والمقيس من المسكوت عنه فهو في دائرة المعفو عنه فإذا قسنا المسكوت عنه على الواجب مثلا نكون قد أوجبنا ما لم يوجبه الله، وإذا قسناه على الحرام نكون قد حرمنا ما لم يحرمه الله تعالى.

- ويرد عليه بأن هذا الحكم الثابت بالقياس ليس حكما من المجتهد، وإنما هو حكم الله، لأن علة حكم الأصل استلزم الحكم في الفرع بطريق المعنى فكأن الله تعالى قال: كلما تحققت علة هذا الحكم في محل لم ينص على حكمه فأعطوه مثل هذا الحكم، لأن الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما.

ب- استدلوها من السنة كذلك بحديث «تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب وبرهة بالسنة وبرهة بالقياس، فإذا فعلوا ذلك فقد ظلوا»¹⁸.

قالوا: فالنبي ﷺ جعل القياس موجبا للضلال.

- وأجيب بأن هذا الحديث معارض بالأحاديث التي تفيد وجوب العمل بالقياس - ستأتي - فيحمل هذا الحديث على العمل بالقياس الفاسد جمعا بين الأدلة¹⁹.

3- الإجماع: وهو أن بعض الصحابة قد دم العمل بالقياس أو بالاجتهاد بالرأي وسكت بعض الصحابة عن الإنكار عليه، فكان إجماعا من ذلك:

أ- إن أبا بكر رضي الله عنه قال: "أي سماء تظلني، وأي أرض تقلني.

إذا قلت في كتاب الله برأيي" أي بالقياس.

ب- وقال عمر رضي الله عنه: «إياكم وأصحاب الرأي، فأنتم أعداء السنن، أعييتهم الأحاديث أن

يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا».

ج- وقال علي رضي الله عنه: «لو كان الدين يؤخذ بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره».

- وأجيب بأن هذه الروايات معارضة بآثار أخرى عن هؤلاء الصحابة بالذات مقتضاها مدح العمل بالقياس كما سيأتي في أدلة الجمهور فتحمل الأحاديث المانعة من العمل بالقياس على القياس الفاسد جمعا بين الأحاديث.

¹⁷ رواه الدارقطني.

¹⁸ قال ابن حزم من رواية عثمان بن عبد الرحمن الواقصي وهو متروك (ملخص إبطال القياس: ص 56).

¹⁹ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، 614-613/1.

4- المعقول: قالوا: إن القياس يؤدي إلى التنازع والاختلاف بين المجتهدين كما هو الثابت بالاستقراء لجزئيات الاجتهاد، ولأن القياس يبني على أمارات ومقدمات ظنية، والظنون مثار اختلاف الأفهام والأنظار، وحينئذ يكون القياس ممنوعاً لقوله تعالى «ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم» (الأنفال: 46). وأجيب عن هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: إن هذا الدليل بعينه يجري في كل دليل يوجب الظن كخبر الواحد فيلزم منه أن يكون العمل بخبر الواحد منهيًا عنه وذلك لم يقل به أحد.

الوجه الثاني: إن التنازع الذي تنهى عنه الآية الشريفة، هو ما كان في العقائد وأصول الدين أو في الأمور العامة كسياسة الدولة وشؤون الحرب بقريظة قوله تعالى «فتفشلوا وتذهب ريحكم». أما التنازع أو الاختلاف في الأحكام الشرعية العملية الجزئية فلا مانع من حصوله، فلا تترتب عليه مفسدة وقد يكون توسعة ورحمة²⁰.

دليل النظام على أنكار القياس

استدل النظام على أنه يستحيل التعبد بالقياس عقلاً، بأن العقل يوجب إعطاء التماثلات حكماً واحداً، والمتخالفات أحكاماً مختلفة، ولكن الشارع قد فرق بين التماثلات في الأحكام، وجمع بين المختلفات وشرع أحكاماً لا مجال للعقل فيها، وذلك كله يناهض مقتضى القياس. أما بيان ذلك:

1- فتريق الشارع بين التماثلات:

- فهو أنه قد فرق بين الأزمنة في الشرف والفضل.
وفرق بين الأمكنة، ففضل مكة والمدينة على باقي الأمكنة مع أن الأزمنة والأمكنة متماثلة.
- وفرق الشارع أيضاً بين الصلوات في مسألة القصر في الصلاة الرباعية دون الثنائية أو الثلاثية مع أن الصلوات متماثلة وكذلك أوجب قضاء الصوم على الحائض، ولم يوجب عليها قضاء الصلاة مع أن كلا منهما عبادة.

2- وأما جمع الشارع بين المتخالفات:

فهو أنه جعل التراب في التيمم موجباً للطاهرة للصلاة كالماء تماماً عند عدم الماء أو المرض مع أن الماء ينظف الأعضاء والتراب يشوبها.

3- وأما أن الشارع شرع أحكاماً لا مجال للعقل فيها:

فهو أنه أباح النظر إلى الأمة الحسناء، وأمر بغض البصر بالنسبة للحرّة الشوهاء أو العجوز الشمطاء، مع أن النفس تميل إلى الأولى وتنفر من الثانية.

وأوجب الشرع قطع اليد في سرقة القليل، ولم يوجبه في غضب الكثير .
وأوجب الجلد على من قذف غيره بالزنى، ولم يوجبه على من قذف غيره بالكفر، مع أن الكفر أشد وأعظم.
وشرط في شهادة الزنى أربعة شهود عدول، مع أنه اكتفى في الشهادة على القتل باثنين فقط، مع كون القتل أغلظ
من الزنى.

الجواب

ويرد على هذا الاستدلال بأن القياس إنما يجب العمل به عند معرفة العلة الجامعة بين الأصل والفرع مع
عدم وجود المعارض، وعندئذ يصير الأصل والفرع متماثلين، ولذلك فإن القياس لا يفرق بين التماثلات بل يجمع
بينها.

أما عند عدم وجود العلة الجامعة بين الأصل والفرع أو وجود المعارض فإن الأصل والفرع يكونان
متخالفين، وامتناع القياس في صور محدودة لا يفضي إلى امتناعه من أصله.
وفي الجملة: إن القياس «يجمع بين التماثلات بحسب الواقع، وإن كانت متخالفة في الظاهر، ويفرق بين
المختلفات بحسب الواقع وإن كانت متماثلة في الظاهر»²¹.

²¹ القياس في الشرع الإسلامي لابن القيم ص 56 والإحكام للآمدي: 69/3.

والخلاصة:

إن ما أورده النظام من الصور فهو نادر، والنادر لا يحكم به على الكثير الغالب، وأن التفريق بين المتماثلين يجوز أن يحصل لعدم وجود العلة الجامعة بينهما أو لوجود معارض.

وكذلك الجمع بين المختلفين يجوز أن يحصل لاشتراكهما في معنى جامع بينهما.

ويظهر أن كلام النظام راجع إلى مراعاة مبدأ آخر:

- ألا وهو التمسك بظاهر النصوص، فأتمهم يقصرون بيان النصوص على العبارة وحدها ولا يتجاوزون بها إلى غيرها.

- أما الجمهور فأتمهم قد اخذوا بمبدأ تعليل النصوص ومقاصد الشريعة.

ولقد أحسن الشهرستاني في رده على داود الأصفهاني الذي أنكر القياس، وقال أول من قاس إبليس وعبارته «لقد ظن أن القياس أمر خارج عن مضمون الكتاب والسنة، ولم يدر أنه طلب حكم الشرع من مناهج الشرع ولم تنضبط قط شريعة من الشرائع إلا باقتران الاجتهاد بها، لأن من ضرورة الانتشار في العالم الحكم بأن الاجتهاد معتبر، وقد رأينا الصحابة رضي الله عنهم كيف اجتهدوا، وكيف قاسوا وذلك مما لا يخفى على المتدبر لأحوالهم²²».

وقال الأستاذ محمد أبو زهرة: والحق أن نفاة القياس قد أخطؤوا إذ تركوا تعليل النصوص، فقد أداهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها بدائه العقول، فقالوا: إن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعدم النص عليه، وأن لعاب الكلب نجس وبوله طاهر ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النصوص، لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو²³.

أدلة مثبتة القياس

استدل الجمهور الذين اثبتوا حجية القياس بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- القرآن الكريم: استدلووا بعدة آيات منها:

أ- قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾²⁴.

²² الملل والنحل للشهرستاني: 206/1.

²³ أصول الفقه محمد أبي زهرة: ص 217، أصول الفقه للزحيلي، 618/1-621.

²⁴ سورة الحشر: الآية 2.

ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وما حاق بهم من العذاب من حيث لم يحتسبوا، قال فاعتبروا يا أولي الأبصار أي فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم أن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم ما حاق بهم. وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها، وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها، وأن ما جرى على النظر يجري على نظيره.

ألا ترى أنه إذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين، أن في هذا لعبرة لكم، أو اعتبروا، فإنه لا يفهم من قوله ذلك إلا أنكم مثله فإن فعلتم فعله عوقبتم عقابه ولا عبرة بشخصه²⁵.
الاعتراض: واعترض على هذا الاستدلال بأن المراد بالاعتبار الوارد في الآية هو الاعتاظ وليس القياس.
الرد: ورد بأن المراد من (اعتبروا) ليس الاعتاظ فقط وإنما مطلق الاعتبار الذي يكون القياس الشرعي جزءا من جزئياته.

ب- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾²⁶.

ووجه الاستدلال من الآية أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين أن تنازعوا واختلفوا في شيء ليس لله ولا لرسوله ولا لأولي الأمر منهم فيه حكم أن يردوه إلى الله ورسوله، ورده أي إرجاعه إلى الله وإلى الرسول بإطلاقه يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما، فرده إلى قواعد الشرع الكلية رد إلى الله ورسوله، ورد ما لا نص فيه إلى ما فيه نص والحكم عليه بحكم النص لتساوي الواقعتين في العلة التي بني عليها الحكم هو رد المتنازع فيه إلى الله ورسوله.

ج- قال تعالى في سورة يس ﴿قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ﴾²⁷.

ووجه الاستدلال من الآية أن الله سبحانه وتعالى استدل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث، فإن الله سبحانه وتعالى قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين فإن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده، بل هذا أهون عليه فهذا الاستدلال بالقياس إقرار بحجية القياس وصحة الاستدلال به وهو قياس في الحياة ولكن يدل على أن النظر ونظيره يتساويان.

2- السنة النبوية:

أ- روى أن الرسول ﷺ قال لمعاذ رضي الله عنه حينما بعثه إلى اليمن «بما تقضي إذا عرض عليك قضاء؟»

²⁵ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف: ص 31-32.

²⁶ سورة النساء: الآية 59.

²⁷ سورة يس: 78/79.

قال أفضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله ﷺ ، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟.

قال: اجتهد رأي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ على صدر معاذ، وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله²⁸ .

الاعتراض: وقد اعترض على الاستدلال بحديث معاذ بأن تصويب النبي ﷺ له كان قبل نزول آية ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي²⁹﴾ فيكون القياس حجة الزمان لكون النصوص غير وافية بجميع الأحكام أما بعد إكمال الدين والنصوص فلا يكون القياس حجة لعدم الحاجة إليه لأن شرط القياس فقدان النص.

الجواب: إن الآية تدل على إكمال أصول الدين وقواعده لا فروع وجزئياته، لأن الواقع أن النصوص لم تتناول جميع فروع الشريعة لعدم تناهي فروع الشريعة، فتكون الحاجة ماسة إلى القياس لإثبات أحكام تلك الفروع.

ب- حديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن امرأة من خثعم أتت النبي ﷺ ، فقالت يا رسول الله إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفأحج عنه؟ قال نعم، قالت: أينفعه ذلك قال: نعم لو كان على أبيك دَيْنٌ فقضيته نفعه³⁰».

فالرسول ﷺ قاس هنا دين الله على دين العباد في وجوب القضاء³¹.

²⁸ رواه أبو داود وأحمد وللعلماء في إسناده مقال، وقال البخاري في تاريخه الكبير "مرسل إلا أن عدم اتصال سنده لا يمنع صحته لأنه مروى عن أصحاب معاذ وهم كلهم تقات" وقال الشوكاني في إرشاد الفحول: هو حديث مشهور له طرق متعددة ينتهض بمجموعها للحجة ورواه الخطيب البغدادي من طريق آخر مسندا في كتابه الفقيه والمتفقه.

²⁹ سورة المائدة: الآية 3.

³⁰ أخرجه البخاري ومسلم.

³¹ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 1/224-225.

ج- وروي أن عمر رضي الله عنه سأل الرسول ﷺ عن قبلة الصائم من غير أنزال، فقال له الرسول ﷺ: «أرأيت لو تميمضت من الماء وأنت صائم؟ قال عمر: قلت لا بأس بذلك، قال فمه³².

3- الإجماع:

إن الصحابة رضي الله عنهم قد تكرر منهم القول بالقياس، والعمل به من غير إنكار من أحد، فكان فعلهم إجماعاً على أن القياس حجة يجب العمل به ومن أمثلته.

أ- إن أبا بكر رضي الله عنه سئل عن الكلاله، فقال: «أقول فيها برأبي فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكون خطأ فمني ومن الشيطان: الكلاله ما عدا الوالد والولد»، والرأي هو القياس.

ب- وقاس الصحابة خلافة أبي بكر على تقديم الرسول في إمامة الصلاة وبينوا أساس القياس بقولهم «رضيه رسول الله لدينا أفلا نرضاه لدينانا».

ج- وأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري حينما ولاه على البصرة، يقول: اعرف الأشباه والنظائر وقس الأمور برأيك.

قالوا: فهذه الوقائع وغيرها الصادرة من أكابر الصحابة التي لا ينكرها إلا معاند تدل على أن القياس حجة والعمل به واجب.

الاعتراض: اعترض على هذا الدليل بأنه تمسك بإجماع سكوتي، والإجماع السكوتي محل نزاع بين العلماء من حيث الاحتجاج به فلا يصلح حجة عند المنكرين³³.

- ويجاب عن ذلك بأن الإجماع السكوتي ليس حجة إذا قامت القرائن على أن السكوت ليس رضا، وقد تحققت القرائن على أن الإجماع هنا حجة لتكرر العمل بالقياس في أوقات مختلفة ومع أشخاص مختلفين

4- المعقول:

أ- إن أحكام الشرع معللة معقولة المعنى: ولها مقاصد فالله تعالى لم يشرع الأحكام دون غاية أو هدف، ومصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام.

فإذا غلب على ظن المجتهد أن حكم الأصل معلل بعلة، وتحققت المقاصد والعلل في غير موضع النص أي الفرع فيثبت الحكم المقرر في النص فيما لا نص فيه في غالب الظن عند المجتهد، والعمل بالظن واجب فليس من المعقول أن يقتصر تحريم الربا- ربا البيوع- على الأصناف الستة (الذهب، والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح) منعاً للاستغلال والتلاعب بالأثمان والأقوات فهذه العلة محققة في الذرة والأرز والفل، فكان لا بد من تحريم الربا في هذه الأشياء.

ب- ما أدق قول الشهرستاني وأوفاه: تعبيراً حين قال في ذلك «وبالجمله نعلم قطعاً وبقينا أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص،

³² مه اسم فعل أمر بمعنى كفى، والحديث أخرجه أحمد وأبو داود (سبل السلام: 158/2)

³³ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، 629-624/1.

ولا يتصور ذلك أيضا، والنصوص إذا كانت متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد³⁴.

ج- إن الفطرة السليمة وبدائه العقول: تقتضي العمل بالقياس فمن منع من فعل لأن فيه أكلا لأموال الناس بالباطل فإن ذلك يجرى على كل الأفعال التي فيها أكل أموال الناس بالباطل. والناس في كل زمن يعرفون أن ما جرى على أحد المثلين يجرى على الآخر، أو أن ما جرى على النظير يجرى على نظيره، فمن حكم عليه بالإعدام لاعتدائه على الناس فإن هذا الحكم يشمل الاعتداء بالسلاح أو المتفجرات أو المواد السامة أو الهدم الخ..

سبب الخلاف، والخلاصة: أن سبب الخلاف في حجية القياس راجع إلى مبدأ تعليل النصوص. فالجمهور الذين اثبتوا القياس قرروا أن الأحكام معللة والعلة ثابتة على نقل الحكم من الأصل إلى الفرع، ونفاة القياس من الظاهرية وغيرهم قرروا أن النصوص غير معللة، ولذلك فإن الحكم لا يتعدى من الأصل إلى الفرع وهو شيء غريب³⁵.

شروط القياس

ذكرنا فيما سبق عندما تعرضنا إلى دراسة القياس باعتباره مصدرا من مصادر الأحكام الفقهية أن له أركاناً أربعة وهي:

(1) الأصل - (2) الفرع - (3) العلة وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع - (4) حكم الأصل. فالأصل الذي يبنى عليه القياس إما نص أو إجماع عند جمهور الفقهاء وقد خالف بعض العلماء في القياس على حكم ثابت بالإجماع.

ودليلهم أن القياس يتوقف على معرفة العلة التي شرع حكم الأصل لأجلها وهذا غير ممكن في الإجماع، لأن الإجماع لا يلزم أن يذكر فيه المستند، فإذا لم يذكر المستند لا سبيل إلى معرفة القياس.

ورد الجمهور على هذا الكلام بأن الإجماع دليل شرعي كالكتاب والسنة فيصح تعدية الحكم الثابت بأحدهما (أي الكتاب والسنة)، ومعرفة علة القياس لا تتوقف على ذكر مستند الإجماع وإنما لها طرق أخرى كما سيأتي تفصيله في مسالك العلة.

وهذا يقودنا إلى دراسة العلة ومسالكها.

تعريف العلة: العلة في اللغة: اسم لما يتغير به حال الشيء فيقال للمرض إنه علة لأن الجسم يتغير به من حال الصحة إلى حال المرض³⁶.

العلة اصطلاحاً: هي عبارة عن الوصف الظاهر المنضبط الذي علق الحكم به وجوداً وعدماً³⁷.

³⁴ الملل والنحل للشهرستاني: 236/1.

³⁵ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، 630/1-632.

³⁶ القاموس المحيط للفيروز آبادي: 21/4.

- ومعنى الوصف الظاهر: أي الصفة الواضحة التي يمكن إدراكها، فلا بد أن تكون العلة ظاهرة غير خفية وذلك كالإسكار في الخمر فإنه علة تحريم الخمر، وهي وصف ظاهر يمكن التحقق منه في كل خمر كما يمكن التحقق من وجوده في كل مسكر.

- ومعنى الوصف المنضبط: أي الوصف المحدد الذي لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، أو يختلف اختلافا يسيرا لا يؤبه به وذلك كالإسكار فإنه علة لتحريم الخمر وله حقيقة منضبطة محددة وهي ما يعتري العقل من اختلال، وهذه الحقيقة ثابتة لذات الخمر ولا يهم كون الشخص لم يسكر لعارض ما، ولا يهم كذلك كون الأنبذة قد تختلف فيما بينها قوة وضعفا في حصول الإسكار، لأنه اختلاف يسير لا يؤثر في حقيقة الإسكار فلا يلتفت إليه³⁸.

الفرق بين العلة والحكمة:

الحكمة: هي الباعث على تشريع الحكم، والغاية المقصودة منه وهي المصلحة التي قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها.

أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم منعها.

أما العلة: فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بني عليه الحكم وجودا وعدماً.

- فالسفر مثلا علة لجواز الفطر في رمضان وعلة لقصر الصلاة باعتباره وصفا ظاهرا منضبطا علق الحكم به، لأن شأن السفر أن توجد فيه مشقة، فشرع القصر والفطر للتخفيف على الناس المسافرين ولدفع المشقة عنهم فالسفر علة ودفع المشقة حكمة³⁹.

شروط العلة

اشتراط الأصوليون في العلة شروطا كثيرة أهمها:

1- أن تكون العلة وصفا مناسباً للحكم:

ومعنى المناسبة هو أن يغلب على ظن المجتهد أن الحكم حاصل عند ثبوتها وغلبة الظن تتوافر بملاحظة الحكمة التشريعية غالبا وهي جلب المصلحة أو دفع المفسدة، وبذلك يظهر أن معنى المناسبة: (هو أن يكون الوصف مظنة لتحقيق حكمة الحكم).

فمثلا الإسكار مناسب لتحريم الخمر إذ يحصل بالحكم وهو التحريم دفع مفسدة أو رفع ضرر عن الناس بصيانة عقولهم وأجسامهم من الأذى والضرر.

وكذلك السفر في رمضان يعد وصفا مناسباً للحكم بإباحة الفطر لأنه يغلب في ربط هذه الإباحة بالسفر تحقق التيسير ودفع المشقة⁴⁰.

³⁷ أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 648/1، معجم مصطلحات أصول الفقه للدكتور قطب مصطفى سانو، ص 288.

³⁸ الوجيز في أصول الفقه: عبد الكريم زيدان - 204-205

³⁹ أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي: 651/1، الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان ص 203.

2- أن تكون العلة ظاهرة جلية:

لأنه إذا كانت خفية لم يمكن التحقق من وجودها أو عدم وجودها وبالتالي لا يمكن إثبات الحكم بها في الفرع.

لأن العلة علامة على الحكم فإذا لم تكن ظاهرة لم تصلح علامة، ومعنى ظهور العلة كما عرف سابقا: أن تكون مدركة بحاسة من الحواس.

فمثلا الإسكار يصلح أن يكون علة لتحريم الخمر، لأنه أمر ظاهر يمكن التحقق من وجوده بالحس. والصغر علة لثبوت الولاية على الصغير لأنه أمر ظاهر مدرك بالعقل فإذا كان الوصف خفيا فلا يصلح التعليل به، فمثلا التراضي بين المتعاقدين: لا يصلح أن يكون علة لنقل الملكية لأن التراضي أمر قلبي، لا يمكن إدراكه، وإنما يتعين أن تكون العلة هي الإيجاب والقبول لأنه علة ظاهرة.

3- أن تكون العلة وصفا منضبطا:

أي بأن تكون لها حقيقة معينة محددة لا تختلف اختلافا كبيرا باختلاف الأفراد والأحوال، أما الاختلاف اليسير فلا يؤبه له.

فمثلا القتل يعتبر وصفا منضبطا في حرمان القاتل من الميراث فيمكن أن يقاس عليه الوصية وذلك بحرمان قاتل الموصي للحصول على الوصية.

وكذلك النهي عن بيع الإنسان على بيع أخيه يعتبر وصفا منضبطا يمكن أن يقاس عليه استئجار الشخص على استئجار أخيه.

وكذلك لا يصح اعتبار (المشقة) علة لإباحة الإفطار في رمضان للمسافر والمريض، لأن المشقة من الأمور المرنة المضطربة التي تختلف اختلافا بينا باختلاف ظروف وأحوال الناس.

إذ قد يعد مشقة عند أناس مالا يعتبر مشقة عند غيرهم، فتكون العلة هي السفر أو المرض باعتبار كل منهما وصفا ظاهرا منضبطا.

وكذلك الجمع بين الصلاتين لا تصلح المشقة علة لجوازه فأقيم السفر مقامها، لأنه أمر منضبط.

4- أن تكون العلة متعددة:

وليست وصفا قاصرا على الأصل، أي أن تكون وصفا يمكن تحقيقه في عدة أفراد، ويمكن وجوده في غير الأصل إذ لو كانت العلة قاصرة على الأصل لم يصح القياس.

ومثاله: لا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها عصير العنب المخمر لأن هذه العلة لا توجد في غير الخمر بخلاف ما إذا عللنا بالإسكار، فإنه يصح القياس لأن هذه العلة توجد في العنب المخمر وغيره. وكذلك لا يصح تعليل حرمة الربا في الذهب والفضة بأنها أثمان الأشياء ولأنها علة قاصرة لا توجد في غيرهما وإنما العلة الزيادة أو التفاضل⁴¹، وكذا السفر والمرض يعتبر كل منهما وصفا قاصرا في إباحة الفطر للمسافر والمريض فلا يصح القياس عليهما كصاحب الأشغال الشاقة في البناء أو الزراعة أو المناجم.

5- أن تكون العلة من الأوصاف التي لم يبلغ الشارع اعتبارها (المناسبة) فقد يبدو للمجتهد أول وهلة أن وصفا معينا يصلح أن يكون وصفا مناسبا لحكم معين ولكنه في الواقع يصادم النص فلا يكون لهذا الوصف اعتبار⁴².

ومثال ذلك: اشتراك الأولاد في البنوة يعتبر وصفا مناسبا للمساواة بين الذكور والإناث في حصة الإرث من والدهم، غير أن الشارع ألغى هذا الوصف بقوله تعالى: ﴿بُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾⁴³.

مسالك العلة

لا يكفي لإجراء عملية القياس مجرد معرفة الوصف الجامع بين الأصل والفرع بل لابد من دليل على اعتبار هذا الوصف، والأدلة على اعتباره إما نص أو إجماع أو استنباط، وتعرف هذه الأدلة (بمسالك العلة).

أي الطرق الدالة على إثبات عليية الوصف أي كونه علة، وطرق إثبات العلة ثمانية وهي:

(النص، الإجماع، السير والتقسيم، المناسبة، الشبه، الطرد، الدوران، تنقيح المناط).

أولا: النص

وهو إما أن يكون نصا قاطعا أو نصا ظاهرا.

أولا- النص:

1- **النص القاطع:** وهو أن يرد النص دالا على التعليل صراحة دون احتمال لغيره، وله ألفاظ كثيرة منها: كي، لأجل، إذن، لعلة كذا، لسبب كذا المؤثر كذا لموجب كذا ونحوها.

41 المستصفي: 98/2، الإحكام للآمدي: 20/2.

42 أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 656/1، أصول الفقه لعبد الكريم زيدان، ص 207.

43 سورة النساء: الآية 11.

وذلك مثل قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَإِنَّ السَّبِيلَ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾⁴⁴.

فإن كي موضوعة للتعليل، ولم تستعمل في غيره، فهذه علة صريحة قطعية لتخصيص الفيء بهؤلاء الأصناف دون غيرهم في رأي جمهور العلماء، وذلك حتى لا يكون المال متداولاً بين الأغنياء فقط ويحرم منه الفقراء.

وقال عليه السلام في تعليل منع النظر إلى دار الغير إلا بعد الاستئذان "إنما جعل الاستئذان من أجل البصر"⁴⁵، فعلة الاستئذان، منع النظر دون إذن، حتى لا يطلع على ما يكره. يتبين من ألفاظ هذين المثالين السابقين التصريح بكون الوصف علة أو سبباً للحكم.

2- النص الظاهر:

وهو ما دل على العلية مع احتمال غيرها احتمالاً مرجوحاً وله نوعان:

النوع الأول:

ألفاظ معينة وهي حروف التعليل:

(كاللام، والباء، وأن، إن).

مثال اللام: قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾⁴⁶.

وقوله تعالى كذلك ﴿اقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ﴾⁴⁷.

فاللام موضوعة للتعليل، ولكنها غير قطعية فيه إذا تستعمل في معاني أخرى كالمملك وذلك مثل: "أنت ومالك لأبيك" أو الاختصاص مثل: "اللحاج للفرس".

أو العاقبة مثل: "فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدواً وحزناً"⁴⁸ أي لصير لهم عدواً وحزناً.

ونظراً لأنها تحمل هذه المعاني احتمالاً لا يمنع استعمالها للتعليل فهو احتمال مرجوح، لذلك اعتبرت دلالتها على التعليل من قبيل الظاهر المحتمل.

مثال الباء: قوله تعالى: ﴿فِيمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لَنْتَ لَهُمْ﴾⁴⁹ وقوله تعالى كذلك ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾⁵⁰.

44 سورة الحشر: الآية 7.

45 رواه البخاري ومسلم عن سهل بن سعد.

46 سورة الذاريات: الآية 56.

47 سورة الإسراء: الآية 78.

48 سورة القصص: الآية 8.

49 سورة آل عمران الآية 159.

50 سورة النساء: الآية 160.

فهاتان الآيتان وغيرهما للتعليل، ولكنها قد تستعمل في معاني أخرى كالإلصاق مثل "مررت بزيد" أو الاستعانة مثل "كتبت بالقلم".

ولهذا اعتبرت من قبيل الظاهر لاحتمالها غير التعليل.

ومثال أن: قوله تعالى: "منع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيماً أن كان ذا مال وبنين" 51-52

2- النص الذي يدل على العلية بطريق الإيماء:

أي بالإشارة والتنبه إذا اقترن الحكم بالوصف ذلك مثل قوله: **﴿لَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ تَلْبَسَ الْحَبْلَ﴾** "من أحيا أرضاً ميتة فهي له" 53، فترتيب الحكم على الوصف يوميء إلى أن الوصف علة للحكم إذ الوصف سبباً للحكم فأحياء الأرض الميتة سبب للحكم وهو علتها بالإيجاء.

ثانياً: الإجماع: وذلك بأن يقع الإجماع على أن وصفاً معيناً في حكم شرعي هو علة لذلك الحكم. وذلك مثل إجماع العلماء على أن الصغر علة في الولاية المالية على الصغير فيقاس عليها الولاية في التزويج.

ثالثاً: السبب والتقسيم: هذا هو الطريق الثالث من طرق إثبات العلة واعتبارها، ولكن ليس بدليل نقلي من نص أو إجماع، وإنما بالاستنباط.

والسبب: معناه اختبار الأوصاف التي يحصرها المجتهد، وينظر هل تصلح علة للحكم أم لا؟ ثم يلغي ما لا يراه صالحاً للعلية بدليل يدل على عدم الصلاحية.

وأما التقسيم: فمعناه أن يحصر المجتهد الأوصاف التي قد تصلح لأن تكون علة للحكم من بين الأوصاف التي اشتمل عليها أصل القياس 54.

وبذلك يتضح أن تعريف السبب والتقسيم معاً هو:

"جمع الأوصاف التي يظن كونها علة في الأصل، ثم اختبارها بإبطال ما لا يصلح منها للعلية وتعيين الباقي للتعليل".

وذلك كأن يقال: ولاية الإجماع على النكاح على غير البالغة إما ألا تعلل بعلّة أصلاً، أو تعلل

وعلى التقدير الثاني:

إما أن تكون العلة هي البكارة أو الصغر أو غيرها

فيقال: لا يجوز أن تكون غير معللة أصلاً.

51 سورة القلم: الآية 12.

52 روضة الناظر: 259/2، الإجماع: 35/3.

53 أخرجه أحمد وأبو داود وهو حديث صحيح.

54 التقرير والتحرير: 195/3، إرشاد الفحول: ص 187.

ولا أن تكون معللة لغير البكارة والصغر، لأن الإجماع قائم على أنها معللة، وأن العلة منحصرة في هذين الوصفين البكارة والصغر، ولا يصح عند الشافعية أن يكون الصغر هو العلة، وإلا لزم أن تكون الثيب الصغيرة مجبرة، وهذا مناف لحديث: " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها"⁵⁵.
ولفظ الثيب في الحديث يشمل الصغيرة والكبيرة لذا تعين أن تكون العلة في الإجماع هي البكارة لا الصغر"⁵⁶.

رابعاً: المناسبة:

المناسبة في اللغة الملاءمة:

ويقصد بذلك: أن يكون بين الوصف والحكم ملاءمة بحيث يترتب على تشريع الحكم مصلحة مقصودة للشارع من جلب منفعة للناس أو دفع مفسدة عنهم⁵⁷.
وذلك مثل: الإسكار فإنه وصف ملائم لتحريم الخمر ولا يلائمه كون الخمر سائلاً أو بلون كذا⁵⁸، فإن هذا لا مصلحة فيه لأحد ولا مضرة كذلك.

هل المناسبة مفيدة للعلية؟

في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: قال الحنفية والشافعية

إن المناسبة تكون مفيدة للعلية إذا اعتبرها الشارع بنص أو إجماع، وذلك كالمناسبات التي اعتبرها الشارع لحفظ المقاصد الكلية الضرورية الخمس وهي:
أولاً: حفظ الدين: فإن الشارع شرع لأجله القتل بالردة وجهاد الكفار.
ثانياً: حفظ النفس: وقد شرع الشارع من أجله القصاص.
ثالثاً: حفظ العقل: الذي شرع من أجله تحريم المسكرات.
رابعاً: حفظ المال: الذي أوجب الشارع له حد السرقة.
خامساً: حفظ النسل: الذي حرمه الشارع وأوجب له حد الزنا.
والمناسبة لتشريع هذه الأحكام اعتبرها الشارع فتكون صالحة للتعليل بها.
الاتجاه الثاني: قال المالكية والحنابلة:

⁵⁵ رواه مسلم

⁵⁶ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 1/672.

⁵⁷ المستصفي: 2/77، روضة الناظر: 2/268.

⁵⁸ أصول الفقه الإسلامي لهبة الزحيلي: 1/677.

لا يشترط اعتبار الشارع للمناسبة بنص أو إجماع حتى تكون مفيدة للعلية، وإنما يكفي مجرد إبداء المناسبة بين الحكم والوصف مجردا عن الدليل الذي يثبت هذه المناسبة فكل ما يكون جالبا للمنفعة أو دافعا للمضرة يصلح علة للحكم، لأن ظن العلية قد حصل، وتحقق الظن كاف في وجوب العمل⁵⁹. وهذا الخلاف استلزم تقسيم الوصف المناسب إلى ثلاثة أقسام بحسب اعتبار الشارع أو عدم اعتباره، وتلك الأقسام هي:

1- المناسب الملغى، 2- المناسب المعتبر، 3- المناسب المرسل

1- المناسب الملغى:

وهو الوصف الذي يظهر للمجتهد أنه محقق لمصلحة، ولكن ورد من الشارع في أحكام الفروع ما يدل على عدم اعتباره، وهذا لا يصح التعليل به باتفاق الأصوليين. **مثاله:** اشتراك الابن والبنت في البنوة للمتوفى: هو وصف مناسب لتساويها في الإرث، ولكن الشارع ألغى هذا الوصف في الميراث بقوله سبحانه وتعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾⁶⁰. ومثاله: أن عقد الزواج يعتبر وصفا مناسباً لتمليك كل من الزوجية حق الطلاق لأنه تعاقد بين الطرفين بالرضا. وما يثبت لأحد المتعاقدين يثبت للآخر، ولكن هذا الوصف ألغاه الشارع بقوله ﷺ "إنما الطلاق لمن أمسك بالساق"⁶¹.

2- المناسب المعتبر:

هو كل وصف شهد الشرع باعتباره بأحد فروع الأحكام أي بأن يورد الفروع على وفقه ومقتضاه، وليس المراد باعتباره أن ينص على العلة أو يومئ إليها، فيصبح التعليل عند جميع الأصوليين باتفاق. وإنما صح التعليل بالمناسبة التي اعتبرها الشارع لأنه ثبت بالاستقراء والتتبع لأحكام الشارع أن كل حكم لا يخلو من مصلحة أو دفع مفسدة⁶². وحينئذ إذا ورد حكم في صورة من الصور وكان هناك وصف مناسب متضمن لمصلحة العبد، ولم يوجد غيره من الأوصاف الصالحة للعلية غلب على ظن المجتهد أنه علة ولا يمكننا القول: إنه ليس للحكم علة، فيخلو الحكم من الحكمة والمصلحة وهو خلاف ما دل عليه الاستقراء من أن أحكام الشرع معللة بالمصالح. وإذا صلح الظن بأن الوصف المناسب علة للحكم كانت المناسبة مفيدة للعلية ظنا فتعتبر من طرق إثبات العلية⁶³.

⁵⁹ المستصفي: 140/1، الإجماع: 32 / 38 - 42.

⁶⁰ سورة النساء: الآية 11.

⁶¹ أخرجه ابن ماجه والطبراني في الكبير، وهو ضعيف (تلخيص الحبير 219/3).

⁶² الإجماع: 43/2.

⁶³ الموافقات: 39/1، الإحكام للآمدي: 52/3.

3- المناسب المرسل:

وهو الوصف المناسب الذي لم يشهد له الشارع بالاعتبار ولا بالإلغاء ويسمى بالمناسب المرسل لإرساله وإطلاقه عن الإلغاء والاعتبار، ويسمى أيضا بالمصالح المرسلة أو الاستصلاح كما سماه الإمام الغزالي وهذا القسم مختلف في جواز التعليل به⁶⁴.

أ- فقال الحنفية والشافعية:

لا يجوز التعليل به لأنه لم يقيم دليل من الشرع على اعتباره ويجوز أن تكون العلة غيره، فلا يصح بناء الحكم عليه من غير دليل لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾⁶⁵.

ب- وقال المالكية والحنابلة:

يصح التعليل به، لأن الشارع لم يلغ اعتباره ويكفي للعمل به ما نراه من مناسبته للحكم، لأن الذي كلفنا به هو بذل الجهد، وإذا وصلنا إلى الظن يكون علة للحكم وجب العمل بالظن، وأما احتمال كون العلة وصفا آخر لا نعمله فهو مما لا يعتد به.

وذلك مثل: أن يبحث المجتهد عن سبب حرمان القاتل من الإرث لقوله ﷺ "لا يرث القاتل شيئا" فيجد أن الوصف المناسب هو ارتكاب محرم للوصول إلى غرض غير مشروع وهو تعجل الإرث، والحكم بعدم الإرث معاملة بنقيض المقصود.

وبعد البحث في فروع الأحكام الشرعية لم يعثر المجتهد على شاهد لذا فإذا قاس على قتل المورث طلاق الفار (وهو أن يطلق الرجل المريض مرض الموت زوجته ليمنعها من الإرث) بجامع المعاملة بنقيض المقصود فإنه يكون قد قاس على علة لم يشهد الشارع باعتبارها ولا بإلغائها فهذا محل خلاف⁶⁶.

خامسا: تنقيح المناط.

التنقيح في اللغة: التهذيب

المناط: المكان (مكان العلة)

وتنقيح المناط اصطلاحا هو: بذل الجهد في تعيين العلة من بين الأوصاف التي أناط الشارع الحكم بها إذا ثبت ذلك بنص أو إجماع، عن طريق حذف ما لا دخل له في التأثير والاعتبار مما اقترن به من الأوصاف. مثال ذلك:

⁶⁴ التقرير والتجبير: 150/3.

⁶⁵ سورة الإسراء: الآية 36.

⁶⁶ المستصفي: 139/1 التقرير والتجبير: 150/3 أصول الفقه للزحيلي: 690/1.

(تعلييل كفارة الفطر في رمضان بالوقاع) كما حدث في حديث الأعرابي الذي قال للنبي ﷺ: هلك وأهلك، فقال النبي: وما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان عامدا، فقال له ﷺ اعتق رقبة⁶⁷. فهذا الحديث يدل بطريق الإيماء على أن علة إيجاب الكفارة على الأعرابي هي الوقاع. والمجتهد نظر في هذه الحادثة فوجد بعض الأوصاف لا تأثير لها في الحكم مثل: كون الذي واقع أعرابيا، لأن تشريع الأحكام لا يختص بفرد دون فرد، مادام لم يقم دليل على الخصوصية. ومثل: كون الموطوءة زوجة للواطئ، لأن الوطاء في غير الزوجة أولى بالكفارة من الوطاء في الزوجة من حيث أن الزوجة يحل وطؤها في الجملة، فيكون كل من وصف الأعرابي والزوجة ملغيا لا تأثير له في إيجاب الكفارة، وإنما المؤثر في إيجابها هو الجماع عمدا في نهار رمضان فيكون هو العلة في وجوب الكفارة. وهذا مذهب الشافعية والحنابلة في تنقيح علة هذا الحكم. فلا تجب الكفارة عندهم على من أفطر عامدا بغير جماع. وأما الحنفية والمالكية فيزيدون على ما سبق إلغاء كون الذي وقع خصوص الوقاع، فقالوا: إن مثل الجماع كل مفطر. فتجب الكفارة في رمضان سواء كان بجماع أم بأكل وشرب، ويكون المؤثر حينئذ في إيجاب الكفارة عند هؤلاء هو انتهاك حرمة رمضان بتناول المفطر عمدا، فيكون هو العلة في وجوب الكفارة⁶⁸.

تحقيق المناط:

هو إقامة الدليل على أن العلة الموجودة في الفرع هي الموجودة في الأصل.

تخريج المناط:

هو النظر والاجتهاد في استنباط الوصف المناسب للحكم الذي ورد من النص أو الإجماع ليجعل علة للحكم. والفرق بين تنقيح المناط والسبر والتقسيم هو أن تنقيح المناط: يكون حيث دل نص على مناط الحكم ولكنه غير مهذب مما لا دخل له في العلية. وأما السبر والتقسيم فيكون حيث لا يوجد نص أصلا على مناط الحكم ويراد التوصل به إلى معرفة العلة لا إلى تهذيبها⁶⁹.

⁶⁷ رواه البخاري ومسلم.

⁶⁸ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي - 691 - 693

⁶⁹ أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي: 693/1.

أقسام القياس

للقياس عدة تقسيمات منها:

التقسيم الأول: باعتبار قوة العلة

وينقسم القياس بهذا الاعتبار إلى:

قياس أولى، وقياس أدنى، وقياس مساو

1- قياس الأولى:

وهو ما كانت علة الفرع فيه أقوى منها في الأصل فيكون ثبوت حكم الأصل للفرع أولى من ثبوته للأصل بطريق أولى، وذلك مثل قوله تعالى: "فلا تقل لهما أف"⁷⁰.

فالنص يجرم التأفيف للوالدين، والعلة هي ما في اللفظ من إيذاء وهذه العلة موجودة في ضرب الوالدين بشكل أقوى أشد مما في الأصل، فيكون تحريم ضرب الوالدين بالقياس على موضع النص بطريق القياس الأولى.

1- القياس المساوي: وهو ما كانت العلة التي بني عليها الحكم في الأصل مساوية للعلة الموجودة في الفرع.

وذلك مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾⁷¹، فعلة تحريم أكل مال اليتيم هي علة تحريم إتلافه وهي تضييع مال اليتيم وحرمانه منه ظلماً⁷².

3- القياس الأدنى: وهو أن يكون الفرع فيه أضعف في علة الحكم من الأصل مثل قياس التفاح على البر بجامع الطعم في كل منهما ليثبت فيه حرمة التفاضل كما ثبت في البر.

فإن البر تثبت فيه الاحتمالات كلها: وهي أن العلة: الطعم أو الكيل أو الاقتنيات والادخار، أما التفاح فلا تثبت العلة فيه إلا على كون العلة هي الطعم⁷³.

التقسيم الثاني: باعتبار الوضوح والخفاء إلى قياس جلي وقياس خفي.

1- القياس الجلي: هو القياس الذي يقطع فيه بنفي وجود أي فارق معتبر بين الأصل والفرع.

وذلك مثل قياس الأمة على العبد في العتق، فإن الفارق بينهما هو الذكورة والأنوثة ومن المقطوع به أن هذا الفارق لا تأثير له شرعاً في أحكام العتق، لأن أحكام الذكورة والأنوثة لا تعد فوارق يعتد بها من حيث الأصل إلا بالتنصيص من الشارع ومثل قياس الضرب على التأفيف فإنه لا فرق بينهما والقياس الجلي يشمل (قياس الأولى، والقياس المساوي)⁷⁴.

70 سورة الإسراء: الآية 23.

71 سورة النساء: 10

72 الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان: ص 219.

73 أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: 702/1 - 703.

74 أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: 703/1 - 704.

2- القياس الخفي: وهو ما لم يقطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع ويحتاج فيه إلى نظر واجتهاد. وذلك مثل قياس القتل بالمثل على القتل بالمحدد يجمع القتل العمد العدوان، لإثبات وجوب القصاص في المثل فإن الفارق بين المثل والمحدد لم يقطع بإلغاء تأثيره من الشارع، بل يجوز أن يكون الفارق مؤثراً لذلك قال الإمام أبو حنيفة لا يجب القصاص في القتل بالمثل⁷⁵.

القياس في الحدود والكفارات

اختلف الأصوليون في جريان القياس في الحدود والكفارات كما يجري في غيرها من الأحكام الشرعية على رأيين:⁷⁶

الرأي الأول: القياس يجري في الحدود والكفارات، كما يجري في غيرها من الأحكام الشرعية وقال بذلك جمهور العلماء.

الرأي الثاني: القياس لا يجري في الحدود والكفارات، ولا يكون القياس حجة في الحدود والكفارات كما هو الشأن في العقائد والعبادات.

الأمثلة:

مثال القياس في الحدود: قياس النباش على السارق يجمع أخذ مال الغير خفية، فيقطع كما يقطع السارق، وقياس اللائط على الزاني يجمع الإيلاج في فرج محرم، فيحد اللائط كما يحد الزاني.

ومثال القياس في الكفارات: قياس القتل العمد العدوان على القتل الخطأ يجمع إزهاق الروح في كل منها، لإثبات الكفارة في القتل العمد كما هي ثابتة في القتل الخطأ.

وقياس الأكل في نهار رمضان عمدا على الجماع يجمع انتهاك حرمة رمضان في كل منهما، لإثبات الكفارة في الأكل، كما هي ثابتة في الجماع.

الأدلة:

1- أدلة الجمهور:

احتج الجمهور بأدلة من بينها:

أ- إن الأدلة على حجية القياس من الكتاب والسنة مثل قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾ وقصة معاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري حينما بعثهما إلى اليمن وقال لهما، بم تقضيان فقالا: إذا لم نجد الأمر في السنة نقيس الأمر بالأمر.

⁷⁵ أصول الزحيلي: 704/1.

⁷⁶ الإحكام للآمدي: 91/3، المستصفي للغزالي: 100/2. إرشاد الفحول: 196.

هذه الأدلة تتناول بعمومها جميع الأحكام الشرعية سواء أكانت في الحدود أم في الكفارات أم غيرها، فقصر هذه الأدلة على بعض الأحكام تخصيص بلا مخصص.

ويؤيد ذلك إجماع الصحابة فإنهم تشاوروا في حد شارب الخمر، ثم أثبتوه بالقياس، فقال علي رضي الله عنه: " إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري، وحد المفترى ثمانون".

فإنه قاس السكران على المفترى أي القاذف، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير في ذلك فصار ذلك إجماعاً. **ب-** واحتجوا أيضاً بأن القياس إنما يثبت في غير الحدود والكفارات لاقتضائه الظن، والظن حاصل فيها فوجب العمل به، قياساً على العمل بخبر الواحد المفيد للظن⁷⁷.

2- أدلة الحنفية:

واستدل الحنفية على عدم جواز القياس في الحدود بقوله عليه الصلاة والسلام: "ادروا الحدود بالشبهات"⁷⁸ والقياس إنما يفيد الظن والظن سبيل الخطأ، فهو شبهة لا دليل قاطع، فلا يثبت به الحد لأن الحدود تدفع بالشبهات.

والكفارات فيها معنى العقوبة، فهي تشبه الحد من هذه الجهة، فلا تثبت بالقياس أيضاً لوجود الشبهة فيها، وأجيب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: إن القياس يكون قطعياً، (وهو قطع فيه بعلة الحكم في الأصل ووجودها في الفرع كقياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء) فلا يكون القياس شبهة، وفي هذه الحالة لا يوجد مانع من ثبوت الحد به.

الوجه الثاني: إن هذا الدليل وهو الظن سبيل الخطأ منقوض بخبر الواحد وبالشهادة فإنهما مفيدان للظن، ومقتضى ذلك أن الحدود لا تثبت بخبر الواحد ولا بالشهادة وهذا ما لا تقولون به.

وفي تقديري أن الحدود والكفارات لا قياس فيها، لأن الحدود مشتملة على تقديرات خاصة بعدد المائة جلدة في الزنا والثمانين في القذف فلا يصح القياس عليها، لأن العقل لا يدرك العلة في اعتبار خصوص هذا العدد، والقياس ركنه العلة بشرط أن تكون معقولة وإذا انتفى الشرط انتفى المشروط وهو العلة وإذا انتفت العلة انتفى القياس لأن الشيء لا يبقى بعد زوال ركنه⁷⁹.

⁷⁷ أصول الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي: 708/1.

⁷⁸ أخرجه ابن عدي موقوفاً على ابن مسعود، وقال الإمام الشوكاني: جاء هذا الحديث من طرق لا تخلو من مقال، ثم رجح صلاحية الاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة (نيل الأوطار): 272/7.

⁷⁹ أصول الفقه: محمد زكريا البرديسي: ص 299.

الأدلة المختلف فيها

أولاً: المصلحة المرسلّة

تعريف المصلحة المرسلّة: هي عبارة عن الأوصاف التي تلاءم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء⁸⁰.

شرح التعريف:

1- يشترط في المصلحة المرسلّة: أن تلاءم تصرفات الشارع ومقاصده، فإذا عارضت تلك المصلحة مقاصد الشريعة فإنها لا تعتبر مصلحة مرسلّة.

2- المصالح المعتبرة: من الشارع وقام الدليل منه على رعايتها فهذه المصالح حجة ولا إشكال في صحتها ولا خلاف في إعمالها، ويرجع حاصلها إلى القياس فإذا نص الشارع على حكم واقعة، ودل على المصلحة التي قصدتها بهذا الحكم وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه لما في هذا

⁸⁰ الموافقات: 39/1، أصول الفقه للزحيلي: 757/2

الربط من تحقيق المصلحة، فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة بحكم الشارع في واقعة النص (وهذا حكم القياس) ومثال ذلك: قوله تعالى: " ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۗ﴾⁸¹ .

فعبارة النص تدل على: أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض سببه كونه أذى فإذا ثبت عن حال النفاس أو حال النزيف أو حال مرض معين هو حال الحيض، فيجب اعتزال النساء فيه شرعا، قياسا على وجوب اعتزالهن في المحيض.

مثال آخر قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ۗ﴾⁸² .

فعبارة النص تدل على أن الأمر بترك البيع سببه النداء للصلاة يوم الجمعة، لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة كالإجارة أو الرهن أو الزواج أو عيادة المرض أو السياحة أو غيرها، حكمها حكم البيع من حيث التحريم ووجوب الترك قياسا على البيع.⁸³

3- المصالح الملغاة: وهي تلك المصالح التي شهد الشرع بردها وجعلها ملغاة وهذا النوع من المصالح مردود، لا سبيل إلى قبوله، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين.

فإذا نص الشارع على حكم واقعة، لمصلحة استأثر بعلمها، وبدا لبعض الناس حكم فيها مغاير لحكم الشارع لمصلحة توهموها، فإن هذا الحكم مرفوض لأن هذه المصلحة التي توهموها ملغاة من الشارع فلا اعتبارها لها وأمثلة ذلك:

أ- التسوية بين الذكور والإناث في الميراث، فهي مصلحة متوهمة، وهي ملغاة بدليل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (النساء: 11).

ب- ما يدعى من مصلحة لاقتصاد البلاد في تصنيع الخمر وتعاطيها، والتعامل بها وقد أشار الله تعالى إلى هذه المصلحة الموهومة فقال: ﴿سَأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾ (البقرة: 219).

ثم أشار إلى إلغائها بنفس الآية فقال: ﴿وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ ثم نص القرآن الكريم على إلغاء هذه المصلحة فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنتَهُونَ﴾ (المائدة 90 - 91).

⁸¹ البقرة 222

⁸² الجمعة: 9

⁸³ أثر الأدلة المختلف فيها: ص 32.

فالقول بإباحة تصنيع الخمر والتعامل به وتعاطيه تشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع مردود.

أقسام المصالح

تنقسم المصالح من حيث مراتبها إلى ثلاثة أقسام هي:

- 1- الضروريات:** وهي عبارة عن الأعمال والتصرفات التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت أو فقد بعضها لم تجر المصالح على استقامة، بل تنهار الحياة الإنسانية أو تختل وتفسد ويتمثل ذلك في حفظ الكليات الخمس وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.
- 2- الحاجيات:** وهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج، دون أن تختل الحياة وقد شرع لذلك أصناف المعاملات من بيع وشراء وإجارة، وأنواع الرخص من قصر الصلاة وجمعها للمسافر وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضة والمريض والمسح على الخفين... الخ.
- 3- التحسينات:** وهي المصالح التي قصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، مثل الطهارات بالنسبة للصلوات وأخذ الزينة من اللباس، وتحريم الخبائث من المطاعم.⁸⁴

حجية المصالح المرسلة

في حجية المصالح المرسلة مذهبان:

المذهب الأول المانعون: وهم الشافعية وابن الحاجب من المالكية والظاهرية والشيعة.

المذهب الثاني: المجيزون: وهم المالكية والحنابلة⁸⁵.

وأما الحنفية فهم يأخذون بالمصالح المرسلة، وإن ذكر الآمدي والإسنوي أنهم مثل الشافعية لا يأخذون بالمصالح المرسلة، ولكن التحقيق عند الرجوع إلى فقهم تجدهم يأخذون بالمصالح المرسلة وإن في الظاهر ينفون المصالح المرسلة⁸⁶.

وفيما يلي ملخص لأهم أدلة الطرفين:

1- أدلة المانعين: استدلت نفاة المصالح المرسلة بأدلة منها:

⁸⁴ أصول الفقه للزحيلي: 755/2.

⁸⁵ ابن حنبل لأبي زهرة: 298.

⁸⁶ أصول الزحيلي: 760/2.

أ- إن الأخذ بالمصالح المرسله يؤدي إلى إهدار قدسية أحكام الشريعة بتصرف ذوي الأهواء فيها، وفقا لأغراضهم ومآربهم تحت ستار المصلحة المرسله بناء على تغير وجه المصلحة بتطور الزمان والمكان. وأجيب بأن الأخذ بالمصلحة المرسله ليس من باب الهوى والتشهي لأن من شروطها الملاءمة مع مقاصد الشرع، هذا فضلا عن أن إنكار المصلحة المرسله يوقع الناس في الحرج ويسد باب الرحمة⁸⁷.

ب- قال الآمدي المصالح المرسله مترددة بين ما عهد من الشارع اعتباره وما عهد منه إلغاؤه، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار⁸⁸.

وأجيب عن ذلك بأن المصالح التي ألغاهها الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها فيلحق الحكم بالأعم الأغلب.

ج- إن الأخذ بالمصالح المرسله يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص، نظرا لتبدل المصالح على مر الزمان. ويجاب عن ذلك بأن مجال العمل بالمصلحة المرسله هو حيث لا نص على إعتبار المصلحة أو إلغائها، فلا يتناقض ذلك مع وحدة التشريع وعمومه، وغنما المصلحة تجعل الشريعة صالحة لكل زمان ومكان وتدفع الحرج عن الامة⁸⁹.

2- ألة المجيزين:

استدل الميجزون للاحتجاج بالمصالح المرسله بأدلة منها:

أ) ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح الناس واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام يوجب ظن اعتبار المصلحة في تعليل الاحكام لأن العمل بالظن واجب، والدليل على اعتبار المصالح قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾⁹⁰.

ب) إن الحياة في تطور مستمر، وأساليب الناس إلى الوصول إلى مصالحهم متغيرة حسب تغير الزمان والمكان فلو لم نعتبر المصالح المتجددة، فإن كثيرا من مصالح الناس تتعطل ويجمد التشريع ويتوقف عن مسابقة الزمن.

ج) إن من يتتبع اجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم يجد أنهم كانوا يفتون بالمصلحة المرسله، دون إنكار من أحد، ووقائع ذلك كثير منها:

- جمع أبوبكر رضي الله عنه القرآن الكريم من المصاحف المتفرقة في مصحف واحد بإشارة من عمر دون نظير سابق له وقال عمر: "إنه والله خير ومصالحة للإسلام".

⁸⁷ ملخص إبطال القياس لابن حزم: ص 5.

⁸⁸ الإحكام للآمدي: 138/3.

⁸⁹ أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي: 762/2.

⁹⁰ الأنبياء: 107.

- اتفق الصحابة على تضمين الصناعات، مع أن الاصل أنهم أمناء على ما في أيديهم، وقال الامام علي رضي الله عنه "لا يصلح الناس إلا ذاك"⁹¹.

⁹¹ المرجع نفسه: 672/2-764.

موقف المذاهب الأربعة في الاحتجاج بالمصالح المرسلة

1- المالكية: تكاد تجمع كلمة الأصوليين قديما وحديثا على أن مالكا رحمه الله تعالى، هو زعيم القائلين بالمصالح المرسلة حتى نسب إليه القول بها على الإطلاق وإن خالفت عمومات النصوص⁹²، كما سيأتي تفصيله فيما بعد.

2- الحنابلة: لقد كان فقه الإمام أحمد بن حنبل - بحق - فقه المصالح، صرح بذلك أكثر شيوخ الحنابلة، وهو الذي تدل عليه الفروع التي رويت عن أحمد والفتاوى التي نسبت إليه، ويلى الإمام أحمد الإمام مالكا في الأخذ بالمصلحة المرسلة⁹³.

3- الحنفية: اشتهر عن الحنفية أنهم لا يأخذون بالمصالح المرسلة وهذا صحيح إذا قصدوا بذلك أنهم لا يجعلونها دليلا مستقلا.

والصحيح أنهم يحتجون بالمصالح المرسلة ويفرعون عليها الأحكام، ولكنهم لا يعتبرونها دليلا مستقلا كما فعل المالكية بل يدرجونها تحت باب القياس والاستحسان بالضرورة⁹⁴.
ومن أمثلة ذلك تضمين الأجير المشترك استحسانا فالأصل أن يد الصانع أمينة ولكن استحسانا يضمن ما في يديه، وعند المالكية يضمن الأجير للمصلحة المرسلة⁹⁵.

4- الشافعية: ظن بعض العلماء أن الإمام الشافعي أبعد الناس عن الأخذ بالمصالح المرسلة والتحقيق أن الإمام الشافعي لا يعتبر المصالح المرسلة أصلا مستقلا بذاته غير أن هذا لا يعني أنه يرددها، وإنما هو يدخلها تحت باب القياس بمفهومه الواسع⁹⁶، ومثال ذلك: قتل الجماعة بالواحد.

قال الإمام شهاب الدين الزنجاني: "فقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الإمام الشافعي رضي الله عنه فإنه عدوان وحيف في صورته من حيث أن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال ﴿وَإِنْ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾⁹⁷."

ثم عدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة وذلك أن المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء... فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلا عند

⁹² المصلحة المرسلة وأثرها في مرونة التشريع الإسلامي لمحمد بوركاب ص 119.

⁹³ نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: د. حسين حامد حسان، ص 466.

⁹⁴ المصلحة المرسلة: محمد بوركاب ص 150.

⁹⁵ المرجع نفسه: ص 159.

⁹⁶ المرجع نفسه: ص 163.

⁹⁷ سورة النحل: 126.

ملاحظة العدل المتوقع منه، والعدل فيه جوراً عند النظر إلى الجور المتوقع منه، فقلنا بوجود القتل دفعا لأعظم الظلمين بأيسرهما، وهذه مصلحة لم يشهد بها أصل معين من الشرع، ولا دل عليها نص من كتاب أو سنة⁹⁸.

شروط العمل بالمصالح المرسله

اشترط المالكية والحنابلة شروطاً ثلاثة للعمل بالمصالح المرسله:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع: بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا تعارض نصاً أو دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشارع تحصيلها، وليست غريبة وإن لم يشهد لها دليل خاص بها.

الشرط الثاني: أن تكون معقولة في ذاتها: لا متوهمة تتقبلها العقول بحيث تترتب المصلحة على الحكم أي بحيث يترتب على الحكم جلب نفع أو دفع ضرر وليس ذلك عن طريق الظن أو التوهم. فمثلاً تسجيل العقود في الإدارة أو عند الموثق يقلل حتماً من الخلاف وشهادة الزور، ويحقق استقراراً في المعاملات فلا مانع من الحكم به شرعاً.

أما سلب حق الزوج في الطلاق وجعله بيد القاضي فهذا لا يجوز لمخالفته للنص، ولأنه لا يأتي بنفع بل قد يسبب الضرر والعنف.

الشرط الثالث: أن تكون المصلحة عامة للناس: وليست مصلحة فرد أو طائفة معينة فمثلاً لا اعتبار لمصلحة خاصة برئيس أو ملك أو أمير أو أسرهم، وإنما الاعتداد يكون للمصلحة التي تعم الناس جميعاً⁹⁹.

⁹⁸ تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص 321 – 322.

⁹⁹ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 2/799 – 800.

ثالثا: الاستصحاب

تعريف الاستصحاب:

الاستصحاب في اللغة: طلب المصاحبة أي الملازمة والاستصحاب في الاصطلاح: هو الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الزمن الحاضر أو المستقبل بناء على ثبوته أو عدمه في الزمن الماضي لعدم قيام الدليل على تغييره¹⁰⁰.
تعريف الشوكاني: هو بقاء الأمر على ما كان عليه لعدم وجود الدليل على تغييره¹⁰¹.
تعريف ابن القيم: هو استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفيًا¹⁰².
وعلى ذلك فمن علمت حياته في وقت معين حكمنا باستمرار حياته حتى يقوم الدليل على وفاته.

أنواع الاستصحاب

1- استصحاب حكم الإباحة الأصلية:

ذلك أن كل ما يوجد في الكون من حيوان أو نبات أو جماد، ولم يرد دليل من الشرع يدل على تحريمه أو منع استعماله فهو مباح، بناء على قاعدة استصحاب الإباحة الأصلية "لأن الأصل في الأشياء الإباحة" لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾¹⁰³.

2- استصحاب البراءة الأصلية:

ذلك أن ذمة الإنسان غير مشغولة بحق ما إلا إذا قام الدليل على ذلك، فمن ادعى حقاً على آخر فعليه إثبات ذلك لأن الأصل في ذمة المدعى عليه البراءة الأصلية.

3- استصحاب الوصف المثبت للحكم (استصحاب الملك):

فمن ثبتت ملكيته لعقار أو منقول تبقى هذه الملكية قائمة إلا إذا قام الدليل على زوالها كأن يبيعه أو يهبه.

4- استصحاب العموم إلى أن يرد تخصيص، واستصحاب النص إلى أن يرد نسخ.

5- استصحاب حكم ثبت بالإجماع في محل النزاع:

ومثاله الإجماع على بطلان صلاة المتيمم، إذا رأى الماء قبل الصلاة فإذا رآه أثناءها، هل تبطل استصحاباً للإجماع أو تصح ويستمر فيها؟.
قال الشافعي ومالك:

¹⁰⁰ أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 859/1.

¹⁰¹ إرشاد الفحول: ص 208.

¹⁰² إعلام الموقعين: 294/1.

¹⁰³ سورة البقرة: 29.

لا تبطل الصلاة، وإنما يتمها لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل رؤية الماء، فيستصحب الإجماع منعقدا على صحتها قبل رؤية الماء فيستصحب الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطله، لأن الدليل الدال على صحة الشروع في الصلاة دال على دوامه إلى أن يقوم دليل الانقطاع. وقال أبو حنيفة وأحمد:

تبطل الصلاة ولا اعتبار بالإجماع على صحة الصلاة قبل رؤية الماء، فإن الإجماع انعقد في حالة العدم لا في حالة الوجود ومن أراد إلحاق العدم بالموجود فعليه الدليل¹⁰⁴.

حجية الاستصحاب

القول الأول: ذهب العلماء إلى أن الاستصحاب حجة، وهو آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له، واستدلوا على حجته بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

1- القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾¹⁰⁵.

وجه الاستدلال أنه احتج بعدم وجود الدليل وهو الاستصحاب.

2- السنة النبوية:

حكم رسول الله ﷺ لمن تيقن الوضوء وشك في الحدث أن يعتبر الوضوء، ولا يعتبر الشك دليلا فيبقى الأصل وهو الاستصحاب¹⁰⁶.

3- الإجماع:

وهو إجماع العلماء على أن الشك في وقوع الطلاق مع سبق اليقين بوجود العقد لا يوجب حرمة الوطء، والشك في وقوع عقد النكاح ووجوده يوجب حرمة الوطء وليس من فرق بينهما إلا الاستصحاب¹⁰⁷.

4- المعقول:

هو أن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد رسول الله ﷺ ثابتة في حقنا ونحن مطالبون بها، ودليل تكليفنا بها هو الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان فلو كان الاستصحاب ليس بحجة لما ثبتت تلك الأحكام في حقنا، وهي ثابتة في حقنا، ولذلك فإن الاستصحاب حجة.

¹⁰⁴ أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 2/865، أصول مذهب الإمام أحمد: ص 421.

¹⁰⁵ سورة الأنعام: الآية 145.

¹⁰⁶ وردت في ذلك عدة أحاديث منها ما أخرجه البخاري رقم 137، شكى إلى النبي ﷺ الرجل يجد الشيء في الصلاة حتى يخيل إليه، قال: لا

ينصرف حتى يسمع صوتا أو ريحا.

¹⁰⁷ الميسر في أصول الفقه للدكتور ابراهيم سلقيني - ص 191.

القول الثاني الاستصحاب ليس حجة: وإليه ذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعية فقالوا الاستصحاب ليس حجة واستدلوا لذلك بأدلة منها:

إن الطهارة والحل والحرمة ونحوها أحكام شرعية، والأحكام الشرعية لا تثبت إلا بدليل من قبل الشارع، وأدلة الشرع منحصرة في النص والإجماع والقياس، إجماعاً والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات.

وأجيب بأن وجوب نصب دليل من الشارع يصح في إثبات الحكم ابتداءً، أما بقاءه فيكفي فيه الاستصحاب ولو سلم لهم عدم ذلك فلا يسلم انحصار أدلة الشرع في الثلاثة التي ذكروها، بل هناك رابع وهو الاستصحاب¹⁰⁸.

القول الراجح في حجية الاستصحاب

إن الاستصحاب في الحقيقة لا يثبت حكماً جديداً، ولكن يستمر به الحكم السالف بدليله المعتمد، فهو إذن ليس في حد ذاته دليلاً فقهياً، ولا مصدراً تستقي منه الأحكام، وإنما هو فقط مبدأ يقوم على بقاء الحكم السالف ما لم يدل دليل على تغييره.¹⁰⁹

¹⁰⁸ شرح مختصر ابن الحاجب: 2/ 285 أصول مذهب أحمد ص 420.

¹⁰⁹ الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان: ص 269.

بعض القواعد المبنية على مبدأ الاستصحاب

استنبط الفقهاء بعض القواعد الفقهية المترتبة على مبدأ الاستصحاب منها القواعد الآتية:

1- الأصل بقاء ما كان على ما كان: حتى يثبت ما يغيره، ولذلك فالفقود مثلاً: الأصل فيه بقاءه حياً حتى يقوم دليل على وفاته، فلا يورث ماله بالاتفاق، وأما ما يرثه من غيره فيوقف له حتى تثبت حياته أو موته عند الجمهور، لأن شرط الإرث تحقيق حياة الوارث عند موت المورث، ولا يرث من أحد عند الحنفية لأن الاستصحاب للدفع لا للإثبات عند الحنفية وهو عند الجمهور حجة للدفع وللإثبات.

2- الأصل في الأشياء الإباحة: وبناء على هذا يحكم بصحة كل عقد أو تصرف لم يرد عن الشرع ما يدل على فساده أو بطلانه كما أن كل ما لم يقم دليل من النصوص الشرعية على حظره فهو مباح.

3- الأصل في الذمة البراءة: من التكاليف والحقوق، فلا يجوز إثبات شيء في ذمة شخص إلا بدليل ولذلك فلا يحتاج النفي إلى دليل بل الدليل على المدعي.

4- اليقين لا يزول بالشك: فمن تيقن الوضوء وشك في الحدث يحكم ببقاء وضوءه، إلا أن الإمام مالكا لا يجيز الصلاة مع الشك في الطهارة، ويوجب الوضوء لأنه وإن كان الأصل بقاء الطهارة، فإن الأصل بقاء الصلاة في ذمته.

فإن قيل: لا نخرجه من الطهارة بالشك قال مالك: ولا ندخله في الصلاة بالشك، فيكون قد خرج منها بالشك¹¹⁰. وهذا في الحقيقة من باب الاحتياط ليس إلا.

سابعاً: الاستحسان

تعريف الاستحسان:

الاستحسان في اللغة: هو اعتبار الشيء حسناً، وهو ضد القبيح¹¹¹.

والاستحسان في الاصطلاح عُرِّف بتعاريف كثيرة متقاربة منها "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى

حكم آخر للدليل أقوى يقتضي ذلك العدول"¹¹².

أو هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي¹¹³.

أو استثناء مسألة جزئية من أصلي كلي¹¹⁴.

وتوضيح ذلك:

أن بعض المسائل قد يتناولها نص من نصوص الشرع العامة، أو قاعدة من القواعد المقررة عند الفقهاء أو

عند بعضهم، ولكن يوجد فيها دليل خاص: (من نص أو إجماع أو ضرورة أو عرف أو مصلحة) يقتضي ذلك

الدليل خلاف ما يقتضيه النص العام، أو القاعدة العامة فيعمل بمقتضى الدليل الخاص ويعدل المجتهد عن الحكم

بالدليل العام ويسمى هذا العدول استحساناً.

111 القاموس المحيط للفيروز آبادي: 216/4.

112 الإحكام للآمدي: 137/4.

113 أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 739/2.

114 المرجع نفسه: 739/2.

أو أن بعض المسائل التي سكت الشارع عن بيان حكمها قد يتجاذب الحكم فيها قياسان متعارضان: لكن قياسها على حد الأصليين يكون ظاهرا جليا لظهور العلة فيه وتبادر الذهن إليها، وقياسها على الآخر يكون خفيا، لخفاء علته، ويترجح هذا القياس الخفي عند المجتهد فيأخذ به، ويسمى ذلك استحسانا¹¹⁵.

أنواع الاستحسان

للاستحسان أنواع هي:

1- الاستحسان بالنص:

ويكون ذلك في كل مسألة يعدل بها عن الحكم العام الثابت لنظائرها بمقتضى نص عام أو قاعدة شرعية ثابتة ومقررة إلى حكم آخر يخالفه لورود نص يقتضي ذلك العدول وأمثلة ذلك.

أ- الحكم بعدم فساد صوم من أكل أو شرب ناسيا:

فذلك الحكم استحسان لأن الحكم العام يقتضي بطلان الصوم نظرا لفوات ركنه وهو الإمساك فلا يبقى الصوم مع فوات ركنه وهو الإمساك¹¹⁶

لكن روي أن رسول الله ﷺ قال: "من أكل أو شرب وهو صائم ناسيا فليتم صومه فإن الله أطعمه وسقاه"¹¹⁷. فالصوم لا يبطل بالأكل أو الشرب نسيانا استحسانا على خلاف القياس لورود هذا النص لأن القياس يقتضي البطلان، وذلك لانتفاء ركن الصيام وهو الإمساك عن جميع المفطرات عمدا أو نسيانا.

ب- السلم: وهو بيع موصوف في الذمة بثمن عاجل، فهو بيع ما ليس عند الإنسان، والقاعدة العامة المقررة في الشريعة عدم جوازه لما ثبت من النص العام أن النبي ﷺ قال الحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك"¹¹⁸.

ولكن روي أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"¹¹⁹.

فعدل العلماء عن العمل بالنص العام وقالوا: إن السلم مشروع استحسانا لورود النص الخاص به.

2- الاستحسان بالإجماع:

¹¹⁵ الميسر في أصول الفقه: إبراهيم سلقيني: ص 149.

¹¹⁶ أصول الفقه للزحيلي: 743/2، الميسر في أصول الفقه: 150.

¹¹⁷ رواه البخاري ومسلم.

¹¹⁸ أصول الفقه للزحيلي: 743/2، الميسر في أصول الفقه: 150، والحديث أخرجه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان في صحيحه (تلخيص الحبير: 5/3).

¹¹⁹ أخرجه البخاري: رقم 2125 ومسلم رقم 1604.

وذلك بأن يفتي المجتهدون في مسألة على خلاف الأصل: العام المقرر في نظائرها أو بسكوتهم وعدم إنكارهم على ما يفعله الناس وذلك مثل:

عقد الاستصناع: وهو أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يصنع له شيئاً بأجرة معينة وبشروط معينة، فإن القياس مع عدم جوازها، لأن القاعدة العامة المقررة في أحكام البيع: أن العقد على المعدوم باطل وهنا الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، ولكن الناس تعارفوا على التعامل بذلك في كل العصور ولم ينكر عليهم أحد من المجتهدين فكان ذلك استحساناً لتحقيق الإجماع على الحكم. فالمراد بالاستحسان هنا العدول عن الحكم ببطلان عقد الاستصناع إلى الحكم بجوازها، لوجود الإجماع من المجتهدين على جوازها¹²⁰.

3- استحسان الضرورة والحاجة:

وذلك كتطهير الآبار إذا تنجست، فإن القياس والقاعدة العامة أن لا تطهر إذا تنجست، سواء أنزح جميع الماء الموجود فيها أو بعضه، وذلك لأن نزح البعض لا يؤثر في طهارة الباقي كما هو واضح، ونزح جميع الماء أيضاً لا يفيد طهارة ما ينبع من جديد، لأن الجديد يثلوث مباشرة عندما يلاقي الماء المتلوث، وهكذا يتنجس الجديد، ولكن ترك العلماء القياس والقاعدة في التطهير للضرورة، وقالوا: بالطهارة بعد نزح بعض الماء كما هو مفصل في كتب الفقه، فهذا الحكم ثابت استحساناً على خلاف القياس بسبب الضرورة، فالاستحسان هنا: عدول عن الحكم بعدم إمكان طهارة الآبار متى تنجست إلى الحكم بطهارتها إذا نزح مقدار معين من الماء منها بناء على الضرورة والحاجة¹²¹.

4- الاستحسان بالقياس الخفي: 122

وذلك عندما يكون أمر يتجاذبه قياسان، أحدهما: جلي ظاهر¹²³ والآخر خفي¹²⁴، ولكنه أقوى منه في نظر المجتهد ومثاله:

وماله: وقف الأراضي الزراعية حيث يتجاذبه قياسان:

قياس جلي: وهو أن الوقف يشبه البيع في أن كلا منها يتضمن إخراج العين بمن ملك صاحبها، فلا يدخل في الوقف حقوق الشرب والمسيل والطريق أي حق المرور في الوقف، إلا بالنص عليها من الواقف كما في البيع.

120 أصول السرخسي: 203/2.

121 أصول الفقه للزحيلي: 745/2.

122 أصول الزحيلي: 746/2، الميسر في أصول الفقه: ص 154.

123 القياس الجلي: ما يعرف معناه من ظاهر النص دون حاجة إلى استدلال كما في قوله تعالى: " فلا تقل لهما أف " (الإسراء: 23) فإن النهي عن التأفف يدل على تحريم الضرب والشتيم بالبداهة قياساً (معجم مصطلحات أصول الفقه: ص 349).

124 القياس الخفي: هو القياس الذي يكون نفي الفارق فيه بين الأصل والفرع مظنوناً ويحتاج فيه إلى اجتهاد ونظر مثل قياس تحريم النبيذ على تحريم الخمر في الحرمة بجامع الإسكار، إذ ربما حرم الخمر لوجود خصوصية أخرى سوى الإسكار، وربما لا توجد تلك الخصوصية في النبيذ، لذلك فإن إلحاق النبيذ بالخمر ينفي وجود فارق بينهما أو مظنون ويحتاج القائل إلى إثبات ذلك (معجم مصطلحات أصول الفقه: ص 349).

وقياس خفي، وهو أن الوقف يشبه الإجارة في إفادة كل منها مجرد الانتفاع بالعين، ومقتضى هذا أن تدخل حقوق الشرب والطريق والمسيل في الوقف ولو لم ينص الواقف كما في الإجارة، فيرجح المجهد القياس الثاني على القياس الأول، لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع، وهو لا يمكن إلا بأن يدخل الشرب والمسيل والطريق في وقف الأرض دون نص عليها، وذلك هو الاستحسان¹²⁵.

5- الاستحسان بالعرف والعادة:

ومثاله إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد لقدر الماء المستعمل في الاستحمام ومدة الإقامة في الحمام، فإن القياس يقتضي عدم الجواز، لأن عقد الإجارة يقتضي تحديد مقدار الماء وغيره، وهو العلم بالمعقود عليه علما يمنع من المنازعة فلا يصح العقد على مجهول، لأن الجهالة تفسد العقد. ولكن الاستحسان يقتضي خلاف ذلك اعتمادا على العرف الجاري في كل زمان بترك تحديد مقدار الماء منعا للحرص والمضايقة ورعاية لحاجة الناس وذلك استحسانا¹²⁶.

6- الاستحسان بالمصلحة:

وذلك مثل صحة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير. فإن مقتضى القياس، أي القاعدة الكلية، عدم صحة تبرعات المحجور عليه لأن فيها تبديدا لأمواله، ولكن الاستحسان يقتضي جواز تبرعاته في سبيل الخير، لأن المقصود من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه وعدم ضياعه، والوصية في سبيل الخير لا تعارض هذا المقصود، لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه، فاستثنيت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية، وهي تحصيله الثواب وجلب الخير له، مع عدم الإضرار به في حياته وهذا هو الاستحسان¹²⁷.

حجية الاستحسان

¹²⁵ الميسر في أصول الفقه: ص 154، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 746/2.

¹²⁶ المرجع نفسه: ص 152، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 745/2.

¹²⁷ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي: 746/2.

ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية إلى أن الاستحسان حجة شرعية¹²⁸ وأنكره بعض العلماء منهم الإمام الشافعي والظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة قاطبة، وقد شاع عن الإمام الشافعي قوله "من استحسن فقد شرع". وقد خصص الإمام الشافعي فصلا من كتابه الأم لإبطال الاستحسان¹²⁹.

¹²⁸ المدخل إلى مذهب أحمد: 135، الاعتصام: 137/2.

¹²⁹ الأصول العامة للفقهاء المقارن: 363، الإجماع في شرح المنهاج للإسنوي: 168/3.

أولاً: أدلة القائلين بحجية الاستحسان

احتج القائلون: بحجية الاستحسان بأدلة منها:

1- القرآن الكريم:

أ- قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ (الزمر: 18).

ووجه الاحتجاج بالآية: أنها وردت في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول، والقرآن كله حسن، ثم أمر بإتباع الأحسن¹³⁰.

ب- وقوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ (الزمر: 55)، ووجه الدلالة: أنه أمر

بإتباع أحسن ما أنزل، فدل على ترك بعض وإتباع بعض لمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان¹³¹.

2- السنة النبوية:

حديث "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"¹³².

قالوا: دل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله، وما هو حق وحسن عند الله سبحانه وتعالى فهو حجة¹³³.

3- الإجماع:

وهو أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجره وعضو الماء ولا تقدير مدة المكث فيه، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة، فاستحسن الناس ترك ذلك¹³⁴.

ثانياً: أدلة القائلين بعدم حجية الاستحسان

استدل النافون للاستحسان بأدلة منها:

1. إنه لا يجوز الحكم إلا بالنص أو بما يقاس على النص، لأن في غير ذلك شرعاً بالهوى، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ (المائدة: 49).

2. إن الرسول ﷺ ما كان يفتي بالاستحسان، وإنما كان ينتظر الوحي، ولو استحسناً لما كان مخطئاً، لأنه لا ينطق عن الهوى.

3. الاستحسان أساسه العقل، وفيه يستوي العالم والجاهل فلو جاز لأحد الاستحسان، لجاز لكل إنسان أن

يشرع لنفسه شرعاً¹³⁵.

¹³⁰ المدخل إلى مذهب أحمد: 135، الاعتصام: 137/2.

¹³¹ الأصول العامة للفقهاء المقارن: 363، الإسنوي: 168/3.

¹³² رواه أحمد وهو موقوف على ابن مسعود.

¹³³ أثر الأدلة المختلف فيها: ص 133.

¹³⁴ كشف الأسرار: 3/4، الأحكام للآمدي: 139/4.

¹³⁵ ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان لابن حزم: ص 50 والإحكام له: 759/6.

القول الراجح في الاستحسان

إن إنكار الشافعي رضي الله عنه للاستحسان إنما هو المبني على محض العقل ومجرد الهوى والتشهي من غير اعتماد على دليل شرعي، ولا شك أن هذا المعنى لم يقل به الحنفية والمالكية وغيرهم من القائلين بالاستحسان.

قال البزدوي: أبو حنيفة رحمه الله تعالى أجل قدرا وأشد ورعا من أن يقول في الدين بالتشهي والهوى. والواقع أن الخلاف بين الفريقين لفظي وهو خلاف في الاصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح وفي كتب الشافعي لفظ الاستحسان وقد قال: استحسنت أن تكون المتعة ثلاثين درهما. وقال القفال الشاشي وهو شافعي: "إن كان المراد بالاستحسان ما دلت الأصول بمعانيها عليه فهو حسن لقيام الحجة عليه، وهذا لا ننكره ونقول به، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت من أصل ونظير فهو محذور¹³⁶.

والضابط له هو ما قاله المالكية من أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين¹³⁷. نلمس أثر الاحتجاج بالاستحسان في مسائل كثيرة من الفقه الإسلامي نختار منها المسألة الآتية:

تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة

اختلف الفقهاء في حكم من وجبت عليه الزكاة وتصدق بجميع ماله - ولم ينو الزكاة- هل يسقط عنه الواجب أم يبقى في ذمته؟.

1- ذهب الشافعي وأحمد إلى أنه لا يسقط عنه الفرض¹³⁸.

2- ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه: تسقط عنه الزكاة¹³⁹.

¹³⁶ إرشاد الفحول ص 212.

¹³⁷ أصول الفقه للزحيلي: 751/2.

¹³⁸ المجموع: 191/6.

¹³⁹ المغني 477/2.

الأدلة

1. حجة القائلين بأنه لا تسقط عنه أنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم تسقط عنه، فقاموا ذلك على الصلاة، فإنه لو صلى ما شاء الله أن يصلي ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض. والصدقة تصلح فرضاً وتطوعاً، فلا بد فيها من التعيين¹⁴⁰.
2. وحجة الحنفية في إسقاط الواجب عنه: الاستحسان. ووجه الاستحسان أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكان متعيناً في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين للمزاحمة بين الجزء المؤدى وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب¹⁴¹.

¹⁴⁰ الأم: 18/2، المغني: 477/2

¹⁴¹ العناية على الهداية للبارقي، 126/5.

الاستقراء

تعريف الاستقراء: هو تتبع جزئيات أمر كلي لإثبات حكم كلي لتلك الجزئيات .
وهو نوعان:

- 1- استقراء تام: ويكون بتصفح جميع الجزئيات ما عدا الصورة المتنازع عليها.
- 2- استقراء ناقص ويكون بتصفح أغلب الجزئيات ما عدا الصورة المتنازع عليها، مع بعض الصور الأخرى.

والاستقراء التام قطعي والاستقراء الناقص ظني.

مثال الاستقراء: إنك إذا قلت في خلاف صلاة الوتر، أهي فرض أم سنة ؟
لو كان الوتر واجبا لما أدي على الراحلة.

دليل الاستقراء ما ثبت من أن جميع الفروض والواجبات سواء كانت أداء أم قضاء، ما عدا صلاة الوتر حيث ثبت أنها لا يؤدي شئ منها على الراحلة، ولذلك فإن صلاة الوتر ليست فريضة أو واجبة .
و الاستقراء حجة عند المالكية و الشافعية والحنابلة، ولم يعترف الحنفية بالاستقراء بصفة دليل مستقل في إثبات الأحكام الشرعية لأنه عندهم راجع للقياس إذا دل على وصف معتبر راجع لجميع الجزئيات. (راجع أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي: 916/2-917)

المباح لا يملك إلا بالإحراز

شرح القاعدة :

المراد بالمباح هنا ما ليس له مالك مما خلقه الله تعالى مما على ظهر الأرض من حجر وتراب ونبات وحيوان ومياه الأمطار والبحار والأنهار والعيون والسمك والالآئ والطيور كما يشمل ما في باطن الأرض من جواهر ومعادن ونفط وغاز ومواد مختلفة من كبريت وزرنيخ وأملاح, وما إلى ذلك. فقد خلق الله تعالى الأرض وما عليها وما فيها لمصالح الإنسان يستفيد منها ويستعين بها على عمارة الأرض لعبادة الله تعالى.

وليس المراد بالمباح في القاعدة المال المملوك الذي أباحه مالكة لغيره وأذن له بالانتفاع به من استهلاك وغيره كالطعام الذي يقدمه المزور لضيفه والسيارة التي يأذن مالكها لغيره باستعمالها .

والفرق بين المال المباح والمال الضائع هو أن المباح ليس له مالك, والمال الضائع له مالك ولكنه غير معروف, كمالٍ وُجد في غير الطريق كالمسجد والدكان والبستان وحكمه أنه لبيت مال المسلمين, ومنه اللقطة [4].

و الإحراز للشيء هو أن يضعه في حرز حصين, وهو قريب في المعنى من الاستيلاء ووضع اليد والأخذ وما إلى ذلك.

وكما تملك هذه الأشياء المباحة الباقية على أصل الخلقة, تملك كذلك الأرض نفسها وهي الأرض الموات

ومع أن الأرض لا تملك بالإحراز بل بالإحياء وهو بناؤها بالفعل أو إعدادها للزراعة على ما جرت به العادة, إلا أن معنى الإحراز في القاعدة أعم من مدلوله اللغوي, فيشمل الاستيلاء ووضع اليد وغير ذلك, وعليه فإن تملك الأرض بالإحياء يكون داخلاً في مضمون القاعدة.

وبما أن الدين قد حرم الضرر في كل شيء فلا يجوز تملك المباح إلا بشرط عدم الإضرار بالآخرين, فلا يجوز الأخذ زيادة عن الحاجة, لئلا يضيق على الآخرين. فإذا كان النهر يمر على عدة بلاد لم يجز لأهل البلدة الأولى أن يأخذوا من مائه ما زاد عن حاجتهم أو أن يحولوا مجراه إلى بلادهم ليمنعوا من بعدهم من حقهم فيه,

هذا ولا فرق بين أن يكون المباح في بلاد المسلمين أو في بلاد الكفار ولا بين أن يكون الممتلك له مسلماً أو كافراً, لأن ما كان الأصل فيه الإباحة لا فرق فيه بين مسلم وكافر. وعلى ذلك قالوا: " المباحات في دار الحرب يملكها من أخذها ويختص بها " [2] بعبارة أخرى: " كل ما كان مباحاً في بلاد العدو ولا يملكه أحد منهم فأخذه جائز " [3].

ووضع اليد على الشيء المراد تملكه إما أن تكون اليد فيه يدًا حقيقية كمن يغرف من النهر بيده أو يمسك طائرًا بيده، وإما أن تكون يدًا حكومية كمن جاء بإنائه ووضع تحت المطر وذهب ثم رجع فوجده ممتلئًا فإنه يملك ما فيه من ماء ويعتبر واضعًا يده عليه حكمًا.

علمًا بأن الإحراز باليد الحكومية يشترط فيه أن يكون بنية التملك فمن ملأ إناءه من ماء المطر أو النهر بنية التملك ملكه، فإن ملأه بنية نقل الماء وإراقته لعدم الحاجة إليه لم يملكه كما هو ظاهر وفقًا لقاعدة: " الأمور بمقاصدها "،

ومثله ماء الصهاريج فإنها جُعلت لتملأ بماء المطر للاستفادة منها فيما بعد فهي بذلك محرزة بمثابة الآنية كالقدر بخلاف الأنهار في الأراضي المملوكة فإن الماء فيها لا يراد بإجرائه فيها الإحراز بل مجرد النقل. "

فلا بد لتملك ما تجمع فيها من ماء من وجود القصد، أما من غير قصد فإن الملكية تثبت غير مستقرة، ولا تستقر إلا بصيرورة الاستيلاء حقيقيًا، وهذا باتفاق المذاهب.

وقد اختلف الفقهاء في التوكيل بتملك المباحات كمن وكل وكيلًا بالاحتطاب له من الغابة أو الاصطياد من البحر، فقال بعضهم: إنه يصح وهو أحد قولي الشافعي وقول للحنفية . وأبطل بعضهم هذه الوكالة لأنه حين يتملكه يقع له لا لوكيله. وهذا إن نواه لنفسه، فإن نواه لوكيله صح، لأن الأمور بمقاصدها ، وليس له بعد ذلك أن يصرفه إلى ملكه. وعليه ورد الضابط الذي يقول: " الوكالة في تملك المباحات تصح".

أدلة القاعدة

1- قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له "

2- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يغدو إلى الجبل فيحتطب، فيبيع، فيأكل ويتصدق، خير له من أن يسأل الناس ".

ولا يخفى أن الإتيان المذكور هنا هو عين الإحراز، وتجويز النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحطب دليل الملك بالإحراز .

تطبيقات القاعدة:

1- لو انكسر جناح طائر ليس ملكًا لأحد فوقع في أرض شخص فعجز عن الطيران فأخذه رجل ليس بمالك للأرض فهو للذي أخذه لأنه قد أحرزه ولم يوجد من صاحب الأرض إحراز.

- 2- لو ملأ مالك الدار صهريجًا من ماء المطر ملك ما فيه وليس للمستأجر منه إلا ما أباحه المؤجر.
- 3- إذا أخذ صيدًا في البرية ليس ملكًا لأحد ملكه لأن الصيد البري من جملة المباحات فتملك بالاستيلاء عليها.
- 4- يباح الشرب وسقي الدواب دون سقي الأرض من الأنهار المملوكة والآبار والحياض المملوكة أيضًا لأن مياهها لم توضع فيها للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز
- 5- من نصب شبكته في نهر ثم ذهب ثم رجع فوجد السمك قد وقع فيها ملكه بالاستيلاء عليه ولا يجوز لغيره أن يتصرف به بدون إذن الحائز الأول ولو أتلفه كان ضامنًا

ملك المبيع لا يزول بالإباحة

ومعنى القاعدة: أن من أباح لغيره شيئاً من أمواله وأملاكه بأن يأذن له في استهلاكه, أو باستعماله, فإن هذا الشيء لا يخرج عن ملك المبيع طالما كان موجوداً ولم يستهلك, وبناءً عليه فإن المبيع يجوز له أن يرجع فيما أباحه متى شاء, كما أن للمباح له أن يتصرف فيه وفق ما أذن له, ولا يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه, فليس له - مثلاً - أن يبيحه لغيره, ولا أن يهبه أو يبيعه أو يؤجره.

ومنشأ هذه القاعدة هو التفرقة بين تملك العين - أو المنفعة - وبين تملك الانتفاع بها, فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه, أو من ثمرة بستانه لا يملك المباح له شيئاً من الطعام أو الثمرة, ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره, وإنما يحق له أن يأكل فقط؛ إذ لا يملك التملك أو الإباحة إلا المالك, والمباح له ليس بمالك, وهذا بخلاف ما لو ملكه إياه, أو تملكه بسبب من أسباب الملكية.

وكذلك لو أباح إنسان لآخر استعمال ما يشاء من أملاكه فللمباح له أن يستعمل بنفسه, ولا يملك ما سوى ذلك من التصرفات, إلا إذا قامت الدلائل على أن المراد بالإباحة تصرفات أخرى غير مجرد الإباحة, كما استهدى من آخر شيئاً فأجابه بقوله: قد أجتته لك فخذ, فإنها تكون هبة عندئذ؛ إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني, لا للألفاظ والمباني.

والإباحة والإذن قد يكون من المالك, كأن يأذن شخص لآخر بأن يركب في سيارته, أو يبيت في منزله, أو يجتاز حديقة داره, وقد يكون بإذن الشارع كما في الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد, وبالكأ قبل إحرازه.

ومالك الانتفاع المجرد يباشر الانتفاع بالعين التي أبيع له أو أذن له في استيفاء منافعها, وله أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بمن يقوم مقامه وينوب عنه في استيفاء المنفعة له - لا لنفسه - كوكيله, و ابنه أو زوجته..

والإباحة في هذه القاعدة تشمل إباحة الاستهلاك, و من أمثلة ذلك الأطعمة والأشربة التي تكون في الضيافة و الولائم بمناسباتها المتعددة, والمباح فيها الأكل والشرب دون الأخذ.

وتشمل أيضاً إباحة الانتفاع كإذن مالك الدابة أو السيارة لغيره بركوبها, وإذن مالك الكتب للاطلاع عليها

أدلة القاعدة:

1- حديث أنس بن مالك " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- لما فرغ من قتال أهل خيبر وانصرف إلى المدينة رد المهاجرون إلى الأنصار منائحهم التي كانوا منحوهم من ثمارهم "

قال النووي - رحمه الله تعالى - : " هذا دليل على أنها كانت منائح ثمار أي إباحة للثمار لا تملك لرقاب النخل

2- ما روي عن أنس رضي الله مرفوعاً: " المنحة مردودة والعارية مؤداة "

فقد دل هذا الحديث على أن من بذل لغيره منفعة شيء من ماله فإنه يردده عليه؛ لأنه لم يخرج عن ملك المبيح إلى ملك المباح له.

3- ويستدل لها بعموم النصوص الدالة على حرمة الظلم و حرمة مال المسلم وأنه لا يخرج عن ملكه إلا بحق واجب عليه أو برضا وطيب نفس منه؛ لأن المبيح لم يرض بخروج العين - ولا المنفعة - عن ملكه, فأخراجه عن ملكه بدون مسوغ شرعي ظلم وتعدُّ يتنافى مع العدل التام الذي بنيت عليه هذه الشريعة الربانية.

تطبيقات القاعدة:

1- من وجد ما يعلم أن مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه إذا وجدته في يده بعد ما جمعه كان له أن يأخذه منه؛ لأن إلقاء ذلك من صاحبه كان إباحة الانتفاع به للواجد ولم يكن تملكاً من غيره فإن التملك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالإباحة

2- إذا أباح أحد لآخر شيئاً من مطعموماته فأخذه, كان له الأكل والتناول من ذلك الشيء, ولكن ليس له التصرف فيه بوجه من لوازم التملك كالبيع والهبة والصدقة؛ لأنه ما لم يأكل فلا يزول منه ملك المبيح.

3- من وجبت عليه كفارة يمين فأعار المساكين أثواباً لم يجزئه؛ لأن الكفارة لا تتأدى إلا بفعل يزيل ملك العين, والإعارة إباحة لا تزيل ملك المالك

4- إذا أخذ صيداً ملكه وإذا أرسله لا يزول ملكه, فإذا قال: أبحثه لكل من أخذه حل لمن أخذه أكله, ولا يجوز للأخذ بيعه وإنما يحل له أكله؛ لأن ملك المالك لم يزل بالإباحة.

5- لو وهبت إحدى الضرتين قسمها لصاحبتهما أو رضيت بترك قسمها؛ جاز؛ لأنه حق ثبت لها, فلها أن تستوفي, ولها أن تترك, فإن رجعت عن ذلك, وطلبت قسمها, فلها ذلك؛ لأن ذلك كله كان إباحة منها, والإباحة لا تكون لازمة كالمباح بل يصح الرجوع عن ذلك.

6- لو أوصى لغيره بالمنافع مدة حياته فإنه يستحقها على جهة الإباحة اللازمة لا التملك حتى أنه إذا مات لا تورث عنه, و من ذلك أيضاً ما لو أوصى بأن يسكنوا فلاناً في داره ما بقيت فليس للموصى له أن يؤجرها من غيره بناءً على موجب هذه القاعدة.